

3. Medidas de Urgência na Arbitragem

Interim measures and arbitration

(Autor)

PEDRO GUILHARDI

LL.M em Comparative and International Dispute Resolution pela Queen Mary, University of London. Mestrando em Direito Comercial pela PUC-SP. Advogado em São Paulo.

Sumário:

1 Introdução

2 Medidas pleiteadas perante o árbitro ou Tribunal Arbitral

2.1 Poderes do árbitro ou Tribunal Arbitral

2.1.1 Os Poderes outorgados pela Lei brasileira

2.1.2 Os poderes outorgados pelos regulamentos dos centros de arbitragem

2.2 Espécies de medidas

2.3 Requisitos para a concessão da medida

2.4 Alguns apontamentos sobre o procedimento

2.4.1 O Tribunal Arbitral deve ter jurisdição sobre a matéria de fundo

2.4.2 O pedido deve ser formulado por uma das partes?

2.4.3 A controvérsia a respeito das medidas sem a oitiva da parte adversa

2.4.4 O cumprimento da medida

3 Árbitro de emergência ou de apoio

4 Medidas pleiteadas perante o Poder Judiciário

4.1 Poderes do Poder Judiciário

4.2 Espécies

4.2.1 Tutela provisória de urgência

4.2.2 Tutela provisória de evidência incidente antecipada

5 Conclusão

Área do Direito: Processual

Resumo:

Pretende-se examinar neste artigo as diferentes instâncias - arbitral e judicial - em que podem ser pleiteadas medidas de urgência que se conectam a uma disputa arbitral existente ou futura. No âmbito de jurisdição dos árbitros, o artigo analisa, entre outras questões, a competência do Tribunal Arbitral para apreciação e concessão das medidas de urgência, os diversos tipos de medidas que podem ser pleiteadas, os requisitos para a concessão, assim como outras temas de cunho procedimental. O artigo também analisa o instituto do árbitro de emergência, sob o enfoque dos regulamentos das principais câmaras internacionais e nacionais que prevêm o mecanismo. Além disso, também é estudada a competência do Poder Judiciário para concessão de tutelas provisórias, de evidência e de urgência, introduzidas pelo novo Código de Processo Civil, em disputas que são originariamente de competência arbitral.

Abstract:

This article aims to analyze the two different instances - before the arbitral tribunal and before national courts - where provisional measures relating to existing or future arbitration proceedings can be requested. Within the arbitral tribunal's jurisdiction, this article analyses, among other issues, the competence of the arbitral tribunal to grant provisional measures, the several types of measures that can be requested by the parties, the requirements that must be fulfilled, as well as other procedural issues. This article also analyses the figure of the emergency arbitrator in light of the rules of arbitration of the main arbitration centers abroad and in Brazil. It will also discuss the competence of the judiciary to grant provisional measures, grounded on evidence and on urgency, as introduced by the New Brazilian Code of Civil Procedure of 2015, in disputes that are originally within the jurisdiction of an arbitral tribunal.

Palavra Chave: Arbitragem - Medida de urgência - Tutela Provisória - Poder Judiciário - Tribunal Arbitral - Jurisdição - Competência.

Keywords: Arbitration - Interim measures - Urgent measures - National Courts - Arbitral Tribunal - Jurisdiction - Competence

1. Introdução

O presente trabalho se ocupará de alguns temas que envolvem medidas de urgência na arbitragem. Para tanto, subdividiu-se o trabalho em três grandes partes, de onde partem as discussões a respeito do assunto.

Em primeiro lugar, serão tratadas as medidas de urgência pleiteadas perante o Tribunal Arbitral, em que (i) serão feitos apontamentos a respeito dos poderes outorgados aos árbitros para a concessão de medidas de urgência, (ii) se tratará das espécies de medidas, (iii) se falará dos requisitos para a sua concessão e, finalmente, (iv) serão lançadas algumas observações a respeito do procedimento para o processamento dos pleitos de urgência.

Em segundo lugar, o trabalho tratará da figura do árbitro de emergência ou de apoio, como uma opção disponível às partes que necessitam de medidas de urgências antes da constituição do Tribunal Arbitral, se assim previsto no regulamento de arbitragem aplicável.

Por último e em terceiro lugar, o trabalho discutirá as medidas de urgência em apoio à arbitragem perante o Poder Judiciário, tais como previstas pela Lei 13.105/2015 ("Código de Processo Civil"). Nessa parte, o trabalho tratará dos poderes do Poder Judiciário para a concessão de tutelas provisórias, além de apontar as espécies de tutelas provisórias disponíveis, fazendo-se comentários a respeito das tutelas de urgência e evidência. Nesse ponto, adianta-se que a análise é limitada aos aspectos estritamente necessários para se traçar uma correlação entre as medidas previstas pelo Código de Processo Civil e a arbitragem.

2. Medidas pleiteadas perante o árbitro ou Tribunal Arbitral

Via de regra, uma vez instituída a arbitragem, ¹ caberá ao Tribunal Arbitral apreciar e, se o caso, deferir medidas de urgência requeridas por uma das partes em disputa.

Assim que, sob o ponto de vista da fase procedimental, uma vez instituída a arbitragem, tal como reconhecido pelo art. 19 da Lei de Arbitragem, caberá ao Tribunal Arbitral apreciar medidas de urgências pleiteadas pelas partes sujeitas à cláusula arbitral.

No entanto, não basta que o momento procedimental seja adequado. É preciso que os árbitros tenham poderes para apreciar a medida de urgência. Passa-se em seguida, pois, a tratar dos poderes jurisdicionais dos árbitros para a apreciação das medidas de urgência.

2.1 Poderes do árbitro ou Tribunal Arbitral

Os poderes para determinar medidas de urgência eram vistos em diversas jurisdições como exclusivos do órgão estatal, ² mas ao longo do tempo houve uma alteração no entendimento, pelo que leis nacionais de diversos países passaram a conferir ao Tribunal Arbitral poderes para concessão de medidas de urgência.

Nesse sentido, frente a uma necessidade de medida de urgência, a primeira providência que se deve adotar é buscar as fontes que resguardam aos árbitros os poderes de apreciarem e concederem medidas de urgência, conforme explica Gary Born:

"The threshold question for a party seeking pre-award relief is whether the arbitral tribunal possesses the authority to order provisional measures. In general, that question requires consulting three sources: (a) any applicable international arbitration convention; (b) applicable national laws; and (c) the parties' arbitration agreement, including any relevant institutional rules. As detailed below, all of these sources show a continuing evolution, away from historic limits on, or prohibitions against, tribunal-ordered provisional measures and towards broad powers on the part of arbitrators to grant effective provisional relief". ³

No cenário arbitral brasileiro, pode-se desprezar, pela pouca utilidade prática, a investigação das convenções de arbitragem internacionais estipuladas em tratados internacionais.

Assim, deve-se buscar, em primeiro lugar, a autorização na lei nacional para encontrar os poderes do Tribunal Arbitral para apreciação de medidas de urgência.

Também não se pode desprezar, em segundo lugar, o acordo de vontade das partes, o qual é preciso seja avaliado. Deve-se perquirir se a convenção de arbitragem regula a questão. Nada dispondo a respeito, deve-se avaliar o regulamento de arbitragem aplicável para a busca de eventuais limitações aos poderes do Tribunal Arbitral.

Passa-se a discutir cada uma das fontes que outorgam aos árbitros poderes para concessão de medidas de urgência.

2.1.1. Os Poderes outorgados pela Lei brasileira

A legislação brasileira evoluiu. Antes do advento da Lei de Arbitragem, o Código de Processo Civil, Lei 5.869/1973 ("Código de Processo Civil de 1973"), art. 1.086, dispunha:

"Art. 1.086. O juízo arbitral pode tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e ordenar a realização de perícia. Mas lhe é defeso:

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

II - decretar medidas cautelares".

Apesar de defeso ao árbitro "decretar medidas cautelares", para Carlos Alberto Carmona a legislação de então visava proibir o cumprimento da medida cautelar pelo árbitro - e não a concessão da medida, verificados os requisitos legais. ⁴

Certo é que o art. ^{RTO} [1.086](#) do ^{RTO} [CPC/1973](#) foi revogado e, em seu lugar, a Lei de Arbitragem, anteriormente às alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015, assim dispunha a respeito do tema:

"Capítulo IV - do Procedimento Arbitral

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.

§ 4.º Ressalvado o disposto no § 2.º, 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".

Pode-se dizer que a redação do já revogado § 4.º do art. 22 da Lei de Arbitragem apenas tangenciou a questão, sem uma resposta claramente expressa.

Diz-se que apenas tangenciou a questão, em primeiro lugar, porque o tema era tratado no "Capítulo IV - do Procedimento Arbitral", em dispositivo que regulava, essencialmente, a produção de provas, com tomada de depoimento das partes, oitiva de testemunhas etc. - e não propriamente em capítulo acerca dos poderes dos árbitros para decretar medidas de urgência.

Em segundo lugar, o § 4.º do art. 22, já revogado, repita-se, não tratava diretamente dos poderes dos árbitros, mas apenas da autorização para solicitar medidas coercitivas ou cautelares ao órgão do Poder Judiciário competente.

O fato é que a doutrina ⁵ houve por bem interpretar adequadamente o dispositivo, em linha, inclusive, com a corrente internacional permissiva ao conceder poderes aos árbitros para decretar medidas de urgência.

A jurisprudência do STJ, notadamente julgado em que, entre outras questões, discutiu uma potencial violação ao art. 22, § 4.º, da Lei de Arbitragem, também adotou entendimento permissivo, pois veja-se:

"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". ⁶

A leitura conferida à comentada disposição legal ganhou força na medida em que também se passou a classificar a atividade acautelatória dos árbitros como intrínseca aos poderes jurisdicionais que são conferidos ao Tribunal Arbitral por meio da convenção de arbitragem.

Sob o ponto de vista doutrinário, os poderes intrínsecos do Tribunal Arbitral para concessão de medidas de urgência - desde que não expressamente vedados por acordo entre as partes em disputa - já não era novidade, nem na doutrina nacional ⁷ e ⁸ nem na internacional. ⁹

O próprio STJ reconheceu os poderes inerentes de os árbitros proferirem medidas de urgência com base na convenção de arbitragem:

"A competência do Tribunal Arbitral para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes

encontra-se pacificada na doutrina e na jurisprudência, visto que o poder é inerente ao compromisso arbitral, estando expressamente previsto no art. 22 da Lei 9.307/1996". ¹⁰

Por sua vez, dessa vez de maneira muito mais direita, a Lei de Arbitragem, com as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015, nada mais fez do que consolidou aquilo que já vinha sendo a prática predominante, ao estabelecer no art. 22-B, parágrafo único que:

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

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

Em resumo, a Lei de Arbitragem confere aos árbitros os poderes necessários e amplos o suficiente para decretarem medidas de urgência, cabendo, se o caso, às partes em disputa limitarem os poderes conferidos pela Lei de Arbitragem aos árbitros, quer seja via convenção de arbitragem, quer seja indiretamente pela escolha do regulamento de arbitragem.

2.1.2. Os poderes outorgados pelos regulamentos dos centros de arbitragem

Como visto, a Lei de Arbitragem deixa plenamente aberta a possibilidade de os árbitros ou Tribunal Arbitral proferirem medidas de urgência, cabendo às partes especificarem por meio da convenção de arbitragem ou indiretamente pelo regulamento de arbitragem aplicável o escopo de atuação do Tribunal Arbitral.

Usualmente, os regulamentos de arbitragem não esvaziarão a possibilidade de as partes se socorrerem do Tribunal Arbitral para pleitear medidas de urgência, mas apenas reforçarão aquilo que a lei já estabelece.

Veja-se, por exemplo, o que estabelece o Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado ("Regulamento CAM"):

"5. Medidas de urgência

(...)

5.2 Medidas de Urgência depois de constituído o Tribunal Arbitral.

Após a constituição do Tribunal Arbitral, as partes poderão a qualquer tempo, antes de proferida sentença arbitral, requerer a adoção de medidas conservatórias ou reparatórias a fim de preservar bens ou direitos".

Nota-se que medidas conservatórias ou reparatórias para o fim de preservar bens ou direitos é ampla para abarcar praticamente qualquer modalidade de medida de urgência.

Ainda mais claro se mostra o Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional ("Regulamento CCI"), o qual é amplo o suficiente para englobar todas as espécies de medidas de urgência.

"Art. 28.

Medidas cautelares e provisórias

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 arbitral considerar adequado."

Curioso é o art. 26(2) ¹¹ do Regulamento de Arbitragem da Comissão das Noções Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional (Uncitral) ("Regulamento Uncitral"), que não só prevê pleitos de urgência específicos que podem ser requisitados ao Tribunal Arbitral, mas deixa claro que tais medidas têm caráter meramente exemplificativos e são apresentados sem prejuízo de outras providências que possam se fazer necessárias. ¹²

Seguem também na mesma linha de outorga de amplos poderes ao Tribunal Arbitral, os seguintes regulamentos de Câmaras nacionais: (i) Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), ¹³ do Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM; ¹⁴ (ii) do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA); ¹⁵ (iii) da Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil - Camarb, ¹⁶ do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (Caesp) ¹⁷ e; (iv) da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Comissão das Sociedades de Advogados OAB/SP. ¹⁸

No âmbito internacional, também são amplos os poderes conferidos ao Tribunal Arbitral pelos seguintes regulamentos: (i) do Centro Internacional para Resolução de Disputas (ICDR); ¹⁹ (ii) do Centro Internacional de Arbitragem de Singapura (SIAC); ²⁰ (iii) do Regulamento de Arbitragem do *World Intellectual Property Organization* (WIPO); ²¹ (iv) do Regulamento de Arbitragem da *London Court of International Arbitration* (LCIA). ²²

Apesar de a maioria dos principais regulamentos, seguindo-se a tendência atual, ser abrangente o suficiente para permitir aos árbitros a concessão de medidas de urgência que entender adequadas, em paralelo com a Lei de Arbitragem é preciso que se avalie o regulamento de arbitragem aplicável para se certificar a respeito de eventual restrição nos poderes dos árbitros para concessão de medidas de urgência.

2.2 Espécies de medidas

Não há como tratar a tipologia das medidas que podem ser submetidas ao Tribunal Arbitral de maneira exaustiva, pois a complexidade e infinita gama de circunstâncias do caso concreto não permitem indicar, antecipadamente, todos os possíveis pleitos que podem ser submetidos em caráter de urgência.

É a explicação para que o art. 26(2) do Regulamento Uncitral, já citado, estabelecer a título meramente exemplificativo quatro possíveis situações em que o tribunal poderá conceder medidas de urgência, sem prejuízo de outras circunstâncias em que a medida seja necessária à parte lesada.

Tal situação também explica porque não há uma convergência entre diferentes autoes a respeito das espécies de medidas existentes.

De maneira geral, o que se pode afirmar é que as medidas de urgência visam a balancear uma situação de demora trazida ao procedimento para resguardo do contraditório e ampla defesa, elementos dos quais não se pode abrir mão. ²³

Também interessante a visão segundo a qual as medidas de urgência visam distribuir entre os litigantes os riscos pela demora na duração do procedimento. Veja-se:

"[I]nterim measures are 'intended to preserve a factual or legal situation so as to safeguard rights the recognition of which is sought from the court having jurisdiction as to the substance of the case.' The effect of such measures is to distribute the risk for the duration of the main action between the parties, shifting it from the party applying for the interim measures to the other party". ²⁴

Para parte da doutrina, as ordens específicas se dividiriam em medidas para: (i) se evitar prejuízos irreparáveis; (ii) preservação e produção de provas e; (iii) viabilizar a execução futura da sentença

arbitral. ²⁵ Faz-se referência também ao peculiar procedimento de *référé-provision*, ²⁶ com menção à sua utilização pelas Cortes da França e Holanda.

De outro lado, há quem divida as ordens em cinco tipos, a saber, medidas para: (i) preservação das provas; (ii) regular e estabilizar a relação das partes durante o procedimento; (iii) assegurar a execução da futura sentença arbitral; (iv) assegurar o reembolso pelos custos da arbitragem e; (v) determinar pagamentos preservando o fluxo de caixa e a sobrevivência da parte litigante, usualmente adotada em contratos de longa duração. ²⁷

A despeito das diferentes classificações, ²⁸ se entende que as medidas podem ser divididas pelo menos nos seguintes grupos maiores, os quais serão indicados seguir.

Em primeiro lugar tem-se as medidas que visam assegurar a execução futura da sentença arbitral.

Aqui pode-se citar, por exemplo, a constrição sobre um crédito, ordens visando a inalienabilidade ou congelamento de um determinado bem, determinação de abertura de conta-garantia para reserva de vencimentos litigiosos, entre outras.

Em segundo lugar, tem-se as medidas que visam assegurar a eficácia e o correto desenvolvimento do próprio procedimento arbitral, incluindo-se a produção das provas necessárias para o correto julgamento da disputa pelos árbitros.

É o caso, por exemplo, de medidas visando a conservação de uma prova, ou que pretendam antecipar a produção de uma prova em que há risco de perecimento da evidência ou que determinem a uma das partes em disputa que mantenha registro de todas as vendas ou operações realizadas na vigência do litígio, até que uma sentença arbitral que se utilize dessas informações seja proferida.

Em terceiro lugar, há as medidas que visam produzir efeitos sobre determinada relação jurídica, quer seja para manter o *status quo*, quer seja para modificá-lo, extingui-lo etc., tudo em caráter provisório.

Trata-se do típico caso das medidas que visam manter vigente uma relação contratual a que uma das partes pôs fim, notadamente se a reparação de danos não se mostrar o remédio mais adequado. Também pode-se citar medidas que inibam uma das partes em disputa de disponibilizar informações reputadas confidenciais, ordens que proíbam uma das partes de se utilizar de determinada patente que é litigiosa ou que vedem uma das partes de vender produtos licenciados etc.

Por fim, tem-se a antecipação do provimento final ou tutela antecipada arbitral. Trata-se da antecipação dos efeitos da decisão final de mérito, a qual não se confunde com a sentença arbitral parcial. A antecipação da tutela tem caráter provisório, podendo ser revista a qualquer tempo no transcorrer da disputa. A sentença parcial é definitiva no sentido de resolver aquela parte do litígio de maneira final.

Discute-se na doutrina a possibilidade de o Tribunal Arbitral proferir decisão que antecipe o provimento final pleiteado pela parte. Há quem defenda que a antecipação de tutela somente poderá ser adotada se houver expressa autorização das partes na convenção arbitral a respeito. ²⁹

Nesse sentido releva destacar que alguns regulamentos de arbitragem já expressamente autorizam ao Tribunal Arbitral determinar medidas antecipatórias de mérito. Confirma-se o Regulamento CAM-CCBC: ³⁰

"Art. 8. Medidas de Urgência

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".

Por outro lado, a doutrina majoritária ³¹ sustenta ser desnecessário encontrar no acordo das partes ou no

regulamento de arbitragem aplicável a autorização expressa para que medidas antecipatórias sejam deferidas.

Tal visão parece ser a mais adequada, pois para bem dirimir toda a disputa, que constitui a missão primordial dos árbitros, o Tribunal Arbitral poderá ter que enfrentar um pedido de antecipação do provimento final para salvaguarda do direito de uma das partes no procedimento.

O que chama a atenção, no entanto, é que o deferimento ou indeferimento da tutela antecipada não pode ser interpretado pelas partes como um prejulgamento do caso pelo árbitro ou Tribunal Arbitral, pelo que nessa medida os julgadores haverão de proceder com cautela na fundamentação de suas decisões. Esse ponto de relevo já foi objeto de discussão pela doutrina internacional:

"By contrast, the requirement of a good arguable case on the merits, which is considered in some laws to be a prerequisite for interim relief in support of court proceedings, has received mixed reactions. This is due to the fact that unlike court proceedings, where the judge granting interim relief will frequently be different from the judge dealing with the merits of the case, in arbitration the same tribunal will deal with both issues. To avoid any appearance of pre-judgment arbitrators are invariably reluctant to express their views on the merits before they have considered at least a significant amount of the evidence presented by the parties. For this reason the merits of the case rarely play any direct role in determining whether or not interim relief is granted". ³²

Sob tal pano de fundo, isto é, a fim de se evitar o prejulgamento, Lew Mistelis e Kröll relatam o caso *Behring International Inc. v. Iranian Air Force*, em que um provimento de antecipação do pedido final foi afastado pelo Tribunal Arbitral a fim de se evitar a satisfação preliminar dos pedidos reconventionais feitos pela requerida no procedimento. ³³

No mesmo sentido, Gary Born expõe a preocupação de Tribunais Arbitrais com o tema. ³⁴ O prejulgamento de uma matéria no início do procedimento pode gerar verdadeira aparência de parcialidade dos julgadores para a parte prejudicada.

Nesse sentido, impõe-se que o Tribunal Arbitral proceda com todas as cautelas necessárias ao avaliar e expor às partes as razões do deferimento ou indeferimento de determinada medida de urgência, quer seja antecipatória ou não, sob pena de a decisão ser interpretada como prejulgamento do caso. Tal fato pode submeter o procedimento arbitral a um risco de a parte que se sentiu lesada impor obstáculos ao bom andar do procedimento.

2.3 Requisitos para a concessão da medida

Os requisitos para a concessão da medida devem ser buscados em um primeiro momento no próprio regulamento de arbitragem aplicável, que é a lei procedimental escolhida pelas partes.

Embora alguns regulamentos de Câmaras arbitrais estrangeiras mencionem os requisitos para a concessão da medida pelo Tribunal Arbitral, na maioria das vezes, notadamente no Brasil, os regulamentos são silentes.

Não é o caso do Regulamento Uncitral, que em seu art. 26(3) prevê:

"3. The party requesting an interim measure under paragraphs 2(a) to (c) shall satisfy the arbitral tribunal that:

(a) Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and

(b) There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. The

determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination."

Nota-se do Regulamento Uncitral, ³⁵ que os requisitos para concessões de medidas de urgência podem ser divididos em dois: primeiro, um prejuízo que não possa ser reparado por meio de um remédio indenizatório, sendo certa a necessidade de se fazer um balanço entre o prejuízo enfrentado pela parte que pleiteia a medida e o dano a que se submeterá a parte contra quem a medida é pleiteada; segundo, a possibilidade razoável de que a parte que pleiteia a medida será vencedora no mérito, com o alerta de que essa determinação não vinculará o Tribunal Arbitral em deliberações futuras.

Na confrontação dos prejuízos a serem enfrentados por cada parte com a concessão da medida, importa notar que o árbitro, inclusive com regramento expresso por alguns regulamentos de arbitragem, poderá solicitar a prestação de garantias pela parte solicitante da medida.

A doutrina brasileira pouco discute os requisitos que devem ser preenchidos pela parte que pleiteia uma medida de urgência ao Tribunal Arbitral, o que parece ser verdade também no cenário internacional. ³⁶

O que se observa na maioria das vezes é a menção genérica aos já conhecidos *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, ³⁷ presentes no Código de Processo Civil, mas não automaticamente nem necessariamente aplicáveis a pleitos de urgência perante o Tribunal Arbitral.

É verdade que no juízo de valor a respeito dos requisitos para a concessão da medida, os árbitros poderão se socorrer sim de regras processuais previstas no Código de Processo Civil - o que não significa aplicação do Código de Processo Civil à arbitragem, mas de utilização de princípios e técnicas de qualquer processo a um instituto também eminentemente processual, qual seja, o procedimento arbitral.

De qualquer forma, conforme aponta Gary Born ³⁸, a melhor linha a seguir não adota um modelo pré-definido, embora refira-se em geral a três requisitos usualmente aplicados pelos Tribunais Arbitrais: (i) a demonstração de um prejuízo relevante ou irreparável, (ii) a urgência e, em alguns casos, (iii) um direito sustentável no mérito, ou *fumus boni iuris*, requisito esse que pode ser dispensado por alguns tribunais a fim de se evitar o pré-julgamento da disputa, como já tratado. Além disso, faz-se referência aos danos que estão em jogo para cada uma das partes e a espécie da medida, elementos que devem ser ponderados pelo Tribunal Arbitral no momento de decidir.

Assim que ausente nas regras procedimentais qualquer menção aos requisitos necessários para a concessão da medida, afasta-se da fórmula pronta e os árbitros deverão aplicar dentro dos parâmetros ora citados, aquilo que entenderem mais adequado ao caso concreto, levando-se em consideração a prática arbitral, a natureza da medida pretendida e da disputa, além das disposições do contrato. ³⁹

2.4 Alguns apontamentos sobre o procedimento

Uma vez vencida a demonstração dos poderes dos árbitros, das espécies de medidas que podem ser pleiteadas ao Tribunal Arbitral e, ainda, demonstrados os requisitos que devem ser preenchidos para a concessão da medida, serão feitos alguns apontamentos relativos ao procedimento para a submissão do pleito junto ao Tribunal Arbitral.

Referidas reflexões não esgotam o tema de procedimento nem pretendem dar uma resposta definitiva às questões postas, mas podem ser suscitados em se tratando de medidas de urgência no seio de um procedimento arbitral.

2.4.1. O Tribunal Arbitral deve ter jurisdição sobre a matéria de fundo

Parece claro e até intuitivo que o Tribunal Arbitral deve ter, em primeiro lugar, jurisdição sobre a matéria de fundo para que possa, somente então, proferir medidas de urgência ⁴⁰.

Por outro lado, conforme apontado, a existência de disputa a respeito da jurisdição do Tribunal Arbitral não afasta o seu poder de conceder medidas de urgência.

O que não se admitirá é que em nome da salvaguarda de direitos ou de um, por assim dizer, poder geral de cautela, o Tribunal Arbitral conceda uma medida de urgência ciente ou já tendo decidido a respeito da sua ausência de jurisdição a respeito do mérito da controvérsia.

Sabe-se, nesse sentido, ser possível ao Poder Judiciário, mesmo sabedor de sua incompetência para decidir a respeito do mérito, que profira decisão para salvaguardar direitos, em nome da efetividade da tutela jurisdicional e do poder geral de cautela, remetendo-se os autos ao juízo competente para que este ratifique, altere ou invalide a decisão liminar.

O mesmo não pode ser concebido pelo árbitro, cuja jurisdição é restrita e pautada na autonomia privada, pelo que não pode ser estendida, ainda que para salvaguarda de direitos reputados urgentes.

2.4.2. O pedido deve ser formulado por uma das partes?

Alguns regulamentos de arbitragem, notadamente nacionais, preveem expressamente que o Tribunal Arbitral, a seu exclusivo critério, pode determinar medidas de urgência. É o caso, por exemplo, do Regulamento CBMA, ⁴¹ CAMARB ⁴² e CAESP. ⁴³

A previsão expressa para que o tribunal possa, de ofício, proferir medidas urgentes se mostram exceção em relação a regulamentos de outras instituições arbitrais internacionais. ⁴⁴

Questiona-se se, ausente acordo expresso via regulamento ou convenção de arbitragem, poderia o Tribunal Arbitral ainda assim proferir medidas urgentes sem um pedido expresso de uma das partes sujeitas a arbitragem.

Parece que a resposta é positiva ⁴⁵ e a razão de os árbitros estarem autorizados a agir de ofício em ocasiões pontuais está fundada exatamente na investidura jurisdicional do árbitro.

Se, para decidir a disputa de maneira célere, eficaz e adequada, o árbitro precise determinar medidas de urgência, tal possibilidade é ínsita a sua atividade jurisdicional, de maneira que poderá determinar por sua própria iniciativa a medida que entender conveniente em relação a uma das partes, algumas ou a todas as partes que litigam.

Deve-se ressaltar, contudo, que tal proceder apenas deve ocorrer em situações excepcionais e nas hipóteses em que a determinação tenha por função precípua beneficiar o próprio procedimento arbitral, isto é, auxiliem o Tribunal Arbitral a melhor decidir a questão posta. Em outras palavras, não estão os árbitros autorizados a agir no lugar e em nome de uma das partes.

Por exemplo, não estariam em princípio os árbitros autorizados a de ofício determinar o bloqueio de determinado ativo de uma das partes para garantir a execução futura da sentença arbitral, eis que tal medida tem o fim precípua de apenas beneficiar uma das partes; por outro lado, estariam autorizados a proferir medidas de urgência relacionadas a produção de prova ou determinar que uma das partes mantivesse o registro de todas as operações comerciais que realizou durante o procedimento arbitral, se tal informação for necessária e auxiliar na prolação da sentença arbitral.

2.4.3. A controvérsia a respeito das medidas sem a oitiva da parte adversa

Em oportunidade anterior, em artigo em coautoria, apesar de enfoque distinto, já se debateu a respeito da controvérsia acerca possibilidade de o Tribunal Arbitral conceder medidas de urgência sem a oitiva da parte adversa.

O estudo a respeito do tema apontou que:

"A conclusão de respeitada doutrina é de que medidas liminares ex parte não devem fazer parte do procedimento arbitral. Embora, como ressalvado, a discussão tenha sido lançada no contexto de arbitragens internacionais, isto é, para o direito brasileiro, quando a sentença for proferida fora do território brasileiro, alguns comentários merecem ser feitos, ainda que à luz da arbitragem internacional. As justificativas apresentadas, e que apontam contra a possibilidade de concessão de medidas cautelares sem a oitiva da parte contrária, também se aplicam para arbitragens internas no Brasil.

Entre as razões que advogam contra a liminar deferida sem a oitiva da parte adversa, suscitadas por Hans Van Houtte no plano internacional, cite-se: (a) impossibilidade de se recorrer da decisão que defere a medida; (b) incompatibilidade com o consenso que constitui o cerne de existência da arbitragem; (c) incompatibilidade com os direitos de ampla defesa e contraditório; (d) dificuldades para a efetivação da medida; (e) risco de indevida apreciação antecipada do mérito da disputa; (f) exposição injustificada do árbitro indicado pela parte contra quem foi deferida a medida sem sua oitiva; (g) dificuldades de os árbitros imporem sanções profissionais-administrativas à parte que manipulou fatos e documentos que formaram o racional da concessão da medida; e (h) risco de responsabilização civil do árbitro que concedeu indevidamente a medida sem a oitiva da parte adversa". ⁴⁶

A existência da controvérsia, que se justifica, ⁴⁷ deve ser de conhecimento de árbitros, partes e advogados, eis que pode afetar o procedimento, incluindo-se a recomendação de que a parte submeta a medida ao conhecimento do Poder Judiciário - e não ao Tribunal Arbitral, ainda que este já esteja constituído, conforme apontado em estudo específico sobre o tema ⁴⁸ e conforme será resumidamente tratado mais adiante.

2.4.4. O cumprimento da medida

Os comentários a respeito do cumprimento da medida se restringirão a medidas concedidas em arbitragens com sede no Brasil e a serem executadas pelo Poder Judiciário dentro do território brasileiro.

Assim, os comentários que se farão não abrangem a discussão a respeito do cumprimento de decisões liminares proferidas por tribunais arbitrais em procedimentos arbitrais com sede distinta daquela onde se pretende a execução da medida. ⁴⁹

É princípio assente na arbitragem que os árbitros carecem do poder de execução, isto é, de forçadamente fazer cumprir determinada deliberação.

Podem, contudo, praticar atos que visem ao cumprimento espontâneo da obrigação, fixando, por exemplo, astreintes, sem que isso importe em extrapolação da jurisdição do árbitro. Veja o que diz Luis Olavo Baptista a respeito:

"Quando aplica multa com caráter de astreinte para levar uma parte a cumprir determinada providência ou adotar certa conduta determinada em ordem procedimental, o árbitro exerce plenamente sua jurisdição. É a recusa da parte multada em pagar a multa que levará o árbitro a exercer a faculdade de promover sua execução. Esse exemplo, ilustra, mas não esgota o elenco das medidas de natureza urgente que o árbitro pode tomar, e serve para exemplificar que nem todas as determinações dos árbitros estão despidas de dentes.

(...)

Já se mencionou, anteriormente, o exemplo da multa aplicada à parte que não cumpra determinada medida ordenada pelo Tribunal Arbitral. Nesse, o exercício do poder de império, que cabe ao Judiciário é postergado e exercido oportunamente pelo juiz. Com efeito, quando foi dada a sentença definitiva os árbitros manterão a multa aplicada, confirmando-a, mas a execução, isto é, o pagamento do valor correspondente, se não correr voluntariamente, será objeto da execução da sentença arbitral, em conjunto com as demais decisões". ⁵⁰

Se, apesar dos "dentes" do Tribunal Arbitral, conforme referido pelo autor, ainda assim houver necessidade de execução forçada de uma ordem de urgência proferida pelo Tribunal Arbitral, ⁵¹ pode a parte interessada se valer da Carta Arbitral, prevista na Lei de Arbitragem, para solicitar ao Poder Judiciário que dê cumprimento forçado à ordem determinada:

"Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro".

Por sua vez, o Código de Processo Civil, que trouxe ao mesmo patamar das Cartas de Ordem, Rogatórias e Precatórias, a Carta Arbitral, faz menção a prática de atos pelo Poder Judiciário, "inclusive os que importem efetivação de tutela provisórias" concedidas pelo Tribunal Arbitral. Confira-se:

"Art. 237. Será expedida carta:

(...)

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

Como se vê, a Carta Arbitral, trazida tanto pelas inovações à Lei de Arbitragem, como pelo Código de Processo Civil, é um grande facilitador da comunicação entre o Poder Judiciário e o Tribunal Arbitral.

3. Árbitro de emergência ou de apoio

Antes da constituição do Tribunal Arbitral, como será visto em seguida, a parte que necessitar de uma medida de urgência deverá requerê-la, em princípio, ao órgão do Poder Judiciário competente.

Em tal hipótese, as partes que consensualmente optaram pela via arbitral, deverão submeter-se ao Poder Judiciário, ainda que seja com o fim único de ver uma medida de urgência apreciada até que o Tribunal Arbitral esteja constituído.

Sem qualquer menosprezo à jurisdição estatal, tal escolha pode não agradar, eis que pelo menos parte da disputa deixará de contar com as vantagens da arbitragem, incluindo-se a possibilidade de um árbitro especializado avaliar e decidir a questão.

Assim, com a finalidade de se evitar que a disputa urgente seja submetida ao Poder Judiciário - já afastado pelas partes via convenção arbitral -, a parte que necessite de uma medida urgente poderá, desde que o regulamento de arbitragem aplicável assim preveja, submeter a disputa a um procedimento de emergência, usualmente denominado de árbitro de emergência. ⁵²

Grande parte dos regulamentos de arbitragem das instituições internacionais ⁵³ já contempla a possibilidade de as partes submeterem a disputa ao assim denominado árbitro de emergência, sem prejuízo, claro, de, caso assim optarem, submeterem o pleito urgente ao Poder Judiciário competente, eis que ainda não formado o Tribunal Arbitral. ⁵⁴

No Brasil, a maioria dos regulamentos das instituições não preveem a figura do árbitro de emergência. O Regulamento CAM, ⁵⁵ no entanto, disponibiliza o mecanismo mediante a nomeação de um árbitro de apoio. ⁵⁶

Em geral, formulado o pleito para instituição de um árbitro de apoio ou de emergência, as instituições arbitrais terão um prazo normalmente bastante exíguo, não ultrapassando três ou quatro dias para nomear um árbitro para decidir a questão urgente.

Usualmente os regulamentos de arbitragem fixam um prazo para que a decisão a respeito da medida de urgência seja proferida, podendo nesse intervalo o árbitro de emergência requerer a produção de submissões escritas, realizar audiência e determinar outras diligências necessárias para a deliberação.

A decisão proferida tem caráter provisório e, portanto, não vincula de qualquer forma o Tribunal Arbitral, pelo que poderá ser revista pelo Tribunal Arbitral, uma vez que esteja constituído.

O árbitro de emergência não poderá integrar o Tribunal Arbitral, nos termos do que dispõem os respectivos regulamentos. A missão do árbitro de emergência deve ser, portanto, única e exclusivamente voltada a decidir a questão urgente que lhe fora posta.

Trata-se de notável mecanismo, em crescente utilização, que mantém na seara arbitral, com todas as suas vantagens, a integralidade da resolução da disputa, ainda que não se tenha um Tribunal Arbitral instituído para resolução da questão.

4. Medidas pleiteadas perante o Poder Judiciário

Não instituído o Tribunal Arbitral e não tendo optado a parte pelo procedimento de árbitro de emergência (se disponível no regulamento aplicável), a regra é que a parte deverá se submeter ao Poder Judiciário para o pleito urgente.

Tal qual ocorre com medidas de urgência perante os árbitros, é necessário investigar as fontes dos poderes do Poder Judiciário para decretar medidas de urgência, eis que, ao acordarem via convenção de arbitragem pelo procedimento arbitral, as partes estão renunciando do Poder Judiciário para decidir a questão.

4.1 Poderes do Poder Judiciário

A Lei de Arbitragem, com as alterações introduzida pela Lei 13.129/2015, novamente consolidou aquilo que já vinha sendo a prática assente na doutrina e no Poder Judiciário. ⁵⁷ Estabelece claramente que:

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

Claro que, uma vez instituída a arbitragem, a questão deverá ser reavaliada pelo Tribunal Arbitral, que não está adstrito à decisão judicial anterior. O entendimento, que já existia, ⁵⁸ foi positivado pela Lei de Arbitragem:

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

A questão que se coloca, já debatida, ⁵⁹ aliás, é se após a instituição da arbitragem cessa em absoluto a possibilidade de o Poder Judiciário conhecer e conceder medidas de urgência. Vale lembrar a esse respeito que:

"Art. 22-B (...)

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

Apesar do texto legal, a conclusão a que se chegou ⁶⁰ é que em hipóteses excepcionais e observada a boa-fé, o Poder Judiciário pode ser o foro mais adequado para apreciação de medidas de urgência, mesmo depois de instituída a arbitragem, notadamente considerando: (i) a possibilidade de o Tribunal Arbitral estar indisponível; (ii) a possibilidade de as partes terem afastado do Tribunal Arbitral os poderes para a apreciação de medidas de urgência; (iii) as peculiaridades do procedimento arbitral e a extrema urgência

de que alguns pleitos estão revestidos e; (iv) a controvérsia a respeito da concessão das medidas de urgência pelo Tribunal Arbitral sem a oitiva da parte adversa, o que é amplamente aceito em pleitos perante o Poder Judiciário, mas bastante controvertido, como visto, na seara arbitral.

De qualquer forma, os poderes do Poder Judiciário estão bem delineados para apreciação de medidas de urgência antes da instituição da arbitragem. Para o momento posterior à instituição da arbitragem, tais poderes devem ser vistos como excepcionais, observada, repita-se, a autonomia privada, a boa-fé e a parcimônia.

4.2 Espécies

Ao contrário do que ocorre com medidas de urgência pleiteadas perante o Tribunal Arbitral, havendo necessidade de o pleito ser formulado perante o Poder Judiciário, é o Código de Processo Civil que regerá o procedimento a ser seguido.

Nesse sentido, é preciso encontrar no Código de Processo Civil as espécies de medidas disponíveis. E o novo Código dispõe, em resumo, das seguintes espécies, resumidas por meio de um quadro, bastante didático, extraído da obra de Francisco José Cahali: ⁶¹



As tutelas provisórias, portanto, são gênero, tratadas nos arts. 294 a 311 do Código de Processo Civil, consubstanciando "o nome da ação (do processo)", ⁶² sendo espécie "o pedido de medida (tutela) específica, com fundamento na urgência ou evidência". ⁶³

Alteração relevante diz respeito ao término da existência de dois processos - o cautelar e o principal. E nesse sentido, um primeiro ponto de relevo que merece adaptação às tutelas provisórias em auxílio à arbitragem.

Com efeito, o assim denominado pedido principal, isto é, da tutela definitiva será formulado dentro dos próprios autos, pelo que "o que se tinha de ação autônoma, independente, com começo, meio e fim próprios, antecedente ao processo principal, deixa de existir". ⁶⁴

É que para a hipótese da tutela de urgência antecipada, o Código estabelece que "o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação (...)" ⁶⁵ no prazo de quinze dias, ao passo que para as tutela de urgência cautelar, "o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar (...)". ⁶⁶

Por sua vez, o art. 22-A, parágrafo único, da Lei de Arbitragem estabelece que:

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

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

O que se discute é se a instituição da arbitragem servirá como aditamento, tal como previsto pelo Código de Processo Civil. A resposta é positiva e a compatibilização entre o modelo estabelecido pelo Código de Processo Civil e aquele previsto na Lei de Arbitragem já foi objeto de estudo:

"Para acomodação do novo modelo à realidade da arbitragem, deve-se da mesma forma que até então se fez, considerar cumprido qualquer dos prazos no exato momento em que a parte tomar iniciativa de iniciar a arbitragem, dependendo da casuística quanto à sua forma". ⁶⁷

Por sua vez, a tutela provisória de urgência antecedente seguirá perante o Poder Judiciário "não apenas até o implemento do prazo para a iniciativa da arbitragem, mas enquanto estiver pendente de formação o juízo arbitral, para, só quando instituída a arbitragem", ⁶⁸ ser a matéria de urgência remetida aos árbitros, que poderão rever a medida.

4.2.1. Tutela provisória de urgência

A tutela de urgência exige, nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil, a demonstração da "probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo".

A tutela de urgência, por sua vez, pode ser cautelar ou antecipada, sem distinção de requisitos para a concessão da medida, além de poderem ter caráter antecedente ou incidental.

Apesar da distinção entre o caráter cautelar e antecipado, a aplicação "a ambas [do] mesmo regime quanto a pressupostos e via processual de pleito e concessão (...) é positiva, seja sob o aspecto do rigor científico, seja pelas vantagens práticas". ⁶⁹

Em princípio, no entanto, apenas admitir-se-ia ao Poder Judiciário conceder tutelas provisórias cautelares, afastada a possibilidade de antecipar o provimento final pleiteado - matéria afeita à jurisdição dos árbitros. ⁷⁰

É de se anotar, no entanto, posicionamento diverso e alterado em razão da nova sistemática introduzida pelo Código de Processo Civil. Confira-se:

"Considerando que são em regra provisórias as medidas na forma apresentada (tutelas provisórias de urgência), sendo incisivo e fora de dúvida a sua incorporação pelo pedido definitivo, que se ausente leva à extinção do processo sem resolução do mérito, e, ainda, a impossibilidade de deferimento se irreversível a providência, quer nos parecer que será sim possível o deferimento de tutela de urgência antecipada antecedente (provisória e reversível)". ⁷¹

Outro ponto a se destacar: no que concerne à participação do Poder Judiciário em apoio à arbitragem, perde a importância a tutela provisória de urgência incidental, (a não ser na eventualidade de aplicação das exceções já discutidas no item 4.1 do presente trabalho), eis que pressupõe estar o Tribunal Arbitral constituído. Nesse caso, o pleito de urgência deverá ser submetido ao Tribunal Arbitral sem observância, portanto, das regras do Código de Processo Civil.

Por fim, o art. 304 do Código de Processo Civil prevê a estabilização da tutela antecipada deferida na tutela provisória de urgência antecedente, caso não interposto Agravo de Instrumento contra a decisão que concedeu a medida. ⁷² Em resumo, após a estabilização, deverá a parte interessada promover demanda visando rediscutir a tutela estabilizada, dentro do prazo de dois anos.

De um lado há quem sustente a inaplicabilidade da estabilização à tutela antecipada pré-arbitral, sob o fundamento, entre outros, de que: (i) a competência judicial pré-arbitral é precária, eis que provisória e temporária; (ii) a técnica da estabilização à tutela urgente pré-arbitral teria como resultado o aumento do número da carga do trabalho judicial, o que vai de encontro com a finalidade primordial da estabilização, incentivando o recurso. ⁷³

Por outro lado e, aqui, parece ser a solução mais adequada, a estabilização da tutela provisória antecipada aplica-se em procedimentos pré-arbitrais, devendo a parte interessada, no entanto, ajuizar a ação prevista no art. 304, § 2.º, do Código de Processo Civil perante o juízo arbitral, ⁷⁴ eis que é este quem detém jurisdição sobre a matéria de fundo da disputa.

4.2.2. Tutela provisória de evidência incidente antecipada

Já na tutela de evidência, dispensa-se a demonstração da urgência ou *periculum in mora*, nas hipóteses tratadas pelo art. 311 do Código de Processo Civil: ⁷⁵

A tutela provisória de evidência será sempre incidente e buscará a antecipação do resultado final almejado, isto é, tem objetivo semelhante ao que se denomina antecipação da tutela.

Por ser incidente, não se cogita de sua utilização perante o Poder Judiciário em apoio à arbitragem, eis que o procedimento arbitral já estará em desenvolvimento. Os próprios requisitos para a concessão da medida, trazidas pelo art. 311 do Código de Processo Civil, não condizem com a busca da medida em caráter antecedente.

Mas seria tal instituto previsto no Código de Processo Civil totalmente alheio ao procedimento arbitral? Trata-se de pergunta que a doutrina já se propôs a responder, isto é, "sem previsão legal, e afastada a incidência supletiva do Código de Processo Civil (anterior ou novo), mesmo assim admite-se o pedido de tutela de evidência (antecipada) incidentalmente na arbitragem?". ⁷⁶

Para Francisco José Cahali, ainda que não haja previsão dessa tutela na convenção arbitral, sua utilização na arbitragem se mostra possível. ⁷⁷

Eduardo Talamini, por outro lado, conclui 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". ⁷⁸

Entende-se que, embora não sejam automaticamente aplicáveis ao procedimento arbitral as regras previstas no Código de Processo Civil, como técnica processual não há empecilhos de se empregar a tutela de evidência na arbitragem. E tal providência independe da previsão expressa - contanto que não haja qualquer vedação na cláusula arbitral -, eis que tais poderes se encontram dentro da jurisdição do árbitro de resolver adequadamente e de maneira eficaz a disputa arbitral.

Em sentido contrário ao que exposto, no entanto, uma medida provisória antecipatória do mérito, sem respaldo na urgência, parece não ser, via de regra - ou seja, admite-se em hipóteses excepcionais - o emprego da melhor técnica de gerenciamento do procedimento arbitral.

Com efeito, sem respaldo na urgência, o mais adequado seria que o Tribunal Arbitral proferisse uma sentença parcial, conforme expressamente autorizado pelo art. 23, § 1.º, da Lei de Arbitragem, para resolver em definitivo a questão e abrindo, inclusive, a via da ação de que trata o art. 33 da Lei de Arbitragem ao prejudicado, se o caso for.

Uma decisão provisória que antecipa o provimento final pleiteado poderá trazer desequilíbrio ao procedimento arbitral, com possibilidade, por exemplo, de táticas protelatórias pela parte prejudicada, além de reabrir a discussão a respeito de um prejulgamento da questão pelo Tribunal Arbitral, o que, como já visto, é algo que Tribunais Arbitrais devem estar atentos para se evitar.

Em resumo, embora pareça possível ao Tribunal Arbitral que conceda tutelas pautadas na evidência, ainda que ausente autorização expressa pela convenção de arbitragem, por razões práticas o deferimento de tal medida deve ser realizado com muita parcimônia, apenas em caráter excepcional e caso inviável seja proferir uma sentença parcial, sob pena de trazer ao procedimento arbitral um grave ônus de

desequilíbrio no seu desenrolar.

5. Conclusão

As medidas de urgência em arbitragem se distinguem essencialmente em razão do momento em que a medida é pretendida.

Um vez instituído o Tribunal Arbitral, as partes submetem-se a todas as regras atinentes à arbitragem, incluindo-se no que se refere às espécies de medidas disponíveis, requisitos para concessão da medida e procedimento aplicável.

O mesmo se diz se, antes de instituído o Tribunal Arbitral, as partes se valerem dos procedimentos arbitrais de emergência, previstos hoje na maioria dos regulamentos de instituições internacionais, com socorro ao denominado árbitro de emergência.

Caso contrário, deverão as partes submeterem a questão urgente ao Poder Judiciário, hipótese em que as regras procedimentais, espécies de medidas disponíveis e requisitos, serão aqueles previstos no Código de Processo Civil.

De qualquer maneira, demonstrou-se que as disposições do Código de Processo Civil são compatíveis com a convenção de arbitragem e com a Lei de Arbitragem brasileira, tendo o novo Código de Processo Civil se adequado, na maioria de suas disposições, à prática arbitral brasileira.

Pesquisas do Editorial

- MEDIDAS DE URGÊNCIA NA ARBITRAGEM E O NOVO REGULAMENTO DO CAM-CCBC, de Francisco José Cahali - RArb 33/2012/271
- MEDIDAS URGENTES NA ARBITRAGEM BRASILEIRA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, de André Luís Monteiro - Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação 2/2014/1127
- ARBITRAGEM E A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, de Eduardo Talamini - RArb 46/2015/287