

BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NA ARBITRAGEM

Luiz Antonio Castro de Miranda Filho

Bacharel em Direito e Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Sócio no escritório Lilla Huck Otranto e Camargo Advogados.

RESUMO. Considerando o grande avanço da arbitragem ao longo dos últimos anos, diversas discussões surgiram no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, entre elas a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de evidência pelo Tribunal Arbitral. Diante disso, esse trabalho tem por escopo analisar o cabimento de tutela de urgência e de evidência na arbitragem.

PALAVRAS-CHAVES. Arbitragem - Tutela de Urgência - Tutela Cautelar - Tutela Antecipada - Tutela de Evidência - Novo Código de Processo Civil

ABSTRACT. Considering the advancement of arbitration over the past few years, several discussions took place in the Brazilian legal system, including the possibility of granting measures of urgency or evidence by the Court of Arbitration. Thereby, the goal of this study is to analyse the possibility of granting measures of urgency and evidence in arbitration.

KEYWORDS. Arbitration - Measures of urgency - Measures of evidence - New Brazilian Civil Procedure Code bill

SUMÁRIO: I – Introdução; II - Natureza jurídica da arbitragem; III - Das tutelas provisórias na legislação brasileira; IV - Das tutelas provisórias na arbitragem; V - Da tutela de urgência antecedente ao procedimento arbitral; VI - Da tutela de urgência incidental ao procedimento arbitral; VII - Da tutela de urgência antecipada no procedimento arbitral; VIII - Considerações finais.

I – INTRODUÇÃO

Inicialmente, é importante destacar que o Poder Judiciário brasileiro encontra-se assoberbado em razão do elevado volume de demandas, especialmente no que se refere à sobrecarga de recursos nos tribunais estaduais.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apenas em 2014, foram ajuizadas mais de 17 (dezesete) milhões de ações que, somadas aos processos pendentes e que não foram julgados naquele ano, leva ao assustador número de, aproximadamente, 47 (quarenta e sete) milhões de ações tramitando apenas em primeiro grau.¹

Os números, embora grandiosos, não seriam, por si só, alarmantes, não fosse o crescente descompasso entre as ações julgadas e as ajuizadas, ocasionando um “déficit de julgamentos”.

Com esse contingente de processos, a obtenção da tutela tornou-se demasiadamente lenta, não atendendo, como deveria, o propósito de “dar a cada um o que é seu”.

De fato, a justiça que não cumpre suas funções dentro de um tempo razoável não é justiça, pois se torna inacessível aos mais fracos, incapazes de suportar o aumento dos custos do processo que a demora acarreta.² A bem da verdade, a tutela jurisdicional intempestiva e ineficiente acaba gerando danos para as partes e insatisfação para o jurisdicionado, além de trazer mais descrédito para o Estado.

Nesse contexto, em razão da crescente reivindicação de acesso à justiça, faz-se necessário buscar meios alternativos de solução de conflitos, dentre eles a arbitragem.

¹ Cf. relatório interativo divulgado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, publicado em 15 de setembro de 2015 no site <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>.

² CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 20-21.

No Brasil, a arbitragem, embora prevista desde as primeiras ordenações, ganhou novo fôlego com a Lei 9.307/96, concebida, nas palavras do então Vice-Presidente da República, MARCO MACIEL, em “resposta aos anseios e lideranças de setores expressivos da sociedade, cada vez mais convencidos das grandes limitações do nosso sistema jurídico no tocante à arbitragem”.³

A esse respeito, o Ministro SIDNEI BENETI bem destaca que “a experiência mostra que o Estado não consegue oferecer órgãos jurisdicionais suficientes ao julgamento de todas as lides ocorrentes na sociedade. As formas de jurisdição convencional ressurgiram ancilares à jurisdição estatal, para evitar os inconvenientes desta, como a forçosa demora, o burocratismo, a publicidade incômoda, o custo imprevisível, o déficit de qualidade sob o peso das grandes massas”.⁴

De acordo com a referida lei, pode-se definir arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos escolhido pelas partes para discutir matéria de natureza patrimonial disponível (art. 1º), sendo que a sentença arbitral que vier a ser proferida produzirá, “entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” (cf. art. 31, da Lei 9.307/96).

Ao longo dos últimos anos, em especial após o julgamento do pedido de homologação de Sentença Estrangeira 5.260-7/Espanha, realizado pelo Supremo Tribunal Federal em 2001, em que foi reconhecida a constitucionalidade da Lei 9.307/96⁵, a arbitragem passou a ser cada vez mais adotada como um importante meio alternativo de solução de conflitos.

³ MACIEL, Marco. *Exposição de Motivos da Lei de Arbitragem*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 9, p. 316.

⁴ BENETI, Sidnei. *Arbitragem e tutelas de urgência*. Revista do Advogado, p. 101.

⁵ Confirmam-se os principais fundamentos constantes no acórdão proferido em sede de Homologação de Sentença Estrangeira: “Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de ‘guarda da Constituição’ - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte

Nessa linha, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, destacando as alternativas à atividade jurisdicional como nova tendência do direito processual, assevera que “A Lei de Arbitragem 9.307, de 23.09.1996, surgiu na esteira desta tendência e fornece, priorizando a autonomia de vontade das partes em sede de direitos disponíveis, meios e instrumentos processuais adequados para permitir a sua utilização de forma plena. Em regra, esta forma de resolução de conflitos não conta com a interferência do Estado-juiz, e somente se exerce nas hipóteses autorizadas pela lei de regência”.⁶

Ocorre que, ao mesmo tempo em que se tornou mais utilizada, diversas questões começaram a surgir, seja no que diz respeito à sua natureza, bem como quanto à possibilidade de concessão de tutelas provisórias pelos árbitros.

Especificamente, o presente estudo tem por objeto a análise da (im)possibilidade de concessão e a forma de execução de tutelas de urgência e de evidência na arbitragem.

Porém, antes de adentrar no objeto do presente estudo, é importante discorrer acerca da natureza da arbitragem, destacando as divergentes posições existentes atualmente.

II – NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31)” (STF, Tribunal Pleno, SE 5206, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.01).

⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, *in Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, RT, 2015, p. 63.

Desde o ressurgimento da arbitragem como instrumento alternativo de solução de conflitos, muito se questionou acerca de sua natureza jurídica e como a mesma deveria ser tratada pelos aplicadores do direito.

No entanto, para que se possa chegar a uma conclusão acerca da natureza jurídica da arbitragem, é importante destacar, primeiramente, quais são os poderes que a lei confere ao árbitro.

Quando se trata de jurisdição estatal, entende-se que o seu exercício é expressado por meio de duas atividades principais: cognição e execução pelo juiz.⁷

Nas palavras DE JOSÉ ANTONIO FICHTNER e ANDRÉ LUIS MONTEIRO, “o exercício da jurisdição no processo civil se expressa através do binômio cognição-execução, conforma lição da doutrina tradicional. A cognição e a execução, já dizia Piero Calamandrei, são os dois momentos da jurisdição”.⁸

A Lei 9.307/1996 prevê que o árbitro é “juiz de fato e de direito” (art. 18), conferindo a ele amplos poderes de cognição⁹, permitindo a tomada de depoimento das partes, a oitiva de testemunhas e a determinação de quaisquer provas que julgar necessárias (cf. art. 22).

Ocorre que a Lei de Arbitragem deixou de conceder ao árbitro o poder de *imperium*, ou seja, de execução, estabelecendo que, nas hipóteses em que houver “necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao

⁷ Não se ignora que há quem entenda que os elementos da jurisdição são compostos por “*notio, coercio, iudicium, imperium e executio*” (cf. De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Forense, 21ª ed., 2003, p. 466), ou mesmo em “*notio, vocatio, coertio, iudicium e executio*” (cf. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, São Paulo, Malheiros, 3ª ed., 2009; e Giuseppe Saredo, *Instituzioni di Procedura Civile*, vol. I, 3ª ed., Firenze: Giuseppe Pellas Editora, 1887, p. 198). No entanto, para o presente estudo, serão levados em consideração apenas a *cognitio* e o *imperium*.

⁸ FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís, *Temas de Arbitragem – Primeira Série*, Editora Renovar, 2010, p. 120.

⁹ Nas palavras de KAZUO WATANABE, “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *iudicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 66).

órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa” (cf. art. 22, § 4º).

CARLOS ALBERTO CARMONA assinala que o árbitro não possui o poder de execução, ou seja, de fazer prevalecer coercitivamente suas decisões. Para o referido autor, “em sede arbitral, porém, haverá natural problema operacional, pois o árbitro não fará desencadear as medidas de força eventualmente necessárias para o cumprimento do laudo, sendo imprescindível o concurso do Poder Judiciário. Assim, se o vencido não cumprir a determinação da sentença arbitral, o vencedor deverá propor demanda executiva (cumprimento de sentença), fazendo citar o executado”.¹⁰

Nessa mesma linha, SÉRGIO SHIMURA destaca que, “Conquanto exercente de poder jurisdicional, o árbitro fica privado de alguns poderes instrumentais ou coercitivos (exemplo: condução coercitiva de testemunhas, determinação de bloqueio de bens) (cf. art. 22, § 4.º, Lei 9.307/1996). Nestes casos, o árbitro – e não a parte – deve dirigir-se ao juiz togado para que tais medidas sejam concedidas”.¹¹

Para JOSÉ ANTONIO FICHTNER e ANDRÉ LUIS MONTEIRO, “os árbitros, apesar de exercerem poder jurisdicional, não ostentam a mesma gama de poderes que detém o juízo estatal no exercício do seu mister. (...) o árbitro detém o *ius cognitio*, mas não o *ius imperium*, esse sim de exclusividade do Estado, através do Poder Judiciário”.¹²

¹⁰CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 397. No mesmo sentido: “A convenção de arbitragem, que impede a tutela jurisdicional cognitiva por via judicial (art. 267, inc. VII...), não é impeditiva da execução forçada, porque os árbitros jamais podem ser investidos do poder de executar; existindo um título executivo extrajudicial, é lícito instaurar o processo executivo perante a Justiça estadual apesar da existência da convenção de arbitragem, porque do contrário a eficácia do título seria reduzida a nada” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, vol. IV, 2009, p. 83);

¹¹ SHIMURA, Sérgio. In *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier e outros (coord.). São Paulo: RT, 2015, p. 1327.

¹² FICHTNER, José Antônio e MONTEIRO, André Luiz. *Medidas Urgentes no processo arbitral brasileiro*, Revista Trimestral de Direito Civil, vo. 35, Rio de Janeiro: Padma, julho/setembro de 2008, p. 50). Esse também é o pensamento de JOSÉ CRETELLA NETO que, apesar de destacar que, “se a lei o equiparou ao juiz estatal para que possa julgar a questão de fundo (mérito), nada mais natural que o autorizasse, igualmente, a ordenar medidas cautelares, sempre temporárias, bem como medidas liminares, em qualquer etapa da arbitragem, sempre que julgar adequado, como quando entender que existe fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, conclui que, “quanto ao cumprimento, se as partes não o fizerem espontaneamente, recorrerá o árbitro ao Poder Judiciário, que ordenará a efetivação das medidas.” (*Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 138).

Essa posição, aliás, é corroborada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao entender que falece ao árbitro o poder de *imperium*, não obstante ser plenamente competente para processar e julgar pedidos cautelares:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. 1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*.” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.297.974/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.06.12).¹³

A propósito, considerando que o árbitro não possui o poder de *imperium*, há quem entenda que a natureza jurídica da arbitragem não seria jurisdicional, mas sim contratual.

Um dos defensores dessa posição é ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, para quem o Estado possui o monopólio da jurisdição, de sorte que, “pensar de outra forma, a meu ver, seria infringir o monopólio estatal da jurisdição, o que não me parece possível. Relembre-se agora o que já disse anteriormente: o Estado não possui o monopólio da Justiça, mas possui o da jurisdição”.¹⁴

¹³ Na mesma linha e mais recentemente, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em sede de execução de título extrajudicial consistente em confissão de dívida, reconheceu que, “mesmo em contrato que preveja a arbitragem, é possível a execução judicial de confissão de dívida certa, líquida e exigível que constitua título executivo nos termos do art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil, haja vista que o juízo arbitral é desprovido de poderes coercitivos.” (STJ, 3ª Turma, REsp 1373710/MG, j. 07.04.15). E ainda: STJ, 3ª T., REsp 944.917/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.09.08; TJSP, 31ª Câ. Dir. Priv., AI 0047019-51.2013.8.26.0000, rel. Des. Antonio Rigolin, j. 02.04.13; TJSP, 26ª Câ. Dir. Priv., Ap. 9056374-39.2007.8.26.0000, rel. Des. Mario A. Silveira, j. 01.06.11; TJSP, 28ª Câ. Dir. Priv., Ap. 0201626-86.2008.8.26.0100, rel. Des. Gilson Delgado Miranda, j. 28.05.13; TJSP, 31ª Câ. Dir. Priv., Ap. 0005939-65.2009.8.26.0318, rel. Des. Paulo Ayrosa, j. 22.05.12, entre outros.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., 2002, pp. 12.

Ademais, pondera o referido autor, ainda, que “não se faz presente na arbitragem a relação jurídica processual jurisdicional, qual seja, aquela que se estabelece entre as partes e o Estado-juiz. Não há, portanto, como se admitir a natureza jurisdicional da arbitragem, embora não se possa negar o múnus público exercido pelo árbitro, em sua atividade privada, de busca da pacificação social”.¹⁵

Na mesma linha, para o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, “nem se poderia, mediante lei ordinária, igualar ato privado com ato de jurisdição, já que isso importaria rompimento do monopólio da função jurisdicional, que pertence ao Estado por força da Constituição (art. 5º, XXXV)”.¹⁶

DANIEL MITIDIERO também afirma que a arbitragem não é jurisdição, pois a validade de suas decisões pode ser controlada pelo Poder Judiciário (“outra estrutura que não aquela que lhe deu origem”).¹⁷

Para LUIZ GUILHERME MARINONI, a arbitragem e a jurisdição não poderiam se confundir por alguns motivos: “(i) a escolha, pelas partes, da solução do conflito por arbitragem implica renúncia à jurisdição; (ii) o exercício da jurisdição pressupõe investidura por concurso público; (iii) a arbitragem não observa o princípio do juiz natural; (iv) o árbitro não tem aptidão para executar suas decisões”.¹⁸

Há, ainda, quem entende que a natureza jurídica seria contratual (híbrida), posição defendida pelo Ministro João Otávio Noronha, no julgamento do Recurso Especial n.º 606.345/RS.¹⁹

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. ob. cit., p. 15.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino, *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2003, 2ª ed., v. 8, p. 165.

¹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 88.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 147.

¹⁹ Segundo o Ministro, “Da definição do instituto, exsurge o caráter híbrido da convenção de arbitragem, na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.” (STJ, 2ª Turma, RESP 606.345/RS, rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. 17.05.07).

De outro lado, o entendimento majoritário na doutrina é no sentido de que a arbitragem possui natureza jurisdicional.

A esse respeito, vale destacar os ensinamentos de FREDIE DIDIER JR. que, rebatendo ponto a ponto o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni, assevera que a arbitragem possui natureza jurisdicional. Em resumo, destaca que “ao escolher a arbitragem, o jurisdicionado não renuncia à jurisdição; renuncia, isso sim, à jurisdição exercida pelo Estado”, de sorte que “a Jurisdição não é função exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, pois, p. ex., indubitavelmente há órgãos do Poder Legislativo que podem exercer funções jurisdicionais (ex.: quando Senado julga presidente por crimes de responsabilidade, cf. art. 52, I, CF)”. O autor ainda lembra, corretamente, “que nem todo magistrado investe-se na função jurisdicional por meio de concurso. Ministros de tribunais superiores são, por exemplo, nomeados pelo ente da República”.²⁰

Ainda segundo FREDIE DIDIER JR., ao contrário do entendimento de Marinoni, não haveria que se falar em violação ao princípio do juiz natural, na medida em que “a Lei de Arbitragem assegura um juiz imparcial (art. 21, §2º, Lei Federal 9.307/1996)”, devendo o árbitro “ser pessoa de confiança de ambas as partes, pré-definido por elas mesmas”. Finalmente, o fato de o árbitro não poder executar suas decisões não afasta a jurisdição, pois “a questão, aqui, é de incompetência e não de falta de jurisdição: a lei, ao permitir a arbitragem, investe-lhe em competência apenas para certificar direitos, não para efetivá-los”.²¹

Da mesma forma, NELSON NERY JÚNIOR ensina que, “com a celebração do compromisso, as partes não estão renunciando ao direito de ação nem ao juiz natural. Apenas estão transferindo, deslocando a jurisdição, que, de ordinário, é exercida por órgão estatal, para um destinatário privado”.²²

²⁰ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, Salvador: Jus Podivm, 16ª ed., 2014, p. 117/118.

²¹ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito...* ob. cit. p. 118.

²² NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 11ª ed., 2012, RT, p. 178.

Agasalhando o mesmo entendimento, no sentido de defender a natureza jurisdicional, bem como a ausência de qualquer violação ao princípio do juiz natural na arbitragem, EDUARDO ARRUDA ALVIM, RENNAN FARIA KRUGER THAMAY e DANIEL WILLIAN GRANADO assim concluem “que o juízo arbitral não apenas se compatibiliza perfeitamente com o princípio do amplo e irrestrito acesso ao Judiciário, como também se coaduna perfeitamente com o princípio do juiz natural”.²³

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR também assinala que, após a Lei 9.307/96, não há mais qualquer dúvida acerca da natureza jurisdicional da arbitragem, ao doutrinar que, “se, no regime anterior à Lei nº 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística”.²⁴

Em outras palavras, conforme ensina GILBERTO GIUSTI, “a equivalência de efeitos entre a sentença arbitral e a sentença judicial certamente arrefeceu, conquanto não tenha eliminado, por completo, o debate sobre a função jurisdicional do árbitro. Atualmente, tem prevalecido o entendimento de que a arbitragem é mesmo jurisdicional, tanto assim que a sentença proferida pelo árbitro, ou árbitros, ao cabo de regular procedimento, é tão eficaz quanto a sentença emanada do Poder Judiciário. Não há como negar o exercício da jurisdição por parte de quem profere decisão dessa natureza e eficácia”.²⁵

²³ ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; e GRANADO, Daniel Willian. *Processo Constitucional*, São Paulo: RT, 2014, p. 39. Eduardo Arruda Alvim ainda destaca que a arbitragem “*não se trata propriamente de um substitutivo da jurisdição, mas de uma espécie de jurisdição privada*” (ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 4ª ed., 2012, p. 65).

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 34ª ed., 2005, v. III, p. 330. No mesmo sentido: “O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...* ob. cit. pp. 26-27). E ainda: FIGUEIRA JR, Joel Dias. *Arbitragem Jurisdição e Execução*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 157; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá, p. 46, Apud, Donaldo Armelin, *Arbitragem, Antecipação dos efeitos da tutela. Ação de Instituição de arbitragem procedente. Eficácia Imediata. Embora pendente Apelação sem efeito suspensivo. Competência do tribunal arbitral para a concessão de antecipação dos efeitos da tutela*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 6, p. 217, jul/2005.

²⁵ GIUSTI, Gilberto. *O Árbitro e o Juiz: Da Função Jurisdicional do Árbitro e do Juiz*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 2, n. 05, jan./mar., 2005, p. 9.

Como se nota, a posição predominante²⁶, e a que nos afiliamos, é no sentido de que a arbitragem possui natureza jurisdicional. Não se pode esquecer que o legislador brasileiro conferiu à arbitragem os efeitos necessários para que fosse uma forma eficaz e efetiva de resolução de conflitos. A sentença arbitral produz os mesmos efeitos das sentenças do Poder Judiciário (cf. art. 31 da Lei de Arbitragem), além de fazer coisa julgada material e ser considerada título executivo judicial.

Uma vez demonstrada a natureza jurídica da arbitragem, cumpre analisar o cabimento de tutelas de urgência e de evidência na arbitragem.

III – DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Antes de se passar à análise do cabimento de tutela provisória na arbitragem, é importante mencionar, ainda que brevemente, as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil.

Pelo antigo sistema do Código de Processo Civil de 1973, havia duas espécies de tutela de urgência, conforme ensina o Ministro SIDNEI BENETI: (i) medidas cautelares (CPC, art. 796 e seguintes), que podem ser preparatórias e incidentais e (ii) antecipação da tutela (CPC, art. 273).²⁷

Acerca da diferenciação entre tutela cautelar e tutela antecipatória, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, assinala que “a expressão satisfatividade pode ter uma série de sentidos, dos quais três são os importantes: a) satisfatividade pode consistir na coincidência entre o provimento principal e o cautelar. Esta coincidência só pode haver no plano empírico, pois, juridicamente, a cautelar é sempre provisória (...) Existe ainda

²⁶ A jurisprudência pátria também não hesita em considerar que a arbitragem possui natureza jurisdicional: “PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA FRENTE A JUÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE ARROLAMENTO. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL. 1. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral. (...) circunstância que, aliada ao fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a prolação de decisões conflitantes. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribuna Arbitral.” (STJ, 2ª Seção, Conflito de Competência nº 111230/ DF, rel. Ministro Nancy Andrigli, j. 08.05.13).

²⁷ BENETI, Sidnei. *Arbitragem e tutelas...ob. cit.*, p. 101.

outro critério distintivo de que frequentemente tem lançado mão a doutrina. É o da providência urgente: com a tutela antecipada, há o adiantamento total ou parcial da providência final; com a tutela cautelar, concede-se uma providência destinada a conservar uma situação até o provimento final, e tal providência conservativa não coincide com aquela que será outorgada pelo provimento final. Nessa linha, medida tipicamente cautelar é aquela em que se concede providência consistente em pressuposto para a viabilização da eficácia da ação principal ou do provimento final, e não a própria eficácia”.²⁸

O Código de Processo Civil de 1973 já previa, ainda, a possibilidade de concessão de tutela antecipada, independentemente da urgência, (cf. art. 273, II e § 6º). Trata-se da chamada tutela de evidência, considerada uma espécie de antecipação de tutela diferenciada, em que não se exige a demonstração da urgência, ou seja, do *periculum in mora*.

De acordo com FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, “a evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção de tutela”.²⁹

LUIZ FUX, em sua obra “Tutela de segurança e tutela da evidência”, publicada em 1996, mas totalmente aplicada na atualidade, já ensinava que “o direito evidente é aquele considerado líquido e certo na sua essência e sob o prisma probatório, denotando-se indevido para a sua tutela o procedimento ordinário, ditado historicamente para os estados de incerteza jurídica”.³⁰

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), por sua vez, reformulou o sistema de tutela judicial fundada em cognição sumária, passando a

²⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 3, 4ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 31.

²⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, 10ª ed., Salvador: Juspodivm, 2015, p. 617.

³⁰FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 317.

dispor, no Livro V de sua Parte Geral, acerca da “Tutela Provisória”, desdobrando em três títulos (Disposições Gerais, Da Tutela de Urgência e Da Tutela de Evidência).

Trata-se de uma das grandes modificações introduzidas pelo novo Diploma processual. O Código de Processo Civil de 1973, vale lembrar, possuía regras disciplinando a tutela cautelar (arts. 796 e 812) e a tutela antecipada (art. 273), sendo considerado, por muitos, que a primeira se trataria de tutela provisória não satisfativa, sendo que a última seria satisfativa.

De outro lado, o novo Código de Processo Civil houve por bem mitigar a classificação entre tutela cautelar e tutela antecipada, passando a estabelecer que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência (cf. art. 294, *caput*, do NCPC), sendo que a tutela de urgência, por sua vez, subdivide-se em cautelar ou antecipada (cf. parágrafo único do art. 294), podendo ainda ser concedidas em caráter antecedente ou incidental.³¹

Como se nota, foi unificado, em um mesmo regime geral, a tutela antecipada e a tutela cautelar, estabelecendo, no “Título II – Da tutela de urgência”, em especial no art. 300, que “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

O título II, além de disposições gerais sobre a tutela da urgência, antecipada ou cautelar, subdivide-se em dois capítulos (tutela antecipada antecedente – arts. 303 e 304 e tutela cautelar antecedente – arts. 305 a 310).

Por sua vez, a tutela de evidência, prevista nos arts. 311 e seguintes, do Código de Processo Civil de 2015, dispensa a presença do *periculum in mora*, podendo ser concedida quando i) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório; ii) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas mediante prova documental e houver, ainda, tese firmada em julgamento de casos

³¹ “Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

repetitivos ou em súmula vinculante; iii) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; e iv) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, tendo o réu deixado de apresentar prova capaz de gerar dúvida razoável.

Analisando a nova estrutura do Código de Processo Civil de 2015, DANIEL MITIDIERO bem destaca as novas alterações:

“O novo Código não está organizado do ponto de vista estrutural como o Código Buzaid – no que agora interessa, não prevê um processo cautelar, isto é, um processo destinado a prestar tão somente tutela cautelar (ou, pelo menos, tutela tida como cautelar pelo legislador). No novo Código, o procedimento comum e os procedimentos diferenciados podem viabilizar tanto a prestação de tutela satisfativa como de tutela cautelar de maneira antecedente ou incidental (art. 294, parágrafo único). O processo civil visa à tutela dos direitos, que pode ser prestada por atividades de cognição e execução e mediante decisões provisórias e definitivas que podem ter lugar indistintamente em qualquer procedimento. Daí a razão pela qual se preferiu introduzir a técnica antecipatória – dita palidamente no Código ‘tutela provisória’ – na parte geral, relegando-se à história do processo civil a figura do processo cautelar. (...) O legislador agrupou sob o gênero tutelas provisórias tanto as tutelas satisfativas como as tutelas cautelares que podem ser prestadas mediante cognição sumária, isto é, fundadas em juízo de probabilidade (art. 300). A técnica antecipatória pode dar lugar a uma decisão provisória que satisfaça desde logo o direito da parte fundada na urgência ou na evidência. A tutela cautelar, porém, é sempre fundada na urgência (art. 301). O legislador buscou caracterizar a urgência que dá

lugar à tutela provisória no art. 300 e a evidência no art. 311”.³²

No presente artigo, será adotada a classificação introduzida pelo novo Código de Processo Civil acerca da tutela provisória, para verificar o seu cabimento na arbitragem.

IV – DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NA ARBITRAGEM

A questão referente ao cabimento de tutelas provisórias não é pacífica na arbitragem global, havendo inúmeros países que consideram a jurisdição arbitral como obrigatoriamente subordinada ao Poder Judiciário em matéria de tutelas de urgência, devendo tais medidas ser endereçadas diretamente aos juízes togados³³.

No que diz respeito ao Brasil, a Lei da Arbitragem estabelece, em seu art. 22, § 4º, a possibilidade de o árbitro solicitar medidas coercitivas ou cautelares ao Poder Judiciário.³⁴

No entanto, em razão da redação não muito clara, autorizando ao árbitro, em regra, apenas “solicitar” medidas coercitivas ou cautelares ao Poder Judiciário, o art. 22, § 4º, da Lei da Arbitragem suscitou uma série de dúvidas no que diz respeito à (im)possibilidade de concessão de tutelas provisórias pelos árbitros.

³² MITIDIERO, Daniel. *in Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, RT, 2015, p. 773-774.

³³ Como exemplos de países que restringem ao Poder Judiciário a apreciação de medidas urgentes: Argentina, no art. 753 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação, segundo o qual “Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución, deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral” (tradução livre: “Os árbitros não poderão decretar medidas compulsórias, nem de execução, deverão requerê-las ao juiz e este deverá prestar o auxílio de sua jurisdição para a mais rápida e eficaz condução do processo arbitral”); a Itália, no art. 818 do Código de Processo Civil Italiano (Título VIII – “Dell’arbitrato”), que estabelece “Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge” (tradução livre: “Os árbitros não podem conceder sequestro, nem outro provimento cautelar, salvo diversa disposição de lei”).

³⁴ “Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

(...)

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

Some-se a isso o fato de o árbitro não possuir o poder de execução (*imperium*), mas apenas o poder de conhecimento (*cognitio*), o que poderia levar ao entendimento de não ser possível a concessão de tutela provisória.

A esse respeito, logo após a promulgação da Lei de Arbitragem, PAULO FURTADO e UADI LAMÊGO BULOS se manifestaram de forma contrária à possibilidade de concessão de medidas urgentes pelo árbitro, devendo, quando fosse o caso, solicitar a sua concessão ao Poder Judiciário. Ou seja, para os autores, “em havendo necessidade da propositura de ação cautelar, é ao juiz de direito, perante a Justiça Comum, que se haverá de pedir a providência de assegurar a prova, ou bens, ou, ainda, para obstaculizar a ameaça de dano, iminente ou irreparável, ao interesse tutelado no processo principal”.³⁵

Embora o legislador tenha sido contido a respeito das tutelas provisórias na arbitragem, a doutrina majoritária corretamente concede uma interpretação extensiva ao referido art. 22, § 4º, permitindo a concessão de tutelas provisórias pelo árbitro, visto não ser necessário o poder de execução (*imperium*) para se decretar uma medida urgente ou de evidência, seja de natureza cautelar ou dita satisfativa.

De fato, uma vez concedida ao árbitro a incumbência de decidir o mérito do litígio, não há razão lógica para que este não possa conhecer e decretar medidas urgentes no curso do processo arbitral, que nada mais são do que questões incidentais, que nunca serão mais abrangentes que a lide principal a ser resolvida na sentença.

Nesse caso, é aplicável o velho ditado “quem pode o mais, pode o menos”, como bem destaca NILTON CÉSAR ANTUNES DA COSTA, ao asseverar que se adota, “para as tutelas de urgência o preceito de ordem lógica e prática: quem pode o mais, pode o menos, ou melhor, se o árbitro está autorizado por lei a realizar em profundidade a

³⁵ FURTADO, Paulo; BULOS, Lamêgo Uadi. *Lei da arbitragem comentada*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997, p. 93.

cognição exauriente também estará autorizado a realizar a cognição sumária, que diz respeito às tutelas de urgência”.³⁶

A propósito, defendendo essa mesma tese, JOSÉ ANTONIO FICHTNER e ANDRÉ LUÍS MONTEIRO também ressaltam que o poder jurisdicional do árbitro, exercido através da plena cognição da causa a ele submetida, permite a concessão de medidas urgentes, pois “o árbitro exerce seu poder jurisdicional através de plena cognição da causa, o que lhe permite a concessão de medidas urgentes. Basta o exercício da cognição para a decretação dessas medidas. Não há qualquer impedimento legal neste sentido. Muito ao contrário, pois, conforme leciona Pedro Batista Martins, ‘o sistema legal brasileiro não veda ao julgador privado a ordenação de medidas da espécie, apenas não confere a seu ato imposição legal’”.³⁷

Assim, demonstrado o cabimento de tutelas provisórias (em especial as de urgência) pelos árbitros, cabe diferenciar o momento de sua concessão, ou seja, se antecedente ao procedimento arbitral, ou se incidental a ele.

V – DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECEDENTE AO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Em regra, o pedido de tutela de urgência deve ser requerido diretamente ao Tribunal Arbitral.

No entanto, a arbitragem deve ser instituída mediante a observância de uma série de prazos e procedimentos preparatórios de escolha de árbitros previstos no

³⁶ COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro, de acordo com a Lei 9307/96*, Ed. RT, 2002, p. 108. Nesse mesmo sentido, confira-se a posição de PEDRO BATISTA MARTINS acerca do cabimento de tutela de urgência pelo árbitro: “Quando os compromitentes firmam o compromisso, derogando a jurisdição estatal, conferem ao árbitro a competência e o poder para resolver todas as questões atinentes à espécie, assumindo este o dever de zelar para que as partes não sejam prejudicadas nos seus direitos, o que inclui, obviamente, a competência para determinar medidas cautelares e coercitivas” (MARTINS, Pedro Batista. *Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro*. In Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira (Coord.). Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 363).

³⁷ FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís, *Temas de Arbitragem... ob. cit.*, p. 125.

regulamento das respectivas Câmaras Arbitrais. Assim, poderá levar algum tempo até que o Tribunal Arbitral esteja efetivamente instituído (art. 19, da Lei de Arbitragem³⁸).

Até que tais prazos e procedimentos sejam concluídos, e o Juízo Arbitral esteja em condições de tomar qualquer decisão, pode restar configurado à parte dano de difícil reparação consistente na impossibilidade de satisfação do provimento arbitral.

Em outras palavras, a parte requerente ficaria diante de um “vácuo” jurisdicional, que não pode ser admitido.

Em vista dessa situação, surge evidente a competência do Poder Judiciário para outorgar, com fundamento no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, tutela acautelatória que preserve o direito de satisfação da tutela a ser deferida em sede de arbitragem.

Por estes motivos, tem-se admitido, corretamente, a prorrogação ao Poder Judiciário, da competência do Tribunal Arbitral, podendo, em caráter precário, conceder medidas de urgência até a instituição do Tribunal Arbitral.

Com a autoridade de quem participou da elaboração do anteprojeto da Lei de Arbitragem, CARLOS ALBERTO CARMONA esclarece que, obviamente, “as regras de competência podem ser desprezadas se houver algum obstáculo que impeça a parte necessitada de tutela emergencial de ter acesso ao juízo originariamente competente, o que aconteceria na hipótese de a parte interessada não poder requerer a medida cautelar ao árbitro (como deveria) pelo simples fato de não ter sido ainda instituída a arbitragem (os árbitros ainda não aceitaram o encargo, art. 19 da Lei).”. Nessa hipótese, conclui o autor que se abre “à parte necessitada a via judicial, sem que fique prejudicada a arbitragem, apenas para que o juiz togado examine se é caso de conceder a medida cautelar”.³⁹

³⁸ “Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.”

³⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo... ob. cit.*, p. 327. No mesmo sentido: “Pode ocorrer que essa medida cautelar de urgência precise ser adotada na fase prévia da arbitragem, quando ainda não foi solicitada a instauração do processo, ou quando o tribunal arbitral ainda não esteja constituído. Neste caso, a parte interessada encaminhará solicitação diretamente ao juiz estatal, que

Da mesma forma, ensina J.E. CARREIRA ALVIM que “a doutrina tem admitido o recurso à justiça estatal quando ainda não instituída a arbitragem, dado o caráter urgente da medida, e porque, para a instituição do juízo arbitral são necessários vários passos, caminhos, assinaturas de documentos”.⁴⁰

Nessa situação, vale destacar que haverá uma atuação subsidiária pela jurisdição estatal, tendo em vista que apenas poderá atuar caso o árbitro esteja impedido de apreciar a tutela.

Essa é a mesma orientação pacífica da jurisprudência pátria, em especial a do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, “na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem” (3ª Turma, AgRg na MC 19226/MS, rel. Ministra Nancy Andriighi, j. 21.06.12).⁴¹

Aliás, vale destacar que eventual discussão acerca do cabimento de cautelar ao Poder Judiciário, antes de instituída a arbitragem, foi superada pelas recentes alterações na Lei de Arbitragem, sancionadas em 26 de maio de 2015 (Lei nº 13.129/15), em especial pela redação do art. 22-A, *caput*.⁴²

poderá apreciar a solicitação e o seu deferimento. Em seguida, notando que a lei determina a propositura da ação principal no prazo de trinta dias, deverá, em consequência, propor a demanda arbitral. A solicitação prévia da medida cautelar não representará renúncia à arbitragem nem é incompatível com ela” (ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de; *Manual de arbitragem*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, nº 2.7, p. 62).

⁴⁰ ALVIM, J.E. Carreira. *Direito arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 335.

⁴¹ Na mesma linha: “Com efeito, não há dúvida de que, a despeito da existência de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral, seja possível que a parte que acedeu à solução arbitral do litígio proponha junto ao Poder Judiciário medidas cautelares ou antecipatórias enquanto não instaurada a arbitragem, como corolário da garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição estatal” (TJSP, 1ª Câmara. Res. Dir. Empresarial, Ag. Inst. 2083200-80.2014.8.26.0000, rel. Des. Claudio Godoy, j. 03.02.15); e também: TJSP, 5ª Câmara. Dir. Priv., AgRg 2090496-22.2015.8.26.0000, rel. Des. Fábio Podestá, j. 11.09.15, TJSP, 2ª Câmara. Res. Dir. Empresarial, AI 2148288-65.2014.8.26.0000, rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 11.11.15, entre outros.

⁴² “Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.”

Ainda, pela redação do parágrafo único do art. 22-A⁴³, apreciado o cabimento da medida liminar pelo Poder Judiciário e efetivada a medida, caberá à parte requerente solicitar a instituição de arbitragem, no prazo de 30 dias, sob pena de cessão da eficácia da decisão, observado ainda o art. 309 do Novo Código de Processo Civil (antigo art. 806, CPC/73).

O cumprimento do referido parágrafo único ocorrerá com a comprovação pelo autor de que adotou todas as providências para a instauração da arbitragem, não sendo necessária que ela esteja efetivamente instituída durante o prazo de 30 dias.⁴⁴

Assim, o que se mostra necessário para preservar a eficácia da cautelar concedida pelo Poder Judiciário é a comprovação, pelo autor, de que já adotou todas as medidas necessárias para a instituição da arbitragem.

Ainda no que diz respeito à tutela de urgência antecedente ao procedimento arbitral, a Lei 13.129/15 estabelece, expressamente, no art. 22-B, sobre a possibilidade de os árbitros, uma vez instituída a arbitragem, “manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário”.

Com a devida vênia a entendimento contrário⁴⁵, esse dispositivo, corretamente, reflete o entendimento predominante na doutrina⁴⁶ e na jurisprudência⁴⁷ nos últimos

⁴³ “Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da efetivação da respectiva decisão”

⁴⁴ Nessa linha, assevera CARLOS ALBERTO CARMONA que “a prova a que está adstrito o autor, sob pena de cessação da eficácia da medida cautelar (art. 808, I, Código de Processo Civil) é no sentido de que tomou as providências tendentes à nomeação de árbitros (notificação à parte contrária na arbitragem *ad hoc*, notificação ao órgão arbitral institucional na arbitragem administrada), não sendo exigível que no trintídio demonstre o requerente que os árbitros aceitaram o encargo (ou seja, que a arbitragem está instituída)” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo... ob cit.*, p. 327). FRANCISCO JOSÉ CAHALI, por sua vez, considera suficiente até mesmo o encaminhamento de correspondência à parte contrária convocando-a a assinar o compromisso arbitral: “Para efeito do cumprimento do prazo de 30 dias para a propositura da ação principal, considera-se a iniciativa da parte em provocar o início da arbitragem, por quaisquer das formas possíveis. Ou seja, até mesmo o encaminhamento de correspondência convocando o adversário para assinar o compromisso (art. 6º da lei 9.307/96) é suficiente para atender a exigência legal. Em outros termos, tal como para se ter por interrompida a prescrição, deve a parte adotar as providências pertinentes à instauração do juízo arbitral, considerada a diversidade de situações possíveis de acordo com a convenção e o regulamento de arbitragem escolhido” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. RT, 2011, p. 230/231.

⁴⁵ LUIZ ROBERTO AYOUB considera que o árbitro não poderia revogar decisão liminar proferida pelo juízo estatal, de sorte que tal decisão apenas poderia ser revertida no momento da prolação de sentença arbitral.

anos, no sentido de que, tão logo esteja devidamente instituída a arbitragem, exsurge a jurisdição dos árbitros, cabendo a eles decidir sobre todas as questões processuais, inclusive revendo, ou mesmo revogando, a tutela de urgência anteriormente concedida.

VI – DA TUTELA DE URGÊNCIA INCIDENTAL AO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Como abordado acima, caso haja uma situação de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, as partes podem requerer ao Poder Judiciário a concessão de medida de urgência.

Segundo ele, “mesmo que a *posteriori* haja instituição do procedimento, este não tem o poder de desconstituir uma medida que fora concedida antes mesmo da nomeação do árbitro ou Tribunal, fruto do que a doutrina chama de compromisso em branco, só podendo mudar esta decisão se a sentença arbitral estipular o contrário” (AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: o acesso à Justiça e a efetividade do processo*. Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2005, pp. 80-85, Apud. José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro, *Temas de Arbitragem – Primeira Série – Medidas Urgentes no Processo Arbitral Brasileiro*, Ed. Renovar, 2010).

⁴⁶ Segundo LUIZ OLAVO BAPTISTA, “ao ser instaurado o procedimento arbitral, os árbitros podem revogar ou manter essa cautelar” (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*, São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 224). Também para CARLOS ALBERTO CARMONA, “diante de tal contingência, abre-se à parte necessitada a via judicial, sem que fique prejudicada a arbitragem, apenas para que o juiz togado examine se é caso de conceder a medida cautelar; concedida a medida, cessa a competência do juiz togado, cabendo aos árbitros, tão logo sejam investidos no cargo, manter, cassar ou modificar a medida concedida” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo... ob. cit.*, p. 327). No mesmo sentido: CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO e RAFAEL DE MOURA RANGEL NEY. *Revogação de Medida Liminar Judicial pelo Juízo Arbitral*, Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem - 04-06/2001; Fichtner e Monteiro, *Temas de Arbitragem – Primeira Série – Medidas Urgentes no Processo Arbitral Brasileiro*, Ed. Renovar, 2010, p. 143-144; Pedro Batista Martins, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 226 e 227, entre outros.

⁴⁷ A esse respeito, confirmam-se alguns julgados recentes: “Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.297.974/RJ, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 19/06/2012); e “2. Os efeitos de medida concedida em ação cautelar ficam mantidos até o trânsito em julgado da ação de instalação da arbitragem caso seja esta julgada improcedente. 3. Se procedente, os efeitos estendem-se até a derrogação da jurisdição estatal, operada com a efetiva instalação do procedimento arbitral e submissão do pleito a corte de arbitragem, competente para analisar a necessidade de manutenção, revogação ou alteração do provimento cautelar provisoriamente concedido. 4. Precedente específico do STJ.” (STJ, 3ª Turma., REsp 1325847/AP, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 05.03.15).

No entanto, uma vez instaurada a arbitragem, as medidas de urgência deverão ser requeridas diretamente ao árbitro, nos termos, agora expressos, da Lei de Arbitragem (art. 22-B, parágrafo único, da Lei 13.129/15)⁴⁸.

Esse dispositivo também encerra conflito que poderia haver entre o Poder Judiciário estatal e o Tribunal Arbitral acerca da competência para apreciar pedidos de urgência.

O Superior Tribunal de Justiça já vinha adotando esse entendimento, como se nota em recente julgado proferido pela Ministra Nancy Andrichi, em sede de Conflito de Competência, destacando o “fortalecimento da arbitragem” nos últimos anos:

“O indispensável fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96 torna indispensável que se preserve, na maior medida possível, a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito para as questões ligadas ao mérito da causa. Negar tal providência esvaziaria o conteúdo da Lei de Arbitragem permitindo que, simultaneamente, o mesmo direito seja apreciado, ainda que em cognição perfunctória, pelo juízo estatal e pelo juízo arbitral, muitas vezes com sérias possibilidade de interpretações conflitantes para os mesmos fatos. (...) Conheço do conflito e declaro a competência do Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá” (STJ, CC n.º 111.230, 2ª Seção, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 3.4.2014).⁴⁹

⁴⁸ “Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

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

⁴⁹ No mesmo sentido: “Contudo, a questão posta a desate nos autos vai além, exigindo que se defina se o juízo estatal é competente para prosseguir no processamento da medida cautelar depois que o Tribunal Arbitral é formalmente instituído. 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 justiça estatal, é razoável que os autos sejam

Assim, a partir da instauração da arbitragem, cabe exclusivamente aos árbitros conhecer e julgar qualquer aspecto decorrente de conflito instalado entre as partes.

No entanto, pode haver hipóteses nas quais os árbitros, por alguma razão, estejam impossibilitados de analisar pedido de tutela de urgência, ocorrendo, uma vez mais, um “vácuo jurisdicional”.

Nesse caso, também competirá ao Poder Judiciário, de forma subsidiária e precária, apreciar eventual medida de urgência, em observância ao já mencionado princípio da inafastabilidade do provimento jurisdicional pelo Estado, mesmo em momentos posteriores à efetiva instituição do procedimento arbitral.

Em outras palavras, a regra de que após a instauração, apenas os árbitros podem apreciar pedidos urgentes pode sofrer exceção, como adverte MARCOS GOMES DA COSTA, ao destacar que “a única exceção a essa regra é a hipótese de uma tutela de urgência que não poderia aguardar sequer um dia e não se faz possível a reunião do(s) árbitro(s) em tempo hábil, por motivos pessoais ou profissionais.”. Nesse caso, ensina o autor que, “diante da impossibilidade de o árbitro analisar a tutela de urgência, a parte está autorizada a se valer do Poder Judiciário para a sua apreciação, até mesmo para evitar o perecimento do direito da parte e para que não sejam violados princípios constitucionais básicos de acesso à justiça e de lesão ou ameaça a direito.”⁵⁰

Essa também é a posição que prevalece na jurisprudência pátria recente, como se vê no julgado proferida pela Ministra Nancy Andrighi, para quem, “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

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. (...) Na hipótese específica dos autos, o Juiz de primeiro grau de jurisdição indeferiu a 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 Estadual já era incompetente, de sorte que sequer deveria ter julgado o recurso.” (STJ, REsp n.º 1.297.974, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.6.2012).

⁵⁰ COSTA, Marcos Gomes. *Tutela de Urgência e Processo Arbitral*, 2013, p. 100/101, Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar”.⁵¹

VII – DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Nos itens acima, restou demonstrado que se tem admitido a concessão de tutela de urgência cautelar na arbitragem ou, em caráter precário e subsidiário, pelo Poder Judiciário, nas hipóteses em que o Tribunal Arbitral ainda não esteja instituído (antecedente) ou momentaneamente impedido de proferir alguma decisão (incidental).

No entanto, interessante questão que surge diz respeito à possibilidade de o árbitro conceder tutela de urgência antecipada (e não apenas cautelar) durante o processo arbitral (de forma incidental).

O art. 22, § 4º, da Lei de Arbitragem, como se abordou no presente estudo, refere-se apenas a “medidas coercitivas ou cautelares”, dando a - falsa - impressão de que não poderia ser concedida tutela antecipada.

A Lei 13.129/15, da mesma forma, deixou de fazer qualquer menção ao cabimento de tutela antecipada no procedimento arbitral, estabelecendo, nos arts. 22-A e 22-B, parágrafo único, apenas hipóteses de “medida cautelar ou de urgência”.

No entanto, grande parte da doutrina, com acerto, reconhece não haver qualquer óbice ao Tribunal Arbitral em conceder tutelas antecipadas na arbitragem, por se tratar de “técnica de potencialização de eficácia da tutela jurisdicional”, como se nota nas lições de CARLOS ALBERTO CARMONA:

“Não vejo obstáculo para que o árbitro também possa, instado pela parte interessada, antecipar tutela. Desnecessário lembrar que os limites e os requisitos para a

⁵¹ STJ, AgRg na MC 19.226/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andriahi, 3ª Turma, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012.

antecipação de tutela estarão sempre vinculados às regras processuais e procedimentais que o árbitro estiver empregando. Já se sabe que a utilização do sistema do Código de Processo Civil brasileiro nas arbitragens não é de rigor, podendo as partes convencionar que o árbitro utilizará lei processual estrangeira, procedimento especial criado pelas próprias partes ou procedimento escolhido pelo árbitro. (...) O que importa nestes comentários é frisar — ainda que à exaustão — que qualquer decisão relativa a eventual antecipação de tutela somente poderá ser tomada pelo árbitro, cabendo ao juiz togado, se for necessário, as providências para a execução do provimento”.⁵²

De fato, não faria sentido impedir ao árbitro que concedesse tutela antecipada se possui poderes para resolver o próprio mérito do litígio.

Nessa linha, interessante indagação é formulada por JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM: “se o árbitro dispõe de poderes para resolver o próprio mérito do litígio, nos quais foi investido por um ato de confiança das partes, por que não teria para conceder um simples provimento antecipatório, que não passa de antecipação dos efeitos da decisão de mérito?”.⁵³

JOEL DIAS FIGUEIRA JR., esclarecendo essa questão, assevera que “sendo o árbitro competente para o processo e o conhecimento da lide principal, estará investido também de jurisdição paraestatal e competência definida pelas partes para apreciar e decidir os pedidos incidentais de tutelas cautelar e antecipatória (genérica ou específica)”.⁵⁴

Interessantes ensinamentos constam na obra de DONALDO ARMELIN, que destaca, com brilhantismo, não haver razão em diferenciar, para efeitos de vedação,

⁵² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...* ob. cit., p. 329.

⁵³ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito Arbitral...* ob. cit., p. 336.

⁵⁴ FIGUEIRA Jr., Joel. *Arbitragem, jurisdição e...* ob. cit., pp. 220-226.

tutelas cautelares das antecipatórias, na medida em que, “embora o texto do § 4º do art. 22 da Lei 9.307/96 contemple apenas medidas coercitivas e cautelares, evidencia-se que o Legislador, *in casu*, cuidou do todo ao se reportar apenas às espécies”. Assim, concluiu que “o árbitro, tal como se impõe ao juiz togado, tem responsabilidade no sentido de assegurar o resultado útil da arbitragem, como decorre dos deveres que lhe são impostos pelo § 6º do art. 13 da Lei 9.307/9655, bem como pela autorização constante do § 4º do art. 22 desse mesmo diploma legal”.⁵⁶

Também SÉRGIO BERMUDES, lembrando que o árbitro não possui o poder de *imperium*, manifesta-se no sentido de que, “a lei, portanto, é peremptória ao proibir a execução de medidas coercitivas de força pelo tribunal arbitral; não, porém, a decretação delas. O juiz arbitral as decreta. O togado as executa mediante a solicitação daquele”.⁵⁷

Assim, com bem concluem JOSÉ ANTONIO FICHTNER e ANDRÉ LUIS MONTEIRO, “pensar o contrário seria limitar a atuação do árbitro dentro de uma perspectiva que não encontra fundamento no ordenamento brasileiro notadamente em uma quadra que prestigia sobremaneira a natureza instrumental do processo”.⁵⁸

Em síntese, pode-se afirmar que a Lei de Arbitragem, ao se referir às medidas coercitivas e cautelares, pretendeu conceder ao árbitro a possibilidade de determinar todas as medidas de urgência, seja cautelar ou antecipada.

De outro lado, é oportuno indagar se a possibilidade de concessão de tutela provisória (cautelar ou tutela antecipada) pelo árbitro permitiria sua extensão à tutela de evidência, introduzida expressamente pelo artigo 311, do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, àquela em que não há necessidade de se demonstrar a existência do *periculum in mora*.

⁵⁵ § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.

⁵⁶ ARMELIN, Dolando. *Jurisprudência comentada. Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 2, n. 6, jul/set. 2005, p. 217.

⁵⁷ BERMUDES, Sérgio. *Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral*, in “Reflexões sobre arbitragem – *in memoriam* do Des. Cláudio Vianna de Lima”, LTr. 2002, p. 279.

⁵⁸ FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. *Temas de Arbitragem...* ob cit., p. 134.

Essa questão mostra-se mais sensível, não havendo muitos doutrinadores que abordem, especificamente, a possibilidade de concessão de tutela de evidência, limitando-se, a grande maioria, à discussão acerca do cabimento de tutela antecipada ou cautelar.

Em primeiro lugar, vale mencionar que, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem, as partes poderão escolher as regras de direito que serão aplicadas no caso, desde que, obviamente, não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Nesse passo, caso as partes, expressamente, tenham previsto a possibilidade de concessão de tutela de evidências pelos árbitros, nada impede a sua concessão na arbitragem, não obstante a concessão de tutela cautelar ou antecipada ser a mais comum.

No entanto, caso as partes não tenham estabelecido expressamente a possibilidade de concessão de tutela de evidência, o simples fato de eventualmente terem optado pela aplicação do direito brasileiro ao caso não será suficiente para que os árbitros concedam tutela de evidência.

Essa circunstância foi abordada com maestria por EDUARDO TALAMINI, em recente artigo acerca do tema, tendo chamado a atenção para essa problemática, ao assim se manifestar: “Questão outra consiste em saber se os árbitros podem conceder, eles mesmos, tutela de evidência. A resposta positiva dependerá da existência de regras reguladoras do processo arbitral que os autorizem a tanto. A simples circunstância de se tratar de urna arbitragem interna (brasileira), por óbvio, não basta. Em princípio, não se aplicam ao processo arbitral as normas do processo judicial brasileiro. Mesmo quando as partes convencionam (ou se extrai do silêncio delas) que será observado, quanto ao processo arbitral, o direito brasileiro, isso não significa aplicar o ordenamento judicial pátrio, e sim as normas brasileiras de arbitragem. Para que se apliquem as regras do processo judicial, inclusive aquela que autoriza tutela antecipada fundada em evidência (i.e., sem perigo de dano), é preciso que as partes tenham convencionado que o processo

arbitral reger-se-á, no que couber, pelas normas do processo civil judicial - o que não é comum”.⁵⁹

Diante disso, conclui o referido autor que “a possibilidade de concessão de tutela da evidência no processo arbitral depende da incidência, por opção das partes, das normas do processo judicial ou, quando menos, da previsão de tal mecanismo no regramento específico definido pelas partes para o processo arbitral”.

Seja como for, como se sabe, para a concessão de tutela de evidência, exige-se a demonstração - quase certa - da existência de um direito material alegado pela parte.⁶⁰

Nesse passo, não se pode ignorar que, se tratando de matéria de direito, é possível o julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356, do CPC/15) ou a prolação de sentenças parciais pelos árbitros (art. 23, § 1º, da Lei 9.307/96), ao invés da simples concessão de tutela de evidência.

Nessa linha, como adverte OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “se o direito apresenta-se como uma realidade de indiscutível evidência, a resposta jurisdicional não deveria mais ser a tutela de simples segurança, e sim alguma forma de tutela definitiva e satisfativa.”.⁶¹

Interessante posicionamento também possui FRANCISCO JOSÉ CAHALI, aconselhando que melhor seria ao árbitro, sempre que possível, proferir sentença parcial de mérito. Confira-se:

⁵⁹ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e a tutela provisória no CPC/15*, in “Tutela Provisória”, coord. Eduardo José da Fonseca Costa e outros. São Paulo: Juspodivm, 2016, p. 186.

⁶⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito das liminares e a sua estrutura tópico-argumentativa*, in Tutelas de urgência e cautelares, coord. Donaldo Armelin, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 455. O autor ainda assevera que a tutela de evidência “é muito comum, por exemplo, nas demandas em que a petição inicial já conta com provas robustas, ou preconstituídas, dos fatos constitutivos do direito alegado pelo autor”.

⁶¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil – Volume III*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 60. No mesmo sentido, JORGE PINHEIRO CASTELO assevera que “falta tratar legislativamente melhor situações que para serem adequadamente tuteladas, como da ausência de contestação e do reconhecimento do direito, exigem não a técnica antecipada – na qual está ínsita a provisoriedade –, mas sim uma técnica estruturada de forma específica, que poderia ser denominada técnica da tutela imediata e definitiva.” (*Tutela Antecipada*, vol. I - Teoria Geral do Processo. São Paulo: LTr, 1999, p. 381).

“Por fim, nota-se que a polêmica a respeito da tutela antecipada quando já existente prova a respeito da alegação perde espaço diante da possibilidade, cada vez mais difundida, de se proferir sentença parcial. Ora, superado, aos poucos, o preconceito em relação à sentença parcial, julgando em definitivo a parcela do conflito pela prova exauriente produzida a respeito em momento anterior à instrução necessária às demais questões, objeto da arbitragem, melhor será o julgamento pleno, e não provisório das parcelas da controvérsia sobre as quais já se esgotou a instrução, permitindo a sua imediata, total e definitiva eficácia”.⁶²

Portanto, na hipótese de estar devidamente comprovado determinado fato pela parte, deverá o árbitro, sempre que possível, proferir sentenças parciais, nos termos expressos do art. 23, § 1º, da Lei de Arbitragem (com alterações introduzidas pela Lei 13.129/15) e na linha do que vem admitindo a jurisprudência pátria.⁶³

VIII – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente rapidez com a qual atualmente ocorrem os fatos da vida social e econômica obriga que haja maior celeridade na solução de eventuais conflitos deles surgidos. Tal necessidade, muitas vezes, torna inviável se socorrer ao Poder Judiciário, em especial o brasileiro, devido à notória morosidade decorrente do exagerado número de ações ajuizadas diariamente.

Conforme mencionado anteriormente, um Estado Democrático de Direito somente assim o é se possibilitar aos cidadãos uma Justiça também democrática,

⁶² CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem...* ob. cit., pp. 237/238.

⁶³ Nesse sentido: “Em se transportando a definição de sentença (ofertada pela Lei n. 11.232/2005) à Lei n. 9.307/96, é de se reconhecer, portanto, a absoluta admissão, no âmbito do procedimento arbitral, de se proferir sentença parcial, compreendida esta como o ato dos árbitros que, em definitivo (ou seja, finalizando a arbitragem na extensão do que restou decidido), resolve parte da causa, com fundamento na existência ou não do direito material alegado pelas partes ou na ausência dos pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional pleiteada” (STJ, 3ª T., REsp 1.519.041/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 01.09.15).

acessível, com todas as garantias da dignidade da pessoa humana e de um processo justo, que lhes ofereça decisões imparciais e legítimas.

Como forma de contribuir para a diminuição de ações ajuizadas no Poder Judiciário, surgiram ao longo do tempo algumas formas válidas de solução de conflitos, entre elas a mediação e a arbitragem.

No que diz respeito à arbitragem, nota-se uma grande evolução em sua aplicação no Brasil nos últimos anos, tendo surgido algumas importantes questões, muitas delas abordadas por renomados doutrinadores, bem como pela jurisprudência.

Dentre essas questões, encontra-se a possibilidade de concessão pelo árbitro de tutelas de urgência (cautelar e tutela antecipada) ou de evidência.

No presente artigo, procurou-se demonstrar que a posição que tem prevalecido, de forma correta, é a de ser plenamente cabível a concessão de tutelas de urgência pelo árbitro, seja cautelar ou tutela antecipada.

A tutela cautelar, quando ainda não instaurado o Procedimento Arbitral, deve ser requerida diretamente ao Poder Judiciário, de forma subsidiária e precária, como forma de se atender ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal).

Uma vez devidamente instaurada a arbitragem, caberá à parte, em casos de urgência, requerer tutela antecipada ou cautelar diretamente ao Tribunal Arbitral, que possui competência exclusiva para apreciar a questão.

Por fim, também foi abordado que, na hipótese de restar evidenciada parcela do direito pleiteado pela parte, e inexistindo qualquer óbice, deveria o árbitro, sempre que possível, proferir sentença parcial.

BIBLIOGRAFIA:

ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de. *Manual de arbitragem*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, nº 2.7.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Comentários à lei de arbitragem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 4ª ed., 2012, p. 65.

ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; e GRANADO, Daniel Willian. *Processo Constitucional*, São Paulo: RT, 2014.

ARMELIN, Donaldo. *Jurisprudência comentada*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, v. 2, n. 6, jul/set. 2005.

AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: o acesso à Justiça e a efetividade do processo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 80-85, Apud. José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro, *Temas de Arbitragem – Primeira Série – Medidas Urgentes no Processo Arbitral Brasileiro*, Ed. Renovar, 2010.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*, São Paulo: Lex Magister, 2011.

BENETI, Sidnei. *Arbitragem e tutelas de urgência*. Revista do Advogado, ano XXXVI, nº 87, São Paulo: AASP, set. 2006.

BERMUDES, Sérgio. *Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral*, in “Reflexões sobre arbitragem – *in memoriam* do Des. Cláudio Vianna de Lima”, LTr. 2002.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: RT, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo - Um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Árbitros e juízes: guerra ou paz?* in Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, in *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, São Paulo: RT, 2015, p. 63.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela Antecipada*, vol. I - Teoria Geral do Processo. São Paulo: LTr, 1999.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito das liminares e a sua estrutura tópicargumentativa*. In “Tutelas de urgência e cautelares”, coord. Donaldo Armelin, São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Marcos Gomes da. *Tutela de Urgência e Processo Arbitral*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro*. São Paulo: RT, 2002.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 16ª ed. Salvador: Jus Podivm, vol. 1, 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 10ª ed., Salvador: Juspodivm, v. 2, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, vol. IV, 2009.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís, *Temas de Arbitragem – Primeira Série*, Editora Renovar, 2010.

_____. *Medidas Urgentes no processo arbitral brasileiro*, Revista Trimestral de Direito Civil, vo. 35, Rio de Janeiro: Padma, julho/setembro de 2008.

FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi. *Lei da arbitragem comentada*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, São Paulo: Saraiva, 1996.

GIUSTI, Gilberto. *O Árbitro e o Juiz: Da Função Jurisdicional do Árbitro e do Juiz*. Revista Brasileira de Arbitragem, São Paulo, v. 2, n. 05, jan./mar., 2005.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira; NEY, Rafael de Moura Rangel. *Revogação de Medida Liminar Judicial pelo Juízo Arbitral*, Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem - 04-06/2001.

MACIEL, Marco. *Exposição de Motivos da Lei de Arbitragem*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 9.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC – críticas e propostas*. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2010.

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

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. In “Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil”, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, RT, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal - Processo Civil, Penal e Administrativo*, 11ª ed., São Paulo: RT, 2012.

SAREDO, Giuseppe, *Instituzioni di Procedura Civile*, vol. I, 3ª ed., Firenze: Giuseppe Pellas Editora, 1887.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Forense, 21ª ed., 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil – Volume III*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998.

SHIMURA, Sérgio. In “Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil”, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, RT, 2015.

TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e a tutela provisória no CPC/15*. In “Tutela Provisória”, coord. Eduardo José da Fonseca Costa e outros. São Paulo: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 34ª ed., 2005.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá, p. 46, Apud, Donaldo Armelin, *Arbitragem, Antecipação dos efeitos da tutela. Ação de Instituição de arbitragem procedente. Eficácia Imediata. Embora pendente Apelação sem efeito suspensivo. Competência do tribunal arbitral para a concessão de antecipação dos efeitos da tutela*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 6, p. 217, jul/2005.

_____. *Tutela judicial de urgência e a lide objeto de convenção de arbitragem*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 02, n. 07, jul./set., 2005.

WALD, Arnaldo. *Oito Anos de Jurisprudência Sobre Arbitragem*, in: *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 1, n. 3, setembro-dezembro, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 3, 4ª ed., São Paulo: RT, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, v. 8, 2003.

Sites:

<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>

www.stj.jus.br

www.tj.sp.gov.br