

As Medidas Cautelares Prévias ou no Curso do Processo Arbitragem

A convivência entre a jurisdição estatal e a arbitral já se fazia presente sob a égide da antiga regulamentação arbitral (art. 1.086 do Código de Processo Civil), na forma de cooperação do juiz togado, tanto na determinação como na execução de medidas coercitivas ou cautelares. Com a nova sistemática introduzida pela Lei n.º 9.307, de 1996, o árbitro passou a contar com a possibilidade de decretá-las, mas não de executá-las. Com efeito, a nova lei em diversos dispositivos determina a interação entre o juiz togado e o árbitro, tais como na instituição da arbitragem na presença de cláusula arbitral vazia ou em branco (art. 7º), na indicação de árbitro substituto (art.16, § 2º) na condução de testemunha renitente (art. 22, § 2º) e na execução de medidas coercitivas ou cautelares, sendo de se observar que há duas formas de interferência do Judiciário na arbitragem. A primeira, de apoio, tal como disciplinado nos dispositivos acima mencionados e, a segunda, de controle, representada na supervisão da sentença arbitral (arts. 32 e seguintes). A Lei de Arbitragem, em sua estrutura lógica e sistemática restringe a interferência judicial estritamente aos casos nela previstos.

Carlos Alberto CARMONA, referindo-se à tutela de urgência em que o procedimento arbitral ainda não fora instaurado adverte "...não podendo a parte interessada recorrer ao árbitro (como deveria) a medida cautelar, admite-se-lhe a abertura da via

judicial (sem que com isso fique prejudicada a arbitragem) apenas para a tutela emergencial. Instituída a arbitragem, os autos do processo cautelar devem ser enviados ao árbitro (não haverá, obviamente, ação principal judicial, eis que a ação cautelar é antecedente em relação à demanda arbitral).”¹

É importante notar que a convivência entre a instância arbitral e a judicial se operaria mesmo que nada estivesse disposto na Lei de Arbitragem, haja vista a aplicação do princípio constitucional da tutela jurídica efetiva. Sempre, existindo convenção de arbitragem, seria possível o socorro prévio do Judiciário, fosse na fase inicial em que a demanda arbitral ainda não estivesse instaurada, no curso do processo arbitral, quando por algum motivo operacional de urgência não fosse possível dirigir-se ao Tribunal Arbitral constituído para decretá-la ou, ainda, se estivéssemos em sede de arbitragem internacional que se mostre de difícil ou até impossível cumprimento, em prazo hábil, medida de urgência decretada por judiciário estrangeiro, haja vista, por exemplo, a posição do Supremo Tribunal Federal STF no tocante à denegação de ordem de execução de medidas cautelares alienígenas, pois a Corte Suprema só a reconheceria se fosse sentença.²

¹ Carlos Alberto CARMONA, “Árbitros e Juízes: Guerra ou Paz ? “ *in Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Pedro Batista MARTINS, Selma M. Ferreira LEMES e Carlos Alberto CARMONA, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.431.

² Cf. STF. Carta Rogatória nº 3.237 – República Argentina, presidente Ministro Antonio Neder, 25.06.80 (RTJ 95:46/47). No mesmo sentido verificar a Sentença Estrangeira Contestada nº 5.546 – República da Bolívia. STF Tribunal Pleno, j. 22.10.1988, Ministro Relator Ilmar Galvão (RT 763:135/138).

Vale notar, que a ausência de estipulação a respeito em texto arbitral se verificava na Espanha, pois a antiga Lei de Arbitragem n.º 36, de 1988,³ não a previa, ou melhor, apenas se referia a essa possibilidade diante de laudo arbitral expedido. A impropriedade legislativa foi criticada pela doutrina, mas em face do princípio da tutela jurídica efetiva, a omissão foi sanada pelos Tribunais Estatais: “Em primeiro lugar deve ser examinada a possibilidade de adotar medidas cautelares de maneira prévia ou coetânea a um procedimento arbitral. A Lei de Arbitragem não menciona esse aspecto. Não obstante, a arbitragem constitui uma opção consensual, que adotam as partes com o fim de resolver a controvérsia e não há razão que justifique tornar pior a condição a quem assume referida opção, impedindo-as de obter a tutela judicial em relação às medidas que assegurem o resultado do procedimento arbitral”. Assentando-se, ainda, em outro julgado que na presença de procedimento arbitral, a parte que desejar intentar medida cautelar deverá fazê-lo ao árbitro designado que, diante da petição apresentada, deverá dirigir-se ao juiz ordinário.

À luz da legislação arbitral brasileira é pacífica e cristalina a possibilidade de propor e obter o provimento acautelatório ou coercitivo em sede arbitral, que será dirigido pela parte diretamente ao juiz competente, quando ainda não constituído o tribunal arbitral; estando este investido, ser-lhe-á dirigida a solicitação pela parte interessada. Tendo sido constituído o tribunal arbitral, a decisão quanto à pertinência e concessão da

³ Atualmente vigora na Espanha a Lei n.º 60, de 23.12.2003

medida de urgência é conferida ao tribunal arbitral. Quando necessária a execução forçada, será ela desenvolvida pelo juiz togado em perfeita harmonia com a instância arbitral. “A autoridade do Tribunal Arbitral para decidir sobre a adoção de medidas provisionais não é menos obrigatória que a de um laudo definitivo”, sufragou, com toda pertinência e por unanimidade, um tribunal arbitral constituído no âmbito do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos – CIRDI, ao decidir sobre a pertinência de medida cautelar interposta perante o Tribunal Arbitral.

Por fim, resta-nos salientar que as razões óbvias pelas quais a Lei de Arbitragem (art. 22, §4º) estabeleceu a necessidade de apoio do juiz togado reside no fato de que o árbitro tem jurisdição, mas não tem *imperium*, vale dizer, o poder de constrição, o poder de determinar o uso da força para cumprimento do determinado.⁴

Selma Ferreira Lemes

Advogada e mestre em Direito Internacional pela USP, coordenadora e professora do curso de arbitragem do Programa de Educação Continuada da Fundação Getúlio Vargas – PEC/FGV em SP e RJ. Autora do livro “Árbitro, Princípios da Independência e da Imparcialidade” (São Paulo, LTr, 2001). selma@selmalemes.adv.br

⁴ A matéria tratada neste artigo foi objeto de parecer que elaboramos e se encontra publicado na Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 20, p. 411/423, abr./jun./2003 (editora Revista dos Tribunais).