



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA**

ANELISE CHAIBEN

**AS MEDIDAS CAUTELARES NA ARBITRAGEM:
VIABILIDADE DE ACESSO À JUSTIÇA**

Londrina
2008

ANELISE CHAIBEN

**AS MEDIDAS CAUTELARES NA ARBITRAGEM:
VIABILIDADE DE ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientadora: Profa. Dra. Rozane da Rosa Cachapuz

Londrina
2008

ANELISE CHAIBEN

**AS MEDIDAS CAUTELARES NA ARBITRAGEM:
VIABILIDADE DE ACESSO À JUSTIÇA**

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Rozane da Rosa Cachapuz

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira

Prof. Dr. Cezar Bueno

Londrina, 27 de janeiro de 2009.

Ao Marcelo, fiel escudeiro, na luta diária pela vitória.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por tantas bênçãos derramadas em minha vida, por tantas realizações vividas especialmente neste ano.

A Dra. Rozane da Rosa Cachapuz que foi um marco na minha trajetória de estudo, a pessoa que ressuscitou em mim a vontade de lutar pelos meus ideais, um exemplo de humanidade e sensibilidade para com a busca da justiça, inspiradora à realização de todo este estudo.

Ao Dr. Cezar Bueno, conhecedor da sociedade e das suas necessidades, agradeço a atenção e o cuidado para com o tema proposto.

Ao Dr. Lourival José de Oliveira, exemplo de dedicação e disciplina, que com compreensão, me alertou e me animou a finalizar esta tarefa.

Ao Marcelo, meu amor, a quem devo tantas conquistas, o companheiro que Deus presenteou na minha vida.

Aos demais professores e ao Francisco por toda sua dedicação e prontidão aos alunos do mestrado.

Aqueles que indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho.

"Tudo indica, por conseguinte, que será sinal de maturidade jurídica a crescente utilização da arbitragem para solução de conflitos."

Miguel Reale

CHAIBEN, Anelise. **As medidas cautelares na arbitragem**: viabilidade de Acesso à Justiça. 2008. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008.

RESUMO

O presente estudo apresenta o tema das medidas cautelares no âmbito da arbitragem, tendo em vista a problemática trazida pelo art. 22, parágrafo 4º da Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996, que possibilitou ao árbitro solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário originariamente competente para julgar a causa. Apresenta os principais aspectos relativos à arbitragem, as suas particularidades como meio extrajudicial de resolução de conflitos. Aborda, outrossim, a importância dos princípios e as convenções que regem o instituto, a função do árbitro, a composição do tribunal arbitral e o seu procedimento. Quanto à tutela cautelar, aponta os correspondentes, *fumus boni juris* e *periculum in mora*, e toda a sistemática no processo civil, com enfoque na atuação do juiz diante do poder geral de cautela. Traz as opiniões relevantes sobre a observância prática de atuação do árbitro e análise da alternativa para maior efetividade na utilização das medidas, qual o procedimento e decisões de competência do árbitro e do juiz togado, inclusive na execução de medidas cautelares deferidas no exterior. Conclui demonstrando que deve haver coerência entre o instituto da arbitragem e do processo cautelar tratado no Código de Processo Civil com objetivo de dar efetividade ao direito, possibilitando o almejado acesso à justiça previsto na Constituição Federal.

Palavras-chave: Medidas. Cautelares. Arbitragem. Competência. Processo civil. Efetividade. Acesso à justiça.

CHAIBEN, Anelise. **Caution in the arbitration**: access to justice. 2008. 151f. Dissertation (Master Degree of Negocial Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008.

ABSTRACT

The present study it presents the subject of the writs of prevention in the scope of the arbitration, in view of the problematic one brought for art. 22, paragraph 4^o of Law N. 9.307 of 23 of September of 1996, that the agency of originarily competent the Judiciary Power made possible the arbitrator to request them it to judge the cause. It presents the main relative aspects to the arbitration, its particularities as half extrajudicial of conflict resolution. It approaches, in a similar way, the importance of the principles and the conventions that conduct the institute, the function of the arbitrator, the composition of the arbitral court and its procedure. How much to the action for a provisional remedy guardianship, it points the correspondents, *fumus boni iuris* and *periculum in deferred payment*, and all systematics in the civil action, with approach in the performance of the judge ahead of the general power of caution. It brings the excellent opinions on the practical observance of performance of the arbitrator and analysis of the alternative for bigger effectiveness in the use of the measures, which the procedure and decisions of ability of the arbitrator and the judge judge, also in the execution of granted writs of prevention in the exterior. It concludes demonstrating that it must have coherence enters the institute of the arbitration and the preventive injection treated in the Code to Civil action with objective to give effectiveness to the right, making possible the longed for access to the justice foreseen in the Federal Constitution.

Keywords: Measures. Action for a provisional remedy. Arbitration. Ability. Civil action. Effectiveness. Access to justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ARBITRAGEM	12
2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA ARBITRAGEM: DIFERENÇA DOS OUTROS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	13
2.2 O PAPEL DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS	16
2.3 OBJETO DA ARBITRAGEM.....	22
2.4 A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	23
2.5 PRINCÍPIOS JURÍDICOS DA ARBITRAGEM	27
2.5.1 Princípio da Autonomia de Vontade	28
2.5.2 Princípio da Boa-Fé.....	30
2.5.3 Princípio do Devido Processo Legal.....	32
2.6 CONVENÇÕES DE ARBITRAGEM	34
2.6.1 Cláusula Compromissória	35
2.6.2 Compromisso Arbitral	38
3 PROCEDIMENTO ARBITRAL	39
3.1 TIPOS DE PROCEDIMENTO	40
3.1.1 Rito Escolhido pelas Partes.....	40
3.1.2 Rito Definido pela Instituição Arbitral.....	40
3.1.3 Rito Definido pelo Árbitro.....	41
3.2 DA AUDIÊNCIA	42
3.2.1 Fase Postulatória	42
3.3 PRINCÍPIOS DO PROCEDIMENTO ARBITRAL.....	44
3.3.1 Princípio do Contraditório e da Igualdade das Partes	44
3.3.2 Princípio da Imparcialidade do Árbitro.....	45
3.3.3 Princípio do Livre Convencimento do Árbitro	47
3.4 O ÁRBITRO E SUA FUNÇÃO	48
3.5 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	52
3.6 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO	55

4 PROCESSO E TUTELA CAUTELAR	57
4.1 TEORIZAÇÃO DA TUTELA CAUTELAR	57
4.2 O PROCESSO CIVIL E A VISÃO BRASILEIRA	61
4.3 FINALIDADE DO PROCESSO E MEDIDA CAUTELAR	64
4.4 ASPECTOS DISTINTIVOS DA TUTELA CAUTELAR	66
4.5 CONDIÇÕES DA AÇÃO CAUTELAR	73
4.6 MÉRITO DA AÇÃO CAUTELAR	76
4.6.1 <i>Fumus Boni Júrís</i>	77
4.6.2 <i>Periculum In Mora</i>	78
4.6.3 O Pedido	80
4.7 DO PROCEDIMENTO	82
4.8 PODER GERAL DE CAUTELA.....	84
5 MEDIDA CAUTELAR NA ARBITRAGEM	88
5.1 LIMITAÇÕES DO ÁRBITRO E INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	89
5.2 DO REQUERIMENTO E EXECUÇÃO DAS MEDIDAS	93
5.3 DO PROCEDIMENTO	97
5.3.1 Na Medida Cautelar Preparatória	99
5.3.2 Na Medida Cautelar Incidental	100
5.4 DECISÕES CAUTELARES INAUDITA ALTERA PARTE E EX-OFFICIO	107
5.5 EXECUÇÕES NO BRASIL DE MEDIDAS CAUTELARES PROFERIDAS NO EXTERIOR.....	108
6 DO ACESSO À JUSTIÇA	111
6.1 CONOTAÇÃO ATUAL.....	115
6.2 APLICAÇÃO NO DOMÍNIO DAS CAUTELARES NO PROCEDIMENTO ARBITRAL.....	119
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	124
REFERÊNCIAS	127
ANEXO	137
ANEXO A – Lei no. 9.307 de 23 de setembro de 1.996 – Lei de Arbitragem.....	138

1 INTRODUÇÃO

O papel do Estado se perfaz em propiciar à população o alcance a uma prestação jurisdicional mais rápida, confiável, eficiente e menos onerosa, ofertando, acima de tudo, segurança jurídica.

Com referência ao Brasil, a edição da Lei 9.307, vigente desde 23 de setembro de 1996, que institui a arbitragem, tem o mérito de introduzir importantes modificações no sistema jurídico, antes monopolizado pelo Estado, via Poder Judiciário, na função de *dizer o direito*.

No entanto, somente a partir de 2001, com a declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o instituto da arbitragem obteve a segurança necessária a sua utilização como meio extrajudicial de solução de controvérsias em colaboração com o Poder Judiciário.

O tema abordado preconiza a arbitragem, como meio alternativo de solução de conflitos e acesso à Justiça, no âmbito da utilização de medidas cautelares previstas pelo sistema processual civil, a fim de evitar danos ou favorecer o ilícito pelo tempo decorrido até a decisão final do processo.

O primeiro capítulo trata de noções gerais da arbitragem e suas características, bem como do seu objeto, natureza jurídica e princípios. Traz aspectos relevantes da arbitragem como meio de promoção da paz social e realização do ideal de justiça, com a determinação da cláusula compromissória e do compromisso arbitral.

Na seqüência, o segundo capítulo dispõe sobre o procedimento arbitral, discorrendo sobre as funções do árbitro e do tribunal arbitral, sua escolha e composição, a ordem do julgamento e seus relevantes princípios.

No terceiro capítulo prima-se pelo processo e tutela cautelar, com observância ao Código de Processo Civil, ressaltando os requisitos do *fumus boni juris* e *periculum in mora*, bem como o poder geral de cautela do juiz, na função de dar efetividade ao processo.

O quarto capítulo, ponto crucial deste estudo, trata das medidas cautelares na arbitragem. As medidas cautelares, como se pretende demonstrar, são

vitais aos procedimentos arbitrais, a garantir resultados satisfatórios e eficazes pelo decurso do tempo. Pela importância das medidas urgentes, o legislador outorgou a possibilidade aos árbitros para solicitarem medidas cautelares, como se observa no artigo 22, § 4º, da Lei de 9.307/96.

A questão de maior complexidade reside na competência para apreciar e executar as medidas cautelares no procedimento arbitral, levando em consideração o artigo anteriormente citado.

Tendo em vista a divergência de opiniões em contrapartida aos princípios próprios da arbitragem, no final há questões de cunho pragmático acerca da suficiência do procedimento arbitral a dirimir controvérsias, inclusive de cunho urgente.

Sendo que, no quinto e último capítulo, ressalta-se a importância da garantia do acesso à justiça em consonância com a urgência das medidas cautelares e a efetividade da arbitragem.

O levantamento bibliográfico é abrangente para afirmação da arbitragem em correspondência as medidas cautelares previstas no ordenamento processual civil. A metodologia é pautada pelos fundamentos de urgência das medidas cautelares em consonância com os princípios de agilidade do procedimento arbitral. O método utilizado é o indutivo, eis que o conteúdo que se intenta apresentar na conclusão será da caracterização da arbitragem e da medida cautelar, em consonância com a interferência do Poder Judiciário nas medidas a cargo do árbitro.

Com efeito, o tema se mostra atual e envolvente, na medida em que se aperfeiçoa o instituto arbitragem e sua correspondência com a coercitividade ínsita ao Poder Judiciário, detentor de todos os elementos da jurisdição.

A problemática é centrada se haveria conveniência, segundo a perspectiva da arbitragem, da utilização de medidas cautelares no procedimento arbitral, os riscos, prejuízos e benefícios são analisados no decorrer dos tópicos do presente estudo, com amparo na melhor e atualizada doutrina, inclusive no aspecto do acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal Brasileira.

Não seria a arbitragem o meio mais adequado de acesso à Justiça; considerando a ausência de rigoroso formalismo processual que dá espaço a maior efetividade na solução do conflito?

2 ARBITRAGEM

A arbitragem, segundo seu significado terminológico é o julgamento feito por um ou mais árbitros, deriva do verbo latino *arbitrare* ou *arbitrari*, que significa julgar como juiz¹.

A arbitragem, com sua regulamentação na vigente Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, é reconhecida como forma alternativa ao Poder Judiciário de dirimir controvérsias, na qual um ou mais árbitros decidem sobre o conflito de interesses. Trata-se de exercício processual em que o julgador, ou seja, o árbitro pode valer-se de mecanismos idênticos ou não aos da justiça comum, com a finalidade de prolatar sentença sobre a questão.

Na visão de Maristela Basso²

Da essência da arbitragem, como instituto privado de escopo pacificador de conflitos em âmbitos nacional e internacional e enquanto processo adjudicatório é inerente os atributos da “celeridade” e a da “desformalização”, fundamentais para determinar o espaço de negociações no qual seja possível contentar as partes envolvidas no conflito, bem como reduzir o tempo de espera pela decisão adequada, oportuna e eqüitativa.

Portanto, trata-se de mecanismo privado de solução de controvérsias, no qual um terceiro impõe uma solução às partes, uma vez que goza da confiança de ambas já no início do procedimento.

¹FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, Marques Guimarães. **DICIONÁRIO BRASILEIRO GLOBO**. 55 ed. Globo, 2002.

²BASSO, Maristela. **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido. Atlas, São Paulo, 2007, p. 1-2.

2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA ARBITRAGEM: DIFERENÇA DOS OUTROS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O árbitro, escolhido pelas partes, por meio da assinatura da cláusula compromissória e/ou do compromisso arbitral impõe, por meio da sentença arbitral, a solução da controvérsia havida entre os envolvidos.

Esta característica impositiva da arbitragem a distingue dos demais meios de solução extrajudicial de litígios, tais como a mediação e a conciliação.

A mediação se caracteriza por ser um meio de aproximação entre as partes. Alexandre Freitas Câmara³ conceitua mediação como sendo “técnica de solução de conflitos através da qual um terceiro exerce a função de aproximar as partes a fim de que os próprios litigantes ponham termo ao seu conflito, direta e pessoalmente”.

De maneira que, na mediação, a figura do mediador está para ponderar o ânimo das partes e fazer com que seja, por elas, decidido o curso da solução, o que mais convém ao interesse de ambas.

Na mediação há desdobramento de etapas, onde se investiga o problema, avaliam-se as opções que melhor acomodam os interesses conflitantes, a fim de que a relação entre os envolvidos continue da melhor maneira possível no futuro.

Na conciliação, um terceiro tem a função de restabelecer a comunicação entre as partes, conduzindo as negociações, para que estas, por si, solucionem o conflito. O autor conceitua conciliação como “técnica na qual um terceiro realiza atividades de comandar a negociação entre as partes, aparando as arestas existentes entre os litigantes, para que cheguem a uma solução de consenso”.⁴

A conciliação tem caráter voluntário, privado, informal e confidencial, onde as partes participam ativamente, o conciliador tem o papel de discutir as propostas de acordo e as partes mantêm o controle sobre o resultado do processo.

De modo que a mediação e a conciliação são meios de autocomposição de litígios, uma vez que cabe às próprias partes chegarem a uma

³CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei 9.307, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997. p. 128.

⁴ Ibid., p. 129.

solução, pondo termo a seus conflitos.

A arbitragem é uma das formas de resolução de conflitos mais antiga no curso da humanidade, também chamada de heterocomposição, por meio da sujeição da vontade das partes a um terceiro, sem o recurso da força. A lei expressamente não define a arbitragem, estando na doutrina seu conceito e definição, como meio de heterocomposição de litígios.

Para Luiz Antunes Caetano⁵, arbitragem é o “método, meio e modo adequado à solução de conflitos, disputas ou controvérsias entre particulares, por árbitro(s) de sua escolha, ou por indicação, excluindo-se, assim, a solução por meio de uma ação judicial”.

Na concepção do autor, a arbitragem foge totalmente ao amparo do Poder Judiciário, o que efetivamente não ocorre. Isto por que a Constituição Federal brasileira prescreve no inc. XXXV do art. 5º. que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito, determinando que sempre haja o socorro a uma decisão final proferida por juiz togado, como no caso de nulidade da sentença arbitral, por exemplo.

A concepção de Carlos Alberto Carmona⁶ é mais adequada neste aspecto, pois o objetivo é que não haja a intervenção estatal:

A arbitragem é um meio de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Para maior precisão José Cretella Júnior⁷, conceitua a arbitragem:

⁵CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação**: rudimentos. São Paulo: Atlas, 2002. p.15.

⁶CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário a Lei 9.307/96. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 51.

⁷CRETELLA JUNIOR, José. **Da Arbitragem e seu Conceito Categorical**. Revista de Informação Legislativa - Brasília, ano 25, n. 98, 1998, p. 137-8.

É o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

É possível visualizar, com base nas concepções acima, que a arbitragem é reconhecida pelo sistema jurídico como um procedimento privado de solução de controvérsias, em que o árbitro faz a função do juiz estatal, porém sem investidura pública, como juiz na voz do Estado.

José Eduardo Carreira Alvim⁸ considera a arbitragem como sistema que se encontra ao lado da atividade estatal. Afirma que o Estado, em vez de interferir nos conflitos, permite que terceira pessoa o faça. De modo que a arbitragem “nada mais é do que a resolução do litígio por meio de árbitros, com a mesma eficácia da sentença judicial”.

Para melhor compreensão, Selma M. Ferreira Lemes⁹ *apud* René David, conceitua que: “a arbitragem é uma técnica que visa dar a solução de uma questão que interessa a relação entre duas pessoas, por uma ou mais pessoas, o árbitro ou os árbitros, que detêm seus poderes de uma convenção, sem ser investidos desta missão pelo Estado”.

Este conceito permite esclarecer que o instituto da arbitragem é técnica extrajudicial, porque os árbitros são investidos pelas partes para solucionar a controvérsia, não recebendo diretamente do Estado esta função.

Dessa forma, só ocorrerá intervenção do Poder Estatal quando houver necessidade de utilizar-se do poder de coerção diante da resistência de alguma das partes ou de terceiros.

As partes, ao optarem pela arbitragem, conferem poderes a um terceiro

⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentário a Lei de Arbitragem**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 128.

⁹ LEMES, Selma M. Ferreira *apud* René David. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Trad. Herminio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. In: SELMA M. FERREIRA LEMES. **Arbitrariedade de Litígios na Propriedade Intelectual**. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: out. 2008.

para que este solucione seu conflito. Podem nomear um único árbitro ou um Tribunal Arbitral, formado por um grupo de árbitros, sempre em número ímpar. Esse órgão arbitral pode ser constituído para solucionar um único conflito, que seria a arbitragem *ad hoc*, ou pode este órgão ser pré-constituído, que seria a arbitragem institucional.

A escolha do meio alternativo de solução de controvérsia deve ser sempre voluntária, não existindo no direito brasileiro a instituição da arbitragem obrigatória.

As partes deverão ter capacidade de contratar, ou seja, serem maiores e capazes, para poderem optar pelo instituto da arbitragem e o conflito deve ser relativo a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles que podem ser transacionados.

2.2 O PAPEL DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A história revela que a arbitragem, mesmo anterior ao Estado, também esteve ao lado da jurisdição, sendo utilizada como meio para a resolução dos conflitos surgidos entre indivíduos ou até mesmo entre os povos¹⁰.

Desde os primórdios, a existência de conflitos gerados dentro e fora dos grupos sociais e entre membros de um e outro grupo, levou os homens a buscar meios para solucioná-los.

Vale observar que os métodos empregados não eram pacíficos levando às lutas e às guerras. Mas, por outro lado, a utilização da força nem sempre se fez presente e passou-se a buscar mecanismos que possibilitassem a vida pacífica em comunidade e entre diversas sociedades.

No aspecto da vingança privada, o homem resolvia seus conflitos através da força, ganhando aquele que tivesse mais força física.

Logo após esta fase, surgem as tribos, onde para se resolver qualquer conflito buscava-se o chefe, o qual era quem decidia a lide e esta, era aceita por todos.

¹⁰ Edgar A. de JESUS. **Arbitragem**: questionamentos e perspectivas. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 8.

É na Grécia o maior destaque e berço do instituto da Arbitragem¹¹, onde a sua prática é reflexo da própria religião, cuja cultura trazia em sua mitologia a resolução das questões entre deuses e heróis através de um terceiro chamado a intervir.

A evolução do instituto se deu justamente com o desenvolvimento da sociedade grega, a princípio dentro da delimitação de cada cidade e, aos poucos, foi se inserindo e delineando sua forma nos costumes, leis e tratados firmados entre as cidades gregas.

No decorrer da história grega, mesmo depois da criação e aperfeiçoamento do julgamento por juízes togados, árbitros públicos instituídos pelo Poder Político, a arbitragem particular não perdeu sua força, coexistindo com a jurisdição estatal e persistindo até o século II antes de Cristo, quando da denominação romana.

A característica imperialista da política de Roma¹², não fortaleceu o desenvolvimento da arbitragem internacional, uma vez que todos faziam parte do Império Romano. Contudo, como possibilitavam a manutenção dos usos e costumes dos povos conquistados, o instituto teve continuidade na tradição grega sendo aperfeiçoado pelas normas do Direito Romano.

Havia a concepção de um ato de natureza pacífica e o procedimento a ser adotado tinha base contratual, ou seja, o árbitro não estava sujeito a qualquer lei, fatores que contribuíram para sua difusão, pois pela sua informalidade se distanciava da rigidez do processo romano.

No caso do descumprimento pelas partes do pactuado no compromisso ou na cláusula compromissória, o Direito Romano previa ações para fazer respeitar o convencionado, seria como uma pena imposta àquele que não cumprisse o pactuado.

Contudo as decisões dos árbitros, apesar de irrecorríveis, não eram passíveis de serem executadas, somente se houvesse sido estipulado penalidade na cláusula compromissória ou no compromisso poderia executar a quantia devida a título de pena, e não a decisão.

¹¹ LIMA, Cláudio Vianna de. A Arbitragem no Tempo – O Tempo na Arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.5-20.

¹² Idem

A Idade Média foi um período de grande sucesso da arbitragem. Ela já havia se difundido entre os cristãos, com a participação de forma acentuada da Igreja Católica.

Tal participação se devia tanto a influência da própria igreja nas questões dos Estados soberanos, quanto por tratados que lhe davam tal poder ou até mesmo, por decretos dos suseranos que reconheciam aos enviados, ou representantes do Papa, o direito de atuarem como árbitros para resolverem litígios públicos ou particulares nas mais variadas formas de solução de controvérsias.

Além disso, nas relações comerciais, que não conheciam fronteiras, diante da característica do sistema personalista que funcionava à época, pelo qual na existência de pendências a parte invocava a sua lei pessoal sendo obrigado o juiz togado aplicá-la – causando transtornos pela dificuldade e demora no julgamento dos litígios -, passaram os comerciantes a utilizarem-se da arbitragem por ser um meio mais rápido, visto que havia a possibilidade da aplicação dos usos e costumes comerciais, por ser mais confiável, pelo fato de ser julgado por um terceiro escolhido pelas partes, e devido a sua informalidade, uma vez que o árbitro não se prendia nem aos procedimentos legais, nem as leis pessoais das partes envolvidas¹³.

Com o surgimento do Estado Moderno, e a concentração do poder, a noção de soberania, da qual decorria que a lei e a ordem seriam impostas dentro do território pelo próprio poder dominante sem intermediários ou superiores ao Poder Estatal vigente, a lei passa a ter um caráter territorial, com maiores restrições a sua aplicação, e passa a surgir peculiaridades que vão diferenciar a ordem jurídica de uma e de outra sociedade política, perdendo a lei muitas de suas características comuns.

Diante desse quadro, há novamente um retrocesso da arbitragem, primeiramente em relação aos Estados, persistindo entre particulares por suas características de rapidez, facilidade e baixo custo.

O reavivamento do instituto somente se deu a partir do final do século XVIII com a criação de organismos internacionais.

No tratado de paz entre Atenas e Esparta em 445 a.C., se tem o exemplo mais característico do uso da Arbitragem, onde havia uma cláusula

¹³ Idem

compromissória, acordando entre os estados que em caso de conflito, utilizava-se a arbitragem, como meio pacificador de tal contenda.

Na Idade Média, como observa Carlos Alberto Carmona¹⁴, é possível apontar pelo menos cinco causas para o desenvolvimento da Arbitragem: “ausência de Leis ou sua excessiva dureza e incivibilidade; falta de garantias jurisdicionais; grande variedade de ordenamentos; fraqueza dos Estados e; conflitos entre Estado e Igreja”.

No Brasil, pelo que se infere nos termos do artigo 160 da Constituição de 1824, nas causas cíveis, as partes podiam nomear juízes árbitros com decisões irrecorríveis, se assim fosse convencionado.¹⁵

A arbitragem, desde os tempos da colonização portuguesa, já existiu como obrigatória em nosso direito, como no Código Comercial de 1850 em seu artigo 294, entre sócios de sociedades comerciais, durante a existência da sociedade.

O direito e a utilização dos meios judiciários surgiram com tal fim, mas, mesmo antes destes a utilização de formas pacíficas para a solução dos litígios entre os grupos já se fazia presente.

Dentre os meios de solução pacífica de conflitos destaca-se a arbitragem, um dos institutos jurídicos internacionais mais antigos pelo costume, com utilização anterior ao Estado.

Assim entende Cezar Fiuza¹⁶: “Pode-se dizer que a arbitragem foi norma primitiva de justiça e que os primeiros juízes nada mais foram que árbitros”.

Verificando o atraso em nossa legislação face aos países sul-americanos, em 1981 surge o primeiro anteprojeto de lei sobre a Arbitragem, porém foi esquecido.

Foi somente em 1991, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, o lançamento da “Operação Arbiter”, novo anteprojeto, com intuito de discutir tal tema, anteprojeto este, que passa por várias etapas, apenas entrando em vigor em 22/11/96 com a Lei 9.307/96, revogando os artigos 1037 a 1048 CC e 101 e 1072 a 1102 do Código de Processo Civil.

¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. Malheiros. São Paulo. 1998. p. 34.

¹⁵ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem**: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei nº. 9.307/96. São Paulo: Editora de Direito, 2000. p. 30.

¹⁶ FIUZA, Cezar. **Teoria Geral da Arbitragem**. Del Rey. Belo Horizonte. 1995.

O direito, por não ser um fim em si mesmo, mas um meio de pacificação social, que acompanha as necessidades e anseios da sociedade, se posiciona de acordo com a evolução do mundo ocasionando profundas transformações, sendo que se faz cada vez mais presente, a necessidade de dispor de meios ágeis para a solução de litígios.¹⁷

A arbitragem tende a descentralização do Poder do Estado, movimento inverso ao característico e acentuado no período de formação do Estado Moderno, e a permitir ao indivíduo o exercício do seu direito de liberdade. Busca-se fugir da interferência judiciária, devido sua sobrecarga de serviço e complexidade de dispositivos processuais aplicáveis¹⁸.

A utilização da arbitragem na sua prestação jurisdicional é bem mais antiga do que a que o Estado chamou para si.

A solução extrajudicial de conflitos é uma evolução da própria liberdade contratual: se o indivíduo é livre para contratar, porque também não será livre para resolver os conflitos que nascem do contrato que livremente estabeleceu, pois quem tem capacidade para engajar-se a negociar seus interesses com outrem tem, por definição, a mesma capacidade e autonomia para interpretar sua vontade e resolver conflitos que daí possam nascer.

Observando que a arbitragem tem entre suas finalidades a solução de conflitos sem a intervenção do Poder Judiciário, o que o sistema jurídico pretende é criar alternativas mais rápidas e eficientes.

O Poder Judiciário, até então o único competente a dirimir conflitos de interesses, se encontra abarrotado de processos, que em função disso, torna lenta a aplicação do direito, e por consequência, desvalorizado em seu aspecto de forma eficaz de pacificação social, seja pela morosidade, seja pelas altas custas, afastando da população em geral, o livre acesso à justiça, direito consagrado pela Constituição Federal Brasileira.

De maneira que o advento da arbitragem comparece como solução confiável, eficiente, rápida e de custos acessíveis e suportáveis a população.

¹⁷ Ibid. p. 37.

¹⁸ STRENGER, Irineu. **Comentários À Lei Brasileira de Arbitragem**. São Paulo: LTR, 1998. p. 57.

Confiável, quando prevê a utilização dos princípios gerais do direito, usos e costumes, passíveis de serem objetos de convenção entre os litigantes, sem deixar, outrossim, a relevância dos princípios constitucionais nas questões abordadas, hoje envolvendo todas as classes sociais.

Rápida, porque as partes detêm o controle dos prazos, inclusive para a prolação da sentença arbitral. A simplicidade e a informalidade dos procedimentos, dentre outros motivos, tornam o sistema arbitral eficiente e útil de solução de conflitos.

Cumprir examinar que aos árbitros cabe a tarefa de aprimorarem-se constantemente, pois imperativa, além da direção do processo arbitral, a tarefa da arbitragem na solução rápida e eficaz da controvérsia, por meio da sentença arbitral.

A arbitragem é a realização que se faz mais acessível e confiável, a partir da vigência da Lei 9.307/96, como uma efetiva mudança nos conceitos de justiça da coletividade e, vindo a tornar-se, por meio do conhecimento e sua divulgação, forma acreditada e legitimada de eficiência na solução de conflitos, demonstrada com especial atenção para a segurança jurídica a ser promovida nas suas decisões e julgados. Assim observa Ives Gandra da Silva Martins¹⁹

Pode-se dizer que a nova lei funcionou como verdadeiro exemplo de "destruição criadora" no campo do direito, para utilizar-se a terminologia dos economistas. Em dez anos, realizou-se evolução que, em outros países, levou quase um século. Tudo mudou no campo da arbitragem. As estatísticas são eloqüentes. De um número insignificante de processos arbitrais, em 1996, ano em que foi promulgada a nova lei, passou-se para cerca de 4.000 arbitragens realizadas anualmente, das quais cerca de noventa por cento no campo trabalhista e do direito do consumidor, e as demais em questões comerciais, internacionais e domésticas.

Na lição de Arnaldo Wald²⁰ a arbitragem deve ser eficaz, ou seja, "a decisão dos árbitros deve poder ser executada, sem dificuldades nem oposição, no momento oportuno, de tal forma que em caso de infração contratual as partes possam retornar imediatamente à situação anterior, ao *status quo ante*".

¹⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Dez anos da lei de arbitragem. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 1186, 30 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8992>>. Acesso em: out. 2008.

²⁰ WALD, Arnaldo. **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares/ LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. Coordenadores. São Paulo: Atlas, 2007.

2.3 OBJETO DA ARBITRAGEM

A Lei 9.307 de 1996, em seu artigo 1º, prevê que as partes “poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, ou seja, a respeito dos quais as partes possam validamente e legalmente dispor.

A expressão “patrimônio”, utilizada pelo legislador brasileiro, embora em sentido *latu sensu* compreende tanto os bens materiais quanto os morais referem-se apenas àqueles que integram o patrimônio pessoal ou material dos litigantes. Um direito é considerado disponível quando pode ser objeto de transação, ou seja, pode ser livremente exercido por seu titular.

Não estão disponíveis as questões relativas ao direito de família, ao direito de sucessão, ao direito penal, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, ou seja, as que ficam fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos titulares.

José Eduardo Carreira Alvim²¹, no que tange aos direitos patrimoniais disponíveis, aduz que:

A referência a direitos patrimoniais disponíveis, pelo artigo 331, deve ser entendida em termos, de forma a compreender aquele aos quais a lei reconhece ao seu titular, ou a alguém por ele, o poder de “disposição”, seja no campo de direito de família, patrimonial, obrigacional, ou qualquer outro, o que se extrai da conjugação desse preceito com o disposto no artigo 447, que admite, igualmente, a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei admite a transação.

Aliás, o artigo 447 alude, no seu caput, a “direitos patrimoniais de caráter privado”, que abrange direitos pessoais e direitos reais, estando aquela expressão em oposição aos direitos intransigíveis, em relação aos quais não tem lugar a conciliação, como não tem também a transação (Código Civil, artigo 1.305).

²¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 137-8.

[...] Como o artigo 331 fala em direitos disponíveis para justificar a audiência prévia de conciliação – o que é verdadeiro apenas em parte - entendeu a lei que, sendo tais direitos indisponíveis, não haveria necessidade dessa audiência, sem dar-se conta de que a conciliação nada tem a ver com a disponibilidade ou indisponibilidade do direito, senão com a transigibilidade ou intrasigibilidade dele. Assim é que, embora indisponíveis os direitos relativos a alimentos, guarda e educação dos filhos etc., nada impede a transação sobre eles; da mesma forma, os indisponíveis, dão o seu caráter alimentar (STF, RT 548/220), o que não tem constituído obstáculo à transação das partes (JTA 112/372).

Carlos Alberto Carmona²² afirma que:

São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reservas específicas por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem.

Portanto, é possível entender que, são direitos patrimoniais disponíveis aqueles sobre os quais os seus titulares tenham pleno poder para exercê-los livremente sem que haja norma cogente impondo uma determinada conduta ou preceito.

2.4 A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Como apresenta Tania Lobo Muniz²³, há teorias para aplicar natureza jurisdicional, contratual e híbrida à arbitragem. Primeiramente se considera o aspecto contratual em razão da convenção arbitral e, no segundo momento, quando do procedimento arbitral propriamente dito, há a forma privada de dizer o direito, com a solução do litígio dada pelo árbitro.

O fundamento inicial da arbitragem é contratual, pois na convenção

²² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 55-6.

²³ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 30.

arbitral prevalece a autonomia da vontade, onde as partes conferem ao árbitro a solução do litígio, as normas e limites aplicáveis. Esta vontade das partes sofre limitações especialmente pela disponibilidade do objeto e pelos princípios de ordem pública os quais fundamentam também a atividade processual.

As partes, uma vez iniciado o procedimento arbitral, não podem mais unilateralmente se recusar ao prosseguimento, pois a Lei assegura a estabilidade das relações vinculando as partes à sentença arbitral.

Muitos estudiosos, com base nas lições de Giuseppe Chiovenda²⁴, sustentam a idéia contratualista do instituto. Outros, seguindo idéias mais modernas, preferem defender o caráter jurisdicional da arbitragem, como José Eduardo Carreira Alvim e Joel Dias Figueira Junior²⁵.

Por fim, ainda há aqueles que sustentam que a arbitragem tem natureza jurídica mista: contratual e jurisdicional, como Sergio Pinto Martins:²⁶

Na verdade, a natureza jurídica da arbitragem é mista, envolvendo o contrato e a jurisdição. A primeira fase é contratual, tendo por base a cláusula compromissória, que decorre do acordo de vontade. A segunda fase é jurisdicional, em que o árbitro irá dizer o direito aplicável à espécie.

Porém, apesar destas diferentes opiniões, a doutrina majoritária opta pela jurisdicionalidade da arbitragem, e não poderia ser de outra forma.

Aqueles que negam a jurisdicionalidade da arbitragem, como José Edivânio Leite²⁷, alude que a Lei 9.307/96 fere os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição estatal, do juiz natural, o princípio da via recursal e o do devido processo legal.

Primeiramente, o disposto no artigo 5º XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito) da Constituição Federal,

²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I, Trad. J. Guimarães Megale. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 82.

²⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. In: **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. 2 ed. São Paulo: RT. 1999. p. 157.

²⁶ MARTINS, Sergio Pinto Martins. In: **Direito Processual do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 85.

²⁷ LEITE, José Edivânio. Disponível em: <www.jusvi.com/artigos/042008>. Acesso em nov. 2008.

deve ser entendido como uma proteção aos cidadãos protegendo-os do abuso de direito, de ato ilegal ou arbitrário do poder executivo e legislativo. Entretanto, a lei de arbitragem não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, apenas concede uma opção, no âmbito privado, ao cidadão. Flagrante inconstitucionalidade ocorreria se os jurisdicionados fossem obrigados a solucionar seus conflitos patrimoniais através da arbitragem, o que não ocorre.

Quando ambas as partes optarem pela justiça privada, a fim de dirimir conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, estão exercendo sua autonomia de vontade. Neste caso, não se está excluindo o juiz natural ou ferindo qualquer direito individual, pois as partes assim acordaram, não foram obrigadas a optar pela via arbitral. Outrossim, José Augusto Delgado²⁸ esclarece que a

A Lei 9.307, de setembro de 1996, não vai de encontro aos princípios da jurisdição única ou da inafastabilidade da jurisdição, da essencialidade do juiz natural com banimento do Juízo ou Tribunal de exceção e da ampla defesa [...] A solução dos conflitos por meios alternativos processuais, como é o caso da arbitragem, que atua, apenas, no campo patrimonial, constitui, portanto, um direito subjetivo fundamental do cidadão e que merece o apoio de toda comunidade jurídica. Esse entendimento decorre da interpretação sistêmica da Constituição Federal, quando vincula-se a mensagem contida em seu preâmbulo, na parte que prega a harmonia social e a solução pacífica dos conflitos, com os artigos 1º, II e III e 5º, XXXV, da mesma Carta Magna [...] Há plena liberdade do homem em situação de conflito patrimonial optar pela solução via arbitragem. Esta, por sua vez, se ofender, na sua prática, a quaisquer princípios garantidores dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, poderá ser anulada, pela via do Poder Judiciário, conforma dispõe o artigo 33 da Lei 9.307/96.

Como já fora exposto, a maioria dos doutrinadores considera que o poder jurisdicional é exclusivo do Poder Judiciário. Mas, essa concepção não se justifica, pois como alude Nelson Nery Junior:²⁹

²⁸ DELGADO, José Augusto. In: A ARBITRAGEM: direito processual da cidadania. Escrito e divulgado na **1ª. Jornada Internacional de Mediação e Arbitragem em Mato Grosso do Sul**. Campo Grande-MS: Palácio Popular da Cultura, 2000. p.10-11.

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 1992. p. 67.

Além do Poder Judiciário, outros órgãos podem exercer o poder jurisdicional. Isto ocorre, por exemplo, quando o Senado Federal julga o presidente da república por crime de responsabilidade (art. 52, I, CF). [...] Disto se pode concluir, primeiramente, que a atividade jurisdicional é típica, mas não exclusiva do Poder Judiciário.

Outrossim, no caso da arbitragem, existe uma lei, regularmente criada, aprovada e emanada do poder soberano competente. Nestas condições, seguindo os exatos termos deste ordenamento jurídico, o árbitro escolhido pelas partes, segundo as regras instituídas e que preenche os requisitos exigidos (arts. 13 a 18) pode julgar, através de sentença (arts. 23 a 34). Este árbitro está autorizado pelo Estado a julgar a lide, pois este reconhece e consente as decisões proferidas por este árbitro, ou seja, a sentença arbitral (arts 26 e 27). Desta forma a atividade jurisdicional é exercida pelo árbitro, tendo poder de execução, mas não de coerção, pois este último é monopólio estatal.

É certo que a arbitragem, para ser reconhecida pelo Estado, deve ser instaurada nas formas prescritas pela lei que a autorizou e pelas demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Se, concebida nestes termos, o próprio Estado a reconhece e a autoriza.

Dessa forma, a função jurisdicional está sendo exercida, pois há a participação de um terceiro, que é o próprio Estado, uma vez que o árbitro para atuar validamente, como exige o artigo 2º, da Lei de Arbitragem, tem que agir respeitando os bons costumes e a ordem pública.

Se há um terceiro a compor o conflito e este atua como se o Estado fosse, há jurisdição. Por conseguinte, partindo do conceito primário de jurisdição, o árbitro age jurisdicionalmente, conforme aduz o artigo 32 da Lei 9.307/96 afirmando que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

Nesse sentido Irineu Strenger³⁰ assevera que: “a arbitragem é instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido para dirimir

³⁰ STRENGER, Irineu. In: **Comentários a Lei Brasileira de Arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998. p. 121.

controvérsias entre pessoas de direito privado ou público, com procedimentos próprios, e força executória perante tribunais estatais”.

Assim como o Estado, por estar em foco direito disponível, deixa que os interessados solucionem, através de transação, suas desinteligências recíprocas, nada há de estranhável que, também, autorize esses mesmos interessados, a submeterem as outras pessoas, em lugar de o levarem, através da propositura da ação, a juízes e tribunais.

Em conclusão, tem-se que a arbitragem instituída pela Lei 9.307/96 constitui forma jurisdicional de composição dos conflitos, pois que o árbitro julga obrigatoriamente aplicando o ordenamento jurídico escolhido pelas partes, conta com a chancela expressa da Carta Magna. Ademais, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito da constitucionalidade da arbitragem, sendo o precedente mais expressivo o AG 58.18114.11.73 da lavra do Ministro Bilac Pinto (RTJ 68/382) e AGReg na Sentença Estrangeira n. SE 5206- Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12/12/2001.

De modo que não resta dúvida acerca do reconhecimento pelo Estado da jurisdicionalidade da arbitragem e seu potencial à resolução de conflitos a colaborar com o Poder Judiciário.

2.5 PRINCÍPIOS JURÍDICOS DA ARBITRAGEM

Por princípios pode-se afirmar que são bases para todo o ordenamento jurídico e que além de informadores da lei, também na sua interpretação, acabam por solucionar eventual omissão, como dispõe do art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil.³¹

Na visão de Miguel Reale os princípios são “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais assertivas que compõe o

³¹ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (Dec-lei 4.657/42 – LICC).

campo do conhecimento”³²

De modo que na arbitragem o legislador os expressou como normas gerais que vinculam toda a sistemática do procedimento arbitral, sob pena de anular a sentença e seu desenvolvimento válido.

Pela disposição do art. 21, parágrafo 2º. da Lei 9.307/96 são considerados princípios da arbitragem o contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, além da autonomia da vontade, boa-fé e devido processo legal. Todavia, como esclarece Rozane da Rosa Cachapuz³³, esse rol não é taxativo, ainda se destacam princípios informadores da arbitragem, como o princípio da justiça, da conciliação, da solução pacífica das controvérsias, da obrigatoriedade da sentença, entre outros.

Serão abordados neste estudo, primeiramente, os princípios da autonomia da vontade, da boa-fé e do devido processo legal, posteriormente, quando versar sobre o procedimento, serão abordados os princípios do contraditório e da igualdade das partes, princípio da imparcialidade e do livre convencimento do árbitro, por encontrar neles a essência de todo o desenvolvimento da relação processual.

2.5.1 Princípio da Autonomia de Vontade

À arbitragem é essencial a autonomia das partes, para dispor da vontade, seja para optar por este meio de solução de controvérsia, desde que o objeto do litígio seja direito patrimonial disponível, até o próprio regulamento que irão adotar, caso decidam pela arbitragem. Francisco dos Santos Amaral Neto³⁴ definiu os princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada como sendo:

³² REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

³³ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem**: alguns aspectos do processo e do procedimento da Lei 9.307/96. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p.63-78.

³⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A Autonomia Privada como Princípio Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 111-2.

A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia de vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos em vez de autonomia de vontade, autonomia privada. Autonomia de vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, psicológica; autonomia privada, poder de criar nos limites da lei, normas jurídicas.

Nas matérias suscetíveis à arbitragem, respeitando as leis imperativas nacionais e as regras de ordem pública, como dispõe o artigo 22, parágrafo 1º, as partes podem convencionar livremente as regras aplicáveis ao procedimento arbitral.

O princípio da autonomia de vontade, na Lei de Arbitragem, foi elevado ao grau máximo e de forma expressa, a evitar dúvidas na aplicação da lei. Selma M. Ferreira Lemes³⁵ aduz que “talvez no instituto da arbitragem esse princípio encontre seu maior alicerce”.

O artigo 1º da Lei 9.307/96 refere-se à arbitragem como faculdade outorgada as partes quanto à solução arbitral. O artigo 2º da referida Lei permite que as partes possam escolher o direito material aplicável para a solução do conflito, desde que não afronte norma de ordem pública e os bons costumes (art. 2º, § 1º).

Podem as partes autorizar ao árbitro decidir fora das regras do direito, de acordo com seu real saber e entender ou valer-se dos princípios gerais de direito e dos princípios e usos do comércio internacional (art. 2º, § 2º). Esta disposição reconhece, portanto, as normas estabelecidas pela comunidade internacional facilitando, assim, as contratações internacionais.

Os artigos 5º e 21 facultam às partes nomear uma instituição arbitral para administrar a arbitragem e, desta forma, deverão ser obedecidas as regras e procedimentos estabelecidos pela instituição escolhida, assegurados os princípios do contraditório, da igualdade entre as partes, da imparcialidade do árbitro e seu livre

³⁵ LEMES, Selma M. Ferreira. In: Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. **Revista do Advogado**. v. 5. out. 1997. p. 91.

convencimento (art. 21, § 2º). Podem as partes dispor, ainda, sobre a escolha dos árbitros, observando-se o disposto no artigo 14, e as disposições que estes deverão observar. Não optando por procedimento algum, as partes se submeterão ao procedimento adotado pelo árbitro escolhido, conforme dispõe o artigo 21 § 1º da Lei de Arbitragem.

Dessa forma observamos o princípio da autonomia de vontade em diversos dispositivos da Lei 9.307/96. E, da mesma forma que ocorre na relação contratual, a estipulação da arbitragem deve ser respeitada pelas partes, em preservação a sua própria liberdade, como leciona Eduardo Silva da Silva³⁶:

O tema da arbitragem, ao contrário do tratamento que recebe tradicionalmente, integra um dos tópicos mais caros ao Direito Privado. E é assim porque a possibilidade de opção pela arbitragem é decorrência elementar e lógica da faculdade concedida aos particulares de negociar, comercializar e contratar. De nada adiantaria o sistema outorgar liberdades relacionadas à possibilidade de firmar pactos se não permitisse, por outra face da mesma moeda, os instrumentos e a potencialidade de solução de conflitos que decorrem destes pactos [...] Estabelecer negócios, por um lado, e resolver conflitos deles decorrentes, por outro, são expressões da mesma autonomia.

De maneira que a liberdade de contratar, segundo a visão do autor, não produz apenas o poder de escolha de com quem, como e quando contratar, mas também o poder de estabelecer a forma de solução de eventual conflito.

2.5.2 Princípio da Boa-Fé

Conforme ensina Clóvis do Couto e Silva:³⁷ "a influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos é algo que não se pode desconhecer ou desprezar".

³⁶ SILVA, Eduardo Silva da. Código Civil e Arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, 5, ano 2, abril-junho de 2005. Coord. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.

³⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky. 1976, p. 27.

Também na arbitragem o princípio da boa fé está presente. Ao outorgar caráter obrigatório e vinculante à convenção de arbitragem, nos artigos 1º, 3º, 7º e 41, o legislador afirmou como base o princípio da boa fé. A respeito da boa fé Enéas Costa Garcia³⁸ assevera que esta

Exige um comportamento honesto das partes. E mais do que isso, exige um comportamento que leve em consideração a pessoa do outro contratante. Esse elemento ético obriga as partes a agirem de modo colaborativo, unidas no intuito de dar ao contrato a sua verdadeira e completa eficácia.

As partes ao firmarem, por livre e espontânea vontade, um contrato por arbitragem, não podem deixar de honrar tal compromisso. E, assim, cada parte tem que presumir a boa fé da outra a fim de utilizar-se da arbitragem.

Tal princípio gera obrigações específicas, especialmente quanto ao dever geral de colaboração e confiança entre as partes, para que o procedimento arbitral garanta o equilíbrio entre os litigantes. Sobre isto Judith Marthins Costa³⁹ pronuncia:

Como a convenção de arbitragem é negócio jurídico celebrado sob a égide da boa-fé objetiva, devem as partes comportar-se em um padrão de conduta estrito: com honestidade, lealdade e probidade. Impõe ainda o princípio que consiste num arquétipo ou “standard jurídico” que cada pessoa pautar sua conduta segundo este modelo.

Extraí-se do entendimento da autora o aspecto da boa-fé objetiva a reger o relacionamento das partes. Há relevância por se tratar de norma de comportamento, conduta comum do homem médio, considerando os aspectos sociais envolvidos.

Na arbitragem é exigida uma conduta leal, proba e honesta entre as

³⁸ GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade Pré e Pós-Contratual a Luz da Boa-Fé**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 102/3.

³⁹ MARTINS COSTA, Judith apud SILVA, Eduardo Silva da. Código Civil e Arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. In **Revista de Arbitragem e Mediação**, 5, ano 2, abril-junho, coord. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52-74.

partes, o que se pode estabelecer como padrão de comportamento social, ou seja, uma regra de conduta ética perante a sociedade.

2.5.3 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal está consagrado nos parágrafos §§ LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal que dispõe:

Art. 5º [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral é assegurado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A origem histórica deste princípio reside no artigo 39 da Magna Carta, outorgada em 1215, por João Sem Terra e seus barões que estipulava a cláusula *due process of law*. Além disso, no direito inglês Eduardo III estipulou uma cláusula semelhante a esta. Por este princípio deve-se conceder oportunidades semelhantes ao réu e ao autor, não fazendo qualquer diferença entre as partes. É importante ressaltar, como ensina Selma M. Ferreira Lemes⁴⁰, que:

O *due process of law* tem característica dupla: uma formal e outra substancial. O aspecto formal consiste na sujeição de qualquer questão que fira a liberdade ou os bens de um ser humano ao crivo do Judiciário, por meio do juiz natural, num processo contraditório em que assegure ao interessado ampla defesa. O substancial importa em que as normas aplicadas ao objeto do litígio não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas.

⁴⁰ LEMES, Selma M. Ferreira. **Princípios e Origem da Lei de Arbitragem**. 1997. p. 91.

Acerca do princípio em análise, Antonio Carlos de Araújo Cintra *et al*⁴¹ ensinam o devido processo legal, como:

O conjunto de garantia constitucional significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional.

Tal princípio é fundante de todo procedimento a que se submetem as partes na arbitragem, pois, como já abordado, a natureza jurídica e a constitucionalidade do instituto trazem a garantia e segurança jurídica a todo sistema jurídico brasileiro.

O devido processo legal é analisado pela melhor doutrina como afeto a realidade:

Compreende-se moderadamente, na cláusula do devido processo legal, o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.⁴²

O princípio do devido processo legal sintetiza todos os demais princípios inerentes ao processo e dele decorrem os princípios do contraditório e da ampla defesa que serão analisados adiante.

⁴¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *et al*. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 82.

⁴² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 294.

2.6 CONVENÇÕES DE ARBITRAGEM

A convenção de arbitragem é a fonte do processo, ou seja, a instituição voltada à solução privada do conflito de interesses, também conhecida como gênero de um ato ou negócio jurídico que engloba a cláusula arbitral ou compromissória e o compromisso arbitral.

A Lei de Arbitragem é clara quanto às convenções para instituição da arbitragem, por sua disposição, *in verbis*:

Art. 3º. As partes interessadas podem submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º. A Cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter a arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

[...]

Art. 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.⁴³

A convenção de arbitragem, ou seja, o acordo em que duas ou mais partes resolvem submeter seus litígios a solução de um ou mais árbitros, poderá ser por meio da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral.

O que difere a cláusula compromissória do compromisso arbitral é a forma como se apresentam. A cláusula compromissória, geralmente redigida no próprio instrumento, determina que se houver conflito futuro entre as partes, decorrente de acordo, contrato ou convênio, tal litígio será resolvido por árbitros.

Tal cláusula ou *pactum de compromittendo* segundo Tânia Lobo Muniz⁴⁴, é um acordo adjeto que possui autonomia em relação ao próprio contrato em que está inserida, o Código Civil a estabelece em seu artigo 853: “admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral,

⁴³ BRASIL. Lei no. 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**. Brasília, DF, p.18897, 24 set.1996.

⁴⁴ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 86.

na forma estabelecida em lei especial”.⁴⁵

Com relação ao compromisso arbitral, sua existência fica condicionada a ocorrência do conflito. Pela disposição do art. 9º. somente na ocorrência de um litígio, as partes firmam tal compromisso estipulando as regras do julgamento pela arbitragem, inclusive a qualquer tempo. O compromisso deve estar de acordo com todas as normas e princípios inerentes a qualquer contrato regido pelo Código Civil.

Para Rozane da Rosa Cachapuz⁴⁶ a principal diferença entre os dois institutos é que a cláusula compromissória arbitral diz respeito a litígio futuro e incerto e o compromisso arbitral refere-se a litígio atual e determinado.

2.6.1 Cláusula Compromissória

Normalmente uma lide, conflito de interesses marcado por uma pretensão resistida, seria levada ao Poder Judiciário para solução, fazendo aplicação da lei conforme o procedimento previsto.

Na cláusula compromissória, ou cláusula arbitral, as partes convencionam que vão socorrer a via arbitral para solução do conflito, excluindo, em tese, a solução dada pelo juízo estatal.

Alexandre Freitas Câmara⁴⁷ entende que a cláusula compromissória é “um contrato preliminar, ou seja, uma promessa de celebrar um contrato definitivo, que é o compromisso arbitral”.

A vantagem mais objetivamente visualizada é a sua autonomia em relação ao contrato no qual está inserida, de forma que a nulidade do contrato não importa em nulidade da cláusula compromissória, podendo o árbitro, inclusive, julgar a nulidade do contrato, com permanência da validade da cláusula arbitral.

Para que haja reconhecimento, a cláusula deve ser sempre escrita.

⁴⁵ BRASIL. Lei no. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial**. Brasília, DF. p.1. 11 jan. 2002.

⁴⁶ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem**: alguns aspectos do processo e procedimento na Lei no. 9.307/96. São Paulo: LED – Editora de Direito, 2000. p. 90.

⁴⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei 9.307, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997. p. 128.

Poderá ser feita no próprio contrato ou em instrumento apartado, segundo Carlos Alberto Carmona⁴⁸ “a cláusula arbitral obriga as partes a celebrarem o compromisso. Caso haja recusa de uma das partes para tanto, a outra terá como recorrer à justiça comum para garantir seu direito de cumprimento da instalação do juízo arbitral”.

Se o convocado, devidamente notificado, não se apresentar para firmar o compromisso, ou se negar à instauração do juízo arbitral, poderá o interessado, por meio do processo judicial, obrigá-lo a sujeitar-se a arbitragem.

Caso na audiência preliminar o juiz não obtiver a conciliação das partes, cumprirá a cláusula compromissória, estabelecendo os termos do compromisso arbitral, podendo inclusive nomear árbitro, estando a sentença judicial com efeito de compromisso arbitral.

Se a intenção seja evitar socorrer-se ao Poder Judiciário para conhecer questões preliminares e que prejudicam o curso normal da arbitragem, como nos casos dos arts. 7º, parágrafo 7º, art. 13, parágrafo 2º e art. 16 parágrafo 2º por exemplo, a melhor forma é inserir uma boa cláusula compromissória no contrato, já que em tese, o compromisso arbitral é realizado apenas depois de verificado o conflito e ainda depende da vontade das partes em firmá-lo.

Para melhor compreensão de como a cláusula compromissória pode evitar intervenções do Poder Judiciário no juízo arbitral, é necessário conhecer a distinção entre a cláusula compromissória cheia e a cláusula compromissória vazia.

Na cláusula compromissória vazia somente há menção de que se houver conflito advindo do contrato, este será resolvido por meio da arbitragem. Conforme, Fernando da Fonseca Gajardoni⁴⁹. Não há detalhamento algum sobre a condução do procedimento arbitral.

Já na cláusula compromissória cheia, além de se definir que os futuros conflitos provenientes do contrato serão solucionados pelo instituto da arbitragem, a cláusula cheia ainda define todos os aspectos relevantes para a instituição do Tribunal Arbitral.

⁴⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 85.

⁴⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência. In: **Revista do Advogado-Arbitragem e Mediação**. n. 87, ano XXVI. São Paulo: AASP, 2006. p. 52-60.

A cláusula compromissória cheia funciona como se fosse um próprio compromisso arbitral destacado do contrato, que prevê a nomeação de árbitros, disciplina se a arbitragem se dará por direito ou equidade, quem serão os árbitros suplentes, e quaisquer outras demais questões que possam impedir a necessidade de execução específica da cláusula compromissória futuramente, “onde o contencioso interfere na arbitragem e pode dela retirar uma das suas principais vantagens, ou seja, a celeridade”, assevera José Emílio Nunes Pinto⁵⁰.

A importância de se ter uma cláusula compromissória cheia, reside especialmente no fato de uma das partes se recusar a levar a demanda ao árbitro, caso venha a ocorrer o litígio, o que com a necessidade da intervenção do Poder Judiciário retrocederia aos aspectos de morosidade, formalismo e burocracia típicos dos processos judiciais, violando a boa-fé, a lealdade e a ética entre as partes.

Conforme elucida Rozane da Rosa Cachapuz⁵¹:

[...] é importante que ela (cláusula compromissória) deva conter o maior número de normas referentes à instituição e instalação da Arbitragem ou a referência às regras de órgãos especializados, deixando para o compromisso arbitral a designação do objeto do litígio, quando e se surgir.

Assim, visualiza-se que o objetivo da cláusula compromissória é o de apenas submeter eventual conflito à arbitragem, e não pressupõe, necessariamente, a obrigatoriedade do compromisso arbitral, o que será tratado a seguir.

⁵⁰ PINTO, José Emílio Nunes. A Escolha pela Arbitragem e a Garantia de sua Instituição. In: **Revista do Advogado-Arbitragem e Mediação**. n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006. p. 67-75. p. 68.

⁵¹ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem**: alguns aspectos do processo e procedimento na Lei no. 9.307/96. São Paulo: LED, 2000. p. 84.

2.6.2 Compromisso Arbitral

O compromisso arbitral também é compreendido como um acordo entre as partes para renúncia da jurisdição estatal e a obrigatoriedade de submeter à solução do conflito a um ou mais árbitros.

O compromisso, como dispõe o artigo 9º da Lei 9.307/96, pode assumir duas formas distintas, quais sejam: judicial ou extrajudicial.

Será judicial, pela disposição do artigo 7º da Lei quando existe uma cláusula compromissória do contrato firmado entre as partes, estando o Judiciário a promover o cumprimento da declaração de vontade. Também poderá haver a realização do compromisso arbitral no curso de um processo judicial, submetendo a decisão do litígio à arbitragem.

Na forma extrajudicial, as partes determinam o termo de compromisso, por instrumento público ou particular, subscrito por duas testemunhas, na forma do parágrafo segundo do artigo 9º da Lei.

No compromisso arbitral deverão constar as regras do procedimento. As partes instituirão todas as normas e aspectos a serem cumpridos para emissão da sentença arbitral, em consonância com os artigos 10 e 11 da Lei 9.307/96.

Há a previsão no artigo 12 da referida Lei de formas de extinção do compromisso arbitral, como o caso de escusa do árbitro ao julgamento ou seu falecimento.

Se ocorrer a extinção do compromisso, na arbitragem *ad hoc* restará às partes concretizar novo acordo para novo procedimento ou propor a demanda no juízo comum. Se a arbitragem for institucional a própria entidade suprirá mediante seus regulamentos.

3 PROCEDIMENTO ARBITRAL

A Lei 9.307/96 não estabeleceu um procedimento específico a ser obedecido, mesmo por que a informalidade é uma das características da arbitragem, todavia deve-se, em primeiro plano, observar a capacidade das partes.

Na visão de Joel Dias Figueira Junior⁵² a matéria é relativa à capacidade de estar no juízo arbitral e, portanto, é pressuposto processual de validade da instituição da arbitragem. A provocação da instauração do juízo arbitral é verdadeiro direito subjetivo público de provocar a jurisdição privada, devendo obedecer aos pressupostos válidos de constituição da relação processual.

Segundo o autor, não se deve confundir legitimidade ativa, que é condição da ação, com a capacidade de estar e instaurar o juízo arbitral. As concepções relativas a este tema integram o direito processual civil da jurisdição estatal, assim como quase todos os seus institutos podem ser transplantados para a jurisdição privada e adequados para constituição válida do processo.

A escolha do procedimento a ser aplicado no processo arbitral dependerá de três circunstâncias, quais sejam: a) as partes definem o rito do procedimento na convenção de arbitragem; b) o procedimento será definido pelo órgão arbitral institucional ou entidade especializada ou pelo árbitro ou tribunal arbitral, conforme indicação das partes na convenção arbitral; c) não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou colégio arbitral discipliná-lo.⁵³

Esta forma de escolha do procedimento inverteu a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, antes da edição da Lei 9.307/96, pois não se traçou um procedimento suplementar para a hipótese de as partes nada terem disciplinado a respeito.

Na visão de Carlos Alberto Carmona, "significa isso que o árbitro estará livre para empregar as regras que julgar convenientes à solução da controvérsia, devendo zelar apenas para que não sejam desrespeitadas as garantias do devido processo legal".⁵⁴

⁵² FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arbitragem, Jurisdição e Execução: Análise Crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. 2ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 172-175.

⁵³ Idem, p. 208.

⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. São Paulo. Malheiros, 1998. p. 202.

3.1 TIPOS DE PROCEDIMENTOS

3.1.1 Rito Escolhido Pelas Partes

Quanto ao rito escolhido pelas partes são raras às vezes em que as partes, na cláusula compromissória, preocupam-se em estabelecer um procedimento que poderá ser utilizado para a solução de suas controvérsias.

Carlos Alberto Carmona⁵⁵ afirma que por uma razão natural a cláusula compromissória é uma das últimas, se não a última, disposição contratual a ser negociada, oportunidade em que os contratantes estão razoavelmente esgotados, portanto, não têm ânimo para criar um procedimento a ser aplicado em eventual litígio.

Todavia, não é o que ocorre quando a arbitragem é instituída através de compromisso arbitral; onde a negociação das partes concentra-se exatamente na forma de resolver uma controvérsia já existente, a criação de um procedimento especial a ser empregado pelo árbitro pode ser mais interessante, pois sabendo exatamente qual o objeto do processo arbitral e quem serão os árbitros, podem as partes estabelecer um procedimento especial.

Na realidade, se as partes quiserem submeter sua causa a uma arbitragem *ad-hoc* e instituírem o procedimento por meio do compromisso, a elaboração de um procedimento especial para solucionar o litígio pode ser uma opção vantajosa.

3.1.2 Rito Definido Pela Instituição Arbitral

Quanto ao rito definido pela instituição arbitral, a modalidade constitui o método mais seguro e também o mais utilizado pelos operadores da arbitragem, especialmente no que diz respeito à arbitragem comercial, pois as partes não se

⁵⁵ CARMONA, loc. cit.

preocupam em elaborar regras para solução das controvérsias futuras, simplesmente reportam-se ao regulamento de um determinado órgão arbitral, incorporando essas regras à convenção arbitral.

Mesmo que as partes elegeram árbitros que não compunham aquele órgão de onde extraíram as regras inseridas na convenção arbitral, basta que determinem aos árbitros que sigam as regras daquele órgão, pois a escolha de regras institucionais não implica a escolha da arbitragem institucional.

Mas, é necessário que as partes entendam que as regras institucionais são constantemente mudadas e aprimoradas, assim, em caso de uma controvérsia, serão aplicadas as regras antigas que foram incorporadas na cláusula ou compromisso arbitral.

As partes podem, outrossim, determinar a aplicação de uma determinada lei processual, seja nacional ou estrangeira, pois, assim estão adotando um procedimento processual, que foi incorporado à convenção de arbitragem.

3.1.3 Rito Definido Pelo Árbitro

Quanto ao rito definido pelo árbitro, essa modalidade é inovadora na arbitragem brasileira. Aqui as partes confiam no árbitro, e, portanto, deixam por conta deste o estabelecimento das regras procedimentais que regerão o processo arbitral.

Se as partes não estabelecem a forma procedimental, caberá ao árbitro criá-la, não sendo este impedido de adotar formas de tribunais ou órgãos arbitrais institucionais.⁵⁶

O rito arbitral, diferentemente do que ocorre na jurisdição estatal, constitui-se em apenas quatro fases básicas e bem definidas, sendo elas a fase postulatória, fase ordinatória e fase instrutória, por fim a parte decisória.

⁵⁶ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arbitragem, Jurisdição e Execução: Análise Crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. 2ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 208/209.

3.2 DA AUDIÊNCIA

Na prática, mesmo antes de iniciar a fase postulatória, o árbitro ou tribunal arbitral deverá designar audiência preliminar de conciliação, a qual é de suma importância para aproximar os litigantes e os julgadores.

Não se trata de uma faculdade do árbitro ou das partes, é uma obrigação imposta pela Lei, pois toda a sistemática da lei é voltada para a autocomposição, à medida que os contendores buscam, em comum acordo, uma solução pacífica, os árbitros num primeiro momento fazem o papel de mediadores, e num segundo momento de conciliadores, mostrando as vantagens e desvantagens da composição amigável.

Se as partes transigirem, os termos do acordo serão consignados em sentença homologatória, respeitados os requisitos do art. 26 da Lei 9.307/96, a qual será irrecorrível, nos termos do art. 18. E se as partes, fora do processo, resolverem o conflito de maneira amigável, deverão formular pedido conjunto ao árbitro ou tribunal, contendo todos os termos da composição, que será homologado por sentença e valerá como título executivo judicial, conforme preconiza o art. 584, III, CPC, c/c o art. 28 da Lei 9.307/96.

Sendo as partes intransigentes em audiência preliminar, será dado seguimento ao processo, nos termos do rito previamente estabelecido, sendo facultado ao árbitro e também as partes no transcorrer do processo a autocomposição.

3.2.1 Fase Postulatória

Na fase postulatória, as partes apresentam aos árbitros seus requerimentos com arrimo em relações fáticas ou jurídicas, sempre de natureza patrimonial disponível, de direito civil ou comercial, violadas ou ameaçadas, quer sejam formada no plano nacional ou internacional.

Nessa fase que as partes formulam seus pedidos, sempre em sintonia com a causa de pedir próxima e remota, articulando, desta maneira, a tutela jurisdicional privada perseguida que pode ser recuperatória, ressarcitória, inibitória, meramente declaratória ou constitutiva, quer seja positiva ou negativa.

A parte poderá pessoalmente apresentar o pleito, ou constituir advogado, que é por excelência titular da capacidade postulatória, sendo facultado que os litigantes designem terceiro, que não seja necessariamente o advogado para os representar durante todo o procedimento ou em apenas alguns atos.

Durante o processo, na realização dos procedimentos da arbitragem, não é obrigatório que as partes estejam acompanhadas por advogados, em relação à produção de provas, o árbitro e o tribunal possuem amplos poderes instrutórios podendo solicitar todos os meios de prova admitidos em direito.

O depoimento das partes e a oitiva de testemunhas serão realizados em data e local previamente comunicados, sendo reduzidos a termo e assinados, segundo informa José Eduardo Carreira Alvim.⁵⁷

Se no curso do procedimento sobrevierem questões sobre direitos indisponíveis, a conduta do árbitro deverá ser a de ordenar a apreciação do Poder Judiciário para, após transitada em julgado a decisão, dar prosseguimento à arbitragem.

Independente do procedimento adotado pelas partes, pode o árbitro tomar depoimento pessoal das partes, ouvir testemunhas, determinar a realização de perícias, assim como decidir a respeito de documentos e qualquer outra prova, a requerimento ou de ofício (art. 22).

Para o depoimento pessoal das partes, como já mencionado, o árbitro irá designar previamente dia, hora e local, comunicando as partes por escrito, sendo a oitiva reduzida a termo, assinada pelo depoente e pelos árbitros.

Se a testemunha não comparecer a convocação do árbitro ou do tribunal, será passível de ser conduzida coercitivamente, devendo o árbitro neste caso solicitar a intervenção do Estado-Juiz, demonstrando a este a existência de convenção

⁵⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**: Lei n. 9.307/96. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 124.

de arbitragem.

Como será enfocado no decorrer deste estudo, os princípios do contraditório, da igualdade, do livre convencimento e imparcialidade do árbitro, expressos no artigo 21, parágrafo segundo, da Lei de Arbitragem, de respaldo constitucional inclusive, para obediência a integridade do princípio maior, qual seja, o do devido processo legal.

Toda esta principiologia está especialmente relacionada à produção das provas, que igualmente, se não respeitada acarreta na nulidade do procedimento.

Apreciadas as questões e conduzidas as provas, o árbitro julgará a demanda por meio da sentença arbitral que se perfaz no ato que encerra o procedimento.

3.3 PRINCÍPIOS DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Na escolha do procedimento arbitral, devem ser observados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento, conforme dispõe o § 2º do artigo 21 da Lei de Arbitragem.

No caso de descumprimentos desses princípios a sentença será considerada nula conforme dispõe o inciso VIII do artigo 32 da Lei de Arbitragem. Neste caso “a parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral”, conforme o artigo 33 da mesma Lei.

3.3.1 Princípio do Contraditório e da Igualdade das Partes

O princípio do contraditório equivale ao princípio da igualdade das partes no procedimento arbitral, segundo Selma Ferreira Lemes⁵⁸. Está disposto no

⁵⁸ LEMES, Selma Ferreira. Os Princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem in MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 98.

artigo 5º, LV da Carta Magna. Para Antonio Carlos de Araújo Cintra *et al.*⁵⁹

o princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo.

Como elucida Joaquim Canuto Mendes de Almeida⁶⁰ o contraditório é a "ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los".

O mesmo pode ser dito para a arbitragem. O processo arbitral deve ser concebido como algo bilateral, devendo ambas as partes ter as mesmas oportunidades de serem ouvidas, apresentando suas razões e provas.

O princípio do contraditório está intimamente ligado ao princípio da imparcialidade do árbitro, pois este deve tratar as partes igualmente dentro do processo arbitral. O princípio da igualdade entre as partes garante que essas sejam tratadas de forma isonômica frente ao árbitro e está inserido no caput do art. 5º da Constituição Federal. Sobre este princípio Carlos Alberto Carmona⁶¹ ensina que:

O princípio da igualdade, que estabelece a paridade entre os litigantes, necessário notar que não existem no processo arbitral os mesmos mecanismos de transformação de igualdade formal em igualdade material de que dispõe o juiz estatal. Desta forma, a igualdade de que trata a Lei permanece numa dimensão estática, dificilmente superável. É preciso, porém, lembrar que no processo arbitral as partes encontram-se normalmente em situação equilibrada e escolhem espontaneamente o meio através do qual resolverão seu litígio: no processo estatal, ao contrário, o equilíbrio das partes não é regra, e a participação no processo não é voluntária, mas sim obrigatória.

⁵⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 55.

⁶⁰ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A Contrariedade na Instrução Criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 104.

⁶¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário a Lei 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 246.

Desta forma, o legislador inseriu os princípios do contraditório e da igualdade a fim de deixar claro ao árbitro que este deve garantir que as partes tenham igual tratamento dentro do procedimento arbitral.

3.3.2 Princípio da Imparcialidade do Árbitro

O princípio da imparcialidade do árbitro é condição de validade do julgamento, sendo pressuposto para que o procedimento arbitral se instaure validamente; “o árbitro coloca-se entre as partes, mas acima delas, igualando-se a posição do juiz”, assevera Selma M. Ferreira Lemes.⁶²

Para garantia da imparcialidade o árbitro será posto a prova, pois segundo José Emilio Nunes Pinto⁶³ “a imparcialidade é o princípio basilar do procedimento judicial que se comunica ao árbitro e é diretriz para seu comportamento e conduta durante todo o procedimento”.

Assim, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco⁶⁴ deve o árbitro compreender: “que só se lhe exige ‘imparcialidade’ no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença”.

Também ensina Maristela Basso.⁶⁵ que “os árbitros são independentes em todas as fases do processo arbitral (desde a instituição da arbitragem até o momento da divulgação do laudo arbitral) e devem atuar com imparcialidade”.

Destacam-se também a disponibilidade e habilidade do árbitro e do tribunal para atuarem corretamente na arbitragem, observando a finalidade do instituto,

⁶² LEMES, Selma Ferreira. Os Princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem in MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 98.

⁶³ PINTO, Jose Emilio Nunes *apud* BONILHA, Alessandra Fachada. Ética na Arbitragem: árbitros, advogados e partes. In: **Revista do Advogado: Arbitragem e Mediação**. n. 87, ano XXVI. São Paulo: AASP, 2006. p.14-20.p.16.

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 275.

⁶⁵ BASSO, Maristela. **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido**. Atlas, São Paulo, 2007. p. 13.

qual seja, a garantia de imparcialidade e a plena oportunidade para as partes se manifestarem com tempo razoável para a apresentação de suas considerações”.

Assim, caso se constate que o julgador seja parcial, podendo comprometer o interesse das partes, esse deverá ser afastado das suas funções.

3.3.3 Princípio do Livre Convencimento do Árbitro

O árbitro deverá constituir seu livre convencimento a respeito do que é apurado no procedimento arbitral. Apreciará as provas e argumentos que lhe forem trazidos a fim de tomar uma decisão a respeito do litígio.

O árbitro, por sua vez, não está adstrito a determinada norma jurídica. Como expressa Arnaldo Wald⁶⁶ “a relativa rigidez das leis e a necessidade de maior flexibilidade no direito dos negócios encorajaram as partes a recorrerem a arbitragem, que pode aplicar o direito flexível [...]”.

Oportuno citar a definição de convicção da verdade lecionada, pelos professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt:

A convicção da verdade é relacionada com a limitação da própria possibilidade de buscar a verdade e, especialmente, com relação entre essa limitação e a necessidade de definição dos litígios. O Juiz chega à convicção da verdade a partir da consciência da impossibilidade da descoberta da sua essência, uma vez que é essa que demonstra a falibilidade do processo para tanto. Dessa tomada de consciência, para a conclusão de que o processo, apesar de tudo isso, não pode impedir a eliminação dos conflitos, é um passo.

[...]

Em resumo: o juiz, para pôr fim ao conflito, deve estar convicto, dentro das suas limitações, a respeito da verdade, uma vez que sua essência é impenetrável.⁶⁷

⁶⁶ WALD, Arnaldo. **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares/ LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. Coordenadores. São Paulo: Atlas, 2007.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHARDT, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005. p. 449.

No entanto, o livre convencimento do árbitro não deve ser confundido com arbítrio, por isso deve o árbitro fundamentar sua decisão, explicando as razões que o levaram a proferir determinada sentença, baseando-se em suas convicções desde que assentadas nas provas trazidas aos autos.

É a garantia constitucional da motivação das decisões, que no caso da arbitragem, impõe a fundamentação do árbitro ao exame das questões de direito e de fato, explicando os motivos de seu convencimento, para dar oportunidade das partes de controle da decisão.

3.4 O ÁRBITRO E SUA FUNÇÃO

O árbitro, como visto anteriormente, é a pessoa, capaz, ou seja, maior e em plena faculdade mental, que resolve o litígio como se juiz fosse, todavia não é investido da função pelo Estado e sim pelas partes, mediante a confiança de ambas.

Todo o seu compromisso e missão estão delineados na Lei 9.307/96, que estabelece quem pode ser árbitro, no seu art. 13. Como demonstra Maristela Basso⁶⁸

No que diz respeito ao primeiro momento, é nele que se define a denominação que o árbitro recebe – juiz de fato ou de direito –, como também se põe em relevo a preservação das relações éticas envolvidas no procedimento arbitral (parâmetros de conduta do árbitro). A este aspecto soma-se a preocupação com o paradigma da neutralidade, isto é, a efetiva combinação entre os valores de independência, imparcialidade e discricção que devem nortear a atuação dos árbitros e tribunais arbitrais.

As partes, como dispõem o art. 13, par. 3º poderão estabelecer o processo de escolha dos árbitros ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional e inclusive dispor sobre a fixação de seus honorários.

⁶⁸ BASSO, Maristela. **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido. São Paulo: Atlas, 2007. p. 4.

Não há necessidade de ser o árbitro bacharel em direito, apenas é ressaltado que tenha conhecimento e técnica na matéria a qual recai o litígio, conforme explicita Joel Dias Figueira Junior:⁶⁹

A indicação recairá, isto sim, em pessoa ou pessoas detentoras de conhecimento técnico ou científico determinado e necessário à solução dos conflitos, sendo ou não bacharéis em direito. Poderão ser engenheiros, médicos, bioquímicos, farmacêuticos etc. Tudo dependerá da natureza do conflitos instaurado. Contudo, se as partes não optarem pela indicação de uma entidade arbitral que se encarregaria da nomeação dos árbitros dentre aqueles integrantes de seu corpo de julgadores, mas pela escolha comum de seu árbitro ou árbitros, é de bom alvitre que pelo menos um dentre eles seja detentor de sólida formação jurídica, reconhecida cultura e saber, experiente, operoso e detentor da confiança de ambas.

Como ressaltava o autor, embora o árbitro deva ter conhecimento técnico, é prudente que haja um bacharel em direito para auxiliar no andamento do processo, a fim de que a sentença arbitral não seja futuramente objeto de ação de nulidade por falta de cumprimento de requisitos legais.

Rozane da Rosa Cachapuz⁷⁰ sobre a escolha do árbitro leciona: “entende-se que é necessário algum conhecimento de direito, tendo em vista que ele é considerado juiz de fato e de direito e sua decisão não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário”.

A escolha pelas partes pode ser de um árbitro, árbitros ou entidade arbitral. Quando as partes fixam as regras e formas em que o procedimento arbitral será conduzido naquele caso específico, ou na ausência de disposição, quem determina é o árbitro, fala-se de arbitragem *ad hoc*. Nesta são as partes que definem os árbitros e a substituição dos mesmos.

Via de regra o árbitro é escolhido pelas partes, que também determinam quanto a sua substituição, respeitando os limites éticos e, por analogia, as questões de impedimento e suspeição descritas pelo Código de Processo Civil, nos

⁶⁹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. São Paulo: RT, 1999. p. 197.

⁷⁰ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Uma visão geral da arbitragem de acordo com a lei 9.307/96. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 35, 01/12/2006. Disponível em <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em 18/09/2008.

artigos 134 e 135, sendo a exceção regida pelo art. 20 da Lei 9.307/96.

Porém é comum também que as partes designem, na convenção arbitral, determinada instituição ou entidade especializada para solução de conflitos por meio da arbitragem. Neste caso, a própria entidade indica o árbitro ou árbitros para o julgamento, sendo seguidos os procedimentos estipulados por aquele órgão, fala-se daí na arbitragem institucional.

José Cretella Neto⁷¹ comenta o artigo 16 da Lei, sobre a arbitragem *ad hoc* e institucional:

O presente dispositivo evidencia mais uma vez a conveniência de as partes estabelecerem, desde logo, que a arbitragem será “institucional”, pois, as entidades que promovem costumeiramente a arbitragem dispõem de procedimentos consagrados para resolver as situações referidas no caput do art. 16, ou seja: a) a escusa do árbitro, antes da aceitação da nomeação; b) falecimento do árbitro, após a aceitação; c) impossibilidade do árbitro nomeado atuar, após ter aceitado a nomeação; e d) recusa. [...] Se a arbitragem for “ad hoc” e tiver sido previsto substituto para o árbitro, no compromisso, tanto melhor: outro árbitro será nomeado e a arbitragem prosseguirá. No entanto, poderá surgir impasse, caso inexista essa previsão e as partes não tenham indicado a instituição que promoverá a arbitragem.

O autor chama a atenção para o fato de eventual omissão de previsões na arbitragem *ad hoc* que podem acarretar inconvenientes e causar a inviabilidade da opção pela arbitragem

Importa destacar quanto a pessoa do árbitro que o perfil não pode fugir da imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

É importante destacar que o árbitro, assim como qualquer profissional responde civil e penalmente pelos danos que, porventura, sua conduta causar, inclusive, por disposição do art. 17 da Lei, ficam equiparados aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal.

O Tribunal Arbitral deve contar com pelo menos três julgadores, cabendo a e estes a eleição de presidente e, se for conveniente, de secretário.

Por expressa previsão legal, art. 18 da Lei de Arbitragem, o árbitro é

⁷¹ CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 85.

juiz de fato e de direito e a sua decisão, sentença, não fica sujeita a recurso, nem a homologação pelo Poder Judiciário.

Iniciado o procedimento arbitral, com a aceitação da nomeação do árbitro ou árbitros, as regras serão as estipuladas pelas partes na convenção de arbitragem, pelo árbitro ou pela entidade especializada escolhida.

Ao árbitro cabe, primeiramente, tentar a conciliação, caso seja inexistente, na forma do art. 22 da Lei determinar a realização das provas que julgar necessárias ao deslinde da questão, mediante requerimento das partes ou de ofício.

No entender de Maristela Basso:⁷²

Segundo o Regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, o esgotamento da fase de instrução se dá justamente no momento em que o tribunal considerar que as partes apresentaram todas as suas alegações e todas as provas foram produzidas. A partir do encerramento desta fase, as partes não podem mais apresentar petições, alegações ou provas, a não ser quando autorizadas ou solicitadas pelo tribunal. O poder concentrado nesta faculdade do árbitro se reflete na valorização da celeridade do procedimento, deixando pouco espaço para que as partes se manifestem depois de encerrada a fase de apresentação das alegações e produção de provas. Caberá ao árbitro, em sua discricionariedade, decidir se admite ou não pedidos adicionais ou manifestações que não foram apresentadas na fase de instrução, mas em uma faixa transitória entre aquela e a fase de decisão. Com isso, o árbitro controla e pode estimar com razoável facilidade o tempo para a decisão definitiva. Para as partes esse critério é de ampla segurança.

Se no curso do procedimento arbitral houver necessidade de medidas coercitivas ou cautelares as partes poderão solicitar por meio do Árbitro na forma do art. 22 § 4º.

A sentença a ser proferida pelo Árbitro ou pelo Tribunal Arbitral terá seu prazo estabelecido pelas partes, será expressa em documento escrito, com observância dos requisitos estabelecidos no art. 26 da Lei; e, se nada for convencionado, o prazo para apresentação da sentença será de 6 (seis) meses.

A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os

⁷² BASSO, Maristela. **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido. São Paulo: Atlas, 2007. p. 4.

mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo, sendo passível a decretação de nulidade pelo Poder Judiciário no prazo de 90 dias da sua notificação.

Os atos adotados na convenção de arbitragem destinam-se a constituir, adquirir, resguardar ou modificar direitos ou deveres processuais e são praticados pelos integrantes da relação jurídica processual arbitral.

Com estes atos sucessivos os litigantes atingem a finalidade principal da demanda, qual seja, a solução do conflito jurídico de interesses, por intermédio da transação, conciliação ou pela manifestação do árbitro ou colegiado sobre o mérito da causa⁷³.

3.5 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

Com relação ao número de árbitros a julgar a demanda, podem as partes optar por um corpo de árbitros que comporá um tribunal arbitral para processamento e julgamento.

A nomeação poderá recair sobre um único árbitro ou sobre um número maior de árbitros, sendo que neste caso, será sempre um número ímpar, podendo as partes, ainda, definir ou não suplentes. Em tese, a nomeação se dá por meio do Árbitro para cada uma das partes; que escolhem alguém de sua confiança e que tenha conhecimento aprofundado sobre a matéria a ser discutida, sendo que é de praxe estabelecer-se que o terceiro árbitro, o desempatador, será escolhido de comum acordo pelos outros dois árbitros já nomeados, conforme dispõe o artigo 13, parágrafo segundo da Lei 9.307/96.

Formado o tribunal arbitral, os seus membros elegerão, entre si, aquele que assumirá a figura do presidente do tribunal. Caso não haja consenso entre eles a este respeito, a lei define que o presidente será o mais idoso. O árbitro presidente

⁷³ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arbitragem, Jurisdição e Execução: Análise Crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. 2ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 213.

poderá designar um secretário para assessorar a realização dos procedimentos arbitrais, e dependendo do caso concreto, um dos próprios árbitros poderá assumir tal função, conforme dispõe o artigo 13, parágrafo 5º da lei.

Poderão os árbitros, no desempenho de suas funções, designar profissionais competentes como assessores, contratar técnicos para a realização de perícias ou prestação de esclarecimentos, ou ainda executar questões administrativas referentes ao processamento da arbitragem.

Todas essas despesas, todavia, serão custeadas pelas partes litigantes, sendo que os árbitros poderão solicitar adiantamento das verbas necessárias ao cumprimento dessas diligências, visto que são de cunho fundamental para a análise e julgamento dos casos.

Como já mencionado anteriormente, os árbitros também devem atender à imparcialidade e independência, eles não podem incorrer nas exceções de impedimento e suspeição, que poderão ser alegadas na primeira oportunidade que a parte tiver para se manifestar no processo, devendo ser devidamente fundamentada e instruída com as provas que pretende produzir. Aceita exceção, haverá afastamento do árbitro e substituição pelo suplente, caso as partes o tenham indicado.

Não havendo suplente, serão aplicadas as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Não havendo determinação a esse respeito e não havendo acordo entre as partes, a solução será dada pela jurisdição estatal, conforme impõe o art. 7º da lei.

Caso o árbitro não aceite a recusa pela exceção, por alegação de impedimento ou suspeição, o processo seguirá seu trâmite normalmente, entretanto, a decisão proferida pelo árbitro poderá, eventualmente, ser objeto de ação declaratória de nulidade de sentença arbitral, nos termos do art. 20 parágrafo 2º, combinado com o art. 33 da Lei de Arbitragem.

A regra de competência do árbitro para decidir sobre a sua própria competência dá-se o nome de *Kompetenz-Kompetenz*, esclarece Rozane da Rosa Cachapuz.⁷⁴

⁷⁴ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem**: alguns aspectos do processo e procedimento na Lei no. 9.307/96. São Paulo: LED – Editora de Direito, 2000. p. 123.

Também poderá haver escusa pelo próprio árbitro nomeado em aceitar exercício da função em determinado assunto. A diferença entre a escusa e a recusa, reside que para esta última há recusa do árbitro, por qualquer das partes, por determinado motivo comprovado, sendo que na escusa é o próprio árbitro que se recusa a julgar.

Caso o nomeado não se escusar, uma recusa posterior somente poderá acontecer por motivo ou fato ocorrido após sua nomeação ou se por motivo anterior a sua nomeação, no caso de não ter sido a parte quem o nomeou diretamente, ou ainda, se o motivo da recusa chegar ao conhecimento da parte somente depois de ocorrida a nomeação, nos termos do disposto no parágrafo 2º do art. 14 da lei.

As pessoas indicadas para exercer a função de árbitro em determinado litígio, sejam determinadas pelas próprias partes ou por instituição arbitral escolhida na convenção de arbitragem, possuem a obrigação de revelar antes de aceitarem a função, qualquer fato que possa acarretar dúvida quanto a sua imparcialidade ou independência.⁷⁵

Isso quer dizer que é um dever do árbitro, e não uma faculdade, revelar às partes todo e qualquer fato de caráter objetivo ou subjetivo que possa prejudicar sua atuação, sob pena de incorrer em crime de responsabilidade, já que o árbitro equipara-se ao funcionário público quando no exercício de sua função ou em razão dela, conforme dispõe o art. 17 da lei, sendo que, além da infração penal, as decisões proferidas serão consideradas absolutamente nulas, de acordo com o art. 32 da referida lei.

Isso acontece porque os árbitros exercem verdadeira jurisdição privada que lhes é conferida pela Lei 9.307/1996, como juiz de direito, para julgar aqueles casos em que as partes entendem ser pela arbitragem a melhor forma de solução de seus conflitos.

⁷⁵ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Juruá, Curitiba-PR, 2001. p. 109.

3.6 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

De acordo com o artigo segundo da Lei, as partes podem optar pelo procedimento a ser adotado pelo árbitro para a solução do conflito: por equidade ou por direito, é característica da arbitragem a participação das partes de maneira ativa na solução do litígio.

A arbitragem por equidade é pautada no julgamento pelo bom-senso, o que permite ao árbitro a escolha livre de normas, permitindo a utilização de princípios gerais de direito, usos e costumes, sempre respeitando os limites do sistema jurídico.

Para Paulo César Teixeira⁷⁶

Equidade é a justiça aplicada ao caso concreto, o poder que tem o árbitro de prolatar uma decisão estando descompromissado com o rigorismo da lei escrita e mais atento ao parecer justo para ser aplicado ao caso examinado. Pode ser entendida como plena liberdade de consciência e desvinculação com as normas jurídicas no momento de prolatar-se uma decisão.

Carlos Alberto Carmona⁷⁷ no mesmo sentido ensina:

Em outros termos, sendo a norma abstrata, criada para reger fatos-tipos, pode acontecer que em dado caso concreto ocorra circunstância que o legislador não havia previsto, tornando a incidência da norma injusta e inadequada. É nesta hipótese que atuaria a equidade, autorizando o legislador a mitigar a severidade da norma. Assim, quando autorizado a julgar por equidade, o julgador pode com largueza eleger as situações em que a norma não merece mais aplicação, ou porque a situação não foi prevista pelo legislador, ou porque a norma envelheceu e não acompanhou a realidade, ou porque a aplicação da norma causará injusto desequilíbrio entre as partes.

Paulo Furtado e Uadi Lammego Bulos⁷⁸ identificam a equidade como

⁷⁶ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Correa. **A nova arbitragem**: comentários a Lei 9.307/96. Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 67.

⁷⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário a Lei, 2004. p. 76.

uma vantagem oferecida ao árbitro, em detrimento dos processos judiciais convencionais, pode solucionar livremente a pendência entre as partes.

O árbitro pode, inclusive, julgar da melhor forma a solução do conflito, como exemplifica Alexandre Freitas Câmara⁷⁹ “esta segunda espécie de arbitragem (por equidade) caracteriza-se exatamente por permitir ao árbitro se libertar dos grilhões da legalidade estrita, devendo dar a causa a solução que, a seu juízo, represente a justiça do caso concreto”.

Importante ressaltar que a opção pela equidade deve estar expressa no compromisso arbitral, caso contrário o julgamento dar-se-á por direito. Como delimita Tania Lobo Muniz⁸⁰

A possibilidade de aplicação da equidade depende de manifestação das partes, mas sua permissão não os obriga a proceder ao julgamento de tal forma, nem autoriza aos árbitros violarem a ordem pública. Se acharem que a ordem jurídica coincide com a equidade, poderão aplicá-la.

Carlos Alberto Carmona⁸¹ aduz que a decisão por equidade deverá estar expressamente autorizada, porém, se o árbitro verificar a improbidade da aplicação poderá declarar e aplicar as normas que entender serem necessárias e pertinentes, visando a validade e eficácia da decisão arbitral.

Já na arbitragem de direito, o árbitro está obrigado a utilizar-se das normas de direito positivo para solucionar o litígio, sendo que seja no julgamento proferido por equidade ou por direito, a decisão tem força de título executivo e faz coisa julgada nos termos do artigo 31 da Lei.

⁷⁸ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammego. **Lei de Arbitragem comentada**. 1998. p. 29.

⁷⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. Lei nº 9.307. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002. p.22.

⁸⁰ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Juruá, Curitiba: Juruá, 2001. p. 93.

⁸¹ *Ibid.*, p. 43.

4 PROCESSO E TUTELA CAUTELAR

4.1 TEORIZAÇÃO DA TUTELA CAUTELAR

O desenvolvimento de procedimentos ou medidas de segurança, de caráter provisório, conservativo ou de urgência sempre se fizeram presentes para os idealizadores do processo, como alternativa de efetividade, tanto para o processo principal, como para o direito material.

Como bem expressa Vicente Greco Filho⁸²

Desde o momento em que ocorre uma possível lesão até o momento em que, declarado o direito da parte, o Judiciário entrega ao credor o bem jurídico devido ou seu equivalente compensatório, muitos bens jurídicos permanecem, por longo tempo, envolvidos no processo ou aguardando os atos de satisfação final. Esses bens jurídicos, em virtude do tempo, correm perigo de deterioração, a ponto de poder tornar-se inútil toda a atividade jurisdicional se não existir um outro tipo de providências assecuratórias da subsistência e conservação, material e jurídica, desses bens.

De modo que a atividade jurisdicional não seria capaz de suprir, a não ser por medidas assecuratórias, o resultado proveitoso da decisão final. Assertiva válida tanto para o processo civil, quanto para o procedimento arbitral.

A palavra “cautelar” foi utilizada como referência pela doutrina italiana, na fase de elaboração científica do processo civil, para tratar uma particular espécie de tutela, ação, processo ou provimento.

A arquitetura da teoria geral do processo cautelar; como conhecemos hoje, se desenvolveu na Itália, pelos sucessivos estudos de Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei.

Para Giuseppe Chiovenda⁸³ a teoria se funda na ação acautelatória.

⁸² GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 3, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 165.

Para ele, o processo acautelatório detém uma individualidade própria: uma demanda, uma resposta, uma relação jurídico-processual, uma instrução, uma sentença, um objeto próprio.

Chiovenda conceitua as medidas cautelares como “medidas provisórias que correspondem à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico”.⁸⁴ A provisoriedade tratada por Chiovenda se reporta a duração da medida por certo lapso de tempo.

Na doutrina, Wilard de Castro Vilar profere crítica a Chiovenda, pela ausência de questionamento quanto a eminência do dano “[...] muitas outras medidas utilizáveis durante o processo podem servir para evitar o dano jurídico, sem, contudo participar da categoria de medida cautelar”.⁸⁵

Considerando o temor de um dano jurídico, não só as medidas cautelares tem o condão de coibir, como o raciocínio estaria para o que se chama *periculum in mora* ou seja, o perigo do dano pela demora.

Já Francesco Carnelutti⁸⁶ entendeu inicialmente que a medida cautelar produzia “a sistematização de fato durante a lide”. Pelas circunstâncias de transição dos fatos e dos direitos que recaem sobre eles, Carnelutti passou a conceber a medida cautelar como “composição provisória da lide”.⁸⁷ A partir da composição provisória da lide, o que seria o conflito de interesses no processo principal, seria possível decretar providências a afastar provável prejuízo.

Posteriormente, Carnelutti mudou seu entendimento, apurando sua visão diante da ineficácia do processo principal, passando a conceber o processo cautelar “serve a tutela do processo, como instrumento não só para garantir os meios do processo definitivo como para garantir a utilização prática do processo definitivo”.⁸⁸

Por derradeiro, Carnelutti aperfeiçoou a concepção de processo cautelar, concluindo que a finalidade das medidas cautelares é assegurar “o equilíbrio

⁸³ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Trad. da 2. ed. it. por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v.II, p. 273/274

⁸⁴ *Ibid.*, p. 274

⁸⁵ VILAR, Wilard de Castro. Medidas Cautelares. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1971, p.52.

⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lezione di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1933. v. II, p. 60.

⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936, v. I, p. 205.

⁸⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. Jaime Guasp, Barcelona: Bosch, 1942. p. 63.

inicial das partes” [...] “evitar no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes, que possa derivar da duração do processo”.⁸⁹

Neste aspecto, Ovídio A. Baptista da Silva comenta que a classificação do processo cautelar de Carnelutti em procedimentos restituitórios e antecipatórios é imprecisa. Ainda, ao menos no que toca a tutela cautelar de natureza antecipatória, em igual equívoco incidiu Calamandrei, veja-se:

“As conseqüências dessa imprecisão conceitual refletem-se, hoje, de modo extraordinário, particularmente na Itália, onde uma parcela considerável da doutrina defende o ponto de vista de que a essência da tutela cautelar é de índole antecipatória.”⁹⁰

Posição esta de muita relevância na atualidade, especialmente pela possibilidade de produzir uma prestação jurisdicional mais aproximada da Justiça.

A doutrina de Piero Calamandrei é a mais apreciada, pois sua obra: “*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*” representa um divisor de águas em matéria de processo cautelar.

Para ele, as providências cautelares detêm um interesse específico que surge da existência de um perigo de dano jurídico, devido à demora (*periculum in mora*). A providência exerce uma função assecuratória em razão da demora do processo principal.

Importante é o destaque típico das providências cautelares por não serem um fim em si próprio, mas sempre dependentes da emanção de uma ulterior decisão definitiva, assevera Piero Calamandrei⁹¹. Segundo sua visão

⁸⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. p. 356.

⁹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.p.09.

⁹¹ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. da ed. It. de 1936 por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas-SP: Servanda, 2000. p. 41/42.

Há, portanto, nos provimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito. A tutela cautelar é, em comparação ao direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos provimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do provimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são portanto, em relação a finalidade última da função jurisdicional, *instrumento do instrumento*.

Todavia, coube a Enrico Tullio Liebman⁹² evidenciar a autonomia estrutural do processo cautelar, enfatizando que a eliminação da situação de perigo iminente, com a efetividade da medida concedida, por meio de atos materiais da execução.

Sob o aspecto prático, Liebman considerou a unidade do procedimento cautelar correspondente à indivisibilidade do interesse de agir e a unidade da ação, que pelo aspecto funcional e estrutural se concebeu por um terceiro gênero de processo.

Assim, desde sua formação, este tipo de tutela tem como finalidade proteger o objeto do processo principal, pois devido à morosidade, por vezes necessária, inerente ao Poder Judiciário, sem estas medidas de urgência, poderia se perder o objeto da lide, o direito, a justiça.

Diante de todos estes fundamentos ínsitos as medidas cautelares, é possível observar que também na arbitragem o que se pretende é dar efetividade ao processo diante de uma situação de perigo iminente, onde se espera que o árbitro assegure o cumprimento satisfatório de sua decisão final.

Evidente que esta teorização do processo cautelar é mais que aplicável aos princípios e finalidade do instituto da arbitragem, tendo em vista a rapidez e efetividade na solução do conflito, como anteriormente abordado.

⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Unita del procedimento cautelare*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova: CEDAM, 9/248, 1954.

4.2 O PROCESSO CIVIL E A VISÃO BRASILEIRA

Os sucessivos estudos de Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, com origem na Itália serviram de base para a elaboração científica do processo civil brasileiro.

O Brasil fora especialmente influenciado pela vinda de Liebman, que residiu em São Paulo, e a divulgação das teorias italianas na confecção do Código de Processo Civil de 1974.

Toda a sistemática do Código Brasileiro recepcionou a doutrina de Francesco Carnelutti⁹³ e a teoria de Liebman que defende ser o processo cautelar um terceiro gênero entre o processo de cognição e o de execução, sendo a tutela cautelar um meio de proteção à eficácia da tutela jurisdicional como um todo.

De modo que o Código de Processo Civil Brasileiro disciplinou, no Livro III, o processo cautelar, seguindo dos artigos 798 a 888, tratando da parte geral e depois, de medidas cautelares nominadas.

Segundo se extrai das palavras de Donaldo Armelin⁹⁴ “a tutela jurisdicional de conhecimento e a de execução não aspiram a instrumentalidade, mas sim a exaustividade. Por isso podem se qualificadas como tipos de tutela jurisdicional satisfativa”.

Surge, então, a tutela jurisdicional cautelar como garantia adicional a eficácia da prestação da tutela jurisdicional satisfativa. Serve, destarte, a tutela jurisdicional cautelar para suprir as deficiências do processo veiculador de pretensão à tutela jurisdicional satisfativa, principalmente do processo de cognição plena e exaustiva, no qual o fator tempo é maximizado em favor das garantias das partes quanto a uma prova ampla e maior possibilidade de prestação justa de tal tutela, concebida esta justiça como uma ideal adequação dos fatos a norma que os

⁹³ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1981.

⁹⁴ ARMELIN, Donaldo. **A tutela jurisdicional cautelar**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 23/111 jun. 1985. p. 115.

discipline.⁹⁵

Extrai-se que o processo cautelar tem como função, provisória, garantir a utilidade da prestação jurisdicional diante de perigo efetivo e iminente.

Como expressa Humberto Theodoro Júnior⁹⁶ o processo cautelar:

Corresponde ao direito de provocar o órgão judicial a tomar providências para conservar e assegurar a prova ou bens, ou para eliminar de outro modo a ameaça de perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil.

Seguindo a linha da utilidade, Luiz Rodrigues Wambier⁹⁷ considera que o processo cautelar: “É aquele por meio do qual se obtém meios de garantir a eficácia plena – tomada esta expressão no sentido de produção efetiva de efeitos no mundo empírico – do provimento jurisdicional, a ser obtido por meio de futuro (ou concomitante) processo de conhecimento ou da própria execução”.

Para a doutrina, especialmente relacionada ao Livro III do Código de Processo Civil, além da utilidade da providência é necessário abordar a relação com o processo principal. José Frederico Marques⁹⁸ destaca a acessoriedade do processo cautelar, que serve para a obtenção de medidas urgentes, necessárias ao bom desenvolvimento de um outro processo, de conhecimento ou de execução, chamado principal.

Na visão de Donaldo Armelin⁹⁹ a tutela jurisdicional cautelar é aquela “prestada *ex officio* ou por provocação das partes sem caráter satisfativo e com finalidade de assegurar, quanto possível, o equilíbrio entre os litigantes no processo satisfativo e a eficácia da prestação jurisdicional reclamada ou reclamanda”.

⁹⁵ Ibid., p. 116.

⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. In: **Processo Cautelar**. 21. ed. São Paulo: Liv e Universitária de Direito, 2004. p. 362.

⁹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. In: **Curso Avançado de Processo Civil: processo cautelar e procedimentos especiais**. v. 3. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2007.

⁹⁸ MARQUES, José Frederico. In: Manual De Direito Processual CIVIL. 5. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, p. 342.

⁹⁹ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**. 23/111 jun. 1985. p. 121.

Neste sentido extrai-se que a tutela jurisdicional cautelar também tem razão em assegurar o equilíbrio entre os litigantes no processo satisfativo e a eficácia da prestação final. Além de seu caráter protetivo e de procedimento hábil, como destaca Vicente Greco Filho¹⁰⁰

A medida cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo; o processo cautelar é a relação jurídica processual, dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares. O processo cautelar é o instrumento natural para a produção e o deferimento de medidas cautelares, mas nem todas as medidas cautelares são determinadas ou deferidas em processo cautelar. Algumas dessas podem ser determinadas dentro do próprio processo de conhecimento ou de execução (p. ex. o arresto do art. 653) ou nos procedimentos especiais (ex: liminar no mandado de segurança), outras por terem natureza mais administrativa, aparecem em simples procedimento, que não chega a constituir uma relação processual (ex: notificações).

De outra banda, Sergio Shimura¹⁰¹ esclarece:

Se existe um *processo* cautelar, mister se faz a existência de *procedimento* cautelar, que é o rito ou a formalidade a ser cumprida para se atingir a tutela cautelar. Outrossim, se há processo, pressupõe-se inelutavelmente a existência de uma *ação* cautelar, como direito subjetivo público à consecução da providência jurisdicional. Por fim, o resultado prático, o objetivo final, traduz-se em uma *medida* cautelar.

Pelas disposições anteriores e a teorização de toda a tutela cautelar, é possível averiguar que não há necessidade de uma ação cautelar para que exista a medida protetiva em questão.

A ação cautelar exige um processo à parte, formado por petição inicial, oportunidade de defesa, provas (se necessário) e sentença. Já na concessão de medidas cautelares, decisões interlocutórias liminares, não há a necessidade de haver a ação cautelar, ela pode, é claro, estar inserida numa ação cautelar ou em qualquer

¹⁰⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 166.

¹⁰¹ SHIMURA, Sergio. In: ARRESTO CAUTELAR. 2 ed., Col. Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 23, São Paulo. **Revista dos Tribunais**. 1997. p. 31-32

outro tipo de ação, inclusive arbitral.

Aqui se encontra a oportunidade de visualização de que as características de *fumus boni juris* e *periculum in mora* do processo cautelar podem se aplicar ao procedimento arbitral e não há necessidade de nova ação, ação cautelar, para se obter uma medida cautelar.

4.3 FINALIDADE DO PROCESSO E MEDIDA CAUTELAR

Seria ideal que o processo fosse instantâneo, mas não seria razoável proferir sentenças com esteio em alegações jurídicas sem a instrução probatória, o que via de consequência, se converteria na temida “insegurança jurídica”, onde as decisões não teriam coerência no sistema.

A dilação temporal necessária à solução da lide, deve ser razoável e estabelecida de forma a garantir a segurança jurídica e ao mesmo tempo promover a satisfatividade do direito, seja do autor ou do réu.

As experiências resultantes das lides forenses têm demonstrado que o processo é assaz insatisfatório, especialmente em questões emergenciais, seja pela burocracia que os envolve, seja pelo elevado número de processos em julgamento.

Jose Rogério Cruz e Tucci¹⁰² se pronuncia: “o *slogan* de justiça rápida e segura, que anda na boca dos políticos inexperientes, contém lamentavelmente, uma contradição *in adiecto*: se a justiça é segura não é rápida, se é rápida não é segura”. De modo que, a prestação jurisdicional rápida e segura é um desafio a nossa evolução, que promove busca de alternativas viáveis a obter decisões justas em razoável espaço de tempo, como se insere toda carga principiológica da arbitragem, como já reportado anteriormente.

Para Ovídio A. Baptista da Silva¹⁰³ há distinção entre tutela e processo

¹⁰² TUCCI, Jose Rogério Cruz e. In: TEMPO E PROCESSO. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997. p.27.

¹⁰³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. In: CURSO DE PROCESSO CIVIL. vol III, Processo Cautelar, 3. ed., RT, 2000. p. 17.

cautelar, destacando que o processo é o instrumento de atuação do direito material e a tutela se refere ao conteúdo. Assim descreve:

A tutela cautelar faz parte do gênero tutela preventiva e tem por fim dar proteção jurisdicional ao direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, mas que não se identificam com os denominados direitos subjetivos. Na verdade, a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas direitos subjetivos, mas igualmente, e, poderíamos dizer até, preponderantemente, proteger pretensões de direito material, ações e exceções, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito, encontrem-se sob ameaça de um dano irreparável.

A tutela cautelar é o instrumento destinado a eliminar o risco, mediante a incidência de uma constrição judicial acautelatória na esfera jurídica do demandado, que seja adequada, idônea e suficiente para lograr efeito, agasalhando a pretensão definitiva.

Para a grande maioria dos autores o conceito de tutela cautelar abrange a função de assegurar o resultado útil ao processo, classificada como tutela de segurança, tendo como objetivo principal assegurar a satisfação do bem da vida, objeto da lide.

Todavia, ao lado dessa sua finalidade de remediar as mazelas e as deficiências do processo ordinário, consistente em assegurar a eficácia da prestação jurisdicional satisfativa, que é por assim dizer, a posição clássica desempenhada pelo processo cautelar.

Considerando toda esta sistemática atribuída ao processo judicial, a arbitragem difere no sentido de não se considerar o acúmulo de processos e excesso de formalismo da lei a provocar a demora na solução, o que retarda a decisão final na arbitragem é somente o necessário tempo à produção da prova e convicção do Árbitro no julgamento.

4.4 ASPECTOS DISTINTIVOS DA TUTELA CAUTELAR

Os principais traços que distinguem a tutela cautelar, na visão sistematizada prevista no Código de Processo Civil e na percepção doutrinária, especialmente destacada por Luiz Orione Neto¹⁰⁴ compreendem o aspecto da urgência, provisoriedade, revogabilidade, preventividade, sumariedade formal e material, instrumentalidade, referibilidade e autonomia procedimental.

A urgência é pressuposto *sine qua non* tanto para as tutelas cautelares como também para o gênero das tutelas urgentes como um todo, tendo em vista o dano iminente ensejador do seu pedido, atrelados a pontos da legislação.

Assim como previsto no artigo 796 e 800 do Código de Processo Civil, pode ser postulada antes do processo principal e pode ser deferida por juiz incompetente.

A urgência também sugere, como previsto no artigo 804 do Código de Processo Civil, que a providência seja tomada sem ouvir a parte contrária.

No magistério do Juiz Federal Antonio Vital Ramos de Vasconcelos: fica evidente que a lei quis disciplinar, no art. 804, a eventual ocorrência de uma “*dilatio temporis*” suficiente, por si só, para tornar ineficaz a medida liminar, se não concedida de plano e não somente a eventual ou provável conduta danosa da parte contrária¹⁰⁵

A urgência especialmente se vincula, no processo cautelar, ao requisito do *periculum in mora*.

A provisoriedade é uma característica que decorre da cognição sumária do juiz justamente em virtude da urgência.

De forma que não poderia, pela necessidade da rapidez, o juiz julgar com conhecimento pleno de fato e de direito, estando sua decisão pendente de melhor análise e comprovação.

Para Ovídio A. Baptista, há distinção entre temporariedade e provisoriedade e dispõe que a tutela cautelar é temporária, apontando dois

¹⁰⁴ ORIONE NETO, Luiz. In: PROCESSO CAUTELAR. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 57/73.

¹⁰⁵ Perfil do Processo Cautelar, RT 694/16.

fundamentos a saber:

- a) temporária porque deve durar enquanto perdura a situação de perigo a que esteja exposto o direito tutelado. A duração do arresto, por exemplo, não fica condicionada à prolação da sentença, podendo perdurar seus efeitos além, até a execução da sentença, momento em que se efetiva a penhora. A temporariedade deve obedecer o tempo que perdure o perigo sob pena de tornar-se arbitrária e lesiva ao direito da parte que a suporta;
- b) temporário porque a sentença que o contém jamais poderá alcançar o status de indiscutibilidade que torna permanente a coisa julgada material.¹⁰⁶

Com efeito, o processo cautelar não tem e não poderia ter caráter definitivo, como dispõe o artigo 807 que as medidas cautelares podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, estando, em regra atreladas ao processo principal.

Como bem relatado por Luiz Orione Neto¹⁰⁷

Nesse aspecto, a jurisprudência está em perfeita sintonia com a doutrina: I- Tratando-se de medida provisória por sua natureza, poderá, desde que alterados os fatos em que se fundamentou, ser modificada no curso do processo (RT 627/183) II- As medidas cautelares podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas (RT 529/93) III- Revogação de medida cautelar. Age com manifesto acerto o juiz que, tomando conhecimento do provimento do recurso interposto de sua decisão, faz cessar, desde logo, a liminar concedida. As medidas cautelares podem a qualquer tempo ser revogadas ou modificadas (RJTJRS, 73/414).

Teori Albino Zavascki atenta para a relação que guarda tutela provisória com a tutela definitiva, enquanto parâmetro ao real alcance daquela. Vale dizer, somente que se poderá definir o que seja provisório diante do conceito de definitivo. O provisório estará sempre aquém do definitivo.¹⁰⁸

¹⁰⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do Processo Cautelar. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001p. 86

¹⁰⁷ Ibid., p. 74.

¹⁰⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de Tutela. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 34. No mesmo sentido, SHIMURA, Sergio Seijii. Arresto Cautelar. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997 p. 39 e SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 1992. p.32.

Existe na interpretação do r. autor o limite temporal das tutelas provisórias subordinado a dois critérios. O primeiro, da finalidade da tutela a existir até o atendimento de seu objetivo. O segundo, o critério da necessidade sendo a tutela o meio hábil ao afastamento do perigo de dano.

Outro ponto salientado na doutrina reside no instituto da preclusão para o juiz quando há concessão ou denegação de uma liminar cautelar, de modo que continua a lição de Luiz Orione Neto:¹⁰⁹

Efetivamente, no que tange ao processo cautelar, mesmo que não tenha sido interposto recurso de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória, não incidirá a preclusão, por dois motivos: 1º.) porque a medida cautelar reveste-se de caráter provisório, sendo, pois, de sua própria natureza a revogabilidade; 2º.) a letra do art. 807 do CPC parece afastar qualquer outra interpretação, constituindo-se, em verdade – como bem assinala João Batista Lopes – “em preceito especial (ou de execução), razão pela qual não se aplica o princípio geral da preclusão” RT, 605/14).

No que tange a preventividade, outros mecanismos estão à disposição dos jurisdicionados para evitar danos, todavia também constitui característica básica das medidas cautelares, com a especial finalidade de assegurar e salvaguardar o resultado útil de outra ação.

A sumariedade formal e material não é também de exclusividade cautelar, mas atrelada a forma quando há abreviação do rito e a matéria quando funda-se em um juízo de probabilidade, é compreensível que seja essencial a tutela cautelar.

Isto por que quando os magistrados se atém aos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* não seria plausível toda a análise pertinente ao rito ordinário.

Tema de relevo, a sumariedade, é imprescindível pontuar-lhe o aspecto da cognição, tratado com excelência por Kazuo Watanabe:

¹⁰⁹ Ibid., p. 75.

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.¹¹⁰

Na linha de raciocínio do autor a cognição horizontal (extensão, amplitude) tem por limite os elementos objetivos; debruça-se no denominado trinômio: pressupostos processuais, condições da ação e mérito.¹¹¹

Já a cognição vertical pode ser classificada segundo o grau de profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta), visto que na tutela cautelar, por sua proteção ao processo em face de iminência de dano, evoca uma cognição sumária, referindo-se aos procedimentos ágeis e rápidos, pelo desprendimento a instrução exaustiva. Neste sentido, Kazuo Watanabe explica que:

Ovídio Baptista da Silva, analisando o conceito de cognição sumária de Chiovenda, anota que a cognição do juiz é diferente da ordinária 'por ser incompleta em virtude de sua *superficialidade*, ou *parcialidade*, segundo a redução da área de cognição se faça em corte *horizontal* (grifo nosso), permitindo ao juiz que conheça de todas as sugestões, porém apenas superficialmente, ou, ao contrário, eliminando a cognição de uma área toda de questões, contando-se no sentido *vertical* (grifo nosso) a cognição. As liminares interditais, como as do processo possessório e do mandato de segurança, exemplificam o primeiro caso; o processo cambiário é tipo da segunda espécie' A classificação do corte em *horizontal* e *vertical* está sendo feita, na passagem transcrita, em função apenas da *área de cognição*, enquanto o critério que procuramos levar em conta é a distinção da cognição segundo dois *planos distintos*, o da extensão (*horizontal*) e o da profundidade (*vertical*). De sorte que, segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente *ilimitada*, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é *sumária* quanto à profundidade. Seria, então, cognição *ampla* e, extensão, mas *sumária* em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada 'de uma área toda de questões', seria *limitada* quanto a extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é *exauriente* quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição *limitada* em extensão e *exauriente* em profundidade. Reservamos somente àquela, conforme será explanado no parágrafo seguinte, a expressão *cognição sumária*.¹¹²

¹¹⁰ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 67.

¹¹¹ WATANABE, Kazuo pontua a concepção de renomados autores. Cândido Rangel Dinamarco observa que a cognição do juiz no processo de conhecimento, tem por objeto um trinômio de questões, teoria também defendida por Liebman.

¹¹² *Ibid.*, p. 128-129.

Para a cognição sumária, mister transcrever as concepções estudadas por Kazuo Watanabe¹¹³:

A *cognição sumária* é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical. Através dela se busca, no dizer de Calamandrei, '*un giudizio di probabilità e di verosimiglianza*'. Também Liebman analisando a ação cautelar, alude a '*giudizio di probabilità*', que equipara a '*verosimiglianza*', mas estabelece graus, pois esclarece que '*sul diritto il giudice deve formarsi una semplice opinione di credibilità, senza attarsi a raggiungere una vera sicurezza della sua esistenza*' e '*sul pericolo nel ritardo invece si tratta di considerare sufficientemente verosimile la minaccia di un evento dannoso futuro, allo scopo di prevenirlo e impedirne l'accadimento*'. A probabilidade e a verossimilhança tem graus. W. Kisch alude a grau de *credibilidade* e esclarece que a '*actividad* dirigida a obter este alto grau de probabilidade se *llama acreditamiento* (acreditar cumpridamente) (*Glaubhaftmachung*). Do mesmo modo, Adolfo Schönke faz menção a '*cierto grado de verosimilitud*', que seria diferente da '*plena convicción*', anotando que '*se considera conseguido el acreditamiento, em cuanto se haya aportado cierta probabilidad, no siendo preciso el crear la plena convicción judicial*'.

Nessa escala de intensidade da convicção do juiz, Antonio Coniglio menciona também a *credibilidade*, '*um aspetto lógico di un dato assunto, mero consistente di quello veramente probatorio*'. Invoca, a respeito, o magistério de Schmidt: '*La credibilità non se distingue principalmente della prova, per i mezzi di prova usati, ma per il risultato della prova raggiunto. Il risultato probatorio della credibilità è minore di quello della prova. Il contrasto non è qualitativo, ma quantitativo. La credibilità non raggiunge la verosimiglianza, ma un minore grado di verosimiglianza, tale cioè che il giudice deve contare, como di fatto conta, sulla possibilità del contrario*'.

Calamandrei, notando que é difícil estabelecer uma precisa diferença entre as noções de *possibilidade*, *verossimilhança* e *probabilidade*, esclarece que possível é o que pode ser verdadeiro, *verossímil* é o que tem aparência de ser verdadeiro e *provável* é o que se pode provar como verdadeiro. Pondera mais que, se toma como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que as três qualificações mencionadas (*possível*, *verossímil* e *provável*) constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação ao reconhecimento do que é verdadeiro. E conclui: 'quem diz que um fato é *verossímil*, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer que é *possível*; e quem diz que é *provável*, está mais avançado do que quem diz que é *verossímil*, já que vai mais além da aparência e começa a admitir que há argumentos para fazer crer que a aparência corresponde à realidade. Trata-se, porém, de matizes psicológicas que cada juiz entende a seu modo.

Os magistérios, como se vê, não são unívocos quanto às terminologias adequadas e à significação de cada uma delas.

¹¹³ Ibid., p. 145-148

No direito brasileiro, temos alguns dispositivos de lei que acolhem as terminologias 'verossimilhança' (art. 273 do CPC) E 'VEROSSÍMIL' (art. 6º, VIII, do CDC), onde esses vocábulos são utilizados no sentido de probabilidade elevada de ser verdadeiro, não no de probabilidade mínima.

São portanto, mais adequadas, para o nosso direito as terminologias utilizadas por Calamandrei.

A convicção do juiz, na cognição sumária, apresenta todos esses graus. Deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especificidade do caso concreto. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina.

No processo cautelar, a sumariedade significa que enquanto o juiz possa aprofundar-se no exame das questões de fato e de direito suscitadas pelas partes deve contentar-se com a plausibilidade do direito ou interesse do alegado, em cognição sumária ou superficial, sem implicar no cerceamento de defesa.¹¹⁴

A instrumentalidade também se refere ao processo como um todo, por ser ele um instrumento de atuação do direito material. Para o processo cautelar há a conotação de ser *instrumento do instrumento* por servir a salvaguardar o resultado profícuo de outro processo.

Humberto Theodoro Junior ao discorrer sobre a instrumentalidade da medida cautelar, entende pela inadequação da expressão “dependente”. A tutela cautelar visa assegurar o processo para que produza um resultado útil, que no processo principal condiz com o mérito, portanto não existe dependência.¹¹⁵

A tutela cautelar que visa o mero asseguramento a lide principal sem objetivar a composição do conflito não se configura satisfativa. Assim, dispõe José Carlos Barbosa Moreira: “tem ele (processo cautelar) função meramente instrumental em relação as duas outras espécies de processo, e por seu intermédio, exerce o

¹¹⁴ MESQUITA, Eduardo Melo de. As Tutelas Cautelar e Antecipada. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 2002. p. 208.

¹¹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: Leud. 2005. p. 26.

Estado uma tutela jurisdicional mediata”.¹¹⁶

A referibilidade diz respeito a um direito acautelado, estando conexas tal característica a instrumentalidade, como se pronuncia Ovídio A. Baptista da Silva¹¹⁷ (A ação cautelar inominada):

Nossa concepção de ação cautelar, como entidade autônoma, não dispensa sua vinculação a um direito, ou pretensão, ou ação a que aquela preste segurança. A referibilidade, a idéia de transitividade da ação cautelar ligando-a a uma situação juridicamente relevante, é inafastável.

A autonomia do processo cautelar se dá de forma dogmática e estrutural, uma vez que possui identidade própria, finalidade específica e autonomia procedimental.

Quando se fala em autonomia objetiva-se referir ao fim de cada processo, em razão de tutelar situações de emergência não albergadas pelo processo comum ordinário, vale dizer que o processo cautelar veio remediar o perigo de retardo da prestação jurisdicional definitiva (= principal) é que se justifica sua autonomia.

Importante se faz dizer que todo provimento cautelar é, destarte, expressão do exercício de uma ação diversa daquela que procura a solução do litígio, embora exista, evidentemente, uma interpenetração entre eles.

Em face do parágrafo 7º. do artigo 273 do Código de Processo Civil, as medidas cautelares e de tutela antecipada adquiriram a expressa fungibilidade, tendo em vista que uma poderá ser substituída pela outra conforme o preenchimento dos devidos requisitos.

Quanto a estes aspectos, somente é necessário destacar, que na arbitragem não há que se falar em processo principal, como nos termos da lei processual civil ora tratada. Não se considera a ligação entre os dois processos na arbitragem, o principal e o cautelar.

No procedimento arbitral há razão para as medidas cautelares, quais

¹¹⁶ BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2002 p.301.

¹¹⁷ SILVA, loc. cit.

sejam, decisões liminares que evitam a ocorrência de dano ao direito em questão, procedimento incluso no próprio processo arbitral.

Quanto aos aspectos distintivos da tutela cautelar, há equivalência para a arbitragem o aspecto da urgência, provisoriedade e temporariedade da medida, da revogabilidade, da preventividade, da sumariedade e da referibilidade ao direito ameaçado.

Assim, no procedimento arbitral, o árbitro deve considerar todos estes aspectos, desvinculando-se do formalismo de uma ação cautelar propriamente dita, ou seja, aquela com processo apartado e rito específico, para evitar a ocorrência de dano ao direito alegado da parte, a fim de assegurar o resultado útil de sua decisão final.

4.5 CONDIÇÕES DA AÇÃO CAUTELAR

O direito de ação compreende a condição para o jurisdicionado provocar o Judiciário e obter a solução da lide. Especificamente no caso das ações cautelares este consiste, segundo Enrico Tullio Liebman¹¹⁸ no “direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil”. []”.

De modo que a tutela cautelar é de cunho acessório, instrumental, provisório e subsidiário de outro processo, como disposto no artigo 796 do Código de Processo Civil, onde expressa ser o processo cautelar sempre dependente de um processo principal.

Em primeiro plano cumpre distinguir o direito de ação constitucional do direito de ação processual, como classificado por Arruda Alvim¹¹⁹

- a) uma de caráter marcadamente genérico e sediada no Direito Constitucional: é o direito de ação constitucional (art. 5º., XXXV, da CF/88; b) a outra – de índole processual regulada no processo, mas que nasce do próprio direito de ação constitucional, enquanto o Direito Constitucional é pressuposto da norma infraconstitucional.

¹¹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 4. ed., Milano: Giuffrè, 1980. v. I, n. 36, p. 92.

¹¹⁹ ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1990. v. I, p. 378.

Com base neste entendimento e na doutrina de Enrico Tullio Liebman¹²⁰ que o ordenamento processual civil discriminou e enumerou no art. 267, VI, do CPC, como possibilidade jurídica do pedido; interesse processual e legitimidade das partes.

Tais categorias lógico-jurídicas uma vez preenchidas possibilitam a análise do mérito, devendo vir preenchidas quando da propositura da ação até o momento da prolação da sentença.

A possibilidade jurídica do pedido é descrita por Alfredo Buzaid¹²¹ como “ existência, dentro do ordenamento jurídico, de um tipo de providência, tal como a que se pede”.

No entanto, a doutrina de Moniz de Aragão¹²² ensina ser em termos negativos a melhor forma de compreender tal significado, compartilhando o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco e de Nelson Nery Junior (Condições da ação, RePro, 64/37) que leciona: “diz-se que o pedido é possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente [...]. Deve entender-se o termo pedido não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas sim conjugado com a causa de pedir”.

Para as ações cautelares, a possibilidade jurídica do pedido tem ainda mais expressão, dado ao poder geral de cautela do juiz e o princípio da fungibilidade que autorizam medidas cautelares inominadas, ou seja, não previstas expressamente em lei.

Donaldo Armelin¹²³ confirma: “o juiz não está adstrito rigorosamente ao pedido da parte porque não se cuida de direito material tutelado engastado no patrimônio do requerente. Ao revés, trata-se de garantir a eficácia do instrumento de prestação da tutela jurisdicional satisfativa”.

A questão do interesse processual se liga à posição favorável à satisfação de uma necessidade, da qual titular é a pessoa física ou jurídica cujo objeto é um bem. De modo que o interesse é instrumental, secundário e de natureza

¹²⁰ LIEBMAN, loc. Cit.

¹²¹ BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1956, p. 88.

¹²² ARAGÃO, Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II, p. 518.

¹²³ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**. 23/111, jun. 1985, p. 123.

processual.

O artigo 3º. do Código de Processo Civil dispõe que para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Outrossim, a legitimidade *ad causam* determina-se, segundo Enrico Tullio Liebman¹²⁴, como “a pertinência da ação àquele que a propõe e em confronto com a outra parte.”

A legitimação pode ser *ordinária*, quando é exercida pelo titular do interesse afirmado na pretensão ou *extraordinária*, quando a lei confere a quem não seja propriamente o titular.

A legitimidade no âmbito do processo cautelar deve ser analisada sob dois ângulos: primeiro quando a ação cautelar for antecedente a ação principal e segundo quando for incidente a principal.

Quando a ação cautelar for antecedente a legitimidade se vinculará a da ação principal a ser proposta, se esta já existir, for incidental, salvo lei expressa em contrário, será também a legitimação referente à ação principal.

Todos estes aspectos se ligam no procedimento arbitral na medida do que a Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 estabelece como necessário à formação do processo a legitimidade, o interesse e possibilidade jurídica do pedido.

Como bem destaca Joel Dias Figueira Junior¹²⁵ seja na redação do pedido, seja nos fundamentos apresentados, toda a sistemática do exercício do direito de ação deve ser respeitado. Os pressupostos processuais na arbitragem se referem a aceitação do árbitro, validade do juízo, imparcialidade, compromisso válido, entre outros. Todavia é necessário que sejam as partes capazes, sejam titulares do interesse ou representantes legítimos, e não haja no ordenamento qualquer proibição ao que se pretende.

Assim, nas medidas cautelares em sede de processo arbitral, deverá haver o respeito às condições da ação relacionadas a formação da relação jurídica processual, todavia sem distinção entre ação cautelar e o processo principal, pois a medida cautelar integra o processo arbitral.

¹²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, s.d., p. 46.

¹²⁵ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução: Análise Crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**. 2ª. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.172-175.

4.6 MÉRITO DA AÇÃO CAUTELAR

Como anteriormente visto, as condições da ação cautelar não se confundem com os requisitos *fumus boni juris* e *periculum in mora* que representam o objeto do processo cautelar. De modo que é possível fazer a distinção clara, como bem demarca Donaldo Armelin:¹²⁶

A existência de uma esfera preliminar ao exame do mérito é o resultado da atuação de princípios de técnica e economia processual respaldados por lei. Com isso se objetiva impedir que os processos oriundos de exercício irregular de um direito de ação ou de nenhum direito de ação (no sentido de direito a um exame de mérito) cheguem a se prolongar, ensejando decisões eficazes ou rescindíveis, com manifestos prejuízos para todos, partes e órgãos jurisdicionais.

Apoiado nesse aspecto, com ênfase a tutela cautelar, ressalta Luiz Orione Neto:¹²⁷

[...] o mérito é composto pelo *periculum in mora* (causa de pedir próxima), pelo *fumus boni iuris* (causa de pedir remota) e pedido de cautela (v.g., arresto, seqüestro, busca e apreensão etc.). Dentro dessa nossa concepção, o mérito propriamente dito é o pedido de cautela, ou seja, a pretensão veiculada pelo requerente no processo cautelar. Já o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* são as questões de mérito do processo cautelar.

De maneira que o mérito na ação cautelar se refere à existência do perigo de dano e da possibilidade do direito pleiteado, o próprio pedido de cautela, que é analisado por sentença.

No processo arbitral, o árbitro deverá se ater aos requisitos da tutela cautelar, quais sejam o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* para a concessão da

¹²⁶ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. Col. Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1979. p. 45-46.

¹²⁷ ORIONE NETO, Luiz. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 115.

medida e somente analisará a real existência dos mesmos, quando analisar o mérito na ocasião da sentença.

Sobre o mérito do processo cautelar é necessário relacioná-lo ao pedido o que será abordado oportunamente neste estudo, pois há divergência na doutrina.

4.6.1 *Fumus Boni Juris*

O conceito de *fumus boni juris* abrange a probabilidade da existência de um direito, é algo afirmado pelo requerente. Porém, como bem define Maria Pía Calderón Cuadrado¹²⁸

No se puede adoptar una medida cautelar com la injerencia que supone en la esfera del demandado en base a una simples afirmación del derecho, pero, tampoco se puede conceder una cautela exigiendo certeza absoluta pues impediría el cumplimiento de su función además de suponer una repetición en la indagación innecesaria, inútil y perjudicial.

A afirmação do direito feita pelo requerente do processo cautelar está no terreno da plausibilidade, todavia o direito ou bem da vida posto em risco, por ato da outra parte, que pode vir a sofrer ocultação, destruição ou modificação deve ser bem provável.

Outro ponto a considerar é o da concessão da liminar *inaudita altera parte*, justamente pela possibilidade do juiz, sem ouvir a parte contrária, determinar o que pede o autor da medida.

A doutrina cuida do assunto com muito cuidado, tendo em vista os riscos ao patrimônio do réu que a decisão liminar pode causar.

¹²⁸ CUADRADO, Maria Pía Calderón. *Las medidas cautelares indeterminadas em el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1992. p. 42.

De modo que adverte José Frederico Marques¹²⁹ “sem a exigência do *fumus boni juris*, a medida cautelar poderia produzir efeitos contrários aos que procura evitar, e ser ela própria um fonte de *periculum in mora*”.

Neste sentido que o legislador facultou ao juiz na forma do art. 803 e 804 do Código de Processo Civil, a justificação prévia à liminar e a audiência de instrução e julgamento, buscando indícios razoáveis de comprovação dos requisitos de *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

Outrossim, o *fumus boni juris* não representa a formação de uma convicção absoluta ou inabalável, mas a probabilidade da existência do direito material invocado pelo autor e que somente poderá ser comprovado, em regra, no decorrer da instrução, no tempo do processo principal.

No entender de Misael Montenegro Filho¹³⁰ o *fumus boni juris* seria um decréscimo da verossimilhança, e um decréscimo ainda maior do direito líquido e certo, no que diz respeito a qualidade e profundidade da prova produzida pelo autor para ratificar a existência do seu direito.

A análise de Calamandrei tem total pertinência para chegar ao alcance do requisito, *in verbis*:

Na contingência entre o fazer o bem, mas tardiamente, e o fazer o mal, porém em tempo adequado, a tutela cautelar decide-se pelo fazer logo, ainda que sob o risco de fazer o mal, relegando para as formas repousadas e tranqüilas do procedimento ordinário o problema do bem e do mal, ou seja a questão da justiça.

4.6.2 *Periculum In Mora*

O requisito consubstanciado no *periculum in mora*, na lição de Piero Calamandrei¹³¹ é o interesse específico que justifica a emanção de qualquer medida

¹²⁹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1. ed. ver. atual. e compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas-SP: Millennium, 2000. v. V, p. 436.

¹³⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo:Atlas, 2006, v. III, p. 85.

¹³¹ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936. p. 15.

cautelar. É com base no “perigo de dano pela demora” que pode ameaçar a efetividade da sentença no processo principal, decorrente do retardo da prestação jurisdicional, que se faz tão necessária a apreciação momentânea do pedido pelo órgão jurisdicional.

De maneira que é imprescindível que o requerente da medida cautelar comprove que o perigo do retardo, ante a lesão iminente, venha a lhe acarretar gravame ou prejuízo.

Na forma do art. 798 do Código de Processo Civil, o juiz poderá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas ante o receio de lesão a um provável direito.

A produção de provas no tempo necessário do processo não pode ser mais elevada que o próprio direito alegado, daí a razão para a concessão de uma medida mais célere e eficaz que garanta o exercício do direito no tempo efetivo.

O perigo de dano deve ser provável e iminente, pois, na verdade, toda ação requer providências para possíveis danos, no entanto, no processo cautelar para deferimento da liminar se faz necessário o risco, como que evidente do dano.

De acordo com a melhor doutrina, o perigo deve representar o risco de não alcançar de modo útil o provimento definitivo ou a satisfação do direito. Na lição de Alfredo de Araújo Lopes da Costa¹³²:

Não pode haver prevenção sem perigo de dano. Ninguém se previne se não teme um prejuízo. De modo que, sem probabilidade da superveniência de uma lesão, não se concede medida preventiva. O credor, por exemplo, já garantido por penhor ou hipoteca, não tem direito ao arresto, de que também não precisa aquele que desde logo pode fazer penhora, o que se verifica quando o preceito é para pagar *in continenti*. Aqui não se pode aplicar o rifão que diz não fazerem mal as cautelas e os caldos de galinha. A garantia em processo não é voluntária, mas forçada. Há de encontrar, pois, um limite na necessidade e na eficiência da medida. Em atenção ao credor, há de ser bastante. Relativamente ao réu, há de ser necessária.

É importante salientar que o dano pode ser iminente, atual ou pode ser causado em série; a medida de urgência neste caso serve para obstar sua continuidade

¹³² COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas preventivas – Medidas preparatórias – Medidas de conservação**. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966. p. 41-42.

ou agravamento.

Outrossim, a avaliação objetiva do *periculum in mora*, na forma prevista pelo art. 798 do Código de Processo Civil, consiste em haver fundado receio de lesão grave e de difícil reparação.

É cediço que deve haver fatos a possibilitar a avaliação do magistrado, calculado pelo exame das causas para o temor justificado.

A avaliação do momento do dano também é necessária. O momento da ciência do dano pelo requerente da medida é objeto de avaliação objetiva do dano. Como ensina Ovídio A. Baptista da Silva¹³³:

O perigo de perda do interesse, ou de graves danos a que o mesmo fique sujeito, deve decorrer de uma situação posterior ao nascimento do próprio direito; ou deve corresponder, pelo menos, a um agravamento da situação perigosa preexistente; ou, finalmente, sendo anterior a constituição da pretensão, era de tal natureza que o pretendente à segurança não o poderia razoavelmente conhecer.

De modo que o comportamento do réu deve também ser considerado para avaliação da situação perigosa, que não poderá ser atribuída ao autor.

4.6.3 O Pedido

Na doutrina há divergência quanto à existência do mérito no processo cautelar. Para alguns como Willard de Castro Villar¹³⁴ não haveria mérito:

Como no processo cautelar o autor apenas pede uma providência instrumental para garantia de outro processo, em rigor, não há lugar para um pedido (que está ligado ao mérito). O juiz irá determinar tão-somente uma medida provisória para assegurar o profícuo resultado de outro processo.

¹³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 69-70.

¹³⁴ VILLAR, Willard de Castro. **Ação Cautelar Inominada**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.133.

O processo cautelar, como já salientado, o terceiro gênero da tutela jurisdicional prevista no Código de Processo Civil, deve obedecer às regras do Livro I, especialmente quanto à forma.

Para que haja adequação da petição inicial, em qualquer processo, se faz obrigatório o pedido, sem o qual não se pode prestar a tutela jurisdicional, na forma do artigo 2º. e 128 do Código de Processo Civil, tornando inepta a petição inicial, pelo art. 282 do mesmo *Codex*, em atenção ao princípio do dispositivo.

Todavia, interessante se faz ver que a controvérsia reside na aplicação do princípio da fungibilidade, por que no processo cautelar, em regra, o juiz pode conceder medida cautelar diversa daquela que o autor lhe tenha pedido, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Assim, pode ser visualizado que nem sempre o pedido exige ser certo e determinado, como bem demarca Humberto Theodoro Júnior:¹³⁵

Embora tenha o juiz o poder da fungibilidade em matéria de tutela cautelar, esse poder não faculta a parte postular uma tutela indefinida; ao contrário, pressupõe pedido certo, ao qual o juiz, se julgar adequada, admitirá oportunamente a alternatividade por caução (art. 805) ou por outra medida mais consentânea com o caso dos autos (art. 807).

Acertado que o processo cautelar será composto por petição inicial, na forma do art. 282 do Código de Processo Civil, o pedido deve se adequar aos fatos e fundamentos da providência solicitada ao magistrado.

Nesse sentido observa José Joaquim Calmon de Passos¹³⁶ “na cautelar, causa de pedir, a nosso entendimento, são os fatos que determinaram a situação de perigo (*periculum in mora*) e a plausibilidade do direito do autor (*fumus boni juris*). Pedido é o tipo da medida cautelar reclamada na espécie”.

De modo que o objeto do pedido, seja nas cautelares nominadas ou inominadas, serão de natureza conservativa e assecuratória da efetividade da

¹³⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. II, p. 404.

¹³⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 1984. v. X, t.I. n. 217, p. 228.

pretensão material, objeto da ação principal.

Como exemplo, temos as ações cautelares nominadas: o seqüestro, arresto, busca e apreensão, exibição, arrolamento de bens, dos alimentos provisionais, da posse em nome de nascituro e, as ações cautelares inominadas: a sustação de protesto, bloqueio de contas bancárias, suspensão da inscrição do nome nos cadastros de proteção ao crédito etc.

Como bem ressalta Luiz Orione Neto¹³⁷ são inconfundíveis as condições de admissibilidade da ação com o mérito cautelar. Isto por que o mérito é o próprio objeto do processo e está consubstanciado no pedido formulado pelo autor.

O mérito, pela visão do autor, é o pedido de cautela, ou seja, a pretensão veiculada pelo requerente no processo cautelar, que independe da fungibilidade atacada.

Isto por que na sentença cautelar, que na arbitragem será uma só ao final, os fundamentos analisados trarão à baila as questões resultantes da controvérsia formada entre a *causa petendi* (*periculum in mora e fumus boni juris*) e a *causa excipiendi* que a resposta trouxe, qual seja se houve o perigo e a plausibilidade do direito alegado.

4.7 Do PROCEDIMENTO

Como já acima salientado, o Código de Processo Civil, determinou no Livro III, nos artigos 796 a 889, o procedimento para ações cautelares nominadas ou inominadas, especialmente, como pretendeu o legislador, para os processos apensos a ação principal.

As ações cautelares poderão ser instauradas antes ou no curso do processo principal, pois dele são, em regra, dependentes. A ação cautelar se inicia como em qualquer processo, pela petição inicial que indicará os itens do art. 282 e do art. 801, do referido *Codex*, sendo endereçada ao juiz da causa, o juiz competente para

¹³⁷ ORIONE NETO, Luiz. PROCESSO CAUTELAR. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 113-116.

a ação principal, mas se em grau de recurso, deverá ser requerida direto ao tribunal.

Em virtude da urgência e preenchimento dos requisitos do *fumus boni juris* e *periculum in mora*, o juiz poderá determinar o cumprimento da liminar *inaudita altera parte*, ou seja, sem ouvir a parte contrária, exigindo ou não caução para eventual dano a ser causado. Com ou sem o cumprimento da liminar, o requerido será citado para em cinco dias oferecer resposta, seguindo-se a produção da prova, se necessário, com designação de audiência.

As medidas cautelares podem ser substituídas por caução, modificadas ou revogadas a qualquer tempo.

A ausência de defesa implica nos efeitos processuais dos artigos 322 c/c artigo 803 do Código de Processo Civil. A instrução do processo cautelar depende fundamentalmente dos atos praticados pela parte adversa, havendo contestação e necessidade de produzir provas, o juiz pode designar audiência de instrução e julgamento, sendo sempre oportunizada a conciliação.

O processo cautelar sempre se encerra por sentença, geralmente de natureza mandamental. A sentença, no processo cautelar, não faz coisa julgada. O pedido pode ser repetido sempre por novo fundamento, com ressalva ao acolhimento de prescrição ou decadência do direito do autor. No processo cautelar aplica-se toda a sistemática recursal prevista no Código de Processo Civil.

A ação cautelar incidente ou antecedente, nominada ou inominada sempre dá azo a autuação própria e autônoma. Ressalvadas as medidas de ofício previstas no art. 797 do Código de Processo Civil, que são por sua natureza, diligências integrantes do procedimento principal, como incidentes processuais.

As medidas cautelares configuram-se ainda, quando provocadas pela parte no decorrer do processo, por simples petição, explana Humberto Theodoro Junior¹³⁸:

¹³⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. II, p. 117.

As reformas do Código de Processo Civil, focalizadas na efetividade da tutela jurisdicional, estão assinalando a perda da relevância do maior tecnicismo, que preconizava a completa separação entre os procedimentos da ação principal e da medida cautelar. [...] caminhando-se na verdade para autonomia necessária ao procedimento cautelar, apenas, nas medidas preparatórias, isto é, naquelas em que a medida preventiva antecede a propositura da ação principal. Nas incidentais, a preocupação com a economia processual irá, num futuro próximo, anular a separação de procedimentos, transformando a providência cautelar, *ad instar* da medida de antecipação de tutela, em simples incidente da ação principal.

É possível constatar que na arbitragem já é assim que ocorre, não há separação de procedimentos, o pedido é feito incidentalmente, sem necessidade de processo apartado, garantindo economia e maior utilidade.

4.8 PODER GERAL DE CAUTELA

Especificado pelo art. 798 do Código de Processo Civil, o poder geral de cautela, confere ao juiz a possibilidade de determinar qualquer medida provisória que julgar adequada a prevenir um dano.

Oportunamente destaca Galeno Lacerda¹³⁹ que o citado art. 798 consagra uma “autêntica norma em branco”. Extreme de dúvida, a natureza deste poder é discricionária, pois o legislador deixou na redação do artigo uma relativa indeterminação ao tratar dos conceitos “fundado receio”, “lesão grave e de difícil reparação”.

Importa ressaltar que o entendimento não é que o juiz possa decidir livremente, mas que segundo prudente e motivado critério, sempre que presentes os pressupostos ditados em Lei, defira as medidas cautelares que julgar adequadas a evitar prováveis danos. Assim, define Flávio Cheim Jorge¹⁴⁰

¹³⁹ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. VIII, t. I, n. 25. p. 95.

¹⁴⁰ JORGE, Flávio Cheim. **O processo cautelar e o poder geral de cautelar do juiz**. RePro, 87/195.

A função do Poder Judiciário, ao contrário do Executivo, é de dizer o direito, e o direito não pode ser dito de diversas formas diferentes, todas válidas e queridas. Tanto assim é que o próprio sistema fornece aos seus jurisdicionados meios de impedir que existam entendimentos conflitantes, como ocorre com a uniformização de jurisprudência e o recurso especial pela divergência jurisprudencial.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁴¹ há três momentos para atividade do juiz: “1º - conceber o que sejam, teoricamente, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*; 2º. - verificar se estão presentes no caso concreto; 3º. – um só caminho – estando presentes, conceder a liminar; não estando, não conceder”. Todavia, há limites ao poder cautelar geral do juiz. Salienta Sérgio Shimura¹⁴²

A lei processual prevê um sistema de freios e contrapesos dos riscos, capaz de minimizar a interpretação eventualmente distorcida e arbitrária de conceitos vagos e indeterminados em nível aceitável e de oferecer compensação pelos males eventualmente causados em virtude da efetivação de medidas cautelares. Por exemplo, a revogabilidade das medidas cautelares (art. 807), as contracautelas (art. 804), a caução substitutiva (art. 805), a necessidade da indicação da ação a ser deduzida *principaliter* e a própria via reparatória para o caso de a cautela não vir a prevalecer, nas hipóteses do art. 811.

Para Humberto Theodoro Junior¹⁴³ “A primeira e maior limitação do arbítrio do juiz, em matéria de poder cautelar, localiza-se no requisito da *necessidade*, pois só a medida realmente *necessária*, dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida”.

Como também logicamente, não se poderia admitir que o juiz, em sede de medida cautelar, concedesse a satisfatividade do direito. Outro ponto importante

¹⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997, p. 529.

¹⁴² SHIMURA, Sérgio. Arresto Cautelar. 2. ed. rev. e atual. Col. Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997. v. 23, p. 58.

¹⁴³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2002, p. 119.

destacado por Ugo Rocco:¹⁴⁴

O limite posto ao juiz para a concessão das tutelas de urgência consiste unicamente na proibição que se lhe impõe de decretar providências cautelares atípicas quando, pelos fatos, pelas circunstâncias, e pelos pressupostos, que constituem os motivos da providência cautelar solicitada, deveria decretar-se uma das providências cautelares especificamente predispostas e reguladas pelo ordenamento processual.

Em regra, pela aplicação do princípio do dispositivo, as medidas cautelares devem ser objetos de um processo cautelar e contar com pedido expresso do requerente. Como anteriormente exposto, existe a possibilidade de medidas cautelares concedidas fora do processo cautelar, porém no curso de outro processo. Há, também, a possibilidade de concessão de medidas cautelares *ex officio*, ou seja, sem o pedido expresso da parte. Isto é possível pela leitura do art. 797 do Código de Processo Civil.

Não seria possível, pelo princípio da demanda, a concessão de medidas fora do processo, não pode o juiz iniciar a prestação da atividade jurisdicional com a concessão da providência cautelar. No entanto, em qualquer processo, estando configurados os requisitos de *fumus boni juris* e *periculum in mora*, pode o juiz, com ou sem pedido expresso da parte, conceder a medida cautelar suficiente a garantir e assegurar a efetividade de um direito. Outrossim, destaca Luiz Guilherme Marinoni:¹⁴⁵

Se o ordenamento processual civil confere ao juiz o poder de decretar medidas cautelares de ofício, implicitamente lhe outorga o poder de adequá-las aos fundamentos expostos na petição inicial, liberando-o, por assim dizer, de uma rigorosa adstrição ao pedido do autor.

Essa é a aplicação do princípio da fungibilidade das medidas cautelares, a dar utilidade ao processo principal, em que o juiz deve ponderar o dano e

¹⁴⁴ ROCCO, Ugo. Tratado de *derecho procesal* civil: proceso cautelar. Bogotá-Buenos Aires: Temis/Depalma, 1977. v. V. p. 414.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1. e 2. Tir. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1992. p. 71.

a real necessidade de impedi-lo.

O árbitro exerce a mesma função neste aspecto, pois também detém o poder geral de cautela, inclusive para agir de ofício, ou seja, sem provocação da parte. O asseguramento do exercício do direito, evitando-se o dano, está acima da formalidade e até da competência, possibilitando posteriormente sua adequação.

5 MEDIDA CAUTELAR NA ARBITRAGEM

O primeiro passo para entender a problemática do tema é observar a letra da Lei de Arbitragem. Pela regra do artigo 22, § 4º, da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 foi concedido ao árbitro o poder de solicitar medidas cautelares nos seguintes termos, *in verbis*: "Art. 22. [...]. § 4º. Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa".

Considerando a redação do referido artigo, em seu parágrafo 4º e sua insuficiência de clareza quanto ao procedimento a ser seguido no juízo arbitral em sede de medidas cautelares, há a necessidade das partes estarem cientes dos meios hábeis para a solução do direito em controvérsia.

No procedimento comum, regido pelo processo civil, as medidas cautelares servem para assegurar a efetividade do direito pretendido na ação principal, que não pode esperar até o término do processo. Da mesma forma, tem-se que os mesmos preceitos também devem ser seguidos pelo juízo arbitral, vez que aos árbitros são conferidos iguais poderes que seriam ao juiz togado, no que seja pertinente à solução da controvérsia.

A ação cautelar, como já anteriormente abordada, reporta-se a um processo acessório, que serve de instrumento para obtenção de medidas urgentes, necessárias a assegurar o resultado útil de um outro processo, denominado principal.

No caso do processo arbitral não há necessidade de uma ação cautelar autônoma, necessita-se apenas do requerimento para obtenção da medida urgente a assegurar direito discutido na relação processual arbitral.

Tanto em sede de ações cautelares, quanto para medida incidental a outro processo, para a concessão de medida cautelar no juízo estatal é necessário comprovar a possibilidade de ocorrência de um dano expressivo, que poderá ser ocasionado em virtude da demora da solução do litígio (*periculum in mora*). Igualmente, no juízo arbitral, o perigo de dano se traduz na vontade de uma das partes em garantir o julgamento justo da lide, sem que ocorra algum dano que possa prejudicar este

intento.

Além do perigo de dano, também como requisito, faz-se a indicação da plausibilidade do direito pretendido, qual seja, a fumaça do bom direito (*fumus boni juris*), devendo a parte interessada demonstrar a existência do direito material que está correndo o risco de ser prejudicado, que será comprovado quando da análise do mérito.

A orientação viável se traduz que tanto o juiz togado, como o juiz arbitral devem se ater aos requisitos explicitados para deferimento de medida cautelar, sob pena de violarem a lei e responderem por eventuais danos que sua determinação arbitrária vier a causar.

5.1 LIMITAÇÕES DO ÁRBITRO – INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O árbitro, como já anteriormente exposto, detém os mesmos poderes e preceitos do juiz estatal na solução do litígio, devendo agir com imparcialidade e transparência na condução do processo, sempre em respeito às normas instituídas.

É reconhecido que às medidas coercitivas, somente o Estado poderá promovê-las, pois a Constituição Federal determinou ao Judiciário os poderes de *executio* e de *coertio*, elementos da jurisdição. Ou seja, de fazer valer a força para cumprir suas decisões.

Por esta razão, Athos Gusmão Carneiro entende que a jurisdição somente é exercida pelo Estado, sendo monopólio exclusivo do Poder Judiciário, “a atividade jurisdicional é atividade pública, constituindo no sistema jurídico brasileiro monopólio do Poder Judiciário”¹⁴⁶

Todavia, a arbitragem possui outros três elementos inerentes à jurisdição, quais sejam *notio*, o poder do qual se arma o juiz para conhecer a lide ou causa, e para ordenar atos do processo; *vocatio*, aptidão para convocar as partes para vinculação e submissão ao processo e *judicium*, o poder de julgar, dando fim ao litígio.

¹⁴⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão apud PUCCL, Adriana Noemi. Aspectos Atuais da Arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p.5

De modo que seu caráter jurisdicional é defendido por Adriana Noemi

Pucci:

Após a sanção da Lei no. 9.307/96 no Brasil, o Estado, no exercício de seu poder soberano, concedeu jurisdição, isto é, poder de dicção do direito, também aos árbitros, abrindo, desta forma, aos cidadãos, duas vias possíveis de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis [...] pode-se dizer que a função arbitral, diferentemente da judicial, é uma função restritiva, uma vez que somente é viável para as controvérsias de caráter patrimonial relativas a direitos disponíveis, e, na qual os árbitros carecem de força para coagir os intervenientes no processo: nesses casos, o árbitro deverá requerer auxílio do juiz togado.¹⁴⁷

Inclusive, a constitucionalidade da lei de arbitragem encontra-se amplamente declarada no Supremo Tribunal Federal, como bem afirma Joel Dias Figueira Junior:

E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados - diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que tem gerado a lentidão das demandas judiciais -abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos aqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.¹⁴⁸

Portanto é de escolha das partes a opção pela arbitragem, mas o controle pelo Judiciário pode ser verificado. Conforme o citado art. 22 da Lei, a medida cautelar é perfeitamente cabível no procedimento arbitral, sob a condição de ser previamente postulada no juízo arbitral, de modo que, somente após o cumprimento dessa exigência o árbitro poderá solicitar a imposição da referida medida ao juiz togado.

¹⁴⁷ PUCCI, Adriana Noemi. **Aspectos Atuais da Arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro, Forense, 2001,p.7

¹⁴⁸ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arbitragem, Jurisdição e Execução. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999, p.163.

Na visão de Alexandre Freitas Câmara¹⁴⁹ são três momentos distintos em que surge a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para que a arbitragem seja efetivada: na instauração do processo, na instrução probatória e na efetivação dos provimentos arbitrais.

A primeira situação é no caso de existir cláusula compromissória e uma das partes se recusar a celebrar o compromisso arbitral quando sobrevier o conflito, como já anteriormente explicitado, com menção ao artigo 7º. da Lei.

O segundo momento de atuação do Poder Judiciário para permitir a viabilidade da convenção de arbitragem recai sobre a instrução probatória. Em todo o procedimento arbitral o papel do árbitro recai para o julgamento com cognição dos fatos e fundamento apresentados pelas partes.

Assim como elencado no artigo 22 caput e parágrafo 2º, o árbitro possui poderes instrutórios semelhantes ao do juiz togado, entretanto, o árbitro não recebeu do Estado poderes de coerção para fazer cumprir mediante o uso da força suas determinações.

As medidas coercitivas correspondem ao pedido do árbitro ao Juiz de Direito, mediante a apresentação de uma cópia da convenção de arbitragem, para que determine, mediante a força do Estado, a condução de uma testemunha, por exemplo. Após a realização do ato solicitado o juízo “deprecado” devolve os elementos apurados ao árbitro “deprecante” assevera Carlos Alberto Carmona.¹⁵⁰

A terceira forma de intervenção do Poder Judiciário no juízo arbitral é quando existe a necessidade de efetivação dos provimentos arbitrais, sejam nos provimentos de urgência, como cautelares e antecipatórios, seja na execução da sentença arbitral.

Como ensina Alexandre Freitas Câmara¹⁵¹

¹⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Das Relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário. In **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, no. 6, Abr-Jun de 2005. São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2005. p. 19-28, p. 22.

¹⁵⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário a Lei 9.307/96, 2. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 264.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 26

É de se afirmar, em primeiro lugar, que o árbitro tem o poder de proferir provimentos de urgência, tanto de natureza cautelar, como antecipatórios da tutela jurídica que normalmente seria prestada ao final do processo. Tais provimentos, porém, não podem ser atuados praticamente pelo árbitro, que não possui *imperium*.

Aqui reside a preocupação deste estudo. O legislador, por meio da Lei 9.307/96 concedeu ao árbitro inúmeros poderes, conforme já aludido.

Pela disposição do texto legal, há dúvidas no que concerne à competência para conceder medidas cautelares no âmbito da arbitragem: seria a competência exclusiva da justiça estatal, da justiça arbitral ou se trata de competência concorrente.

Uma parte da doutrina considera ser de competência exclusiva da justiça estatal a concessão de medidas cautelares. Neste sentido, Paulo Furtado e Uadi Lammêgo Bulos¹⁵² afirmam que “não pode o árbitro, ou o tribunal, decretar medidas coercitivas, ou processar e julgar ações cautelares”.

De outro vértice, para Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹⁵³ o árbitro somente poderá conceder medidas cautelares se assim estiver disposto na convenção de arbitragem.

Carlos Alberto Carmona¹⁵⁴, entretanto, ensina que:

Isso levaria a situações francamente insustentáveis, tornando-se o árbitro um mero substituto processual da parte que apenas instaria o árbitro a requerer (em nome próprio) a tutela de um pretense direito do litigante” e conclui: “é do árbitro a competência para decidir demanda cautelar encetada por qualquer litigante acerca de matéria sujeita à decisão arbitral.

Alexandre Freitas Câmara¹⁵⁵ também se posiciona em igual

¹⁵² BULOS, Paulo Furtado; LAMMÊGO, Uadi. **Lei de Arbitragem Comentada**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 93.

¹⁵³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos Processuais da Nova Lei de Arbitragem. In: **Arbitragem: a nova lei brasileira e a praxe internacional**. Coord. Paulo Borba Cassella. São Paulo: Forense, 1995, p.148.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 215 e 266.

¹⁵⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. Lei 9.307/96. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997. p. 100.

entendimento afirmando que:

Não me parece crível que, estando instaurado o processo arbitral, não possa o árbitro, juiz de fato e de direito, prover acerca da segurança da efetivação de sua própria decisão. A autoridade judiciária não é a mais indicada a conceder medidas tendentes a assegurar a efetividade da tutela jurídica a ser prestada pelo árbitro, através de sua decisão. Cabe, pois, ao árbitro prover acerca das medidas cautelares típicas ou atípicas, que se façam necessárias.

Para visualização, não seria imaginável que o árbitro devesse litigar perante o juiz estatal para obter uma providência cautelar. Pela disposição da teoria do processo cautelar já transcrita, a finalidade da medida cautelar é viabilizar o resultado útil do processo, evitando o perecimento do direito pelo decurso do tempo.

Importa salientar que não seria interessante que o árbitro ficasse incumbido de apenas solicitar a medida cautelar e o juiz togado de concedê-la. Com efeito, este posicionamento acarretaria a atuação parcial do árbitro, pois este estaria atuando em defesa do interesse de uma das partes, ferindo frontalmente os princípios que norteiam a arbitragem.

Nem mesmo seria prudente que o Judiciário pudesse rever ou modificar, sem novas razões, especialmente vício formal ou nulidade de ordem pública, a decisão da tutela emergencial proferida pelo juízo arbitral.

Nesta linha ressalta Tânia Lobo Muniz, citando Clóvis Couto e Silva¹⁵⁶ as medidas cogentes não são autônomas e, em relação às cautelares, é necessário que se faça distinção entre a concessão e a efetivação da medida, cabendo ao órgão arbitral a concessão ou a decretação, mas que precisa do Judiciário para a efetivação.

5.2 DO REQUERIMENTO E DA EXECUÇÃO DA MEDIDA

Como em um processo comum da justiça comum, o árbitro possui as mesmas prerrogativas de um juiz, no que tange ao poder geral de cautela e outras

¹⁵⁶ SILVA, Clóvis Couto e. In: Tania Lobo Muniz. **Arbitragem no Brasil**. p. 114.

precauções a serem tomadas para se determinar medidas cautelares.

Assim, verifica-se que a medida cautelar no procedimento arbitral pode ser determinada, tanto *ex officio*, pelo árbitro, como também a requerimento da parte, seja no início ou durante o procedimento.

Quanto à execução da medida e a atuação do juízo estatal, Christian de Santana Sader¹⁵⁷ assevera que:

Quando o árbitro determinar expressamente a medida cautelar, a parte interessada, munida da decisão, poderá dirigir-se ao Poder Judiciário para exigir a sua imposição, ao estar diante do óbice da parte contrária de cumpri-la espontaneamente. Assim, o Estado estará desempenhando função meramente auxiliar ao julgador privado, qual seja a de tomar providências coercitivas, caso seja necessário, para o cumprimento da medida cautelar concedida pelo árbitro.

Nesta linha o autor esclarece que da mesma forma em que o julgador estatal se utiliza para cumprir as formalidades e requisitos do deferimento de medida cautelar, o árbitro também deve apreciar os pressupostos legais, principalmente no que tange a real urgência e necessidade da referida medida de urgência.

Para o juízo arbitral também se faz necessária a minuciosa análise do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, para se conceder a medida cautelar, seja de ofício ou a requerimento da parte.

Dúvidas surgem sobre a prerrogativa dos árbitros para agir de ofício, considerando o poder geral de cautela inerente a função jurisdicional. Pela lição de Joel Dias Figueira Júnior¹⁵⁸ há razão:

A solução adotada no Brasil, é sobretudo, lógica, pois se o árbitro está autorizado a regular definitivamente o conflito, não seria razoável impedi-lo de conceder incidentalmente medidas de urgência de ofício ou a requerimento dos interessados, desde que a hipótese vertente justifique a tomada dessa providência emergencial.

¹⁵⁷ SADER, Christian de Santana. **Aplicabilidade de medidas cautelares no juízo arbitral**. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/textos>> acesso em 11/10/2008.

¹⁵⁸ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**: Análise Crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996, 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 221.

De modo que o árbitro, juiz de fato e de direito, autorizado por lei, visando evitar dano ou perecimento de um direito, estaria legitimado a conceder medidas cautelares de ofício diante do conhecimento de tal situação e do dever de solucionar com utilidade e efetividade o litígio.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹⁵⁹ preleciona “que a convenção deve definir os limites do pronunciamento do árbitro sobre as medidas; e, em se tratando de medidas cautelares irreversíveis, estas só tornarão possíveis diante de expressa autorização para tanto”.

Daí a importância da cláusula compromissória cheia e das instituições arbitrais definidas, como já reportado; a fim de otimizar o procedimento. Igualmente, como ressaltado, é importante o esclarecimento e o conhecimento das partes sobre a possibilidade de medidas de urgência e, da utilidade do profissional habilitado no assunto, o advogado.

Isto porque o árbitro não pode servir apenas de interlocutor junto ao juiz togado para tornar concreta uma decisão cautelar, pois a apreciação de medidas cautelares faz parte do “poder jurisdicional” do árbitro. Não cabe o árbitro servir de substituto dos interesses da parte, mas sim de julgar a procedência ou improcedência do provimento cautelar.

Somente haverá o impasse pelo fato de o árbitro não possuir o poder de impor medidas coercitivas, ele então, recorrerá ao Estado apenas para garantir, legitimamente, a efetivação de sua medida cautelar deferida.

As medidas cautelares devem servir de cooperação entre a atuação do árbitro e do juiz estatal, a fim de tornar efetiva a determinação arbitral mediante o uso da força estatal, complementando a forçosa execução da medida, no caso em que a parte a quem será imposta a medida não a executá-la de maneira espontânea.

Para Joel Dias Figueira Júnior¹⁶⁰ a atuação do juiz seria em último caso:

¹⁵⁹ CARNEIRO. Aspectos Processuais da lei de arbitragem. In. **Revista Forense**. vol. 339, Rio de Janeiro: Forense, *apud* Christian de Santana SADER, *op. cit.*

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 223.

Após o deferimento da tutela de urgência e verificado o não cumprimento espontâneo da medida, o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral oficiará o órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa, solicitando que dê efetividade à medida já concedida. [...] nesse caso, ao Estado-Juiz não é conferido pelo sistema qualquer poder para rever ou modificar a decisão concessiva da tutela emergencial proferida em juízo arbitral.

Neste entendimento ao árbitro cabe verificar pelo pedido formulado por uma das partes, ou pela necessidade fática, o *fumus boni juris* e *periculum in mora* e, se presentes, conceder a medida cautelar. Sendo concedida tal medida, e havendo a parte contra quem esta foi concedida repudiá-la, deverá o árbitro recorrer ao juiz togado para que este execute, por meio da força, tal medida. Isto porque, a Lei limitou o poder do árbitro para concessão de medida cautelar, de maneira que ao árbitro não cabe o cumprimento de tal medida, pois não está habilitado a utilizar-se de meios coercitivos para impor sua decisão.

Pelo raciocínio, ao juiz togado cabe apenas executar a medida cautelar concedida pelo árbitro, não devendo discutir o mérito, se é cabível ou não, pois conforme afirma Pedro A. Batista Martins¹⁶¹ “o Judiciário não é órgão de fiscalização ou intervenção na justiça privada ou veículo de interferência no processo levado a efeito pelos árbitros”. Continua o autor afirmando que “é preciso assimilar o entendimento de que os órgãos judiciais e privados de realização de justiça têm funções complementares e não concorrentes”.

Neste sentido, Selma Ferreira Lemes¹⁶² elucida que “a relação que se estabelece entre o juiz togado e o árbitro não é de subordinação, mas de complementação e colaboração”.

A oportunidade para se requerer a providência cautelar se inicia desde a assinatura do compromisso pelas partes, ou seja, quando o árbitro já estiver investido de poderes para resolver todas as questões oriundas da relação contratada entre as partes. Para as medidas cautelares necessárias antes da instituição da arbitragem, o

¹⁶¹ MARTINS, Pedro A. Batista. Da Ausência de Poderes Coercitivos e Cautelares do Árbitro. In **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Coord. Pedro A. Batista Martins: Forense, 1999, p.369

¹⁶² LEMES, Selma Ferreira. O Uso da Medida Cautelar no Procedimento Arbitral. Artigo Publicado no **Jornal Valor Econômico** em 29/08/2003.

entendimento é diverso, cabendo primeiramente a via estatal, como trataremos especificamente nos tópicos a seguir.

No procedimento arbitral expressamente se consigna que as medidas cautelares não produzem efeitos contra terceiros que não estão inseridos na convenção arbitral, exceto contra os herdeiros, sucessores, garantidores e/ou intervenientes que fizerem parte do contrato, no qual está transcrita a convenção. Uma vez que os terceiros referidos não estão subordinados às decisões provenientes do juízo arbitral, como dispõe do artigo 31 da Lei¹⁶³.

5.3 Do PROCEDIMENTO

A partir do deferimento da medida cautelar pelo árbitro, este se dirigirá ao juiz estatal, para que a execute (mediante seu poder de *coertio* e *executio*), caso a parte resista em cumpri-la espontaneamente.

Esta solicitação será feita mediante um simples ofício, acompanhado da cópia da convenção de arbitragem e do adendo de que trata o art. 19, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, se houver.

A parte interessada pode se incumbir de levar até o Judiciário a determinação do árbitro e a documentação necessária para viabilizar mais rapidamente seu cumprimento.

O referido ofício deverá ser distribuído na comarca de instituição da convenção, a um dos juízes que seria competente para julgar a demanda, caso ela não fosse levada à jurisdição arbitral¹⁶⁴.

O juiz, então, verificará os documentos e o ofício, analisando se a convenção arbitral é regular e se os dados recebidos permitem-lhe avaliar (sempre formalmente).

¹⁶³ Art. 31 A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo (Lei 9.307 de 23.09.1996).

¹⁶⁴SADER. Christian de Santana. **Aplicabilidade de medidas cautelares no juízo arbitral**. disponível em <<http://www.direitonet.com.br/textos>>. Acesso em 11/10/2008.

Preenchidos todos os requisitos, o juiz determinará as providências solicitadas pelo árbitro. Caso o juiz tenha alguma objeção à determinação da medida, ele informará ao árbitro o motivo da recusa do cumprimento e devolverá o ofício.

Por fim, deduz-se que, nos casos de medidas cautelares incidentais no juízo arbitral, o procedimento será o mesmo que o utilizado para a expedição de Cartas Precatórias no juízo convencional.

Portanto, mais uma vez se evidencia que o juiz togado, ao executar a medida cautelar deferida pelo árbitro, não poderá adentrar no mérito, cabendo-lhe apenas dar seqüência ao determinado, assim como na relação entre juízo deprecante e juízo deprecado.

Assim, cabe ao juiz togado colaborar com a arbitragem onde o árbitro não tiver competência. No mesmo sentido descreve Carlos Alberto Carmona¹⁶⁵ :

Como não há, ainda, regulamentação para os trâmites necessários ao cumprimento da solicitação do concurso do juiz togado, o melhor método será, então, o da distribuição do ofício a um dos juízos cíveis competentes para o ato. Recebidos o ofício e os documentos, o juiz verificará se a convenção arbitral é regular e se os danos recebidos permitem-lhe avaliar (sempre formalmente) se a solicitação preenche os requisitos que levarão ao seu cumprimento. Em caso positivo, determinará as providências deprecadas (solicitadas, pedidas, rogadas) pelo árbitro; em caso negativo, informará ao árbitro o motivo da recusa do cumprimento devolvendo o ofício recebido. Não é preciso esforço para perceber que o juiz tomará, ao atender a qualquer solicitação do árbitro, as mesmas cautelas que lhe são exigidas pelo artigo 209 do Código de Processo Civil, para o cumprimento de carta precatória expedida por outro juiz.

O processamento acima descrito coaduna com toda a sistemática da Lei de Arbitragem, especialmente quanto à informalidade e a rapidez. Entende-se, portanto, que com o advento da Lei 9.307/96, necessária se fez a harmonização entre a jurisdição estatal e a jurisdição privada, desempenhada pelos árbitros, a fim de efetivar direitos e garantir, faticamente, o acesso à justiça.

¹⁶⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário a Lei 9.307/96, 2. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 216-7.

5.3.1 Na Medida Cautelar Incidental

Acerca da aplicabilidade de medidas cautelares no juízo arbitral, tornou-se claro que o provimento cautelar pode ser deferido tanto em fase preparatória, como também incidentalmente, ou seja, após a existência de demanda submetida ao julgamento da Arbitragem.

Assim, existindo uma demanda já iniciada no Juízo arbitral, e tão logo necessite de provimento cautelar, este deve ser emanado do exercício jurisdicional do árbitro.

A medida cautelar incidental em uma demanda arbitral, portanto, será apreciada pelo árbitro, que por sua vez a determinará e, por conseguinte, solicitará ao Poder Judiciário o seu cumprimento, caso haja resistência da parte na qual insurge a referida medida.

Cumprir registrar, que a função do Poder Judiciário, neste caso, também possui caráter de mero colaborador com o juízo arbitral, como já explanado acima.

Destarte, a parte não poderá requerer a medida cautelar diretamente ao órgão judiciário, pois, a competência da apreciação da demanda principal, inclusive da medida cautelar, é unicamente do árbitro, tendo-se em vista a convenção de arbitragem que a ele delegou estes poderes.

A competência para conceder as medidas cautelares incidentais é do próprio árbitro. Constatada a presença do *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, é necessário, pela disposição da teoria cautelar, a fim de evitar o dano, conceder a medida solicitada.

Todavia, caso a parte, contra quem tal medida for concedida, negar seu cumprimento espontâneo, o árbitro deverá dirigir ao juiz togado a solicitação para, mediante o poder de coerção, forçar seu cumprimento. Isto ocorre por faltar ao árbitro o poder de polícia, privativo do Estado, como já ressaltado anteriormente.

Importante destacar que nas medidas incidentais, o árbitro pode se valer de outros mecanismos a forçar seu cumprimento, como salienta a doutrina de

Pedro A. Batista Martins:¹⁶⁶

No caso de descumprimento da medida cautelar determinada pelo árbitro, a fim de não ter de se socorrer do Poder Judiciário este pode "estabelecer penalidades (astreintes) à parte renitente que, sendo fixada dentro dos critérios da razoabilidade e legalidade, deverá ser confirmada pelo judiciário, valendo sua imposição a partir da data em que o juízo arbitral deu conhecimento à parte faltosa. É possível, e talvez desejável, que os próprios interessados quando da elaboração do compromisso, ajustem as penalidades por descumprimento das decisões ou determinações do juízo arbitral.

A possível imposição de penalidade acima descrita à parte que descumpre uma medida cautelar determinada pelo árbitro, é meio adequado e pertinente para evitar que a arbitragem tenha que contar obrigatoriamente com a cooperação do Poder Judiciário, pois diante de multa, por exemplo, a parte evitaria descumprir tal medida.

Este raciocínio coaduna com o interesse das partes, que ao optarem pela arbitragem, desejaram não socorrer ao Poder Judiciário para solucionar o conflito. Em respeito a autonomia privada ínsita as partes, a interferência do Judiciário seria sempre em último caso.

5.3.2 Na Medida Cautelar Preparatória

Como já anteriormente reportado, quando as partes expressam a sua vontade de utilizar o juízo arbitral como método de solução de controvérsias por meio da cláusula compromissória, deduz-se que, ainda, não existe qualquer litígio.

Haveria, então, a possibilidade de uma parte obter o deferimento de uma medida cautelar na situação de ainda não haver sequer os árbitros eleitos para a apreciação da mesma, ou seja, quando inexistente a formação do juízo arbitral?

¹⁶⁶ MARTINS, Pedro A. Batista. Da Ausência de Poderes Coercitivos e Cautelares do Árbitro. In **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Coord. Pedro A. Batista Martins: Forense, 1999, p. 367.

Fato relevante é quando ocorre a convenção arbitral por meio da cláusula compromissória vazia, ou seja, que não expressa como resolver tal situação, quando há uma lacuna no instrumento que deveria regular o procedimento arbitral. A cláusula compromissória pode determinar o procedimento nestes casos.

Há posicionamentos contrários à proposta de se haver a possibilidade de obtenção da medida cautelar antes que o juízo arbitral tenha sido instituído, afirmando que as medidas cautelares previstas no processo arbitral tem cunho exclusivamente incidental.

Na eventualidade de se fazer necessária uma medida de urgência anterior à instituição da arbitragem, o entendimento reside que tal medida cautelar deve ser pleiteada diretamente ao juiz togado.

Assim assevera Carlos Alberto Carmona¹⁶⁷

A questão deve ser dirimida com a invocação de tradicional princípio do direito luso-brasileiro, segundo o qual *quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*. Dito de outro modo, as regras de competência podem ser desprezadas se houver algum obstáculo que impeça a parte necessitada de tutela emergencial de ter acesso ao juízo originariamente competente, o que aconteceria não requer a medida cautelar ao árbitro (como deveria!) pelo simples fato de não ter sido ainda instituída a arbitragem (os árbitros ainda não aceitaram o encargo, art. 19 da Lei). Diante de tal contingência, abre-se à parte necessitada a via judicial, sem que fique prejudicada a arbitragem, apenas para que o juiz togado examine se é o caso de conceder a medida cautelar; concedida a medida, cessa a competência do juiz togado, cabendo aos árbitros, tão logo sejam investidos no cargo, manter, cassar ou modificar a medida concedida.

Neste caso a competência será do juiz togado, pois a arbitragem ainda não está instituída. De modo que, deve a parte promover a demanda cautelar perante o juiz que seria competente para conhecer a causa, e após, respeitando o prazo de 30 (trinta) dias, de acordo com o artigo 806 do CPC, demonstrar que já tomou as medidas necessárias para instituir a arbitragem, sob pena de cessar a eficácia da medida cautelar, na letra do artigo 801, I, do CPC.

¹⁶⁷ Ibid., p. 368

O autor também se pronuncia no sentido de que, o magistrado, ao constatar a presença dos requisitos necessários à concessão da cautela, a defere e remete as partes à via arbitral.

É necessário que o autor informe o juiz a respeito de sua incompetência para ação principal, pela cláusula compromissória e via arbitral, conforme dispõe o artigo 801, III do CPC.

O juiz ao tomar conhecimento da arbitragem deverá se pronunciar, inclusive de ofício, sobre a continuidade do processo e ou sua extinção, como afirma Carlos Alberto Carmona¹⁶⁸:

Se o juiz constatar desde logo a presença da cláusula arbitral, deverá decretar *incontinenti* a inépcia da inicial da ação cautelar, pois já saberá de antemão que eventual ação principal (judicial) não vingará, eis que o juiz pode tomar conhecimento da cláusula compromissória de ofício independentemente de qualquer alegação do réu (o réu neste caso nem será citado!). Diferente será a solução se o juiz notar a existência de compromisso arbitral, cuja existência depende de alegação pelo réu (art. 301, IX, §4º do CPC): em tal hipótese o demandante será citado para os termos da ação cautelar, podendo, em preliminar, alegar a existência desta convenção de arbitragem (que impediria a propositura da ação principal em sede judiciária). Resultado: constatada a existência de compromisso, o processo cautelar será extinto, revogando-se desde logo, medida cautelar que tenha sido concedida.

Se, porventura, o juiz togado constatar a presença da cláusula arbitral de ofício, sem alegação da parte, deve declarar a ação principal judicial extinta.

No caso do juiz togado observar a presença de um compromisso arbitral o procedimento é diferente, pois a constatação do compromisso não significa que a arbitragem esteja instituída, posto que é necessária a aceitação dos árbitros para tanto, nos termos do artigo 19 da Lei. Nesta hipótese, se o réu é citado e confirma a presença do compromisso arbitral o processo deve ser extinto e a medida liminar cassada.

Todavia esta corrente não menciona o fato relevante de que, mesmo ainda sem se ter instituído o procedimento arbitral, as partes já convencionaram a sua

¹⁶⁸ Ibid., p. 269

manifestação de vontade de submeter um possível conflito à arbitragem, sob a expressa cláusula compromissória, ainda que seja vazia.

No entanto, parece mais viável, devido à urgência que, quando alguma das partes, depois de convenciona a arbitragem, sentir a necessidade de obtenção de medida cautelar, sem, contudo, ter elegido árbitros para a solução dos conflitos, deverá a parte interessada requerê-la perante o juiz togado que seria competente para julgar a referida ação, caso não fosse instituída a arbitragem.

Observa-se ainda, que na hipótese de a parte requerer medida cautelar após a convenção de arbitragem, mas antes da instauração do tribunal arbitral, este requerimento também poderá ser endereçado ao Poder Judiciário, mas como mero substituto do julgador privado (árbitro), que por motivos alheios, ainda não foram constituído.

Importa ressaltar que o magistrado, ao apreciar a medida cautelar, não poderia manifestar-se quanto ao mérito da demanda, tendo em vista que uma vez convenciona a arbitragem, por si só, esta veda a apreciação do mérito pelo Poder Judiciário.

Na medida em que cabe ao magistrado, apenas apreciar, de acordo com o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, a necessidade da medida cautelar, para ser deferida ou não. Assim, tão logo seja o juízo arbitral instituído, a medida cautelar preparatória apreciada será remetida a ele, para que este, modifique-a ou a mantenha, conforme a necessidade, a qualquer tempo.

Aplica-se, portanto, a regra do art. 807 do Código de Processo Civil, em que as medidas cautelares podem ser modificadas e revogadas a qualquer tempo.

Assim, tendo-se em vista que o órgão competente para julgar a ação principal é o arbitral, logo, o árbitro poderá revogar a medida cautelar concedida anteriormente pelo Poder Judiciário, caso verifique a inexistência dos requisitos para a sua concessão ou o seu desaparecimento.

É, contudo, lícito ao árbitro, revogar ou modificar o provimento cautelar concedido pelo magistrado, em caráter de substituição do árbitro, por motivo deste, ainda, não ter sido instituído, podendo fazê-lo a partir do momento em que seja remetida a demanda à sua apreciação.

Por outra vertente¹⁶⁹, seguem alguns questionamentos acerca de ser defeso ao árbitro, revogar medida cautelar concedida, anteriormente, pelo juiz togado, tendo como argumento a soberania das decisões do Poder Judiciário e por força da coisa julgada decorrente da decisão proferida em ação acessória preparatória.

Entretanto, tal entendimento se perde tendo em vista que uma das características peculiares da medida cautelar, é que esta não faz coisa julgada material, pois o julgador, ao apreciá-la não adentra no mérito da demanda principal.

A medida cautelar serve apenas para assegurar uma medida emergencial, para que não ocorra dano irreparável. E como o é, caso o magistrado adentrasse no mérito, em relação ao direito material, estaria se ignorando a convenção de arbitragem, manifestada expressamente entre as partes.

Admitida, portanto, a possibilidade do árbitro deferir medida cautelar, reitera-se que, quando houver necessidade de provimento cautelar para assegurar direito a ser satisfeito pelo julgamento da demanda submetida ao juízo arbitral seja por força de cláusula arbitral vazia; seja antes da instituição da Arbitragem, ou seja, antes da definição do procedimento e dos árbitros, será competente para apreciá-la o juízo estatal que seria competente para julgar o litígio, caso as partes não o submetessem à esfera arbitral.

Note-se que a competência originária é do juízo arbitral que, por mero fator temporal obistou a sua devida apreciação. Assim, o juízo estatal que aprecia a medida cautelar, serve como um substituto do árbitro, que por ser ainda, desconhecido, obviamente, não tinha como proceder à análise da medida cautelar.

Observa-se ainda, que o ordenamento processual brasileiro exige a propositura da ação principal no prazo de até 30 dias a contar da efetivação da medida cautelar preparatória (art. 806 do CPC), tem-se por imperioso determinar quando, efetivamente, se inicia a Arbitragem para se saber o momento em que deve ser considerada a propositura da demanda arbitral.

É pacífico, neste caso, que a simples solicitação de instauração da arbitragem deve ser considerada como o início da arbitragem. O que se faz preciso é

¹⁶⁹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Aspectos Processuais da lei de arbitragem**. In. Revista Forense, vol. 339, Rio de Janeiro: Forense, apud SADER, Christian de Santana op. cit.

diferenciar “início da arbitragem” de “constituição da arbitragem”, sendo esta última efetivamente ocasionada pela nomeação e aceitação do árbitro, enquanto que o primeiro exige apenas a formulação da demanda, com a respectiva declaração de promover a arbitragem.

Assim como no procedimento convencional, a validade da medida cautelar preparatória fica a cargo da simples propositura da ação no prazo de 30 dias, ou seja, no juízo arbitral deve-se proceder da mesma maneira, sendo necessário, portanto, apenas o ato volitivo de se instaurar a arbitragem.

Neste sentido, assevera Jose Eduardo Carreira Alvim, pelos ensinamentos de Mauro Rubino Sammartano¹⁷⁰ à luz da legislação italiana que disciplina:

Por analogia com o processo judicial, conclui que a solicitação de instauração da arbitragem deve ser considerada como início da arbitragem, estabelecendo a diferenciação entre constituição da arbitragem e início do procedimento arbitral relatando que quanto à primeira, como existe a nomeação do árbitro e a sua aceitação, só a partir desta pode-se falar na constituição da arbitragem. Mas, se este é o elemento essencial para fins do procedimento arbitral, não é necessariamente o seu início. Nada impede tenha o procedimento arbitral início antes da aceitação da nomeação do árbitro, como depois da constituição da arbitragem.

De modo que a instauração de um procedimento arbitral (constituição de um tribunal arbitral), não é simples. Nesse sentido relevante suscitar a questão de que a demora em se concluir a fase inicial da arbitragem ocorra por fatores alheio à vontade da parte interessada em propor a ação no prazo devido.

É necessário o ajuizamento da demanda arbitral no prazo de 30 dias, contados da mesma forma que o processo judicial, sob pena de se perder a eficácia da medida cautelar, por ser este prazo peremptório. Portanto, deferida a medida cautelar, antes de instituída a Arbitragem (procedimentos e árbitros), deverá a parte contemplada propor a demanda principal, nos 30 dias, perante o juízo arbitral, que poderá estar

¹⁷⁰ RUBINO-SAMMARTANO. Mauro. *L'arbitrato internazionale*. Padova : CEDAM, 1989 *apud* ALVIM, Jose Eduardo Carreira. Comentários à lei de arbitragem. Lúmen júris, 2002.

instituído ou não. Lembrando-se que a simples solicitação de propositura da demanda arbitral possui o efeito imediato de constituir a relação processual arbitral.

Nesse sentido assevera Christian de Santana Sader¹⁷¹:

Assim, [...] ressaltamos que em homenagem a lógica e a boa hermenêutica haveremos de concluir que os efeitos práticos da arbitragem iniciam e se projetam na fase inicial, desde a propositura da demanda de arbitragem. Os seus efeitos encontram-se em estado latente na cláusula arbitral, mas uma vez desencadeada a arbitragem, desde os seus primeiros passos, seja com a intimação das partes por instituição arbitral no caso de arbitragem administrada, seja na intimação pela outra parte na forma disposta para a arbitragem "ad hoc", seja ainda na forma preconizada no art. 7º da Lei 9.307/96, tem-se considerada instaurada a demanda arbitral. "A constituição do Tribunal Arbitral, a teor do art. 19, projeta-se, a princípio, a partir da aceitação dos árbitros para frente. A relação processual já existe desde o início do procedimento arbitral e, como tal, produz seus efeitos".

Deve-se ter em vista, portanto, que o exercício do poder jurisdicional de cautela do árbitro segue os moldes da jurisdição estatal, no que for pertinente à eficácia da medida cautelar preparatória.

Por fim, cumpre então ressaltar, por óbvio, que a medida cautelar, em uma análise intrínseca, terá sua eficácia válida até o julgamento definitivo do mérito da ação principal. Ou, também, entendendo o árbitro que houve o término da exigência emergencial da medida, ou seja, findado o perigo de dano, mesmo antes da satisfação definitiva do direito, poderá o julgador privado extingui-la.

A coerência reside no caso das partes optarem por um árbitro para dirimir seus conflitos deverão obedecer ao referido procedimento. No entanto, observa-se que uma solução para o caso das medidas cautelares preparatórias seria que as partes, no caso de optarem por um órgão arbitral para dirimir seus conflitos, concederem, por meio da convenção de arbitragem, competência a este órgão para deliberar a respeito da medida preparatória.

Desta forma, seria preservado ainda mais a autonomia de vontade das partes que optaram por um meio privado de justiça, afastando a competência e intervenção do Poder Judiciário.

¹⁷¹ SADER. Christian de Santana. **Aplicabilidade de medidas cautelares no juízo arbitral**. disponível em <<http://www.direitonet.com.br/textos>>. Acesso em 11/10/2008.

5.4 DECISÕES CAUTELARES *INAUDITA ALTERA PARTE* E *EX-OFFICIO*

Pela disposição do art. 804 do Código de Processo Civil¹⁷² ao juiz cabe decidir com base nos limites do poder geral de cautela, já claramente descrito anteriormente.

Ovídio Baptista da Silva¹⁷³ ressalta, ainda, que "as liminares 'inaudita altera parte', como está expresso no artigo, só se legitimam, quando o juiz puder justificar sua concessão ante o risco de o réu torná-la ineficaz, quando previamente citado".

Desta forma, deve o juiz, ou no caso o árbitro justificar o motivo para estar deferindo a liminar sem ouvir o réu. Caso contrário estaria ferindo o princípio do contraditório, expresso na Constituição Federal.

No mesmo sentido Vicente Greco Filho¹⁷⁴ afirma que "o Juiz pode, excepcionalmente, determinar medidas cautelares sem a audiência da parte contrária, liminarmente ou após justificação prévia, quando verificar que o requerido, sendo citado, poderá torná-la ineficaz".

Importante se faz ressaltar que devido a atitude do réu, como por exemplo, se desfazer de seus bens para não honrar suas dívidas, não poderia o juiz informá-lo da medida sob pena de não sobrar mais nenhum bem a garantir o pagamento.

Humberto Theodoro Júnior¹⁷⁵ observa que "muitas vezes, porém, a audiência da parte contrária levaria a frustrar a finalidade da própria tutela preventiva, pois daria ensejo ao litigante de má-fé justamente acelerar a realização do ato temido em detrimento dos interesses em risco".

No caso da arbitragem não é diferente. Conforme ensina Pedro A.

¹⁷² Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

¹⁷³ SILVA, Ovídio Baptista da. **Do Processo Cautelar**. 3 ed. 2ª. triagem, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 187.

¹⁷⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 168.

¹⁷⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2002, p.153-4.

Batista Martins¹⁷⁶ "normalmente, pela urgência que caracteriza essas medidas e, não raro, para evitar-se a falta de efeito prático da providência desejada (v.g. apreensão de bem), torna-se fundamental que sejam elas concedidas *inaudita altera pars*".

Além disso, conforme já foi mencionado, o art. 798 do CPC concede a prerrogativa ao juiz de determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Essa prerrogativa que o juiz possui, como já aludido, é o que se denomina doutrinariamente de poder geral de cautela, sendo outorgado o mesmo poder ao árbitro, podendo este conceder medida cautelar que entender necessária, *ex officio*, desde que preencha os requisitos do *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

Assim, caso o árbitro tome conhecimento de algum fato relevante e que enseja uma medida cautelar, poderá concedê-la sem consultar as partes anteriormente.

A partir do deferimento da medida cautelar pelo árbitro, este se dirigirá ao juiz estatal, para que a execute, como já ressaltado, caso a parte resista em cumpri-la espontaneamente.

5.5 EXECUÇÕES NO BRASIL DE MEDIDAS CAUTELARES PROFERIDAS NO EXTERIOR

Em virtude da urgência de uma medida cautelar, seu processamento não comporta delongas. Entretanto, a execução no Brasil de uma medida cautelar determinada por um júízo arbitral estrangeiro encontra obstáculos.

Toda decisão alienígena deve passar pelo procedimento de obtenção do *exequatur*, seja através da homologação, seja pelas cartas rogatórias (art.105, "I" CF).

Nelson Godoy Bassil Dower¹⁷⁷ esclarece que:

¹⁷⁶ MARTINS, Pedro A. Batista. Da Ausência de Poderes Coercitivos e Cautelares do Árbitro. In **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Coord. Pedro A. Batista Martins: Forense, 1999, p. 372.

¹⁷⁷ DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso Básico de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Nelpa, 1996. v. I, p. 381.

O cumprimento das rogatórias, aqui no Brasil, depende de exequatur a ser obtido em procedimento regulado pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 211). Exequatur é a autorização dada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal para que possam, validamente, ser executados, na jurisdição do juiz competente, as diligências ou atos processuais requisitados por autoridade judiciária estrangeira. Concedido o exequatur, a rogatória será remetida ao juiz federal do Estado em que deva ser cumprida. [...] Praticado o ato, a rogatória é devolvida ao STF, que a remeterá de volta ao país de origem.

Sobre o assunto Pedro A. Batista Martins¹⁷⁸ afirma que:

Ocorre, contudo que os remédios cautelares deprecados de autoridades estrangeiras, regra geral, por sua natureza executória, não têm o “cumpra-se” (exequatur) no País efetivado por via rogatória, já que esse caminho legal tem por fim a concretização de atos processuais de intimação, citação, peritagem, diligência e oitiva de testemunhas.

Com efeito, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a homologação das sentenças e as concessões do exequatur às cartas rogatórias passou a ser do Superior Tribunal de Justiça.

Antes da edição da EC nº 45, o STF estaria negando a *exequatur* com a conseqüente devolução da carta à justiça de origem, quando a medida requerida afasta-se das características ou peculiaridades da rogatória, pelo seu caráter executório e desta forma, devido ao apego aos formalismos exacerbados estaria negando a própria justiça.

Observa-se pelos julgados posteriores (EMENTA: Sentença Arbitral Estrangeira. Cláusula Compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de Elementos. 1- Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da clausula compromissória. 2- Descabe examinar o mérito da

¹⁷⁸ Ibid., p. 377.

sentença estrangeira no presente requerimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3-Homologação deferida. (STJ- SEC 856, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes, j. 15/05/2005. Corte Especial. DJ 27/06/2005).

No entanto, as cautelares concedidas no exterior não têm a sua eficácia assegurada por caracterizar-se como em mero despacho e não como uma sentença. Entretanto a medida cautelar tem, como já foi dito, caráter de urgência e a não execução da mesma poderá acarretar a frustração da sentença definitiva. Essa decisão interlocutória de concessão da medida cautelar deve ser comparada a uma sentença em todos os casos a fim de torná-las exeqüíveis no Brasil.

6 DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça se torna relevante pela deficiência de mecanismos eficazes ao seu alcance, dado a problemática dos processos em curso no Poder Judiciário, a falta de informação e conhecimento de direitos e meios alternativos a solução de conflitos.

O Estado tem como função precípua garantir o acesso à justiça para todos, como dispõe o artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988:¹⁷⁹

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:
[...] XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O acesso à justiça, garantido constitucionalmente, está na mesma disposição dos direitos fundamentais, pois é instrumento para efetivação dos demais direitos.

Conforme ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth,¹⁸⁰ embora não seja possível uma conceituação exata do que seja o termo “acesso à justiça”, ele pode ser representado por duas finalidades básicas do sistema jurídico, o qual deverá resolver os litígios dos cidadãos por meio da soberania estatal, quais sejam: o sistema jurídico deve ser igualmente acessível a todos, e o sistema deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos.

Na visão dos referidos autores, no primeiro aspecto, ou seja, um sistema jurídico acessível é o verdadeiro caráter de acessibilidade, pois não deve haver obstáculos econômicos, políticos, sociais e culturais.

De outro vértice, parte da doutrina entende que o termo acesso à justiça

¹⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

¹⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 08)

é sinônimo de acesso ao Poder Judiciário; e que tal acesso compreende o ingresso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais do ser humano.¹⁸¹

À expressão: acesso à justiça, encontram-se dois sentidos, adverte Horácio Wanderlei Rodrigues:

O primeiro dá ao significante “Justiça” o mesmo sentido e conteúdo que o “Poder Judiciário”, tornando sinônimas as expressões “acesso à justiça” e “acesso a esse poder”. O segundo, de acordo com uma visão axiológica, compreende o acesso a ela como acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.¹⁸²

Atualmente, portanto a visão de simples acesso ao Judiciário está ultrapassada, no entender de Mauro Vasni Paroski “o acesso à justiça não se limita a dimensão puramente formal, mas, vai além, envolvendo a efetividade dos direitos materiais e a concretização das garantias processuais constitucionais”.¹⁸³

Seria uma diminuição do direito de acesso à justiça, a mera garantia de peticionar ao Poder Judiciário. O simples fato de propor qualquer ação já o teria realizado.

Seja de forma ao acesso igualitário a todos, com justiça individual e social, seja como direito a ação para alcance de valores e direitos fundamentais, o fato é que o acesso à justiça precisa ser efetivamente praticado, tornando-se menos fictício e atingindo a realidade, suporte imprescindível ao exercício da cidadania e a dignidade.

Também relacionado ao real acesso à justiça, deve-se atentar para o tempo de resposta máximo, inc. LXXVIII, art. 5º. da Constituição Federal, assegurando o tempo razoável de duração do processo e os meios a garantir a celeridade de tramitação.¹⁸⁴

A morosidade do atual sistema de julgamentos pelo Poder Judiciário

¹⁸¹ ALVIM, J. E. Justiça: acesso e descesso. **Jus Navegandi**. Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. acesso em

¹⁸² RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso a Justiça no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.24.

¹⁸³ PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso a Justiça. In *Scientia Iuris: Revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*. V. I, n. 1, jul-dez 1997, Londrina: Editora da UEL, 1997, p. 225-242, p. 226

¹⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

causa desgaste, como destaca Maristela Basso:

A justiça lenta deixa de ser justa. A morosidade na tramitação das causas submetidas aos tribunais gera na população sentimentos de insegurança jurídica e de desapego frente às instituições públicas que devem garantir seus direitos. O sentimento de cidadania se enfraquece e o resultado do inconformismo nem sempre é o mais salutar.¹⁸⁵

O acesso à justiça deve englobar a possibilidade de acesso e a eficácia e rapidez das decisões.

Dentre os obstáculos de acesso à justiça há questões processuais, extraprocessuais, culturais, políticas, sociais, econômico-financeiras, entre outras.

Em geral, os pobres não podem arcar com as custas e despesas do processo, como salienta Mauro Vasni Paroski:

Ter acesso à justiça, notadamente para a população pobre, significa, por exemplo, redução de custos, encurtamento das distâncias, duração razoável do processo, diminuição de oportunidades de impugnação às decisões jurisdicionais (otimização do sistema recursal) e efetiva participação na relação processual.¹⁸⁶

Em contrapartida, os mais ricos possuem condições de suportar os custos, conseguem participar efetivamente da relação processual, seja pelo maior grau de conhecimento, seja pela maior possibilidade de contratação de bons advogados.

Tanto ricos, quanto pobres, esperam muito pela solução da controvérsia, questões relacionadas à eficiência da prestação jurisdicional, a não instalação de defensorias públicas suficientes a suprir a demanda, a postura dos julgadores frente ao direito positivo na interpretação e aplicação das normas, a inadequação do processo à tutela de diversos tipos de interesse, o excesso de

¹⁸⁵ BASSO. Maristela. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo extrajudicial de solução de conflitos de interesses. In: **Revista dos Tribunais**. Ano 85, n. 773, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.11-23. p. 13.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 228.

oportunidades para recursos.¹⁸⁷

A estrutura judiciária brasileira é um dos grandes empecilhos à efetivação do acesso à justiça, já que os processos e procedimentos são excessivamente burocráticos e hierarquizados, primando-se pelo duplo grau de jurisdição em contrapartida à celeridade.

Na visão do juiz Francisco Luciano de Azevedo Frota:

Em pleno século XXI, integramos ainda um Poder Judiciário de pensamento medieval, que procura se impor perante a sociedade pela imponência das “cortes” e pelas vestes talares dos seus magistrados, descuidando-se do cumprimento eficiente de seu papel constitucional de salvaguarda da justiça, como se o respeito viesse da aparência do poder e não do resultado do trabalho.

[...]

O Judiciário não funciona. Nenhum cidadão se sente estimulado a buscar a justiça, porque nela já ingressa com certeza de que será sucumbente, ainda que ao final vencedor da demanda. A morosidade dos processos judiciais é uma praga que nos condena, frustrando os cidadãos que apelam ao judiciário na esperança de obter uma reparação justa e adequada pelos direitos lesados. E a justiça que tarda, falha.¹⁸⁸

É neste contexto de inaccessibilidade à justiça por meio do Poder Judiciário que os meios extrajudiciais de solução de conflitos ganham força, como a perspectiva da arbitragem já abordada.

Na arbitragem a decisão tomada por um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, que põe termo ao conflitos de interesses, fazendo tal decisão coisa julgada, com força de título executivo. Forma constitucional de dar solução em virtude da livre escolha pelas partes.

A arbitragem consagra o princípio da autonomia privada entre as partes¹⁸⁹, já que estas escolhem a forma arbitral para solução dos conflitos, bem como o procedimento a ser adotado para a conclusão do processo arbitral, prestigiando especialmente a execução específica da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral.

¹⁸⁷ Op. cit. p. 237.

¹⁸⁸ FROTA, Francisco Luciano de Azevedo. Breves Reflexões sobre o Judiciário. A justiça mais perto do cidadão. **Jus Navegandi**. Teresina, ano 11, n. 1513, 23 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10310>> acesso em nov. 2008.

¹⁸⁹ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 2006.p.69.

6.1 CONOTAÇÃO ATUAL

Para a vigência do Estado de Direito é necessário que a administração da justiça seja eficaz. Na atualidade, o Judiciário assumiu “o papel de guardião da cidadania e da própria sociedade, fazendo sentir sua necessidade até mesmo em relação às transformações econômicas globais”.¹⁹⁰

Como já abordado, a ineficiência da atuação do Judiciário e os obstáculos presentes têm gerado, de modo global, discussões em busca de soluções para ampliar o acesso à justiça e garantir o exercício da cidadania com respeito a dignidade da pessoa humana.

Mas qual seria a conotação e o conceito de acesso à justiça? Para o filósofo John Rawls¹⁹¹ a justiça:

É a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade é para o pensamento. Uma teoria que, embora elegante e econômica, não seja verdadeira, deverá ser revista; da mesma forma, leis e instituições, por mais eficientes e engenhosas que sejam, deverão ser reformuladas ou abolidas se forem injustas.

Neste diapasão, o Estado é quem deveria refazer toda a sua sistemática de atuação e reformular o ordenamento jurídico a fim de permitir que a justiça seja efetivamente realizada.

Em primeiro plano está a Constituição Federal de 1988 que é generosa em descrever a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais, com garantias ao consumidor, e considerando o art. 5º. Inc. XXXV, Nelson Nery Junior conclui que “todos têm a garantia estabelecida na própria Constituição Federal do acesso à justiça, buscando a tutela jurisdicional de seus direitos de forma preventiva ou reparatória”.¹⁹² Tal conceito tem conotação social e carece de luta por parte do cidadão na visão se

¹⁹⁰ Idem p.38

¹⁹¹ RAWLS, John. **Uma teoria de Justiça**. Trad. Vamireh Chacon. Brasília. UNB, 1981, p.27

¹⁹² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999, p.94

Uadi Lammêgo Bulos:¹⁹³

Acesso a justiça é a expressão máxima de reivindicação do cidadão pelos seus direitos, resolvendo seus litígios, numa ordem jurídica democrática de direito, cujo lema é justiça social, em que todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente de possíveis lesões ou ameaças de lesões.

Com relação aos direitos humanos, afirmam Cappelletti e Garth¹⁹⁴:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Para Adriana S. Silva “deve-se ir além do acesso garantido a todos pela Constituição Federal; deve-se alcançar o asseguramento dos direitos e das garantias sociais fundamentais; deve-se também, garantir o acesso a uma ordem jurídica justa”.¹⁹⁵

Neste mesmo plano de efetividade José Cichoki Neto¹⁹⁶ se pronuncia quanto ao Poder:

[...] o acesso à justiça também assegura a efetividade dos demais direitos: o princípio permeia toda a atividade jurídica e jurisdicional do Estado. Sua finalidade, portanto, refere-se aos indivíduos tanto quanto ao Poder. Aos indivíduos, no sentido de proporcionar-lhes um bem imanente a sua condição humana; ao Poder, por estabelecer-lhes um método de pacificação social. Isso revela que o acesso à justiça possui uma dupla dimensão: constitui um direito fundamental do homem e, ao mesmo tempo, uma garantia a realização efetiva dos demais direitos. Como direito ou como garantia, o fim último será sempre o de realização da justiça e, por isso, ambos são informados pelo princípio da igualdade.

¹⁹³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.175.

¹⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 12.

¹⁹⁵ SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso a Justiça e Arbitragem**: um caminho para a crise do Judiciário. Barueri, SP: Manole, 2005, p.97

¹⁹⁶ CICHOKI NETO, José. **Limitações ao Acesso a Justiça**. Curitiba: Juruá, 2001, p.65.

No sentido de conscientização diz Carlos Alberto Carmona:¹⁹⁷

[...] o acesso à justiça deixa paulatinamente de ser mera garantia formal para assumir um papel importante na luta quotidiana, conscientizando-se o cidadão de que não pode abandonar a defesa de seus direitos. Os obstáculos que antes se ofereciam estão sendo demolidos, fazendo-se mister acelerar o processo educativo do cidadão, e mais ainda incrementar os serviços de orientação, sejam aqueles prestados por associações de classes, sejam oriundos do Estado, de tal forma que a assistência judiciária não continue a ser vista apenas como gratuidade no processo e eventual indicação de advogado para atuar no feito, mas sobretudo garanta o esclarecimento a respeito dos direitos antes e fora do processo.

O conhecimento dos direitos e o seu esclarecimento são de fundamental importância para que o cidadão possa lutar por eles e exigir o seu cumprimento, o processo educativo do cidadão, como bem ressaltado, é o pressuposto para o alcance de seus direitos.

Atualmente, surgiram alguns movimentos de revitalização do acesso à justiça, chamados “as três ondas de revitalização de acesso à justiça” por Cappelletti e Garth. Identificam como a primeira onda, a assistência judiciária; como segunda, a representação jurídica dos interesses difusos, principalmente no âmbito ambiental e do consumidor; e a terceira, a ampliação do acesso à justiça.¹⁹⁸

Em relação à terceira fase, esse acesso muitas vezes encontra-se limitado no fato do ofendido ou lesado, não ter conhecimento suficiente para buscar seu direito. O direito existe, mas não está a seu alcance direto. Porém, se alcançado, torna-se obstáculo no primeiro momento que esse processo ganha amplitude no âmbito judiciário, sai de um grau e entra em outro grau recursal.

Procurou-se substituir a chamada justiça contenciosa pela dita justiça coexistencial, baseada em formas conciliatórias que se destinam a minimizar a contenciosidade inerente a relação processual, em prol de decisões equânimes e razoáveis para todos os envolvidos, com clara intenção de projetar a convivência para o

¹⁹⁷ MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.97.

¹⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 31.

futuro.

Cappelletti e Garth asseguram que a tendência ao enfoque do acesso à justiça pode dar-se de cinco maneiras: por meio de uma reforma de procedimentos judiciais; por intermédio da mudança nos métodos utilizados para a prestação dos serviços jurídicos; mediante a simplificação do direito; e pela utilização de métodos alternativos para resolução de conflitos¹⁹⁹. Como afirma Mauro Cappelletti:²⁰⁰

[...] Embora nos dois últimos séculos, pouco mais ou menos, as civilizações ocidentais tenham glorificado o ideal de lutar pelos seus direitos de cada qual (o famoso Kampf ums Recht de Jhering), conviria admitir que, em certos setores, um enfoque diferente a que costume chamar “Justiça coexistencial”- pode ser preferível e mais apto a assegurar o acesso à Justiça, a ser alcançada através da implementação de métodos alternativos de solução de conflitos.

A justiça continua com definição aberta e em aprimoramento, assim como o direito deve acompanhar as transformações sociais, sem fugir a segurança jurídica.

Todavia, um novo conceito de justiça, chamado de coexistencial, está no ápice da discussão. Nesse sentido preleciona Joaquim Tavares Conceição que “essa nova idéia afasta da justiça tradicional muitos conflitos para que possam ser solucionados através do consenso entre as pessoas”.²⁰¹

A Lei de Arbitragem significa uma verdadeira revolução na cultura jurídica brasileira, na medida em que coloca a jurisdição estatal ao lado da privada, a escolha do jurisdicionado. O direito processual civil precisa retomar a sua dimensão social, adequando-se a realidade e necessidades do mercado mundial, em harmonia com a tendência globalizada.

¹⁹⁹ Ibid., p. 71

²⁰⁰ CAPPELLETTI *apud* CONCEIÇÃO, p. 108.

²⁰¹ CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça Conciliatória ou Coexistencial: um exemplo sergipano. In BARRAL, Welber; ANDRADE, Henri Glay (org). **O Judiciário em Sergipe**: análise crítica. Aracaju, OAB, 2000, p.108.

6.2 APLICAÇÃO NO DOMÍNIO DAS CAUTELARES NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Alguns pontos tratados anteriormente demonstram que o acesso à justiça carece de informação ao cidadão. Toda circunstância que o envolve como o aumento populacional, a escassez de recursos, aumento das disputas, melhoria da qualidade de vida, faz com que o direito de acesso à justiça não se trate mais de uma concessão do Estado, mas complexo sistema de informação legal aos hipossuficientes, a garantia de igualdade e justiça célere.

Exemplos como a criação de ações coletivas, juizados especiais, direito de acesso à informação pela dinâmica da internet e meios eletrônicos, tendem a aumentar a conscientização de direitos e deveres, e o acesso aos meios extrajudiciais de solução de conflitos, o que só não são mais utilizados por falta de conhecimento.

A conscientização de direitos, o conhecimento dos métodos e a confiança na solução do conflito fora do Judiciário, só serão alcançados com o decurso do tempo e experiências relatadas.

A respeito dos métodos alternativos de solução de conflitos, Joel Dias Figueira Junior esclarece:

Os métodos alternativos de solução de conflitos são mais bem compreendidos quando enquadrados no movimento de acesso à Justiça, à medida que aparecem como novos caminhos a serem trilhados facultativamente pelos jurisdicionados que necessitam resolver seus litígios, de forma diferenciada dos moldes tradicionais da prestação da tutela oferecida pelo Estado-juiz. Ampliam-se, portanto, não só o espectro de acesso aos tribunais (seja pela legitimidade ativa ou por meio da colocação a disposição dos interessados de novos mecanismos de pacificação social), como também as formas de composição e solução das lides. É nesse contexto social, político e jurídico que aparecem à institucionalização da mediação extrajudicial (ou juízos meramente conciliatórios); o incremento processual das audiências preliminares de tentativa de composição amigável (conciliação e transação), a privatização dos interesses pelas instituições de classe e desenvolvimento dos juízos arbitrais, além das buscas incansáveis de técnicas diferenciadas de tutela jurisdicional e sumarização das formas.²⁰²

²⁰² FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Manual de Arbitragem. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997, p.60-61.

O caminho extrajudicial conta com a circunstância de insatisfação quanto ao Judiciário, como José Eduardo Faria comenta:

A realidade brasileira, contudo, é incompatível com esse modelo de Judiciário. Instável, iníqua e contraditória, ela se concretiza por fortes desigualdades sociais, regionais e setoriais e por uma subsequente explosão de litigiosidade; por situações de pobreza absoluta que negam o princípio de igualdade formal perante a lei, impedem o acesso de parcelas significativas da população aos tribunais e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais; por uma violência urbana desafiadora da ordem democrática e oriunda dos setores sociais excluídos da economia formal, para os quais a transgressão tornou-se a única possibilidade de sobrevivência, por uma apropriação perversa dos recursos públicos, submetendo os deserdados de toda a sorte a condições hobbesianas de vida; por uma crise fiscal que torna inelástica a prestação de serviços essenciais por parte do setor público, impedindo-o de expandir seu aparato burocrático para atender ao crescimento da demanda; por um sistema legal incoerente e incapaz de gerar o mínimo de previsibilidade de expectativas e segurança das relações sociais; dada a profusão de regras gerais para dar conta de casos muito específicos e meramente conjunturais e de normas excessivamente singelas para serem aplicadas em situações altamente complexas; e por uma gradativa fragmentação das fontes formais de direito e uma progressiva afirmação das fontes materiais, resultantes de processos de deslegalização e desconstitucionalização provocados pela transnacionalização dos mercados, pelo policentrismo decisório da economia globalizada, pela revitalização das fronteiras geográficas e pelas metamorfoses em andamento nos princípios de soberania e da territorialidade²⁰³

Nesse contexto o tempo despendido para a solução do conflito é fator preponderante, como Luiz Guilherme Marinoni²⁰⁴ pontua:

Floresce hoje uma tendência atenta a temática do acesso à justiça e, nessa perspectiva, podemos dizer que uma das questões mais preocupantes se revela no binômio “custo morosidade” a demonstrar a falência do processo civil tradicional. [...] o custo e a duração do processo, porém, igualmente obrigaram o processualista a partir em busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo. [...] talvez o problema da morosidade aponte para o sentido da verdadeira efetividade do processo.

²⁰³ FARIA, Jose Eduardo de Oliveira Campos. O Judiciário e seus dilemas. Reforma do Judiciário. **Revista do Advogado de São Paulo**. n. 56, set/1999, p. 64-65.

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 27.

De modo que o procedimento arbitral ganha espaço. A simplificação de procedimento, a informalidade, o acesso das partes à discussão e a autonomia do processo fazem da arbitragem o meio mais viável de acesso à justiça, nos limites da lei. Outro fator relevante, e uma das principais características do procedimento arbitral; reside na confidencialidade e sigilo dos processos pelas câmaras arbitrais. A privacidade exigida permite que somente participem as partes, seus procuradores, se houver, e os árbitros e terceiros que venham a ser chamados a participar.

Segundo José Emilio Nunes Pinto²⁰⁵ o dever legal de sigilo decorre do parágrafo 6º do artigo 13 que impõe que os árbitros ajam com discrição no desempenho de suas funções.

Com isso tem-se que quase a totalidade dos procedimentos arbitrais, especialmente em causas empresariais onde não há interesse de divulgação de conhecimento técnico ou valores envolvidos, permaneça em segredo.

Atualmente, é possível o acesso a todo o procedimento arbitral somente quando vem a questão ao Poder Judiciário, o que geralmente encontra-se com alegação por qualquer das partes de vício, erro ou conduta antiética.

Devido a escassez de informações acerca do procedimento e decisões dos processos arbitrais, seria necessária a relativização do dever de sigilo, mediante prévia autorização dos convenientes, como meio viável ao conhecimento para a segurança e confiabilidade que a arbitragem merece.

Sem a identificação das partes e sem revelar segredos comerciais, é possível sistematizar o conteúdo das decisões tomadas pelas Câmaras Arbitrais, como ocorre na Câmara de Comércio Internacional – CCI- que mantém a confidencialidade e ao mesmo tempo, a publicidade de acesso a informação, como Arnold Wald²⁰⁶ explica:

²⁰⁵ PINTO, José Emilio Nunes. A Escolha pela Arbitragem e a Garantia de sua Instituição. In: **Revista do Advogado-Arbitragem e Mediação**. n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006.

²⁰⁶ WALD, Arnold. O Controle do Processo Arbitral pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comercio Internacional- CII. In **Revista do Advogado-Arbitragem e Mediação**. no. 87, ano XXVI, São Paulo, AASP, 2006. p. 27-35. p. 33.

Um resultado notável da tradição da arbitragem da CCI é a consolidação de uma jurisprudência da Corte, graças a publicação dos extratos dos laudos arbitrais. Assim, as sentenças promulgadas no seu âmbito poderão servir de exemplo e de parâmetro para o desenvolvimento da arbitragem internacional, além de influenciar os tribunais estatais para que apliquem as normas do direito internacional, a “lex mercatoria” e os princípios da Unidroit.

Dos sites na internet disponíveis de várias instituições arbitrais brasileiras foram visitados os sites disponíveis da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial²⁰⁷ sendo que poucos trazem informações precisas acerca dos árbitros a serem escolhidos, dos valores das custas e honorários, das matérias julgadas por cada órgão, dos prazos de julgamento, e algumas estatísticas são incipientes.

Conforme ensina Flávia Bittar Neves²⁰⁸

[...] ainda há muito desconhecimento e certa resistência por parte dos operadores jurídicos e do empresariado nacional, que não se sentem totalmente confortáveis para deixar de submeter seus conflitos ao julgamento do Poder Judiciário, reflexo de uma cultura de Estado autoritário e intervencionista a que a sociedade brasileira se acostumou.

De modo que, a falta de conhecimento da arbitragem é um dos grandes fatores que impede sua difusão, pois a aceitação cultural e a receptividade da arbitragem poderão ajudar na celeridade e melhora da prestação jurisdicional, desobstruindo o Poder Judiciário. Conforme demonstra notícia veiculada na Revista Exame PME por Tatiana Vaz²⁰⁹.

²⁰⁷ (CBMAE) <http://www.cbmae.com.br>. Instituto Jurídico Empresarial (IJE): <http://www.ije.com.br>; Câmara de Arbitragem Empresarial de São Paulo (SPArbitral): <http://www.trarbitral.org.br>; Tribunal Metropolitano de Mediação e Arbitragem de São Paulo (TRIMMASP): <http://www.trimmasp.com.br>; Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP): <http://www.caesp.org.br>; Câmara de Arbitragem Empresarial (CAMARB): <http://www.camarb.com.br/principaldefault.aspx>; Câmara de Mediação e Arbitragem do Rio de Janeiro (CAMARJ): <http://www.amchamrio.com.br/serviços/camarj/asp>; Câmara de Mediação e Arbitragem (ARBITAC): <http://www.arbitac.com.br>; Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem: <http://www.fgv.br/câmara/>. Acesso em 09/10/2008.

²⁰⁸ NEVES, Flávia Bittar. A Visão Empresarial da Arbitragem: Como a Administração de Conflitos pode Melhorar os Resultados Econômicos e Não-econômicos do Negócio? **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, no. 9, Jan-Mar de 2006, São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2006. p. 30-39. p. 38

²⁰⁹ VAZ, Tatiana. **Revista Exame PME**. 3. ed. p. 76-77, Jul-Ago 2006. São Paulo: Abril, 2006, p. 76.

Mais rápido e mais barato. Como a arbitragem, uma espécie de tribunal alternativo, facilita a vida das pequenas e médias empresas na solução de conflitos. A lentidão do judiciário e as custas processuais foram supridas pela arbitragem: O drama vivido pelo empresário Eduardo Marcondes, dono da empresa paulista Gama-Forte; franqueadora da rede de casas noturnas Café Cancun, que fatura 32 milhões de reais por ano, é típico de muitos pequenos e médios empresários. Há nove anos ele tenta receber uma indenização de um ex-fraqueado que quebrou as regras de um contrato. “Gastei 80.000 reais e até agora não vi nem sequer sombra de uma decisão” diz Marcondes. “A empresa que estou processando nem existe mais”. Em 2004, quando voltou a ter o mesmo tipo de problema com outro fraqueado, ele encerrou o caso em cinco meses, gastando 20.000 reais. Em vez de recorrer aos Tribunais de Justiça, o empresário procurou uma câmara de arbitragem. 'Foi muito mais simples, rápido e barato', diz.

Pelas declarações acima é possível visualizar o que para um mercado globalizado e competitivo representa a opção pela arbitragem, especialmente no que tange ao acesso à justiça, considerando a eficiência, rapidez e participação ativa do cidadão na solução do conflito.

De acordo com o contexto exposto nos tópicos anteriores, a arbitragem é o caminho mais acessível de acesso à justiça, com relevância ao seu aspecto coexistencial e satisfação das partes, pois evitam o desgaste emocional e financeiro de uma demanda judicial.

As medidas cautelares no plano da arbitragem coadunam com todo o raciocínio de efetivação de direitos, como bem reportado que a justiça tardia não se pode considerar como justiça.

De nada adiantaria todo o aparato da arbitragem até agora tratado como viabilidade de acesso à justiça, se fosse negado ao árbitro a possibilidade de mediante o poder geral de cautela, de ofício ou a requerimento da parte, conceder medidas a evitar o perecimento de direitos.

Circunstâncias urgentes, como no caso das medidas cautelares, atendidas no tempo certo também configuram viabilidade de acesso à justiça.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre as vantagens atinentes à adoção da arbitragem como meio eficaz de solução de conflitos, destaca-se a facilidade, a segurança, a tecnicidade, a rapidez, o sigilo e a economia.

A população brasileira reclama e também o fenômeno da globalização representa estímulo ao surgimento de alternativas mais ágeis, econômicas e eficientes de solução de conflitos e acesso à justiça.

A arbitragem representa uma técnica privada de solução de controvérsia, na qual, um terceiro, no caso o árbitro, pode valer-se de mecanismos idênticos ao do Poder Judiciário, com a finalidade de prolatar sentença, impondo uma solução ao litígio entre as partes.

Esta alternativa instituída pela Lei 9.307/96 constitui forma jurisdicional de composição dos conflitos, pois o árbitro julga obrigatoriamente aplicando o ordenamento escolhido pelas partes, contando com a chancela expressa da Carta Magna. Ademais a Lei de Arbitragem ao atribuir a decisão final do árbitro os mesmos efeitos da sentença judicial, tornando-a título executivo concedeu caráter jurisdicional à arbitragem.

Neste contexto o árbitro é competente para decidir sobre medidas cautelares, considerando toda a teorização de que o perecimento do direito deve ser evitado desde que presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

A tutela cautelar é precisamente o instrumento destinado a eliminar o risco de perda do direito pelo decurso do tempo. Mediante a incidência de uma constrição acautelatória na esfera jurídica do demandando de modo adequado, idôneo e suficiente para lograr efeito de satisfação da pretensão ao final do processo.

No entanto, como demonstrado, o árbitro não detém o poder de coagir ao cumprimento da medida. Caso a parte contra quem esta foi concedida repudiá-la, deverá o árbitro recorrer ao juiz togado para que este providencie a execução da determinação de natureza cautelar.

Outrossim, para evidenciar o papel de julgador e garantidor da

efetivação de direitos inerentes ao árbitro ele pode impor penalidades para os casos das medidas cautelares incidentais, na hipótese da parte contra quem tal medida foi concedida negar-se a cumpri-la, a fim deste não ter de socorrer-se do Poder Judiciário.

Ao juiz, como demonstrado, compete fazer cumprir a medida cautelar quando necessária a coação, não cabendo a discussão do mérito da cautelar.

A medida cautelar determinada por um juízo arbitral localizado no exterior, considerada uma decisão interlocutória concessiva de cautelar, deve ser comparada à uma sentença, a fim de torná-la exequível no Brasil, desde que submetida a homologação do Superior Tribunal de Justiça.

A colaboração entre o juízo arbitral e o juízo estatal, especialmente no que tange as medidas cautelares é questão de viabilidade de acesso a justiça.

Nesse quadro, a instituição da arbitragem representa bem mais do que uma simples alternativa à praxe jurídica, representa um estímulo ao desarmamento e entendimento entre as partes.

De qualquer maneira, nos parece que a efetiva implementação da arbitragem carece, acima de tudo, da mudança de mentalidade para a qual somos preparados na Universidade. Lá, o conflito é representado pela visão carnelutiana e chancelada por Von Lhering, onde o processo nada mais é do que o campo de batalha em que os inimigos vão para o embate munidos com suas armas processuais.

No reverso da medalha da arbitragem de direito está a de equidade. Ela permite ao árbitro afastar o direito positivo e decidir a questão com base naquilo que entende mais justo. Ora, sabe-se que é traço das normas jurídicas a generalidade, até porque não é dado ao legislador prever todas as situações fáticas. Mas se assim o é, pode acontecer que em determinadas hipóteses a aplicação da norma sobre o caso concreto implique profunda injustiça ou desequilíbrio, aí entra a equidade que autoriza o julgador a decidir de forma a mitigar a aplicação da norma. A partir deste raciocínio, não seria evidente a tendência de poder o árbitro tomar decisões de cunho mandamental, que exigem necessária e útil cessação do dano causado por qualquer das partes no curso do processo arbitral?

Por fim cumpre enfatizar que a arbitragem, no domínio das medidas cautelares sujeitas a decisão do árbitro em colaboração com o Poder Judiciário, visa

garantir e distribuir a justiça a todos. Esta é a proposta de reflexão e crítica diante da realidade do processo arbitral no Brasil, em que a pacificação social e o acesso à justiça seriam cada vez mais prováveis e evidentes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A Contrariedade na Instrução Criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentário a Lei de Arbitragem**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. **Comentários à Lei de Arbitragem**: Lei n. 9.307/96. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ALVIM, José Eduardo Carreira; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. In: Arbitragem, Jurisdição e Execução. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

_____. **Código de Processo Civil Reformado**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. Tratado de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1990. v. I.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A Autonomia Privada como Princípio Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARAGÃO, Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II.

ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**. 23/111, jun. 1985.

_____. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. Col. Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1979.

BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BASSO, Maristela. **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido. Atlas, São Paulo, 2007.

BRASIL. Lei no. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial**. Brasília, DF. jan. 2002.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Lei no. 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**. Brasília, DF. 24 set.1996.

BULOS, Paulo Furtado; LAMMÊGO, Uadi. **Lei de Arbitragem Comentada**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 1956.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem**: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei nº. 9.307/96. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

_____. Uma visão geral da arbitragem de acordo com a lei 9.307/96. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 35, 01/12/2006. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em 18/09/2008.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação**: rudimentos. São Paulo: Atlas, 2002.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. da ed. It. de 1936 por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas-SP: Servanda, 2000.

_____. *Introduzione allo studio sistemático dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Das Relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário. In **Revista Brasileira de Arbitragem**. ano II, no. 6, abr-jun de 2005. São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2005.

_____. **Arbitragem**. Lei nº 9.307. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.

_____. **Arbitragem**. Lei 9.307/96. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Arbitragem e Processo**. Malheiros. São Paulo. 1998.

_____. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos Processuais da Nova Lei de Arbitragem. In: **Arbitragem**: a nova lei brasileira e a praxe internacional. Coord. Paulo Borba Cassella. São Paulo: Forense, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Processo*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1981.

_____. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. Jaime Guasp, Barcelona: Bosch, 1942.

_____. *Sistema de diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936.

_____. *Lezione di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1933.

CICHOKI NETO, José. **Limitações ao Acesso a Justiça**. Curitiba: Juruá, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. da 2. ed. it. por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v.II.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas preventivas – Medidas preparatórias – Medidas de conservação**. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça Conciliatória ou Coexistencial: um exemplo sergipano. In BARRAL, Welber; ANDRADE, Henri Glay (org). **O Judiciário em Sergipe: análise crítica**. Aracaju, OAB, 2000.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Da Arbitragem e seu Conceito Categorical. **Revista de Informação Legislativa** - Brasília, ano 25, n. 98, 1998.

CUADRADO, Maria Pía Calderón. *Las medidas cautelares indeterminadas em el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1992.

DELGADO, José Augusto. In: A Arbitragem: direito processual da cidadania. Escrito e divulgado na **1ª. Jornada Internacional de Mediação e Arbitragem em Mato Grosso do Sul**. Campo Grande-MS: Palácio Popular da Cultura, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso Básico de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Nelpa, 1996. v. I.

FARIA, Jose Eduardo de Oliveira Campos. O Judiciário e seus dilemas. Reforma do Judiciário. **Revista do Advogado de São Paulo**. n. 56, set/1999, p. 64-65.

FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, Marques Guimarães. **DICIONÁRIO BRASILEIRO GLOBO**. 55 ed. Globo, 2002.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. São Paulo: RT, 1999.

FIUZA, Cezar. **Teoria Geral da Arbitragem**. Del Rey. Belo Horizonte. 1995.

FROTA, Francisco Luciano de Azevedo. Breves Reflexões sobre o Judiciário. A justiça mais perto do cidadão. **Jus Navegandi**. Teresina, ano 11, n. 1513, 23 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10310>> acesso em nov. 2008.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammego. **Lei de Arbitragem comentada**. 1998.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência. In: **Revista do Advogado-Arbitragem e Mediação**. n. 87, ano XXVI. São Paulo: AASP, 2006.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade Pré e Pós-Contratual a Luz da Boa-Fé**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 3, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

JESUS, Edgar A. de. **Arbitragem**: questionamentos e perspectivas. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

JORGE, Flávio Cheim. **O processo cautelar e o poder geral de cautelar do juiz**. RePro, 87/195.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. VIII, t. I, n. 25.

LEITE, José Edivânio. Disponível em: <www.jusvi.com/artigos/042008>. Acesso em nov. 2008.

LEMES, Selma Ferreira. O Uso da Medida Cautelar no Procedimento Arbitral. Artigo Publicado no **Jornal Valor Econômico** em 29/08/2003.

LEMES, Selma M. Ferreira *apud* René David. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Trad. Herminio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. In: SELMA M. FERREIRA LEMES. **Arbitrariedade de Litígios na Propriedade Intelectual**. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: out. 2008.

LEMES, Selma Ferreira. Os Princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem in MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LEMES, Selma M. Ferreira. In: PRINCÍPIOS E ORIGENS DA LEI DE ARBITRAGEM. **Revista do Advogado**. v. 5. out. 1997, p. 91.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 4. ed., Milano: Giuffrè, 1980. v. I, n. 36.

_____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, s.d.

_____. *Unita del procedimento cautelare*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova: CEDAM, 9/248, 1954.

LIMA, Cláudio Vianna de. A Arbitragem no Tempo – O Tempo na Arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1. e 2. Tir. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1992.

MARQUES, José Frederico. In: **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1. ed. ver. atual. e compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas-SP: Millennium, 2000. v. V.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Dez anos da lei de arbitragem. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 1186, 30 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8992>>. Acesso em: out. 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. Da Ausência de Poderes Coercitivos e Cautelares do Árbitro. In **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Coord. Pedro A. Batista Martins: Forense, 1999.

MARTINS, Sergio Pinto Martins. In: **Direito Processual do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MESQUITA, Eduardo Melo de. As Tutelas Cautelar e Antecipada. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 2002.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo:Atlas, 2006, v. III.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 1992.

NEVES, Flávia Bittar. A Visão Empresarial da Arbitragem: Como a Administração de Conflitos pode Melhorar os Resultados Econômicos e Não-econômicos do Negócio? **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, no. 9, Jan-Mar de 2006, São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2006.

ORIONE NETO, Luiz. In: **PROCESSO CAUTELAR**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 1984. v. X, t.I. n. 217.

PINTO, Jose Emilio Nunes *apud* BONILHA, Alessandra Fachada. Ética na Arbitragem: árbitros, advogados e partes. In: **Revista do Advogado: Arbitragem e Mediação**. n. 87, ano XXVI. São Paulo: AASP, 2006.

_____. A Escolha pela Arbitragem e a Garantia de sua Instituição. In: **Revista do Advogado-Arbitragem e Mediação**. n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006.

PUCCI, Adriana Noemi. **Aspectos Atuais da Arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

RAWLS, John. **Uma teoria de Justiça**. Trad. Vamireh Chacon. Brasília. UNB, 1981.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCCO, Ugo. Tratado de *derecho procesal* civil: proceso cautelar. Bogotá-Buenos Aires: Temis/Depalma, 1977.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso a Justiça no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RUBINO-SAMMARTANO. Mauro. *L'arbitrato internazionale*. Padova : CEDAM, 1989
apud ALVIM, Jose Eduardo Carreira. Comentários à lei de arbitragem. Lúmen júris, 2002.

SADER. Christian de Santana. **Aplicabilidade de medidas cautelares no juízo arbitral**. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/textos>>. Acesso em 11/10/2008.

SHIMURA, Sergio. In: ARRESTO CAUTELAR. 2 ed., Col. Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 23, São Paulo. **Revista dos Tribunais**. 1997.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso a Justiça e Arbitragem**: um caminho para a crise do Judiciário. Barueri, SP: Manole, 2005.

SILVA, Clóvis Couto e. In: TANIA LOBO MUNIZ. Arbitragem no Brasil. p. 114.

SILVA, Eduardo Silva da. Código Civil e Arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, 5, ano 2, abril-junho de 2005. Coord. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Do Processo Cautelar**. 3. ed. 2. triagem, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. In: Curso de Processo Civil. v. III, Processo Cautelar, 3. ed., **Revista dos Tribunais**, 2000.

_____. **Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

STRENGER, Irineu. In: **Comentários a Lei Brasileira de Arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998.

TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Correa. **A nova arbitragem**: comentários a Lei 9.307/96. Porto Alegre: Síntese, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. In: **Processo Cautelar**. 21. ed. São Paulo: Liv e Universitária de Direito, 2004.

_____. **Processo Cautelar**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2002.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. II.

TUCCI, Jose Rogério Cruz e. In: TEMPO E PROCESSO. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997.

VAZ, Tatiana. Revista Exame PME. 3. ed. Jul-Ago 2006. São Paulo: Abril, 2006.

VILLAR, Willard de Castro. **Ação Cautelar Inominada**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

WALD, Arnold. O Controle do Processo Arbitral pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comercio Internacional- CII. In: **Revista Do Advogado-Arbitragem E Mediação**. n. 87, ano XXVI, São Paulo, AASP, 2006.

_____. **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares/ LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista. Coordenadores. São Paulo: Atlas, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. In: Curso Avançado de Processo Civil: processo cautelar e procedimentos especiais. v. 3. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de Tutela. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 34. No mesmo sentido, SHIMURA, Sergio Seijii. Arresto Cautelar. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997.

ANEXOS

ANEXO A
Lei nº. 9.307 de 23 de setembro de 1.996 – Lei de Arbitragem

ANEXO A – Lei nº. 9.307 de 23 de setembro de 1.996 – Lei de Arbitragem

LEI Nº 9.307 - DE 23 DE SETEMBRO DE 1996 - DOU DE 24/9/96
- LEI DA ARBITRAGEM
Dispõe sobre a arbitragem.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I –
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 2º

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

CAPÍTULO II –
DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS

Art. 3º

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito,

podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 5º

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Art. 6º

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.

Art. 7º

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria

audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 8º

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Art. 9º

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Art. 10.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegarem a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

- I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;
- II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;
- III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;
- IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;
- V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e
- VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 12.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

- I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;
- II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e
- III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

CAPÍTULO III – DOS ÁRBITROS

Art. 13.

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a

nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

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

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art. 14.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior a sua nomeação, quando:

- a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou
- b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15.

Art. 15. A parte interessada que argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral,

deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art 18.

Art 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

CAPÍTULO IV – DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Art. 19.

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

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art. 20.

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Art. 21.

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

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

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 22.

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

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

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

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

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

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

CAPÍTULO V – DA SENTENÇA ARBITRAL

Art. 23.

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Art. 24.

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Art. 25.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral

remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Art. 26.

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art. 27.

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art. 28.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterà os requisitos do art. 96 desta Lei.

Art. 29.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Art. 30.

Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte

interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

- I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;
- II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

Art. 31.

Art. 31. A sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Art. 32.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I - for nulo o compromisso;
- II - emanou de quem não podia ser árbitro;
- III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
- VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
- VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

- I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32,

incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

CAPÍTULO VI – DO RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

Art. 34.

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Art. 36.

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

CAPÍTULO VII – DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 41.

Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art. 267.

VII - pela convenção de arbitragem;"

"Art. 301.

IX - convenção de arbitragem;"

"Art. 584.

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"

Art. 42.

Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 520..

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

Art. 43.

Art. 43. Esta Lei entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art. 44.

Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

Brasília, 23 de setembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Nelson A. Jobim