



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

ANA HELENA ENCENHA

**O INSTITUTO DA ARBITRAGEM E A APLICABILIDADE DA TUTELA
PROVISÓRIA**

**Assis/SP
2018**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

ANA HELENA ENCENHA

**O INSTITUTO DA ARBITRAGEM E A APLICABILIDADE DA
TUTELA PROVISÓRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito do Curso de Graduação.

**Orientanda: Ana Helena Encenha.
Orientador: Prof. Fernando Antônio
Soares de Sá Junior**

**Assis/SP
2018**

FICHA CATALOGRÁFICA

ENCENHA, Ana Helena. O INSTITUTO DA ARBITRAGEM E A APLICABILIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA / Ana Helena Encenha. Fundação Educacional do Município de Assis –FEMA – Assis, 2018

Número de páginas. 52

1. Arbitragem. 2. Meios de Composição de Conflitos. 3. Tutela Provisória. 4. Legislação Arbitral.

CDD: 341.4618
Biblioteca da FEMA

O INSTITUTO DA ARBITRAGEM E A APLICABILIDADE DA TUTELA
PROVISÓRIA

ANA HELENA ENCENHA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Instituto Municipal de Ensino
Superior de Assis, como requisito do Curso
de Graduação, avaliado pela seguinte
comissão examinadora:

Orientador: Prof. Fernando Antônio Soares de Sá Junior

Examinador: Prof.^a Lenise Antunes Dias de Almeida

Assis/SP
2018

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meu pai, Valdemir e ao meu namorado, Gabriel. Sou muito grata por todo amor e carinho de vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, pois sem ele eu não teria forças para essa longa caminhada.

A minha Mãe Miriam (In Memoriam) enquanto em vida me ensinou a importância de estar em constante aprendizado e da dedicação aos sonhos.

Ao Meu Pai Valdemir, que sempre me apoiou e acreditou na minha capacidade.

Ao meu amor, melhor amigo, e namorado Gabriel por toda ajuda e contribuição neste trabalho, pelo apoio nos momentos difíceis, incentivo nas situações de desânimo. Agradeço, especialmente, por não me deixar desistir.

Ao meu Orientador Prof. Fernando de Sá, pela paciência comigo, por toda atenção e compreensão ao longo da elaboração deste trabalho e principalmente por ter aceitado me orientar acreditando no meu potencial.

A minha amiga Ingrid que suportou minhas ausências durante a dedicação a este trabalho. A todos que direta e indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho.

A TODOS, MINHA ETERNA GRATIDÃO!

"A diferença entre o sonho e a realidade é a quantidade certa de tempo e trabalho."

William Douglas

RESUMO

A arbitragem quanto aos meios de composição de conflitos é classificada na categoria de heterocomposição juntamente com o Estado, pois na solução de conflitos serve como alternativa a esse e “desafogando” a quantidade numerosa de litígios que tramitam no Poder Judiciário.

Este meio de solução de conflitos diferentemente de outros como a mediação, conciliação, a autotutela tem a possibilidade de concessão de tutelas, e este trabalho pretende discorrer sobre a aplicação deste instituto de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015 e a nova Lei de Arbitragem, Lei nº 13.129/2015 e realizando uma comparação a forma que era utilizada na legislação antiga.

Assim, ao decorrer deste trabalho tem como objetivo conceituar, classificar e realizar uma análise sobre a arbitragem, especialmente no aspecto legislativo, e por fim discorrer sobre a concessão de tutelas neste instituto que vem crescendo cada vez mais.

Palavras-chave: Arbitragem; Meios de Composição de Conflitos; Tutela Antecipada; Legislação Arbitral.

ABSTRACT

Arbitration as to means of settling disputes is classified in the category of heterocomposition, together with the State, because in the solution of conflicts, serves as an alternative to this and "unburdening" the numerous number of disputes that are in progress in the Judiciary.

This means of resolving conflicts unlike others, such as mediation, conciliation and self-defense, has the possibility of granting tutelage, and this work intends to discuss the application of this institute in accordance with the New Code of Civil Procedure, Law nº 13.105/2015 and the new Arbitration Law, Law nº 13.129/2015 and to make a comparison to the manner it was used in the old legislation.

Therefore, in the course of this work, the objective is to conceptualize, classify and analyze arbitration, especially in the legislative aspect, and finally to discuss the granting of tutelage in this institute that has been growing more and more.

Keywords: Arbitration; means of settling disputes; Injunctive relief; arbitration legislation

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Série Histórica de Processos Pendentes	17
Figura 2: Série Histórica de Congestionamento	18
Figura 3 – Sentenças Proferidas	19
Figura 4 – Casos Novos	18

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Número de Casos de 1998 a 2016.....	20
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPC – Código de Processo Civil.

ART. – Artigo.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CIESP - Centro das Indústrias do Estado de São Paulo

FIESP - Federação das Indústrias do Estado de São Paulo

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

USP – Universidade de São Paulo

UNCITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

REsp. - Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

PL - Projeto de Lei

TJ/SP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

DJE – Diário de Justiça Eletrônico

REL. - Relator

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. MODELOS DE COMPOSIÇÃO.....	15
2.1. BREVE HISTÓRICO	15
2.2. AUTOCOMPOSIÇÃO.....	20
2.3. HETEROCOMPOSIÇÃO.....	22
2.4. AUTOTUTELA.....	23
3. LEI ARBITRAL: COMPOSIÇÃO.....	26
3.1. CONCEITO DE ARBITRAGEM E SUAS CARACTERÍSTICAS 26	
3.2. NATUREZA JURÍDICA	27
3.3. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ARBITRAL.....	29
3.3.1. Histórico da Arbitragem no Brasil.....	29
3.3.2. Anteprojeto de Lei de 1981	31
3.3.3. Anteprojeto de Lei de 1986	31
3.3.4. Anteprojeto de Lei de 1988	32
3.3.5. Operação Arbitrer	32
3.3.6. Lei nº 9.307/96	33
3.3.7. Lei nº 13.129/2015	34
4. TUTELA PROVISÓRIA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL....	35
4.1. TUTELA PROVISÓRIA CONCEITO	35
4.2. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA	36
4.3. TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA.....	37
4.4. TUTELA ANTECIPADA ANTES DA PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 13.129/2015.....	38
4.5. TUTELA ANTECIPADA APÓS A PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 13.129/2015.....	41
4.6. CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DE TUTELA PROVISÓRIA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL.....	43
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	49

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo comparar o instituto da arbitragem aos outros meios de composição de litígios, sendo que o objeto de estudo se encontra revigorado pela nova legislação aprovada em 2015 que amplia as possibilidades desta técnica alternativa de solução de conflitos.

O primeiro capítulo tem como objetivo expor os meios alternativos de solução de conflitos - autotutela, autocomposição e heterocomposição - neste último, há a arbitragem que é uma técnica extrajudicial de resolução de litígios instituída por livre escolha das partes que serve como uma alternativa mais célere e com procedimento mais flexível. Quanto a abordagem no primeiro capítulo utilizou-se a quantitativa, pois foi usado gráficos, pesquisas, estatísticas para demonstrar a relevância da arbitragem nos dias atuais, já nos demais capítulos foi usado a qualitativa, devido a análise dos respectivos artigos e legislações

No segundo capítulo, procedeu-se a análise da Arbitragem sobre o aspecto legislativo, o qual observou-se que no Brasil, apesar de ser utilizada desde a Constituição Imperial de 1824, somente há pouco tempo a legislação arbitral foi consolidada.

Por fim, no terceiro capítulo foi abordado os conceitos de tutela provisória e a aplicação dela no procedimento arbitral a luz do novo Código de Processo Civil e a Lei nº 13.129/2015.

Para realizar a construção deste trabalho foi utilizado o tipo de pesquisa descritiva, ou seja, buscou-se descrever os meios alternativos de solução de conflitos, o instituto da arbitragem e suas características, a legislação e a comparação da aplicação da tutela provisória antes e depois da Lei nº 13.129/2015. Por fim, o presente trabalho apoiou-se na técnica de análise de livros, conforme demonstrado nas referências bibliográficas.

2. MODELOS DE COMPOSIÇÃO

2.1. BREVE HISTÓRICO

O ser humano não vive isolado e sim, em sociedade. Segundo *Mondin* o ser humano é um ser sociável, pois tem a (1986, p.154, APUD Fernando do Vale, 2016, p.2) “propensão para viver junto com os outros e comunicar-se com eles, torna-los participantes das próprias experiências e dos próprios desejos, conviver com eles as mesmas emoções e os mesmos bens”. E esta relação social sempre gerou conflitos. A partir disto, tornou-se necessário uma regulação para satisfazer os interesses das pessoas, dessa forma surgiu o direito que serve como forma de harmonização dessas relações - controle social.

Sobre o direito como um mecanismo harmonizador e organizador das relações sociais afirma Ada Pellegrini et. al:

E a resposta está na função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros.

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do eqüitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar. (p. 22, 2010)

Nas fases mais primitivas da sociedade, inexistia um Estado com autoridade e soberania para julgar imparcialmente os conflitos e nem Leis. Logo, as pessoas para realizarem suas pretensões usavam sua própria força, o que caracterizou uma das formas mais antigas de solução de conflito, a autotutela.

Uma forma mais evoluída de solução de conflitos se deu no momento em que as pessoas passaram a resolver seus conflitos sem auxílio de terceiro e sem uso da força por meio da autocomposição. É, contudo uma que reúne vontades parciais, demandando mútuo assentimento entre as partes.

Com o decorrer do tempo, a sociedade começou a necessitar de uma solução imparcial, para os casos em que a autocomposição não obteve êxito.

Na época as pessoas escolhiam um indivíduo supostamente portador de imparcialidade em um grupo em especial formado por sacerdotes, chefes, anciãos e outros que tomavam as decisões em nome das partes atuando como terceiro sem interesse no conflito, surgindo assim a heterocomposição. Sobre este período afirma Ada Pelegrini *et. al*:

Interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pautava-se pelos padrões, acolhidos-pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador. (p.28, 2010)

Nesta linha de pensamento, Luís Fernando do Vale a respeito do surgimento da heterocomposição descreve:

[...] o homem teria entendido por bem abdicar de certas liberdades, criando um ente superior ao indivíduo em si e fazendo concessões a tal ente, para que este pudesse cuidar de criar limites, normas e punições para os abusos, a fim de se manter a paz social. Portando Para Hobbes, o Estado teria nascido da necessidade do homem de criar regras para que o indivíduo, em seu estado de natureza, não atentasse contra si mesmo. (p. 3, 2016)

O Estado por muito tempo teve a exclusividade de buscar prover a sociedade com distribuição da justiça, porém, atualmente com a saturação da via judicial, além de outros fatores como o próprio procedimento processual que prolonga os litígios, se tornou necessária a criação e aplicação de meios mais céleres tais como a arbitragem¹.

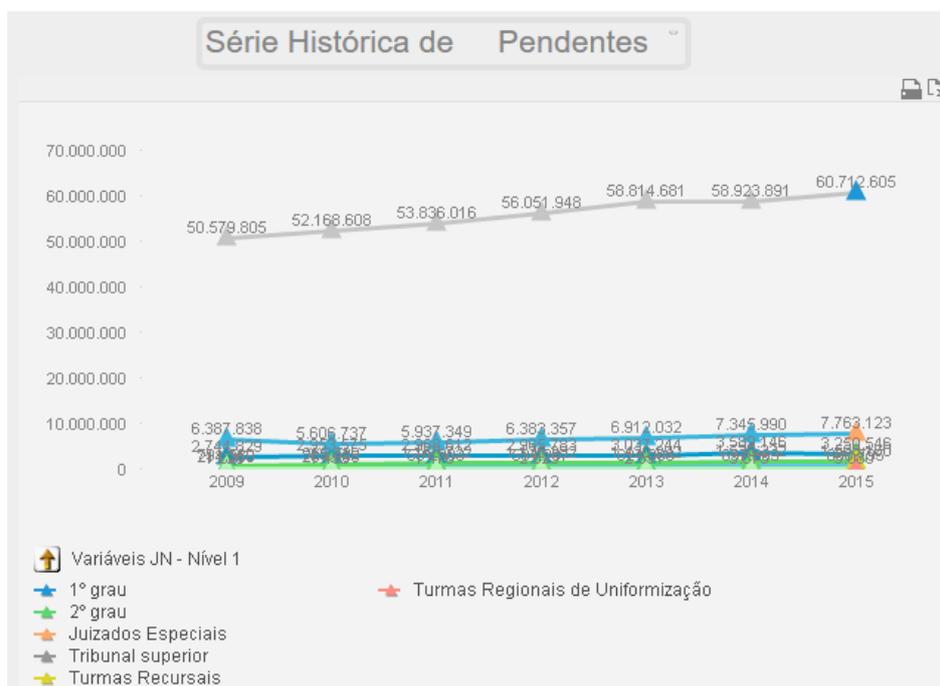
A respeito da saturação judicial, segundo estudo realizado pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) denominado “Justiça em Números”, o qual traz as estatísticas oficiais do Poder Judiciário, desde 2004, no ano de 2015 houve um grande aumento de novos processos na Justiça de Primeiro Grau que foi de 15.850.903 novos casos. Além disso, na estatística de processos pendentes na

¹ Carlos Alberto Carmona (Entrevista ao site JOTA, realizada por [Livia Scocuglia](#), em 21/08/2015, disponível em: <https://jota.info/justica/arbitragem-nao-vai-desafogar-o-judiciario-diz-carlos-carmona-21082015>) “A arbitragem não desafoga o Poder Judiciário, isso não é verdadeiro. É uma falsidade que não tem tamanho. Em um sistema multiportas, temos mecanismos adequados para determinadas coisas. Então o que estamos fazendo com a arbitragem é abrir portas que antigamente não existiam. Estamos falando em criar um país para o futuro. Estamos dizendo que o Brasil vai ser um país como os países evoluídos que têm um sistema multiportas. Isto sim que é evolução. Mas não quer dizer desafogar o poder judiciário, que padece de outros problemas que a arbitragem não vai resolver.”

Justiça de Primeiro Grau são cerca de 60.712.605 processos e os que tiveram sentenças apenas 15. 144.180, ou seja, o Poder Judiciário está recebendo cada ano mais ações e ainda há muitos tramitando, e uma pequena parcela sentenciada.

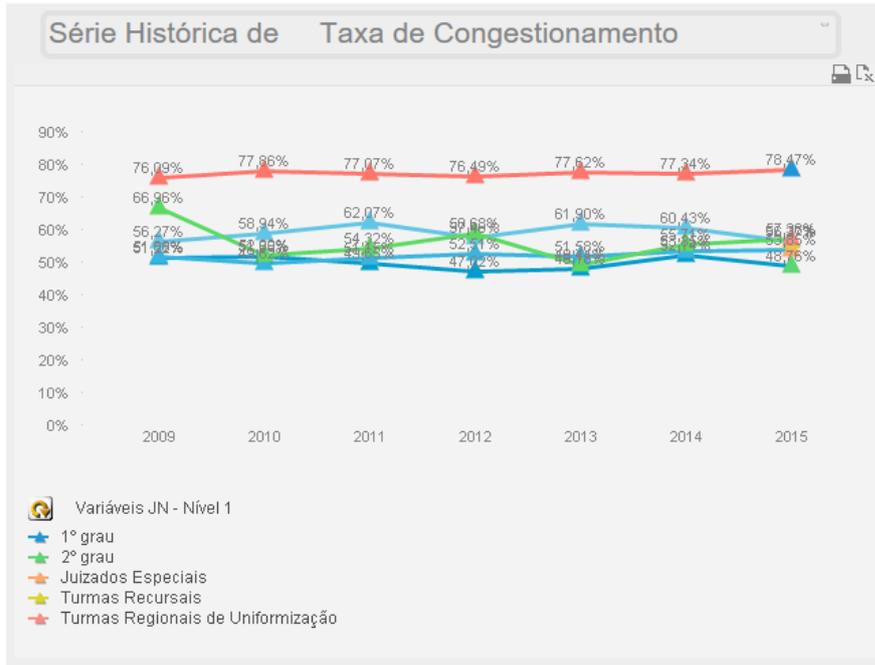
Conforme os gráficos que se seguem nota-se que o volume de processos pendentes e a taxa de congestionamento pendentes só cresce, desde 2009.

Figura 1: Série Histórica de Processos Pendentes



Fonte: CNJ – Justiça em números. Disponível em: http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_I%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT

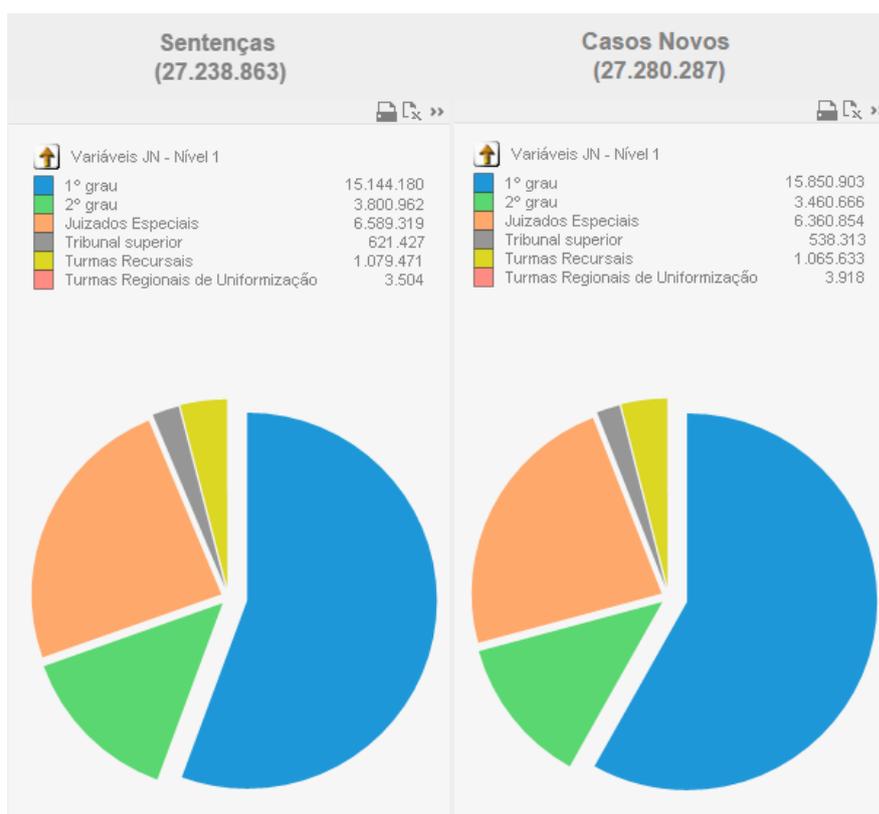
Figura 2: Série Histórica de Congestionamento



Fonte: CNJ – Justiça em Números. Disponível em: http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_I%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT

Figura 3 – Sentenças Proferidas

Figura 4 – Casos Novos



Fonte: CNJ – Justiça em Números.²

Fonte: CNJ – Justiça em Números³.

A arbitragem, por sua vez, está crescendo a cada ano, trazendo novas possibilidades para as pessoas solucionarem seus conflitos. Sobre isso afirma Mateus Aimoré Carreteiro:

“Ao escolherem um método extrajudicial de resolução de litígios, as partes geralmente estão em busca de um ambiente cujas regras são mais flexíveis e voltadas para discutir o que realmente importa, que é o direito material controvertido”. (p. 36, 2017)

Apesar do Brasil ter várias Câmaras Arbitrais atualmente, a Câmara de conciliação, mediação e arbitragem – CIESP/FIESP, de São Paulo, por exemplo, uma das pioneiras no mercado nacional (desde 1995) publicou em suas estatísticas, de acordo com os dados publicados em 2016, houve um aumento

² Disponível em:

http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_I%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT

³ Disponível em:

http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_I%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT

de 35% no número de arbitragens instauradas, em comparação a 2015, conforme a tabela a seguir:

Tabela 1: Número de Casos de 1998 a 2016⁴

Procedimentos iniciados em	Arbitragem
1998	1
1999	4
2000	6
2001	4
2002	9
2003	8
2004	13
2005	13
2006	15
2007	14
2008	22
2009	43
2010	40
2011	32
2012	36
2013	37
2014	41
2015	42
2016	57
TOTAL	437

Fonte: A Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp

2.2. AUTOCOMPOSIÇÃO

Segundo Luís Fernando do Vale a autocomposição pode ser conceituada como: “[...] um método de resolução de conflito pelas próprias partes que o vivenciam,

⁴ Disponível em: <http://www.camaraearbitragemsp.com.br/pt/estatisticas-camara.html>

sem a participação de outro agente no processo de pacificação do entrave.” (p.7, 2016).

Outro conceito que também demonstra a diferença entre a autotutela e a autocomposição é o de Daniel Assumpção:

[...] forma de solução dos conflitos sem a interferência da jurisdição, estando fundada no sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvidas no conflito mediante a vontade unilateral ou bilateral de tais sujeitos. O que determina a solução do conflito não é o exercício da força, como ocorre na autotutela, mas a vontade das partes [...]. (p. 86, 2016)

É importante destacar que a autocomposição é um meio de solução dos conflitos pelas próprias partes, sem auxílio de terceiro, tendo como natureza jurídica um negócio jurídico bilateral e como finalidade a autonomia da vontade das partes para conseguir seus interesses.

Autocomposição tem sido amplamente valorizada pelo Novo Código de Processo Civil assim nas palavras de Daniel Assumpção:

A valorização das formas alternativas de solução dos conflitos já é demonstrada no art. 3.º do Novo Código de Processo Civil. Nos termos do § 2.º, o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, enquanto o § 3.º prevê que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (p. 84, 2016)

Tal método resolutivo de conflitos tem como espécies: a transação, a mediação, a conciliação, a renúncia, a submissão e a desistência.

A renúncia é a desistência, por uma das partes, do seu interesse; submissão é o reconhecimento do direito alheio apesar da não concordância; desistência é o abandono da discussão e a transação é uma concessão mútua.

A mediação é uma forma de solução consensual de conflito, onde o mediador diferentemente do conciliador, não propõe soluções do conflito às partes, mas as conduz a solução do conflito. Portanto, as partes envolvidas chegam por si sós à solução consensual, tendo o mediador apenas a tarefa de induzi-las a tal decisão.

Já a conciliação conforme Maria Lucia Pizzoti, Desembargadora é:

Conciliação é uma forma nova, ágil e extremamente diferenciada de prestar-se jurisdição trazendo as partes para uma audiência. Na presença do conciliador, conversarão entre si e farão a proposta. Se aceita, a proposta é homologada no mesmo dia pelo juiz, pondo fim ao processo, sem que haja recurso ou qualquer burocracia. (Pizzoti, apud Erdelyi, 2005, Luís Fernando do Valle, 2018, p. 48).

Noutras palavras, é um meio que as partes se esforçam para resolver o conflito com a ajuda do conciliador que age de forma imparcial, porém este poderá ajudar na condução para resolução do conflito.

Há de ressaltar que uma parcela dos doutrinadores que consideram a mediação como forma consensual de conflito que não deve ser classificada juntamente com a autocomposição. Tal como Daniel Assumpção:

O Estado não tem, por meio da jurisdição, o monopólio da solução dos conflitos, sendo admitidas pelo Direito outras maneiras pelas quais as partes possam buscar uma solução do conflito em que estão envolvidas. São chamadas de equivalentes jurisdicionais ou de formas alternativas de solução dos conflitos. Há quatro espécies reconhecidas por nosso direito: autotutela, autocomposição (tradicionalmente chamada de conciliação), mediação e arbitragem. (p. 83, 2016)

Logo, para Daniel Assumpção não há a divisão em três meios de solução de conflitos – autotutela, autocomposição e heterocomposição (arbitragem) – mas, sim, são divididos em quatro, sendo a mediação em separado dos demais meios.

2.3. HETEROCOMPOSIÇÃO

A Heterocomposição ocorre quando:

O litígio é resolvido por meio da intervenção de um agente exterior ao conflito original. Sendo assim, em vez de as partes isoladamente ajustarem a resolução do entrave que os circunda, o conflito fica subordinado a terceiro que formatará a decisão. (Luís Fernando do Vale, p.7, 2016)

Alguns doutrinadores entendem que este meio de solução de conflito pode ser exercido pela jurisdição ou a arbitragem. A jurisdição abrange dirimir conflitos que envolve pessoas e o próprio Estado, e consiste na aplicação do direito no caso concreto por meio do poder judiciário. Segundo Ada Pellegrini et. al, jurisdição é:

A jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses do conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Esta pacificação é feita mediante atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando, imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (na execução forçada). (p.147, 2010)

Para Daniel Assumpção Neves a jurisdição serve para resolver o litígio das partes e não necessariamente substituirá a vontade das partes

“A jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social.” (p.80)

A arbitragem é: “É a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis⁵” (ALVIM, J. E. Carreira. Direito arbitral: Forense, 2004, p.1.)

A arbitragem é considerada um meio heterocompositivo de solução de conflito e também uma forma de solução de conflito extrajudicial; aquela por ter um agente exterior – árbitro – que resolve o litígio entre as partes e essa por ser um meio mais célere de solução de conflitos que o judiciário.

2.4. AUTOTUTELA

Autotutela é o fazer justiça pelas próprias mãos. Sendo o meio mais primitivo no qual uma parte usa a força e a outra a submissão, portanto, se dá pela imposição da vontade de uma das partes, em detrimento do interesse do outro, considerado um meio de solução de conflito parcial. Essa força, porém, não se limita apenas

⁵ A respeito dos direitos transigíveis são de acordo com a lei de arbitragem, art. 1º: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Exclui, portanto, direito de família, alimentos, interdição, investigação de paternidade e outros. Em complemento, o artigo 852 do código civil dispõe: “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

no aspecto físico, mas podendo verificar-se em outros como: religioso, moral, econômico, afetivo e etc.

Na autotutela, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito; satisfaz simplesmente pela força (ou seja, realiza sua pretensão) [...]. (Ada Pelegrini et. al, p.28, 2010)

Portanto, as principais características da autotutela são: ausência de julgador distinto das partes, imposição da decisão por uma das partes à outra, lei do mais forte e defesa própria por si mesmo.

Em regra, a autotutela ou autodefesa é vedada pelo ordenamento jurídico, tanto para o Estado tipificado como abuso de poder no artigo 350⁶ do Código Penal e para o particular como previsto no artigo 345 do Código Penal.

Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

Art. 350 - Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder:

Pena - detenção, de um mês a um ano.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre o funcionário que:

I - ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança;

II - prolonga a execução de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade;

III - submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

IV - efetua, com abuso de poder, qualquer diligência.

Fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança.

⁶ Alguns Doutrinadores consideram que o art. 350 CP foi revogado tacitamente pela lei nº 4898/65.

As legislações atuais também preveem exceções para a autotutela que são as excludentes de ilicitude⁷, apreensão do bem com penhor legal⁸, desforço imediato no esbulho⁹, greve.

Uma particularidade da autotutela é que pode ser reexaminada pelo poder judiciário, por ser um meio de solução de conflitos imediato, ou seja, o Estado por não ser onipresente, nem sempre estará para resolver violação ao direito. Assim nesta linha de pensamento, afirma Daniel Assumpção:

Segundo, e mais importante, a autotutela é a única forma de solução alternativa de conflitos que pode ser amplamente revista pelo Poder Judiciário, de modo que o derrotado sempre poderá judicialmente reverter eventuais prejuízos advindos da solução do conflito pelo exercício da força de seu adversário. Trata-se, portanto, de uma forma imediata de solução de conflitos, mas que não recebe os atributos da definitividade, sempre podendo ser revista jurisdicionalmente. (p.84, 2016)

Nesse sentido, a autotutela, apesar de ser uma solução de conflito imediata em comparação as outras, ela poderá ser reexaminada jurisdicionalmente, ou seja, a solução pode não ser definitiva.

⁷ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Excesso punível (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁸ Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção:

I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;

II - o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guardando o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas.

⁹ Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse

3. LEI ARBITRAL: COMPOSIÇÃO

3.1. CONCEITO DE ARBITRAGEM E SUAS CARACTERÍSTICAS

Para Humberto Theodoro Júnior: “A arbitragem consiste em meio heterocompositivo de resolução de conflitos, no qual um terceiro – árbitro – será responsável por solucionar a controvérsia patrimonial disponível”. (p.710, 2015)

Em complemento o conceito destaca Luís Fernando do Valle:

É uma forma de solução de litígios, referente a direitos patrimoniais disponíveis, por meio da intervenção de um ou mais árbitros que recebem poderes por meio de uma convenção privada, decidindo com base nessa convenção, sem necessidade de o Estado intervir, cuja decisão assume eficácia de sentença judicial e com vantagem de ser irrecorrível. (p.12 ,2016)

Carlos Roberto Gonçalves, esclarece que a arbitragem é uma possibilidade de escolha ao Poder Judiciário: “Arbitragem é o acordo de vontades por meio do qual as partes, preferindo não se submeterem à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de seus conflitos de interesses” (p.583, 2010)

Neste sentido, com base no princípio da autonomia da vontade declara Luiz Scavone Junior:

“Se assim o é, as partes podem ingressar no judiciário e, se não quiserem, em razão do princípio da autonomia da vontade, podem optar pela via arbitral para dirimir os litígios decorrentes de direito passíveis de transação (patrimoniais disponíveis)” (2008, p.71)

Na legislação, não há um conceito direto de arbitragem, entretanto o artigo 1º da lei de arbitragem dispõe:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

E o artigo 3º § 1º do Código de Processo civil:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

A partir destes conceitos, pode-se extrair que a arbitragem possui algumas características específicas são elas: ser efetuada por terceiro ou órgão colegiado escolhido pelas partes; sentença arbitral vincula as partes e sua execução é possível no poder judiciário; a decisão do terceiro é impositiva, o que significa que resolve o conflito independentemente da vontade das partes.

Em suma, a arbitragem versa sobre direitos patrimoniais disponíveis, e não é permitida a utilização desta para matérias que exigem o Ministério Público como fiscal da lei.

3.2. NATUREZA JURÍDICA

A respeito da natureza jurídica há quatro correntes: a publicista ou jurisdicional; a privatista ou contratual; a mista; e a autônoma.

A publicista, podendo ser chamada ainda de processualista ou jurisdicional, considera que a sentença arbitral é equivalente a sentença proferida no Poder Judiciário, ou seja, a atividade exercida pelo árbitro é jurisdicional. Essa corrente foi adotada na Lei nº 9.307/96, principalmente nos artigos 18 e 31.

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.

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.

Já a Privatista ou Contratual, o árbitro não exerce jurisdição, logo a arbitragem seria de natureza privada, por ser um negócio jurídico e de autonomia das partes. Nessa corrente, o árbitro não tem poder coercitivo ou de impor sanção, e as decisões dependem de homologação do Poder Judiciário. Essa teoria se baseia

no princípio *pacta sunt servanda*, ou seja, é estabelecido entre as partes um contrato e este deve ser cumprido sob pena de intervenção do Judiciário, sendo a arbitragem apenas como extensão desse contrato entre as partes.

A mista ou híbrida é uma intermediária entre as duas, a *sui generis*, ou seja, a natureza jurídica da arbitragem nasce da vontade das partes, logo tem caráter privado na instituição da arbitragem, mas teria a finalidade jurisdicional na sentença arbitral.

Por fim a autônoma que está relacionada às arbitragens internacionais, nela não há conexão entre procedimento arbitral e o sistema jurídico, portanto, ela é autônoma, porque não está vinculado a qualquer sistema jurídico.

Atualmente, a natureza jurídica da arbitragem no Brasil é mista (direito público e privado), uma vez que as partes têm liberdade de escolha dos árbitros, do rito, de contratar cláusula arbitral e os efeitos da sentença arbitral equivale as decisões do Poder Judiciário, tendo assim o caráter público.

O árbitro exerce jurisdição, não necessitando de homologação da sentença pelo Poder Judiciário para ser válida, além disso, possui autonomia, nesse sentido segundo Joel Dias Figueredo Júnior, in verbis (Arbitragem, Jurisdição e Execução, p. 157 APUD Beneli, Gerson, 2002, p. 48)

Podemos afirmar categoricamente que o juízo arbitral instituído pela lei 9.307/96 apresenta natureza jurisdicional. Está-se, portanto, diante de verdadeira jurisdição de caráter privado. Aliás, o novo microsistema que contempla o juízo arbitral não permite, ao nosso entender, outra conclusão.

Porém, a arbitragem está estritamente ligada ao princípio da autonomia da vontade, pois as partes têm o poder de eleger o a solução do conflito por meio do juízo arbitral ao invés do poder judiciário. Somente se, não cumprido a sentença arbitral se faz necessário o judiciário para a execução.

Acerca da autonomia da vontade das partes, nas palavras de Carlos Alberto Camona:

Segundo a lei de arbitragem, a parte tem liberdade de escolher o direito material e processual – aplicável a solução da controvérsia, podendo optar pela decisão por equidade ou ainda fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio. (p.15, 2009)

Além disso, afirma ainda que: “para que possam recorrer a este meio de solução de controvérsias – que tem natureza jurisdicional os interessados devem ser capazes de contratar (capacidade civil) e o litígio devesa versar sobre direitos patrimoniais disponíveis”. (p. 15, 2009)

3.3. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ARBITRAL

3.3.1. Histórico da Arbitragem no Brasil

No Brasil, a arbitragem existiu desde a Constituição Imperial de 1824, assim dispunha o artigo 160 da referida Constituição: “Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juizes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as partes.”

Pelo fato do ordenamento jurídico se originar das ordenações Filipinas e do direito português, a arbitragem nunca foi utilizada de forma eficaz. Neste sentido afirma Joel Dias Figueira Junior (Arbitragem, Execução e Jurisdição, p.96 APUD Beneli, Gerson, 2002, p. 23)

O manifesto insucesso do instituto jurídico da arbitragem em nosso país, ao contrário do que pensam alguns, não deve ser atribuído a falta de legislação pertinente ao tema, portanto sempre o tivemos presente e sistematizado, a começar pelas ordenações Afonsinas. A justificativa histórica para o fenômeno da ausência de efetiva utilização e consequente falta de tradição do instituto no Brasil pode ser apontadas, principalmente, como sendo os entraves criados pelas respectivas legislações, sempre há leis a desencorajar o pretendo interessado em solucionar seus conflitos através da arbitragem, a ponto de fazê-lo terminar por escolher a burocrática, dispendiosa e lenta justiça estatizante.

As principais legislações que abordaram algo a respeito da arbitragem antes da Lei nº 9.307/96 foram:

- A resolução de 26 de julho de 1831 admitia arbitragem nas causas de seguro, a Lei nº 108 de 11/10/1837 nas locações de serviço. Já o Código Comercial Brasileiro de 1850 em confronto com a Constituição Imperial instituiu a arbitragem forçada ou obrigatória para determinadas causas como: sociedade na liquidação e partilha.
- O Regulamento nº 737 de 25/11/1850 tratou da arbitragem no âmbito processual, distinguindo a obrigatória da facultativa, aquelas para causas comerciais e está para as demais. Essa obrigatoriedade foi revogada com a Lei nº 1.350/1866, mantendo-se apenas a arbitragem facultativa.
- As constituições de 1946, 1967 e 1969 nada dispuseram da arbitragem, porém o Código de Processo Civil Decreto Lei nº 1.608/1939 e a Lei nº 5.869/73 consagrou a arbitragem disciplinando no livro IV (procedimentos especiais), título I (dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa), capítulo XIV (do juízo Arbitral). A constituição de 1988 ao contrário das anteriores consagrou a arbitragem nos §1 e §2 do artigo 114.

Em suma, antes da Lei de nº 9.307/96 as legislações traziam muitos entraves para as pessoas, pois o laudo arbitral precisava de homologação judicial o que não facilitava a solução do litígio, ou simplesmente não havia disposição expressa em alguns casos para sua utilização.

Segundo Beneli, Gerson acerca dos entraves do instituto da arbitragem no Brasil ele manifesta:

Outro entrave que trazia enormes dificuldades a utilização da arbitragem no Brasil, antes da lei nº 9.307/96, era a absoluta ineficácia obrigacional ao cumprimento da cláusula compromissória. [...]. Assim, a parte que pretendesse instruir o juízo arbitral, não dispunha de mecanismos de ordem prática e processual para instruí-lo, nada podendo fazer contra a parte recalcitrante, a não ser promover ação de perdas e danos perante o juízo estatal. Dessa forma, aqueles que pretendiam ver seus conflitos resolvidos através do juízo arbitral, se viam frustrados quando tentavam instruí-lo e a parte recalcitrante não concordava. (2002, p. 25)

Logo, conforme Beneli um dos entraves seria a falta de consequência para o descumprimento da cláusula compromissória, o que se fazia necessário a ação de perdas e danos no Poder Judiciário.

3.3.2. Anteprojeto de Lei de 1981

No Brasil, o ordenamento jurídico criava obstáculos para a utilização da arbitragem. O legislador ignorava a cláusula compromissória (Código Civil de 1926 e 1973) não exibiam qualquer dispositivo a respeito e ao exigir a homologação judicial do laudo arbitral (hoje denominada sentença arbitral), a cláusula compromissória foi desprestigiada, totalmente, até o advento da lei nº 9.307/96.

Diante dessa situação, o Governo Federal percebeu o atraso em relação aos demais países, surgindo assim o Anteprojeto de Lei sobre arbitragem solicitado pelo extinto ministério da desburocratização¹⁰, publicado no *Diário Oficial da União* em 27/05/1981.

Estruturado em 28 artigos, tinha como objetivo utilizar a arbitragem como mecanismo de retirar do Poder Judiciário parte do trabalho que lhe era imposto. Apesar de cuidadoso deixou a desejar em alguns pontos tais como: a desnecessidade de homologação do laudo arbitral que ficava equiparado a título executivo extrajudicial e equiparação dos efeitos da cláusula arbitral e compromisso, que na presença de um ou de outro afastava a competência do juiz estatal. Mesmo com todo o trabalho ele acabou sendo abandonado em Brasília.

3.3.3. Anteprojeto de Lei de 1986

Publicado no Diário Oficial da União em 27/02/1987 (Portaria 76/87 do Ministério da Justiça). Este era mais aperfeiçoado que o primeiro anteprojeto, porém possuía alguns defeitos que resultou no seu arquivamento. Um deles foi a confusão dos conceitos de arbitragem e arbitramento, tornando-se uma lei para ambos. Outro defeito foi a falta de tratamento adequado em relação ao laudo proferido no exterior, equiparado ao laudo dos títulos executivos extrajudiciais, não se previa qualquer reconhecimento judicial, limitado a um único artigo.

¹⁰ Criado em 1980 com o objetivo de criar medidas que acelerassem o acesso à justiça

Este anteprojeto era bastante semelhante ao anterior em diversos pontos, como do afastamento da competência do juiz estatal. Ele dispôs também minuciosamente sobre a “ação de execução específica da arbitragem”, ou seja, não havendo acordo entre as partes, cada uma escolheria um arbitro e juntas um arbitro desempatador sem levar em conta previsão na cláusula compromissória que restaria superada. O anteprojeto de 1986 não recebeu uma discussão ampla pela sociedade e setores interessados, bem como comunidade científica, portanto, as falhas não foram resolvidas.

3.3.4. Anteprojeto de Lei de 1988

Publicado através da Portaria 298 – A de 20/06/1988 pelo Ministério do Estado da Justiça. Neste houve inúmeras imperfeições que resultaram no seu arquivamento.

A comissão relatora pretendia alterar 10 (dez) artigos do Código de Processo Civil, a fim de torna viável a arbitragem. Como exemplos: é disciplinar a cláusula compromissória juntamente com o compromisso, ou seja, este poderia servir como instituição da arbitragem.

Outro era a possibilidade do laudo arbitral estar sujeito a recurso de apelação julgado pelo Tribunal de Justiça local, o que na prática seria inviável, pois não traria agilidade e simplificação ao procedimento arbitral.

E por fim, outro dispositivo objeto de alteração é a obrigação do arbitro (s) ser bacharel em direito, este a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) rejeitou com o fundamento que há matérias que dispensam o árbitro ser bacharel em direito, se isto ocorresse seria um desestímulo a utilização do instituto.

3.3.5. Operação Arbiter

Por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, no final de 1991, lançou-se a operação *arbiter*, com o intuito de fazer discutir o instituto abandonado, pois depois da última edição de anteprojeto dos governos, muitos estudiosos de arbitragem desanimaram. Na operação elaboraram, um anteprojeto de lei com o

objetivo de se ter um meio alternativo eficaz de celeridade de solução de controvérsias.

A iniciativa foi apoiada pela Associação Comercial de São Paulo, Associação dos Advogados de Empresa de Pernambuco e aceito por diversas entidades tais como: Fiesp, USP, e outros além de grandes escritórios de advocacia de São Paulo e do Rio de Janeiro.

A apresentação do anteprojeto foi em 9 de dezembro de 1991, mas após emendas foi apresentado em 26 de fevereiro de 1992, nestas emendas houve sugestões dos mais diversificados setores da sociedade como: professores universitários, membros do Poder Judiciário, Câmara de Comercio Internacional e outros.

Ao iniciar a redação do anteprojeto a comissão preferiu não ignorar os projetos anteriores, exceção ao de 1988 que não foi utilizado para a redação. A comissão também buscou contribuição da legislação espanhola vigente desde o ano 1988, na lei modelo sobre arbitragem comercial da UNCITRAL, convenções de Nova Iorque, apesar de entrarem em vigor apenas em 2002, e do Panamá de 1975.

3.3.6. Lei nº 9.307/96

Após modificações na redação do anteprojeto, este passou por tramitação no Congresso Nacional, assim em junho de 1992 o Senador Marco Maciel apresentou o esboço da lei à Câmara Alta que recebeu o número 78/92. Foi publicado no Diário do Congresso Nacional de 3.6.93 (seção 2) a aprovação do projeto pela Comissão Justiça e Cidadania do Senado, não houve recursos e foi enviado à Câmara dos Deputados que recebeu o nº 4.018/93, porém, seu processamento lá foi bastante lento, tanto que apenas em 1995 que foi aberta a divulgação para eventuais emendas. Foram apresentadas 12 propostas de emendas que foram levadas ao plenário pelo relator Celso Russomano em março de 1995.

O Senado Federal aprovou o projeto com duas alterações, introduzida na Câmara dos Deputados. O Presidente da República sancionou a Lei de Arbitragem na sessão solene de 23.9.96, sendo publicada no diário oficial no dia subsequente e entrou em vigor 60 dias após a publicação, sob o nº 9.307/96.

A Lei nº 9.307/96 é composta por 7 capítulos e 44 artigos, diferentemente de países como Itália e França que inseriram o instituto da arbitragem no próprio Código de Processo Civil, optou por o legislador brasileiro as regras de arbitragem estarem em apartado ao Código de Processo Civil, apenas revogando o capítulo XIV, título I do livro IV da Lei nº 5.869/73 e o capítulo X, título II do livro III do antigo Código Civil – Lei nº 3.071/16.

3.3.7. Lei nº 13.129/2015

A PL 406/2013 tramitou no Congresso Nacional por iniciativa do Senador Renan Calheiros, proposto em 02 de outubro de 2013 para realizar alterações na Lei nº 9.307/96 e Lei nº 6.404/76 (Leis das S.A). Posteriormente, foi mudado para Lei nº 7.108/2014 até ser sancionado e tornando-se assim a Lei nº 13.129/2015, apesar disso o PL seguiu toda sua tramitação sem grandes mudanças no texto.

Foram propostas alterações na área do Direito Trabalhista, Administrativo e Societário e modificações no procedimento da Arbitragem, destacando-se: ampliação do âmbito de aplicação da arbitragem e disporem sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem.

Com a aprovação, em 2015, tornou-se a Lei nº 13.129/2015, sancionada pelo Michel Temer, publicado no D.O.U em 27 de maio de 2015. Esta lei trouxe inovações que alterou significativamente a Lei nº 9.307/96, dentre as principais mudanças a permissão para utilização da arbitragem no âmbito da administração direta e indireta. O STJ já havia decidido sobre a utilização do instituto em contratos de entes públicos, desde que sejam de atividade que transaciona, ou seja, com direito patrimonial disponível: REsp. 606.345/RS, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.05.2007, DJ 08.06.2007, p.240 e REsp n. 612.439/RS 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005, DJ 14.09.2006, p.299.

Acerca das alterações na legislação arbitral e ao objeto de estudo do processo capítulo é importante ressaltar que a reforma resolveu consolidar as conquistas doutrinárias e jurisprudenciais sobre as tutelas, ou seja, ela se manteve firme

desde o anteprojeto, passando de forma incólume pelo Projeto de Lei do Senado 406/2013, e pelo projeto de Lei nº 7.108/2014.

4. TUTELA PROVISÓRIA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Neste capítulo, pretende-se abordar a relação do Poder Judiciário e o instituto da arbitragem, objetivando estudar as tutelas provisórias, que pode ser de urgência, cautelar e antecipada, ou de evidência de acordo com o Código de processo Civil, e sua aplicabilidade no procedimento arbitral, assim como o limite do árbitro.

4.1. TUTELA PROVISÓRIA CONCEITO

O livro V do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, é dedicado ao assunto “Tutela Provisória”. Este livro se inicia no artigo 294 e se encerra no artigo 311 e é dividido em três títulos: Disposições Gerais, Tutela de Urgência e Tutela de Evidência. As tutelas provisórias se dividem em tutela provisória de urgência (cautelar e antecipada) e tutela provisória de evidência. A tutela provisória de urgência, por sua vez, pode ser cautelar ou antecipada, concedida em caráter antecedente ou incidental, no tocante, segue um trecho de Daniel Amorim:

A concessão da tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista. É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz na concessão dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção, sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência – ou probabilidade – de o direito existir.

Ser provisória significa que a tutela provisória de urgência tem um tempo de duração predeterminado, não sendo projetada para durar para sempre. A duração da tutela de urgência depende da demora para a obtenção da tutela definitiva, porque, uma vez concedida ou denegada, a tutela de urgência deixará de existir. Registre-se que, apesar de serem provisórias, nenhuma das tutelas de urgência é temporária. Temporário também tem um tempo de duração predeterminado, não durando eternamente, mas, ao contrário da tutela provisória, não é substituída pela tutela definitiva; simplesmente deixa de existir, nada vindo tomar seu lugar. (P. 806, 2016) (grifamos)

Em regra, para aplicação das tutelas provisórias de urgência deve-se observar os princípios *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) é um indício de que o direito pleiteado de fato existe, ou seja, sem perigo de reversibilidade e *periculum in mora* (perigo da demora) é o receio que a demora da decisão judicial cause um dano grave ou de difícil reparação ao bem tutelado.

4.2. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

A tutela de urgência é uma medida temporária que será utilizada sempre que o tempo do processo puder gerar prejuízo a algum direito da parte. É usada em situações em que em que se exige prestação jurisdicional imediata.

Este tipo de tutela pode ser antecipada ou cautelar. Será antecipada se o objetivo da tutela de urgência for antecipar os efeitos do próprio direito pleiteado, permitindo que a parte já usufrua o direito. Será cautelar se o objetivo da tutela de urgência for ajudar uma tutela principal, resguardando o resultado útil do processo.

Como podemos ver, a tutela de urgência antecipada antecipa o direito pleiteado e a tutela de urgência cautelar garante o direito pleiteado.

A tutela de urgência ainda pode se dividir em antecedente e incidental: será antecedente quando for pleiteada antes do ajuizamento do processo e será incidental quando for pleiteada durante o processo, nesse caso independe de custas. Sobre a tutela de urgência antecedente afirma, Daniel Assumpção Neves:

Nos termos do art. 303, caput, do Novo CPC, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Como se pode notar do dispositivo legal, não se trata propriamente de uma petição inicial, mas de um requerimento inicial voltado exclusivamente à tutela de urgência pretendida, ainda que o § 4.º do mesmo dispositivo legal exija a indicação do valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final. (p. 861, 2016) (grifamos)

Tutela antecipada requerida em caráter incidental é aquela que pode ser requerida a qualquer momento desde o início do processo até o trânsito em julgado, não sofre preclusão temporal.

4.3. TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA

A tutela de evidência é uma tutela provisória sem urgência. É concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado do processo. Este tipo de tutela é sempre incidental, ou seja, sempre ocorre no curso de um processo.

Como o próprio nome já indica, para a tutela de evidência ser concedida é necessária uma “evidência” do direito pleiteado, ou seja, uma prova. Entretanto, apesar dessa prova, a tutela não é sinônimo de certeza pois se o Juiz tem certeza do direito pleiteado no processo apenas com a prova necessária para a concessão da tutela de evidência, ele julgaria antecipadamente a lide.

A tutela de evidência será concedida quando houver alguma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 311 do Código de Processo Civil, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo, nas hipóteses previstas nos incisos II e III, o Juiz poderá decidir liminarmente sobre a concessão da tutela, ou seja, sem a necessidade de manifestação da outra parte.

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - Ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - As alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - A petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Um exemplo em que poderia ser concedida tutela de evidencia seria um litigante que em sua defesa usa jurisprudência ultrapassada, leis declaradas inconstitucionais, não apresenta impugnação específica, verifica-se abuso da parte ou mesmo atos que as partes praticam com dolo para prolongar o processo. Na tutela de evidência, todos são comprovados documentalmente.

4.4. TUTELA ANTECIPADA ANTES DA PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 13.129/2015

Historicamente, no Brasil, a relação entre a tutela provisória e arbitragem não foi disciplinada em legislação, até o advento do Código de Processo Civil de 1973, este, porém vedava a concessão de tutelas e medidas cautelares pelo árbitro, entendia-se que esse poderia conhecer os pressupostos de admissibilidade, mas o deferimento da medida urgente caberia somente ao tribunal, assim os artigos 1086 e 1087 dispõem:

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

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

II - Decretar medidas cautelares.

Art. 1.087. Quando for necessária a aplicação das medidas mencionadas nos números I e II do artigo antecedente, o juízo arbitral as solicitará à autoridade judiciária competente para a homologação do laudo. (Grifamos)

Embora a legislação até o Código de 1973 impedia o árbitro de conceder tutela, parte da doutrina já defendia que era possível a concessão de tutela de urgência pelo árbitro, tal como Carlos Alberto de Carmona:

Antes do advento da Lei de Arbitragem, tive a oportunidade de afirmar – sob a égide do Código de Processo Civil que o árbitro não tinha poder de coerção, mas cabia a ele decretar medida cautelar, que seria executada pelo juiz togado¹¹. O código de processo Civil, de fato, dava a impressão de que o árbitro não tinha poder cautelar algum, já que, no art. 1086, inc. II, dispunha que era defeso ao arbitro decretar medidas cautelares, já que o dispositivo visava proibir a execução (*rectius*, cumprimento) da medida cautelar. Assim, havendo necessidade de tutela cautelar, a parte interessada requeria a providencia ao arbitro; se este vislumbrasse o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, concederia a medida; se houvesse resistência, o arbitro (e não a parte) deveria solicitar o concurso de força ao Poder Judiciário. [...], sendo certo, entretanto que os tribunais não tiveram oportunidade de manifestar-se sobre o tema, que também não interessou a doutrina da época por conta da pouca utilização da arbitragem em nosso país antes do advento da Lei. (p. 323, 2009)

¹¹ Carlos Alberto Carmona. A arbitragem no Processo civil Brasileiro, São Paulo, Ed. Malheiros, 1993, p. 108-109.

Somente com o advento da Lei nº 9.307/96 é que se regulamentou a tutela provisória, medidas cautelares na arbitragem, assim com a vigência do artigo 22, § 4º da Lei de arbitragem surgiram três correntes.

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

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

A primeira corrente entendia que as medidas de urgência não estariam no poder do árbitro decidir e modificar sobre a concessão ou término de tutelas antecipatórias, trazendo essa competência apenas para o Poder Judiciário, ou seja, a interpretação literal da Lei¹², assim como afirma Humberto Teodoro Jr, APUD Mateus Amioré Carreteiro “as medidas liminares coercitivas, sejam cautelares ou de antecipação de tutela, não cabem aos árbitros, mas aos juízes regulares do Poder Judiciário” (p.159, ano 2017).

Já a segunda, acreditava que o árbitro não poderia deferir, mas, em razão, da omissão legislativa acreditava-se que seria possível dependendo do caso, permitir que os árbitros concedessem tutelas, conforme Carlos Alberto Carmona:

[...] 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 originalmente competente, o que aconteceria na hipótese de a parte interessada não poder requerer a medida cautelar ao árbitro (como deveria) pelo simples fato de não ter sido instituída a arbitragem (os árbitros ainda não aceitariam o encargo, art. 19 da Lei). Diante de tal contingência, abre-se a parte necessitada a via judicial, sem que fique prejudicada a arbitragem, apenas para que o juiz togado, conceda a medida, essa a competência do juiz togado, cabendo aos

¹² (Lei de Arbitragem Comentada, Paulo Furtado e Uadi L. Bulos, São Paulo, Ed. Saraiva, 1997, p.93; APUD, Arbitragem e o Processo Carmona, Carlos Alberto, São Paulo, Ed. Atlas, 2009, p.324) Paulo Furtado, ao comentar o dispositivo em apreço é peremptório ao afirmar que “não pode o árbitro, ou o tribunal, decretar medidas coercitivas, ou processar e julgar ações cautelares”.

(*in Arbitragem* – Lei 9.307/96, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1997, p.83-84, APUD, Arbitragem e o Processo, Carmona, Carlos Alberto, São Paulo, Ed. Atlas, 2009, p.234) Alexandre Freitas Câmara compartilha entendimento idêntico àquele expresso no texto, no sentido de que “cabe ao árbitro conceder medida cautelar, devendo ser solicitado ao juízo competente, tão-somente, a atuação da mesma, já que o árbitro não pode usar a força para fazer cumprir suas decisões”. [...]

árbitros, tão logo sejam investidos no cargo, manter, cassar ou modificar a medida concedida. (p.326-327, 2009)

Por fim, a terceira corrente, se defendia que o árbitro poderia deferir as tutelas¹³.

Mateus Amioré Carrateiro (p.160) APUD Pedro Batista Martins afirma:

“O arbitro detém plenos poderes para julgar o caso e, assim, por fim ao conflito, com muito mais razão terá ele o direito e o dever de determinar o remédio cautelar que se faça imperativo” (p.354) Acrescenta ainda, o autor, que: “por estarem os árbitros afeitos ao caso concreto, possuem maior conhecimento da matéria e dos anseios das partes, das dificuldades e dos interesses do conflito, tornando-se mais capacitados para apreciar o pleito incidental. (P.364, Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do arbitro).

Assim, diante dessas correntes nota-se que a Lei de arbitragem foi muito obscura, trazendo dúvidas sobre a concessão durante o procedimento, bem como, também, não trouxe nada a respeito de tutela antes da intuição da arbitragem, porém por meio de decisões do Tribunal entendeu-se que era possível, assim consignou a Ministra Nancy Andrighi:

“Nessa situação, superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, é razoável que os autos sejam prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. (...)

Sendo assim, me parece suficiente que o Juiz, ao encaminhar os autos ao árbitro, consigne a ressalva de que sua decisão foi concedida em caráter precário, estando sujeita a ratificação pelo juízo arbitral, sob pena de perder eficácia. Com isso, e sem que haja qualquer usurpação de competência ou conflito de jurisdição, evita-se a prática de atos inúteis e o prolongamento desnecessário do processo”. REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012

Assim, no novo texto legal, as partes, em regra, só precisariam socorrer ao judiciário para concessão de tutela antes de instituída a arbitragem e após esta, seria por meio do arbitro. Porém, é necessário ressaltar que houve processos nos Tribunais em que foi deferida a tutela antes de instaurado o procedimento

¹³ “Tal visão ampla dos poderes do arbitro está longe de obter a unanimidade dos interpretes. Muitos preferem apegar-se à letra da lei, imaginando que o arbitro deva apenas servir de interlocutor, junto ao juiz togado, para manejo de uma demanda cautelar qualquer. Isso Levitaria a situações francamente insustentáveis, tornando-se o arbitro um mero substituto processual da parte, que apenas instaria o arbitro requerer (em nome próprio) a tutela de um pretense direito do litigante. “ (p. 324, 2009)

arbitral, como exemplo: um procedimento no Tribunal de Justiça de São Paulo, no ano de 2013, antes do advento da referida Lei decidiu cautelar provisória em procedimento arbitral, no TJSP Cautelar Provisória n. 0069785-98.2013.8.26.0000- AI, rel. Des. Francisco Casconi, j. 19.06.2013.

CAUTELAR PREPARATÓRIA A PROCEDIMENTO ARBITRAL VENDA E COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA DEBATE ENVOLVENDO EFETIVA CONCRETIZAÇÃO DO NEGÓCIO CABIMENTO DA MEDIDA DE URGÊNCIA, ENQUANTO NÃO INSTITUÍDO O JUÍZO ARBITRAL PRECEDENTE DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL ANÁLISE DO PLEITO LIMINAR À LUZ DO 'FUMUS BONI IURIS' E DO 'PERICULUM IN MORA', RESERVADO O MÉRITO DA CONTROVÉRSIA PARA A DEMANDA PRINCIPAL REQUISITOS PRESENTES NA HIPÓTES E VENDEDORA QUE, A DESPEITO DA NÃO ENTREGA DA VIA CONTRATUAL ASSINADA OU MESMO APRESENTAÇÃO DE GARANTIA PELA COMPRADORA, FORNECEU ENERGIA NO PRIMEIRO MÊS DE PREVISÃO DE VIGÊNCIA AJUSTE LIMINAR CORRETAMENTE DEFERIDA NA ORIGEM, A PREVALECER ATÉ INSTAURAÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL, QUANDO O TEMA PODERÁ SER REEXAMINADO – RECURSO IMPROVIDO.

Assim, até 2015, o art. 22 §4º, continuou vigente gerando diversas controvérsias sobre a competência do arbitro.

4.5. TUTELA ANTECIPADA APÓS A PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 13.129/2015

Com o advento da Lei nº 13.129/15, foi revogado o §4º do 22º da Lei nº 9.307/96 e incluído o Capítulo IV – A, Das Tutelas Antecipadas, que compreende os artigos 22 – A e 22 – B, em termos:

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

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

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

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

Assim como nos litígios que tramitam no Poder Judiciário há concessão, cessação, modificação das tutelas antecipadas que podem ser requeridas antes

ou após a propositura da ação, o mesmo ocorre com o instituto da arbitragem. Nesse sentido, afirma Humberto Theodoro Junior.

O novo texto legal, adotando a orientação do STJ, prevê que essas medidas podem ser requeridas pelas partes, antes de instituída a arbitragem, perante o Poder Judiciário (art. 22-A, caput). Uma vez instituída, caberá ao árbitro manter, modificar ou revogar a tutela de urgência concedida pelo juiz (art. 22-B, caput). Entretanto, se a parte não requerer a instituição da arbitragem no prazo de trinta dias de sua efetivação, a tutela de urgência perderá sua eficácia, nos termos do art. 22-A, parágrafo único. (p. 727, 2015)

A competência para apreciar as medidas cautelares ou de urgência é do árbitro, cabendo às partes solicitá-las ao Poder Judiciário¹⁴ somente antes de instituída a arbitragem. Contudo, se a parte não solicitar a instituição da arbitragem no prazo de trinta dias de sua efetivação, a tutela de urgência perderá sua eficácia, nos termos do art. 22-A, parágrafo único. Nesse sentido, José Antônio Fichtner, que participou da comissão de juristas responsável pela elaboração da referida Lei aponta que:

Na verdade, isso já existia. O que a lei veio foi só clarear essa situação. Esse era um poder que o árbitro já tinha, mas como havia uma discussão sobre se os árbitros podiam modificar liminares dadas previamente por magistrados em medidas cautelares, a lei veio deixar claro que podem. Mas boa parte da doutrina já entendia assim. Foi só para tirar uma dúvida do plano doutrinário e jurisprudencial.

Logo, na arbitragem, sobre o limite do árbitro já havia entendimentos doutrinários e jurisprudenciais neste sentido e com o advento da Lei esse limite foi definido e esclarecido.

¹⁴ A PESQUISA 2016 mostrou que as alterações implementadas pela Lei 13.129/2015, notadamente a inclusão dos artigos 22-A e 22-B 31 na LEI DE ARBITRAGEM, apenas esclareceram os critérios que já eram aplicados pela jurisprudência no que diz respeito à relação entre tutelas de urgência e arbitragem.

Identificou-se que o STJ possui entendimento no sentido de que o efeito negativo da convenção de arbitragem não retira do Poder Judiciário a possibilidade de conhecer e julgar medidas cautelares antes da constituição do tribunal arbitral. Os acórdãos do STJ que enfrentaram esse tema são os seguintes: REsp nº 1.325.847/AP32, REsp nº 1.297.974/RJ33 e AgRg nos ED em REsp nº 1.173.526/RS.

4.6. CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DE TUTELA PROVISÓRIA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

As Leis e Regulamentos Arbitrais, em regra, preferem não descrever os pressupostos necessários para concessão, cabendo aos árbitros decidirem, tendo assim discricionariedade. Porém, há alguns requisitos para o deferimento de tutela antecipada que são:

- As tutelas concedidas são restritas aos limites objetivos da jurisdição do árbitro, ou seja, o árbitro não pode conceder tutela sobre algo fora dos limites do processo arbitral ou convenção de arbitragem;
- As tutelas são restritas aos limites subjetivos, ou seja, são ligados as partes que não podem ultrapassar os limites da convenção de arbitragem ou processo arbitral;
- Os poderes dos árbitros não podem ser assemelhados ao do juiz estatal, senão a autonomia da vontade, princípio basilar da arbitragem, estaria gravemente ferida.
- No caso das tutelas de urgência, é observado se há risco de dano grave ou difícil reparação, se há urgência ou se há perigo de reversibilidade.

Bem como, é imprescindível os princípios *fumus boni uiris*, *periculum in mora* e proporcionalidade ao conceder uma tutela de urgência no procedimento arbitral. O artigo 17-A da lei modelo UNICENTRAL definiu alguns pressupostos, em termos:

Artigo 17.º-A Requisitos para a concessão de medidas provisórias

(1) A parte que solicita uma medida provisória com base no artigo 17.º, parágrafo 2.º, alíneas a), b) e c), deverá demonstrar ao tribunal arbitral que:

(a) Caso a medida provisória não seja concedida, é provável que haja dano não adequadamente reparável por uma indenização, e que esse dano ultrapasse substancialmente aquele que a parte, contra a qual a medida é voltada, sofreria se a medida fosse ordenada; e

(b) Existe uma possibilidade razoável de que a parte que solicita a medida provisória tenha sucesso quanto à substância do seu pedido. A determinação desta possibilidade não afetará a decisão do tribunal arbitral em decisões posteriores.

(2) No que diz respeito a um pedido de medida provisória, ao abrigo do artigo 17.º, parágrafo 2.º, alínea d), os requisitos do parágrafo 1.º, alíneas a) e b) do presente artigo, só se aplicarão se o tribunal arbitral o considerar apropriado.

Acerca do deferimento da tutela e medidas urgentes afirma Humberto Theodoro Junior:

Por outro lado, a lei deixou bastante claro que o requerimento de qualquer medida de urgência durante a arbitragem deverá ser dirigido ao árbitro, único competente para decidir qualquer questão relativa ao procedimento arbitral (art. 22-B, parágrafo único). Não podem, porém, nascer de deliberação ex officio do árbitro. Cabe à parte requerê-las e, sendo julgadas cabíveis e necessárias, seu deferimento ocorrerá, ainda, no âmbito do juízo arbitral, sendo a execução solicitada, em seguida, ao juízo ordinário, por meio de carta arbitral (art. 22-C, caput). Outrossim, não é dado à parte dirigir-se diretamente ao juiz togado para requerer-lhe medida preventiva a ser aplicada sobre os bens e direitos disputados no procedimento extrajudicial. Originariamente, a competência sobre o incidente é do árbitro ou do órgão arbitral, que apreciará a medida. Uma vez, entretanto, que a este falta o imperium necessário à atividade executiva, é ao juiz togado que a lei confere o poder de providenciar a implementação das medidas coercitivas, mesmo quando dentro do juízo arbitral. (p.727-728, 2015) (grifamos)

O juiz togado, porém, não pode, ao receber a carta arbitral¹⁵¹⁶, reexaminar a tutela quanta conveniência e oportunidade, mas somente verificar a legalidade, por exemplo, verificar se o juízo arbitral está validamente instalado e se aquele que se pretende sujeitar a tutela de urgência está de fato e de direito, sujeito à autoridade arbitral.

Por conseguinte, a relação entre o juiz e o árbitro não há hierarquia, pois ambos desempenham, dentro das respectivas competências¹⁷, a jurisdição plena. Essa relação por sua vez deve ser um trabalho harmônico, de colaboração e complementação, tendo como finalidade a prestação às partes uma tutela jurisdicional adequada, eficaz e justa.

Quanto ao momento do deferimento de tutelas na arbitragem essa pode ser antecedente, ou seja, a necessidade de tutela surgiu antes da constituição do

¹⁵ Art. 267. O juiz recusará cumprimento a carta precatória ou arbitral, devolvendo-a com decisão motivada quando:

- I - a carta não estiver revestida dos requisitos legais;
- II - faltar ao juiz competência em razão da matéria ou da hierarquia;
- III - o juiz tiver dúvida acerca de sua autenticidade.

¹⁶ Art. 237. Será expedida carta:

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

¹⁷ A competência primária para avaliar e deferir tutelas cautelares ou urgentes é do árbitro e não do juiz estatal. Em regra, portanto, a parte interessada pleiteará a tutela emergencial ao árbitro que, ao deferi-la, recorrerá, se for o caso, ao juiz togado para o emprego de meios coercitivos, quando necessários à sua implementação. Humberto Theodoro Junior, p.728, 2015

tribunal arbitral, ou seja, surgiu na fase pré-arbitral, prevista no art. 22-A da Lei de Arbitragem. Pode ser ainda, incidental, ou seja, aquela que surgiu no curso do procedimento de arbitragem.

Na concessão de tutela na fase pré-arbitral o juiz exerce competência temporária e não se prorroga¹⁸, com a finalidade de garantir a efetividade da futura constituição do tribunal arbitral. Conseqüentemente o juiz nesta fase submete-se ao CPC e a Lei da Arbitragem, diferentemente dos árbitros que estão vinculados à vontade das partes. Devendo o juiz, ao deferir se atentar a possibilidade de reversibilidade¹⁹ ou não dos efeitos da medida e a preservação da competência do arbitro na resolução do objeto do litígio, bem como a livre manifestação das partes, pois essas acordaram previamente que o mérito do litígio seria resolvido através da arbitragem, nas palavras de Mateus Amioré Carreiro: “[...] a escolha do juízo arbitral para apreciação do mérito do litígio não significa que ao juiz é vedada a cognição sumária do assunto, por outro lado ele deve estar consciente e respeitar a previa escolha das partes.” (p.176, 2017)

Logo, se não proposta a causa principal no prazo de 30 dias a medida de urgência concedida pelo juiz anteriormente perde sua eficácia e seus efeitos, a razão do prazo ser de 30 dias é para evitar o abuso do processo, aquele que teve a tutela deferida não pode sujeitar a outra parte a um sacrifício por prazo indeterminado, conforme Candido Rangel Dinamarco APUD Mateus Amioré Carreiro, é arbitrário sujeitar o réu a: “um sacrifício por tempo indefinido e permitindo-se ao demandante a escolha do momento de postular a medida

¹⁸ Carreiro, Amioré Mateus (Tutela de Urgência e processo Arbitral, p. 190-191) “O Superior Tribunal de Justiça, em julgado já mencionado, consignou que a competência das cortes estatais é temporária e não se prorroga, “subsistindo apenas para análise do pedido liminar”, com posterior remessa dos autos ao tribunal arbitral. Há caos, porém, em que transcorrem meses do momento da propositura da demanda antecedente até da constituição do tribunal arbitral. [...]. Na prática, todavia, parece ser mais adequado ao juiz simplesmente deixar a demanda antecedente pendente até a constituição do tribunal arbitral para a conseqüente assunção da competência (seja por remessa dos autos, seja por mera apresentação de cópias dos autos) pelos árbitros, evitando-se com isso complicações.”

¹⁹ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

principal e a determinação do tempo que lhe aprouvesse”. Além disso, no CPC o processo se forma no momento da propositura da ação, ou seja, com a petição inicial²⁰, já na arbitragem isto ocorre com o artigo 22-A.

Sobre a possibilidade de estabilização da tutela provisória está previsto no Código de Processo Civil, artigo 304:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do [art. 303](#), torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

Logo, se o requerido não faça no prazo legal, artigo 304, § 5º, a decisão do juiz será estabilizada e resolverá definitivamente o litígio. Já na arbitragem há a Lei específica que a disciplina, como afirma Mateus Amioré Carreteiro:

“Diante dessa situação, quando o processo principal for arbitral, poderia entender-se que a tutela de urgência continua a ser tendencialmente provisória, posto que com potencial de se tornar definitiva, e, portanto, a vontade inicial das partes só seria violada se a parte prejudicada pela tutela de urgência arbitral concedida pelo juiz não desse início ao processo arbitral no prazo de dois anos contados da decisão que extinguiu o processo” (P. 199, 2017) (grifamos)

Entretanto, por haver a Lei de arbitragem, norma específica aplica-se o artigo 22-A, como acrescenta o autor Mateus Amioré Carreteiro:

²⁰ Art. 312. Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no [art. 240](#) depois que for validamente citado.

“Mais importante ainda, a regulamentação da questão na lei de arbitragem, por meio do art. 22-A, parágrafo único, parece não deixar dúvida de que o demandante-beneficiado pela tutela de urgência concedida pelo juiz em caráter antecedente possui obrigação de requer a instituição da arbitragem no prazo de 30 dias, sob pena de cessar a eficácia da medida de urgência. Tratando-se de regra específica sobre o assunto, não há nenhuma dúvida de que esta prevalece sobre eventuais disposições do Código de Processo Civil.” (P.200, 2017) (grifamos)

Quando ao deferimento de tutelas durante o procedimento arbitral, ou seja, as tutelas arbitrais de caráter incidental, estas são concedidas e apreciadas pelos árbitros, devendo eles analisarem os limites objetivos e subjetivos, devendo o pedido ter ligação com o objeto da demanda no procedimento arbitral.

Ressalta-se que mesmo atualmente, há a impossibilidade de se decretar tutela de urgência de ofício pelo árbitro, uma vez que, o procedimento arbitral é predominantemente fundamentado na autonomia da vontade das partes.

Em relação a concessão de tutelas de urgência em caráter *ex parte*, ou seja, são concedidas sem a oitiva da parte contrária e sem o contraditório, há muitas controvérsias, muitos doutrinadores acreditam que é possível e outros não. Apesar da falta de legislação que aborde essa previsão, para o autor Mateus Amioré deve ser concedido, como ele afirma no seguinte trecho:

[...] em razão do fato das tutelas de urgência *ex parte* restringirem momentaneamente o princípio do contraditório, que é um dos princípios informadores do processo arbitral, a restrição deve existir apenas enquanto estritamente necessária. Uma vez concedida e efetivada a medida, deve-se restabelecer, sempre no menor prazo possível o contraditório. Em outras palavras, ultrapassada a situação justificadora da restrição, o adequado contraditório deve ser reestabelecido e o tribunal arbitral possui o dever de rever sua decisão, seja para mantê-la na íntegra, modificá-la ou revoga-la.

Além disso, para fins de total transparência, todas as comunicações *ex parte* devem ser registradas e preservadas para futura consulta e até mesmo impugnação específica pela parte prejudicada. (235-236)

Por fim, as tutelas são concedidas na sentença. Essa decisão, ao contrário do que ocorre no Poder Judiciário que cabem agravo de instrumento, no procedimento arbitral não está sujeito a recurso, porém um mecanismo previsto na Lei de Arbitragem no art. 33 é a impugnação de sentença arbitral, em termos:

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1o A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

§ 2o A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral.

§ 3o A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

§ 4o A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.

Em relação as tutelas concedidas na arbitragem estas podem ser revistas no sentido de manter, modificar revogar ou conceder uma tutela anteriormente negada. Em caso da tutela deferida antes de instituir a arbitragem, que é feita pelo Juiz, neste caso, após instituída a modificação e revogação é competência do arbitro, assim afirma Mateus Amioré Carreteiro:

[...] O Superior Tribunal de Justiça também já havia consignado que “superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário”, a competência passa a ser do tribunal arbitral, para que ele, “se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.”

Não há sentido lógico em permitir a revisão da tutela de urgência concedida pelo juiz posteriormente, no ato da sentença arbitral, e proibir a revisão imediata. Essa revisão é justificada pela autonomia da vontade das partes [...]

Inclusive a própria Lei em seu art. 22-B prevê essa possibilidade. “Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.” Logo, a tutela concedida antes de instituída a arbitragem não pode vigorar até a sentença arbitral, precisa do arbitro para manter, até mesmo mudar ou revogar.

Em relação a tutela de evidência, esta é concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, nos casos previstos no rol do artigo 311 do CPC. Contudo, na arbitragem não há impedimento para o árbitro aplicar a tutela de evidência, apesar da Lei não a mencionar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Produzir o presente trabalho de conclusão de curso foi de suma importância para ampliar os conhecimentos na área de Direito Processual Civil, sobre a aplicabilidade de tutela provisória em um meio de solução alternativo ao Poder Judiciário.

A partir do estudo realizado verificou-se que a arbitragem é um meio de solução muito antigo, período que os anciões e sacerdotes julgavam como árbitros de modo imparcial as disputas da sociedade. E que continua sendo utilizado até os dias atuais, crescendo a cada ano, conforme demonstrado na tabela do CIESP/FIESP, usada como exemplo, que começou em 1998 com apenas 1 (uma) instituída e em 2016 tinha em média 57 (cinquenta e sete) procedimentos arbitrais instituídos.

Que existem vários meios de solução de conflitos, tais como: a autotutela, que apesar de ilegal no Código Penal, há algumas exceções no âmbito Civil que permitem sua utilização atualmente; a autocomposição que tem várias espécies, como: a transação, a mediação, a conciliação, a renúncia, a submissão e a desistência, inclusive há doutrinadores que consideram a mediação como um meio autônomo a autocomposição; e por fim a heterocomposição que compreende o Poder Judiciário e a Arbitragem, o qual foi o objeto de estudo neste trabalho.

Notou-se que a arbitragem tem crescido ainda mais no Brasil e diante disso houve avanços da Legislação que tornaram sua utilização mais ampla. Assim, a Lei de arbitragem foi reformada para receber atualização e consolidar assuntos já reconhecidos pela doutrina e jurisprudência com o intuito de fortalecer mais o instituto. O objetivo da comissão ao reformar a Lei era firmar a arbitragem como método de resolução de conflitos, em vez de começar um novo projeto ignorando os progressos do passado.

É um meio de solução de conflitos que tem como pilar a autonomia da vontade das partes, a celeridade e que processa matérias de direitos patrimoniais disponíveis.

No Brasil, somente com o CPC de 1973 que houve disposições sobre tutela provisória no procedimento arbitral, porém não era clara e havia uma omissão legislativa, o que ocasionou diversas interpretações doutrinárias e correntes sobre a competência do árbitro para a aplicação de tutela. Com o advento da Reforma da Lei de Arbitragem, a corrente majoritária foi consolidada, determinando que a competência é exclusiva dos árbitros.

Porém, mesmo a competência sendo dos árbitros, verificou-se, a necessidade de uma relação entre o judiciário e a arbitragem, precisando de cooperação entre juízes togados e árbitros, em alguns momentos. Esta relação é harmônica e comunicativa, atualmente, graças a inovação do Código de Processo Civil, que trouxe a carta arbitral no artigo 237, a qual, é muito utilizada para a concessão de tutela antes de instaurar o procedimento arbitral.

Os pressupostos de concessão de tutela provisória, apesar de estar coadunados aos limites objetivos e subjetivos do árbitro, ao conceder ele tem discricionariedade, não precisando se ater rigorosamente a regras específicas do CPC, desde que se observe alguns princípios como *fumus boni uiris*, *periculum in mora* e proporcionalidade.

Por fim, apesar da legislação arbitral não mencionar a tutela de evidência há doutrinadores que entendem que ela pode ser aplicada independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale. Manual dos MESC's: Meios extrajudiciais de solução de conflitos. 1ª ed. Barueri: MANOLE, 2016. 176 p.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Direito Arbitral. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 422 p.

ARAUJO, Antônio Carlos; PELEGRINI, Ada; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 193 p

ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim Neves. Manual de Processo Civil V. Único. 8ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. 3062 p.

BENELI, Gerson José. A arbitragem e os princípios norteadores dos artigos 1º e 2º, da lei 9.307/96. Marília: [s.n.], 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e o Processo: Um comentário à Lei nº 9,307/96. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. 592 p.

CARRETEIRO, Mateus Amioré. Tutelas de Urgência e o Processo Arbitral. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 336 p.

COSTA, Marcos Gomes. Tutela de Urgência e o Processo Arbitral. 2013. 277 folhas. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 3: Contratos e Atos Unilaterais. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 720 p.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil V. 2. EDIÇÃO. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 1047 p.

NASCIMENTO, Mariane Monteiro. O Projeto de Lei nº 7.108/2014 e os impactos na Lei de Arbitragem. 1. 2015. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?pagina=531&idarea=41&id_dh=14910. Acesso em: 01 jun. 2018.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Projeto que amplia atuação da arbitragem começa a tramitar na Câmara. SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-22/projeto-amplia-atuacao-arbitragem-comeca-tramitar-camara>. Acesso em: 01 jun. 2018.

ROCHA, Caio Cesar. Tutela cautelar e de urgência na nova Lei de Arbitragem: (parte 3). Fora do Tribunal. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-29/fora-tribunal-tutela-cautelar-urgencia-arbitragem-parte>. Acesso em: 01 jun. 2018.

ROCHA, Caio Cesar. Tutela cautelar e de urgência na nova Lei de Arbitragem: (parte 1). Fora do Tribunal. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/fora-tribunal-tutela-cautelar-urgencia-arbitragem-parte>. Acesso em: 01 jun. 2018.

ROCHA, Caio Cesar. Tutela cautelar e de urgência na nova Lei de Arbitragem: (parte 2). Fora do Tribunal. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-09/fora-tribunal-tutela-cautelar-urgencia-arbitragem-parte>. Acesso em: 01 jun. 2018.

SOUZA, Giselle. "Não é função da arbitragem impedir as pessoas de procurarem o Judiciário". Solução Especializada. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-03/entrevista-jose-antonio-fichtner-especialista-arbitragem>. Acesso em: 01 jun. 2018.