



AS MEDIDAS CAUTELARES NO JUÍZO ARBITRAL

JOSÉ EDIVANIO LEITE

Bacharel em Direito pela Universidade Guarulhos / SP, membro da J. Reuben Clark Law Society (USA - Capítulo São Paulo) e da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da 57ª subsecção da OAB/SP; Advogado militante.

Introdução; 1. Tutela Cautelar; 2. Medidas Cautelares no Procedimento Arbitral; 3. Aplicabilidade das Medidas Cautelares Preparatórias na Arbitragem; 4. Conclusão; 5. Notas.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a insuficiência de praticidade e clareza do art. 22, §4º da Lei 9.307/96 quanto ao procedimento a ser seguido no juízo arbitral, verifica-se a importância do tema proposto pelo fato de haver a necessidade das partes estarem cientes de todos os meios hábeis para a solução legítima do direito em controvérsia, ao se adotar o procedimento arbitral para este fim.

É certo que no procedimento comum, perante a justiça pública, as medidas cautelares, servem para assegurar a praticidade do direito pretendido na ação principal. Desta feita, tem-se que os mesmos preceitos também devem ser seguidos na demanda julgada pelo juízo arbitral.



Mister é lembrar que as partes, ao convencionarem a Arbitragem como meio de solução de controvérsias, transferem do poder jurisdicional, que antes da convenção pertencia ao Poder Judiciário. Neste ato, imediatamente, são conferidos aos árbitros os mesmos poderes que eram conferidos ao juiz togado, no que seja pertinente à solução da controvérsia.

A Arbitragem, portanto, nos termos da Lei nº 9.307/96, é um procedimento no qual se busca a solução de conflitos e que tem por finalidade dar solução às controvérsias e litígios a direitos patrimoniais disponíveis, sem a necessidade de buscar o Poder Judiciário.

Com a promulgação da Lei nº 9.307/96, o legislador conferiu à decisão arbitral o nome e o “status” de sentença, dando a esta poder para fazer coisa julgada, bem como de constituir-se título executivo judicial, ou melhor, jurisdicional, sem qualquer interferência da justiça oficial, dispensando a necessidade de homologação pelo poder judiciário.”

1. TUTELA CAUTELAR

O poder jurisdicional do juízo arbitral de apreciar medidas cautelares, assim como na tutela jurisdicional do Estado deve estar, sempre, apto e preparado aos casos ocorridos durante a evolução de uma demanda.

Por ser o objetivo maior do Estado, ao estar representado pelo Poder Judiciário, e nesse contexto podendo, também, estar representado pelo Juízo Arbitral, ao se buscar solução efetiva e real do litígio, tentando alcançar o “justo”, algumas medidas de urgência podem se tornar imprescindíveis.

A ação cautelar, portanto, é um processo acessório, que serve de instrumento para obtenção de medidas urgentes, necessárias ao bom desenvolvimento (assegurar o



resultado útil) de um outro processo, seja de conhecimento ou de execução, denominado principal.

Nesse sentido, para a concessão de medida cautelar, no Juízo Estatal, é necessário se comprovar a possibilidade de ocorrência de um dano expressivo, que poderá ser ocasionado em virtude da demora da solução do litígio (*periculum in mora*). E ainda como requisito, faz-se mister a indicação da plausibilidade do direito substancial pretendido, ou seja, indícios quanto à legalidade do que está sendo pretendido (*fumus boni iuris*).

Assim, verifica-se que o *periculum in mora*, ou seja, o perigo de dano, se traduz na vontade de uma das partes em garantir o julgamento justo da lide, sem que ocorra algum dano que possa prejudicar este intento.

“E quanto ao *fumus boni iuris*, ou seja, a fumaça do bom direito, cabe à parte interessada no deferimento da medida cautelar, demonstrar a existência do direito material que está correndo o risco de restar prejudicado, tendo em mente que a sua declaração efetiva somente ocorrerá no processo principal, ao se analisar o mérito. Deduz-se, portanto, reiteradamente, que da mesma forma em que o Poder Judiciário, na pessoa do juiz togado deve se ater aos requisitos explicitados para deferimento de medida cautelar, o Juízo Arbitral, também deve proceder à mesma atenção no momento da apreciação de necessidade do referido provimento.”

2. MEDIDAS CAUTELARES NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Quanto às medidas coercitivas, somente o Estado poderá promovê-las, pois é Ele o detentor dos poderes de *executio* e de *coertio*.

Conforme o art. 22 da Lei 9.307/96, a medida cautelar, no procedimento arbitral, é perfeitamente cabível, sob a condição de ser previamente postulada no juízo arbitral, de modo que, somente após o cumprimento dessa exigência o árbitro poderá solicitar a imposição da referida medida ao juiz togado.



Nesta linha ressalta, sabiamente, TÂNIA LOBO MUNIZ, citando CLÓVIS COUTO E SILVA ao dizer que:

“As medidas cogentes não são autônomas e, em relação às cautelares, é necessário que se faça a distinção entre concessão e a efetivação da medida, cabendo ao órgão arbitral a concessão ou a decretação, mas que precisa do judiciário para a efetivação.”

Cabe salientar que, assim como um processo de conhecimento da justiça comum, o árbitro possui as mesmas prerrogativas de um juiz, no que tange ao poder geral de cautela e outras precauções a serem tomadas para se deferir medidas cautelares.

Assim, verifica-se que a medida cautelar no procedimento arbitral pode ser determinada, tanto ex officio, pelo árbitro, como também a requerimento da parte. Isto, quando houver necessidade.

Assim, Christian de Santana SADER assevera que:

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

Deve ser observado que da mesma forma em que o julgador estatal se utiliza para cumprir as formalidades e requisitos do deferimento de medida cautelar, o árbitro



também deve apreciar os pressupostos legais, principalmente no que tange à real urgência e necessidade da referida medida.

Portanto, no juízo arbitral, também se faz necessária a minuciosa análise do periculum in mora e do fumus boni iuris, para se conceder a medida cautelar, seja de ofício ou a requerimento da parte.

Alguns doutrinadores ponderam sobre a prerrogativa dos árbitros de agir de ofício, afirmando que solução adotada no Brasil é, sobretudo, lógica, pois se o árbitro está autorizado a regular definitivamente o conflito, não seria razoável impedi-lo de conceder incidentalmente medidas de urgência de ofício ou por requerimento dos interessados, desde que a hipótese vertente justifique a tomada dessa providência emergencial “

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro , citado por Aristóteles Atheniense , é de opinião

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

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

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

Identifica-se, portanto, a complexidade do referido tema no ponto em que se conceitua a longa manus essencial ao Estado. Tem-se que este instrumento deve cooperar com a atuação do árbitro, complementando-a com a execução da medida



deferida pelo mesmo, no caso em que a parte a quem será imposta a medida não a executá-la de maneira espontânea.

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

Cabe salientar, ainda, que não produzem efeitos a medida cautelar contra terceiros que não estão inseridos na convenção arbitral, exceto contra os herdeiros, sucessores, garantidores e/ou intervenientes que fazem parte do contrato, no qual está transcrita a convenção. Tendo em vista que os terceiros referidos não estão subordinados às decisões provenientes do juízo arbitral.

3. APLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PREPARATÓRIAS NA ARBITRAGEM

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

Assim, é fácil indagar-se quanto à possibilidade de uma parte obter o deferimento de uma medida cautelar na situação de ainda não haver sequer os árbitros elegidos para a apreciação da mesma, ou seja, inexistente a formação do tribunal arbitral. Isso ocorre quando há uma convenção arbitral através da cláusula compromissória vazia.

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



“Todavia esta corrente não menciona o fato relevante de que, mesmo ainda sem se ter instituído o procedimento arbitral, as partes já convencionaram a sua manifestação de vontade de submeter um possível conflito à arbitragem, sob a expressa cláusula compromissória, ainda que seja vazia.

Assim, quando alguma das partes, depois de convenciona a arbitragem, houver necessidade de obtenção de medida cautelar, sem, contudo, ter elegido árbitros para a solução dos conflitos, deverá a parte interessada requerê-la perante o juiz togado que seria competente para julgar a referida ação, caso não fosse instituída a arbitragem.

Neste sentido, foi acertada a decisão unânime prolatada pelo tribunal arbitral constituído no âmbito do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos – CIRDI , afirmando que “(...)a autoridade do Tribunal Arbitral para decidir sobre adoção de medidas provisionais não é menos obrigatória que a de um laudo definitivo”.

Entende-se, portanto, que com o advento da Lei 9.307/96, necessária se fez a harmonização entre a jurisdição estatal e a jurisdição privada, desempenhada pelos árbitros.

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

É mister ressaltar que não é tão simples uma instauração de um tribunal arbitral. Desse modo, a demora na sua instauração poderia fazer perecer o direito em discussão, passível de medida cautelar.

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



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

Observa-se, de acordo com o art. 807 do Código de Processo Civil, que, portanto, as medidas cautelares podem ser revogadas a qualquer tempo. Assim, tendo-se em vista que o órgão competente para julgar a ação principal é o arbitral, logo, o árbitro poderá revogar a medida cautelar concedida anteriormente pelo Poder Judiciário, caso verifique a inexistência dos requisitos para a sua concessão ou o seu desaparecimento.”

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

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

Entretanto, a corrente supracitada se perde nesse argumento tendo em vista que uma das características peculiares da medida cautelar, é que esta não faz coisa julgada material, pois o julgador, ao apreciá-la não adentra no mérito da demanda principal. A medida cautelar serve apenas para assegurar uma medida emergencial, para que não ocorra dano irreparável. E como o é, caso o magistrado adentrasse no mérito, em relação ao direito material, estaria se ignorando a convenção de arbitragem, manifestada expressamente entre as partes.

Neste caso, o poder jurisdicional é somente do árbitro, portanto, não há que se falar em defesa da coisa julgada material, em virtude do deferimento prévio de medida cautelar, pelo juiz togado, porque este não possui poder de apreciação do mérito.



Desta feita, corrobora-se que é perfeitamente cabível, ao árbitro reformar a medida cautelar concedida pelo poder estatal.

Diante do exposto, é indubitável que, quanto a medida cautelar preparatória a ser concedida pelo juízo arbitral, no caso de não se ter instituído ainda a arbitragem, o Poder Judiciário deterá de função meramente substitutiva do árbitro.

CONCLUSÃO

Por curiosidade, no que concerne as medidas cautelares na prática, especialmente na Câmara “Arbitrare” no Estado de São Paulo, não houve nenhum caso de requerimento de liminar, abrindo-se novas perspectivas de discussão e abertura de uma eventual jurisprudência a esse respeito.

A execução da sentença Arbitral, dá-se na Justiça Estatal, pois só ela tem o poder de coação. Desde que a parte não cumpra com a sentença proferida pelo Árbitro, por livre espontânea vontade. Ademais, a sentença constitui-se em título executivo judicial.

Na sentença arbitral, deverá conter explicitamente o relatório (contendo o nome das partes e um resumo do litígio), o fundamento da decisão (se foi por equidade ou análise das questões de fato e de direito), o dispositivo (resoluções submetidas), data, lugar e assinatura do árbitro ou dos árbitros.

É imprescindível, que a responsabilidade da Câmara em manter uma lista de árbitros competentes e parciais é muito importante, pois no caso de cometimento de algum crime, passível de nulidade em virtude de uma situação, as partes poderão propor ação pleiteando perdas e danos em face da Câmara Arbitral, e esta com direito a ação regressiva contra o Árbitro, por isso, a importância de se escolher uma Câmara idônea. Os árbitros são equiparados aos juizes de Direito.



Na necessidade de se dirigir a justiça estatal para se verificar a validade da câmara ou de cláusula, uma vez prolatada a sentença e a parte irresignada venha a apelar, será recebida em efeito devolutivo, significando que enquanto o recurso de apelação for apreciado o procedimento arbitral será conduzido, paralelamente, sem suspensão.

BIBLIOGRAFIA

MUNIZ .Tania Lobo, Arbitragem No Brasil E A Lei 9.307/96;

CARNEIRO. Paulo Cezar Pinheiro, Aspectos Processuais da lei de arbitragem, in. Revista Forense, vol. 339, Rio de Janeiro: Forense;

CARREIRA ALVIM. J. E. Comentários à lei de arbitragem. Lúmen júris, 2001;

RUBINO-SAMMARTANO. Mauro, L'arbitrato internazionale .Padova : CEDAM, 1989.

FONTE ON LINE

SADER. Christian de Santana, Aplicabilidade de medidas cautelares no juízo arbitral. Disponível em< <http://www.direitonet.com.br/textos>>. Acesso em 10/11/2006.