

Parceria Institucional Acadêmico-Científica entre Escola de
Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e Comitê
Brasileiro de Arbitragem.

2ª Fase da Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário”

MEDIDAS DE URGÊNCIA E COERCITIVAS

Coordenação:

Fabiano Robalinho

Octávio Fragata

Pesquisadores:

Ana Carolina Weber

André Gondinho

André Smilgin

Daniel Chacur de Miranda

Fabiano Robalinho

Katherine Spyrides

Marcos Diaz

Octávio Fragata

Soraya Nunes Medeiros

Lista dos Participantes:

Ana Carolina Weber

Sócia do Escritório CarvalhosaeEizirik Advogados. Mestre em Direito Internacional pela UERJ. Visiting Researcher na Georgetown University. Professora Contratada da Faculdade de Direito da UERJ. Autora de livros e artigos.

André Gondinho

Sócio do escritório Doria, Jacobina, Rosado e Gondinho Advogados Associados. Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor do Instituto Brasileiro de Mercados de Capital – IBMEC. Professor de Direito Civil e de Direito do Consumidor na Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor Convidado do Instituto Brasileiro do Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBP e do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito da Energia – IBDE.

André Smilgin

Sócio do escritório Pinto de Miranda, Smilgin, Teixeira Advogados. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBar e da Comissão de Arbitragem do Comitê Brasileiro da Câmara de Comércio Internacional (CCI). Professor da Pós-Graduação em Arbitragem da Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ.

Daniel Chacur de Miranda

Advogado do escritório Sergio Bermudes Advogados. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar), da Comissão de Arbitragem do Comitê Brasileiro da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial (IBRADEMP).

Fabiano Robalinho

Sócio do escritório Sergio Bermudes Advogados. Professor de Arbitragem e Mediação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – RJ. Mestre em direito pela Harvard Law School.

Katherine Spyrides

Advogada do escritório Trench, Rossi e Watanabe Advogados. Mestre em Direito Privado Geral pela Université de Paris X. Coordenadora da Pós-Graduação em Arbitragem da Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ. Admitida na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Rio de Janeiro e na Ordem dos Advogados de Paris.

Marcos Diaz

Advogado do Escritório Basilio Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes. Pós-graduando em direito processual civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Octávio Fragata

Advogado do escritório Barbosa, Müssnich & Aragão. Mestre em Direito Internacional e Econômico pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Soraya Nunes Medeiros

Sócia do Escritório Medeiros & Nunes Advogados Associados. Presidente do INAMA - Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem, Seccional de Pernambuco.

I. INTRODUÇÃO

Recém promulgada a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 (“Lei de Arbitragem”) e vencida a argüição de inconstitucionalidade de alguns dos seus dispositivos no Supremo Tribunal Federal, houve grande desconfiança, por parte daqueles que atuavam no mercado, incluindo advogados, juízes e partes, a respeito da eficácia do instituto da arbitragem no Brasil.

Muito embora existisse previsão legal desde as Ordenações do Reino, o instituto permaneceu em letargia por muitas décadas, devido sobretudo à ausência de executoriedade da cláusula compromissória. A ausência de execução específica da cláusula compromissória extraía da arbitragem a compulsoriedade necessária para a sua efetiva implementação. As poucas arbitragens realizadas no Brasil decorriam ou do cumprimento espontâneo da cláusula compromissória ou da celebração de compromisso arbitral.

A principal alteração da Lei de Arbitragem, portanto, foi a criação de um mecanismo que permitisse a execução específica da cláusula compromissória, mediante ação judicial do art. 7º.¹ Além da referida ação, a Lei de Arbitragem igualmente previu a participação do Poder Judiciário na condução de uma testemunha faltosa (art. 22, §2º) aos árbitros como sinal da ampla eficácia da jurisdição arbitral, bem como admitiu que os árbitros concedessem medidas coercitivas ou cautelares e solicitassem ao Poder Judiciário a sua implementação.

¹ De fato, o desenvolvimento da arbitragem no Brasil se deveu à inclusão deste artigo, que ocasionou o debate e posterior mudança de posição do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da SEC 5206, passou a admitir a execução específica da cláusula compromissória. Ver, a esse respeito, os Professores Arnoldo Wald e Theophilo de Azeredo Santos (respectivamente, *Dez Anos da Lei de Arbitragem, in Arbitragem no Brasil – Aspectos Jurídicos Relevantes*, Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado (orgs.), São Paulo, Quartier Latin, 2008, p.21/23; e *Dez Anos da Lei de Arbitragem, Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 4, n.12, jan-mar 2007, São Paulo, RT, p.18 *et seq.*).

Percebe-se, daí, que a eficiência da arbitragem, muito embora não seja refém, depende, essencialmente, (i) da exequoriedade da convenção de arbitragem (respeitando a autonomia da vontade das partes) e (ii) da cooperação do Judiciário, seja assistindo ao tribunal arbitral ou assegurando a exequoriedade da sentença arbitral.

De fato, a existência de um eficiente e confiável Poder Judiciário é uma condição necessária para o bom andamento do procedimento arbitral. Ainda que seja um mecanismo eficaz de resolução de controvérsias, a arbitragem não pode ser vista como um sucedâneo do processo judicial. Ambos devem se complementar e não concorrer. No exercício desse papel, o Poder Judiciário deve atentar a dois aspectos naturais do procedimento arbitral, quais sejam, sua origem contratual (a intervenção judicial deve ser no sentido de assegurar a vontade das partes) e sua característica jurisdicional (que autoriza os árbitros a decidir o mérito da controvérsia, não cabendo ao judiciário revê-lo).

Por isso, torna-se de extrema importância para a prática da arbitragem e do próprio futuro do instituto realizar uma pesquisa empírica a respeito do tratamento adotado pelo Poder Judiciário quando provocado a analisar questão relativa à arbitragem. Tal é o objetivo da presente parceria entre a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV) e o Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr).

Realizado o levantamento das decisões do Poder Judiciário entre a edição da Lei de Arbitragem até dezembro de 2007, foram criados seis grupos temáticos, cujos objetos permitem avaliar a efetividade do instituto no Brasil. São eles:

- Validade, eficácia e existência da convenção de arbitragem;
- Execução específica da convenção de arbitragem – a ação do art. 7º;
- Medidas de urgência e medidas coercitivas;
- Invalidade da sentença arbitral;
- Execução e cumprimento da sentença arbitral; e
- Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

Levantadas as decisões do Poder Judiciário, a alocação das 790 decisões se deu da seguinte forma: 54% tratam de questões relativas à validade, eficácia e existência da convenção arbitral; 15% de invalidade de sentença; 9% de tutelas de urgência; 7% de ações do art. 7º da Lei de Arbitragem; 6% de execução de sentença arbitral; 3% de homologação de sentença arbitral estrangeira; e 6% de outros casos (categoria residual de casos que não se enquadravam nas classificações temáticas anteriores).

a. Medidas de Urgência e Cautelares

Corolário dos arts. 267, VII, do Código de Processo Civil e 4º da Lei de Arbitragem está a conclusão de que o juiz estatal é, em tese, incompetente para julgar uma controvérsia entre duas partes de um contrato que concordaram em submetê-lo à arbitragem.

Muito embora tal regra sirva para afastar a apreciação do mérito pelo Poder Judiciário em relação àquela disputa específica, como vimos, ela não exclui totalmente a intervenção do juiz no domínio da cláusula compromissória, principalmente quando a sua atuação é necessária para a própria instauração da arbitragem.

Esse é o caso da ação do art. 7º, que, diante da *existência* de uma convenção de arbitragem – desde que não se possa interpretá-la como cláusula “cheia” – e da relutância da parte contrária em instituir a arbitragem, o interessado poderá recorrer ao Poder Judiciário para compelir a outra parte a celebrar o compromisso. É importante frisar que a ação do art. 7º é regra de exceção, invocada apenas para regular a instituição da arbitragem fundada em “cláusula vazia” ou em “cláusula patológica”.²

Sem embargo, a cooperação entre o Poder Judiciário e a arbitragem não se resume aos casos previstos na Lei de Arbitragem ou para suprir, eventualmente, uma manifestação

² Como ensina José Emílio Nunes Pinto, “*esse dispositivo [do art. 7º] foi criado para regular situações excepcionais ou anômalas, sendo dever dos operadores do direito zelar para que a incidência de cláusulas dessa natureza seja cada vez menor.*”, publicado sob o título “A Cláusula Compromissória à Luz o Código Civil” in Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação, Ano 2 – n.º 4, janeiro-março de 2005, págs. 34/47.

de vontade de uma parte recalcitrante (no caso da cláusula vazia). Ela entra em ação, também, nos momentos em que seja impossível a atuação do árbitro.

Um desses casos é o da tutela jurisdicional relacionada às medidas de urgência pré-arbitral ou ao poder de coerção das medidas determinada pelos árbitros, característica ausente da jurisdição dos árbitros.

No que diz respeito às medidas de urgência, pré-arbitrais, a Lei de Arbitragem é omissa, regulando apenas a análise cautelar pelos próprios árbitros:

“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.”

No particular, destaque-se que a maioria dos Regulamentos de Arbitragem, tanto de instituições brasileiras como estrangeiras, prevê a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, antes de constituído o tribunal arbitral. A título de exemplo, veja-se, o Regulamento do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (“CBMA”):

“11. Medidas Cautelares, Coercitivas ou Antecipatórias

11.1 Por solicitação das partes, ou a seu exclusivo critério, o Tribunal poderá determinar medidas cautelares, coercitivas ou antecipatórias.

11.2 Havendo urgência, e ainda não instalado o Tribunal, as partes poderão requerer medidas cautelares ou coercitivas à autoridade judicial competente. Nesse caso, a parte deverá, imediatamente, dar ciência do pedido ao Centro.

11.3 A medida ordenada pelo Tribunal deverá ser acatada pela parte. Caso contrário, referida medida deverá ser executada pelo órgão do Poder Judiciário competente, para que atinja todos os fins de direito almejados e protegidos.”

No exterior, destaca-se o Regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), da *London Court of International Arbitration* (“LCIA”) ou, do *International Center for Dispute Resolution da American Arbitration Association* (“AAA”), que, a *contrario sensu*, entende que a medida de urgência judicial não será considerada incompatível com a arbitragem:

“Regulamento da CCI

Artigo 23 Medidas cautelares e provisórias

As partes poderão, antes da remessa dos autos ao Tribunal Arbitral e posteriormente, em circunstâncias apropriadas, requerer a qualquer autoridade judicial competente que ordene as medidas cautelares ou provisórias pertinentes. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um Tribunal Arbitral, não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerá a competência do Tribunal Arbitral a este título. Quaisquer pedidos ou medidas implementadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria, devendo esta informar o Tribunal Arbitral.”

“Regulamento de Arbitragem da LCIA

Artigo 25 Medidas Interinas e de Preservação

25.3

Os poderes do Tribunal de Arbitragem sob o Artigo 25.1 não prejudicarão de maneira alguma o direito de qualquer uma das partes de solicitar, ante qualquer tribunal nacional ou outra autoridade judicial, medidas interinas ou de preservação antes - e, em casos excepcionais, depois - da formação do Tribunal de Arbitragem. Qualquer solicitação feita e qualquer ordem emitida referente a tais medidas, após a formação do Tribunal de Arbitragem, deverão ser prontamente comunicadas pelo solicitante ao Tribunal de Arbitragem e a todas as demais partes. Presume-se entretanto que, ao concordar com a arbitragem sob este Regulamento, as partes tenham renunciado a solicitar ante qualquer tribunal nacional ou outra autoridade judicial qualquer ordem de fornecimento de garantia para suas custas judiciais e outros custos que

possam obter do Tribunal de Arbitragem sob o Artigo 25.2.”

“Regulamento da ICDR

Medidas Cautelares de Proteção

Artigo 21

(...)

3. A solicitação de medidas cautelares endereçada por uma parte à autoridade judicial estatal não será considerada incompatível com a convenção de arbitragem ou renúncia ao direito de submeter a disputa à arbitragem.”

Além disso, a doutrina brasileira é uníssona no sentido de permitir o acesso ao Judiciário para questões que surgirem durante a fase pré-arbitral e arbitral:

“Destarte, cabe sempre ao árbitro, e somente a este, a avaliação da necessidade da cautela requerida e, se justificável, o seu deferimento. Opomos duas exceções a essa afirmativa: a primeira, quando a urgência não comporta a espera da instituição do juízo arbitral e, a segunda, nas raras situações em que, mesmo já constituído o tribunal arbitral, a urgência requerida para a medida será efetivamente prejudicada pela impossibilidade fática de o tribunal se reunir em exíguo espaço de tempo. (...) Aplicando-se ao rito arbitral as normas do Código de Processo Civil, terá o árbitro, sim, a possibilidade de conceder liminarmente a medida cautelar, sem ouvir o réu, ou, até mesmo em casos excepcionais, *de ofício*, sem a audiência das partes. (...) São mecanismos assecuratórios da decisão de mérito e, como tais, devem ser aplicados pelo árbitro que cabe apreciar e solucionar a questão de direito substantivo. Estando à disposição do juízo togado, por via legal, também podem ser alcançados e adotados pelos árbitros, juízes de fato e de direito que detêm amplos poderes para exercer o *iudicium* e pacificar o conflito de direito material e, como tais, podem e devem apoderar-se dos instrumentos necessários à concretização satisfatória desse mister e dos interesses postos”.³

³ MARTINS, Pedro A. Batista, “O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro Anos da Lei 9.307/96 (1ª parte)”, *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n. 9, jul./ set. 2000. p. 322-325.

“O árbitro pode, contudo, decretar a medida cautelar, pois a lei lhe confere o poder de apreciar a conveniência e legalidade da medida. Falta-lhe, apenas, a competência para a sua efetivação, que somente poderá realizar-se no Judiciário, pois só o juiz tem poder de sanção para impô-la.”⁴

Entretanto, a lei processual brasileira impõe alguns limites para o exercício jurisdicional cautelar pelo juiz.

1. Limites e requisitos para o exercício da jurisdição cautelar pelo juiz

A Constituição Federal estabelece, dentre os seus princípios básicos, o da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*”

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei de Arbitragem não violava o princípio da inafastabilidade da jurisdição porque ela, por si só, não afastava nenhum litígio do conhecimento do Poder Judiciário. A Lei de Arbitragem apenas admite que partes capazes optem por afastar a competência dos tribunais estatais para submeter à arbitragem litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

Ademais, uma das principais características atribuídas à convenção de arbitragem é exatamente o efeito negativo que ela produz, afastando-se a competência do Poder Judiciário para conhecer e julgar os litígios que as partes acordaram submeter à arbitragem.

No momento em que a Lei de Arbitragem entrou em vigor, surgiu um grande debate a respeito da extensão do efeito negativo produzido pela convenção de arbitragem. Passou-se a debater se a convenção de arbitragem retiraria do Poder Judiciário a competência para conhecer e julgar as medidas cautelares que fossem eventualmente

⁴ NADIA DE ARAÚJO e LAURO DA GAMA E SOUZA JR., “A Arbitragem Internacional nos Contextos Interamericano e Brasileiro”, *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: Ed. Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem, n. 0, jul./ out. 2003. p. 78.

necessárias para evitar o perecimento do direito antes da instauração do tribunal arbitral ou no curso do próprio procedimento.

Doutrina e jurisprudência acabaram pacificando o entendimento de que o efeito negativo da convenção de arbitragem não retiraria do Poder Judiciário a possibilidade de conhecer e julgar medidas cautelares, especialmente antes da instauração do tribunal arbitral:

“As medidas cautelares prévias à instauração do juízo arbitral, que encontram fundamento no princípio da efetividade da tutela jurisdicional, são, hoje, aceitas pela doutrina nacional e estrangeira e pela jurisprudência, sendo, ainda, expressamente previstas nas regras da UNCITRAL, eleitas pelas partes na cláusula compromissória constante do acordo de quotistas. Têm elas o objetivo precípua de garantir a eficácia da futura arbitragem a ser instaurada.”⁵.

Esse entendimento se baseia, principalmente, no argumento de que o juiz detém o poder geral de cautela, que autoriza um magistrado a conceder liminares, mesmo quando manifestamente incompetente, para evitar o perecimento de um direito. Na situação de urgência, prevalece o princípio *‘quando est periculum in mora incompetentia non attenditur’* sobre o contrato celebrado entre as partes que retirou a jurisdição do Poder Judiciário, podendo as partes recorrerem ao juízo originalmente competente para conhecer da disputa em seu aspecto cautelar ou urgente.

Pacificado este entendimento, no âmbito das medidas cautelares propostas antes da instauração do tribunal arbitral, duas questões relevantes passaram a ser debatidas:

- (a) o que a parte autora da medida cautelar, perante o Poder Judiciário, deveria fazer para atender a exigência do art. 806 do CPC, que impõe a ela o dever de, no prazo de 30 dias da efetivação da liminar, propor a ação principal?; e

⁵ WALD, Arnaldo. Cabimento de medida cautelar preparatória perante o Poder Judiciário antes de instaurado o juízo arbitral in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, n.º 27, ano 8, São Paulo, jan-mar/2005, pp. 160 e 163.

(b) uma vez constituído o tribunal arbitral, o que deveria ocorrer com a medida cautelar pleiteada ao Poder Judiciário?

No tocante ao primeiro questionamento, a doutrina majoritária passou a sustentar que bastaria a apresentação do requerimento de instauração da arbitragem para atender a exigência do art. 806 do CPC, tendo os estudiosos da arbitragem demonstrado preocupação com a possibilidade de que se entendesse que não bastava a mera apresentação do requerimento de arbitragem, mas sim a instauração da arbitragem, efetivamente, na forma prevista no art. 19 da Lei de Arbitragem, no prazo de 30 dias, para evitar a perda de eficácia da liminar. Essa preocupação decorre do fato de que, de acordo com o regulamento das principais câmaras de arbitragem utilizadas no Brasil, é praticamente inviável a aceitação da nomeação dos árbitros (art. 19 da Lei de Arbitragem) no prazo de 30 dias do art. 806 do CPC.

Quanto ao destino da medida cautelar requerida ao Poder Judiciário após a instauração do juízo arbitral, as posições da doutrina são as mais variadas possíveis, coincidindo a maioria, pelo menos, no ponto mais importante: instaurada a arbitragem, caberá ao tribunal arbitral analisar a medida cautelar solicitada ao Poder Judiciário.

A pesquisa objeto deste relatório visa identificar e ajudar a esclarecer quais as posições tomadas pelo Poder Judiciário em algumas dessas matérias.

b. Medidas Coercitivas

O processo arbitral, como é curial, culmina com a produção de uma sentença que, para todos os fins e efeitos de direito, equivale àquela proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. É o que preconizam o art. 31 da Lei de Arbitragem e o art. 475-N, IV, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, munindo os árbitros com a jurisdição de proferir decisão que equivalerá a uma sentença judicial, a Lei de Arbitragem igualmente atribui-lhes a competência para aplicar medidas coercitivas.

São diferentes os tipos de medidas coercitivas que se pode ter. Primeiramente, é importante que dos árbitros não se retire os poderes de decidir quanto à produção das provas necessárias ao seu livre convencimento. Daí, portanto, o art. 22 da Lei de Arbitragem que dispõe que o árbitro poderá “*tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício*”.

Entretanto, a Lei de Arbitragem não poderia conferir tal competência aos árbitros sem que lhes fosse possível, efetivamente, implementar tais decisões. Como o árbitro não detém o poder de coerção, por faltar à jurisdição arbitral tal característica da jurisdição estatal, caberá a ele utilizar da função cooperativa do Poder Judiciário para determinar a condução da testemunha (art. 22, §2º, da Lei de Arbitragem e art. 412 do Código de Processo Civil).

Outra hipótese de medida coercitiva prevista na Lei de Arbitragem é a do art. 22, §4º, que estabelece que, “*havendo necessidade de medidas coercitivas*”, os árbitros poderão solicitá-las ao Poder Judiciário. Novamente, falta-lhe poder para efetivar a medida coercitiva, cuja decretação o árbitro, dentro do seu poder cognitivo, entendeu cabível.

Como bem expõe Sergio Bermudes:

“O § 4º do art. 22 da Lei de Arbitragem é claro ao estabelecer que, ‘havendo necessidade de medidas coercitivas’, os árbitros poderão solicitá-las ao Judiciário. Esse verbo junto com a frase ‘ressalvado o disposto no § 2º’, constantes ambos do § 4º do art. 22, mais a sistemática da lei e a finalidade da arbitragem apontam no sentido de que o tribunal arbitral, salvo quanto à condução da testemunha, tem competência para aplicar medidas coercitivas (v.g., multa, exibição de documentos, determinação de prestação de informações, entrega de coisas).

A segunda parte do § 2º do art. 22 mostra que aos árbitros, ou árbitro, falta apenas a competência para a efetivação da medida coercitiva, quando ela depender do uso da força. Nesse caso, só resta ao tribunal arbitral pedir ao juiz togado a providência que assegure o efeito prático da medida determinada. A lei, portanto, é peremptória ao proibir a execução de medidas coercitivas de força pelo

próprio tribunal arbitral; não, porém, a decretação delas. O juízo arbitral as decreta. O togado as executa mediante solicitação daquele. Quanto à competência do juiz togado, aplicar-se-á, *mutatis mutandis*, o quanto acima se disse acerca da condução de testemunha.

(...)

Juiz do processo é o árbitro, ou são os árbitros. Como, atenta à Constituição, ou ao menos procurando evitar a pertinente questão constitucional, a lei lhes negou o poder de efetivação forçada das medidas coercitivas (assim já se extrai do § 2º do art. 22), remetendo-os ao Judiciário, há que se interpretar o § 4º do art. 22, no sentido de que eles comparecem ao Judiciário para pedir as providências de efetivação das medidas decretadas por eles. Nesse contexto, também se deve entender a referência do § 4º às providências cautelares. Necessárias medidas coercitivas para executá-las, o juízo arbitral as pede ao juiz togado, tal como procede na condução das testemunhas renitentes (art. 22, § 2º)”⁶.

E Pedro A. Batista Martins:

“Não resta dúvida que as cautelares e as medidas provisórias deverão (repita-se: deverão) ser requeridas ao juízo arbitral. A solicitação ao Poder Judiciário, referida na lei, somente se opera caso a parte não cumpra com a determinação do árbitro ou se aplicável às exceções adiante expostas.

É esse o sistema da lei brasileira em coerência com os princípios que a norteiam.

Se carece o árbitro do poder de exercer a coerção, pelo princípio universal do *imperium* estatal, também é certo que não lhe veda o sistema legal arbitral a competência para analisar e determinar, ou não, a medida cautelar ou o provimento provisório pretendido.

Essa é uma das funções jurisdicionais do árbitro que não se retraem por ausência dos elementos da *coertio* e da *executio*, sabidamente de manejo estatal, pois que sujeitos à chancela do Estado.”⁷

⁶ BERMUDES, Sergio, “Medidas Coercitivas e Cautelares no Processo Arbitral”. In: *Reflexões sobre Arbitragem – In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*, MARTINS, Pedro Batista e GARCEZ, José Maria Rossani (coord.); São Paulo: LTr, 2002. p. 279-280.

⁷ Idem.

A maioria dos Regulamentos de Arbitragem no Brasil contém redação similar à legislativa de forma a conferir ao tribunal arbitral a ampla competência para decidir acerca das provas a serem produzidas e obrigar a sua produção. Veja-se, a título de exemplo, a redação do art. 9.19 do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CCBC”):

“9.19. Na hipótese de recusa da testemunha em comparecer à audiência de instrução ou, se comparecendo escusar-se, sem motivo legal, a depor, o Tribunal Arbitral poderá requerer ao Juízo competente a adoção das medidas judiciais adequadas para a tomada de depoimento da testemunha faltosa.”

Portanto, a previsão legal da atuação paralela do Poder Judiciário ao tribunal arbitral, no curso de uma disputa, torna ainda mais relevante essa pesquisa. A análise empírica ora incorrida servirá para a compreensão do posicionamento do Poder Judiciário quanto à sua relevante função não só no que diz respeito às medidas cautelares, mas também quanto às medidas coercitivas, que são, como se pode ver, aspecto fundamental para assegurar a plena efetividade da arbitragem como meio de solução de controvérsias.

II. METODOLOGIA

Tendo como objetivo diagnosticar o posicionamento do Poder Judiciário nacional em relação ao instituto da arbitragem, o presente relatório buscou analisar as decisões judiciais de segunda instância que integravam a base de dados da FGV/CBAR. Uma vez analisadas as decisões, as informações dali obtidas foram transferidas para uma ficha de leitura de modo a facilitar o acesso à informação, relatando sucinta e objetivamente as discussões que interessavam ao propósito específico do grupo.

Dessa forma, a ficha de leitura apresenta, além das informações básicas de cada uma das decisões (*i.e.* partes, classe processual do recurso, órgão julgador, ementa, data de julgamento e número do processo), outros elementos identificados como importantes pelo grupo de trabalho.

Os temas que nos propusemos a analisar foram definidos nas reuniões do grupo, com as alterações e adaptações que se fizeram necessárias na medida em que as decisões eram analisadas.

Ao final, entendeu-se relevante buscar nas decisões judiciais o posicionamento do Poder Judiciário relativo ao: (a) reconhecimento do cabimento de medidas de urgência pré-arbitral, inobstante a existência de convenção de arbitragem; (b) qual era o fator relevante para fins de comprovação da propositura da ação principal, exigida pelo art. 806 do Código de Processo Civil; (c) reconhecimento da jurisdição superveniente dos árbitros para examinar as medidas pleiteadas pelas partes ao juiz estatal; e, por fim, (d) como se evitar a criação de um hiato de jurisdição entre a medida de urgência concedida pelo Poder Judiciário e a análise da matéria pelos árbitros após a instauração do tribunal arbitral.

Foram alocadas 65 decisões judiciais para o grupo de trabalho de medidas de urgência e coercitivas

Essas decisões foram igualmente distribuídas aos integrantes do grupo que elaboraram e preencheram as fichas de leitura. Após a elaboração inicial da ficha de leitura, os integrantes do grupo se reuniram para debater os temas abordados nas decisões e se existia a necessidade de se adaptar a ficha de leitura para a seqüência do trabalho. Nessas reuniões, discutia-se, também, a exclusão ou alocação da decisão a distinto sub-grupo temático.

A ficha de leitura inicial, já preenchida, era então circulada para um segundo integrante do grupo que deveria rever as decisões e confirmar o entendimento ali expressado. Por se tratar de uma pesquisa qualitativa, o grupo deliberou que, no tocante aos temas que seriam tratados no relatório, era necessário definir a posição que o grupo entendia corresponder à aplicação mais técnica da Lei de Arbitragem.

No curso do trabalho, o grupo cogitou classificar as decisões entre “técnicas” e “atécnicas”. Entretanto, ao final, optou-se pela não adoção dessa distinção, pois

distorcia o resultado da pesquisa, uma vez que boa parte das decisões examinadas, muito embora prestigiassem o instituto da arbitragem, acabaram adotando posições diferentes da doutrina majoritária em alguns temas.

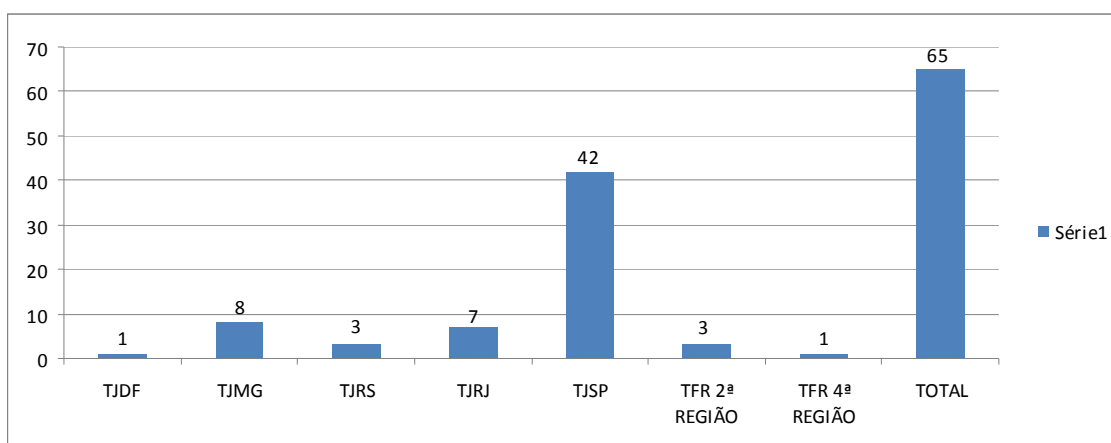
Como o objetivo da pesquisa limitou-se às decisões que compunham a base de dados da FGV/CBAR e a analisar o posicionamento de segunda instância do Poder Judiciário, não se buscou maiores informações de cada caso, como, por exemplo, a decisão de primeira instância ou se houve a interposição de recurso contra a decisão analisada às instâncias superiores.

O modelo de ficha de leitura adotado pelo grupo de pesquisa de medidas de urgência e coercitivas consta do anexo A do presente relatório.

III. ANÁLISE QUANTITATIVA

1. Divisão por Tribunal.

Antes de iniciar a análise qualitativa, as 65 decisões atribuídas ao grupo de medidas de urgência e coercitivas foram separadas por tribunal. O gráfico abaixo ilustra o número de decisões proferidas por cada tribunal:

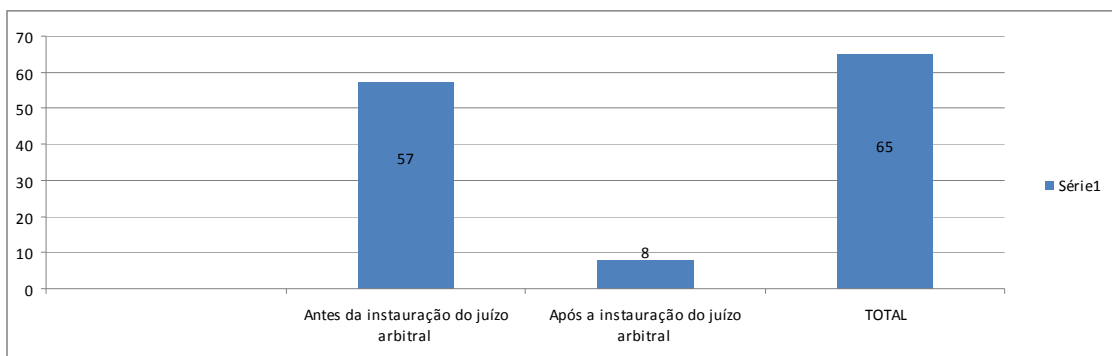


2. Divisão por fase da arbitragem.

Ainda na fase da análise quantitativa, outro aspecto que se mostrou importante foi identificar em que momento as partes recorreram ao Poder Judiciário. Sabendo que a

arbitragem se divide em três fases (pré-arbitral, arbitral e pós-arbitral) e que, a depender da fase arbitral, as questões podem ser distintas, identificou-se que de 65 decisões analisadas, 57 diziam respeito à fase pré-arbitral e 8 diziam respeito à atuação do Poder Judiciário após instituído o tribunal arbitral. Dessas, ao menos 2 dizem respeito à atuação do Poder Judiciário na fase pós-arbitral, *i.e.* envolvendo uma cautelar na fase de execução da sentença.

Percebe-se, portanto, que a atuação do Poder Judiciário relativa às medidas de urgência é, de uma maneira geral, predominante na fase pré-arbitral.

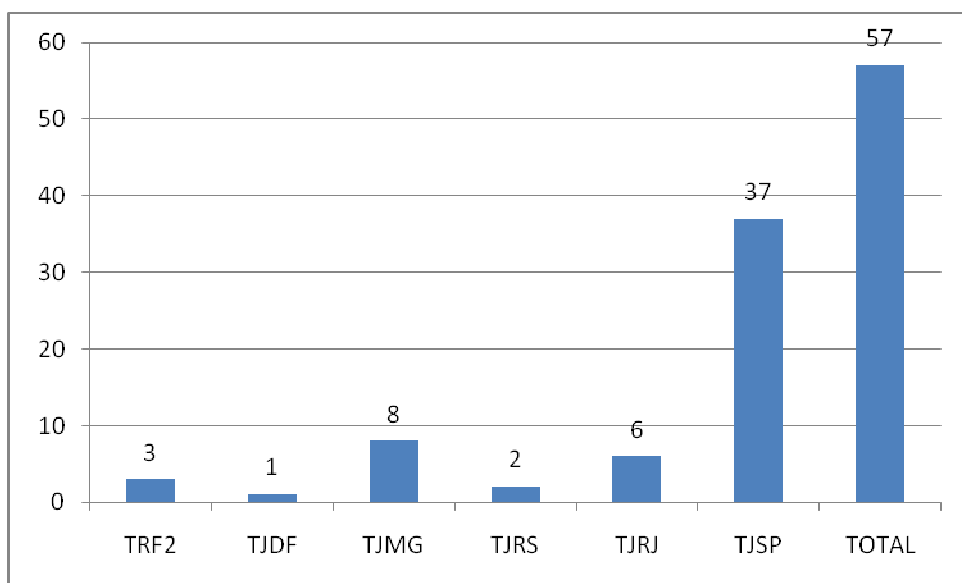


3. Divisão por Grupos Temáticos

Dentre os grupos temáticos, a análise quantitativa demonstra que 59 decisões tratam do reconhecimento do cabimento de medidas de urgência pré-arbitral, não obstante a existência de convenção de arbitragem; 5 dizem respeito ao fator relevante para fins de comprovação do início da ação principal do art. 806 do Código de Processo Civil; 9 tratam do reconhecimento da jurisdição superveniente dos árbitros para (re)examinar as medidas adotadas pelo juiz estatal; e 4 sobre como era tratado o hiato entre a medida de urgência e o início da arbitragem, *i.e.*, nas medidas pré-arbitrais, o que deveria ser feito após a instauração do tribunal arbitral:

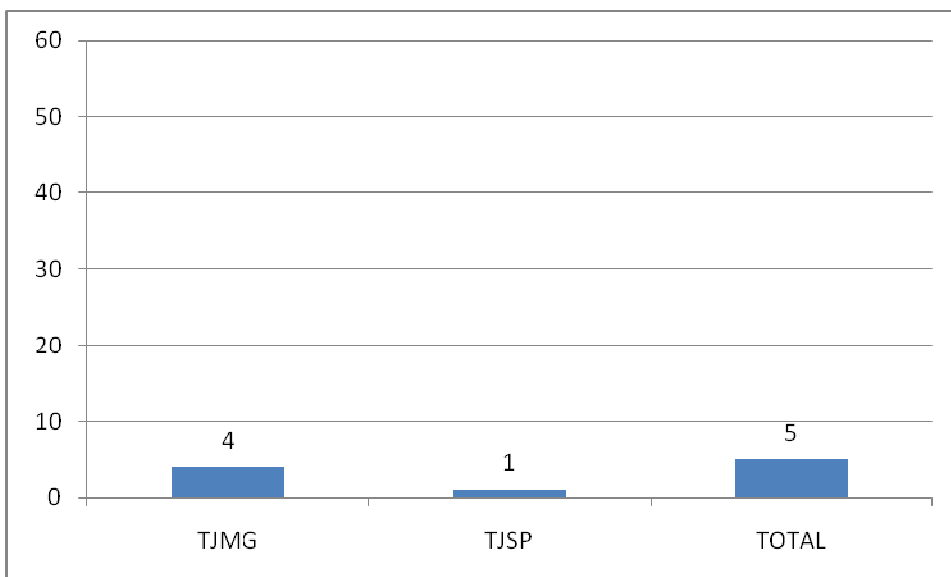
a. Reconhecimento do Cabimento de Medidas Pré-Arbitrais

No que diz respeito ao reconhecimento pelo Poder Judiciário de sua atuação na fase pré-arbitral, para deferir ou indeferir eventual medida de urgência pleiteada por uma das partes, as decisões estão distribuídas entre os tribunais da seguinte forma:



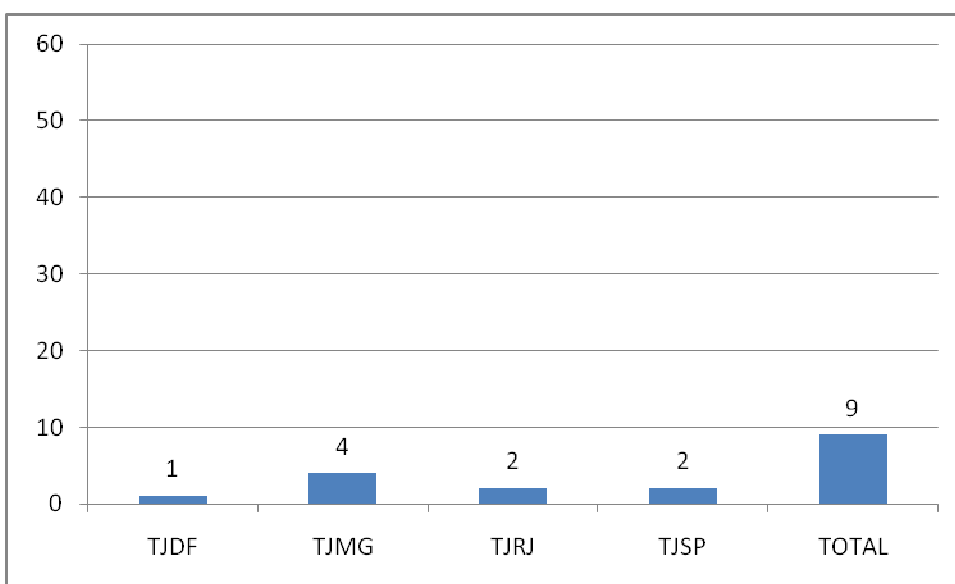
b. Atendimento ao art. 806 do Código de Processo Civil

Com relação ao tema do art. 806 do Código de Processo Civil, que trata do ato que equivale, no âmbito arbitral, à propositura da ação principal no prazo de 30 dias, as decisões estão distribuídas da seguinte forma entre os tribunais:



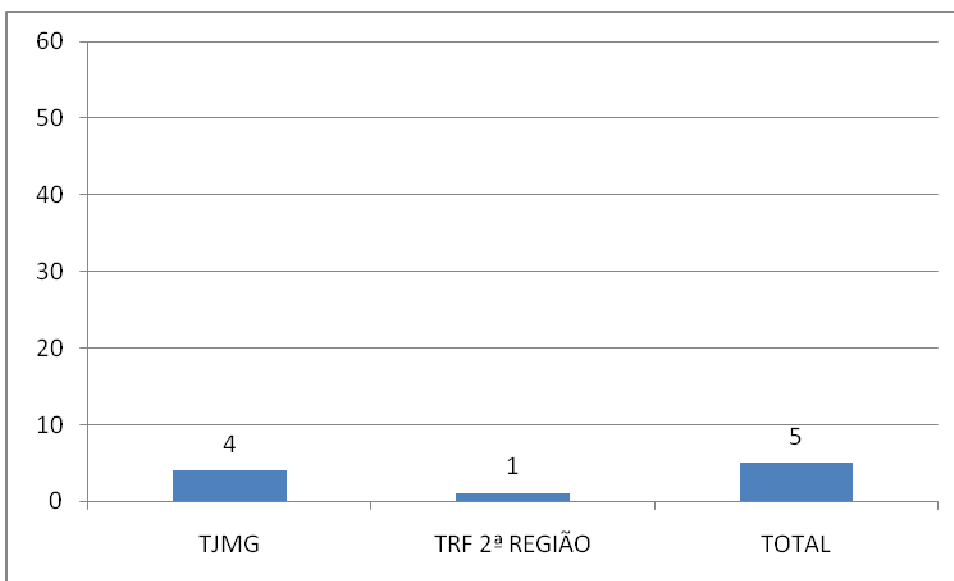
c. Reconhecimento da jurisdição superveniente do árbitro para examinar as medidas

Com relação ao reconhecimento da jurisdição superveniente dos árbitros para examinar as medidas adotadas pelo juiz estatal, verificou-se a existência de 9 decisões, distribuídas da seguinte forma entre os tribunais:



d. Atuação superveniente do árbitro

Outro grupo temático criado diz respeito ao tratamento do hiato temporal entre a medida de urgência e o início da arbitragem, *i.e.*, nas medidas pré-arbitrais, o que deveria ser feito após a instauração do tribunal arbitral. A respeito do tema, identificou-se 5 decisões, distribuídas da seguinte forma entre os tribunais:



IV. ANÁLISE QUALITATIVA

1. Considerações gerais sobre a análise qualitativa

A análise qualitativa dos acórdãos relativos às medidas de urgência e coercitivas traz uma boa notícia. A vasta maioria desses acórdãos prestigia a arbitragem. Os tribunais judiciais reconhecem a validade das cláusulas compromissórias, o efeito negativo produzido por elas, que retira do Poder Judiciário a jurisdição para examinar as questões que as partes submeteram à arbitragem, a possibilidade das partes recorrerem ao Poder Judiciário para obter uma medida de urgência para evitar o perecimento do seu direito antes da instauração do tribunal arbitral, bem como a transferência da análise desta medida de urgência para o tribunal arbitral, após a sua instauração.

Dos 65 acórdãos examinados, a grande maioria, de uma forma ou de outra, reconhece a validade do instituto ou prestigiam a arbitragem, o que demonstra a aceitação desse método de resolução de disputas pelo Poder Judiciário.

Em vários deles, entretanto, a análise qualitativa se mostrou prejudicada devido à brevidade da fundamentação. Infelizmente, a maioria dos acórdãos não é extensa em discussões relativas à arbitragem.

Na opinião do grupo, essa falta de aprofundamento em questões relativas à arbitragem provavelmente decorre do fato da maior parte dos acórdãos terem sido proferidos no julgamento de agravos de instrumento interpostos contra decisões que negaram ou concederam liminares, o que leva os magistrados a dedicarem grande parte de suas decisões à discussão de questões processuais não relacionadas ao instituto da arbitragem (*i.e.* existência dos requisitos autorizadores da concessão da liminar e aplicação de entendimentos sumulados que preveem a possibilidade de reversão de liminar apenas se a decisão recorrida for teratológica).

Apesar disso, há vários acórdãos que trazem discussões interessantes sobre arbitragem. As decisões que o grupo entendeu serem mais relevantes serão destacadas no decorrer deste trabalho.

Um ponto que chamou a atenção do grupo foi a falta de homogeneidade nas decisões. Há algumas decisões que, embora tratem do mesmo assunto, enfrentam as questões relativas à arbitragem das mais variadas formas.

A falta de homogeneidade nos acórdãos fica patente quando os tribunais tratam das medidas de urgência pleiteadas antes da instauração do tribunal arbitral. Muito embora esse recurso ao Poder Judiciário seja amplamente aceito nos acórdãos examinados, há uma clara dúvida no que acontece com a medida e com a eventual decisão proferida após a instauração do tribunal arbitral.

Cumprir registrar que essa dúvida não se encontra refletida apenas na jurisprudência, pois também existem posições divergentes na doutrina.

Por outro lado, tanto a doutrina quanto os acórdãos examinados compartilham o entendimento quanto (a) à possibilidade de as partes, que celebraram contrato com cláusula compromissória, pleitearem ao Poder Judiciário uma medida de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, e (b) ao cabimento do exame desta medida de urgência pleiteada ao Poder Judiciário pelo tribunal arbitral, após a sua constituição.

Parece, entretanto, não haver uma comunhão de opiniões a respeito de como deve ser efetivada a transferência da competência para o conhecimento e eventual reapreciação da medida, do Poder Judiciário para o tribunal arbitral, o que, em determinadas situações, poderia acarretar o perecimento do direito.

Há algumas decisões nas quais os Tribunais de Justiça, especialmente o de Minas Gerais, determinaram a remessa física dos autos da medida cautelar pleiteada para o tribunal arbitral. Outros acórdãos concluíram pela extinção da medida cautelar. Num deles, foi determinada a suspensão do processo, com base no art. 265, IV, *a*, do CPC, por entender que o procedimento arbitral constituiria uma questão prejudicial externa à ação cautelar.

Por óbvio, não se pode dizer que essas decisões sejam contrárias à arbitragem, ainda que elas não sigam as posições majoritárias da doutrina. Afinal, a maior parte delas prestigia o instituto e reconhece no árbitro a figura do juiz de fato e de direito prevista no art. 18 da Lei de Arbitragem. Isso fica muito claro nas decisões que remetem os autos das ações cautelares aos árbitros. O que o juiz faz neste caso é exatamente o que ele faria se o órgão competente para conhecer da medida cautelar fosse outro do Poder Judiciário (a remessa dos autos para o juiz competente).

Outro ponto que merece destaque é o entendimento dos Tribunais de Justiça a respeito de como se dá o cumprimento da regra prevista no art. 806 do Código de Processo Civil, que impõe à parte que requereu uma medida cautelar ao Poder Judiciário, propor, no prazo de 30 dias da efetivação da medida cautelar, a ação principal.

O exame dos acórdãos não deixa dúvida sobre a pacificação do entendimento de que a matéria, que constituiria o objeto da ação principal, deverá ser submetida à arbitragem. A dúvida permanece, entretanto, em relação a qual ato precisa ser praticado pela parte dentro do prazo de 30 dias, para atendimento dessa exigência legal.

Quando a ação principal é proposta perante o Poder Judiciário, independente de discussão a respeito da existência de cláusula compromissória entende o Superior Tribunal de Justiça que basta o protocolo da ação principal dentro do prazo de 30 dias.

Já quando a lide é submetida à arbitragem, há divergência de entendimento nas decisões analisadas pelo grupo. Há, por exemplo, um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que sustenta que bastaria a instauração do Tribunal Arbitral, sem fazer qualquer referência, no voto vencedor, ao art. 19 da Lei de Arbitragem, ou a propositura da ação prevista no art. 7º daquela lei.⁸ Já o Tribunal de Justiça de Minas Gerais parece adotar postura mais flexível, sustentando que bastaria a parte apresentar prova de que “*está promovendo as diligências necessárias para a instauração do juízo arbitral (...)*”.⁹

Mais uma vez, nessa discussão, o grupo entende que não existe nenhum elemento que permita concluir que esses acórdãos sejam contrários à arbitragem ou demonstrem qualquer restrição do Poder Judiciário em relação à submissão de litígios aos árbitros. Muito ao contrário, eles prestigiam o instituto, reconhecem a competência dos árbitros para conhecer da ação principal, fazem referência expressa aos dispositivos da Lei de Arbitragem, por vezes até mesmo a regulamentos de instituições arbitrais, e parecem não ter nenhuma objeção a manter uma relação de cooperação com os árbitros.

O problema é que partes e advogados, familiarizados com o instituto da arbitragem, têm plena ciência da dificuldade -- para não dizer inviabilidade -- de se cumprir a regra estabelecida no art. 19 da Lei de Arbitragem em tão exíguo prazo. Segundo esse

⁸ TJSP, Agravo de Instrumento n.º 245257-4/4.

⁹ TJMG, Agravo de Instrumento n.º 1002407600275-7/002.

dispositivo, “*considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários*”.

A análise do regulamento das principais instituições de arbitragem leva à conclusão de que, ainda que as partes estejam de boa-fé, um tribunal de três árbitros dificilmente poderá ser constituído, com a aceitação da nomeação do terceiro árbitro, dentro do prazo de 30 dias previsto no art. 806 do CPC.

Essa dificuldade, entretanto, não foi objeto de discussão no acórdão que exigia a instauração da arbitragem, na forma do art. 19 da Lei de Arbitragem, para cumprimento do prazo de 30 dias previsto no art. 806 do CPC. Não há nada que demonstre que a turma julgadora tenha atentado para esse problema.

Por essa razão, embora esse acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo possa gerar certa perplexidade aos adeptos da arbitragem, não vislumbramos nenhuma razão para considerá-lo como uma decisão crítica ou contrária ao instituto. Essa decisão apenas demonstra a necessidade de se dar maior publicidade a certas particularidades da arbitragem.

Feitas essas considerações preliminares, o grupo entendeu relevante destacar as seguintes decisões e posicionamentos dos tribunais a respeito dos itens selecionados para a análise:

a. Reconhecimento do Cabimento de Medidas Pré-Arbitrais

Como vimos anteriormente, 59 decisões tratam do reconhecimento do cabimento de medidas de urgência pré-arbitral, inobstante a existência de convenção de arbitragem. Nesse aspecto, a análise de todas elas demonstra que predomina o entendimento de que compete ao Judiciário decidir acerca das medidas cautelares e coercitivas antes de instaurado o tribunal arbitral.

Dentre as decisões analisadas, chamamos atenção às seguintes, que fornecem dados e refletem de maneira mais clara o entendimento de determinado tribunal.

Primeiramente, o Agravo de Instrumento n.º 2003.02.01.010784-5 que tem como Agravante a Companhia Energética de Petrolina – CEP e como Agravada a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, perante o **Tribunal Regional Federal da 2ª Região** cuida de um pedido liminar proposta em ação judicial de execução específica de cláusula compromissória. A medida cautelar, determinada em parte em Agravo de Instrumento, tratava da apropriação contábil de valores pertinentes às multas aplicadas à autora em rubrica, que permitia a liberação tão logo houvesse uma definitiva e imutável decisão sobre a controvérsia acerca das penalidades a serem discutidas em arbitragem.

Durante a discussão acerca da manutenção ou não da liminar e da jurisdição do Poder Judiciário para decidir acerca da matéria, o Relator Desembargador J.E. Carreira Alvim ressalta:

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

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

Portanto, (...) deve a ora agravante postular perante o tribunal arbitral essa parte da tutela antecipada não obtida perante o juízo estatal (...).”

Conquanto a decisão tenha, de forma muito clara, reconhecido a jurisdição estatal para o julgamento das medidas de urgência na fase pré-arbitral, há, no entanto, uma confusão acerca da extensão temporal desta medida. Como pode ser visto nos parágrafos que seguem o reconhecimento e a citação de doutrina de autoria própria, o Desembargador J.E. Carreira Alvim ressalta:

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

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

Vê-se, portanto, que para o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, conquanto o momento de atuação do Poder Judiciário seja limitado à fase pré-arbitral, os efeitos dessa atuação se prolongam até a adjudicação final da matéria pelo tribunal arbitral, limitando, assim, a competência do tribunal arbitral para decidir acerca da tutela de urgência pleiteada.

Das 59 decisões que tratam da jurisdição estatal pré-arbitral, 8 foram proferidas pelo **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Decisão de enorme clareza e profundidade é a proferida pelo Relator Desembargador Domingos Coelho em agravo de instrumento de n.º 1.0480.06.083392-2/001(1) intentado por Viação Pássaro Branco Ltda. em desfavor de Espólio de Antonio José Duarte.

A discussão acerca do deferimento da cautela perseguida passou pela alegação de extinção do processo em razão da aplicação do art. 267, III, cumulado com o art. 301, IX, ambos do Código de Processo Civil, uma vez que o contrato social submete toda e qualquer controvérsia à solução mediante arbitragem.

O acórdão determinou que as medidas de urgência fossem submetidas ao tribunal arbitral sem adentrar na pertinência da cautelar, visto que comprovada a instauração da arbitragem. O Relator Desembargador Domingos Coelho ressaltou quanto à jurisdição estatal:

“Contudo, situação *sui generis* instalou-se nos presentes autos, posto que a medida proposta é urgente, e a sua propositura, conforme se infere da própria documentação colacionada a este instrumento, foi realizada antes de instaurado o juízo arbitral.

Ora, a doutrina e jurisprudência têm 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, não podendo a parte interessada esperar.

(...)

Assim, tendo em vista a peculiaridade do caso em comento, posto que, frise-se a concessão da medida ocorreu antes de instituída a arbitragem, tenho que cabível ao juízo estatal a concessão da medida perseguida, devendo, contudo, serem os autos remetidos ao juízo arbitral para que o mesmo aprecie a manutenção ou não da tutela.”

O mesmo entendimento foi mantido em julgamento de agravo de instrumento intentado por Inepar Equipamentos e Montagens S.A. contra SMS Demag Ltda., cujo Relator foi o Desembargador Alvimar de Ávila. Entendeu ele que:

“Assim sendo, tendo em vista que ainda não houve a instauração do juízo arbitral, a nosso ver, poderá o juiz estatal, que seria, em tese, competente para o julgamento, conceder a cautelar de sustação de protesto e, posteriormente, será comunicado da instauração do juízo arbitral, quando providenciará a remessa dos autos para a devida apreciação da manutenção ou não da tutela concedida”.

Tal decisão vai além. Não só reconhece sua competência pré-arbitral, como reconhece, de antemão, a competência do árbitro de manter ou não a decisão, ressaltando, de maneira exemplar:

“Com essas considerações, recomenda-se ao M.M. Juiz monocrático que, comunicado da instauração do juízo arbitral, remeta os autos para apreciação da manutenção ou não da tutela cautelar de sustação de protesto concedida, sendo que eventual não manutenção deverá ser comunicada por ofício, para que seja expedida ordem de revogação ao cartório de protesto de título competente.”

Seis são as decisões fluminenses sobre o assunto, em sua maioria bem fundamentada em doutrina e precedentes do próprio **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Inicialmente, cumpre partir do agravo de instrumento n.º 7.759/2003 em que é agravante Petróleo Brasileiro S.A. e agravado Coplex Petróleo do Brasil Ltda., cujo Relator é o Desembargador Caetano E. da Fonseca Costa da Sétima Câmara Cível.

Conquanto tenha indeferido o pedido cautelar de sustação das “chamadas de caixa”, reconheceu que tal pleito deveria ser proposto, caso assim o desejasse, ao tribunal arbitral, *verbis*:

“Não há assim outro caminho para a Agravada senão recorrer mesmo ao juízo arbitral e lá se for o caso merecer a revisão do que alega estar pagando a maior, não sendo razoável com o devido respeito que se valha do Judiciário para referendar o descumprimento de uma obrigação contratual que livremente pactuou, e que pela natureza e tamanho do seu contrato social não pode dizer que desconhecia.

Lançou-se em vultoso empreendimento de risco e agora não quer honrar as chamadas de caixa, o que não está autorizada a fazer, ao menos sem o aval do juízo arbitral, pois sua conduta paralisa a exploração ou no mínimo onera os demais investidores, quebrando sem previsões toda a espinha dorsal do investimento.”

Em outra ação judicial que envolveu o pedido de liminar perante o Poder Judiciário, não obstante a existência de cláusula compromissória, o juiz de primeira instância, em decisão, foi sucinto ao rejeitar “*a preliminar com fundamento em cláusula de*

arbitragem existente no contrato, eis que presente medida não envolve matéria de mérito” (processo n.º 2002.001.024769-8, 13º Vara Cível, Juíza Ledir Dias de Araújo). Igualmente, o Tribunal de Justiça, em acórdão proferido em apelação cível n.º 2003.001.01004, cujo Relator é o Desembargador Ruy Athayde Alcantara de Carvalho, foi firme ao estipular que:

“As circunstâncias do processo revelaram a existência do conflito de interesses e a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário e existência da cláusula compromissória, sem que haja instaurado o juízo arbitral, não pode impedir o acesso ao Judiciário ante os claros termos do Art, 5º, XXXV da Carta Magna.”

O Poder Judiciário fluminense adota posição favorável acerca da possibilidade de intervenção judicial pré-arbitral para análise de medida cautelar ou coercitiva. Em acórdão que tratou da possibilidade de uma das partes não pagar a última prestação do preço das ações que adquiriu do capital social da outra, por ter constatado a existência de um passivo oculto de responsabilidade dos antigos acionistas controladores, o Relator Desembargador Sergio Cavalieri Filho traz lição valiosa que diz:

“A Lei de Arbitragem, no §4º do seu art. 22, prevê expressamente que os árbitros, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa. A Lei, é verdade, não prevê a hipótese dessas medidas tornarem-se necessárias antes da instauração do juízo arbitral. Não prevê porque não é necessário. A lógica e o bom senso estão a dizer que se essas medidas podem ser pleiteadas ao Judiciário depois, por mais forte razão podem também antes. Até porque a Constituição a todos assegura o acesso à Justiça, no seu art. 5º. Inciso XXXV.”

Duas são as decisões que trataram do tema no **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, embora ambas tenham chegado a resultado único em razão de conexão de causas. Tratava-se de pedido de antecipação de tutela para que fosse concedido o pagamento de *pro labore* devido, em virtude contrato firmado com a ré, que estabelecia o pagamento dos valores. Em julgado que foi a fundo da distinção formal de tutela antecipada e medida cautelar, o Desembargador Relator Artur Arnildo Ludwig, em agravo de

instrumento n.º 7001204157, concedeu a tutela antecipada, muito embora, também tenha reconhecido que a divergência viria a ser resolvida no juízo arbitral. No agravo de instrumento conexo de n.º 70012190625 entendeu-se, não obstante o argumento de que “*ao deferir a tutela antecipada o Juízo teria antecipado discussão que se dará no Juízo Arbitral*”, que “*a concessão da tutela antecipada mostra-se possível no caso em apreço, pois os requisitos da prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, vêm consubstanciados no contrato firmado entre as partes (...)*”. Ao final, entendeu por bem desacolher o pedido de depósito das quantias, “*porquanto além do caráter alimentar que possuem, não vislumbro possibilidade de realizar depósito judicial condicionado à solução do litígio no Juízo arbitral*”.

O **Tribunal de Justiça de São Paulo** contempla a maioria das decisões. Tal qual verificado nos demais tribunais, a maior parte das decisões prestigia o instituto da arbitragem.

Esse é o caso do acórdão proferido pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no agravo de instrumento n.º 384.896.4/4-00. Com o intuito de suspender os efeitos de uma das cláusulas constantes de um acordo de acionistas, para impedir o exercício do direito de compra de ações na forma estipulada à época de sua assinatura, foi proposta, por uma das partes do referido acordo de acionistas, medida cautelar com pedido de liminar perante a justiça estatal, mesmo prevendo o dito acordo que todas as controvérsias dele decorrentes seriam resolvidas em arbitragem. Ao confirmar a decisão de primeira instância, que deferiu a cautela liminar requerida, o Desembargador Relator Sérgio Gomes, de forma muito apropriada, esclareceu que:

“Não há violação da Lei 9.307/96, porquanto a Melhoramentos não tinha outra alternativa senão socorrer-se do Poder Judiciário, uma vez que a arbitragem ainda não havia sido instituída, o que, como é notório, depende de inúmeras providências (eleição de árbitros, elaboração de respectivo requerimento, tradução de documentos etc).”

Em outro caso, também bastante interessante, em acórdão proferido pela 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no agravo de instrumento n.º 388.797-4/1-00, foi deferida antecipação de tutela pleiteada, revertendo decisão que havia denegado a nomeação dos agravantes para administrarem a assinarem com exclusividade por uma sociedade até a sua dissolução, o que já havia sido requerida ao juízo arbitral. Mais especificamente, apesar de terem notificado os agravantes sobre a pretensão de deixarem a sociedade, os agravados dificultaram a instauração do tribunal arbitral ao deixarem de receber as notificações relativas ao procedimento arbitral iniciado pelos agravantes. A propósito, vale a transcrição de trecho do acórdão analisado, da lavra do Desembargador Relator Testa Marchi:

“Impõe-se a confirmação da liminar para proteger o interesse não só dos sócios, mas acima de tudo, da própria sociedade dissidenda, até que venha a ser dissolvida total ou parcialmente, ficando o exame do direito objetivo corporativo, representado pelos estatutos sociais, cometido ao Juízo Arbitral, cuja competência foi referendada pelos próprios sócios-cotistas quando da constituição societária.”

Igualmente, reconhecendo a possibilidade de se requerer medidas de urgência antes da instauração do juízo arbitral, principalmente quando a parte contrária tenta impedir a sua instalação, a 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao agravo de instrumento n.º 472.438-4/1-00, mantendo-se a decisão de 1ª instância, que deferiu liminar para efetivar as modificações estatutárias pactuadas em acordo de acionistas. Na hipótese, o réu/agravante deixou passar o prazo para indicação de árbitros para a instalação do juízo arbitral. Releva salientar do acórdão em exame, lavrado pelo Desembargador Relator Beretta da Silveira:

“Ainda que o tema esteja para ser submetido ao Conselho de Arbitragem, não pode ser subtraído do conhecimento do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (inciso XXXV, da Constituição Federal). Trata-se de norma constitucional que não pode ser afastada pelas partes e tampouco por legislação infra-constitucional.

Ademais, a liminar concedida pela r. decisão agravada somente fez efetivar comando de deliberação de assembléia da empresa.

Ao que se depreende, embora notificado, o agravante deixou passar o prazo para indicação de árbitros a fim de se instalar o Conselho Arbitral, fato que, por si só, autorizaria a busca do Poder Judiciário pela parte contrária sob a alegação de violação de direito, já que é inegável que o não exercício da prerrogativa de indicação de árbitro impede a instalação e início do procedimento, com evidente prejuízo.”

Destaque-se, outrossim, o acórdão proferido nos autos do agravo de instrumento nº 510.534-4/5-00, por do qual a 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, prestigiando o entendimento de que é possível requerer medidas de urgência antes da instauração do juízo arbitral sem violar o disposto no art. 22 da Lei de Arbitragem, manteve a decisão de 1ª instância que deferiu liminar nos autos de ação cautelar para que a administradora da sociedade autora seja autorizada a praticar atos de gestão individualmente, uma vez que a ré estaria deixando de praticar atos necessários à continuidade da vida negocial da sociedade.

Confira-se, nesse sentido, trecho do acórdão relatado pelo Desembargador Francisco Casconi:

“Embora prematuro e inviável no presente momento processual enfrentar-se obrigatoriedade ou não da instauração do juízo arbitral em interpretação do disposto em cláusula contratual, observada a provisoriedade e urgência da tutela acautelatória, oportuno lembrar que o artigo 7º da Lei n. 9.307/96 permite que diante da existência de cláusula compromissória em juízo o interessado provoque seu cumprimento, admitindo-se ainda, antes de instituído o tribunal arbitral, exame de provimentos urgentes, entre os quais inseridos o processo e a medida cautelar, através da prestação estatal, como ocorre na hipótese concreta. Note-se que não se trata aqui de enfrentar redação do art. 22 da referida lei especial a envolver legitimidade para pleitear frente ao Judiciário medida cautelar mas, como anotado, antes do enfrentamento da ação para instauração do juízo arbitral, de resolver a tutela de urgência.”

Entretanto, há alguns acórdãos que parecem não estar em linha com o entendimento da doutrina especializada. A título de exemplo, pode-se ver o agravo de instrumento n.º. 1.099.378-0/0, da Seção de Direito Privado, de lavra do Desembargador Relator Orlando Pistoresi, que, muito embora tenha se socorrido à doutrina do eminente Professor Carlos Alberto Carmona, entendeu que:

“Deste modo, se ao árbitro foram outorgados poderes para apreciar e julgar todas as questões relativas a um determinado contrato, não se pode deixar de reconhecer que naqueles também estão incluídos os decorrentes da tutela cautelar, sendo vedado ao juiz examinar de ofício a matéria referida no inciso IX, do artigo 301, do CPC, por força do que vem disposto no §4º do referido artigo.

Releva ressaltar, por fim, que o parágrafo oitavo da cláusula décima sétima do instrumento contratual confere aos tribunais estaduais e federais localizados em São Paulo jurisdição para *execução* de medida cautelar ou liminar, o que não implica reconhecer a possibilidade de ajuizamento de medida cautelar perante o juízo estatal”.
(g.n.)

Tal decisão, no entanto, não demonstra qualquer relutância do Tribunal de Justiça de São Paulo em decidir em favor da arbitragem. De fato, de um total de 37 decisões, apenas 4 podem ser tidas como contrárias à posição de que cabe ao Poder Judiciário na fase pré-arbitral decidir acerca do deferimento de uma medida de urgência.

Temos, assim, a do Agravo de Instrumento No. 1106614-0/8, de 5 de junho de 2007, dispôs que “apesar de inegável a existência de painel arbitral já instaurado para dirimir os litígios (...), não há incompetência da jurisdição que atende ao princípio da sua inafastabilidade.”¹⁰ Sem embargo, questiona-se se o referido entendimento está efetivamente em dissintonia com a Lei de Arbitragem, uma vez que existem situações que, embora constituído o Tribunal Arbitral, a demora em tornar a tutela arbitral efetiva justifica o ingresso direto perante o Poder Judiciário para posterior revisão do tribunal arbitral.

¹⁰ TJSP. Agravo de Instrumento No. 1106614-0/8. Des. Rel. Armando Toledo. j. 5 de junho de 2007.

Esse posicionamento, por exemplo, parece compatível com a redação do artigo 23(2) do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional que prevê:

“As partes poderão, antes da remessa dos autos ao Tribunal Arbitral e posteriormente, em circunstâncias apropriadas, requerer a qualquer autoridade judicial competente que ordene as medidas cautelares ou provisórias pertinentes.”

O segundo caso, do Agravo de Instrumento No. 472.438-4/1-00, reconheceu a jurisdição do Poder Judiciário para decidir as medidas de urgência não obstante a inserção da cláusula compromissória. Justificou o voto vencedor que a sua jurisdição surgia, entre outros, do fato de a arbitragem que tramitara perante o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá estaria suspenso. Conquanto tal entendimento tenha sido balizado na incapacidade de o tribunal arbitral se reunir para deliberar a respeito do deferimento da medida, as razões usadas pelo relator em seu voto despertaram preocupação nos membros do Grupo uma vez que se usadas fora de contexto poderiam dar margem a interpretações equivocadas da Lei de Arbitragem, a saber:

“Na medida em que a Arbitragem não soluciona esse conflito de interesses, e, em havendo lesão ou ameaça a direito, estará a parte legitimada a buscar o Poder Judiciário para proteção do que entender ser de seu direito, fazendo atuar a função Estatal de dar a cada um o que é seu.

O que não se pode tolerar por flagrante inconstitucionalidade é a exclusão, pela lei, ou mesmo por acordo, da apresentação de lesão a direito pelo Poder Judiciário.”

Por fim, o Agravo de Instrumento No. 285.741-4/6 que dizia respeito ao possível sequestro de quotas sociais alienadas e não pagas pelos compradores. Diante da preliminar de carência de ação por falta de interesse processual em razão da existência de cláusula compromissória, entendeu o Desembargador Relator Maia da Cunha que:

“A abertura de processo de arbitragem não impede a propositura de ação judicial pela simples e boa razão de que a autora está protegida pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, princípio segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.”

Sem embargo, para que não se termine com uma impressão negativa do Tribunal de Justiça de São Paulo, vale fazer referência à medida cautelar No. 494.408-4/6, de relatoria do Desembargador Presidente Ênio Santarelli Zuliani, tratou de um pedido de produção antecipada de prova pericial, devido ao estado de perigo da construção, que seria, sob o argumento da parte, defeituosa.

O voto começou por reconhecer que no caso:

“O Juiz nada decide, apenas verifica se a prova pericial observou os ditames legais e entrega a prova para que as partes façam uso, inclusive nos tribunais arbitrais. Não existe perigo de subtrair competência definida pelo contrato, justamente porque a prova que se pretende realizar será útil para futura decisão dos árbitros, em sendo instituída a arbitragem.”

Ressaltou que a turma julgadora “está autorizada a examinar, ainda que de forma superficial e provisoriamente, a presença do *fumus boni iuris*. Esse requisito é muito importante para averiguar o outro, igualmente indispensável na procedibilidade de cautelares e tutelas diferenciadas em geral, qual seja, o *periculum in mora*.” E concluiu deferindo a realização da prova pericial e que “uma vez concluída a prova, deverá o laudo ser entregue aos interessados ou remetido aos árbitros, caso for instituída, regularmente, a arbitragem.” Uma decisão, em todos os seus aspectos, exemplar.

b. Atendimento ao art. 806 do CPC

O art. 806 do CPC exige que o autor de uma medida cautelar, no prazo de 30 dias da efetivação da liminar, proponha a ação principal, sob pena de perda da eficácia da liminar concedida.

Conforme já mencionado, quando a ação principal é proposta perante o Poder Judiciário, o STJ entende que basta a simples propositura da ação dentro do prazo de 30 dias, para cumprir com essa exigência.

Entretanto, quando existe convenção de arbitragem, o processo principal deverá ser submetido à arbitragem, entendimento pacífico hoje em dia, o que torna relevante saber

qual o ato que deve ser praticado na arbitragem, para que se considere “proposta” a ação principal.

No âmbito desta discussão, entendemos interessante destacar as seguintes decisões:

Agravo de Instrumento nº 20000.00.410533-5/000(1) - Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Há um ponto que merece destaque nesta decisão. A parte propôs medida cautelar para sustação de protesto. Concedida a liminar, o juiz determinou a suspensão do processo, pelo prazo de um ano, para aguardar o julgamento da arbitragem.

A agravante se insurge contra a decisão que determinou a suspensão da ação cautelar, vigente a liminar, alegando, dentre outros argumentos, que a ação principal foi extinta, sem julgamento do mérito, devido à existência da cláusula compromissória, e que, por outro lado, a arbitragem não “*se presta a fazer as vezes de processo principal de medida cautelar preparatória proposta judicialmente (...)*”.

Pelo que indica o acórdão, a parte, após propor a ação cautelar de sustação de protesto, propôs a ação principal perante o Poder Judiciário também. Na primeira instância, a ação principal foi julgada extinta, com base no art. 267, VII, do CPC, encaminhando-se as partes para a arbitragem, mas a liminar deferida nos autos da cautelar foi mantida, com a suspensão do processo, com base no art. 265, IV, a, do CPC.

Merece destaque uma questão suscitada, ainda que não enfrentada diretamente no acórdão. Tendo as partes celebrado contrato com cláusula compromissória, quais medidas devem ser tomadas, pela parte autora de uma ação cautelar, proposta perante o Poder Judiciário, para cumprir o prazo de 30 dias previsto no art. 806 do CPC?

Conforme já destacado neste trabalho, a doutrina e os operadores da arbitragem questionam se bastaria a apresentação do requerimento de arbitragem ou se seria necessária a instauração do Tribunal Arbitral, na forma do art. 19 da Lei de Arbitragem, para atender a exigência do art. 806 do CPC.

Essa discussão é relevante porque os praticantes da arbitragem têm plena ciência da dificuldade de se cumprir a regra estabelecida no art. 19 da Lei de Arbitragem em tão exíguo prazo. Segundo esse dispositivo, “*considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.*”

O acórdão trata de uma hipótese complexa, na qual a parte propôs a ação principal perante o Poder Judiciário e ela foi extinta sem o julgamento do mérito, tendo as partes sido remetidas à arbitragem.

O juízo arbitral foi instaurado e, em razão disso, concluiu o acórdão pela remessa física dos autos da ação cautelar ao juízo arbitral, solução que é questionada por parte da doutrina.

A decisão não explica o que se deu com o prazo 30 dias. Não há elementos que permitam identificar como se deu a cronologia dos fatos relativos à extinção da ação principal e início da arbitragem até a instauração do tribunal arbitral.

Entretanto, o acórdão transcreve trecho da doutrina que defende uma interpretação mais flexível do art. 806 do CPC: “*não há como seguir o rigor do art. 806 do CPC, que determina a propositura da ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.*”

A transcrição segue sustentando que o que cabe à parte “*dentro do trintídio legal, ou antes dele, é a demonstração ao juízo estatal onde tramita a demanda cautelar preparatória da existência de prova inequívoca pela parte interessada que está promovendo as diligências necessárias para a instauração do juízo arbitral (...)*”.

Agravo de Instrumento nº 245.257-4/4 – Tribunal de Justiça de São Paulo

Trata-se de agravo interposto contra decisão que concedeu liminar em medida cautelar determinando a entrega de certas mercadorias.

Após manter a liminar concedida pela primeira instância, o voto vencedor conclui afirmando que *“não podendo ser perenizado o efeito da liminar, o Juízo arbitral haverá de ser instaurado ou, ao menos, cumprindo o disposto no art. 7º da Lei de Arbitragem, dentro de, no máximo, 30 dias, sob pena da questão poder ser submetida a reexame.”*

A primeira questão que merece destaque neste acórdão diz respeito à aceitação da propositura da ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem como uma das formas de atender à regra prevista no art. 806 do Código de Processo Civil.

O CPC condiciona a eficácia da liminar à propositura da ação principal no prazo de 30 dias da efetivação da medida cautelar. O acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais comentado acima defende a flexibilização desta regra.

Já este acórdão entende que bastaria a propositura da ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem para atender a exigência do art. 806 do CPC.

Ocorre que a ação prevista no art. 7º visa à celebração de um compromisso arbitral, quando as partes não celebraram uma cláusula compromissória cheia. Trata-se de uma lide secundária que surge entre as partes. A sentença proferida nesta ação constituirá o compromisso arbitral (art. 7º, § 7º da Lei de Arbitragem) e a lide originária, que já existia entre as partes, será submetida, então, à arbitragem.

É interessante esse entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo que admite que a propositura desta ação, na qual se discute a celebração do compromisso arbitral, como ato suficiente para atender a exigência do art. 806 do CPC, porque ela não é a ação principal, da qual a medida cautelar é preparatória.

Na verdade, a ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem é apenas um meio necessário para a instauração do juízo arbitral.

A segunda questão importante discutida neste acórdão é se, para efeitos do art. 806 do CPC, bastaria a simples apresentação do requerimento de instauração da arbitragem ou

se seria necessária a instauração em si do procedimento arbitral, nos termos do art. 19 da Lei de Arbitragem.

Muito embora o voto vencedor seja sucinto sobre a questão, o voto vencido discorre longamente sobre esse ponto, o que mostra que houve debate profundo a respeito da matéria.

Enquanto o voto vencedor fala de instauração da arbitragem, sem fazer referência ao art. 19 da Lei de Arbitragem, o voto vencido faz várias referências a esse dispositivo, afirmando, de forma enfática, que *“é imprescindível a efetiva instauração do procedimento de arbitragem (Lei de Arbitragem, art. 19) ou, no mínimo, o ajuizamento do pleito referido no art. 7º dessa mesma lei especial”*.

É importante ressaltar que o caso parece peculiar, pois o voto vencido esclarece que a liminar já estava em vigor por “meses e meses” e sequer se havia iniciado o “processamento da arbitragem.”

Apesar da questão estar tratada apenas no voto vencido, entendemos pertinente destacar esse ponto, porque o acórdão não deixa claro se há divergência neste ponto ou se há uma simples omissão no voto vencedor, que fala de instauração da arbitragem, mas não menciona o art. 19 da Lei de Arbitragem.

Agravo de Instrumento n.º. 384.896.4/4-00 – Tribunal de Justiça de São Paulo

Como prova concreta da viva discussão a respeito do que deve ocorrer nos 30 dias da efetivação das liminares requeridas ao Poder Judiciário quando da existência de cláusula arbitral – de novo, se deve, neste período, estar instaurado o procedimento arbitral ou se a submissão do requerimento de arbitragem é o suficiente –, faz-se referência, agora sob uma ótica diferenciada, ao acórdão proferido pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no agravo de instrumento n.º. 384.896.4/4-00. Ao conceder a liminar requerida, o Desembargador Relator Sérgio Gomes explica que existe uma demora na constituição do tribunal arbitral e esclarece o seguinte:

“Não há violação da Lei 9.307/96, porquanto a Melhoramentos não tinha outra alternativa senão socorrer-se do Poder Judiciário, uma vez que a arbitragem ainda não havia sido instituída, o que, como é notório, depende de inúmeras providências (eleição de árbitros, elaboração de respectivo requerimento, tradução de documentos etc). Além disso, a câmara eleita pelas partes é sediada na França, o que demandaria ainda mais tempo. A própria agravada, após o ajuizamento da cautelar, assumiu o compromisso de instituir a arbitragem dentro do prazo de trinta dias, o que já providenciou.”

Interessante notar que o Desembargador Relator prossegue sua análise explicando que, no prazo de 30 dias, a parte interessada tinha o “compromisso de instituir a arbitragem” o que já havia “providenciado”. Ao utilizar o termo “providenciar”, que está intimamente ligado a uma *ação* da parte interessada, parece-nos que a interpretação mais provável é aquela que exige que no prazo de 30 dias a parte *requiera* – o que equivaleria a providencie – a instituição da arbitragem, e não que este procedimento esteja efetivamente instituído neste mesmo período.

Outra observação que merece ser feita diz respeito à comunicação feita pelas partes. A partir do momento em que o acórdão afirma que a parte interessada já *providenciou* a instituição da arbitragem, é porque a própria parte que tomou tal medida tratou de informar o judiciário a respeito. Se formos um pouco além, o acórdão parece, de certa forma, prestigiar esse tipo de comunicação, pois, se observarmos bem, isso serviu, inclusive, como argumento que atesta que a cláusula arbitral prevista no contrato entre as partes estava sendo cumprida.

Como se depreende da leitura do presente estudo, no momento atual são diversos os posicionamentos sobre a questão, o que se acredita – e, sobretudo, espera-se – que, muito em breve, venha a ser pacificado, não apenas para que seja esclarecida qual a medida correta a ser tomada e em qual tempo, mas também para que se solidifique a estrutura de um procedimento que, mesmo diante da existência de cláusula arbitral, em razão de urgência do assunto, tenha que se iniciar perante o Poder Judiciário, sem deixar de preservar a análise dos fatos e o julgamento do mérito ao juízo arbitral, sem pausas, sem hiatos, como continuará a ser examinado adiante.

c. Reconhecimento da jurisdição superveniente do árbitro para examinar as medidas

Outra questão que nos pareceu merecer destaque é o reconhecimento da jurisdição superveniente dos árbitros, a partir da instauração do tribunal arbitral, para examinar as medidas que haviam sido submetidas ao Poder Judiciário.

Algumas decisões reconhecem expressamente o cabimento do reexame do pedido liminar submetido ao Poder Judiciário pelo tribunal arbitral, após a sua constituição.

Outras, por sua vez, estabelecem que a liminar concedida pelo Poder Judiciário deveria vigorar até o julgamento da arbitragem, conclusão essa que, a primeira vista, poderia ser interpretada como contrária ao instituto da arbitragem ou, pelo menos, contrária ao entendimento da doutrina majoritária, que afirma a possibilidade de reexame da questão pelo tribunal arbitral.

Entretanto, a análise dessas decisões deixa a nítida impressão de que a matéria não tenha sido discutida a fundo. Suspeita-se que os magistrados passaram ao largo do exame dessa matéria e aplicaram o entendimento cotidiano do tribunal de que as liminares, em geral, produzem efeitos até o julgamento do mérito da ação principal.

Quanto a esses pontos, gostaríamos de destacar as seguintes decisões:

Agravo de Instrumento nº 1002407600275-7/002 – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

O acórdão analisado cuida de medida cautelar proposta antes da instauração do tribunal arbitral. A liminar foi negada em primeira instância. Interposto o agravo de instrumento, o relator atribuiu efeito suspensivo ao recurso. Após a concessão do efeito suspensivo, o relator julgou prejudicado o recurso, devido à notícia de que o tribunal arbitral havia sido instaurado, e a agravante interpôs agravo regimental contra a decisão monocrática do relator. Este agravo regimental é objeto do acórdão analisado.

A turma julgadora mantém a decisão monocrática do relator, reconhecendo a competência do tribunal arbitral, uma vez instaurado, para analisar as medidas cautelares.

O acórdão faz expressa referência ao art. 22, § 4º, da Lei de Arbitragem e cita doutrina e jurisprudência a respeito da matéria.

Merece destaque, o trecho do acórdão que, indo além do reconhecimento da competência do tribunal arbitral, deixa claro que não há nenhum problema na modificação ou revogação da liminar concedida pelo Poder Judiciário pelos árbitros:

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

A possibilidade do tribunal arbitral examinar e modificar a liminar concedida pelo Poder Judiciário é entendimento pacífico na doutrina. Boa parte da jurisprudência também reconhece que, com a instauração do tribunal arbitral, a competência para analisar as medidas de urgência é transferida para os árbitros. Entretanto, é difícil encontrar decisões que expressamente declaram a possibilidade dos árbitros modificarem a decisão proferida pelo Poder Judiciário, tal qual consta do trecho acima transcrito.

Agravo de Instrumento n.º 2003.02.01.010784-5 – Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Proposta ação cautelar preparatória de juízo arbitral, o pedido de liminar foi parcialmente concedido na primeira instância. A parte autora interpôs agravo de instrumento e o relator, em decisão monocrática, atribuiu parcial efeito suspensivo ao recurso. A agravante, então, interpôs o agravo interno objeto do acórdão.

A posição adotada no acórdão é interessante, porque a cláusula compromissória celebrada entre as partes era “vazia”, o que tornou necessária a propositura da ação

prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem. Ocorre que, no intervalo entre a data da decisão monocrática e o julgamento do agravo interno, foi proferida sentença julgando procedente a ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem, o que levou à instauração do juízo arbitral.

O acórdão registra que foi interposta apelação contra aquela sentença, mas, com precisão, afirma que tal recurso não teria efeito suspensivo. E, em razão disso, termina concluindo que a competência do juiz togado para analisar as tutelas de urgência teria cessado:

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

Mais adiante, o acórdão reafirma o entendimento da melhor doutrina sobre a matéria, no sentido de que cabe ao Poder Judiciário examinar as tutelas de urgência antes da instauração do juízo arbitral:

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

Como se vê, trata-se de acórdão que enfrenta expressamente a questão da concessão de tutelas de urgência pelo Poder Judiciário e adota postura favorável à arbitragem e em linha com a doutrina especializada sobre a matéria.

Agravo de Instrumento no. 2005.002.01899 – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Trata-se de acórdão proferido em agravo de instrumento contra decisão que indeferiu pedido de liminar em medida cautelar preparatória de juízo arbitral.

Proposta ação cautelar preparatória, o pedido de liminar foi indeferido pela primeira instância. A parte autora interpôs agravo de instrumento ao qual o acórdão analisado deu parcial provimento, para autorizar a agravante a depositar em juízo metade do valor das parcelas mensais devidas de acordo com o contrato, “até a deliberação final da medida cautelar.”

O acórdão reconhece expressamente a existência e validade da cláusula compromissória. A própria ementa já anuncia que se trata de cautelar preparatória:

“Ajuizamento de medida cautelar inominada para constituição de caução em dinheiro, com pedido, enquanto não se opera a dirimência no juízo arbitral.”

Em algumas passagens, o texto registra o entendimento da turma julgadora de que o mérito da disputa será submetido à arbitragem:

“(…) deverá ser aduzido perante o Juízo voluntariamente escolhido para a dirimência das controvérsias contratuais não saneadas nas vias suasórias, que é o arbitral.”

“O que se questiona através da medida cautelar é o destino das apontadas verbas de contingência durante o período de instalação e deliberação do juízo arbitral.”

“(…) até porque o mérito da questão controvertida deverá necessariamente ser objeto de deliberação pelos árbitros, a serem eleitos certamente pelo seu escopo de conhecimento técnico da matéria específica, que não é jurídica na sua essência.”

Apesar de deixar claro que a resolução do mérito caberá ao juízo arbitral, o acórdão parece entender que a análise da medida cautelar permanecerá com o Poder Judiciário, mesmo após a instauração do juízo arbitral:

“Entendo prudente, assim, o atendimento parcial da medida liminar pretendida (...), até a deliberação final da medida cautelar (...).”

“Ressalte-se que se esta apreciando, via da presente, apenas o pedido de liminar veiculado na ação cautelar, ficando esta deliberação passível de vigência até que ocorra a decisão de mérito no processo, com pronunciamento da cognição plena.”

Vale notar que o acórdão não discute se a competência para exame da medida cautelar passaria para os árbitros após a instauração da arbitragem. A questão simplesmente não é enfrentada. A leitura do acórdão não permite afirmar que a turma julgadora examinou e concluiu que os árbitros não teriam competência para examinar a medida cautelar após a instauração da arbitragem.

Apelação Cível n.º. 16.879/2003 – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou extinto sem julgamento de mérito, por existência de convenção de arbitragem, medida cautelar proposta perante o Judiciário antes da instauração do procedimento arbitral que visava assegurar a eficácia da decisão que viesse a ser proferida naquele juízo.

Fazendo menção expressa ao art. 22, § 4º, da Lei de Arbitragem, o Desembargador Relator vota pela possibilidade de solicitação de medida cautelar ao Poder Judiciário antes da instauração da arbitragem. Acrescenta, ademais, a desnecessidade de previsão legal para esta solicitação, uma vez que, trata-se de questão lógica e de bom senso, que se a Lei de Arbitragem permite expressamente a solicitação de medidas cautelares ao Poder Judiciário durante a arbitragem, por mais forte razão, podem as medidas cautelares também serem pleiteadas antes de instaurada a arbitragem.

O ponto mais interessante do acórdão, que inclusive merece ser transcrito, dá a devida importância ao instituto da arbitragem, e reconhece a superveniência da jurisdição do árbitro para julgar a medida cautelar proposta perante o Judiciário, uma vez instaurada a arbitragem:

“Nesse caso, a toda evidência, a medida cautelar deferida pela justiça comum, e ainda por uma questão de lógica, não perderá seu objeto uma vez instaurado o tribunal arbitral. Pelo contrário, deverá prosseguir para garantir a eficácia da

decisão a ser proferida pelos árbitros, salvo se por eles for determinada alguma medida de idêntica eficácia.”

Preocupa-se o acórdão com a transição da medida requerida perante o Poder Judiciário para o tribunal arbitral; período no qual o direito das partes estaria desprotegido e razão pela qual ressalta que a medida cautelar não perderá seu objeto uma vez instaurado o tribunal arbitral. Reconhece, por outro lado, o poder do árbitro de conceder medidas que entender cabíveis para assegurar o resultado da sentença que proferirá, e, inclusive de reapreciar a própria medida deferida no acórdão.

Vale registrar, no entanto, que a interpretação da passagem “*salvo se por eles for determinada alguma medida de idêntica eficácia*” foi objeto de debate no Grupo, uma vez que “*medida de idêntica eficácia*” poderia levar à equivocada conclusão de que o tribunal arbitral não poderia decidir em sentido contrário ao do Poder Judiciário.

d. Atuação superveniente do árbitro

Se por um lado, a doutrina e os acórdãos examinados compartilham o entendimento, quase pacífico, no que diz respeito (a) à possibilidade de as partes que celebraram contrato com cláusula compromissória pleitearem ao Poder Judiciário uma medida de urgência para evitar perecimento de direito antes da constituição do tribunal arbitral e (b) ao cabimento do exame desta medida de urgência pleiteada ao Poder Judiciário pelo tribunal arbitral após a sua constituição, por outro, não há uma comunhão de opiniões a respeito de como deve ser efetivada essa espécie de transferência do conhecimento da medida do Poder Judiciário para o tribunal arbitral.

A grande preocupação da doutrina, neste ponto, é evitar a criação de um hiato de jurisdição, no qual o direito protegido pela medida de urgência possa vir a perecer. Apesar dos doutrinadores compartilharem essa preocupação, há diferentes posições a respeito dos efeitos que a instauração do tribunal arbitral gera para a medida de urgência proposta perante o Poder Judiciário.

Fala-se em extinção da ação, sem julgamento de mérito, por falta de interesse superveniente, incompetência, remessa dos autos para o tribunal arbitral, etc.

Conforme já exposto neste trabalho, essa divergência de opiniões na doutrina, provavelmente, acabou gerando uma divergência de posições também nos tribunais. Há algumas decisões nas quais magistrados, especialmente de Minas Gerais, determinaram a remessa física dos autos da medida cautelar pleiteada para o tribunal arbitral. Outros acórdãos concluíram pela extinção da medida cautelar. Num deles, foi determinada a suspensão do processo, com base no art. 265, IV, a, do CPC, por entender que o procedimento arbitral constituiria uma prejudicial externa à arbitragem.

Dentre essas decisões, entendemos interessante destacar as seguintes:

Agravo de Instrumento nº 1.0480.06.083392-2 – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Trata-se de acórdão amplamente favorável à arbitragem.

Proposta ação cautelar perante o Poder Judiciário antes da instauração do tribunal arbitral, foi concedida liminar em disputa societária. A parte ré interpôs agravo de instrumento alegando, dentre outras questões, a incompetência da justiça estatal para analisar a medida cautelar e pleiteia a extinção do processo sem julgamento do mérito.

O acórdão traz várias citações de doutrina a respeito da competência dos árbitros para examinar as medidas coercitivas e cautelares e faz referência expressa ao art. 22, § 4º, da Lei de Arbitragem.

Após longas transcrições de doutrina, o acórdão conclui que, instaurado o tribunal arbitral, os **autos da ação cautelar devem ser encaminhados** aos árbitros.

Conforme já destacado neste trabalho, esta solução não parece ser a mais adequada de acordo com a maioria da doutrina, muito embora o acórdão transcreva doutrinadores que defendem essa posição.

O ponto interessante neste acórdão, que adota posição seguida em outros acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (n.ºs 2.0000.00.410533-5/000(1) e 1002407600275-7/002 (1)), é que a turma julgadora, além de prestigiar a arbitragem e

reconhecer a competência dos árbitros para analisar as medidas cautelares, equipara o tribunal arbitral a um órgão do Poder Judiciário, no momento em que determina a remessa física dos autos para os árbitros.

Na verdade, o que os desembargadores fizeram foi o mesmo que eles estão acostumados a fazer quando outro órgão do Poder Judiciário é competente para julgar o caso submetido a eles: remeter os autos para o juiz competente. Eis a lógica da decisão.

Portanto, apesar de não adotar o posicionamento da doutrina mais tradicional a respeito do assunto, não se pode dizer que essa decisão seja contrária à arbitragem, uma vez que prestigia o instituto ao extremo.

Agravo de Instrumento no. 70011856937 – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

O acórdão analisado trata de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nos autos de ação consignatória que havia suspenso os depósitos que vinham sendo feitos na referida ação. A agravante sustenta ser irreversível e prejudicial ao mérito, a decisão proferida na ação consignatória, uma vez que supera a dúvida que funda a discussão. Alega, ademais, que o julgamento das ações consignatórias depende de decisão final a ser proferida em juízo arbitral em curso que havia, inclusive, determinado a manutenção do *status quo* entre as partes, o que seria conflitante com a decisão agravada.

Inicialmente o acórdão aponta a incompetência do Judiciário para analisar a postulação da autora diante da existência de cláusula compromissória pactuada livremente entre as partes, e ressalta, inclusive, a inexistência de qualquer afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Segue o acórdão então, ao ponto que merece ser destacado. No decorrer de seu voto, a relatora acata a alegação da agravante, e reconhece a prejudicialidade da ação consignatória frente ao que se processa no juízo arbitral; razão pela qual determina a suspensão do processo em atendimento ao disposto na alínea ‘a’ do inciso IV do art. 265 do Código de Processo Civil.

A decisão unânime da câmara julgadora entende que o processo em curso no tribunal arbitral constitui prejudicial externa da ação consignatória, devendo esta, portanto, ser suspensa até que seja proferida decisão naquele tribunal.

Diante do prestígio que o acórdão ora analisado dá ao instituto da arbitragem e o respeito que o mesmo demonstra pela livre escolha das partes de submeter seus litígios a um tribunal arbitral, é de extrema importância e relevância o seu destaque.

V. CONCLUSÃO

A autoridade de uma lei repousa no crédito que a sociedade lhe confere. A sociedade assim o manifesta mediante a executoriedade de uma lei. Não há executoriedade sem a força que a imponha, seja ela direta ou não, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva ou hermenêutica, coercitiva ou reguladora.¹¹ A própria Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen já dizia que “o Direito não pode, na verdade, existir sem a força, mas que, no entanto, não se identifica com ela”.¹²

A Parceria Acadêmico-Científica entre a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e o Comitê Brasileiro de Arbitragem buscou investigar, nesse sentido, justamente a postura do Poder Judiciário e da sociedade diante da Lei de Arbitragem. Essa iniciativa é de extrema relevância, pois, como já disse Eça de Queirós, só a observação dos fenômenos dá a ciência das coisas.¹³

A ausência do poder de coerção do árbitro no cumprimento de suas deliberações condiciona a executoriedade da Lei de Arbitragem, necessariamente, à atuação do Poder Judiciário. Destaca-se, neste particular, a participação cooperativa do Poder Judiciário na imposição forçada de uma medida cautelar preparatória, *i.e.* antes de instaurado o tribunal arbitral com o objetivo de assegurar a eficácia da sentença arbitral (*pré-*

¹¹ DERRIDA, Jacques. Força de Lei. São Paulo: WMF Martinsfontes. 2007. p. 9.

¹² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 238.

¹³ QUEIRÓS, Eça de. Cartas inéditas de Fradique Mendes. Porto: Lello e Irmão. 1929. p. 199.

arbitral), ou das medidas cautelares ou coercitivas proferidas pelo tribunal arbitral, mas que dependem do poder de coerção, característica do Poder Judiciário, para serem levadas a efeito (*fase arbitral e pós-arbitral*).

A pesquisa empírica sobre a qual se debruçou este relatório, que adotou, para este fim, a distinção entre as três fases da arbitragem (*pré-arbitral, arbitral e pós-arbitral*) demonstrou, como se viu, que a vasta maioria dos casos em que se recorreu ao Poder Judiciário está na fase pré-arbitral, *i.e.*, antes de instaurado o tribunal arbitral.

Com efeito, de 65 decisões que trataram sobre medidas de urgência e coercitivas, levantadas durante a primeira fase da Pesquisa FGV-CBAR, 57 diziam respeito à fase pré-arbitral, enquanto apenas 8 surgiram após a instauração do tribunal arbitral. Isto demonstra que após a instauração do tribunal arbitral a atuação do Poder Judiciário diminui substancialmente. A razão desse fenômeno, concluiu o Grupo, está, talvez, na celeridade pela qual é conhecida a arbitragem de maneira a demonstrar a desnecessidade de uma medida cautelar. Outra possibilidade, talvez, esteja no cumprimento espontâneo das medidas conferidas pelo árbitro fruto da estreita relação do julgador com a causa e as partes e da ampla aceitação que a arbitragem vem recebendo do Poder Judiciário.

Apesar disso, a pesquisa empírica que ora se conclui demonstrou que embora exista alguma divergência entre os diversos órgãos judiciais do país, às vezes presente até mesmo dentro de um único órgão, o sentimento geral é que o Poder Judiciário vem colaborando com a arbitragem.

Louváveis, a esse respeito, se mostraram algumas decisões dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, cujo entendimento de que cabe ao árbitro a adjudicação final da matéria, inclusive quanto à cautelar pleiteada no Poder Judiciário, se mostrou unânime. No Tribunal de Justiça de São Paulo, que concentrou a vasta maioria dos casos, igualmente se viu a ampla aceitação da Lei de Arbitragem. De um total de 37 decisões a respeito do reconhecimento de medidas pré-arbitrais, 33 foram favoráveis à arbitragem.

Esta conclusão é impressionante tendo em vista o curto tempo da promulgação da Lei de Arbitragem e, menor ainda, do reconhecimento de sua constitucionalidade.

Por outro lado, a pesquisa mostrou que pela simples leitura dos acórdãos disponíveis, talvez por serem os acórdãos analisadas – em sua maioria – em sede de agravo de instrumento e instrução cautelar, foi extremamente difícil a tarefa de apurar os fatos subjacentes da disputa a ponto de se chegar a um claro entendimento da causa. Por vezes, a argumentação jurídica se mostrava contraditória. Noutras, a ausência de informação se mostrava impossível de ultrapassar.

Esta característica, enquanto não limitada aos casos envolvendo a arbitragem, demonstra, de certa maneira, um traço do sistema romano-germânico (internacionalmente conhecido como *civil law*), que não confere às decisões judiciais o caráter de obrigatoriedade sobre casos futuros que detêm os julgados no sistema da *common law*.

Como se vê na prática brasileira, um caso isolado, propriamente, não constitui jurisprudência e não há para os juízes qualquer obrigatoriedade para aplicar aquele julgamento e dar, de certa forma, coerência ao posicionamento que o Poder Judiciário tem sobre determinada questão. A força normativa das decisões advém não dá *communis opinio juris* do povo, mas do prestígio que permite a formação da jurisprudência.¹⁴ A jurisprudência, no entanto, por vezes é composta de postulados onde é impossível apurar a situação fática do caso concreto e poder distinguir ou aproximar o caso concreto ao postulado jurisprudencial.

Nos sistemas que tendem a adotar a *common law*, por outro lado, um único julgado é considerado precedente obrigatório, pois, diante das lacunas existentes intencionalmente na lei, declara a existência de uma norma jurídica. A jurisprudência torna-se, portanto, a primeira fonte do direito.

¹⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. p. 51.

Nesse aspecto, a argumentação jurídica do sistema romano-germânico deveria ter uma específica maneira de prestigiar o precedente judicial, de forma a propiciar uma uniformização das decisões e a extensão dos argumentos de uma decisão para outras análogas, assim como propiciar uma maior comunicação entre doutrina e jurisprudência. A evolução das leis e o entendimento pela sociedade de seu significado é um processo contínuo, que depende da constante atualização das decisões judiciais.¹⁵

A preocupação de que um julgado venha a ser prestigiado em caso análogo pode se mostrar essencial para que a argumentação jurídica, desenvolvida em decisões proferidas em primeira e segunda instâncias, venha a ser objeto de maior atenção e cuidado, propiciando, de forma coerente, o entendimento pela sociedade da lei e seu significado.

Por outro lado, é possível que essas incoerências decorram da sobrecarga dos magistrados com o número excessivo de processos. A pressão para que os juízes julguem um número gigantesco de casos todos os dias, para evitar o acúmulo de processos, dificulta, por questões óbvias, a análise mais aprofundada de certas matérias.

Conquanto alguns julgados tenham demonstrado tal preocupação, ainda persiste a necessidade de que as decisões se sustentem autonomamente. Em determinados momentos, o que se viu foram decisões que, ao discutirem uma medida de urgência na fase pré-arbitral, começam por dizer, com base no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que não cabe às partes afastar a competência do Poder Judiciário, para em seguida defender e aplicar a autonomia da vontade ao reconhecerem a arbitragem para fins do artigo 806 do CPC e preverem a possibilidade de medida cautelar perante o Judiciário.¹⁶ Posições que, ao menos à primeira vista, seriam antagônicas.

¹⁵ CRUZ E TUCCI. José Rogério. Precedente judicial como fonte de direito, São Paulo, RT, 2004, p. 25.

¹⁶ TJSP. Apelação Cível com Revisão de No. 415.167-5/0-00, Apte. Companhia Aix de Participações e Apda. Concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A. Dês. Rel. Francisco Vicente Rossi. j. em 24 de setembro de 2007.

Sem embargo, dentre as divisões realizadas, o resultado da pesquisa demonstrou a maturidade do Poder Judiciário no que concerne às medidas cautelares e coercitivas na arbitragem.

Com efeito, de 57 decisões que trataram do reconhecimento do cabimento de medidas pré-arbitrais, 53 reconheceram que a atuação do Poder Judiciário estava limitada à fase pré-arbitral e a autoridade do tribunal arbitral de, ao final, decidir sobre o mérito da arbitragem. Conquanto tenham surgido alguns casos em que se estendeu à medida cautelar proferida em sede judicial efeitos válidos até a prolação da sentença final, restou-se, no Grupo, o sentimento de que a autoridade do árbitro de eventualmente rever a medida cautelar judicial estava amplamente reconhecida.

A questão acerca do atendimento ao art. 806 do Código de Processo Civil, talvez pela pouca quantidade de decisões judiciais que trataram da matéria, apenas 6 acórdãos especificaram qual o ato necessário para se cumprir o exigido pela norma legal, se mostrou menos uniforme. São diversos os posicionamentos que o Judiciário tem sobre a questão. Por vezes, adotou-se o critério que o simples pedido de instauração da arbitragem já seria suficiente. Noutras, exigiu-se a instituição da arbitragem que, se tomado literalmente, requer estejam todos os árbitros confirmados no painel (v.g., art. 19 da Lei de Arbitragem).

De igual modo, a jurisdição superveniente do árbitro para examinar as medidas pré-arbitrais proferidas pelo Poder Judiciário, embora reconhecida em algumas decisões, se mostrou ainda ser questão em aberto. Algumas decisões reconheceram expressamente o cabimento do reexame do pedido liminar submetido ao Poder Judiciário pelo tribunal arbitral, uma vez constituído. Outras, estabeleceram que a liminar concedida pelo Poder Judiciário deveria vigorar até o julgamento final da arbitragem. Conquanto tal dicotomia possa deixar a impressão de que a matéria ainda esteja em aberto, o Grupo concluiu que, possivelmente, os julgadores tenham se baseado, por uma questão natural, na prática corriqueira do processo judicial em que as liminares, em geral, produzem efeitos até o julgamento do mérito da ação principal. Não foi possível, portanto, a identificação de uma estatística específica da questão, muito

embora tenha parecido ao Grupo que a questão está no sentido do reconhecimento da jurisdição superveniente do árbitro para examinar as medidas proferidas judicialmente.

Diante das conclusões acima mencionadas, verificou-se que o Poder Judiciário, como representante dos valores sociais, vem conferindo ampla aceitação e executoriedade à Lei de Arbitragem, principalmente no que diz respeito à sua atuação nas medidas de urgência e cautelares.

VI. ANEXOS

a. Modelo de Ficha de Leitura

Ficha de Leitura do Inteiro Teor dos Acórdãos

Grupo 2 – Medidas de Urgência e Medidas Coercitivas

Pesquisador:

Tribunal:

Câmara:

Partes:

Demandante:

Demandado:

Classe Processual:

Número do Processo:

Data do Julgamento:

Arbitragem institucional ou ad hoc?

Ementa

1. Breve resumo do caso

2. Temas centrais da decisão

3. Ação

- a) Medida de urgência ou medida coercitiva?
- b) Medida cautelar nominada ou inominada?
- c) A medida a que se refere a decisão foi preparatória ou incidental à arbitragem?
- d) Com relação às medidas cautelares preparatórias:
- e) O prazo previsto no art. 806 do CPC foi cumprido?
- f) Qual ato foi levado em consideração, para fins de se verificar o cumprimento do prazo previsto no art. 806 do CPC? (Ação principal ajuizada perante a justiça estatal, requerimento de instauração da arbitragem ou constituição do Tribunal Arbitral)
- g) O Poder Judiciário admitiu a arbitragem, para os fins do art. 806 do CPC?
- h) O que aconteceu com o processo cautelar, após a instituição da arbitragem?
- i) O Tribunal Arbitral revogou ou modificou a medida de urgência deferida pelo Poder Judiciário?

4. Decisão e Motivação

- a) Extinguiu o processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VII)? A pedido da parte ou de ofício?
- b) Julgou o mérito ou analisou apenas questões procedimentais (pressupostos processuais, por exemplo)?
- c) Aplicação técnica da lei de arbitragem:
- d) Houve referência à cláusula compromissória e ao regulamento de arbitragem da câmara arbitral escolhida pelas partes?
- e) A cláusula compromissória previa a possibilidade das partes recorrerem ao Poder Judiciário, para requererem medidas de urgência?
- f) A decisão faz referência à competência dos árbitros, para análise e concessão de medidas cautelares requeridas pelas partes?
- g) Aplicou/levou em consideração o disposto no regulamento de arbitragem?
- h) Houve alteração de posicionamento, em relação à decisão de primeira instância?
- i) Quais foram os artigos de lei citados?
- j) Houve o deferimento da medida de urgência ou coercitiva requerida?
- k) A medida deferida possuía, ou não, caráter satisfativo?

5. Conceitos técnicos utilizados pela decisão

- a) Medida preparatória, antecedente à instituição da arbitragem e a constituição do Tribunal Arbitral.
- b) Limites subjetivos e objetivos da convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso arbitral).
- c) Efeito negativo da cláusula compromissória.

- d) Princípio da competência-competência.
- e) Foi possível identificar, na decisão analisada, se o caso se refere à cláusula compromissória ou a compromisso arbitral? Sendo cláusula compromissória, se esta era cheia ou vazia?
- f) Foi possível identificar, na decisão analisada, se à cláusula compromissória ou regulamento de arbitragem da câmara escolhida fazia alusão à possibilidade de as partes requererem ao Poder Judiciário medidas de urgência?
- g) Competência do árbitro para decidir, ao final, a questão, mantendo ou revogando a medida (de urgência ou coercitiva) deferida pelo Poder Judiciário.
- h) Conflito de jurisdições.

6. Relação entre demandas

A partir da leitura do inteiro teor da decisão, é possível apontar a existência de mais de uma decisão, no mesmo caso, referente ao mesmo tema ou aos demais campos temáticos?

7. Observações (campo livre para observações do pesquisador e do grupo de trabalho)

b. Lista de Acórdãos Analisados

- TRF4** APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2001.71.03.002113-0.
TRF2 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2003.02.01.010784-5;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2003.02.01.010784-5; e

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº
2003.02.01.010784-5
TJDF AGRAVO DE INSTRUMENTO no AG N. 2002.00.2.007481-2
TJMG AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0480.06.083392-2;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2.0000.00.410.533-5;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2.0000.00.3035-1;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2.0000.00.308621-7;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2.0000.00.474394-2;

AGRAVO INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº
1.0024.07.600275-7;

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº
1.0480.06.083392-2; e

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº
2.0000.00.303235-1.
TJRS AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70011856937;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0012094157; e

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70012190625.
TJRJ AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2003.002.07759;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005.002.01899;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005.002.08724;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2007.002.7601;

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.001.01004;

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.001.16879; e

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007.001.47555.

TJSP AGRAVO DE INSTRUMENTO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 450.864-4 E 450.864-4.6-0;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 7.117.274-0;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 108.124-0-0.3;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 109.937-8-0.0;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 110.661-4-0.8;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 111.975-5-0.1;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 149.676-4.6;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 240.062-4.8-00;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 245.257-4.4;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 245.789-4.2;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 273.480-4.1;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 280.034-4.3;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 284.584-4.1;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 285.741-4.6;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 291.268-4.6-00;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 327.041-4.6-00 Nº2

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 382.507-4.6-00;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 384.896-4.4-00;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 388.797-4.1-00;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 389.597-4.6-00;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 390.493-4.4-00;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 405.636-4.0-00;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 419.744-4.0-00 e 429.663-4.8-00

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 419.889-4.0-00;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 435.393-4.4;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 472.438-4.1-00;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 472.947-4.4-00;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 500.800-4.1-00;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 501.512-4.4-00;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 505.646-4.4-00;

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 510.534-4.5-00

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 668.541-00.3;

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 391.726-4.8-01 e 391.726-4.6-00;

AGRAVO REGIMENAL Nº 254.789-4.4-01;

APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO Nº 415.167-5.0-00;

APELAÇÃO CÍVEL Nº 172.457-4.00;

APELAÇÃO CÍVEL Nº 177.517-4.1-00;

APELAÇÃO CÍVEL Nº 327.041-4.6-00;

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 472.947-4.6-01

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 385.142-4.1-00;

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 444.361-4.0-00;

MEDIDA CAUTELAR Nº 452.824-4.7-00; e

MEDIDA CAUTELAR Nº 494.408-4.6.