

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO ARBITRAL

SORAYA VIEIRA NUNES

Prof. Dr. SERGIO TORRES TEIXEIRA
(Orientador)

RECIFE
2013

SORAYA VIEIRA NUNES

TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO ARBITRAL

Dissertação de Mestrado apresentada a Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, com exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito em Processo Jurisdição e Cidadania sob a orientação do Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira.

RECIFE
2013

N972t

Nunes, Soraya Vieira

Tutelas de urgência no processo arbitral / Soraya Vieira Nunes ; orientador Sérgio Torres Teixeira, 2013.

105 f. : il.

Dissertações (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2013.

1. Processo civil. 2. Tutela antecipada. 3. Competência (autoridade legal). I. Título.

CDU 347.9

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO ARBITRAL

SORAYA VIEIRA NUNES

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Sérgio Torres Teixeira
Orientador - Universidade Católica de Pernambuco

Professor Doutor Lúcio Grassi de Gouveia (1º titular interno)
Membro - Universidade Católica de Pernambuco

Professor Dr. Fábio Túlio Barroso (2º titular interno)
Membro - Universidade Católica de Pernambuco

Professora Dra. Liana Cristina da Costa Cirne Lins (titular externa)

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela força que não me deixou desistir e me impulsionou a resistir diante de todas as dificuldades, conduzindo-me à conclusão desse mestrado que significou um verdadeiro divisor de águas.

Aos meus pais Adilson e Zélia, aos meus irmãos Adilson Júnior e João Neto e às minhas filhas Mayara e Synara, por todas as palavras de estímulo e toda a paciência necessária àqueles que nos acompanham diariamente na obstinação rumo à conclusão.

A todos os professores, especialmente ao Prof. Sérgio Torres pela dedicação à orientação, ao Prof. Lucio Grassi por me conduzir à busca do aprimoramento, ao Prof. Fabio Tulio por todas as contribuições e ao Prof. Leonardo Cunha pela compreensão e sensibilidade de entender os momentos de silêncio.

Aos meus amigos João Fernando (Joãozinho), Susana Vieira (Susu), Danilo Heber, André Vitaliano e Nicolas Coelho, maior legado dessa jornada, pelo companheirismo, estímulo e momentos de reflexão.

À Secretaria, especialmente à querida Nélia pela dedicação, atenção e cuidado, sempre presentes, acompanhando todos os meus passos, desde o meu ingresso.

RESUMO

O presente trabalho dissertativo se propõe à análise da apreciação das tutelas de urgência em sede de arbitragem, nas fases antecedente e incidental. Para tanto, busca-se o estudo da competência do árbitro para decidir as medidas cautelares e antecipatórias, antes e depois de instalado o processo arbitral, à luz da Lei de Arbitragem, do Código de Processo Civil atual, dos regulamentos das Câmaras Arbitrais, do resultado da pesquisa realizada entre a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e o Comitê Brasileiro de Arbitragem, da doutrina, da jurisprudência e do Projeto de Reforma do Código de Processo Civil. Embora identificadas interpretações divergentes na doutrina acerca do poder do árbitro de conceder e julgar as medidas de urgência, em razão da previsão do Art. 22, § 4º da Lei nº 9.307/96, observa-se o entendimento majoritário de que o árbitro detém o referido poder, ante a autonomia da vontade das partes. Quanto às cautelares pré-arbitrais, encontra-se o judiciário revestido do poder de decisão, enquanto não seja instaurado o processo arbitral, exceto quando as partes atribuam ao árbitro a decisão, através de previsão na Convenção Arbitral ou no Regulamento da Câmara escolhida por elas para administrar o processo arbitral. Evidencia-se na doutrina, bem como na jurisprudência, o entendimento acerca da soberania do árbitro para manter ou rejeitar as cautelares apreciadas judicialmente, em sede de sentença arbitral. Em razão da ausência do poder coercitivo do árbitro, identifica-se a cooperação do judiciário para dar cumprimento às decisões arbitrais acautelatórias ou antecipatórias, não cumpridas voluntariamente pelas partes, a fim de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Processo arbitral. Tutelas de urgência. Competência do árbitro.

ABSTRACT

This dissertative paper proposes the analysis of the appreciation of the guardianships of urgency in seat of the arbitration, in the preceding and incidental phases. With this goal, the paper seeks to study the competence of the arbitrator to decide the precautionary and anticipatory measures, before and after the installation of the arbitral proceedings, in light of the Arbitration Act, of the current Civil Procedure Code, of the regulations from the Arbitration Chambers, of the result of the research undertaken between the Law School of São Paulo from the Getúlio Vargas Foundation and the Brazilian Arbitration Committee, of the doctrine, the jurisprudence and of the Reform Project of the Civil Procedure Code. Although divergent interpretations were identified in the doctrine about the power of the arbitrator to grant and judge the emergency measures, due to the prevision of Article 22, § 4 of Law No. 9.307/96, there is the prevailing understanding that the arbitrator holds the referred power against the autonomy of the parties. Regarding the pre-arbitration precautionaries, the judiciary is vested with the power of decision, while not initiated the arbitration proceedings, except when the parties impute the arbitrator with the decision, through the prevision in the Arbitral Convention or in the Arbitration Rules of the Chamber chosen by them to administer the arbitration. It is evident in the doctrine, as well as in the jurisprudence, the understanding about the sovereignty of the arbitrator to keep or reject judicially the precautionary measures considered, in seat of the arbitration award. Due to the absence of coercive power of the arbitrator, it is identified the cooperation of the judiciary to comply with precautionary and anticipatory arbitration awards, not met voluntarily by the parties, to ensure the effectiveness of the jurisdictional protection.

Keywords: Arbitration Proceedings. Guardianships of Urgency. Competence of the arbitrator.

LISTA DE ABREVIATURAS

a.C.	Antes de Cristo
AMCHAM	Câmara Americana de Comércio Brasil - Estados Unidos
Art.	Artigo
CAE	Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras
CAMARB	Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil
Cân.	Cânone
CBAr	Comitê Brasileiro de Arbitragem
CBMAE	Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial
CC	Código Civil
CEMAPE	Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco
CIESP	Centro das Indústrias do Estado de São Paulo
CPC	Código de Processo Civil
d.C.	Depois de Cristo
FEDERASUL	Federação das Associações Comerciais e de Serviços do Rio Grande do Sul
FGV	Fundação Getúlio Vargas
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
ICC	<i>Internacional Chamber of Commerce</i>
LA	Lei Arbitral
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PL	Projeto de Lei
UNCITRAL	Unidas sobre Direito do Comércio Internacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I ARBITRAGEM: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E MORFOLOGIA DO PROCESSO ARBITRAL	11
1.1 A arbitragem na antiguidade	11
1.2 A arbitragem no direito e processo canônico	14
1.2.1 Análise comparativa - o código canônico e a Lei nº 9.307/96	17
1.3 A arbitragem no Brasil até 1996 - uma análise cronológica da legislação brasileira	19
1.4 A Lei nº 9.307/96 e o novo processo arbitral	27
1.5 Poderes do árbitro	32
1.6 Instrumentalidade do processo arbitral	41
CAPÍTULO II PODER DE CAUTELA E TUTELA DE URGÊNCIA	45
2.1 Tutelas jurisdicionais	45
2.2 Provimentos de urgência	51
2.3 Tutela cautelar e antecipação de tutela	54
2.3.1 Pressupostos	60
CAPÍTULO III TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO ARBITRAL	63
3.1 Diretrizes normativas	63
3.2 Medidas cautelares na fase antecedente ou preparatória	69
3.3 Medidas cautelares incidentais e antecipação de tutela no processo arbitral	74
3.4 Tutelas cautelares no processo arbitral e o projeto do novo CPC	76
CONCLUSÕES	82
REFERÊNCIAS	84
ANEXO 1. PROCESSO N. 100240760027570021	92
ANEXO 2. AGRAVO 117825.2003.02.01.010784-5	97
ANEXO 3. RECURSO ESPECIAL Nº 1.297.974 - RJ (2011/0240991-9)	102

INTRODUÇÃO

A utilização da arbitragem vem crescendo no Brasil cerca de 20% ao ano, primordialmente, em virtude da demora da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário e da necessidade de rapidez na solução dos conflitos, além de algumas vantagens que lhe são próprias, tais como o sigilo e a especialidade do árbitro na área do conflito.

O árbitro, por sua vez, aquele imparcial, escolhido pelas partes, detentor do poder de decidir a controvérsia que verse sobre direito patrimonial disponível, não possui a coercibilidade necessária para fazer cumprir sua decisão, visto que trata-se de poder próprio do Estado. Nesse aspecto, apresenta desvantagem em relação à decisão judicial.

Entretanto, considerando o respeito à opção pela arbitragem, regulamentada pela Lei nº 9.307/96, como forma de solucionar seus conflitos por livre convenção das partes e ao poder decisório do árbitro, o Judiciário participará de forma cooperativa, assegurando a vontade contratual das partes, reconhecendo a decisão de mérito irrecorrível do árbitro, não lhe cabendo a revisão e por fim, executando a sentença do árbitro não cumprida voluntariamente, caso não esteja eivada de nulidade.

O processo arbitral é utilizado como instrumento de entrega da tutela jurisdicional que promove resultados efetivos, corroborado nos princípios constitucionais e processuais, indubitavelmente regido pela autonomia da vontade das partes.

Ocorre que o avanço da arbitragem no país tem despertado a discussão sobre a aplicabilidade das regras do Processo Civil ao processo arbitral, dentre elas àquelas referentes às tutelas de urgência, no que se refere à previsão do Art. 800 do CPC confrontada o § 4º do Art. 22 da Lei nº 9.307/96, ante a competência do árbitro para apreciar as tutelas de urgência cautelares e antecipatórias, antecedentes e incidentais, objeto desse estudo.

Para melhor compreensão do tema, inicialmente, no primeiro capítulo, buscou-se o entendimento da arbitragem no contexto histórico, constatada a

participação dos sacerdotes católicos na decisão dos conflitos, escolhidos pelas partes por serem sábios e confiantes, e em razão da existência do Código Canônico (1983), passou-se a analisar comparativamente a regulamentação da arbitragem no âmbito do direito canônico e da lei de arbitragem brasileira (1996), identificando suas semelhanças, respeitadas as suas peculiaridades.

Em seguida, considerando a previsão da arbitragem na legislação pátria, realizou-se análise histórica perpassando pelas constituições e códigos comercial, civil e processual, para então imergir na Lei nº 9.307/96, promovendo uma análise dos princípios, requisitos, espécies e natureza jurídica da arbitragem, além dos poderes do árbitro, enquanto juiz de fato e de direito.

Visualizando a concepção do processo arbitral como instrumento de efetividade da prestação jurisdicional, introduziu-se a percepção processual no que se refere aos efeitos da instituição da arbitragem, a utilização de exceção de suspeição e impedimento, possibilidades de nulidade da sentença arbitral, embargos de declaração, e por fim, a medida cautelar para assegurar a proteção da tutela jurídica pleiteada pelo jurisdicionado.

O segundo capítulo destina-se a examinar as tutelas jurisdicionais, suas tipologias e definições, passando a identificar os provimentos de urgência, com suas respectivas distinções e semelhanças, bem como as características das liminares enquanto instrumentos de efetivação desses provimentos.

Aprofundando-se quanto à tutela cautelar na busca pelo entendimento de sua natureza, aspectos de sua autonomia em relação à ação, à função e ao direito, e por último de sua classificação, e quanto à antecipatória, identificando as suas características e efeitos que produz, e em seguida discorrendo acerca dos pressupostos de ambas.

No terceiro capítulo, observa-se a posição assumida pela doutrina e jurisprudência acerca da apreciação da medida cautelar por via arbitral, à luz da interpretação do § 4º do Art. 22 da Lei nº 9.307/96 e as formas de dar cumprimento às medidas acolhidas pelo árbitro por meio da cooperação do judiciário.

Ainda através das perspectivas doutrinária, jurisprudencial e dos regulamentos de algumas câmaras arbitrais privadas, examina-se o procedimento utilizado e a possibilidade de concessão pelo árbitro das tutelas cautelares e

antecipatórias, antecedentes e incidentais à instalação do processo arbitral, utilizando-se ainda o relatório final da pesquisa realizada mediante parceria firmada entre a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e o Comitê Brasileiro de Arbitragem (FGV/CBAr).

Por fim, passa-se a averiguar as modificações propostas no Projeto de Lei de reforma do CPC segundo o olhar doutrinário, no que se refere às tutelas de urgência, e sua utilização no processo arbitral.

Ao final, encerra-se com as conclusões, apresentando-se o resultado das análises realizadas ao longo da pesquisa.

CAPÍTULO I ARBITRAGEM: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E MORFOLOGIA DO PROCESSO ARBITRAL

1.1 A arbitragem na antiguidade

A civilização primitiva não possuía um Estado constituído, interventor nas relações interpessoais a fim de dirimir seus conflitos, nem regras que regulassem as condutas e pudessem ser impostas como forma de controle social, (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 27).

Desta forma, as discordâncias e desentendimentos pela busca individualizada dos interesses pessoais, eram dirimidas através da força que iria prevalecer sobre o mais fraco, mitigando a sua pretensão em favor do mais forte. A solução dos conflitos ocorria por meio da autotutela, cabendo às próprias partes envolvidas resolverem a desavença pela força, sem qualquer intervenção de um terceiro, havendo também a possibilidade das partes decidirem por meio do acordo a solução amigável, através da autocomposição.

Considera ainda que, por não haver nenhuma forma de regulamentação de direitos ou autoridade soberana constituída, as partes resolviam entre si os seus interesses, inclusive, quando não havia cumprimento do que fora acordado utilizavam da violência como forma de execução.

Percebendo que não prosperavam as alternativas individuais eleitas para solução das controvérsias, os envolvidos passaram a atribuir a um terceiro o poder de intervir, escolhendo entre os sacerdotes e anciãos, considerando a sabedoria que lhes caracterizava e a confiança que inspiravam (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 27).

Na antiguidade, observa-se na Grécia, a influência mitológica sobre a arbitragem, como descreve Cretella Neto (2004, p. 6):

A Mitologia grega refere-se a Paris, filho de Príamo e Hécula, no monte Ida, funcionando como árbitro entre Atena, Príamo e Afrodite, que disputavam a maçã de ouro, destina a mais bela. O litígio foi decidido em favor de Afrodite, que subornou o árbitro, prometendo-lhe, em troca, o amor de Helena, raptada, posteriormente, por Paris, daí resultando a Guerra de Tróia [...] A mais antiga arbitragem teria ocorrido entre Messenia e Esparta, em 740 a.C.

Surge nas Cidades-Estados (*polis*) o árbitro, que decidirá sucintamente os conflitos, podendo utilizar-se da equidade, buscando inicialmente a conciliação das partes, e uma vez frustrado o acordo, proferindo a sua decisão. De tal forma, presente a arbitragem obrigatória, visto que as partes só poderiam levar as questões ao Tribunal Supremo de Atenas após submeterem ao árbitro. Além das controvérsias individuais, também era possível a utilização da arbitragem pelas Cidades-Estados, a exemplo do tratado firmado entre Atenas e Esparta em 445 a.C, que convencionou a arbitragem como meio de solução dos conflitos. A composição colegiada para proferir a decisão origina-se do *Beth-Din*, utilizado pelos hebreus, que reuniam três árbitros (doutores da lei) para decidirem o conflito de natureza privada, baseados nas diretrizes bíblicas (CRETELLA NETO, 2004, p. 7).

No Direito Romano, segundo Figueira Júnior (1999, p. 26-27), encontram-se as raízes da arbitragem ou do compromisso arbitral. Entende que havia a participação da justiça privada nos sistemas de processo civil romano, desde a época das Leis das XII Tábuas com a *legis actiones*, ocorrendo a bipartição do processo nas fases *in iure* (perante o magistrado) e *apud iudicem* (diante de um juiz privado), mediante a participação do magistrado e em seguida do juiz privado. Na época republicana até o século II a.C surge o tipo de processo *per formulas*, menos formal, possibilitando a articulação das pretensões baseadas em outras fórmulas, embora utilize-se das duas fases aplicadas à *legis actiones*. Com o início do período do Principado adota-se o sistema processual da *cognitio extra ordinem*, caracterizada pelo abandono às duas fases, desta feita desenvolvido perante o órgão estatal.

Desta forma, observa-se que em Roma, no período de II a.C a II d.C, o Estado, intervém na solução dos conflitos entre as partes, instituindo a arbitragem obrigatória, concedendo ao *pretor* (magistrado) a decisão de nomear as normas a serem aplicadas ao caso, bem como escolher aquele que decidiria o conflito, o *iudex* ou árbitro, que anteriormente era de livre escolha das partes conflitantes. A decisão do árbitro não era passível de apelação, e em caso de cumprimento voluntário pela parte vencida, a vencedora poderia interpor ação perante o pretor para que este fizesse cumprir a sentença arbitral (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 28).

Na visão de Costa (2002, p. 73), a atuação do *iudex* correspondia à jurisdição sem império, enquanto o *pretor* detinha o império sem jurisdição.

Portanto, a partir do século III d.C, com o Estado fortalecido, o pretor tomou para si a apreciação do mérito, proferindo a decisão, não mais designando o árbitro, excluindo a arbitragem obrigatória, passando ao magistrado o exercício único da jurisdição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 28).

No que se refere ao instituto do juízo arbitral, encontra-se no Digesto, a previsão “*De receptis*”, correspondendo a *recepta* ou *receptum arbitri* a responsabilidade atribuída pelo *pretor* ao árbitro, escolhido pelas partes conflitantes mediante *comprimissum* para decidir o conflito. Prevê o “Livro IV, 8, 3, que o ato do árbitro consistente em aceitar o encargo se denominava *arbitrum recipere* e o julgamento recebia a designação de *sententia*”, e na idade pós-clássica, no direito Justiniano, caso não fosse cumprida espontaneamente, era interposta a *actio in factum* ou *conditio ex lege* perante o magistrado para executar o laudo arbitral, este impedido de apreciar o mérito (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 29-30).

Acrescenta Figueira Júnior (1999, p. 30-31) que na Idade Média, a partir do século XII, há registro de casos de utilização da arbitragem por cavaleiros, barões, proprietários feudais, soberanos e comerciantes, em razão da rapidez e eficiência, distintas dos tribunais oficiais, além da prática pela Igreja medieval, cujo poder jurisdicional teve origem arbitral e disciplinar, que “representava não só a força espiritual de toda uma época, como era ainda a mais coerente, a mais extensa organização social e a que apresentava ordem jurídica interna mais poderosa”.

Percebe-se, então, a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos desde a antiguidade, nomeando-se um terceiro ou colegiado para proferir a decisão entre particulares e entre Cidades-Estados, como registra-se na Grécia, chegando ao entendimento da apreciação do mérito pelo árbitro, cuja decisão corresponde à sentença, cabendo ao magistrado a sua execução em caso de descumprimento. Considerada inicialmente obrigatória, a arbitragem apesar de suprimida a partir do século III d.C, encontra-se registro na Idade Média, de sua utilização pela igreja medieval.

1.2. A arbitragem no direito e processo canônico

Considerando a escolha dos sacerdotes como árbitros, inicialmente, pelas ligações diretas com as divindades, e quando inexistia um Estado soberano (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 27), percebe-se que desde então o papel desempenhado pela sociedade eclesiástica católica, ultrapassa o muro da espiritualidade, por suas normas que lhe são próprias, regulamenta as relações dos fiéis com a igreja, compiladas em seus cânones, no atual Código de Direito Canônico de 1983.

Considerando o aspecto social, a igreja visa solucionar os conflitos de forma pacífica, primando pelas formas alternativas de solução de controvérsias, evitando a utilização da sua jurisdição bem como do Estado, seguindo as orientações da Bíblia que insta à prática da conciliação, mediação e arbitragem.

A igreja, na sua essência, não traduz apenas a concepção de um grupo organizado, ligado a uma determinada história, analisada sob o aspecto temporal, com estrutura econômica própria, e regras jurídicas independentes. Além das perspectivas históricas, sociológicas, filosóficas e jurídicas, está revestida de uma característica espiritual, como agrupamento de pessoas ligadas pela fé em Cristo, que a diferencia das demais sociedades.

O elo entre os membros da igreja representa a sua característica essencial, qual seja a vida ligada pelo sobrenatural, o corpo formado pelos homens que pertencem à igreja, tendo por cabeça, Jesus Cristo. O “povo de Deus”, refletindo o prisma de uma comunidade social, se une independente das diferenças raciais, culturais ou políticas, possuindo como vínculo de unidade o Espírito Santo.

Em razão de seu caráter social, os membros que compõem a igreja católica, se submetem às regras que regulam as relações entre si, contrariando o entendimento teológico protestante que considera ser a igreja regida pelo Espírito Santo e não pelo Direito, esse não concebendo a dimensão jurídica e legislativa da igreja. Defendendo a concepção jurídica da igreja, Cifuentes (1971, p. 4) assevera:

Mas não é possível conceber uma organização social, seja qual for sua natureza, sem que nela imperem normas jurídicas capazes de regulamentar as relações recíprocas de seus membros. Seguindo, pois, a doutrina clássica da sociabilidade do direito – *'ubi societas,*

ibi ius' – claramente chegamos a conclusão lógica do caráter jurídico da Igreja.

Percebe-se a convivência dos aspectos espirituais, jurídicos e sociais na igreja católica, formada pela inspiração de Deus, onde os homens se reúnem de forma organizada, sendo necessárias as atividades jurídica e legislativa, que advêm das dimensões externa e interna, para regular a organização da igreja, devendo, inclusive, estar em constante atualização legislativa a fim de acompanhar a evolução social. A visão da “Igreja da Caridade” se complementa com a “Igreja do Direito”.

Conforme Cifuentes (1971, p. 10), Direito Canônico é:

O conjunto de normas jurídicas, de origem divina ou humana, reconhecidas ou promulgadas pela autoridade competente da Igreja Católica que determinam a organização e atuação da própria Igreja e de seus fiéis, em relação aos fins que lhe são próprios.

A partir da definição, extrai-se como fonte primária do direito canônico a Bíblia, onde constam as leis inspiradas pelo Espírito Santo aos apóstolos, que traduzem a Palavra de Deus. Além desta, ainda a Sagrada Tradição também é considerada fonte primária, que advém da revelação ou interpretação da Bíblia, podendo ser, segundo Lima (1999, p. 32): “divina, apostólica e eclesiástica”, traduzindo-se como as regras inspiradas pelo Espírito Santo à igreja para ditar suas leis, consideradas com a mesma importância da Bíblia. Dentre as fontes secundárias, no entendimento do referido autor, temos o “direito civil romano, o direito germânico, a teologia, a liturgia e outros documentos históricos”.

Considerando a natureza do homem como ser espiritual e social, a influência das normatizações agem conjuntamente, de forma cooperativa sobre sua conduta, visto que o direito positivo não se sobrepõe ao divino, um não se confunde com o outro, Estado e Igreja convivem autônoma e harmonicamente. O homem que cria a norma também é espiritual, e os institutos jurídicos foram formatados dentro de uma ideologia ética, filosófica, religiosa, a exemplo da família, o matrimônio, a propriedade etc.

A igreja, por sua vez, além do poder geral de administrar e legislar, também exerce o poder jurisdicional, no âmbito da comunidade eclesiástica. Como um Estado independente, a igreja exerce a jurisdição, competindo-lhe julgar as ações que sejam propostas perante seus tribunais, sendo o direito de ação atribuído a

qualquer pessoa, “batizado ou não” (Cân. 1476), concentrados os poderes da “organização judiciária canônica” (Tucci e Azevedo, 2001, p.99) na Sé Primeira, que poderá avocar para si as causas (Cân. 1405, § 1, 4º), não podendo esta, ser julgada por ninguém (Cân. 1404) e cujas decisões são irrecorríveis.

Outrossim, apesar do exercício da jurisdição pela igreja, decidindo os conflitos por meio de sentenças, as formas pacíficas de solução de conflitos são estimulados como instrumentos a serem utilizados pelos fiéis.

Os ensinamentos da Bíblia (ALMEIDA, 2012) conclamam as partes a evitarem a solução por via jurisdicional, similar à prática da conciliação:

Bem aventurados os pacificadores, porque serão chamados filhos de Deus (Mt 5:9); [...] Ora, se teu irmão pecar contra ti, vai, e repreende-o entre ti e ele só; se te ouvir, ganhaste a teu irmão; Mas, se não te ouvir, leva ainda contigo um ou dois, para que pela boca de duas, ou três testemunhas toda a palavra seja confirmada. E, se não as escutar, dize-o à igreja; e, se também não escutar a igreja, considera-o como um gentio e publicano (Mt 18:15-17).

Neste sentido, o direito canônico insta não só aqueles envolvidos no conflitos, mas as autoridades eclesiásticas a atuarem de forma conciliatória, pacificadora, buscando o acordo que traduza a vontade das partes, por intermédio de um mediador, e no caso da lide versar sobre direito disponível, a solução pela transação ou arbitragem, como se vê:

Cân. 1446 § 1. Todos os fiéis, mas principalmente os Bispos, empenhem-se diligentemente afim de que se evitem, quanto possível, salva a justiça, lides no povo de Deus e se componham pacificamente quanto antes. § 2. O juiz, no limiar da lide, e mesmo em qualquer outro momento, sempre que percebe alguma esperança de bom êxito, não deixe de exortar e ajudar as partes a procurarem, de comum acordo, uma solução eqüitativa da controvérsia, e de indicar-lhes os caminhos adequados para esse propósito, usando também da mediação de pessoas influentes. § 3. Se a lide versa sobre um bem privado das partes, o juiz considere a possibilidade de se encerrar utilmente a controvérsia por transação ou por arbitragem, de acordo com os Cân. 1713-1716.

Segundo o que prevê o ordenamento citado, cabe também ao juiz em qualquer fase do processo tentar a conciliação das partes, sugerindo inclusive a “mediação de pessoas influentes”, que se pressupõe, esteja se referindo àqueles com a capacidade de facilitar a comunicação das partes, que atue de forma dialógica. Observa-se que, à exceção do § 2º do Cân. 1446, não há previsão no

processo canônico da utilização da mediação, segundo o entendimento contemporâneo, como instrumento de pacificação social mediante atuação de um mediador, que de forma imparcial, utilizará técnicas apropriadas para a restauração do diálogo entre as partes, a fim de conduzi-las à solução do conflito.

Tratando-se da utilização da arbitragem como meio de solução das controvérsias, encontra-se respaldo, inicialmente na Bíblia, que incita os cristãos a utilizarem um terceiro, conhecedor da questão conflituosa, que intervenha para resolvê-la, evitando que seja levada aos juízes estatais, como se vê:

Quando algum de vocês tem uma queixa contra um irmão na fé, como se atreve a pedir justiça a juízes pagãos, em vez de pedir ao povo de Deus que resolva o caso? [...] Será que entre vocês não existe alguém com bastante sabedoria para resolver uma questão entre irmãos? 1 Co 6:1; 5b (ALMEIDA, 2012).

Neste sentido, prevê o Cân. 1713 que “para evitar contendas judiciais, emprega-se utilmente a composição ou a reconciliação, ou pode-se confiar a controvérsia ao juízo de um ou mais árbitros” (LEITE, 2004)

No direito canônico, segundo Ordeñana (2001, p. 525):

Se entiende por compromiso y juicio arbitral, el negocio jurídico por el que los litigantes convienen en someter la solución de la controversia que ha surgido a una o varias personas ajenas al proceso, las cuales reciben el nombre de árbitros, y dan la solución mediante laudos.

Portanto, as regras que regulam as relações entre a igreja católica e seus membros, compiladas no código canônico, embora reconheçam o poder jurisdicional exercido pela igreja, estimulam a prática conciliatória e identificam a possibilidade de decisão da controvérsia por árbitros, através de laudos.

1.2.1 Análise comparativa - o código canônico e a Lei nº 9.307/96

Percebe-se na concepção da arbitragem como meio alternativo ou adequado de solucionar os conflitos, guardadas as devidas proporções, semelhanças entre a legislação canônica (Código de Direito Canônico de 25.01.1983) e a Lei nº 9.307/96, que regulamenta a arbitragem no Brasil.

Por tratar-se de instituto específico, que engloba normas não restritas à esfera processual, o legislador brasileiro estabeleceu as regras de arbitragem em “diploma apartado do Código”, através da Lei nº 9.307/96 (CARMONA, 2006, p. 33).

No que se refere à arbitralidade subjetiva, qual seja, àqueles que podem utilizar-se da arbitragem, a referida lei restringe aos “capazes de contratar” (Art. 1º), referindo-se a capacidade civil, enquanto a legislação canônica silencia a esse respeito, podendo-se considerar a regra da maioria referida no Cânon 97, §§ 1º e 2º, quando fixa os dezoito anos como requisito para o exercício de seus direitos, e antes disso, após os sete anos, presumindo-se que tenha uso de sua razão, dependerá dos pais e tutores, visto que “Todo aquele que carece habitualmente do uso da razão é considerado não senhor de si e equiparado às crianças” (Cân. 99) (LEITE, 2004, p. 16).

Acerca da arbitralidade objetiva, segundo a lei brasileira, a arbitragem versará apenas em relação aos direitos patrimoniais disponíveis (Art. 1º Lei nº 9307/96), seguindo o mesmo entendimento do processo canônico, excetuando expressamente em relação ao bem público, como prevê o Cânon. 1715:

§ 1º. Não se pode fazer validamente composição ou compromisso a respeito das coisas referentes ao bem público, e a respeito de outras, das quais as partes não podem dispor livremente. § 2. Tratando-se de bens eclesiásticos temporais, sempre que a matéria o exigir, observem-se as formalidades determinadas por direito para a alienação de coisas eclesiásticas (LEITE, 2004, p. 295).

Seguindo o princípio da autonomia da vontade das partes, que rege o processo arbitral, as regras de direito aplicadas são de livre escolha pelas partes, exceto àquelas que violem os bons costumes e à ordem pública (Art. 1º, § 1º), conforme a Lei nº 9.307/96, diferente da previsão do código canônico, que não exclui peremptoriamente as regras a serem aplicadas ao processo, mas, no caso de não ocorrer escolha, oportunizando a aplicação da “lei dada pela Conferência dos Bispos, se houver, ou a lei civil vigente no lugar onde se faz a convenção” (Cân. 1714) (LEITE, 2004, p. 295).

Considerando ainda a primazia da vontade das partes, a arbitragem é de livre escolha, razão pela qual as partes convencionam a opção por este meio alternativo de solução de conflitos, evitando submeter o conflito ao judiciário, por meio de uma cláusula ou compromisso arbitral (Art. 3º, Lei nº 9.307/96). Sob o prisma do processo

canônico, a arbitragem, da mesma se propõe a evitar que as contendas sejam submetidas à jurisdição eclesiástica, prevendo a opção pelo compromisso ou juízo arbitral, assim definidos:

El compromiso se define como el contrato através del cual las partes convienen en someter sus controversias – sean éstas una o varias- a la decisión de terceras personas - llamadas arbitros -designadas por aquellas, con el fin de evitar las contentiones iudiciales. El juicio arbitral es el procedimiento y resolución que siguen los arbitros designados en el compromiso para decidir la controversia. La definición de la controversia dada por los arbitros recibe el nombre de <laudo arbitral> (DIEGO-LORA; RODRIGUEZ-OCAÑA, 2003, p. 416).

Observa-se que a decisão do árbitro, juiz de fato e de direito (Art. 18, Lei nº 9.307/96), prevista na legislação brasileira, como sentença arbitral irrecorrível, correspondendo a título executivo judicial (Art. 31, Lei nº 9.307/96 e Art. 475-N, IV do CPC), não se equipara a decisão proferida no processo canônico, visto que nesse corresponde a laudo arbitral que necessitará de homologação pelo juiz eclesiástico do lugar onde foi proferida, caso não seja reconhecido seu valor como sentença pela legislação civil (Cân. 1716, §1º), para que produza seus efeitos na jurisdição eclesiástica. Considerada laudo arbitral, a decisão do árbitro, para o processo canônico, não produz efeito de coisa julgada, podendo ser alvo de recurso, interposto ao juiz eclesiástico que seria competente para julgar a causa em primeira instância (Cân. 1716, § 2º) (LEITE, 2004, p. 295).

Vê-se no âmbito do direito canônico a utilização da arbitragem, como meio adequado de solução de conflitos que versam sobre direitos disponíveis, além da conciliação e mediação, influenciando as legislações contemporâneas, inclusive a brasileira, através da Lei nº 9307/96.

Através da análise comparativa entre as referidas legislações, evidenciam-se as convergências e divergências entre o processo arbitral e canônico, e consideradas as peculiaridades que lhe são próprias, considera-se a semelhança, em relação à arbitralidade subjetiva e objetiva, ao princípio da autonomia da vontade das partes, a convenção arbitral por meio do compromisso, e a nomeação do árbitro, não pertencente aos quadros do judiciário estatal ou eclesiástico.

1.3 A arbitragem no Brasil até 1996 - uma análise cronológica da legislação brasileira

A previsão legal da arbitragem no Brasil remonta à época das Ordenações Filipinas - em vigor no país desde o período colonial até a outorga da Constituição de 1824, após a independência -, destinando um capítulo "Dos Juizes Árbítrios" (Livro III, Título XVI, 2), para tratar sobre o processo arbitral, atribuindo ao compromisso firmado pelas partes a obrigatoriedade de cumpri-lo. A solução do conflito cabia ao "juiz ou juizes árbítrios", definidos como aqueles que "não somente conhecem das cousas e razões, que consistem em feito, mas ainda das que estão em rigor de Direito e guardarão os *actos judiciaes*, como são obrigados de os guardar os Juizes ordinários e delegados". As partes se comprometem em não "*appellar*" nem "*aggravar*" da sentença proferida pelo(s) juiz(es) árbitro(s), mas se assim o fizer, e for confirmada pelos Juizes Ordinários, "pagará o apelante ao vencedor a pena conteúda no compromisso".

A Constituição de 1824, no Título 6º que trata "do Poder Judicial", capítulo único destinado aos "Juizes e Tribunais de Justiça", prevê a arbitragem facultativa, no Art. 160: "Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbítrios. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes" (BRASIL, CF, 1946).

O Código Comercial de 1850 (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850), ao tratar das "Companhias e Sociedades Comerciais" instituía a arbitragem como forma de resolver os seus conflitos, prevendo que "todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral" (Art. 294), incluindo a reclamação apresentada pelo sócio discordante da liquidação ou partilha, no prazo preclusivo de 10 dias, devendo ser decidida em 10 dias, conforme previa o Art. 348.

O processo comercial foi regulamentado pelo Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850, definindo a arbitragem voluntária como aquela instituía por compromisso das partes - que detenham a capacidade de transigir - com a possibilidade de considerar no Art. 412. "Preferido ao Juízo ordinário do comércio, antes ou na pendência de qualquer demanda, na primeira ou na segunda instancia, e até depois de interposta ou concedida a revista" (*sic*) (BRASIL, 1850), atendendo à autonomia da vontade das partes. O compromisso poderia ser judicial firmado "em

qualquer tempo durante a demanda perante o Juiz de paz, ou por termo nos autos” (Art. 416) ou extrajudicial por escritura pública ou particular, mediante a assinatura de duas testemunhas (Art. 417). A arbitragem necessária, por sua vez, fora definida como aquela determinada em lei, conforme previsão dos Arts. 245, 294, 348, 739, 783 e 846 do Código Comercial, sendo necessário, nesses casos, o compromisso das partes (Art. 413) apenas se quiserem desistir dos recursos legais, devendo constar a qualificação das partes e dos árbitros, a matéria objeto do conflito, e ainda a nomeação de um árbitro substituto em caso de serem rejeitados os árbitros nomeados. Segundo a previsão do Art. 470:

Podem ser nomeados arbitros o Juiz de Paz no acto da conciliação (Art. 37), ou em qualquer tempo durante a demanda (Art. 416); qualquer Juiz de primeira ou segunda instancia; os Tribunaes do Commercio ou quaesquer dos seus membros; e em geral todas as pessoas habilitadas pelo Código Commercial para serem comerciantes (*sic*) (BRASIL, 1850).

Ainda de acordo com o Decreto nº 737/1850, os árbitros, sempre em número de três, serão escolhidos pelas partes (arbitragem voluntária) ou nomeados pelo juiz (arbitragem necessária), sendo que o terceiro escolhido decidirá as divergências entre os demais, e após sua nomeação e aceitação dar-se-á por instituída a arbitragem, não podendo escusar-se do encargo (Art. 439). A decisão será proferida pelo colegiado no prazo estipulado pelas partes ou, não havendo tempo marcado, em quatro meses (Art. 434), em seguida homologada pelo “Juiz de Direito do Commercio” e a despeito da vontade das partes poderá ser executada sem recurso, devendo constar desde já no compromisso arbitral (§ 2º do Art. 430).

A Lei nº 1.350, de 14 de setembro de 1866, revogou o “juízo arbitral necessário”, previsto no Decreto nº 737/1850, considerando apenas a arbitragem voluntária, primando pela vontade das partes, convencionada pelo compromisso, e incluindo autorização às partes para que os árbitros julguem por equidade.

O Código Civil (Lei nº 3071, de 1º de janeiro de 1916) recepcionou no livro “Do direito das obrigações” a arbitragem voluntária, no que refere aos direitos patrimoniais privados - aqueles possíveis de transacionar-, estendendo a estes as regras que anteriormente apenas eram aplicadas às companhias e sociedades comerciais pela Lei nº 556/1850 e Decreto nº 737/1850. Neste código não foi resgatada a arbitragem necessária, solidificando ainda mais a autonomia da vontade

das partes, com liberdade para dirimirem seus conflitos por meio da arbitragem, mediante compromisso judicial ou extrajudicial. Permaneceu a regra aplicada no Código Comercial quanto à escolha dos árbitros, sendo nomeado um terceiro para decidir a divergência dos árbitros nomeados pelas partes, autorizando este a decidir por direito ou equidade, cuja decisão terá força executiva após homologação pelo judiciário, caso o árbitro não seja escolhido entre os juízes de primeira ou segunda instância.

No que se refere ao árbitro, o Código Civil definiu como o “juiz de fato e direito” (Art. 1.041) que detém a confiança das partes (Art.1.043), prevendo o recebimento de honorários (Art. 1.040-VI) pelo exercício de sua atividade, podendo constar no compromisso. Observa-se o vínculo obrigacional das partes após a sua instituição, seja judicial ou extrajudicialmente, pelo compromisso, assim como obrigado está o árbitro, que aceitando o encargo deverá cumpri-lo, proferindo a sua decisão que embora considerada “sentença arbitral”, somente produzirá efeitos executórios quando homologada pelo judiciário (Art. 1.045), cabendo recurso ao tribunal superior (Art. 1.046).

O Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, de 1930, prevê o juízo arbitral, conforme Santos (2001, p. 23), registra:

Esse Código, de 14 de janeiro de 1930, dispunha sobre o juízo arbitral nos arts. 1.139 a 1.160. Nas ‘Disposições Gerais’ (Art. 1.139) estava determinado que ‘não podem ser árbitros os incapazes e os analfabetos’; e no Art. 1.140 admitia o Código que o convite aos árbitros pudesse ser feito mediante “interpelação judicial”. A sentença arbitral devia ser proferida vinte dias depois após a conclusão das provas.

A Constituição de 1934 restringiu à arbitragem comercial a regulamentação por parte da União, a quem caberia legislar sobre a matéria (Art. 5º, XIX, letra c). A Constituição de 1937, por sua vez, autorizou os Estados a legislarem sobre as matérias que necessitassem de atender às especificidades locais, enumerando entre os assuntos as “organizações públicas, com o fim de conciliação extra-judiciária dos litígios ou a sua decisão arbitral”, embora já tenha sido contemplada em 1930, no Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, como mencionado anteriormente.

A arbitragem foi contemplada no Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608/1939), no Livro IX que tratou do “Juízo Arbitral”, nos Arts. 1.031 a 1.035, de forma superficial, preocupando-se o legislador apenas com a atuação do árbitro, no que se refere a sua falta, recusa ou impedimento quando incapaz, analfabeto e estrangeiro, ou suspeição e a convocação do substituto, atribuindo à sua decisão a condição de laudo, necessitando de homologação judicial. Considerando a possibilidade de compromisso firmado no curso de demanda judicial, deixou claro o óbvio da impossibilidade de instalar arbitragem após decisão judicial proferida em qualquer instância (Art. 1.035).

As constituições de 1946 (141, §4º), 1967 (Art. 150, §4º) e 1969 (Art. 153, § 4º), no capítulo dos “Direitos e das garantias individuais”, mantiveram o entendimento que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, silenciando acerca da utilização da arbitragem, sendo objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal à época (1969), como relata Cretella Neto (2004, p. 23):

A falta de menção expressa à arbitragem no texto constitucional, e também devido à ênfase nas garantias fundamentais, dentre elas as do devido processo legal e do acolhimento do princípio da inarredabilidade da prestação jurisdicional, levou algumas vezes mais afoitas a se levantar em favor da posição de que a arbitragem estaria suprimida *tout court* de nosso ordenamento jurídico, Tal não foi, porém o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que se pronunciou pela admissão de que o próprio Estado poderia submeter-se à decisão de um tribunal de arbitragem, desde que não se tratasse de matéria relativa a sua soberania (Decisão publicada em 13.06.1969, vide Revista Trimestral de Jurisprudência nº 52, PP.168,171 e segs.; em mais detalhes, publicação de 14.11.1973, vide Revista Trimestral de Jurisprudência nº 68, PP. 382, 384-391 e segs.).

A Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973 que instituiu o Código de Processo Civil, diferente da singela regulamentação prevista no Decreto-lei nº 1.608/1939 (CPC), designou o capítulo XIV para o juízo arbitral (Arts. 1.072 a 1.102), mantendo a arbitragem voluntária, na qual as partes podem livremente utilizar-se desse meio para solucionar os conflitos judiciais ou extrajudiciais, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, aqueles passíveis de transação, conforme previa o CC/1916.

O CPC/73 manteve, sob o aspecto processual as regras contidas no Código Civil, quando tratou da arbitragem no âmbito das obrigações, com alguns acréscimos. Quanto ao compromisso arbitral, permaneceram as espécies judicial e extrajudicial, considerando desta feita, os requisitos obrigatórios sob pena de nulidade, acrescentando a qualificação das partes, as especificações do objeto do conflito discriminando seu valor e a declaração de responsabilidade do pagamento dos honorários dos peritos e despesas processuais (Art. 1.074), deixando para tratar dos honorários dos árbitros em separado, no Art. 1.084, reputando facultativo, como disposição especial, e, em caso de não constar no compromisso, caberá ao árbitro solicitar que o juiz competente para homologar o laudo os fixe por sentença.

O Art. 1.077 trouxe os motivos de extinção do compromisso arbitral, quando o árbitro se recusa a aceitar a sua nomeação, vem a falecer ou fica impossibilitado de dar seu voto e não há previsão de substituto para essas hipóteses, quando divergem quanto à nomeação do terceiro árbitro, no caso de expirar o prazo para proferir a sua decisão, ou ainda falecendo alguma das partes e tenham deixado herdeiro incapaz.

Os árbitros, considerados juizes de fato e direito, embora decidam o conflito, e as partes possam optar por sua irrecorribilidade, a sua decisão, ora tratada como sentença ora como laudo, ainda estará sujeita a homologação pelo Judiciário e deverá ser proferida no prazo constante no compromisso arbitral. Para ser árbitro o CPC/73 exige apenas a confiança das partes, desde que não seja incapaz, analfabeto, impedido ou suspeito (Art. 1.079), considerando-o equiparado aos juizes em seus deveres e responsabilidades, devendo responder por perdas e danos que venha a causar às partes quando não apresentar o laudo no prazo ou recusar o encargo, após a sua aceitação, sem justo motivo (Art. 1.082). Os casos de suspeição e impedimento do(s) árbitro(s) serão decididos pelo juiz competente para homologar o laudo.

A regulamentação do procedimento arbitral inserida na Seção III, revelou os poderes instrutórios dos árbitros, podendo este tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e realizar perícia, excluindo a possibilidade de empregar medidas coercitivas e decretar medidas cautelares, devendo o árbitro quando necessárias as referidas medidas, solicitá-las ao juiz competente para homologar o laudo (Art.

1.086). As regras que regem o procedimento arbitral serão definidas pelas partes no compromisso arbitral, sobretudo no que diga respeito aos prazos, podendo delegar ao árbitro que o faça, e uma vez omisso seguirão os prazos comuns de 20 dias para as alegações e juntada de documentos e 20 dias para se manifestar sobre as alegações da outra parte (Art. 1.092). Observa-se, na previsão do CPC/73 características da arbitragem ad hoc, atribuindo às partes a eleição do procedimento a seguir, não havendo qualquer indício da arbitragem institucional.

Embora conste a previsão das partes, estabelecerem no compromisso o prazo para o árbitro proferir a sentença, nos termos do Art. 1.075 c/c Art. 1.082, o Art. 1.093 determina que “o juízo proferirá laudo fundamentado no prazo de vinte (20) dias”, causando interpretação dúbia acerca do prazo que deverá ser obedecido, considerando a autonomia da vontade das partes, restando a dúvida se àquele determinado pelas partes ou àquele fixado pela lei.

Após proferido o laudo pelo árbitro, o juiz competente concederá dez dias às partes para que se manifestem acerca do laudo e no mesmo prazo será homologado por sentença, convertendo-o em título executivo (Arts. 1.097 e 1.098), ou não caso seja nulo o laudo nas hipóteses do Art. 1.100. Da sentença que homologar ou não o laudo caberá apelação ao tribunal que condenará o apelante na pena convencional caso seja negado provimento, ou anulará o laudo, se der provimento, devolvendo-o ao árbitro para que profira novo laudo (Arts. 1.101 e 1.102).

A Lei nº 7.224, de 7 de novembro de 1984, instituiu os Juizados Especiais de Pequenas Causas, órgãos do Poder Judiciário que poderiam ser criados pelos Estados, Municípios e Territórios, para processar e julgar as causas que não excedessem 20 (vinte) salários mínimos e versassem sobre direitos patrimoniais, exceto àquelas de “natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, nem às relativas a acidente do trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial” (Art. 3º, § 1º). No processo regulamentado pela referida lei, está prevista a atuação do Juiz, do conciliador (auxiliar da justiça) e do árbitro que seria escolhido pelas partes, ou na sua omissão pelo juiz, entre os advogados indicados pela OAB.

Frustrada a conciliação entre as partes, estas poderiam optar pelo juízo arbitral, que seria instituído independente de compromisso, designado de imediato a audiência de instrução pelo juiz. Ao árbitro caberia decidir com a mesma liberdade do juiz, podendo determinar a produção de provas, e decidir por equidade, no prazo de cinco dias após o término da instrução, apresentando ao juiz para sua homologação por sentença da qual não caberia recurso.

Comentando acerca da Lei nº 7.224/84, Santos (2001, p. 26), estabelecendo previamente um paralelo com a lei de arbitragem sobre a jurisdição estatal e privada, destacou que:

Embora tenha tido algum sentimento inovador, insistiu em considerar a decisão do árbitro apenas como laudo, destituída de qualquer sentido jurisdicional, por partir do pressuposto de que a jurisdição é privativa do Poder Judiciário.

Os Juizados de Pequenas Causas previstos na Lei nº 7.244/84, foram modificados para Juizados Especiais Cíveis e Criminais com o advento da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, que revogou a primeira, acrescentando a competência, para além de processar e julgar as causas, conciliar e também executar os seus julgados, bem como os títulos executivos extrajudiciais no valor de quarenta vezes o salário mínimo. A Lei nº 9.099/96 manteve o procedimento a ser seguido pelo árbitro, alterando no que se refere a sua seleção, que anteriormente seria escolhido entre os advogados indicados pela OAB, será entre os juízes leigos, aqueles recrutados entre os advogados com mais de cinco anos de experiência.

No que se refere, aos poderes exercidos pelo árbitro em sede de Juizados Especiais Cíveis, Parizatto (1996, p. 77) descreve:

Confere-se ao árbitro o direito de o mesmo conduzir o processo com os mesmos critérios outorgados ao juiz togado, ou seja, com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. Permitir-se-á que o árbitro adote em cada caso, a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. Competirá, portanto, aos árbitros inquirir testemunhas, ouvir as partes, ordenar perícias, determinar exibição de documentos, etc., pois que definitivamente toma a função de juiz da causa, tendo, portanto, amplos poderes para a instrução, vedando-se ao mesmo, todavia, os termos do Art. 1.086 do Código de Processo Civil, empregar medidas coercitivas, quer contra as partes, quer contra terceiros, bem como decretar medidas cautelares. Na hipótese de se tornarem necessárias tais medidas, caberá ao árbitro representar ao juiz togado, requerendo-as (CPC, Art. 1.087).

Concluindo acerca do instituto da arbitragem em sede dos Juizados Especiais, Moreira (1996, p. 49) acrescenta:

Embora o juízo arbitral seja, na prática, um instituto sem maior incidência, espera-se que no Juizado Especial, a experiência frutifique, pois trata-se de fórmula extremamente ágil e justa de composição de litígios, especialmente porque o árbitro, podendo decidir por equidade, alcançará facilmente o acatamento das partes e a legitimidade dos seus laudos, qualidades que se devem pretender presentes em toda decisão judicial.

Percebe-se, que desde a época das Ordenações Filipinas há previsão legal da arbitragem no país, seguindo na constituição de 1824, nos códigos comercial, civil e de processo civil, bem como na lei dos Juizados Especiais e de Pequenas Causas (Lei nº 7.224/84), podendo as partes livremente optarem por esta forma de solucionar os conflitos, exceto no âmbito comercial que previu a arbitragem necessária, no período de 1850 a 1866.

1.4. A Lei nº 9.307/96 e o novo processo arbitral

Por iniciativa do advogado pernambucano Petrônio Muniz, foi instalada a Operação Arbitrer de cunho nacional, com o apoio do Instituto Liberal, e apresentada proposta de projeto de lei ao Senador Marco Maciel, que capitaneou o trâmite legislativo (MACIEL, 2009, p. 11).

Com o advento da Lei nº 9.307/96, houve a regulamentação da arbitragem no Brasil, considerada como meio adequado de solução de controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, evitando submeter o conflito ao judiciário, de acordo com a primazia da vontade das partes, inclusive no que se refere às regras de direito escolhidas, exceto àquelas que violem os bons costumes e a ordem pública (Art. 2º, § 1º).

Através de um árbitro, terceiro imparcial e especialista na área do conflito, a controvérsia é dirimida mediante a prolação de uma sentença - título executivo judicial -, detentora do caráter de irrecorribilidade, a teor da previsão do Art. 31 da Lei nº 9.307/96 e Art. 475-N, IV do CPC, não se submetendo à homologação pelo judiciário.

Considerando que a Lei de arbitragem não a instituiu no país como obrigatória, sob a égide do princípio da autonomia da vontade das partes, estas convencionam a solução do conflito através de uma cláusula compromissória ou por compromisso arbitral, obrigando-se ao julgamento pelo(s) árbitro(s) escolhido(s), observados os requisitos da arbitralidade objetiva, no que se refere ao objeto da controvérsia tratar-se de direito passível de transação, bem como da arbitralidade subjetiva, qual seja a capacidade das partes de contratar (Art. 1º). Embora não seja obrigatório às partes se submeterem à via arbitral, uma vez escolhida esta opção não podem se eximir de participarem do processo arbitral, por força da convenção a que se obrigaram (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p.183).

As partes firmam por contrato a convenção arbitral através da cláusula arbitral, declarando expressamente que as controvérsias advindas do contrato serão resolvidas pela arbitragem, ou quando já instalado o conflito, firmam o compromisso arbitral.

Optando as partes contratantes pela arbitragem, por meio de uma cláusula cheia, na qual será nomeada desde já a instituição que administrará o processo arbitral, submeter-se-ão aos regimentos e regulamentos da mesma, viabilizando a instalação de uma "arbitragem institucional" imediatamente ao surgimento do conflito. Já no caso da "arbitragem *ad hoc*", não se submetendo a nenhuma instituição, as partes ditarão as próprias regras a serem seguidas por elas e pelo(s) árbitro(s), ou especificando-as na cláusula compromissória, ou no compromisso arbitral quando do surgimento do conflito.

Caso a cláusula não nomeei uma instituição ou as regras a serem seguidas pelas partes, esta será vazia, ou patológica, na definição de Frédéric Eisemann (*apud* CRETELLA NETO, 2006, p. 64), inviabilizando a instalação da arbitragem, oportunizando a intervenção do judiciário para sanar o defeito, sendo necessária a realização de uma audiência para esse fim, conforme previsão dos Arts. 6º e 7º da Lei nº 9.307/96, o que prejudicará a celeridade, própria da arbitragem.

A cláusula arbitral, uma vez inserida no contrato, subsistirá independente da validade deste, visto que sua autonomia garante a obrigação dos contratantes em se submeterem a escolha pela arbitragem, quando da contratação, cabendo ao árbitro decidir acerca da existência, validade e eficácia do contrato (Art. 8º Lei nº 9.307/96),

inclusive, no que se refere ao contrato no qual haja a sua rescisão, como assim entende Carmona (2006, p.159):

A autonomia anunciada leva à conclusão de que a vontade das partes no sentido de dissolver por mútuo acordo a relação jurídica principal não as desliga da relação objeto da cláusula compromissória (independente daquela outra). Em consequência, surgida controvérsia no decorrente do contrato rescindido (ou questão que diga respeito à validade, eficácia e extensão da rescisão) tocará ao árbitro - e não ao juiz togado dirimir o conflito

Quanto à extensão da invalidação do contrato à cláusula arbitral, quando se tratar de motivo comum a ambos, será possível, conforme entendimento de TEPEDINO (2008, p. 157):

Em outras palavras, quando se tratar de vícios que maculem a capacidade das partes ou à formação da vontade necessária ao negócio como um todo, não se pode considerar existente e válida a cláusula arbitral, e assim preservar a competência do tribunal arbitral.

O compromisso arbitral, firmado pelas partes após o surgimento do conflito, trata-se de um novo contrato, visto que estabelece as obrigações quanto à arbitragem a ser instalada, implicando em dois negócios jurídicos distintos, qual seja a obrigação estabelecida entre as partes, e destas em relação ao árbitro.

No que se refere ao caráter obrigacional entre as partes e o(s) árbitro(s), por advir de uma relação jurídica de direitos e deveres, poderá constar no compromisso o valor correspondente aos honorários do(s) árbitro(s), e caso não sejam adimplidos podem ser executados, considerando implicar em título executivo extrajudicial (Art. 11-IV da Lei nº 9.307/96).

O árbitro, por sua vez, ao aceitar o desiderato, deve atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência, e discricionariedade, atentando para os princípios de igualdade, contraditório, ampla defesa e devido processo legal, declarando de imediato fato que implique em inviabilizar sua atuação por suspeição ou impedimento, respondendo civil e penalmente pelos danos causados às partes, em razão do exercício de sua função, equiparada à pública a teor do Art. 17 da LA.

No entendimento de Lemes ([s.d], p. 3), o vínculo entre árbitro e partes possui características contratuais e jurisdicionais, como diz:

Pode-se conceituar esta vinculação como sendo contratual na fonte, pois a competência do árbitro nasce com a cláusula compromissória e dela decorre a opção pela arbitragem, bem como a necessidade de

indicar um árbitro. Além disso, podemos conceituar essa vinculação entre os árbitros e as partes como sendo jurisdicional no objeto; denomina-se, este contrato, como sendo um contrato de investidura.

Acrescenta Carmona (2006, p.171):

Em conclusão, o compromisso é um negócio jurídico processual através do qual os interessados em resolver um litígio, que verse sobre direitos disponíveis, deferem a sua solução a terceiros, com caráter vinculativo, afastando a jurisdição estatal, organizando o modo através do qual deverá processar o juízo arbitral.

A celebração do compromisso arbitral se dará através de instrumento extrajudicial, mediante documento particular ou público, assinados pelas partes e duas testemunhas, ou judicialmente, quando houver cláusula arbitral e a parte se recuse em comparecer para assinatura do termo de compromisso, devendo neste caso haver a intervenção judicial, para mediante realização de audiência com tal fim, viabilizar a instauração do processo arbitral, conforme prevê o Art. 7º da Lei nº 9.307/96.

Na hipótese de processo judicial em andamento, caso as partes não tenham firmado cláusula compromissória e desejem optar pela arbitragem, poderá ser tomado a termo a vontade das partes por meio de compromisso arbitral (Art. 9º, § 1º), ensejando a extinção do feito (Art. 267-VII, CPC/73), podendo o árbitro utilizar-se ou não dos atos processuais produzidos nos autos do processo judicial, em relação às provas produzidas, bem como às decisões interlocutórias, visto que não produzem coisa julgada material.

Segundo a Lei nº 9.307/96, o árbitro é considerado juiz de fato e de direito no exercício desta atividade (Art. 18), e sua sentença, que não necessita de homologação judicial, é considerada título executivo judicial (Art. 31 da Lei nº 9.307/96 e Art. 475-N do CPC), da qual não cabe recurso, tornando o procedimento mais rápido e eficaz. Portanto, "jurisdicionalizada a arbitragem", como diz Carmona (2006, p. 45), o Estado atribuiu aos particulares o poder de decidir, não havendo o que se falar em privatização da justiça, mas em cooperação entre o público e o privado para a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

De tal forma, dentro da visão do Estado democrático de direito, identifica-se a jurisdição sendo exercida pelo particular, estabelecida a jurisdição privada, justificada no acesso à justiça, que na sua concepção ampla exclui a restrição de

acesso ao judiciário, mas corresponde ao sistema jurídico acessível e efetivo - a exemplo da análise desenvolvida por Cappelletti (1988, p. 15) -, além do efeito atribuído à sentença proferida pelo árbitro que corresponde a um título executivo judicial, e os poderes conferidos ao árbitro no exercício de sua função.

No entendimento de Marinoni (2008, p. 155) a arbitragem não é atividade jurisdicional, não merecendo ser vista sobre o mesmo ângulo, considerando que de um lado está o dever do Estado de proteger os direitos e do outro a necessidade de decisões proferidas por “técnicos particulares”, ressaltando que:

[...] tal equiparação somente é forçada para permitir a conclusão que a lei de arbitragem é constitucional [...], acrescentando ainda que [...] não é preciso afirmar que a atividade do árbitro é jurisdicional para aceitar que o Poder Judiciário não pode rever as decisões por ele proferidas.

Contrariando esse entendimento de Marinoni, Cretella Neto (2004, p. 15) assim entende:

Parece-nos evidente que o árbitro exerce verdadeira jurisdição, e o faz por indicação das partes - com respaldo na lei, que valida a convenção - de forma que , ao permitir a legislação que se instaure o juízo arbitral, consagra a maior participação do povo na administração da Justiça, sem dúvida princípio democrático, claramente caracterizador do Estado de Direito.

Corroborando, Costa (2002, p. 25) traduz a participação privada como justiça participativa:

Logo se vê o incentivo dado pelo legislador pátrio à justiça participativa, ou seja, o cidadão também julga e atua ativamente na composição dos conflitos, desde que autorizados por lei, não sendo mais tal função exclusiva do juiz togado, o que implementa o acesso à justiça por meios alternativos de composição de conflitos.

Nesse mesmo sentido, Figueira Júnior (1999, p. 157) conclui pela natureza jurisdicional da arbitragem, considerando “verdadeira jurisdição de caráter privado”, visto que o Estado legitima as partes a não utilizarem-se da jurisdição estatal ante a escolha contratual e voluntária pelo juízo arbitral, “cuja validade é reconhecida pela ordem jurídica vigente definida no novo microssistema arbitral”.

Ainda, acrescenta Versiani (2006, p.90) que uma vez instituída a arbitragem, “não há dúvida de que sua natureza é jurisdicional, assim como é a dos órgãos integrantes do Poder Judiciário”, sendo certo “o poder do Juízo Arbitral de aplicar o

Direito ao caso concreto no lugar dos juízes, dirimindo a controvérsia das partes em litígio”.

A arbitragem prima pela solução pacífica dos conflitos, que embora restrita à apreciação dos direitos patrimoniais disponíveis, traduz a decisão de um especialista no assunto objeto do litígio, que por conhecê-lo intimamente proporcionará uma maior efetividade da prestação jurisdicional, inclusive, de maneira célere. A opção pela arbitragem não significa a renúncia à jurisdição, mas apenas à jurisdição estatal, conforme autoriza a Lei nº 9.307/96, cuja decisão será proferida por terceiro imparcial, atendendo ao princípio do juiz natural, cuja competência foi fixada nos termos da convenção arbitral.

Nesse sentido, Costa (2002, p. 82) assevera:

Não se deve olvidar, ainda o fato de que deve existir relação harmônica e cooperativa entre a atividade jurisdicional estatal e arbitral, sob pena de fazer com que o jurisdicionado perca um meio alternativo de solução de conflitos bastante salutar e democrático, que prima pela participação do povo na administração da justiça.

Portanto, a Lei nº 9.307/96 adotou a concepção híbrida da natureza jurídica da arbitragem, como “natureza contratual jurisdicionalizante”, conciliando a teoria privatista que considera ser contrato privado disciplinando interesses particulares, com a teoria publicista regulando “relações de ordem processual (caráter público)” (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p.159; 182).

Observa-se, desta forma, que além de sua natureza contratual, a arbitragem também trata-se de jurisdição, seja pela legitimação que o Estado confere à opção pelo juízo arbitral, excluindo de sua apreciação após a convenção das partes, seja pela decisão final do árbitro através de sentença irrecorrível - título executivo judicial que transita em julgado com a sua prolação -, ou ainda pelos demais poderes atribuídos aos árbitros, no exercício de função pública, tal qual exposto na sequência.

1.5 Poderes do árbitro

Considerando que não descansa apenas na lei, o arcabouço de valores que se socorre o julgador para proferir uma decisão, mas nos conceitos morais,

necessitando de sensibilidade para a devida interpretação e aplicação da lei, poder-se-ia assim definir um julgador, em concordância com a visão de Herkenhoff (1996, p. 178):

Vejo o juiz como um poeta, alguém que morre de dores que não são suas, alguém que vive o drama dos processos, alguém capaz de descer às pessoas que julga, alguém que capta os sentimentos e aspirações da comunidade, alguém que incorpora na sua alma e na sua vida a fome de justiça do povo a que serve.

O compromisso social com o jurisdicionado, para o qual presta o serviço, sobrepõem-se aos seus anseios pessoais, e além de sentir a dor alheia, captar as necessidades do povo e fazer justiça, "o juiz, agente estatal, tem o dever de construir a dignidade de seu próximo" (NALINI, 1994, p. 104).

A Lei Complementar nº 35 de 14 de março de 1979, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, estabelece que os magistrados devem atuar com independência, serenidade, pontualidade, tratando com urbanidade as partes bem como os demais operadores do direito, atendendo as urgências necessárias, fiscalizando os subordinados e mantendo conduta irrepreensível na vida pública e particular (Art. 35, I-VIII).

Arelados a esses deveres, na condução do processo, o juiz deve tratar com igualdade as partes, velar pela rapidez do processo, prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça, além de tentar em qualquer fase o processo a conciliação, conforme prevê o Art. 125, incisos I a IV do Código de Processo Civil.

Com o dever de dirigir o processo até a efetiva entrega da prestação jurisdicional, repousa sobre o julgador o papel social, sendo-lhe exigida uma conduta irrepreensível em razão do compromisso assumido perante a sociedade.

Conforme assevera Cícero (2009, p. 70): "os magistrados devem compenetrar-se da idéia que representam a república e que lhe cabe sustentar a decência, manter as leis, distribuir justiça e ter presente tudo o mais do que são depositários".

Entretanto, "o juiz não pode agir mecanicamente. É-lhe defeso artificializar a distribuição da Justiça. Não pode considerar a prestação jurisdicional uma atuação burocrática" (NALINI, 1994, p. 97).

Além da perspectiva deontológica, quando imbuído da função judicante, Nalini (1994, p. 96-97) considera como exigências éticas necessárias na condução do processo uma atuação imparcial, mantendo-se eqüidistante das partes, na busca pela verdade real, com total devotamento à sua missão, ainda uma neutralidade, que considera uma exigência tormentosa. Justifica como situação angustiante a expectativa depositada no juiz, sendo ele um ser humano, cuja personalidade origina-se de circunstâncias sociais, regionais, históricas, educacionais, genéticas, mediante a absorção de valores e costumes contextualizados às suas raízes.

Entre a técnica aplicada no julgamento, advinda do conhecimento necessário ao exercício de sua função, e a inspiração ética, o julgador atuará.

Revelando a missão do juiz através de uma perspectiva de onipotência, visto que investido do poder de condenar e absolver seus semelhantes, João Alfredo de Medeiros, Juiz de Direito de Florianópolis, citado por Costa (1999, p. 251), através de uma prece descreve:

Quão pesado e terrível é o fardo que puseste nos meus ombros!
Ajuda-me, Senhor! Faze com que eu seja digno desta excelsa missão!
Que não me seduza a vaidade do cargo, não me invada o orgulho, não me atraia a tentação do Mal, não me fascinem as honrarias, não me exaltem as glórias vãs. Unge as minhas mãos, cinge a minha fronte, bafeja o meu espírito, a fim de que eu seja um sacerdote do Direito que Tu criaste para a Sociedade Humana. Faze a minha Toga um manto incorruptível. E da minha pena não o estilete que fere, mas a seta que assinala a trajetória da lei, no caminho da justiça. [...] Ajuda-me, Senhor, a ser justo e firme, honesto e puro, comedido e magnânimo, sereno e humilde.

Do árbitro, por sua vez, como juiz de fato e de direito, conforme prevê o Art. 18 da Lei nº 9.306/97, exige-se da mesma forma, uma conduta ética, apresentando como requisito para a investidura da função, a capacidade civil e a confiança das partes (caput, Art. 13 da Lei nº 9.307/96).

Ao árbitro se aplicam as mesmas condições técnicas e éticas atribuídas aos magistrados, visto que exerce a função jurisdicional, inclusive necessário um conhecimento técnico específico em virtude de ser um especialista na área do conflito, devendo julgar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (Art.13, §6º, Lei nº 9.307/96).

No que se refere à imparcialidade, Carmona (2006, p. 209) explica a necessidade do árbitro manter-se distante, não envolver-se com as partes, sobretudo com aquelas que o escolheram, mencionando ainda a neutralidade, considerando como “influência que o julgador pode receber do meio em que atua”.

Na percepção de Nalini (1999, p. 271), “imparcial é o juiz que procura compensar a debilidade de uma das partes, para garantir o equilíbrio de oportunidades a cada qual conferida”, considerando a neutralidade como dito anteriormente, como uma “exigência tormentosa” (NALINI, 1994, p. 96-97), em razão de estar revestido de circunstâncias contextualizadas à sua existência.

Na arbitragem, como o julgador será escolhido pelas partes, que o diferencia do magistrado, a imparcialidade torna-se uma característica que poderá implicar na continuidade do exercício de sua atividade ou exclusão do meio arbitral. No entendimento de Júdice (2009, p. 133) um árbitro parcial implica no seu descrédito, maculando a sua imagem externa na comunidade arbitral refletindo-se na sua carreira profissional.

Referindo-se ao perfil do julgador diante da composição do colegiado de árbitros, Júdice (2009, p. 138) acrescenta:

Um árbitro sem prestígio desvaloriza imediatamente tudo aquilo que diga e, com isso, pode ajudar a que se forme um bloco entre os dois outros árbitros. E um árbitro presidente sem força moral e respeitabilidade profissional está pouco apetrechado para a sua missão, muitas vezes espinhosa e complicada.

Na hipótese da formação colegiada dos julgadores nas arbitragens internacionais, há a tendência da escolha do árbitro que irá presidir o processo, tenha nacionalidade diferente das partes, “para o proteger e para que o enquadramento cultural em que se insere não afecte, ainda que inconscientemente, o seu julgamento” (*sic*) (JÚDICE, 2009, p. 136), visto que em relação à neutralidade há de ser observado o contexto social e cultural no qual o árbitro esteja inserido.

A competência, diferente do que se aplica aos órgãos jurisdicionais, determinada em razão do valor, da matéria, funcional e territorial, previstas nos Arts. 91 a 101 do Código de Processo Civil, em relação ao árbitro, equivale à sua capacidade técnica, conhecimento e aptidão na matéria objeto da controvérsia bem como experiência na área do conflito.

Sobretudo nas arbitragens comerciais, a atuação técnica e inteligente do árbitro é considerada de suma importância, em razão da tendência de utilizar os “truques e tiques do sistema processual comum” (JÚDICE, 2009, p. 139), e, portanto, os árbitros com essas habilidades devotarão maior cuidado com as questões substantivas, não sendo necessária demasiada energia com os aspectos formais.

A diligência implica no cuidado que o árbitro deve dedicar ao processo, empenhando-se na colheita de provas, no cumprimento dos prazos, na busca pela verdade real que proporcionará uma justa decisão. Carmona (2006, p. 210) desdobra a diligência em duas vertentes: o dever do árbitro de não aceitar sua nomeação caso não possa dedicar o tempo necessário para a causa e não cobrar honorários arbitrais que terminem por inviabilizar a arbitragem.

No entendimento de Júdice (2009, p. 139), para o seu sucesso e reconhecimento profissional, uma “característica essencial que deve ser pedida a um árbitro é a disponibilidade temporal, a capacidade de trabalho, a atenção aos detalhes e aos pormenores, a dedicação ao *dossier*”.

E por fim, a discrição corresponde ao dever revestido de maior característica axiológica, inerente a conduta ética do árbitro, visto que exige a postura discreta, prudente, a fim de guardar sigilo de todas as informações, fatos e atos praticados no processo que atuou. Confirmando Carmona (2006, p. 211) que “este comportamento discreto do árbitro é tão importante que podem as partes exigir dele verdadeiro segredo, de tal sorte que façam constar no compromisso arbitral obrigação de não fazer”.

Além dos deveres a serem cumpridos pelos árbitros, descritos no § 6º do Art. 13 da Lei nº 9.307/96, considerado o seu código de ética (LEMES, [s.d.], p. 2), assume a responsabilidade civil e penal, em caso de infração aos seus deveres, em razão do exercício de função pública (Art. 17, Lei nº 9.307/96).

O direito atribui ao juiz os seguintes poderes, segundo a classificação apresentada por Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 315):

- a) poderes administrativos ou de polícia, que se exercem por ocasião do processo, a fim de evitar a sua perturbação e de assegurar a ordem e decoro que devem envolvê-lo (CPC, arts. 445 e 446: o juiz tem o dever de expulsar o inconveniente da sala, empregar força

policial etc.); e b) *poderes jurisdicionais*, que se desenvolvem no próprio processo, subdividindo-se em poderes meios (abrangendo os *ordinatórios*, que dizem respeito ao simples andamento processual, e os *instrutórios*, que se referem à formação do convencimento do juiz) e *poderes-fins* (que compreendem os decisórios e os de execução).

No exercício do poder de polícia, o juiz atua como autoridade judiciária, visando garantir a ordem e o respeito no desenvolvimento do processo, consubstanciado na previsão dos Arts. 15, 125-III, 445 e 446 do CPC, podendo inclusive solicitar força policial. Neste sentido, os árbitros, por sua vez, não sendo detentores do poder coercitivo, caso seja necessária a intervenção da autoridade judiciária, a exemplo da testemunha resistente, este deverá requisitar a atuação do juiz para determinar a sua condução coercitiva, a fim de garantir a ordem no processo arbitral.

Acerca dos “poderes meios” mencionados pelos autores referidos, quais sejam os poderes ordinatórios e instrutórios, aqueles que o juiz se vale nos processos de conhecimento e cautelar, para o andamento do processo, tais como aqueles destinados a colheita de prova dos fatos, igualmente são exercidos pelo árbitro na condução do processo arbitral. A teor dos “poderes de meio”, Moacyr Amaral Santos (2007, vol.1, p. 342-345) classifica os ordinatórios como poderes de inspeção, concessão ou recusa, nomeação, repressão, e de iniciativa, enquanto aos instrutórios, além das referidas classificações atribuídas aos ordinatórios, acrescenta-se os poderes de apreciação de prova. Na arbitragem, incumbe aos árbitros os “poderes de meio” conferidos aos juizes, e como primeiro ato do árbitro, após sua aceitação, poderá esclarecer os pontos dúbios que constem da convenção arbitral (Art. 19, § único, da LA), como por exemplo, escolha da língua a ser empregada ou sede da arbitragem, sendo considerado ato processual, vez que já instituída a arbitragem. Ressalte-se que tanto ao juiz como ao árbitro, há o dever de cooperação entre eles e as partes na busca pela verdade real.

Conforme acentua Liebman (*apud* COSTA, 2002, p. 83), acerca do paralelo entre a atividade cognitiva do juiz e do árbitro, acrescenta:

Na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certos pontos de vista, ao de um historiador quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas

estas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada).

A despeito dos poderes finais, como se referem àqueles que o juiz exerce através da sentença ou atos de execução, aplicam-se ao árbitro - juiz de fato e de direito -, os poderes de decidir ao proferirem as decisões de mérito, antecipação de tutela ou acautelatórias, excluindo-se os poderes inerentes a *coercio*, visto que a função do árbitro se encerra com a prolação da sentença, cabendo ao judiciário os atos de execução, em caso de não cumprimento voluntário da decisão final.

Em relação à apreciação das questões de fato e de direito pelo juiz, assim como acontece com o árbitro, considerada a atuação de ambos na fase cognitiva e decisória, observa-se a diferença do sistema aplicado no processo civil norte-americano, visto a divisão das funções entre o *jury*, responsável pelo julgamento das questões de fato, e o juiz a quem cabe a apreciação das questões de direito. Sobretudo, diferencia-se a atuação do juiz americano no seu papel de fiscalizador, estabelecendo a linha que o *jury* deve seguir para a apreciação das provas a serem produzidas.

A antecipação da tutela final pelo juiz será apreciada nos limites do Art. 273 do CPC, mas no que se refere aos árbitros, a estes não estarão limitadas as regras do CPC, visto que, como é próprio do procedimento arbitral, as partes poderão escolher as regras que serão utilizadas, podendo o árbitro utilizar-se da legislação estrangeira, de regras criadas pelas partes, daquelas prescritas nos regulamentos da Câmara que administrará o procedimento, ou ainda que tenha sido escolhido pelo árbitro, mediante concordância das partes.

No que se refere às decisões cautelares, prevê o Art. 800 do CPC que serão proferidas pelo juiz competente para apreciar a ação, quais sejam as cautelares incidentais, ou quando preparatórias pelo juiz a quem cabe a ação principal. Em relação às cautelares no processo arbitral, prevê o § 4º do Art. 22 da Lei nº 9.307/96 que "havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa".

Ocorre que, uma vez instituída a arbitragem com a aceitação pelo árbitro (Art. 19 da Lei nº 9.307/96), estabelece-se a competência deste para julgar a causa,

portanto, apenas quanto ao cumprimento da medida liminar conferida, em caso de não cumprimento espontâneo, será necessária a interveniência do judiciário.

Neste sentido, o voto do Relator Desembargador Elias Camilo, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nos autos do Agravo Inominado em Agravo de Instrumento, Processo nº 1.2004.07.600275-7/002(1), concluiu (Anexo 1):

Cediço é que, consoante a mais moderna doutrina e jurisprudência, uma vez estabelecida a competência do juízo arbitral para a ação principal, deve essa estender-se também para as medidas acautelatórias, dada a autorização legal da concessão, pelo árbitro, de medidas coercitivas ou cautelares (Art. 22, SS 4º da Lei nº 9.307/96). Aliás, por competir o exame de mérito, de forma restrita, ao árbitro, não haveria mesmo por que vedar-lhe a decretação de medidas urgentes. Assim, a cognição sobre a oportunidade da medida antecipatória ou acautelatória é da competência plena do juízo arbitral, ficando apenas sua execução afeta ao juiz estatal, mediante seu poder de coertio e executio, caso a parte resista em cumpri-la espontaneamente (BRASIL, TJMC. 1.0024.07.600275-7/002, Publ. 11.02.2008).

Por sua vez, Carmona (2006, p. 266) entende que:

Considerando-se que a medida cautelar visa a assegurar o resultado útil do processo, é razoável(embora nem sempre prático) conceder ao órgão julgador que proferirá a decisão sobre a demanda principal a competência para detectar a necessidade ou não de tutela cautelar.

Na medida em que a legislação atribui poderes ao juiz, corresponde a poderes-deveres, considerando que o juiz pode realizar suas atribuições como dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, justa e rápida.

Seguindo o entendimento de Amendoeira Júnior (2006, p. 65), o juiz, no exercício de seus poderes-deveres, está limitado pelos princípios constitucionais de igualdade, contraditório, imparcialidade, dispositivo, legalidade, inércia e da demanda.

Tratando-se dos princípios do contraditório e igualdade, estes correspondem à ampla defesa proporcionada às partes na mesma medida, considerando que ambas devem ter a mesma oportunidade de acesso aos atos processuais e de “reagir de forma proporcional” (AMENDOEIRA JÚNIOR, 2006, p. 65). Neste sentido percebe-se que o juiz, bem como o árbitro, devem atribuir tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, atuando ativamente, por vezes *ex officio*, a fim de

garantir o equilíbrio, como por exemplo, na produção de determinada prova, em busca da verdade material.

Considerado pressuposto na relação processual, a imparcialidade do juiz implica na capacidade subjetiva do juiz em atuar no processo, e quando suspeita a sua imparcialidade impedido estará, a teor da previsão dos Arts. 134 e 135 do CPC. Acerca da atuação do árbitro, o Art. 14 da Lei nº 9.307/96 se reporta à legislação processual civil, equiparando-o aos funcionários públicos.

Quanto ao princípio do dispositivo, assim define Amendoeira Júnior (2006, p. 73):

O princípio do dispositivo diz respeito apenas às limitações do juiz no tocante aos atos de disposição das partes. E esse é um verdadeiro limite à atividade do juiz, ou seja, diante de atos que expressem declarações de vontade das partes como a transação, a renúncia ou o reconhecimento jurídico do pedido do autor, compete ao juiz analisar apenas os aspectos formais, ou seja, verificar se presentes os requisitos necessários à efetivação da declaração de vontade, restando impedido, por exemplo, de opor-se à homologação do acordo por motivo de ordem não formal se o direito for disponível, a atividade é meramente delibatória, tanto que entendemos que essa atividade caracteriza falsa sentença de mérito.

Neste aspecto, no que refere ao árbitro, que apenas aprecia os direitos disponíveis, estará limitado à disposição das partes, não podendo da mesma forma opor-se à homologação de acordo, apenas analisando os aspectos formais.

No que se refere ao princípio da legalidade, este implica na limitação das decisões judiciais que serão fundamentadas, vinculadas à lei, entretanto, deve-se observar os atos eivados de discricionariedade, permitidos por lei. Aos árbitros aplica-se o mesmo princípio, ressaltando-se apenas em relação à diferença imposta à sentença arbitral por ser irrecorrível, conforme prevê o Art. 18 da Lei nº 9.307/96.

Considerando que cabe às partes provocar a jurisdição (princípio da inércia) e definir o objeto da demanda, o juiz, assim como o árbitro, está limitado ao pedido fixado no processo, decidindo as questões submetidas à sua apreciação, nos limites previstos nos Arts. 2º, 128 e 460 do CPC. Segundo o princípio da demanda, o juiz não poderá entregar voluntariamente a prestação jurisdicional, mas somente provocado, sob pena de comprometer sua imparcialidade. Entretanto, não há que se falar em impedimento da concessão de tutela equivalente àquela pretendida, visto que autorizada nos termos do Art. 461 do CPC.

Concluindo acerca dos poderes conferidos aos juizes e aos árbitros, sob a égide da jurisdição pública e privada, no entendimento de Magalhães (2005, p. 12):

Dessa forma, se juiz e árbitro têm idêntica jurisdição - entendido o termo jurisdição sempre como poder ou autoridade para declarar o Direito em determinada controvérsia -, a origem deste, porém, não é a mesma. A do juiz é pública, e emana direta ou indiretamente da Constituição, e a do árbitro é privada e deriva da vontade livre das partes, circunscrita às hipóteses previstas em lei.

Entende-se haver o exercício da atividade jurisdicional pela via arbitral, que merece ser analisada levando em consideração a pacificação social, a prestação jurisdicional com rapidez, - que proporciona a satisfação dos interesses dos indivíduos - os poderes conferidos aos árbitros no exercício dessa atividade, os efeitos da sentença arbitral que faz coisa julgada e, sobretudo, a cooperação e harmonia necessárias à democratização do nosso Estado de Direito, mediante a integração entre o público e o privado.

1.6 Instrumentalidade do processo arbitral

Na concepção *lato sensu*, processo corresponde a “todo procedimento realizado em contraditório” (CÂMARA, 2004, p. 143), pressupondo-se a existência de uma relação jurídica entre as partes envolvidas, sendo “indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade da lei” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 297).

A viabilidade do acesso à justiça, através de meios que satisfaçam os interesses das partes na solução de seus conflitos, com decisões justas, assegurados o contraditório, ampla defesa, respeitado o devido processo legal, implica na garantia de efetividade. Nesse sentido Cintra, Grinover, Dinamarco (2008, p. 362) entende que:

Falar da *efetividade do processo*, ou da sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça.

Entretanto, além da necessidade de atender aos princípios que permeiam o processo, mister se faz que existam técnicas processuais proporcionando a

segurança e a tempestividade da prestação jurisdicional, daí a importância da instrumentalidade do processo na realização concreta do direito material. Para tanto, será necessária a eficiência no sistema jurisdicional. Não há que se tratar de efetividade, sem eficiência.

Explicando melhor esses conceitos, Bedaque (2009, p. 58) afirma:

Efetividade e eficiência não são sinônimos. Quanto mais eficiente o método adotado pelo Estado para a solução das controvérsias, maior a possibilidade de o resultado dessa atividade, consubstanciado na tutela jurisdicional, ser efetivo.

Em sentido diverso, considerando que a efetividade independe da eficiência do método utilizado, Marinoni (2008, p. 116) entende que:

[...] a sentença que reconhece a existência de um direito, mas não é suficiente para satisfazê-lo, não é capaz de expressar uma prestação jurisdicional efetiva, uma vez que não tutela o direito e por isso mesmo, não representa uma resposta que permita ao juiz se desincumbir do seu dever perante a sociedade e os direitos. Diante disso, não há dúvida de que a tutela jurisdicional só se aperfeiçoa, nesses casos, com atividade executiva.

Nas palavras de Carneiro (2010, p. 6), a jurisdição implica na eficácia vinculativa plena que soluciona o conflito “declarando e/ou realizando o direito em concreto”, enquanto Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 147), entendem que se realiza a jurisdição através do processo seja pela sentença de mérito “ou” pela execução forçada, portanto, a efetividade da jurisdição através do processo não vincula-se apenas a atividade executiva, mas à decisão que põe fim ao conflito.

No processo arbitral - assim entendido em razão do seu caráter jurisdicional -, embora não seja realizada execução, em razão da “ausência total do poder de império a ser atribuído a qualquer árbitro ou tribunal arbitral” (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 22), a decisão final que proferir, será considerada título executivo judicial (Art. 475-N, VI, CPC). A sentença arbitral apreciará o mérito da questão conflituosa, pondo fim à controvérsia mediante o cumprimento voluntário das partes, ou caso contrário, poderá de logo ser requerido judicialmente (Art. 475-P, III, CPC), visto que produzirá os efeitos da coisa julgada com a sua prolação, não estando sujeita a recurso (Art. 18, Lei nº 9.307/96).

Após a instituição da arbitragem, com a aceitação dos árbitros (Art. 19, Lei nº 9.307/96), serão produzidos os efeitos da interrupção da prescrição e da

litispendência, e tão logo o(s) árbitro(s) verifique(m) o preenchimento dos requisitos da convenção arbitral, seguir-se-á o procedimento com o escopo de firmar o convencimento dos julgadores para emitir(em) sua sentença de mérito (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 207).

Obedecendo ao procedimento regulamentado pela instituição que administrará o processo arbitral, ou às regras criadas pelos árbitros por sua delegação (Art. 21, Lei nº 9.307/96), as partes poderão utilizar-se de exceções de suspeição e impedimento (Art. 20, Lei nº 9.307/96), que serão julgadas pelo (s) próprio (s) árbitro (s), de acordo com previsão diversa das partes, ou ainda por comissão ou conselho administrativo da instituição arbitral, e sendo acolhida, implicará na substituição do árbitro nos termos do Art. 16 da Lei nº 9.307/96 (CARMONA, 2006, p. 245).

Da mesma forma, poderá ser arguida a incompetência do árbitro ou tribunal, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem (Art. 20, Lei nº 9.307/96), que uma vez reconhecida ensejará a extinção do processo arbitral, devendo a parte interessada demandar judicialmente (Art. 20, § 1º, Lei nº 9.307/96).

Caso não sejam acolhidas as referidas exceções, o processo seguirá seu curso normal, podendo ainda ser submetido o reexame da matéria através da ação anulatória, perante o judiciário (Arts. 20, § 2º e 33, Lei nº 9.307/96).

Atentando para a satisfação dos interessados, buscando atingir o escopo social do processo caberá ao árbitro inicialmente, propor a conciliação (Art. 21, § 4º Lei nº 9.307/96), podendo, inclusive, “a qualquer momento tentar a harmonização dos interesses das partes” (CARMONA, 2006, p. 258), promovendo o estímulo à autocomposição do conflito, que em caso de ser exitosa, ensejará a homologação por sentença do acordo firmado (Art. 28, Lei nº 9.307/96).

Utiliza-se ainda, no processo arbitral, as medidas cautelares, com o fito de evitar prejuízo à pretensão objeto de apreciação na decisão final pelo árbitro, e conceder “maior efetividade na proteção perseguida pelo jurisdicionado”, em razão da necessidade de apreciação imediata para manutenção da tutela jurídica, evitando “situações particularmente danosas que possam consistir na colocação em perigo da concreta (efetiva) possibilidade de atuação da sentença” (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 212-213).

Ao proferir a sentença de mérito, após dar ciência às partes da decisão, cessa a atividade jurisdicional do árbitro (Art. 29, Lei nº 9.307/96), entretanto, há possibilidade da parte interessada requerer, no prazo preclusivo de cinco dias, a correção de erro material e/ou esclarecimento acerca de obscuridade, omissão, dúvida ou contradição (Art. 30, incisos I e II da Lei nº 9.307/96).

Em caso de acolhimento dos “embargos” este poderá produzir efeitos infringentes da sentença, podendo ensejar em modificação, “se houver uma das hipóteses legais de admissibilidade do requerimento de esclarecimentos” (SCAVONE JUNIOR, 2009, p. 160), pois, “basta pensar na hipótese de uma preliminar de mérito não decidida (prescrição, por exemplo), cujo acolhimento importaria em inversão do julgamento” (CARMONA, 2006, p. 310).

Portanto, no processo arbitral concretiza-se a entrega da prestação jurisdicional com a solução do conflito, repousando a sua importância em tratar-se de “mais um instrumento institucionalmente legítimo colocado no sistema à disposição dos jurisdicionados para a busca da solução de seus múltiplos conflitos de ordem interna ou externa” (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 20).

Assim, atingir a efetividade com eficiência significa a jurisdição realizar todos os seus escopos sociais, políticos, jurídicos, do processo e da técnica processual.

Desta forma, a arbitragem, compreendida como jurisdição privada, visando o atendimento desses escopos, atua de forma cooperativa com a jurisdição estatal, a fim de proporcionar aos jurisdicionados a solução dos conflitos, a concretude do direito material, através do devido processo legal - resguardados os princípios constitucionais -, e para tanto, faz uso do processo arbitral como instrumento de entrega da tutela jurisdicional, ultimando-se com a prolação de uma sentença que constitui título executivo judicial e produz efeito da coisa julgada.

CAPÍTULO II PODER DE CAUTELA E TUTELA DE URGÊNCIA

2.1 Tutelas jurisdicionais

O ordenamento jurídico tem como base o direito objetivo, que se propõe a alinhar os conflitos de interesses, promovendo uma hierarquização desses interesses na sociedade. Para tanto, desempenha a função psicológica, quando o Estado hierarquiza os interesses, oportunizando que as pessoas cumpram suas obrigações voluntariamente, adequando suas condutas aos valores impostos; e ainda realiza a função judicial, quando a hierarquia de interesses dirigirá a atuação do juiz para aplicação desses valores (RIBEIRO, 2010, p. 29; 34).

No entendimento de Ribeiro (2010, p. 38-39):

A pretensão à tutela jurídica, assim como a ação processual, pertence tanto ao demandante que põe em movimento a jurisdição com a ação processual, como ao demandado que apenas se defende e, ainda que não exercite ação nenhuma, com sua presença em juízo, exige também do Estado sua tutela judicial mediante a improcedência da pretensão processual que o autor supostamente disse ser titular.

No que se refere à pretensão à tutela jurídica, esta difere-se da pretensão ao direito material. Embora ambas correspondam ao poder, uma "*facultas exigendi*" que nasce sem exigibilidade, a primeira é exercida através da ação judicial dirigida contra o Estado no âmbito do direito público, enquanto a segunda é exercida por seu titular contra outra pessoa, no âmbito do direito privado (RIBEIRO, 2010, p. 46).

A tutela jurídica existirá desde o nascedouro das "regras de convivência e distribuição de bens entre as pessoas" e as consequências por sua quebra, até os meios utilizados para a atuação dessas regras e aplicação de sanções, promovendo a sua efetividade. Portanto, considerando que a tutela jurídica, não está limitada à proteção do ordenamento jurídico, a tutela jurisdicional, da mesma forma, não se confunde com o exercício da jurisdição nem com a sentença, visto que "é o resultado do processo através do qual a jurisdição se exerce na realidade social em que está inserido" (AMENDOEIRA JÚNIOR, 2006, p. 24).

A tutela jurisdicional, segundo Yarshell (1998, p. 28), corresponde ao "resultado final do exercício da jurisdição estabelecida em favor de quem tem razão

(e assim exclusivamente), isto é, em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento”. Nesse sentido, corresponde ao efeito produzido pela sentença, a efetivação de uma situação benéfica ao vencedor, promovendo a pacificação, visto que, independente de quem ingressou com a ação judicial, será entregue a tutela a quem tenha razão (DINAMARCO, 2005, p. 126; 203).

E assim entendido o direito do jurisdicionado a uma prestação jurisdicional efetiva, esta deverá estar revestida de técnica processual adequada, procedimento capaz de viabilizar a participação e a própria resposta jurisdicional (MARINONI, 2004, p. 9).

Para tanto, o sistema processual deverá proporcionar formas de tutela ou tipos de provimento capazes de efetivamente resolver as violações de direitos e interesses materiais. Embora seja reconhecida a atipicidade da tutela jurisdicional, considerando a sua universalidade, visto que não há rol prévio e exaustivo de provimentos capaz de assegurar a proteção a esses direitos e interesses, torna-se necessária a tipologia da tutela para a “compreensão e desenvolvimento do direito processual, notadamente em sua interação com o plano substancial” (YASHELL, 1998, p.138; 140).

As tipologias clássicas, para Yashell (1998, p. 140-141), dividem-se em tutelas de conhecimento, executiva e cautelar, sendo as primeiras divididas em tutelas meramente declaratória, constitutiva e condenatória. Acrescenta-se ainda a mandamental e a executiva em sentido lato. Essa sistematização considera “a natureza do provimento ou a natureza dos efeitos processuais daí decorrentes”, devendo o resultado do processo conjugar-se à eficácia material.

No processo de conhecimento a tutela jurisdicional é o resultado útil no qual se julgam as pretensões dos litigantes que refletem as crises jurídicas que clamam por técnicas diferentes. Para tanto, as crises de certeza são debeláveis por sentenças meramente declaratórias para resolver a dúvida da relação jurídica; as crises de adimplemento são resolvidas pelas condenatórias para impulsionar o adimplemento da obrigação sob pena de execução ou cumprir um mandamento; e por fim, as crises das situações jurídicas pelas constitutivas, instituindo uma situação jurídica nova, criando uma relação jurídica inexistente, modificando ou extinguindo a existente (DINAMARCO, 2004, p. 196-197).

A tutela meramente declaratória por si só é capaz de debelar a crise de direito material, não dependendo de outra tutela para garantir efetividade, sendo certo que após o conhecimento trará a certeza, declarando acerca de um direito, uma relação jurídica ou ainda de uma falsidade ou autenticidade de documento, produzindo efeitos *ex tunc* (AMENDOEIRA JÚNIOR, 2006, p. 100).

Portanto, a “declaração de existência ou inexistência do direito” implica em um “efeito substancial da sentença de mérito, porque se destina a projetar-se para fora do processo e incidir sobre a vida comum dos litigantes, em suas relações” (DINAMARCO, 2004, p. 199).

A tutela constitutiva possui caráter modificativo, visando resolver a crise de uma situação jurídica promovendo a criação, alteração ou extinção das relações jurídicas, que se dará em dois momentos. No primeiro, declarando o direito da parte de modificar, e no segundo modificando, criando uma situação nova, pondo fim à crise e produzindo efeitos *ex nunc* (AMENDOEIRA JÚNIOR, 2006, p. 103).

Em relação aos provimentos constitutivos que desconstituem um ato jurídico, é óbvia a necessidade de previsão legal que autorize o julgador a entrega da tutela nesse sentido, entretanto, quando se tratam daqueles positivos, que produzem ou modificam uma situação jurídica, observa-se “uma possível similitude com o juízo de equidade”, mas não cabe ao juiz “substituir propriamente a vontade das partes, mas os efeitos jurídicos a que estas se obrigaram, ou a que estão obrigadas por lei” (YARSHELL, 1998, p. 148-149).

Diferente das tutelas declaratória e constitutiva, que visam resolver as crises de direito material, a tutela condenatória se propõe a debelar as crises de adimplemento, trazendo além da declaração de uma obrigação a sanção prevista, com “carga executiva latente” (AMENDOEIRA JÚNIOR, 2006, p. 104).

Caberá ao julgador buscar no âmbito do direito substancial a tipicidade ou atipicidade da tutela condenatória para impor ao vencido as prestações devidas, seguindo os parâmetros estabelecidos pela lei, determinados pelo direito material, sobretudo quando haja maior amplitude para atuação do juiz, a exemplo da previsão do Art. 461, *caput*, do CPC, no que se refere à obrigação de fazer e não fazer, sendo “impensável que a condenação pudesse vir desacompanhada dos meios de efetivá-la” (YARSHELL, 1998, p. 156-158).

Acerca das tutelas mandamental e executiva em sentido *lato*, Yarshell (1998, p. 163) considera como modalidades caracterizadas sob critério diferente da tipologia anteriormente citada, visto que não são conceituadas pela natureza do provimento jurisdicional, mas sim por critério exterior, pelo modo que é efetivado.

O referido autor identifica a mandamentalidade na ordem do julgador para compelir ao adimplemento e os provimentos executivos *lato sensu* como aqueles que se executam independentemente de novo processo.

Para Ribeiro (2010, p. 90), de todas as eficácias produzidas pela sentença a preponderante é a mandamental, qual seja a “ordem para que o demandado imediatamente realize o mandado da sentença, sob pena de incorrer em delito de desobediência e/ou em multa pecuniária (*astreinte*)”.

Ressalta, ainda, a distinção entre a sentença mandamental e a sentença condenatória:

A sentença mandamental não deve confundir-se com a condenatória porque nesta o autor pede ao juiz, como eficácia preponderante, que condene o devedor a realizar uma determinada prestação, enquanto na mandamental, o autor solicita ao juiz, como eficácia preponderante, que ordene ao demandado um determinado comportamento. Quem condena não ordena, simplesmente exorta, esperando o cumprimento voluntário (RIBEIRO, 2010, p. 92).

No que se refere à tutela executiva *lato sensu*, Amendoeira Júnior (2006, p. 137) observa, como característica que lhe é própria, a habilidade de “promover as alterações necessárias no mundo fático para a satisfação do credor”, e para tanto não dependerá de processo de execução, como ocorre nas tutelas condenatórias.

Entende ainda o referido autor, que a distinção da tutela mandamental e executiva *lato sensu*, só ocorrerá na prática se não houver cumprimento da ordem, considerando que inicialmente, a segunda é igual à primeira, visto que só posteriormente, em caso de descumprimento da mandamental é que será executiva, quando necessária a sub-rogação, a exemplo do que ocorre no despejo (AMENDOEIRA JÚNIOR, 2006, p. 139).

Na concepção de Dinamarco (2004, p. 245-246), considerando que a condenação por si só não resolve a crise de adimplemento, os “processos executivos *lato sensu*” transformam em um só processo o de conhecimento e executório, viabilizando a efetividade da tutela jurisdicional, visto que após a

condenação serão realizadas as medidas executivas para a satisfação do credor, como meras fases do processo.

Além da tipologia acima descrita, sem a pretensão de excluí-la ou substituí-la, ainda existem tutelas categorizadas em razão dos efeitos substanciais que produzem, quais sejam as ressarcitórias, restituitórias, repristinatórias e inibitórias ou preventivas (YARSHELL, 1998, p. 164).

Seguindo as definições de Marinoni (2000, p. 220-230) acerca dessas categorias, assim distinguem-se:

1. Tutela reintegratória ou tutela ressarcitória: considerando a distinção entre ilícito como “ato contrário ao direito”, e dano como “consequência meramente eventual do ilícito”, a tutela reintegratória corresponde àquela que se propõe a remover o ilícito, sendo necessária apenas a transgressão ao comando jurídico, independente do dano que tenha causado; enquanto a tutela ressarcitória, pressupõe a existência do dano relacionado ao dolo ou culpa do agente.

2. Tutela ressarcitória na forma específica: o ressarcimento pelo dano causado, como sendo àquele capaz de eliminar o dano, não se dará apenas de forma em pecúnia, visto que “nem toda tutela ressarcitória é uma tutela na forma do equivalente monetário à lesão sofrida, pois pode haver tutela ressarcitória na forma específica”, e, portanto, dar-se-á “com a prestação de uma coisa ou de uma atividade que resulte adequada” para reparar o dano.

3. Tutela ressarcitória e tutela de adimplemento: a tutela da obrigação contratual volta-se apenas para o cumprimento da prestação, mediante seu adimplemento, não importando-se com o dano ocasionado pelo descumprimento. Portanto, a tutela da obrigação contratual inadimplida não se confunde com a tutela ressarcitória, para reparação do dano, nem tampouco com a tutela reintegratória, posto que esta importa-se com o ilícito, que não se confunde com o inadimplemento.

4. Tutela inibitória, tutela preventiva e tutela reintegratória: diferente da tutela reintegratória que destina-se a remover o ilícito já praticado, independente da vontade do réu, a tutela inibitória se propõe a “impedir a prática, a repetição ou continuação de um ilícito, atuando sempre mediante a imposição de um não fazer ou de um fazer” sobre vontade do obrigado.

Quando são praticados atos executivos para “evitar a prática ou a repetição do ilícito”, há uma tutela preventiva executiva, empregando-se “meios que permitem a tutela do direito independentemente da vontade do demandado”. Ainda que tenha o mesmo fim de evitar o ilícito, tal como ocorre com a tutela inibitória, a tutela preventiva distingue-se desta em razão do impacto que causa sobre o réu, independentemente de sua vontade. E, embora nesse aspecto haja equiparação entre a reintegratória e a tutela preventiva executiva, diferenciam-se quanto ao ilícito, pois enquanto aquela o remove, esta o evita.

5. Tutela antecipatória (ressarcitória, reintegratória, do adimplemento, inibitória e preventiva executiva) e tutela cautelar: em que pese a real repercussão das tutelas no plano do direito material, observa-se a distinção entre antecipatória e cautelar, podendo identificar-se a antecipação dos efeitos das tutelas ressarcitória, reintegratória, do adimplemento, inibitória e preventiva executiva quando se prestam a prevenção do ilícito ou do dano que independem de uma ação principal, e nesse aspecto necessária à cautelar.

Entendendo que, em razão da característica comum de provisoriedade contemplar tanto as antecipatórias como as cautelares, deveriam ser classificadas como espécies do gênero tutela provisória, concluindo o autor que

Na realidade, a falta de distinção entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar é o resultado de uma visão panprocessualista, onde não importa o resultado que a tutela jurisdicional proporciona ao consumidor do serviço jurisdicional, mas apenas as características formais e de ordem processual que permitem a sua identificação e conseqüente classificação (*sic*) (MARINONI, 2000, p. 230).

Portanto, a tutela jurisdicional se propõe, através de procedimentos adequados à necessidade da tutela jurídica, a promover sua efetividade, sobretudo nas situações de urgência, como será exposto a seguir.

2.2 Provimentos de urgência

Em razão da necessidade de atender ao jurisdicionado em tempo hábil para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, visando minimizar os efeitos danosos da morosidade do judiciário, a liminar é utilizada como instrumento eficaz de materialização das tutelas de urgência (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 95).

Na concepção de Amendoeira Júnior (2006, p.155) as tutelas de urgência surgem com função “notadamente instrumental, constituindo-se assim, em uma via alternativa a ordinariiedade da tutela e em eficiente meio concebido para assegurar a realização dos direitos”.

Para Ribeiro (2010, p. 155) a utilização das tutelas de urgência surge em razão da insuficiência normativa, visto que se o direito tivesse validade imediata, “seria inibido o juiz conceder a tutela de urgência”.

Portanto, para que seja promovida a celeridade necessária, a tutela de urgência se dará mediante cognição sumária, e “se o direito já foi violado, a tutela sumária pode repará-lo imediatamente ou apenas assegurar a efetividade de sua reparação” (MARINONI, 2000, p. 126).

Nesse diapasão, conforme entende Sampaio Júnior (2011, p. 95), considerando a cognição sob a ótica horizontal, no sentido da “extensão do conhecimento do juiz”, a liminar é considerada plena, “pois a *priori* a autoridade judiciária pode analisar todas as situações fáticas e jurídicas levantadas”, e no que se refere ao plano vertical, no que se refere a “profundidade de conhecimento do magistrado dentro do processo”, é sumária, em razão da superficialidade da apreciação das provas.

Além desses aspectos, a liminar, ainda possui características que lhe são próprias, enquanto instrumentos de efetivação das tutelas de urgência, quais sejam a provisoriedade e a revogabilidade, conforme elenca Sampaio Júnior (2011, p. 97-99).

No que se refere ao caráter provisório da liminar, o referido autor assemelha à temporariedade, surgindo com termo final definido, podendo ser ou não ratificada na sentença.

Em sentido diverso, Ovídio Baptista (1997, p. 339), seguindo observação de Calamandrei, distingue os conceitos de provisório e temporário, esclarecendo que o temporário não dura para sempre, e o provisório embora também seja temporário, será substituído pelo definitivo. Portanto, no seu entender, assim são as medidas cautelares, provisórias, visto que surgem para atender à emergência e ao final serão substituídas pela sentença definitiva.

Quanto á revogabilidade, diretamente ligada ao conceito de provisoriedade, implica na mudança do provimento autorizado sumariamente, podendo, inclusive, ocorrer no curso do processo a sua modificação *ex officio*, desde que devidamente fundamentada (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p.99).

Em que pese as características acima descritas, as decisões concedidas liminarmente, para atender às situações urgentes, devem ser proferidas *initio litis*, sem manifestação da parte adversa, podendo ser concedida no despacho inicial ou após a justificação prévia (SAMPAIO JÚNIOR. 2011, p. 103).

Para Renato Lazarrini (2008, p. 30) a tutela de urgência é reconhecida pela doutrina, considerando a necessidade do imediatismo de proteção, “como todo e qualquer provimento judicial que vise a evitar risco de dano ao direito, caracterizada não pela sumariedade da cognição, circunstância também presente em tutelas não cautelares, mas pelo *periculum in mora*”.

No seu entendimento, as tutelas urgentes são:

Provimentos dos juízes ou árbitros proferidos antes da instauração ou, se posteriormente, incidentais ao processo, que visem a preservar situações jurídicas e salvaguardar direitos mutáveis no tempo, podendo representar a antecipação total ou parcial dos efeitos da prestação jurisdicional, a fim de garantir a efetividade da sentença final do processo com sua futura e plena execução. A tutela de urgência compreende o gênero do qual a tutela cautelar, provisória e conservatória, assim como a antecipatória dos efeitos da sentença mérito são espécies (LAZARRINI, 2008, p. 30).

Segundo Sampaio Júnior (2011, p. 54; 59), considera-se tutela de urgência de acordo com o CPC/73, desde que comprovada a “necessidade de imediato deferimento”, tanto a tutela cautelar como a satisfativa, essa última compreendida a antecipatória de forma genérica (Art. 273), assim chamada de “antecipação dos efeitos práticos da tutela *stricto sensu*”, e a antecipatória de tutela específica (Arts. 461 e 461-A). Ressalta que foram contempladas no Projeto do novo CPC como tutelas de urgência, a tutela cautelar e a satisfativa, acrescentando-se a tutela de evidência, qual seja “aquela que é dada após se constatar, como o próprio nome diz, a evidência do direito alegado”.

No que se refere à tutela de evidência, a exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC (2010), assim justifica:

O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano.

Em relação à previsão das tutelas inibitórias no projeto do novo CPC, Sampaio Júnior (2011, p. 67-68) lamenta o seu silêncio, ante a necessidade de existirem “técnicas processuais específicas para a proteção de um direito ameaçado”, embora não seja impedimento para que o juiz conceda “liminares com o escopo de inibir a ação ou omissão que esteja colocando em risco um direito provavelmente a ser reconhecido em favor de quem alega”.

Considera Cunha (2012, p. 27-28) que a tutela inibitória possui a tutela antecipada como “técnica de julgamento”, servindo para “inibir, vedar, proibir a prática de um ilícito”, sendo necessário apenas a “demonstração de um ilícito a ser perpetrado pelo réu ou que já tenha se consumado, não sendo necessária a demonstração, nem a comprovação, de dano, culpa ou dolo”, visto que para a “obtenção da tutela inibitória antecipada, basta a demonstração de um ilícito ou da probabilidade de sua ocorrência”.

O mandado de segurança, por sua vez, “mesmo tendo um procedimento sumariado, é possível haver concessão de provimento antecipatório ou liminar”, para atender à urgência necessária, respeitadas as restrições do § 5º do artigo 7º da Lei nº 12.016, de 2009 (CUNHA, 2012, p. 11).

Desta forma, para que seja garantida a celeridade necessária, com o fito de evitar o perecimento do direito perseguido, utiliza-se da tutela de urgência como provimento sumário, cautelar ou satisfativo (antecipatório), contempladas no projeto do novo CPC, que acrescentou ainda a tutela de evidência.

2.3 Tutela cautelar e antecipação de tutela

A atividade jurisdicional do Estado proporciona a segurança jurídica através da tutela cautelar, assegurada no processo (“método de atuar a jurisdição”) por meio de uma ação que corresponde ao “direito da parte de fazer atuar o processo”, segundo Theodoro Júnior (2008, p. 541), portanto, “a tutela cautelar é parte integrante da jurisdição, já que sem ela fracassaria em parte a missão de pacificar, adequadamente, os litígios”.

Considerando as correntes doutrinárias que antagonicamente se posicionam acerca do conceito da tutela cautelar, para SILVA (1999, p. 9), alguns entendem como uma “forma de proteção jurisdicional da aparência” visando assegurar um eventual direito subjetivo em risco, e outros - participantes da corrente majoritária - a exemplo de Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, definem como “instrumento de proteção da atividade jurisdicional”, um direito do Estado com o fito de preservar a sua função jurisdicional.

Ressaltando a importância dos instrumentos processuais para a garantia da entrega da tutela jurisdicional pelo Estado, Theodoro Júnior (2008, p. 540) arremata que

Não é suficiente ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente ‘justa’, isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a quem tem direito, segundo a ordem jurídica vigente. Em outros termos, é indispensável que a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado aos seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi engendrada.

Na busca pela efetividade dos direitos, atrelada às exigências de segurança e eficiência, considerado o contexto das instituições processuais atuais, faz-se necessária uma análise da tutela cautelar, que na concepção de Silva (1999, p. 6) deve ser de forma criteriosa, a fim de estabelecer a sua natureza, função e limites, evitando desta forma, os abusos que se possam causar de sua utilização inadequada.

Preliminarmente, conforme previsão do CPC/73 em vigor, observa-se a natureza da tutela cautelar de forma autônoma em relação às demais funções do processo de conhecimento e executório, servindo de instrumento para a segurança do direito material, atendendo à necessidade de urgência a fim de evitar o perecimento do direito, portanto, inquestionável a existência da pretensão à segurança, no entender de Silva (1999, p. 65).

Segundo Ribeiro (2010, p. 156) a autonomia da tutela cautelar relacionada à pretensão de segurança, não é tratada de forma uníssona pelos doutrinadores, e deve ser analisada em três partes distintas, quais sejam, em relação à ação cautelar (i), à função cautelar (ii) e ao direito substancial de cautela (iii).

(i) No seu entender, a autonomia da tutela está vinculada à ação, portanto, a tutela não possui autonomia por si só, mas por estar vinculada à uma ação autônoma, corroborado por Chiovenda (1998, p. 332), que a justifica em razão da concretude do poder do direito de ação e a incerteza do direito a ser acautelado, por medidas “provisórias acautelatórias ou conservadoras, expedidas antes de se declarar a vontade concreta da lei que nos garante um bem” (CHIOVENDA, 1998, p. 331).

Segundo Theodoro Júnior (2008, p. 542):

Consiste, pois, a ação cautelar no direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil.

(ii) Quanto à autonomia da função cautelar, por sua vez, vincula-se à finalidade do processo, e segundo Ribeiro (2010, p. 157) é impossível de ser justificada, dada a sua dependência da ação principal, visto que “o que é dependente não pode ser autônomo”.

Para Carnelutti (1999, p. 134) o processo cautelar apresenta uma função mediata, e “em lugar de ser autônomo, serve para garantir(constitui uma cautela) o bom final de outro processo(definitivo)”, e dada a existência de dois processos em relação à mesma lide, diferencia-se do processo definitivo sendo dele dependente, concluindo que “o processo definitivo não pressupõe o processo cautelar, mas o processo cautelar pressupõe o definitivo”.

Entende Theodoro Junior (2008, p. 543), que sob a guisa da instrumentalidade, “o processo principal busca tutelar o direito, no mais amplo sentido, cabendo ao processo cautelar a missão de tutelar o processo, de modo a garantir que o seu resultado seja eficaz, útil e operante”. Portanto, a satisfação

provisória tutelada acautelatoriamente, será concretizada quando da solução definitiva da lide.

Na concepção de Silva (1999, p. 91) a função do processo cautelar será proteger a relação simultânea ou futura do processo de conhecimento ou de execução, e para tanto, “não se poderá jamais conceber o instrumento só, apartado e autônomo do processo principal a que ele por natureza e por destino deve servir”. Entretanto, considerando a época da sua propositura, visto que a ação cautelar poderá ser proposta como preparatória da ação principal ou no seu curso, entende possuir uma “entidade procedimental própria” devendo seguir seu próprio caminho, em autos apartados.

Ainda no que se refere à instrumentalidade, a tutela cautelar também pode ser analisada sob o aspecto temporal, considerada por Theodoro Junior (2008, p. 542) de natureza provisória e subsidiária, que por meio de uma medida cautelar, assegura a prevenção dos riscos de danos imediatos a serem causados contra os interesses em litígio, e que pode comprometer a tutela definitiva de mérito.

No que diz respeito aos conceitos de provisoriedade e temporariedade aplicados à medida cautelar, para Silva (1999, p. 93) há distinção, posto que a medida cautelar é temporária, ou seja, “destinada a perdurar enquanto não desaparecer o estado perigoso”, e não provisória, pois não será “substituída por nenhuma outra medida”, e embora nos casos das cautelares preparatórias que deve ser proposta a ação principal nos trinta dias seguintes, não implica na perda de seu caráter de natureza “temporária e não-provisória”.

Em sentido contrário posiciona-se Chiovenda (1998, p. 331), entendendo pela provisoriedade das medidas acautelatórias, que objetivam afastar a possibilidade de se concretizar um dano, até que seja apurado definitivamente se o dano é ou não iminente, podendo ser revogada, modificada ou confirmada a referida medida.

(iii) A autonomia da tutela cautelar em relação ao direito substancial acautelado se revela, no entender de Ribeiro (2010, p. 158), como a melhor forma de expressão dessa autonomia, por demonstrá-la através da real função da tutela cautelar, qual seja a de resguardar o direito cautelando, “sempre que haja risco desse direito desaparecer ou diminuir de valor, dada a sua verossimilhança na

postulação da medida; não a vinculando com nenhuma outra forma de prestação jurisdicional”.

Entende Silva (1999, p. 68) que:

O chamado direito substancial de cautela, na perspectiva do processo cautelar, é ingrediente que entra como um dado, como um pressuposto a legitimar a outorga da tutela assecurativa; pressuposto este, todavia, que não encontrará, jamais, ambiente para se ver declarado existente na demanda cautelar, permanecendo, mesmo depois da sentença final de procedência, como uma simples hipótese, uma simples possibilidade de existência efetiva.

Para Theodoro Júnior (2008, p. 542) o direito acautelado será garantido, mesmo a parte requerente ganhando a ação cautelar, com a decisão final no processo principal, portanto, dele dependente a satisfação plena do direito. Considera que a função protetiva provisória “não consiste em antecipar a solução da lide para satisfazer prematuramente o direito material subjetivo em disputa no processo principal”.

Seguindo no mesmo sentido, Sampaio Júnior (2011, p. 43) conclui que, em razão da atividade instrumental do processo cautelar, “a tutela cautelar não faz atuar o direito, mas apenas prepara os meios para que o provimento jurisdicional definido seja eficaz, útil e operante”.

No que se refere aos limites da tutela cautelar, percebe-se que encontram-se nas condições fixadas por Chiovenda (1998, p. 334) para a concessão de uma medida provisória quando presente o “temor de um dano jurídico”, examinadas as questões fáticas que ensejam motivo do temor, e considerada a urgência, será apreciada ante a “possibilidade do direito”, de forma superficial.

Arremata Silva (1999, p. 15) dizendo que “o juízo de mera plausibilidade do direito para cuja proteção se invoca a tutela de segurança, é não apenas pressuposto mas igualmente limite desta modalidade especial de atividade jurisdicional”.

Analisando os aspectos da cautelar enquanto ação, processo, medida e liminar percebe-se que a cautelaridade, caso não seja concedida liminarmente, quando ausentes os requisitos, poderá ser concedida a tutela de urgência na sentença, a exemplo da cautelar de seqüestro prevista no Art. 822 do CPC, após oitiva da parte contrária e breve instrução. Podendo ainda, no curso de outro

processo, independente de processo cautelar, o juiz “conceder uma medida cautelar determinando a oitiva de uma testemunha sem a presença de uma das partes que fisicamente exerça influência manifesta sobre o depoente” (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2012, p. 78).

Admite-se ainda, segundo a previsão dos Arts. 798 e 799 do CPC o poder geral de cautela do julgador, para “afastar situações perigosas, que possam frustrar total ou parcialmente a atuação jurisdicional requerida pelo interessado e a que aparentemente tem ele direito”, ante a insuficiência de outras medidas legais específicas, promovendo a garantia da “idoneidade da atividade jurisdicional” (MARINS, 2003, p. 203-204).

Para Medina, Araújo e Gajardoni (2012, p. 93-94) o “poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional” garante à parte solicitar providência que produza a “eficácia de um futuro ou concomitante processo principal, mesmo que tal providência não tenha sido prevista pelo legislador”, sendo-lhe concedida desde que presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Ocorre, então, a concessão de medidas assecuratórias nominadas ou específicas e as inominadas ou inespecíficas, como entende Marins (2003, p. 211), ou ainda na concepção de Medina, Araújo e Gajardoni (2012, p. 94) chamadas de cautelares nominadas ou típicas e as inominadas ou atípicas, sendo assim classificadas de acordo com a previsão legal expressa e requisitos próprios àquelas nominadas, e as inominadas àquelas que não estão previstas em lei, aplicadas em qualquer situação fática para rebelar-se contra o risco temido, desde que preenchidos os requisitos próprios.

Por fim, conclui-se que “o interessado exerce a ação cautelar (direito) através do processo cautelar (instrumento) para obtenção, como regra, de medidas cautelares (provimento jurisdicional)”, sendo certo que, podem “tais medidas ser concedidas também no curso de outras ações” (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2012, p. 78-79).

Quanto à antecipação de tutela, utilizada inicialmente pelas vias do Art. 798 do CPC, tratada como tutela cautelar e “remédio contra a ineficiência do procedimento ordinário”, foi distorcida em razão da “exigência de efetividade da tutela dos direitos”. Posteriormente sistematizada através da inserção do Art. 273 no

CPC, com o fito de suprimir os danos provocados pela demora do processo, utilizando-se a “técnica antecipatória” para evitar um dano de irreparável ou de difícil reparação, e “para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu” (MARINONI, 2000, p. 124).

Em razão da provisoriedade, quando antecipados os efeitos da tutela principal, deverão ser confirmados e, portanto, tornarem-se definitivos, ou revogados na decisão final. Enquanto tutela de urgência, difere-se da cautelar, quando “não se limita a conservar ou assegurar a fruição futura da tutela”, devendo haver ainda a “coincidência entre os efeitos antecipados e aqueles que deve ser produzidos pela tutela a ser concedida ao final” (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2012, p. 56).

Nesse aspecto, Amendoeira Júnior (2006, p. 158-159) denomina de “tutela temporariamente satisfativa”, que não se confunde com o julgamento antecipado da lide, visto que a primeira promoverá apenas antecipação de “alguns efeitos da decisão final, com cognição sumária e de forma provisória”, “satisfazendo antecipadamente o autor”, enquanto o segundo implica na concessão da tutela definitiva, “julgando efetiva e definitivamente o mérito da causa”.

Considera Medina, Araújo e Gajardoni (2012, p. 56), que a urgência da antecipação dos efeitos da tutela repousa no fundamento do *periculum in mora*, previsto no inciso I do Art. 273 do CPC, o que não acontece com a hipótese do inciso II do referido artigo, que segundo o autor, torna-se desnecessária a sua constatação, visto que funda-se no “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”.

A antecipação dos efeitos práticos da tutela, como entende Sampaio Júnior. (2011, p. 56) poderá ocorrer em qualquer momento processual, seja no início da demanda, *in limine litis*, sem a ouvida da parte contrária ou após a sua ouvida, desde que não possa tornar ineficaz a medida, ou ainda quando pendente recurso, como forma de promover a celeridade e a efetividade do direito.

2.3.1 Pressupostos

Segundo entendimento de Silva (1999, p. 69-70), existe cinco pressupostos para o cabimento da tutela cautelar, quais sejam, a sumariedade da cognição, a iminência de dano irreparável, a temporariedade, a situação cautelanda e a sentença mandamental.

A sumariedade da cognição é considerada sob o aspecto material e processual, ante a sumariedade da tutela e a urgência que é própria do provimento cautelar, no qual desenvolve-se a sua cognição. Nesse sentido, a tutela deverá estar revestida da plausibilidade (*fumus boni iuris* - que não considera especificamente como pressuposto) para ser objeto de apreciação em sede da medida, visto que, caso o julgador se depare com uma evidência indiscutível, então, não será uma tutela de simples segurança, mas de uma decisão definitiva.

Diferentemente do que a doutrina considera como pressuposto o *periculum in mora*, Silva (1999, p. 73) denomina iminência de dano irreparável, que surge antes do “direito provável a ser protegido pela tutela cautelar” (sumariedade de cognição). Atribui aos juristas medievais o entendimento de conceitos correlatos entre o *periculum in mora* e dano irreparável, vinculado o primeiro ao conceito de execução provisional, e modernamente à execução provisória, no qual se “impunha a aceleração da tutela satisfativa”.

Atribui a um equívoco da doutrina, considerar o *periculum in mora* pressuposto da medida cautelar em razão da disparidade com a execução provisória visto que essa, no seu entender o legitima pela necessidade da rapidez para “acelerar (antecipar) a tutela jurisdicional”, enquanto que a urgência justifica corretamente o pressuposto do risco de dano iminente para a tutela cautelar.

No que se refere à temporariedade, além de sua concepção em relação à função do processo cautelar, conforme tratado anteriormente, a considera como pressuposto, distinguindo a tutela cautelar da tutela antecipatória a esse respeito, visto que a primeira “assegura sem satisfazer (sem realizar)”, enquanto a segunda tem natureza satisfativa. Portanto, para a concessão da tutela cautelar será necessário que não seja criada uma situação definitiva, mas que necessite do provimento que perdure enquanto existir o perigo do dano.

A situação cautelanda deverá existir e poderá ser identificada “tanto como um direito, pretensão, ou ação nascidos do campo do direito material, quanto com as

categorias análogas nascidas no direito processual” (Silva, 1999, p. 83) visto que a necessidade da segurança em razão de um dano iminente pode surgir de direitos subjetivos ou processuais.

E, finalmente, entende como pressuposto da tutela cautelar a sentença mandamental, pois tratando-se de uma tutela não-satisfativa, a decisão implicará em “mais império do que cognição”, que não fará coisa julgada mas será definitiva, e revestida de uma baixa intensidade declaratória.

Seguindo as lições de Ovídio Baptista (*apud* RIBEIRO, 2010, p. 146), identifica que em razão da celeridade necessária à pretensão cautelar, esta possui uma cognição sumária, servindo a um exame superficial do direito, necessária apenas que seja demonstrada a sua plausibilidade, considerada a situação cautelanda. Entretanto, utiliza-se desses conceitos para fundamentar o *fumus boni iuris* que consiste em uma “demonstração razoável de um direito subjetivo favorável”, pressuposto de mérito da ação cautelar, sob pena de em sua ausência não ter a satisfação da pretensão à segurança.

Além do *fumus boni iuris* entende como pressuposto o *periculum in mora*, devendo ser demonstrada a iminência de um dano irreparável que justifique a concessão da cautela, bem como o perigo que deve corresponder a uma situação objetiva e atual, concluindo Ribeiro (2010, p. 152) que, o que a diferencia da tutela definitiva “é um provável perigo de dano, atual, iminente e irreparável ou de difícil reparação que deve ser demonstrado objetivamente, em relação ao interesse, a situação cautelanda”.

A antecipação de tutela apresenta como pressupostos inseridos no *caput* do Art. 273 do CPC, a existência de prova inequívoca, qual seja “a representação cabal da situação narrada”, e a verossimilhança da alegação, que “decorre da grande probabilidade de que o direito reclamado esteja mesmo a favorecer o postulante da medida antecipada” (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2012, p. 58).

Acrescentam Medina, Araújo e Gajardoni (2012, p. 58) que a esses requisitos, presentes no *caput* do Art. 273 do CPC, devem ser somadas, alternativamente, às condições inseridas nos seus incisos (I e II), quais sejam: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Em relação ao primeiro, por tratar-

se de *periculum in mora*, também identificado nas cautelares, classifica as antecipatórias como espécie do gênero tutelas de urgência, diferente do segundo, que não necessita da demonstração de perigo, voltada a uma tutela de evidência e possivelmente antecipada após a resposta do réu.

Para Amendoeira Júnior (2006, p. 163), além dos pressupostos acima descritos, a incontrovérsia prevista no § 6º do Art. 273 do CPC, é considerada como hipótese de concessão da tutela antecipada, visto que ausentes os requisitos dos incisos I e II, basta que o juiz antecipe a tutela em função da incontrovérsia.

Ainda consta como requisito negativo, o *periculum in mora* inverso, previsto no § 2º do Art. 273 do CPC, em relação à irreversibilidade do provimento, para que “haja a possibilidade de retorno das coisas ao *status quo ante*”, e não seja causado dano irreparável ao réu. Entretanto, a irreversibilidade não poderá ser considerado requisito absoluto, “pois há casos em que se não concedida a liminar, irreversíveis poderão ser os danos sofridos pelo autor da demanda”, devendo “o juiz comparar os bens jurídicos que se encontram em confronto” (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2012, p. 61).

CAPÍTULO III TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO ARBITRAL

3.1 Diretrizes normativas

A previsão do Art. 1.086 do CPC/73 estabelecia o impedimento do árbitro em “decretar medidas cautelares”, cujo objetivo principal repousava na proibição do cumprimento da cautelar, não havendo à época discussão nos tribunais sobre o tema, em razão da pouca utilização da arbitragem no país (CARMONA, 2006, p. 265).

Revogado o referido dispositivo pela Lei nº 9.307/96, desta feita não impediu o árbitro de decretar medidas cautelares, dispondo no Art. 22, § 4º que: “havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”.

Entretanto, ante a “má redação do texto legal”, ensejando interpretação ambígua, surgiram discussões se teria o árbitro poder para conceder e julgar as medidas de urgência ou se apenas lhe caberia solicitá-las ao juiz (AZEVEDO NETO, 2012, p. 275).

Nesse diapasão, Costa (2002, p. 103) considera:

A norma, pois, deixa dúvida quanto ao ato de solicitar a medida cautelar ou coercitiva, pois não esclarece se tal solicitação é para que o Poder Judiciário materialize a ordem coercitiva antecipatória ou cautelar deferida pelo árbitro ou se é para que a jurisdição estatal aprecie o pedido formulado pelo julgador privado para deferir ou não a medida coercitiva (antecipatória ou cautelar)

Na compreensão de Furtado e Uadi (1998, p. 97) “não têm, ainda, o árbitro, ou o tribunal a competência para processar e julgar a ação cautelar, que porventura se faça necessária no curso do procedimento arbitral”, e quando presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, deverá ser solicitada perante a justiça comum a providência cautelar.

Comentando o referido dispositivo legal, Cretella Neto (2004, p. 103) ressalta que os poderes do árbitro são limitados, detendo a *jurisdictio* mas não o *imperium*, portanto, “necessitando adotar medidas coercitivas ou cautelares, não lhe restará

outra alternativa a não ser dirigir-se ao juízo estatal competente para julgamento do processo”, sem contudo esclarecer acerca do poder do árbitro de apreciar a tutelas cautelares.

Por sua vez, Azevedo Neto (2012, p. 275) arremata que “a posição que se firmou na doutrina e na jurisprudência é de que a extensão dos poderes do árbitro para julgar a causa inclui o poder de conceder medidas acautelatórias”.

Dada a devida ressalva, Magalhães (2005, p. 17-18) considera a jurisdição arbitral autorizada a “proferir decisão parcial ou a deferir a tutela antecipada”, desde que haja previsão expressa na convenção de arbitragem ou no regulamento da instituição arbitral, pois caso contrário só poderá decidir na sentença final, sob pena de nulidade da decisão proferida fora dos limites da convenção das partes (Art. 32 da Lei nº 9.307/96).

Com efeito, entende-se que uma vez instaurado o juízo arbitral, “inexiste possibilidade jurídica de o interessado dirigir qualquer desses requerimentos ao juiz togado que seria competente, originariamente”, visto que as partes convencionaram a escolha da via arbitral para solução do conflito, portanto, investido o árbitro de competência para “apreciar e decidir os pedidos incidentais de tutela cautelar ou antecipatória” embora não possua o “poder de fazer valer a sua decisão de forma coercitiva” (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 222-223).

Afirma Carmona (2006, p. 265), que a lei de arbitragem determinou de forma elíptica o dever do árbitro de solicitar as medidas cautelares ao juiz togado, mas deixando claro que a parte deve requerer ao árbitro, e uma vez presentes os requisitos, este concederá a tutela cautelar, considerando ainda que “os árbitros poderão solicitar o concurso do juiz togado para a execução da medida cautelar, e ainda assim se isso for necessário”.

Fundamentando no efeito negativo da convenção de arbitragem, que afasta do judiciário a apreciação do mérito da questão objeto da controvérsia, Azevedo Neto (2012, p. 276) ressalta a necessidade de cooperação entre a arbitragem e o judiciário, incumbido este dos atos executórios ou constrictivos para forçar o cumprimento da medida urgente ou acautelatória concedida pelo árbitro, quando não cumprida voluntariamente pela parte.

Da mesma forma, conclui Guerrero (2003, p. 31-32), pela atuação cooperativa do judiciário para auxiliar o árbitro, mas, “a análise tanto do mérito da demanda quanto das medidas de urgência, existindo procedimento arbitral em curso, será dos árbitros”, em razão do caráter jurisdicional da arbitragem.

As jurisdições estatal e arbitral convivem mediante a complementação de suas competências, sendo certo que “a presença de uma afasta a da outra”, cabendo à arbitral a apreciação das medidas cautelares e tutelas de urgência, assim como mérito, e à estatal a execução das decisões arbitrais (FONSECA, 2009, p. 59).

Para tanto, ante o compartilhamento de jurisdição, cabe ao judiciário cooperar para dar efetividade às cautelares decididas pelos árbitros, e, com o intuito de evitar dúvidas quanto ao procedimento, o Corregedor Geral de Justiça do Estado do Paraná, através do Ofício Circular nº 69/1999, “esclarece a competência das Varas Cíveis para efetivar medidas de urgência e coercitivas em geral decorrentes do poder dos árbitros, previsto no Art. 22, §§ 2º e 4º, da Lei de Arbitragem” (GUERRERO, 2009, p. 37).

De forma diferente, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, autorizado pela Lei Complementar nº 100/2007 (Art. 73), criou Centrais de Conciliação, Mediação e Arbitragem - “órgãos auxiliares e vinculados às varas ou juizados de uma mesma jurisdição”-, com a finalidade de “realizar arbitragens para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis e em outros conflitos autorizados por lei” (Resolução 222/2007, Art. 1º - III), regulamentando através da Instrução normativa nº 24 de 19/12/2008 (Art. 3º), dentre as ações de competência do Juízo Coordenador:

A ação cautelar, bem como outras ações judiciais acessórias ou incidentais, referentes às ações de que tratam os incisos anteriores, de iniciativa das partes (inciso V). As medidas cautelares e outras medidas coercitivas, solicitadas por árbitros, necessárias ao cumprimento das decisões arbitrais, inclusive condução forçada de testemunha renitente previstas no Art. 22, §§ 2º e 4º da Lei 9.307/96, serão requeridas ao Juízo Coordenador das Centrais, mediante simples petição subscrita por aqueles, através do Protocolo Geral do Foro, independentemente de pagamento de taxas e custas processuais (Parágrafo único).

Observa-se que a praxe utilizada perante as Varas Cíveis é o árbitro das câmaras privadas requerer as providências de cumprimento das medidas cautelares

através de ofício dirigido ao respectivo juiz, enquanto nas Centrais de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Tribunal de Justiça de Pernambuco, será mediante petição do seu árbitro ao juiz coordenador.

No que se refere aos procedimentos regulamentados nas câmaras privadas, as medidas de urgência, a exemplo, algumas entendem ser da competência do árbitro determinar as medidas cautelares, outras da competência da autoridade judiciária, ou ainda há a que considera caber ao judiciário decidir as cautelares pré-arbitrais e ao árbitro as incidentais, como se vê, respectivamente:

- Câmara de Comércio Brasil-Canadá - Centro de Mediação e Arbitragem:

Art. 8º [...]. 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.

- Câmara de Arbitragem Empresarial - CAMARB:

Art. 9º [...]. 9.1 O Tribunal Arbitral, mediante requerimento de qualquer das partes ou quando julgar apropriado, poderá, por decisão devidamente fundamentada, determinar medidas de urgência, cautelares ou antecipatórias de mérito.

- Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de Porto Alegre (CBMAE-FEDERASUL):

Art.13 [...]. 1. O tribunal arbitral, mediante solicitação das partes em consenso poderá tomar medidas provisórias que julgue necessárias para garantia do objeto do litígio, inclusive medidas cautelares e de proteção ou conservação de propriedade, tais como providenciar que os bens se depositem em mãos de um terceiro, ou que se alienem os bens perecíveis. 2. As medidas provisórias de proteção poderão ser estipuladas na forma de laudo provisório. 3. O tribunal arbitral poderá, caso julgue necessário, exigir uma garantia para assegurar o custo das medidas provisórias de proteção. 4. A solicitação de Medidas Provisórias de Proteção dirigidas por qualquer das partes ou árbitro (s) a uma autoridade judicial não se considerará incompatível com a Convenção de arbitragem, nem se caracterizará renúncia a sua eleição.

- Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras - CAE:

A.1.Entende-se por Arbitragem Cautelar o procedimento arbitral com cunho e propósito preventivo, instaurado anterior ou incidentalmente ao procedimento de Arbitragem Principal. B.1.O procedimento Arbitral Cautelar seguirá a *venue* constante da Cláusula Compromissória ou do Compromisso Arbitral. C.1.A composição do Tribunal Arbitral Cautelar será a mesma do Tribunal Arbitral Principal.

C.2. Enquanto o Tribunal Arbitral Cautelar não for definitivamente constituído, caberá ao Presidente da Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras - CAE - atuar enquanto árbitro único com missão específica e restrita às medidas cautelares inaudita altera pars. C.3. Estando o Presidente da CAE impossibilitado de participar do procedimento Arbitral Cautelar por qualquer motivo, será ele substituído pelo Vice-Presidente. C.4. Quando o Presidente da Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras – CAE – atuar nos moldes do item C.2., ele presidirá, por prevenção, o Tribunal Arbitral Cautelar e o Tribunal Arbitral Principal. D.1. A natureza, os pressupostos, as condições, a extensão, os efeitos e a duração da tutela cautelar serão estabelecidos pela Lei processual do local em que a medida protetiva deva produzir seus principais efeitos, inclusive no que toca à admissão de decisão inaudita altera pars.

- *Internacional Chamber of Commerce (ICC):*

Art. 28 [...]. 1. A menos que as partes tenham convencionado diferentemente, o tribunal arbitral poderá, tão logo esteja na posse dos autos, e a pedido de uma das partes, determinar a adoção de qualquer medida cautelar ou provisória que julgar apropriada. O tribunal arbitral poderá subordinar tal medida à apresentação de garantias pela parte solicitante. A medida que for adotada tomará a forma de ordem procedimental devidamente fundamentada, ou a forma de uma sentença arbitral, conforme o tribunal considerar adequado. 2. As partes poderão, antes da remessa dos autos ao tribunal arbitral e posteriormente, em circunstâncias apropriadas, requerer a qualquer autoridade judicial competente que ordene as medidas cautelares ou provisórias pertinentes. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um tribunal arbitral, não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerá a competência do tribunal arbitral a este título. Quaisquer pedidos ou medidas adotadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria, devendo esta informar o tribunal arbitral.

- *American Arbitration Association (AAA):*

Artigo 21 [...]. 1. O tribunal, mediante solicitação de qualquer parte, poderá determinar quaisquer medidas cautelares que julgue necessárias, incluindo ordem de fazer ou não fazer e medidas de proteção ou conservação de propriedade. 2. Tais medidas cautelares poderão tomar forma de uma sentença arbitral provisória, podendo o tribunal requerer caução para os custos de tais medidas. 3. A solicitação de medidas cautelares endereçada por uma parte à autoridade judicial estatal não será considerada incompatível com a convenção de arbitragem ou renúncia ao direito de submeter a disputa à arbitragem. 4. O tribunal poderá, a seu exclusivo critério, alocar os custos relacionados às solicitações de medidas cautelares em qualquer sentença arbitral, provisória ou final.

- Câmara de Mediação e Arbitragem CIESF/FIESP:

Art. 12 [...]. 12.1 O Tribunal Arbitral adotará as medidas necessárias e possíveis para o correto desenvolvimento do procedimento arbitral e, quando oportuno, requererá à autoridade judiciária competente a adoção de medidas cautelares e coercitivas.

- Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco - CEMAPE:

Artigo 12 [...]. 1. O Árbitro, ou o Tribunal Arbitral, mediante solicitação de qualquer das partes, ou quando julgar oportuno para o correto desenvolvimento do procedimento arbitral, poderá adotar medidas cautelares que julgue necessárias para assegurar o objeto do litígio, inclusive requerer medidas coercitivas junto à autoridade judiciária competente, objetivando a proteção ou conservação de bens e documentos. 2. O Árbitro, ou o Tribunal Arbitral, poderá, caso julgue necessário, exigir a apresentação, pela parte requerente, de garantia ou caução para assegurar o custo das medidas cautelares solicitadas.

- Câmara Americana de Comércio - AMCHAM

Art. 10 DAS MEDIDAS CAUTELARES, COERCITIVAS OU ANTECIPATÓRIAS 10.1. Por solicitação das partes, ou a seu exclusivo critério, o Tribunal Arbitral poderá determinar medidas cautelares, coercitivas ou antecipatórias. 10.2. Havendo urgência, e ainda não instalado o Tribunal Arbitral, as partes poderão requerer medidas cautelares ou coercitivas à autoridade judicial competente. Nesse caso, a parte deverá, imediatamente, dar ciência do pedido ao Centro de Arbitragem Amcham. Assim que constituído o Tribunal Arbitral, o mesmo poderá rever a medida proferida pela autoridade judicial. 10.3. A medida ordenada pelo Tribunal Arbitral deverá ser acatada pela parte. Caso contrário, o Tribunal Arbitral ou a parte interessada poderão requerer sua execução ao órgão competente do Poder Judiciário.

Art. 13. DAS DECISÕES PARCIAIS. 13.1. Será facultado ao Tribunal Arbitral emitir decisões parciais ou decisões sobre questões incidentes durante os procedimentos inerentes à arbitragem, ratificando-os na sentença final. 13.2. Decisões ordenatórias relativas ao procedimento arbitral sem conteúdo decisório poderão ser tomadas isoladamente pelo presidente do Tribunal Arbitral.

No âmbito do comércio internacional, a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), prevê as “providências cautelares”, regulamentando:

Art. 17 [...]. 1 – Salvo acordo das partes em contrário, o tribunal arbitral pode decretar providências cautelares, a pedido de uma das partes. 2 – Uma providência cautelar é uma medida temporária, quer sob a forma de sentença ou sob qualquer outra forma, pela qual, em qualquer momento anterior à sentença que decide o litígio, o tribunal

arbitral ordena a uma das partes que: (a) Mantenha ou reponha o status quo enquanto decorrer a resolução do litígio; (b) Tome medidas para prevenir, ou que se abstenha de tomar medidas que possam causar dano ou prejuízo iminente ao próprio processo arbitral; (c) Faculte os meios para salvaguardar os bens que possam ser objecto de uma sentença subsequente; ou (d) Preserve as provas que possam ser relevantes e materiais na resolução do litígio.

A regulamentação do procedimento arbitral previsto no *Código General Del Proceso de La República Oriental Del Uruguay*, assim prevê:

Art. 488. Diligencias preliminares. Las diligencias previas al arbitraje, como ser las pruebas anticipadas, las medidas cautelares y los procedimientos tendientes a la formalización del compromiso, se tramitarán ante el tribunal competente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 494 (SANTOS, 2001, p. 126).

O acordo sobre arbitragem comercial internacional do Mercosul (Santos, 2001, p. 144, 149), firmado como o objetivo de regular a arbitragem internacional em relação aos “contratos comerciais internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado” (artigo 1) dos Estados-Partes, dispõe:

Artigo 19. Medidas Cautelares. As medidas cautelares poderão ser dadas pelo tribunal arbitral ou pela autoridade judicial competente. A solicitação dirigida por qualquer das partes a uma autoridade judicial não se considerará incompatível com a convenção arbitral, nem implicará renúncia à arbitragem.

Observa-se, desta feita, a competência do árbitro para apreciar as medidas cautelares e antecipatórias, seguindo inclusive a regulamentação do procedimento pelas câmaras, considerando a primazia da vontade das partes.

3.2 Medidas cautelares na fase antecedente ou preparatória

Antes de instituída a arbitragem, entre o requerimento da instauração do procedimento e a instalação do tribunal arbitral, necessitando as partes de uma medida de urgência, “a parte interessada pode recorrer ao Judiciário para dele obter uma medida cautelar na defesa dos seus interesses. Mas esta intervenção do

Judiciário é provisória”, e portanto, não substitui a competência dos árbitros (VERÇOSA, 2012, p. 31).

Nesse sentido Azevedo Neto (2012, p. 277) ressalta que o efeito negativo da convenção arbitral exclui de apreciação do judiciário as questões a serem submetidas à arbitragem, entretanto, “não pode criar uma situação de incerteza ou que cause dano injustificado às partes”, portanto, entende que caberá ao judiciário apreciar as tutelas de urgência enquanto não se instale a arbitragem, e ao árbitro após a sua investidura.

Assim confirma Guerrero (2009, p. 33), que trata-se de entendimento unânime da doutrina “que aos árbitros só será dado o direito de analisar o mérito das medidas de urgência após a aceitação do encargo para arbitrar, marco inicial do processo arbitral”.

Inclusive, considera Carmona (2006, p. 268) que as partes podem, consensualmente, excluir do árbitro o poder de apreciação das medidas cautelares, estabelecendo na convenção arbitral, que se necessárias, devem ser pleiteadas diretamente ao juiz togado, tendo em vista a autonomia da vontade dos contratantes.

Entretanto, Figueira Júnior (1999, p. 224) admite que havendo a necessidade de tutela cautelar que antecede a instauração do juízo arbitral, a parte deverá requerer diretamente ao Estado-juiz, seguindo a regra do Art. 800 do CPC, mas caso haja previsão expressa na convenção de arbitragem que o juízo arbitral se instalará de forma emergencial para atender às questões de urgência, “a medida somente poderá ser concedida pelo árbitro ou tribunal arbitral”.

Observa-se essa possibilidade em algumas câmaras de arbitragem, a exemplo do regulamento da *American Arbitration Association* (Art. 37-2), que embora considere a decisão de medida cautelar de proteção por autoridade judicial (Art. 21-3), prevê que antes da constituição do tribunal arbitral, a parte poderá requerer medida urgente de proteção que será dirigida ao Administrador e este designará o árbitro emergencial, que atuará apenas para a apreciação da urgência, cessando seus poderes uma vez constituído o tribunal.

Da mesma forma, a *Internacional Chamber Commercial*, apesar de considerar a possibilidade da apreciação da medida cautelar por autoridade judicial,

antes da remessa dos autos ao tribunal arbitral (Art. 28-2), prevê que a parte que necessitar de medida urgente cautelar ou provisória, antes da constituição do juízo arbitral, deverá requerer ao “árbitro de emergência” (Art. 29), cuja decisão não vinculará o tribunal arbitral posteriormente formado, podendo “alterar, revogar ou anular uma ordem ou qualquer modificação a uma ordem proferida pelo árbitro de emergência”.

Na Câmara de Arbitragem das Eurocâmaras - CAE (1- A, B, C), por sua vez, antes de instituído o tribunal, é constituído um tribunal arbitral cautelar que terá a mesma composição do tribunal arbitral principal, cabendo ao presidente da câmara atuar como árbitro único para decidir as medidas cautelares *inaudita altera pars*, enquanto não se componha o tribunal cautelar.

Portanto, observa-se que as medidas cautelares pré-arbitrais poderão ser decididas pelo árbitro, desde que as partes assim tenham convencionado, seguindo o regulamento das instituições a que se vincularam na convenção arbitral, ou silentes nesse sentido, pela autoridade judicial, sendo certo que a busca pela decisão judicial da medida cautelar não será considerada renúncia à arbitragem.

No caso do provimento acautelatório preparatório perante o judiciário, em razão do disposto no Art. 801-III do CPC, mister se faz necessário que a parte requerente informe ao juízo que “busca apenas provimento de urgência e que o está pleiteando perante o Judiciário, uma vez que a arbitragem ainda não está instituída e não há como requerer perante os árbitros” (GUERRERO, 2009, p. 34), e para tanto a “demanda principal será arbitral” (CARMONA, 2006, p. 269), devendo apresentar com a petição inicial a convenção de arbitragem (AZEVEDO NETO, 2012, p. 278).

No que se refere à decisão judicial proferida em sede de medida cautelar preparatória à instauração do processo arbitral, segundo Figueira Júnior (1999, p. 224) “não há como questionar a tutela acautelatória concedida ou rejeitada pelo Estado-juiz por força da coisa julgada decorrente da decisão proferida em ação acessória preparatória”, considerando a soberania das decisões judiciais em relação à jurisdição paraestatal ou ainda pela falta de convenção arbitral que autorizasse a apreciação da medida cautelar pelo árbitro.

Em sentido contrário, Carmona (2006, p. 268) defende que:

Deferida a medida cautelar pelo juiz togado (seja em caráter liminar, por decisão interlocutória, seja em caráter final, por sentença cautelar) tocará ao árbitro, ao proferir sua decisão, manter ou cassar a medida cautelar.

Seguindo o mesmo entendimento, Azevedo Neto (2012, p. 278), considera a competência exclusiva do árbitro para conhecer da matéria de mérito, em razão da incidência do efeito negativo da arbitragem, e atendendo ao livre convencimento, poderá “decidir de modo diferente do poder judiciário, para de modo distinto conceder ou revogar a medida dada pelo juiz estatal”.

Da mesma forma, Verçosa (2012, p. 31) entende que “uma vez instalada a arbitragem, os árbitros decidirão autonomamente a respeito, confirmando ou não a liminar concedida”, visto que “a intervenção do Judiciário é provisória, não sendo substitutiva da competência dos árbitros”.

Em decisão recente, a Ministra Nancy Andrighi (anexo 3), considerando a decisão judicial em sede de medida cautelar pré-arbitral de “caráter precário, estando sujeita a ratificação pelo juízo arbitral, sob pena de perder eficácia”, assim concluiu:

Nessa situação, 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, é razoável que os autos sejam prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. [...]. Sendo assim, me parece suficiente que o Juiz, ao encaminhar os autos ao árbitro, consigne a ressalva de que sua decisão foi concedida em caráter precário, estando sujeita a ratificação pelo juízo arbitral, sob pena de perder eficácia. Com isso, e sem que haja qualquer usurpação de competência ou conflito de jurisdição, evita-se a prática de atos inúteis e o prolongamento desnecessário do processo.

Dessa forma, após constituído o juízo arbitral a este será encaminhado a medida cautelar apreciada pelo poder judiciário, a quem caberá a apreciação do mérito, confirmando, modificando ou revogando a decisão judicial.

No que diz respeito ao encaminhamento da cautelar, após análise de decisões nesse sentido, em pesquisa sobre Arbitragem e Poder Judiciário - Medidas de Urgência e Coercitivas, realizada através de parceria entre a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e o Comitê Brasileiro de Arbitragem

(ROBALINHO; FRAGATA [s.d.], p. 47), observou-se que alguns magistrados “determinaram a remessa física dos autos da medida cautelar pleiteada para o tribunal arbitral”, outros “concluíram pela extinção da medida cautelar”, sendo num deles “determinada a suspensão do processo, com base no Art. 265, IV, a do CPC, por entender que o procedimento arbitral constituiria uma prejudicial externa à arbitragem”.

Após a efetivação da medida, o Art. 806 do CPC prevê o prazo de 30 dias para propositura da ação principal, enquanto o Art. 19 da Lei nº 9.307/96, considera instituída a arbitragem após a aceitação pelo árbitro, restando a dúvida de “qual ato deve ser praticado na arbitragem para que se considere proposta a ação principal” (ROBALINHO; FRAGATA [s.d.], p. 36).

Nesse aspecto observaram-se, além do cumprimento do disposto no Art. 806 do CPC, os seguintes posicionamentos: (i) o protocolo do requerimento da arbitragem perante a instituição eleita pelas partes, considerando que providenciar a instauração da arbitragem equivale a requerer a propositura da ação, não correspondendo que o procedimento seja instituído no período (ROBALINHO; FRAGATA [s.d.], p.40), (ii) a propositura da ação prevista no Art. 7º da Lei nº 9.307/96 para celebração do compromisso arbitral - embora “não seja a ação principal da qual a medida cautelar é preparatória” (ROBALINHO; FRAGATA [s.d.], p. 38).

Ao final, concluindo que a pouca quantidade de decisões judiciais que especificaram qual o ato a ser praticado para cumprir o dispositivo legal, “se mostrou menos uniforme”, adotando o “critério que o simples pedido de instauração da arbitragem já seria suficiente”, ou exigindo-se a “a instituição da arbitragem que, se tomado literalmente, requer estejam todos os árbitros confirmados no painel” (ROBALINHO; FRAGATA [s.d.], p. 53).

Para Carmona (2006, p. 268), na hipótese de “cautelar antecedente” não havendo ação a ser proposta perante o juízo estatal, deverá o autor no prazo de 30 (trinta) dias, “demonstrar que tomou as medidas necessárias para instituição da arbitragem”, tendentes à nomeação dos árbitros, quais sejam, “notificação à parte contrária na arbitragem *ad hoc*” ou “notificação ao órgão arbitral institucional na arbitragem administrada”.

Em sentido adverso, Figueira Júnior (1999, p. 224) considera que deverá ser seguida a norma processual prevista, devendo ser instaurado o processo arbitral no prazo do Art. 806 do CPC, e caso a parte contrária se recuse em instituir a arbitragem, deverá ser ajuizada a ação para o compromisso arbitral judicial (Art. 6º e 7º da Lei nº 9.307/96), no trintídio legal.

Desta forma, percebe-se a possibilidade de flexibilização da exigência do cumprimento da regra disposta no Art. 806 do CPC, no que se refere à propositura da ação principal, após a efetivação da medida cautelar preparatória do processo arbitral, considerada a possibilidade de simples requerimento para a instauração da arbitragem ou ajuizamento da ação prevista nos Art. 7º da Lei nº 9.307/96.

3.3 Medidas cautelares incidentais e antecipação de tutela no processo arbitral

Como bem afirma Guerrero (2009, p. 32), “a análise tanto do mérito da demanda quanto das medidas de urgência, existindo procedimento arbitral em curso, será dos árbitros”.

Em concordância, assevera Figueira Júnior (1999, p. 222) que:

O juízo arbitral é soberano, e somente o árbitro ou o colégio é que por maioria ou unanimidade, possui jurisdição privada e competência para decidir acerca do pedido de concessão de providência acautelatória, antecipatória ou inibitória.

Justifica-se no efeito positivo da convenção arbitral o poder do árbitro de julgar o litígio, incluindo o de conceder as medidas cautelares, posto que se escolheram a arbitragem como forma de solucionar seus conflitos, não há motivo para que recorram ao judiciário durante o processo arbitral (AZEVEDO NETO, 2012, p. 274).

Entretanto, em caso de impedimento do árbitro, como explica Valença Filho (2005, p. 15), há jurisdição subsidiária estatal nas tutelas de urgência que versam sobre matéria objeto de arbitragem, a exemplo do direito inglês vigente na Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda do Norte, que prevê a intervenção estatal subsidiária nas tutelas de urgência, somente quando o tribunal arbitral, instituição ou pessoa nomeada pelas partes “não tenham o poder ou estejam inabilitadas para, no momento, agir de forma efetiva”.

Pronunciando-se acerca do tema, nos autos do Agravo Inominado nº 100240760027570021, que tramitou perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Des. Elias Camilo (Anexo 1) ensina:

A tutela cautelar incidental, por sua vez, deve ser dirigida ao juízo arbitral que atua na ação principal já instaurada, sendo de competência exclusiva do árbitro a concessão ou não da medida cautelar, com o fito único de assegurar o resultado útil e eficaz do provimento definitivo.

Para concessão da antecipação de tutela, Magalhães (2005, p. 15) ressalta a necessidade de previsão na convenção arbitral que autorize o árbitro, sob pena de estar impedido de concedê-la, justificando que “sendo decisão de mérito, embora provisória, produz consequências imediatas, antes do término do processo”.

Fundado na previsão do Art. 800 do CPC, Carmona (2006, p. 266) enaltece a competência do árbitro para julgar a cautelar que discute “matéria sujeita à decisão arbitral”, entendendo, inclusive, desnecessária a convenção arbitral prever expressamente os poderes do árbitro em relação às cautelares, visto que já convencionaram que este decidirá o conflito.

Comungando do mesmo pensamento, Costa (2002, p. 109), entende que independente da omissão ou vedação da apreciação da tutela cautelar ou antecipação de tutela pelo árbitro na convenção arbitral, “pode ser adotada pelo juízo arbitral, uma vez que o seu fim é evitar que o bem da vida pereça antes do resultado final do provimento principal”.

Inclusive, Vilela (2005, p. 37) salienta que “cabe ao árbitro conceder a medida cautelar independente de requerimento da parte”, sendo-lhe “deferido o poder geral de cautela” com o fito de atingir o resultado útil do processo, e cumprir o seu “papel jurisdicional adotando a(s) providência(s) que assegure(em) as potencialidades da adequada instrução probatória e/ou futura decisão quanto ao mérito do litígio submetido à arbitragem”.

Destaca o Des. Carreira Alvim (Anexo 2), do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2003.02.01.010784-5 (Anexo 2):

Em que pese a literalidade do § 4º do Art. 22 da Lei nº 9.307/96, a competência para a concessão de tutela antecipatória é, sem dúvida, do tribunal arbitral, pois constituindo ela uma antecipação (total ou parcial) dos efeitos da própria tutela pretendida no pedido inicial (Art. 273, CPC), e competindo a esse tribunal decidir o mérito da

controvérsia (litígio), cabe-lhe, igualmente, decidir se antecipa ou não os efeitos dessa decisão.

Portanto, deve se excluir o “instituto da antecipação judicial da tutela”, visto que sendo o árbitro incumbido da decisão final de mérito e da antecipatória, “é proibido ao juiz estatal aplicar os Arts. 273, I, 461 do CPC e 86 do Código do Consumidor para antecipar a tutela em litígio objeto de convenção de arbitragem validamente estipulada” (VALENÇA FILHO, 2005, p. 9).

Ao decidir acerca da tutela de urgência o árbitro, como juízo soberano, acolherá ou rejeitará a medida, compreendendo-se que “dessa decisão, assim como da sentença arbitral, não caberá qualquer forma de impugnação a ser dirigida ao Estado-juiz”, exceto nas possibilidades previstas da ação anulatória “pelas mesmas razões ensejadoras da anulação da sentença final” (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 222).

Ocorre que consideradas sentenças parciais as decisões proferidas em sede de apreciação das tutelas de urgência, a exemplo da regulamentação prevista na Câmara Americana de Comércio (Art. 13.1), que deverão ser ratificadas na decisão final, são portanto, provisórias, não equiparadas à sentenças finais, das quais não cabem recurso.

Por fim, para que seja efetivada a prestação jurisdicional, e se faça cumprir a decisão do árbitro, visto que não detém o poder coercitivo, não havendo regulamentação uniforme acerca dos trâmites necessários para cumprimento da solicitação do árbitro das medidas cautelares, Carmona (2006, p. 267) entende que, “o melhor método será o da distribuição do ofício a um dos juízos cíveis competentes para o ato”, devendo ser utilizado o seguinte procedimento:

Recebido o ofício e os documentos, o juiz verificará se a convenção arbitral é regular e se os dados recebidos permitem-lhe avaliar (sempre formalmente) se a solicitação preenche os requisitos que levarão ao seu cumprimento. Em caso positivo, determina as providências deprecadas (solicitadas, pedidas, rogadas) pelo árbitro; em caso negativo, informará ao árbitro o motivo da recusa de cumprimento, devolvendo o ofício recebido.

Observa-se, portanto, que havendo convenção das partes na solução do conflito pela via arbitral, será possível a apreciação das tutelas de urgência, antes de instaurado o processo arbitral, pelo juiz togado ou pelo árbitro, a depender da

regulamentação da instituição arbitral escolhida pelas partes, ou no seu curso, desta feita pelos árbitros eleitos.

Para tanto, contar-se-á sempre com a cooperação do judiciário, sendo certo que essa convivência se estabelecerá independente de previsão legal, em razão da “aplicação do princípio constitucional da tutela jurídica efetiva” (LEMES, 2003, p. 2).

3.4 Tutelas cautelares no processo arbitral e o projeto do novo CPC

Baseados na previsão da Lei nº 9.307/96, Fichtner e Monteiro (2010, p. 135) observam que:

Ao se referir a medidas cautelares e coercitivas, objetivou, em verdade, tratar de todo o gênero de medidas provisórias, isto é, medidas coercitivas, medidas cautelares (típicas e atípicas), medidas antecipatórias genéricas (Art. 273 do Código de Processo Civil) e as medidas antecipatórias específicas (Art. 461 do Código de Processo Civil).

No processo arbitral, demonstrada “a situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, assim como a probabilidade ou a verossimilhança do direito alegado”, poderá ser pleiteada “a tutela antecipatória, acautelatória (típica ou atípica, voluntária ou contenciosa, nominada ou inominada) ou inibitória” (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 221).

Ressaltando, acerca dos objetivos da tutela cautelar e da tutela antecipatória, enquanto espécies do gênero tutelas de urgência, Montoro (2010, p. 325-326) ensina que a primeira “visa proteger o processo (o seu resultado útil)”, enquanto a segunda “visa proteger o litigante (adiantando-lhe parte de sua pretensão)”. Considera ainda que, existindo convenção arbitral ou arbitragem instalada, e destinadas a resolver problemas de urgência, devem ser fungíveis entre si, aplicando-se a previsão do § 7º do Art. 273 do CPC.

Entretanto, no que diz respeito aos limites e requisitos para concessão da antecipação de tutela no processo arbitral, Carmona (2006, p. 271) leciona que “estarão sempre vinculados às regras processuais e procedimentais que o árbitro estiver empregando” e convencionadas pelas partes, portanto, de “importância relativa” as regras do Art. 273 do CPC.

A tendência da doutrina atual, segundo Cunha (2012, p. 26), caminha no sentido de distinguir a tutela cautelar e a antecipação de tutela, sendo a primeira uma tutela jurisdicional e a segunda uma técnica de julgamento, que por sua vez poderá ser cautelar ou satisfativa, a exemplo das previsões dos Arts. 804 e 273 do CPC/73, respectivamente.

Nesse sentido, o projeto do novo CPC, exclui a existência de uma ação cautelar autônoma e por conseqüência, no lugar do processo cautelar anterior ao processo principal, será possível uma “tutela antecipada antecedente, seja satisfativa, seja conservativa ou cautelar” (CUNHA, 2012, p. 37).

Para Sampaio Júnior (2011, p. 50, 60), o anteprojeto trata as tutelas de urgência como gênero, cujas espécies são as tutelas cautelar e satisfativa, compreendendo a necessidade de entendimento a partir da distinção de ambas, visto que “não se pode exigir os mesmos requisitos para satisfazer, mesmo que faticamente, do que para acautelar”.

Entende que houve descon sideração do legislador acerca da distinção entre ambas, sobretudo no que se refere à plausibilidade do direito aplicada tanto a tutela cautelar quanto a tutela satisfativa, quando se observa na prática que “para a primeira não se exige prova mais latente do alegado direito violado ou ameaçado e, já para a tutela satisfativa, em que pese a cognição sumária, temos justamente o contrário” (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 60).

Consta o Art. 283 do projeto de Lei nº 166/2010 do “Senado Federal em julho de 2010” (MARINONI e MITIDIERO, 2010 p. 302): “Para concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Lecionam Marinoni e Mitidiero (2010, p. 107) a esse respeito, que “merece reparos” o texto do então Art. 283, em razão de confundir a tutela antecipatória com a cautelar, enquanto tutelas de urgência, submetendo ambas à demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando “constitui tecnicamente requisito para concessão de tutela cautelar”, identificando as diferenças da seguinte forma:

- quanto à tutela cautelar explica que “acautela-se de um dano irreparável ou de difícil reparação que pode atingir o direito à tutela reparatória”, visto que essa proteção é “temporária”, devendo “durar enquanto durar o perigo de dano”;

- quanto à antecipação de tutela, “é devida quando não se pode esperar, ou melhor, quando existe um perigo da demora da prestação jurisdicional (*periculum in mora*)”. “Quando não se pode esperar, o único remédio é antecipar-se”. Corresponde a “proteção provisória, que será substituída por outra definitiva”.

Ressaltam ainda Marinoni e Mitidiero (2010, p. 107) a contribuição para a “construção de tutelas contra o ilícito” e a abertura para socorrer as “diversas situações carentes de tutela no plano do direito material”, caso houvesse referência ao “perigo da demora ou perigo de ineficácia do provimento final”, visto que se não houve a concessão da tutela jurisdicional imediatamente, “pode ocorrer, continuar ocorrendo ou novamente ocorrer um ilícito ou um dano”.

Para tanto, apresenta proposta de alteração do disposto no Art. 283 (MARINONI e MITIDIERO, 2010, p. 108):

O juiz poderá prestar tutelas de urgência sempre que houver elementos que evidenciem a verossimilhança do direito e, conforme o caso, o perigo na demora da prestação jurisdicional ou o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Observa-se, atualmente no projeto de Lei nº 8.046/2010 do novo CPC, em trâmite na Câmara dos Deputados, que permanecem como requisitos para concessão de tutela de urgência a plausibilidade do direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, como prevê o Art. 276: “A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação” (MENDES, 2012).

Ainda em relação às tutelas de urgência, segundo o Art. 277 do PL nº 8.046/2010, o juiz está autorizado a conceder de ofício medidas de urgência, a título excepcional ou quando houver previsão legal, ou ainda quando requeridas pela parte em caráter antecedente ou incidental (Arts. 279 a 286).

No que se refere à tutela de evidência, substituindo a antecipação de tutela, prevista no atual Art. 273 do CPC/73, poderá ser concedida independente do risco

de dano irreparável ou de difícil reparação, mediante “preenchimento de requisito isolado” (MONTENEGRO FILHO, 2011, p. 277), quais sejam (Art. 278):

I. ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; II. um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva; III. a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou IV. a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

Analisando o referido dispositivo, Montenegro Filho (2011, p. 277) considera que, via de regra, para ser deferida será necessária a “formação prévia da relação processual”, a exemplo da hipótese do inciso I.

Entendem Marinoni e Mitidiero (2010, p. 108) que a utilização da expressão “tutela de evidência” se deu em “sentido atécnico”, visto que as hipóteses previstas nos incisos I, III e IV correspondem a “tutelas fundadas em cognição sumária”, e o inciso II em cognição exauriente, sugerindo a supressão deste último do dispositivo, incluindo-o nas situações de julgamento antecipado da lide.

No conceito de Sampaio Júnior (2011, p. 62), a tutela de evidência é:

Aquela que é dada após se constatar, como o próprio nome diz, a evidência do direito alegado, ou seja, não há discussão sobre o direito que se quer ver protegido imediatamente, logo, não se fala em plausibilidade, mas em constatação de plano do direito alegado.

Esclarecendo acerca da distinção entre a tutela antecipada e a tutela de evidência, Cunha (2012, p. 36) leciona:

Com efeito, a tutela antecipada de urgência será concedida, conforme redação contida no texto de dispositivo específico, quando houver probabilidade do direito e perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional. Já a tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, ou quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha outra prova capaz de gerar dúvida razoável (seria aqui uma espécie de prova documental pré-constituída), ou, ainda, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (prestigia-se aqui a importância e a força dos precedentes judiciais), ou, finalmente, 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”. Nestas duas últimas hipóteses, a tutela antecipada pode ser concedida liminarmente, ou seja, *inaudita altera parte*.

Na síntese de Fensterseifer (2012, p. 1) as alterações trazidas pelo projeto de reforma do Código de Processo Civil, referentes à tutela de urgência correspondem:

A extinção do processo cautelar autônomo e das medidas cautelares nominadas; a sistematização da disciplina da tutela de urgência, ensejando a unificação do procedimento e requisitos de concessão das tutelas cautelares e satisfativas; a criação da possibilidade de requerer tutela de urgência satisfativa antes do pedido principal de tutela definitiva no próprio processo em que este for formulado; a criação da possibilidade de concessão de tutela de urgência satisfativa de ofício e a criação do fenômeno da estabilização dos efeitos da medida de urgência.

Quanto à tutela de evidência, por sua vez, identifica as seguintes alterações:

A sistematização da sua disciplina com a da tutela de urgência; a ampliação das suas hipóteses de concessão e; a definição expressa da natureza jurídica da decisão que concede tutela da urgência com base em pedido incontroverso (FENSTERSEIFER, 2012, p. 1).

Desta forma, as alterações visam promover o acesso, a efetividade, a tempestividade e a segurança jurídica da prestação jurisdicional (FENSTERSEIFER, 2012).

Portanto, conclui-se pela possibilidade de aplicação das regras insculpidas no novo CPC ao processo arbitral, atendendo-se a convenção arbitral firmada entre as partes e as normas procedimentais previstas nas instituições, considerando o poder decisório do árbitro em relação às tutelas de urgência e de evidência, antecedentes e incidentais, possibilitando o acesso à efetiva prestação jurisdicional com a devida celeridade.

CONCLUSÕES

1. Enquanto não existia a intervenção do Estado para regular as relações, os conflitos eram resolvidos inicialmente pela autotutela, vencendo o mais forte, ou pela autocomposição, quando havia um consenso, posteriormente passando-se a um terceiro a decisão da controvérsia, escolhido entre os sacerdotes e anciãos.
2. Encontra-se na Grécia a obrigatoriedade de submissão das partes à arbitragem, inclusive dos conflitos instalados entre Cidades-Estados, para em seguida apresentarem-se perante o Tribunal Supremo de Atenas.
3. Entre os hebreus existia a composição de um colegiado de doutores, escolhidos para decidir o conflito, seguindo os ensinamentos bíblicos.
4. Em Roma surge a figura do *iudex*, um terceiro escolhido pelas partes para decidir o mérito da questão conflituosa, cabendo ao *pretor*, o magistrado, executar as suas decisões.
5. No Digesto, da era Justiniana, encontra-se previsto o compromisso arbitral entre as partes e o árbitro, cuja decisão a ser proferida por este era denominada *sentencia*.
6. Embora suprimida a arbitragem obrigatória a partir do séc. III d.C, na Idade Média, no século XII, havia a sua utilização pela sociedade bem como pela a igreja.
7. Os ensinamentos bíblicos e os cânones da igreja católica reunidos no Código Canônico, incitam à prática pacificadora, mediante utilização da mediação, conciliação e arbitragem para a solução dos conflitos.
8. A partir da análise comparativa do processo arbitral e do processo canônico, à luz do Código Canônico e da lei 9.307/96, encontra-se semelhanças entre si quanto à arbitralidade subjetiva e objetiva, ao princípio da autonomia da vontade das partes, a convenção arbitral por meio do compromisso, e a nomeação do árbitro, não pertencente aos quadros do judiciário estatal ou eclesiástico.
9. No Brasil, a arbitragem esteve presente nas legislações desde as Ordenações Filipinas, adotando-se a opção voluntária das partes por meio de solucionar os conflitos, exceto no período de 1850 a 1866, quando esteve em vigor o Decreto nº 737/50 que regulamentou o processo comercial, prevendo a arbitragem necessária, qual seja aquela determinada por lei.

10. Com o CPC/73 foram regulamentados os poderes instrutórios dos árbitros, e desconsiderada a possibilidade de empregar as medidas coercitivas e decretar as medidas cautelares.

11. As tutelas de urgência, quais sejam as cautelares e satisfativas, representam provimentos sumários apreciados no início ou no curso do processo, para evitar o perecimento do direito.

12. Para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, cabe ao árbitro apreciar as tutelas de urgência, cautelares e antecipatórias, antecedentes ou incidentais, inclusive de ofício - na forma prevista no projeto do novo CPC - , desde que haja permissão por convenção arbitral ou regulamento da câmara escolhida pelas partes.

13. Cabe ao judiciário a apreciação das tutelas de urgência nas cautelares antecedentes, no caso de não ter sido atribuído ao árbitro esse poder por convenção das partes ou silente o regulamento da câmara escolhida por elas.

14. O requerimento de cautelares perante o judiciário não implica em renúncia da arbitragem pelas partes.

15. Após instaurado o processo arbitral, o judiciário deverá encaminhar a medida cautelar ao árbitro, a quem caberá manter ou revogar a decisão judicial.

16. Para realização da atividade jurisdicional através da arbitragem de forma efetiva, e democratização do Estado de Direito, mister se faz necessária a cooperação do judiciário e integração entre o público e o privado, para dar cumprimento às decisões arbitrais acautelatórias ou antecipatórias.

13. Em relação ao processo arbitral, há flexibilização do art. 806 do CPC, no que se refere à propositura da ação principal, considerada a possibilidade de simples requerimento para a instauração da arbitragem ou ajuizamento da ação prevista nos art. 7º da Lei nº 9.307/96.

14. Para dar cumprimento às decisões dos árbitros das câmaras privadas em sede de cautelar, não cumpridas voluntariamente pelas partes, utiliza-se na praxe, ofício do árbitro ao juiz da Vara Cível, que seria competente originariamente para apreciar a lide.

15. No âmbito do Tribunal de Justiça de Pernambuco, cabe aos juizes coordenadores das Centrais de Conciliação, Mediação e Arbitragem dar

cumprimento às medidas cautelares e coercitivas advindas de processo arbitral, requeridas por seus árbitros, por simples petição.

16. As regras contidas no projeto do novo CPC podem ser recepcionadas pelo processo arbitral, mediante concordância das partes por convenção, ou previsão nos regulamentos das câmaras arbitrais.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Ferreira de. **Bíblia**. 2012. Disponível em: <<http://biblia.com.br/joao-ferreira-almeida-atualizada/>>. Acesso em: 27 fev. 2013.
- AMCHAM. **Regulamento da Câmara Americana de Comércio**. Disponível em: <<http://www.amcham.com.br/repositorio-de-arquivos/estatuto-do-centro-de-arbitragem-amcham>>. Acesso em: 2 fev. 2013.
- AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva**. São Paulo: Atlas. 2006.
- AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. Medidas cautelares, arbitragem e a cooperação com o poder judiciário. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* **Execução e cautelar: estudos em homenagem a José de Moura Rocha**. Bahia: Juspodivm, 2012. p. 263- 281.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BÍBLIA JOVEM. São Paulo: Sociedade bíblica do Brasil, 2002.
- BRASIL. **Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novo_cpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2013.
- _____. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 09 dez. 2011.
- _____. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1800-1850/d737.htm>. Acesso em: 26 dez. 2011.
- _____. **Decreto Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1939/1608.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2011.
- _____. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 22 dez. 2011.
- _____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 26 dez. 2011.
- _____. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 26 dez. 2011.

_____. **Lei complementar nº 35 de 14 de março de 1979.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 15 jan. 2012.

_____. **Projeto de Lei nº 8.046/2010.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A89B53E683A7A6C3899B8C1014B8D36B.node1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 01 jan. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as constituições do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1976.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo:** um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência:** exposição didática, área do direito processual civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil.** Tradução Adrián Soreto de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CBAR. **Regulamento da câmara de mediação e arbitragem das eurocâmaras - CAE.** Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/ANEXO_1_Regulamento_Arbitragem_portugues_Eurocamaras.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2013.

_____. **Regulamento da câmara de conciliação, mediação e arbitragem de Porto Alegre (CBMAE-FEDERASUL).** Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/ANEXO_3_Regulamento_Arbitragem_portugues_FEDERASUL.doc>. Acesso em: 26 jan. 2013.

_____. **Regulamento da Internacional Chamber of Commerce.** Disponível em: <<http://www.cbar.org.br/PDF/ANEXO4-ICC-ARB-PORT.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

CCBC. **Regulamento do centro de mediação e arbitragem da câmara de comércio Brasil-Canadá.** Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/default.asp?categoria=2&subcategoria=Regulamento%202012#8>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

CEMAPE. **Regulamento do centro de mediação e arbitragem de Pernambuco.** Disponível em: <<http://www.cemape.org.br/pdf/CEMAPE%20-%20Regulamento%20de%20Arbitragem-2col.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CÍCERO. **Dos deveres**. Coleção a obra-prima de cada autor. Tradução Alex Marins. 1ª Reimpressão. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2009.

CIESP. FIESP. **Regulamento da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP**. Disponível em: <http://www.camaradearbitragemsp.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=65:regulamento-de-arbitragem&catid=1:principal&Itemid=7>. Acesso em: 23 jan. 2013.

CIFUENTES, Rafael Llano. **Curso de direito canônico: a igreja e o estado à luz do vaticano II**. São Paulo: Saraiva, 1971.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO. **Lei complementar nº 100/2007**. Disponível em: <<http://amepe.com.br/anexos/coje.pdf>>. Acesso em 26 jan. 2013.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia jurídica: ética das profissões jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do Árbitro: de acordo com a lei 9.307/96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CRETILLA NETTO, José. **Curso de arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem. instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Tutela jurisdicional de urgência**. Relatório nacional (Brasil). Texto preparado para o I Congresso Argentina-Brasil de Direito Processual e apresentado em São Paulo, dezembro de 2012.

DIEGO-LORA, Carmelo de; RODRIGUEZ-OCAÑA, Rafael. **Lecciones de derecho procesal canônico: parte general**. Espanha: Universidad de Navarra, 2003.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Instituições de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3.

_____. **Instituições de processo civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

FENSTERSEIFER, Shana Serrão. **Tutela de urgência e tutela de evidência no novo código de processo civil: uma análise crítica à luz da constituição federal**. Páginas de direito, 2010. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/358-artigos-jun-2012/8566-tutela-de-urgencia-e-tutela-da-evidencia-no-novo-codigo-de-processo-civil-uma-analise-critica-a-luz-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 03 fev. 2013.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. **Temas de arbitragem**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9307/96, de 23.09.1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FONSECA, José Arnaldo da. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente. Colaboração de Arnaldo Wald. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, ano 6, nº 23, 2009.

FURTADO, Paulo; UADI, Lammêgo Bollos. **Lei da arbitragem comentada: breves comentários à lei 9.307, de 23-9-1996**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

GUERRERO, Luis Fernando. Tutela de urgência e arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 24. Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2009. p. 22-44.

HERKENHOFF, João Batista. A formação dos operadores jurídicos no Brasil. *In*: PINHEIRO, José Ernane, *et al.* (Org.) **Ética, justiça e direito: reflexões sobre a reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Vozes, 1996. p.176-187.

ICDR. **Regulamento da American arbitration association**. Disponível em: <http://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_013026&revision=latestreleased>. Acesso em: 26 jan. 2013.

ITALIA, **Constituição apostólica de promulgação do código de direito canônico**, 25 de janeiro de 1983.

JÚDICE, José Miguel. Árbitros: características, perfis, poderes e deveres. **Revista de arbitragem e mediação**. Colaboração de Arnaldo Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 22, 2009. p. 119-146.

LAZZARINI, Renato. **Arbitragem: tutelas urgentes**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, *Orientador*: João Grandino Rodas.

LEI MODELO SOBRE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL-UNCITRAL. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/home/DGPJ/sections/politica-legislativa/anexos//lei-modelo-uncitral/downloadFile/file/Lei-modelo_uncitral.pdf?nocache=1305106921.57. Acesso em 26.01.2013

LEITE, Antônio. **Código de direito canônico**. 4. ed. Lisboa: Braga, 2004. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2012.

LEMES, Selma Ferreira. **Medidas cautelares prévias ou o curso do processo arbitral**. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, nº 20. Publ. jun/ 2003. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri24.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2013.

_____. **O papel do árbitro**. [s.d.] Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri11.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013.

LIMA, Maurilio Cesar de. **Introdução a história do direito canônico**. São Paulo: Loyola, 1999.

MACIEL, Marco. Treze anos da lei de arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Colaboração de Arnaldo Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 6. nº 23, 2009.

MAGALHÃES, José Carlos. A tutela antecipada no processo arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Coord. Arnaldo Wald. Ano 2, nº 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5281>>. Acesso em 29 dez. 2012.

_____. **Teoria geral do processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIÉRO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela. 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Pedro Puttini. **Projeto do novo código de processo civil: tutela de urgência e tutela da evidência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3332, 15 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22413>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

MONTEGRO FILHO, Misael. **Projeto do novo código de processo civil: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC: com comentários às modificações substanciais**. São Paulo: Atlas, 2011.

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. Tese de Doutorado em Direito Processual da Faculdade de Direito e Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/>>. Acesso em: 03 fev. 2013.

MOREIRA, Wander Paulo Marotta. **Juizados especiais cíveis**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O juiz e a ética no processo. *In*: NALINI, José Renato. **Uma nova ética para o juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. **Livro 3, Tit. 16**: dos juízes árbitros (Conc.). Livro 3 Tit. 17: dos arbitradores. Baseada na edição de Cândido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro, 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p580.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2012.

ORDEÑANA, Goti Juan. **Tratado de derecho procesal canônico**. Espanha: Colex, 2001.

PARIZATTO, João Roberto. **Comentários à lei dos juizados especiais**: cíveis e criminais de acordo com a lei nº 9.099, de 26-09-1995. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROBALINHO, Fabiano; FRAGATA, Octávio. **Medidas de urgência e coercitivas**. Parceira institucional acadêmico-científica entre Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e Comitê Brasileiro de Arbitragem. Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Medidas_de_Urgencia_e_Coercitivas.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2013.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência**: sistematização das liminares. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 1º vol, por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. 25ª Ed.rev.e atual.. São Paulo: Saraiva, 2007

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário (lei 9.307, 23.9.96)**: mudança cultural. São Paulo: LTr, 2001.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. *In*: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.) **Arbitragem no Brasil aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 153-173.

TJPE. **Instrução normativa nº 24/2008**. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/concilia/legislacao/InstrucaoNormativa24-2008.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2013

_____. **Resolução nº 222/2007**. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/concilia/legislacao/resolucao_na%C2%BA222atualiz.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico: (história e direito vigente)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VALENÇA FILHO, Clávio. Tutela de urgência e a lide objeto de convenção de arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre: Síntese, Ano II, nº 7. Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2005.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O judiciário e a valorização da arbitragem. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, Ano XVI, nº 381, 2012.

VERSIANI, Nelmo. Ação rescisória de sentença arbitral. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista de Processo. Ano 31, nº 135, 2006

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Reflexões sobre tutela cautelar na arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre: Síntese, Ano II, nº 7. Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

ANEXO 1. PROCESSO N. 100240760027570021

Relator: ELIAS CAMILO
Relator do Acordão: ELIAS CAMILO
Data do Julgamento: 17/01/2008
Data da Publicação: 11/02/2008
Inteiro Teor:

EMENTA: AGRAVO INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO- AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PREPARATÓRIA - CLÁUSULA ARBITRAL - AJUIZAMENTO NO JUÍZO ESTADUAL - POSSIBILIDADE - INDEFERIMENTO DA MEDIDA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EFEITO ATIVO CONCEDIDO - CIÊNCIA DA POSTERIOR INSTAURAÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL - INCOMPETÊNCIA SUPERVENIENTE DA JUSTIÇA ESTATAL - REMESSA DOS AUTOS AO ARBITRO PARA MANUTENÇÃO OU NÃO DA TUTELA CONCEDIDA. É da competência plena do juízo arbitral, ao qual se submete o exame da causa, a cognição sobre a oportunidade da medida antecipatória ou acautelatória, ficando apenas sua execução afeta ao juiz estatal, mediante seu poder de coertio e executio, caso a parte resista em cumpri-la espontaneamente. Hipótese excepcional, que enseja a competência do juízo estatal, todavia, é quando, antes da instauração do Juízo Arbitral, com a aceitação da nomeação pelo árbitro, haja necessidade de alguma dessas medidas cautelares ou de urgência. Nesses casos, admite-se que o requerimento seja feito diretamente ao Juiz togado competente para o conhecimento da causa, sujeitando-se, todavia, à ratificação pelo Juízo Arbitral, assim que instaurado, remetendo-lhe os autos, de forma a preservar a competência plena da Jurisdição privada sobre o litígio.

AGRAVO (ART 557, § 1º CPC) Nº 1.0024.07.600275-7/002 em Agravo 1.0024.07.600275-7/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): MINERAÇÃO GYPSUM BRASIL LTDA - AGRAVADO(A)(S): FOCCO ENGENHARIA MEIO AMBIENTE LTDA E OUTRO(A)(S) - RELATOR: EXMO. SR. DES. ELIAS CAMILO

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de janeiro de 2008.

DES. ELIAS CAMILO - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, pela agravante, o Dr. Rodrigo Fonseca Marinho, e, pela agravada, a Drª. Cláudia Emília Dantas da Cruz.

O SR. DES. ELIAS CAMILO:

VOTO

Inicialmente, acuso o recebimento de memoriais oferecidos em favor da Focco Engenharia e Meio Ambiente Ltda. e Cesenge Engenharia Ltda. aos quais dei a devida atenção.

Trata-se de agravo nominado aviado contra a decisão monocrática, exarada às f. 271-280-TJ, que, com a comunicação da instauração de juízo arbitral pela ora agravada, julgou prejudicado o julgamento do agravo de instrumento por ela aviado, por força da incompetência superveniente da Justiça Estadual para o seu julgamento, determinando a remessa dos autos ao juízo arbitral, por intermédio do juízo de origem.

Irresignada, na presente peça, combate a agravante os fundamentos do decisório hostilizado, alegando ser indevida a declinação de competência, face à alegada inexistência de poderes do juízo arbitral para a apreciação de medidas acautelatórias, como se amolda o presente caso.

Arremata requerendo o provimento do presente recurso, a fim de que, com o processamento do agravo de instrumento, seja, no mérito, negada a liminar por ele pretendida.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente recurso, porque próprio e tempestivo.

Com a devida vênia, razão não assiste ao agravante em sua insurgência, conforme os fundamentos da decisão de remessa dos autos ao juízo arbitral, que reputo suficientes para a negativa de provimento ao presente agravo nominado.

Cediço é que, consoante a mais moderna doutrina e jurisprudência, uma vez estabelecida a competência do juízo arbitral para a ação principal, deve essa estender-se também para as medidas acautelatórias, dada a autorização legal da concessão, pelo árbitro, de medidas coercitivas ou cautelares (Art. 22, § 4º Lei n. 9.307/96).

Aliás, por competir o exame de mérito, de forma restrita, ao árbitro, não haveria mesmo por que vedar-lhe a decretação de medidas urgentes. Assim, a cognição sobre a oportunidade da medida antecipatória ou acautelatória é da competência plena do juízo arbitral, ficando apenas sua execução afeta ao juiz estatal, mediante seu poder de coertio e executio, caso a parte resista em cumpri-la espontaneamente.

Nesta esteira, Tânia Lobo Muniz, citando Clóvis Couto e Silva assevera que "é necessário que se faça a distinção entre concessão e a efetivação da medida, cabendo ao órgão arbitral a concessão ou a decretação, mas que precisa do judiciário para a efetivação." (Tânia Lobo Muniz cita Clóvis Couto Silva, apud Aristóteles Atheniense, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. nº 19, Ano 6. Jan/ Mar. 2003. p. 313).

Sobre a necessidade do juízo arbitral decretar a medida cautelar ou a tutela antecipada J. E. Carreira Alvim, acrescenta:

"Vincular o juízo arbitral ao juízo togado, na eventualidade da necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, além de nada acrescentar em termos de proteção aos direitos constitucionais, presta-se a restringir os poderes jurisdicionais do árbitro, pondo toda arbitragem na dependência de uma justiça sabiamente lenta, e que não tem condições de dar respostas satisfatórias às necessidades imediatas das partes interessadas". (Direito Arbitral. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 335-336).

Ainda da doutrina, extrai-se:

"Instaurado o juízo arbitral, desde que caracterizada e demonstrada em cognição sumária não exauriente a situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, assim como a probabilidade ou a verossimilhança do direito alegado, qualquer dos litigantes poderão pleitear ao árbitro ou tribunal arbitral a concessão da tutela antecipatória, acautelatória (típica ou atípica, voluntária ou contenciosa, nominada ou inominada) ou inibitória; poderão ainda pleitear alguma medida de coerção necessária à garantia ou realização do direito material ou produção de provas.

O pedido assim como a demonstração dos fatos e fundamentos jurídicos da pretensão incidental serão articulados e apresentados no próprio juízo arbitral, que, no caso, é detentor do poder jurisdicional paraestatal com competência (funcional, ou, ainda melhor, com jurisdição "para o caso") outorgada pelos próprios litigantes para a prestação da tutela principal perseguida e todas as medidas incidentais necessárias à consecução e efetivação do processo." (Joel Dias Figueira Júnior, Arbitragem jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 220 e ss.)

Com efeito, uma vez convenionada pelas partes cláusula arbitral, o juiz de fato e de direito da causa será o árbitro eleito, não se sujeitando a decisão por ele proferida a recurso ou à homologação judicial (artigo 18 da Lei 9.307/96), o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência cognitiva, inclusive no que toca às medidas urgentes.

Hipótese excepcional, que enseja a competência do juízo estatal, todavia, é quando, antes da instauração do Juízo Arbitral, com a aceitação da nomeação pelo(s) árbitro(s) (Art.19, "caput", da LA), haja necessidade de alguma dessas medidas cautelares ou de urgência.

Nesses casos, admite-se que o requerimento seja feito diretamente ao Juiz competente para o conhecimento da causa (o da sede do Juízo Arbitral), sujeitando-se, todavia, à ratificação pelo Juízo Arbitral, assim que instaurado, preservando-se, assim, a competência plena da Jurisdição privada sobre o litígio. Assim, devem ser remetidos os autos aos árbitros, tão logo tenha o juiz togado ciência da aceitação de sua nomeação.

Acrescente-se que eventual entendimento contrário do juízo arbitral frente ao estatal não enseja problemas maiores de ordem processual, já que as tutelas urgentes não fazem coisa julgada material, podendo ainda ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo.

Sobre o tema:

"A jurisdição arbitral de conhecimento pode, sem dúvida nenhuma, enfrentar situações de urgência que possam comprometer o resultado útil e eficaz do provimento arbitral almejado pelas partes sob duas formas: a) antes da instauração do juízo arbitral e b) após a instauração do juízo arbitral.

Antes da instauração do juízo arbitral compete ao juiz estatal que, em tese, seria competente para julgamento se não existisse entabulada entre as partes a convenção de arbitragem, decidir sobre a ação Cautelar Preparatória ajuizada por uma das partes, haja vista que é de interesse do Estado a boa aplicação da justiça no caso concreto, o que acontecerá na demanda principal a ser julgada pelo árbitro quando devidamente nomeado.

Em tal situação, não há como seguir o rigor do Art. 806 do CPC, que determina a propositura da ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

O que pode ocorrer, na verdade, dentro do trintídio legal ou antes dele, é a demonstração ao juízo estatal onde tramita a demanda Cautelar Preparatória da existência de prova inequívoca pela parte interessada que está promovendo as diligências necessárias para a instauração do juízo arbitral, extrajudicial ou judicialmente (arts. 6º e 7º da Lei 9.307/96).

A ação Cautelar Preparatória tramitará normalmente perante o juízo estatal até a instalação do juízo arbitral, quando, então será remetida à justiça privada para devida apreciação de manutenção ou não da tutela cautelar porventura concedida, visto que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo (Art. 807, segunda parte, do CPC).

A ação principal deverá, por conseguinte, ser ajuizada perante o juízo arbitral instituído, no prazo previsto no Art. 806 do CPC, a contar da data da manutenção da tutela cautelar caso o pleito principal não tenha sido já ventilado quando da instituição do juízo arbitral.

A tutela cautelar incidental, por sua vez, deve ser dirigida ao juízo arbitral que atua na ação principal já instaurada, sendo de competência exclusiva do árbitro a concessão ou não da medida cautelar, com o fito único de assegurar o resultado útil e eficaz do provimento definitivo.

A medida Cautelar proferida pelo juízo arbitral, se não atendida espontaneamente pelas partes, será materializada pelo órgão do Poder Judiciário que seria originariamente competente para julgar a causa através de simples solicitação do árbitro através de ofício." (Nilton César Antunes, Poderes do Árbitro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 107/108)

In casu, trata-se de recurso contra decisão indeferitória de liminar em ação cautelar preparatória promovida antes da instauração do juízo arbitral. Dessa forma, transferindo os ensinamentos doutrinários à hipótese, tem-se que, uma vez firmado o compromisso arbitral entre as partes, há incompetência superveniente da Justiça Estatal para decidir acerca da pertinência ou não da medida urgente pleiteada.

Por conseguinte, devem os presentes autos, assim como o da ação originária, ser remetidos ao juízo arbitral, a quem caberá apreciar a questão da oportunidade ou não da medida então pleiteada, ratificando ou revogando a tutela antecipada recursal deferida no presente agravo, já que àquela data, ainda era a Justiça Estatal autorizada à sua concessão.

Esta Corte já teve oportunidade de se manifestar no mesmo sentido:

"EMENTA: AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PREPARATÓRIA - CLÁUSULA ARBITRAL - AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO JUÍZO ESTADUAL - POSSIBILIDADE - DEFERIMENTO DA MEDIDA - POSTERIOR AJUIZAMENTO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL - REMESSA DOS AUTOS AO ARBITRO PARA MANUTENÇÃO OU NÃO DA TUTELA CONCEDIDA. Sendo a medida cautelar aviada antes de instaurada a arbitragem é cabível ao juízo estatal a concessão da medida perseguida, devendo, contudo, serem os autos remetidos ao juízo arbitral para que o mesmo aprecie a manutenção ou não da tutela concedida assim que iniciado o procedimento arbitral. De ofício, determinaram a remessa dos autos ao juízo arbitral para manutenção ou não da tutela concedida". (Agravo de instrumento n. 1.0480.06.083392-2/001, rel. Des. Domingos Coelho, j. em 14/02/2007).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO - JUÍZO ARBITRAL - INSTAURAÇÃO. Não obstante a eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos, a ação cautelar de sustação de protesto, se ainda não instaurado o juízo arbitral, poderá ser ajuizada perante juiz estatal, que, comunicado da instauração do juízo arbitral, providenciará a remessa dos autos para a devida apreciação da manutenção ou não da tutela concedida." (Agravo de Instrumento n. 2.0000.00.410.533-5/000, Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. em 27/08/2003).

Destarte, a meu ver, deve permanecer o comando da decisão monocrática ora vergastada, a qual, verificando cessada a competência da Justiça Estatal para o julgamento do feito, julgou prejudicado o julgamento do presente agravo de instrumento por esta Corte, determinando que sejam encaminhados os presentes autos ao juízo arbitral, por intermédio do juízo de origem.

Com tais considerações, nego provimento ao agravo inominado.

O SR. DES. ANTÔNIO DE PÁDUA:

VOTO

De acordo com o Relator.

O SR. DES. VALDEZ LEITE MACHADO:

VOTO

Eu, também, estou de acordo com os votos que me antecederam.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVO (ART 557, § 1º CPC) Nº 1.0024.07.600275-7/002

ANEXO 2. AGRAVO 117825.2003.02.01.010784-5

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL CARREIRA ALVIM
 AGRAVANTE : COMPANHIA ENERGETICA DE PETROLINA - CEP
 ADVOGADO : WALDEMAR DECCACHE E OUTROS
 AGRAVADO : COMERCIALIZADORA BRASILEIRA DE ENERGIA
 EMERGENCIAL - CBEE
 ADVOGADO : JOSE ROBERTO MANESCO E OUTROS
 ORIGEM : DÉCIMA QUARTA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
 (200251010231670)

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Relator Desembargador Federal J. E. CARREIRA ALVIM:

Diz a agravante, COMPANHIA ENERGÉTICA DE PETROLINA - CEP, em face da COMERCIALIZADORA BRASILEIRA DE ENERGIA EMERGENCIAL - CBEE, que, anteriormente a este agravo, interpôs perante o Juízo Federal da 14ª Vara ação de execução específica de cláusula de arbitragem (proc. n. 2003.51.01.020573-0), com fulcro nos arts. 6º, parágrafo único e Art. 7º da Lei n. 9.307/96, tendo por objeto a declaração da competência do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem - CBMA e da aplicabilidade da Regra de Arbitragem dessa entidade para processar e julgar a arbitragem relativa às controvérsias oriundas do contrato, estando a mesma no aguardo da designação de audiência especial (Art. 7º, Lei n. 9.307/96).

Na mesma data, continua dizendo, tomou ciência da decisão proferida em 25/08/03, pela qual o juiz *a quo*, dando cumprimento à decisão monocrática da minha lavra no Agravo de Instrumento n. 117.135-RJ, analisou a liminar postulada na Medida Cautelar que origina este agravo, indeferindo-a (embora tenha dito que a deferia em parte), com o seguinte dispositivo:

"Isto posto, DEFIRO PARCIALMENTE A LIMINAR para determinar à ré que aproprie contabilmente os valores pertinentes às multas aplicadas à autora em rubrica que permita a liberação tão logo haja decisão definitiva e imutável sobre a controvérsia acerca as penalidades".

É contra esta decisão que se volta este agravo, pedindo a antecipação da tutela recursal a fim de que seja determinado à agravada: que libere imediatamente os valores retidos "em rubrica contábil" até a presente data a título de compensação das penalidades que unilateralmente resolveu arbitrar, no importe de R\$14.563.282,97, abstendo-se de efetuar novos descontos a esse título nas faturas de fornecimento de energia que se vencerão futuramente, até que decidido definitivamente o presente agravo; e b) que efetue o pagamento dos valores por ela retidos relativos ao reajuste do preço da potência contratada, mediante a utilização do coeficiente "k2", importe de R\$14.148.292,00; ou, alternativamente, que determine pelo menos o pagamento do reajuste do preço da potência contratada mediante a utilização do IGP-M (ao invés da correção cambial) relativamente às faturas emitidas em 30/10/02, 01/12/02 e 01/01/03, no importe de R\$8.312.737,00, até que venha a ser definitivamente decidida a procedência ou não da aplicação do coeficiente "k2" na forma antes prevista.

Às fls.398/402, foi concedido efeito ativo à decisão agravada.

Contra-razões às fls. 473/500.

Agravo interno interposto pela agravada às fls. 636/647.

Às fls. 767 foi negado provimento ao agravo interno.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Relator Desembargador Federal J. E. CARREIRA ALVIM:

Sobre a decisão agravada, estampada às fls. 324/325, proferi a seguinte decisão liminar, às fls. 398/402, destes autos:

"Diz a agravante, COMPANHIA ENERGÉTICA DE PETROLINA - CEP, em face da COMERCIALIZADORA BRASILEIRA DE ENERGIA EMERGENCIAL - CBEE, que, anteriormente a este agravo, interpôs perante o Juízo Federal da 14ª Vara ação de execução específica de cláusula de arbitragem (proc. n. 2003.51.01.020573-0), com fulcro nos arts. 6º, parágrafo único e Art. 7º da Lei n. 9.307/96, tendo por objeto a declaração da competência do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem - CBMA e da aplicabilidade da Regra de Arbitragem dessa entidade para processar e julgar a arbitragem relativa às controvérsias oriundas do contrato, estando a mesma no aguardo da designação de audiência especial (Art. 7º, Lei n. 9.307/96).

Na mesma data, continua dizendo, tomou ciência da decisão proferida em 25/08/03, pela qual o juiz *a quo*, dando cumprimento à decisão monocrática da minha lavra no Agravo de Instrumento n. 117.135-RJ, analisou a liminar postulada na Medida Cautelar que origina este agravo, indeferindo-a (embora tenha dito que a deferia em parte), com o seguinte dispositivo:

"Isto posto, DEFIRO PARCIALMENTE A LIMINAR para determinar à ré que aproprie contabilmente os valores pertinentes às multas aplicadas à autora em rubrica que permita a liberação tão logo haja decisão definitiva e imutável sobre a controvérsia acerca as penalidades".

É contra esta decisão que se volta este agravo, pedindo a antecipação da tutela recursal a fim de que seja determinado à agravada: que libere imediatamente os valores retidos "em rubrica contábil" até a presente data a título de compensação das penalidades que unilateralmente resolveu arbitrar, no importe de R\$14.563.282,97, abstendo-se de efetuar novos descontos a esse título nas faturas de fornecimento de energia que se vencerão futuramente, até que decidido definitivamente o presente agravo; e b) que efetue o pagamento dos valores por ela retidos relativos ao reajuste do preço da potência contratada, mediante a utilização do coeficiente "k2", importe de R\$14.148.292,00; ou, alternativamente, que determine pelo menos o pagamento do reajuste do preço da potência contratada mediante a utilização do IGP-M (ao invés da correção cambial) relativamente às faturas emitidas em 30/10/02, 01/12/02 e 01/01/03, no importe de R\$8.312.737,00, até que venha a ser definitivamente decidida a procedência ou não da aplicação do coeficiente "k2" na forma antes prevista.

Isto posto, decido:

Este agravo de instrumento não passa de um complemento do agravo de instrumento anterior, em que a agravante alega não ter logrado obter a apreciação da liminar postulada no pleito cautelar, pelos diversos percalços que vem encontrando na *via crucis* pela qual transita há mais de sete (7)

meses, e, em consequência disso, a agravada já reteve, nas faturas mensais relativas à disponibilização de energia devida à agravante na forma do contrato, valores que somam a importância de R\$10.911.860,39, tendo a agravada informado à agravante que promoveria no dia 7/8/03 a retenção de R\$1.217.140,86; no dia 17/8/03, a retenção de R\$1.217.140,86; no dia 27/8/03, a retenção de R\$1.217.140,86, perfazendo o montante de R\$14.563.282,97, de sua receita corrente, estando incluído neste montante o valor de R\$317.952,59, que a agravada debita, a título de correção monetária incidente sobre as penalidades, calculadas pela taxa SELIC, quando não há sequer previsão contratual nesse sentido. Alega, também, a agravante, no primeiro agravo, que a agravada não vem pagando o reajuste do fornecimento, na parte proporcional aos custos incorridos pela agravante em moeda norte-americana, na forma contratualmente estabelecida, porquanto se recusa a aceitar a utilização do coeficiente k2 no respectivo cálculo, o que já lhe causou a retenção de valores que montam, até a presente data, em R\$14.148.292,08. A tudo isso, se acrescem os prejuízos ocasionados pelo atraso da agravada na realização dos testes contratuais para início da operação comercial da usina termoeletrica, o que veio a gerar o não-pagamento da fatura relativa ao período correspondente, que monta a importância de R\$6.137.166,58. Afirma, em seguida, que a supressão de recursos da ordem de R\$34.848.741,63, no caixa de uma empresa de propósito específico, que tem como fonte única de faturamento o preço da energia disponibilizada para a agravada, tem o potencial de causar danos de difícil ou impossível reparação, em razão de uma decisão unilateral da parte adversária (a agravada), que acaba por sonegar as receitas essenciais ao giro normal dos negócios da agravante (fls. 283/284 e 294).

No julgamento do agravo anterior, deferi liminar, para suspender a decisão então agravada, para que o processo cautelar retomasse o seu curso, para que o juiz "a quo" decidir sobre o pedido de liminar formulado pela autora, ora agravante, no prazo de cinco (5) dias, subsistindo a sua competência até que venha a ser regularmente instituído o juízo arbitral (fl. 295).

Em cumprimento à decisão monocrática do relator, no agravo de instrumento anterior, decidiu o juiz *a quo* deferir parcialmente a liminar, "para determinar à ré que aproprie contabilmente os valores pertinentes às multas aplicadas à autora em rubrica que permita a liberação tão logo haja decisão definitiva e imutável sobre a controvérsia acerca das penalidades".

Realmente, a liminar deferida na inferior instância, nos termos em que o foi, concedeu com u'a mão (se é que concedeu) e tirou com a outra, porquanto, ao "determinar à ré que aproprie contabilmente dos valores pertinentes às multas aplicadas à autora", chancelou a atitude da ré, ora agravada, e contra a qual se insurge a empresa agravante, e, ao determinar que essa apropriação se faça "em rubrica que permita a liberação tão logo haja decisão definitiva e imutável sobre a controvérsia acerca das penalidades" não atendeu igualmente à pretensão cautelar postulada, porquanto tal medida não retira da agravada a disponibilidade dos valores retidos, desde que os contabilize em rubrica específica.

Relativamente ao coeficiente de câmbio, entendeu o juiz *a quo* que os elementos necessários à definição do fator dependerão de dilação probatória necessária à definição dos encargos de depreciação, não podendo haver qualquer delibação a respeito, mesmo em sede de arbitragem (fl. 325).

Tenho entendido possível a aplicação de multa em ajustes como o presente, como meio mais eficaz de garantir a sua regular execução, mas o caso *sub judice* apresenta uma particularidade, porquanto a CBEE pretende furtar-se tanto ao juízo estatal, alegando a existência de convenção de arbitral, quanto

ao juízo arbitral, alegando precedente emanado do TCU, que não tem entre nós força de decisão judicial, o que seria em última análise garantir-se uma inaceitável "imunidade jurisdicional" (pública e privada). Ademais, permitir a liberação dos valores retidos por uma das empresas em face da outra "tão logo" haja decisão definitiva e imutável sobre a controvérsia acerca as penalidades, como entendeu o juiz *a quo*, seria postergar a liberação dos recursos para um momento imprevisível, porquanto a morosidade da Justiça no Brasil é um problema crônico, sem solução a vista.

Pelo exposto, vou alterar em parte, também liminarmente, a liminar de primeiro grau, determinando à agravada que libere imediatamente os valores retidos "em rubrica contábil" até a presente data a título de compensação das penalidades que unilateralmente resolveu arbitrar, no importe de R\$14.563.282,97, abstendo-se de efetuar novos descontos a esse título nas faturas de fornecimento de energia que se vencerão futuramente, até que decidido definitivamente o presente agravo.

No que tange, porém, ao reajuste do preço da potência contratada mediante a utilização do coeficiente "k2", ou, alternativamente, o seu pagamento mediante a utilização do IGP-M, ao invés da correção cambial, recomenda a cautela se aguarde a resposta da agravada, não havendo risco de que a decisão aguarde o julgamento do mérito do agravo.

Para o cumprimento desta decisão, assinalo à agravada o prazo de 24h, contado da intimação, devendo ser ela intimada por meio de fax, e confirmada por mandado, tudo sob a pena do pagamento da multa diária correspondente a 10% (dez por cento) dos valores retidos, que reverterão em favor da agravante.

Intime-se a agravada para responder ao agravo no prazo legal."

Essa decisão monocrática motivou agravo interno (fls. 636/647), a que se negou provimento, por unanimidade, como se vê às fls. 763/768.

A decisão monocrática de fls. 398/402 foi proferida em 16/9/03, quando estava em curso a "ação de execução específica de cláusula de arbitragem" --, melhor diria, ação de instituição judicial de arbitragem --, na fase em que se aguardava a "designação de audiência especial", tendo essa ação sido julgada parcialmente procedente, no mérito, em 20/10/03, como se vê às fls. 751/758, mantida em face de embargos de declaração (fls. 772/774).

Ora, tendo a apelação de sentença que julga procedente (ainda que parcialmente) o pedido de instituição de arbitragem efeito só devolutivo (Art. 520, VI), uma vez proferida a sentença de mérito, cessa a competência do juiz togado para deferir tutelas de urgência, devendo o pleito ser endereçado ao tribunal arbitral.

Em que pese a literalidade do § 4º do Art. 22 da Lei n. 9.307/96, a competência para a concessão de tutela antecipatória é, sem dúvida, do tribunal arbitral, pois constituindo ela uma antecipação (total ou parcial) dos efeitos da própria tutela pretendida no pedido inicial (Art. 273, CPC), e competindo a esse tribunal decidir o mérito da controvérsia (litígio), cabe-lhe, igualmente, decidir se antecipa ou não os efeitos dessa decisão. A doutrina tem admitido o recurso à justiça estatal apenas quando ainda não instituída a arbitragem, dado o caráter urgente da medida (J. E. Carreira Alvim, *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 334/341), e foi exatamente o que aconteceu anteriormente, o que me levou a deferir em parte a tutela antecipada.

Portanto, se a CBEE, através da 14ª Reunião do seu Conselho de Administração, deliberou a aprovação do índice K2 requerido pela ora agravante (CEP), de 74,21%,

editando a Resolução de Diretoria n. 024/04, de 6/2/04, deve a ora agravante postular perante o tribunal arbitral essa parte da tutela antecipada não obtida perante o juízo estatal, mesmo porque, nos termos da mesma Resolução, a Diretoria adotou, além da medida constante do item 1 (aprovação do percentual de 74,21%), outras providências, como as constantes dos itens 2 e 3, cujo exame e decisão é da exclusiva alçada do tribunal arbitral.

Se este agravo continuar a sua trajetória em sede judicial, nos termos em que as partes discutem, ou intentam discutir, o seu alegado direito, acabará o Poder Judiciário julgando o litígio, que, em virtude da convenção arbitral e da própria sentença de instituição judicial de arbitragem, deve ser julgado em sede arbitral.

Pelo exposto, conheço do agravo de instrumento para lhe dar provimento, em parte, apenas para manter a tutela antecipada deferida, até que venha a ser a causa julgada, no seu mérito, pelo tribunal arbitral.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – REGRA DE ARBITRAGEM – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS LITÍGIOS – TRIBUNAL ARBITRAL

I – Admite-se o recurso à justiça estatal apenas quando ainda não instituída a arbitragem, dado o caráter urgente da medida.

II – Havendo convenção arbitral, é competente o tribunal arbitral para apreciar o mérito do litígio, cabendo-lhe, igualmente, decidir se antecipa ou não os efeitos da tutela antecipatória.

III – Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Acordam os membros da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, em dar parcial provimento ao agravo, na forma do voto do Relator.

Custas, como de lei.

Rio de Janeiro, 22 de junho de 2004 (data do julgamento).

CARREIRA ALVIM

Relator

ANEXO 3. RECURSO ESPECIAL Nº 1.297.974 - RJ (2011/0240991-9)

RECORRENTE: ITARUMÃ PARTICIPAÇÕES S/A

ADVOGADO: ROBERTO THEDIM DUARTE CANCELLA E OUTRO(S)

RECORRIDO: PARTICIPAÇÕES EM COMPLEXOS BIOENERGÉTICOS S/A -
PCBIOS

ADVOGADO: CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se recurso especial interposto por ITARUMÃ PARTICIPAÇÕES S.A., com fundamento no Art. 105, III, “a” e “c”, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/RJ.

Ação: medida cautelar inominada, ajuizada por PARTICIPAÇÕES EM COMPLEXOS BIOENERGÉTICOS S.A. – PCBIOS em desfavor da recorrente.

Depreende-se dos autos que as partes firmaram contrato de parceria para a implementação de projeto de produção de combustíveis provenientes de fontes de energia renováveis, criando uma sociedade denominada Complexo Bioenergético de Itarumã – CBIO. No decorrer da execução desse contrato a recorrida, alegando inadimplência contratual, ajuizou medida cautelar objetivando a suspensão de todos os seus direitos e obrigações como acionista da CBIO, aduzindo se tratar de procedimento preparatório para assegurar a eficácia de sentença a ser proferida em procedimento arbitral a ser futuramente instaurado.

Sentença: julgou improcedentes os pedidos (fls. 1.101/1.106, e-STJ).

Apelação: inconformada, a recorrida interpôs recurso de apelação.

Em sede de contrarrazões, a recorrente suscita a ocorrência de fato superveniente, qual seja, a subscrição, inclusive pela recorrida, de ata de missão confirmando a constituição de Tribunal Arbitral, sendo que “o mérito da controvérsia instaurada no juízo arbitral engloba os fatos em discussão no presente recurso e na ação cautelar proposta, bem como o seu objeto” (fl. 1.220, e-STJ).

Acórdão: o TJ/RJ deu provimento ao apelo da recorrida, afirmando que “a cláusula compromissória não retira do Judiciário o conhecimento de medidas urgentes, de caráter cautelar” (fls. 1.558/1.570, e-STJ).

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente, foram rejeitados pelo TJ/RJ (fls. 1.588/1.591, e-STJ).

Recurso especial: aponta violação dos arts. 3º, 47, 267, IV, 273, 515, § 1º, 535, II, do CPC; 4º e 22, § 4º, da Lei nº 9.307/96; e 476 do CC/02, bem como dissídio jurisprudencial (fls. 1.596/1.623, e-STJ).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/RJ negou seguimento ao recurso (fls. 1.675/1.680, e-STJ), dando azo à interposição do AREsp 62.869/RJ, conhecido para determinar sua reautuação como especial (fl. 1.756, e-STJ).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.297.974 - RJ (2011/0240991-9)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: ITARUMÃ PARTICIPAÇÕES S/A

ADVOGADO: ROBERTO THEDIM DUARTE CANCELLA E OUTRO(S)

RECORRIDO: PARTICIPAÇÕES EM COMPLEXOS BIOENERGÉTICOS S/A -
PCBIOS

ADVOGADO: CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a lide a determinar os limites da competência dos juízos estatal e arbitral para apreciação de medidas cautelares tendo por objeto questão sujeita a arbitragem, presente a peculiaridade de que, no ato de ajuizamento da ação judicial, ainda não havia a constituição do Tribunal Arbitral, formado somente após a prolação da sentença, mas antes do julgamento da apelação.

I. Da negativa de prestação jurisdicional. Violação do Art. 535, II, do CPC.

Da análise do acórdão recorrido, nota-se que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem vício a ser sanado. O TJ/RJ se pronunciou de maneira a abordar a discussão de todos os aspectos fundamentais do julgado, dentro dos limites que lhe são impostos por lei, tanto que integram o objeto do próprio recurso especial e serão enfrentados adiante.

O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica omissão, obscuridade ou contradição, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. O Tribunal não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o Art. 131 do CPC.

O acórdão recorrido apresentou fundamento suficiente para o deslinde da controvérsia, o que afasta, ainda que implicitamente, os demais argumentos suscitados pelas partes e não abordados de forma expressa.

Constata-se, em verdade, a irresignação da recorrente com o resultado do julgamento e a tentativa de emprestar aos embargos de declaração efeitos infringentes, o que se mostra inviável no contexto do Art. 535 do CPC.

Não vislumbro, pois, violação do mencionado dispositivo legal.

II. Da competência do Juízo Estatal. Violação dos arts. 4º e 22, § 4º, da Lei nº 9.307/96.

Depreende-se dos autos que, ao ingressar com a medida cautelar, as partes ainda não tinham feito valer a cláusula compromissória contida no contrato de parceria por elas celebrado. Vale dizer, ainda não havia sido instaurado procedimento arbitral tendente à resolução da controvérsia surgida entre as partes.

O Juiz de primeiro grau de jurisdição, então, conheceu dos pedidos mas negou-lhes provimento, dando azo à interposição de apelação.

Todavia, antes do julgamento do apelo – provido pelo TJ/RJ, culminando na concessão da medida cautelar pleiteada – as partes subscreveram ata de missão confirmando a constituição de Tribunal Arbitral para apreciação de controvérsia que compreende o objeto do presente processo.

Ressalte-se, por oportuno, que a constituição do Tribunal Arbitral é incontroversa nos autos, pois além de ter sido suscitada pela recorrente, em sede de contrarrazões de apelação, como fato superveniente, foi confirmada pela própria

recorrida que, na tentativa de obter efeito suspensivo ativo ao seu recurso de apelação, reconhece a existência da arbitragem (fl. 1.339, e-STJ). Ademais, no agravo de instrumento interposto contra a decisão de primeiro grau de jurisdição que indeferiu seu pedido liminar, a recorrida admite que “pretende ver reconhecido em sentença o seu direito de retirada da CBIO”, ressaltando que “tal procedimento tramita perante o Tribunal Arbitral e é conduzido pela Câmara de Comercio Internacional (CCI)” (fl. 1.288, e-STJ).

Diante desses fatos, a recorrente sustenta que, “a partir da constituição do Tribunal Arbitral, há a chamada *incompetência superveniente da justiça estatal*, passando a ser somente aquele o competente para apreciar a controvérsia, ainda que em sede cautelar” (fl. 1.605, e-STJ).

De acordo com o TJ/RJ, porém, “a cláusula compromissória constante no acordo de acionistas, instituindo o juízo arbitral para a solução de conflitos, é relativa em relação às medidas de caráter urgente por vontade das próprias partes, não retirando dos contratantes, portanto, a faculdade de buscar a solução dessas questões pela via judicial,

Há quem sustente que o Poder Judiciário deve encaminhar apenas cópia do processo para apreciação do juízo arbitral que, entendendo pelo não cabimento da tutela concedida, deverá requerer ao Juiz a extinção da medida cautelar.

Arnoldo Wald se filia a essa corrente, afirmando que “o tribunal arbitral é incompetente para extinguir a medida cautelar concedida pelo juiz antes ou durante o curso da arbitragem” (Novos rumos para a arbitragem no Brasil, *in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: RT, nº 04, out/dez 2001, p. 351).

Sou adepta, porém, da desburocratização do processo, sendo certo que o procedimento acima sugerido implicaria necessariamente na realização de uma série de atos que, na prática, terão o mesmo efeito da remessa direta dos próprios autos da ação cautelar para o juízo arbitral.

Sendo assim, me parece suficiente que o Juiz, ao encaminhar os autos ao árbitro, consigne a ressalva de que sua decisão foi concedida em caráter precário, estando sujeita a ratificação pelo juízo arbitral, sob pena de perder eficácia. Com isso, e sem que haja qualquer usurpação de competência ou conflito de jurisdição, evita-se a prática de atos inúteis e o prolongamento desnecessário do processo.

Seja como for, o entendimento do TJ/RJ, de que a competência do Juízo Arbitral “é relativa em relação às medidas de caráter urgente por vontade das próprias partes” (fl. 1.567, e-STJ) deve ser visto com reservas. Na realidade, 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.

Na hipótese específica dos autos, o Juiz de primeiro grau de jurisdição indeferiu liminar e julgou o pedido cautelar improcedente, sendo que, no julgamento da apelação pelo TJ/RJ, momento em que houve a concessão da tutela, o Tribunal Arbitral já estava devidamente instituído.

A rigor, portanto, o Tribunal Estatal já era incompetente, de sorte que sequer deveria ter julgado o recurso.

Tendo em vista o acolhimento do deste item do especial, fica prejudicada a apreciação dos demais temas suscitados nas razões recursais.

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para anular os acórdãos prolatados pelo TJ/RJ e determinar a remessa do processo ao Juízo Arbitral, a quem competirá reapreciar a tutela cautelar.

Ressalvo que o efeito suspensivo conferido ao recurso de apelação assume caráter precário, estando sujeito a ratificação pelo juízo arbitral, sob pena de perder eficácia.