

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Celso Hiroshi Iochama; Renata Albuquerque Lima; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-631-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, durante o XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Salvador-BA, entre os dias 13 a 15 de junho de 2018. O evento é promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia – UFBA, com o tema Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, com a participação ativa de professores, pesquisadores, mestrandos e doutorandos de todo o país, o evento contribuiu significativa e democraticamente para a exposição de ideias, para o desenvolvimento de debates acadêmicos e para a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Nesse sentido, em uma perspectiva disciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar, própria dos tempos atuais, foram apresentados e/ou debatidos no âmbito do GT de Processo, jurisdição e efetividade da justiça II, temas absolutamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Brasil, tais como:

1) O trabalho intitulado “PRINCÍPIOS E REGRAS NA CONSTRUÇÃO DO PROCESSO DEMOCRÁTICO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA APLICAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA”, as autoras Renata Albuquerque Lima e Raphaella Prado Aragão de Sousa demonstram a conciliação dos princípios e regras do ordenamento processual civil brasileiro com base no instituto das tutelas provisórias de urgência.

3) No artigo “TUTELA PROVISÓRIA NA ARBITRAGEM: TRANSPOSIÇÃO DO ANTIGO MODELO CAUTELAR”, Thaís Andressa Carabelli e Marcelo Negri Soares pesquisam sobre as tutelas de urgência e sua concessão pelos árbitros, propiciando discussões jurídicas sobre a autoridade jurisdicional privada e seu impacto na efetivação da justiça.

4) O trabalho intitulado “ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - UMA ANÁLISE SOBRE A ADEQUAÇÃO DO PROCESSO ARBITRAL AO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO”, de Lucas Macedo Silva, estuda a possibilidade de utilização do instituto da arbitragem com o regime jurídico de Direito Público, analisando a Lei Federal n. 13.129/2015, que concedeu a autorização expressa para a utilização da via arbitral pelo Poder Público.

5) O artigo com a temática "O AMICUS CURIAE E O ASSISTENTE SIMPLES NA CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE", de Luís Carlos de Sousa Amorim, explora o princípio do contraditório sob uma nova perspectiva, ou seja, como fundamento que garante a ampla participação de terceiros interessados na construção da norma geral presente numa decisão judicial através da figura do amicus curiae e do assistente simples.

6) Já o artigo "O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO", de Karoliny de Cássia Faria e Patrick Juliano Casagrande Trindade, analisa a decisão proferida no processo de requerimento de benefício previdenciário em primeira instância administrativa, pois a falta de fundamentação na decisão padrão enviada aos segurados compromete sua legitimidade por desrespeitar o direito ao contraditório e à decisão fundamentada.

7) A pesquisa intitulada "TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA: CORTE SUPERIOR OU CORTE SUPREMA?", dos autores Mariana Bisol Grangeiro e Marco Felix Jobim, faz uma análise da Corte Constitucional Federal Alemã, sob a

- 9) "EXEQUIBILIDADE DA PENHORA DE CRIPTOMOEDAS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO BRASILEIRO", de Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Priscilla Menezes da Silva investiga a possibilidade de penhora das moedas virtuais.
- 10) O trabalho "PROCESSO CIVIL VIRTUAL: ENTRE A EFETIVIDADE E A CELERIDADE", de Renata Carrara Bussab e Leticia Nascimbem Colovati tem por objetivo estudar os avanços da tecnologia, e sua conseqüente contribuição no âmbito do Poder Judiciário, e, por conseguinte, do Processo Civil.
- 11) O artigo "A JUSTIÇA ITINERANTE COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA", de Danilo Cordeiro Maia e Wallace Fabrício Paiva Souza defende que a justiça itinerante pode ser importante para efetivar o princípio constitucional do acesso à justiça e o constitucionalismo social implantado com a Constituição de 1988.
- 12) "LITISPENDÊNCIA E PROCESSOS COLETIVOS", de Vinícius José Rockenbach Portela tem como objetivo enfrentar esse problema, tratando do instituto da litispendência e a sua relação com as ações coletivas transindividuais e homogeneizantes.
- 13) O estudo "REPERCUSSÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES" de André Luis Pontarolli e Andreza Cristina Baggio se propõe, mediante metodologia de revisão bibliográfica, ao estudo parcial das repercussões do novo Código de Processo Civil no Direito Processual Penal. A análise proposta recai (problema) sobre a viabilidade hipotética de aplicação ao Processo Penal das novas disposições processuais civis que reforçam o princípio constitucional da fundamentação decisória.
- 14) O trabalho "OS RECURSOS DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PARA O FOMENTO DAS ATIVIDADES DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE

aplicação de recursos oriundos de termos de ajustamento de conduta e de ações civis públicas trabalhistas, fora do âmbito do Fundo de Amparo ao Trabalhador instituído pela Lei 7.998/90.

Espera-se que a publicação dos artigos apresentados durante o evento possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa do Direito Processual no país.

Prof. Dra. Renata Albuquerque Lima - UNICHRISTUS

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama - Universidade Paranaense - UNIPAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

TUTELA PROVISÓRIA NA ARBITRAGEM: TRANSPOSIÇÃO DO ANTIGO MODELO CAUTELAR

PROVISIONAL MEASURES IN ARBITRATION: TRANSPOSITION OF THE OLD CAUTELAR MODEL

Tháís Andressa Carabelli ¹
Marcelo Negri Soares ²

Resumo

Este artigo, motivado pelo Código Civil de 2015, que notadamente representou uma reforma à lei de arbitragem, meio alternativo ao judicial de resolução de controvérsias, visa propor um estudo das tutelas de urgência e sua concessão pelos árbitros, propiciando um debate jurídico em torno dessa autoridade jurisdicional privada e seu impacto na efetivação da justiça e no sistema jurídico brasileiro, utilizando para tanto, a metodologia hipotético-dedutiva.

Palavras-chave: Arbitragem, Tutelas de urgência, Tribunal arbitral, Código de processo civil 2015

Abstract/Resumen/Résumé

This article, motivated by the Civil Code of 2015, which notably represented a reform of the arbitration law, an alternative to the judicial dispute resolution, aims to propose a study of the urgency treaties and their grant by the arbitrators, providing a legal debate around this private jurisdictional authority and its impact on the effectiveness of justice and the Brazilian legal system, through the hypothetical-deductive methodology.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arbitration, Emergency tutors, Arbitral tribunal, Code of civil procedure 2015

1. INTRODUÇÃO

A inserção de cláusulas de arbitragem nos contratos particulares vem tornando-se cada vez mais usual após a reforma da lei de arbitragem. Essa opção pela via arbitral, deriva especialmente da celeridade, eficiência e capacidade técnica específica que traz o julgador privado na resolução das controvérsias por ele enfrentadas, podendo, até mesmo, ser utilizada pela administração direta e indireta, quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência, por ocasião da lei 13.129/2015, vem compondo soluções hábeis para a relação árbitro e juiz quando da concessão das tutelas provisórias de urgência pela arbitragem, demonstrando a necessidade do reexame do tema, que proporcionará uma reflexão e soluções práticas a serem aplicadas pelo operador do direito.

Estas e outras questões são objeto do grande tema democracia, multilateralismo e diversidade, que pretendemos debater nesse pequeno ensaio, sob o enfoque jurídico, com esteio na efetividade da Justiça e no princípio da dignidade humana, com base em pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais.

As partes na elaboração de um contrato possuem a faculdade de optar pelo mecanismo de solução de conflitos mais adequado às necessidades concretas do caso, quando tratar-se de direitos patrimoniais disponíveis. O procedimento arbitral vem ganhando destaque por ser regido pela celeridade e informalidade.

Mas isso não significa que a arbitragem deve ser um entrave na obtenção de uma tutela plena e adequada. Isso quer dizer que não há óbice na intervenção do Judiciário, nos casos em que a arbitragem não estiver disponível ou não for apta a uma proteção tempestiva.

É o caso de quando pactuada a arbitragem, surge a necessidade de uma tutela urgente anterior a instalação do Tribunal Arbitral. Vejamos que as medidas urgentes, seja de natureza antecipatória ou conservatória, deverão assim ser pleiteadas diretamente ao Poder Judiciário, porquanto se torna inviável diante de iminente risco de dano, aguardar a constituição do Tribunal Arbitral para início do procedimento.

Portanto, para não incorrer em inviabilização ao acesso à justiça, as tutelas antecipadas podem ser propostas no órgão judiciário competente ao da própria causa, se inexistente fosse a convenção de arbitragem, não havendo, portanto, em que se falar de renúncia à convenção arbitral ou descumprimento de cláusula arbitral.

2. ESCOPO HISTÓRICO

A arbitragem foi inserida no Brasil, pela primeira vez, por meio das ordenações Filipinas. Em 1824, na Constituição Imperial, havia previsão legal da arbitragem para solução de conflitos na esfera cível (Art. 160). Posteriormente, regeu-se pelo Regulamento 737 e pelo Código Comercial, ambos de 1850, sendo que este último remetia a assuntos mercantis (Art. 302 do Código Comercial). A Constituição Republicana de 1981 atribuía ao Congresso Nacional poderes para autorizar o governo a declarar guerra, quando inviável a arbitragem (Art. 34 da Constituição de 1981). O Código Civil de 1916, em seus arts. 1.037 a 1.048, regulamentavam o assunto. Por sua vez o Código de Processo Civil de 1973 em seus arts. 1.072 a 1.102 condicionava a arbitragem a homologação do Judiciário.

Sabemos que as relações jurídicas sempre estão em súbito crescimento, dificultado ao Estado as respectivas regulamentações através do Poder Legislativo. Foi o que ocorreu, notadamente, no início do século XXI. Em razão do grande avanço tecnológico nos campos da comunicação e informação intensificou-se as incompreensões nas relações interpessoais, e cada vez mais se experimentou a violação de direitos (BECK, 1999. p. 18-23)

Então, o Estado, buscando amenizar as novas problemáticas, priorizou a adoção de medidas repressivas e esqueceu-se das ações preventivas. Nada obstante, paralelamente, ficava a defasagem das instituições públicas, sendo inóspito o atendimento à demanda ora experimentada.

Por outro lado, essa mora do Judiciário, faz brotar grandes incertezas sobre relação jurídica controversa, gerando insegurança jurídica entre as partes. Ademais, o grande volume de processos enfrentados pelos Juízes, por vezes, faz com que as decisões estejam longínquas da atenção e complexidade que o caso requer (BACELLAR, 2013. p. 52-53).

Nesse cenário é que exsurge a Arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias, adequando-se ao novo paradigma enfrentado, além de se tratar de uma tutela mais adequada casos que demandam maiores estudos (ANDREWS, set. 2012, p. 281-316).

Logo, é possível obter uma tutela jurisdicional através do procedimento arbitral, seja para resguardar ou obter o bem jurídico almejado.

3. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À TUTELA PROVISÓRIA E AO PROCEDIMENTO ARBITRAL

No Brasil, muitas legislações trouxeram a possibilidade de liminar, exemplo da lei do inquilinato quando regula o despejo, da lei de ação civil pública e do mandado de segurança, dentre outros estatutos. Todavia, o que nos interessa aqui é o estudo de dispositivos que se aplicam direta ou indiretamente ao procedimento arbitral, com esteio na utilização da tutela provisória.

Então, a tutela provisória tem aplicação no procedimento arbitral a partir dos dispositivos do Código de Processo Civil, do art. 298 e ss.; bem como do constante na Lei 13.129 de 2015, que introduziu o Capítulo IV-A na Lei de Arbitragem nº 9.307. Os artigos 22-A e 22-B da LA contemplam a hipótese de tutela de urgência perante o poder judiciário quando ainda não instaurado o procedimento arbitral. Todavia, por óbvio, essa providência está afeita aos pedidos típicos de procedimento comum; vez que, se o pedido principal for de natureza executória, não haverá impedimento do acesso ao Poder Judiciário diretamente; pois, é consabido que o Tribunal Arbitral o árbitro singular não tem competência para a execução. A regra é de que o competente para julgar o pedido principal será o competente para julgar medidas acautelatórias ou em tutela provisória.

Outra exceção decorre da exclusão de competências por negócio jurídico processual entabulado no contrato que dispõe sobre o compromisso arbitral. É a regra destacada pela doutrina, com esteio na autonomia da vontade (CAHALI, 2015. p. 293).

Em suma, o atual sistema positivado distingue a competência para apreciação de tutela provisória em casos urgentes, cabendo ao Juízo togado essa competência quando ainda não esteja instaurado o procedimento arbitral; e ao árbitro, ou pluralidade deles, quando houver já instaurado a arbitragem.

Mas isso afeto somente ao processo de conhecimento, eis que o processo de execução, junto com as cautelares, tutelas antecipadas ou de evidência afetas à execução, continuam sempre com o Juízo togado. Não há no que se falar, nesse particular, em arbitragem (ARMELIN, 2005. p. 226). O vocábulo *poderá*, conforme se verifica no art. 22-A da LA não pode conduzir ao entendimento de uma faculdade, mas de um poder-dever, pois estando preenchidos os requisitos, a tutela provisória deverá ser concedida.

O Poder Judiciário é competente para a concessão das tutelas de urgência e evidência, espécies de tutela provisória introduzida pelo Novo Código de Processo Civil, e, com a reforma

da lei de arbitragem, novas competências foram atribuídas ao Tribunal Arbitral, e como já discutido, a apreciação das tutelas de urgência é uma delas.

As Tutelas Provisórias estão dispostas no Livro V da Parte Geral do CPC, sendo que na atual sistemática, podem ser postuladas nos processos de conhecimento e de execução, abrangendo tanto as medidas de natureza satisfativa quanto cautelar. (GONÇALVES, 2016, p. 345)

Extinguindo o processo cautelar autônomo, agora as tutelas provisórias apenas antecedem o processo principal, ainda possuem fungibilidade, podendo o juiz conceder a medida mais adequada no caso concreto. (GONÇALVES, 2016, p. 347)

Ademais, trata-se de uma tutela de cognição não é exauriente, e sim sumária, podendo a qualquer tempo ser revogada ou modificada. Como brilhantemente expõe Marcus Vinícius Rios Gonçalves, “seria possível conceituá-la como a tutela diferenciada, emitida em cognição superficial e caráter provisório, que satisfaz antecipadamente ou assegura e protege uma ou mais pretensões formuladas, em situação de urgência ou nos casos de evidência”. (GONÇALVES, 2016, p. 347-348)

Por fim, a avença entre as partes, de modo diverso da Lei, deve ser respeitado, via de regra, razão pela qual pode ser válida a cláusula que institui a instauração de procedimento arbitral para apreciação tão somente de cautelar ou tutela antecipada antecedente; seguindo-se o aditamento da inicial posteriormente. A mudança de competência não pode gerar a supressão do direito de ação.

4. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA PROVISÓRIA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Devido a questões urgentes, a doutrina cunhou a dicotomia da tutela jurisdicional, concebendo as modalidades da tutela provisória e da tutela definitiva – artigos 298 e ss. do CPC. A tutela definitiva é aquela que resolve o mérito do processo, coincidindo com o provimento dado em uma sentença *stricto sensu*.

Por sua vez, a tutela provisória é efêmera, podendo vigor enquanto não haja revogação ou decisão definitiva. Nessa linha, sabe-se que a fumaça do bom direito e o perigo na demora são os fundamentos para se obter a tutela provisória, enquanto que a tutela definitiva passa por uma cognição exauriente do objeto meritório, comumente surgido com a prolação de decisão com conteúdo de sentença que, por sua vez, trilhou obrigatoriamente, dentro do processo, ampla defesa e o contraditório. (DIDIER JR., 2016, p. 575)

Então, em aprofundamento, as tutelas provisórias podem assumir a modalidade urgente ou com fundamento na evidência. Admite-se ainda a subdivisão da tutela de urgência, podendo assumir a função de provimento cautelar ou de uma antecipação de tutela. (BUENO, 2015. p. 218-219)

A cautelaridade pode ser alcançada quando visar assegurar o resultado útil do processo. É o caso quando a parte que se julga indevidamente incluída no rol de maus pagadores, seja SERASA ou SCPC, e deseja retirar a divulgação de seu nome naqueles cadastros restritivos enquanto processa o pedido principal de anulação do título de crédito que originou o ilícito civil.

A tutela antecipada, diversamente da natureza assecuratória do direito de ver processado o pedido principal, tem o condão de antecipar um ou mais pedidos, aqueles que somente seriam alcançados com a sentença final e seu trânsito em julgado, de modo a propiciar uma execução provisória. É o caso da parte que tem negado uma cirurgia de urgência com custeio pelo plano de saúde. O pedido final coincide com o que se quer antecipar. Então, presentes os requisitos, pode ser ministrada a tutela antecipada.

Já a tutela de evidência (art. 311 do CPC) se assenta em outra premissa, a urgência não é mais tão importante, mas um direito que se mostra incontroverso (CAHALI, 2015. p. 291). Sua natureza é de antecipação de uma tutela, melhor dizendo, é de outorga de uma decisão no tempo justo, pois a sentença futura é que estará deslocada no tempo. Isso porque a justiça morosa equivale a própria injustiça. Então, estando direito evidente, muitas vezes depois de expirar o prazo de contestação, e não havendo plausibilidade na resistência, o direito deve ser

concedido com base na evidência. É o caso em que existem diversos pedidos, por exemplo, indenização por danos materiais e danos morais, mas o réu concordou apenas com a indenização em danos materiais. Nesse caso cabe uma sentença parcial de mérito, admitindo-se a execução dessa parte, em definitivo, oportunizando o prosseguimento do processo na parte controversa.

5. DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA PROFERIDAS PELOS ÁRBITROS

Com a reforma da lei de arbitragem o pedido de Tutela Provisória ficou autorizado frente ao Tribunal Arbitral, com supedâneo na urgência ou evidência. Todavia, o juízo arbitral fica limitado para executar a decisão concessiva de tutela, em razão da ausência de poder de autoexecutoriedade do árbitro. Assim sendo, o tribunal arbitral deve solicitar ao poder judiciário a efetivação forçada das medidas por ele deferidas (CAHALI, 2015, p. 301).

Consubstancia-se a Tutela de Urgência na probabilidade do direito, e no perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional (art. 300). Por outro lado, na Tutela de Evidência pouco importa a demonstração do *periculum in mora*, uma vez presente uma das hipóteses do art. 311, quais sejam: (i) ficar caracterizado abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; (ii) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas mediante prova documental e houver tese firmada em demandas repetitivas ou em súmula vinculante; (iii) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; ou (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.

A tutela de evidência, ainda que seja mais difícil a sua ocorrência, por conta da configuração de incontroversa sobre o fato e o direito discutido; não fica descartada a sua aplicação também no âmbito arbitral (CAHALI, 2015, p. 305-306), uma vez preenchidos os requisitos.

6. MEDIDA PRÉ-ARBITRAL E A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

O emprego da ação judicial urgente não implica transgressão nem renúncia à cláusula arbitral. A parte que pleiteia a tutela urgente ao juiz estatal, quando ainda não há juízo arbitral instituído, segue o caminho possível. Portanto, não há abandono ou desconsideração da opção pela arbitragem.

Pelo mesmo motivo, não se exige nem cabe a arguição de existência de convenção arbitral, pelo réu da ação judicial urgente pré-arbitral. Eventual formulação dessa defesa será irrelevante. Deverá ser rejeitada. De outro ângulo, a falta de sua formulação tampouco gera qualquer consequência extintiva da convenção arbitral. Não implica renúncia ao emprego da arbitragem para a solução definitiva do mérito (a que alude, em termos não de todo apropriados, o art. 337, § 6.º, do CPC/2015) – assim como a propositura da ação judicial urgente também não implicara.

Enfim, a convenção arbitral passa incólume pela medida judicial urgente pré-arbitral. Conservar-se vigente e vinculante.

Longe de implicar a superação da convenção de arbitragem, o procedimento judicial urgente pré-arbitral presta-se a preservar a própria utilidade e viabilidade prática do processo arbitral. A medida de urgência concedida em caráter preparatório protege a parte e seu possível direito. Mas sobretudo previne danos irreparáveis ou de difícil reparação, e que futura sentença arbitral se torne inócua.

7. OS PODERES OUTORGADOS AOS ÁRBITROS PELA LEI BRASILEIRA

Redigida pela Lei 9.307/96, a lei de arbitragem passou por grande reforma com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Dessa forma, atribuiu-se novos poderes aos árbitros, como a concessão de tutelas provisória, objeto do presente estudo.

Para uma melhor compreensão, o Código de Processo Civil de 1973 em seu art. 1.086 assim dispunha sobre arbitragem:

"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".

Todavia, apesar do árbitro estar impedido de “decretar medidas cautelares”, tal proibição se referia ao cumprimento da medida cautelar e não sobre sua concessão, desde que preenchidos os requisitos legais. (CARMONA, 2009, p. 323)

Nessa esteira, o art. 1.086 do CPC/1973 foi revogado, passando a vigorar a Lei de Arbitragem, que é anterior às modificações introduzidas pelo CPC/2015:

"Capítulo IV - do Procedimento Arbitral

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.

(...)

§ 4.º Ressalvado o disposto no § 2.º, 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".

Então, percebemos que a concessão das medidas cautelares na arbitragem ainda não se encontrava bem resolvida, pois aos árbitros era apenas permitido solicitar ao poder judiciário as medidas, estando intrinsecamente desprovidos desse poder.

Porém, foi uma brecha para que doutrina e jurisprudência¹ começasse a interpretar o dispositivo no sentido de que os árbitros detinham poderes para a decretação de medidas de urgência, uma vez que instituída a arbitragem a partes deveriam solicitar ao árbitro e não mais diretamente ao juiz togado tais medidas. (CARMONA, 2009, p. 273)

Em verdade, a concessão das medidas de urgência pelo Tribunal Arbitral já não era mais novidade tanto na doutrina nacional, e nem na internacional (LEW, 2003, p. 592-593).

Assim, a Lei 13.129/2015 nada mais fez que concretizar o entendimento aplicável na prática, estabelecendo no art. 22-B, parágrafo único que dispõe:

"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".

Portanto, nos limites do contratualmente pactuado, quando da convenção de cláusula da arbitragem, é conferido amplos e suficientes poderes para que os árbitros decretem medidas de urgência requeridas pelas partes.

¹ STJ, REsp 1.297.974/RJ, 3.ª T., j. 12.06.2012, rel. Min. Nancy Andrighi.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, percebe-se que a tutela provisória na arbitragem é um meio adequado para solução de controvérsias oriundas das relações patrimoniais, estando recepcionada pelo Código de Processo Civil de 2015.

Essa opção pela via arbitral deriva especialmente da celeridade, eficiência e capacidade técnica envolvidas no procedimento e na qualificação do órgão julgador na resolução das controvérsias enfrentadas

Ocorre que, tradicionalmente, o processo arbitral serve apenas ao processo de conhecimento, sendo que para execução dos julgados a autoridade competente será o juiz togado. Em contrapartida, passou a vigorar a inexigibilidade de homologação das decisões arbitrais pelo judiciário, atribuindo-se desde logo a eficácia executiva, constituindo excelente alternativa para a malograda mora do Judiciário.

9. REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às Alterações do Novo CPC*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

ANDREWS, Neil. Mediação e arbitragem na Inglaterra. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 211, p. 281-316, set. 2012.

ARMELIN, Donaldo. Jurisprudência comentada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 6, jul.-set. 2005.

ARNAUD, André Jean. O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições Filosóficas do Direito e do Estado. Trad. Patrice Charles Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 17. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juiz servidor, gestor e mediador*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2013.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: resposta à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BERG, Albert Jan van der. The application of the New York Convention by the Courts. *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application and the New York Convention*. ICCA Congress Series n. 9 – International Arbitration Congress. p. 25-34, The Hague: Kluwer Law International, 1999.

BOSE, Raja; MEREDITH, Ian. Emergency arbitration procedures: a comparative analysis. *International Arbitration Law Review*. Reino Unido, Issue n. 9, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo o projeto do Novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656). In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas (Coord.). Novo CPC (LGL\2015\1656): reflexões e perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CAHALI, Francisco José. Medidas de urgência na arbitragem e o novo Regulamento do CAM/CCBC. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 271-287, abr.-jun. 2012

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Direito arbitral interno brasileiro. 1999. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1999.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. A arbitragem no novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) (versão da Câmara dos Deputados – Dep. Paulo Teixeira). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656)*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2.

EDWARDS, Harry T. Advantages of arbitration over litigation: reflections of a judge. *Arbitration 1982 conduct of the hearing*: proceedings of the thirty-fifth annual meeting of the National Academy of Arbitrators. Washington: The Bureau of National Affairs, 1982.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7 ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

HOSKING, James; VALENTINE, Erin. *Pre-arbitral emergency measures of protection: new tools for an old problem*. Disponível em: [www.chaffetzlindsey.com/wp-content/uploads/2011/10/000954671.PDF]. Acesso em: 30.09.2017.

LEW, Julian D. M.; Mistelis, Loukas A.; Kröll, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

LIMA, Leandro Rigueira Rennó. *O procedimento cautelar pré-arbitral da CCI*. Disponível em: [<http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/7188/O%20procedimento%20cautelar%20pr%E9-arbitral%20da%20CCI.pdf?sequence=1>]. Acesso em: 02.04.2017.

MITIDIERO, Daniel. Livro V – Da Tutela Provisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

MONTEIRO BARBOSA, Rafael Vinheiro. *Novo CPC anotado e comparado para concursos*. Coord. Simone Diogo Carvalho Figueiredo 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NASSER, Paulo Magalhães. Arbitragem como forma de resolução de conflitos empresariais. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. (Coord.). *Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao Professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. São Paulo: Elsevier, 2012.

OLIVEIRA, Rodrigo Candido de. *Câmaras brasileiras permitem uso do árbitro de emergência*. Disponível em: [<http://conjur.com.br/2016-dez-12/rodrigo-oliveira-camaras-permitem-uso-arbitro-emergencia>]. Acesso em: 03.09.2017.

SANTOS, Caio César de Pádua. *A arbitragem de emergência e a efetividade da tutela de urgência pré-arbitral*. Disponível em: [<http://sionadvogados.com.br/site/wp-content/uploads/2016/11/Arbitragem-de-Emergencia.pdf>]. Acesso em: 03.03.2017.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015. RArb 46/287-313, São Paulo: Revistas dos Tribunais, jul-2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense 2016.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Tutela judicial de urgência e a lide objeto de convenção de arbitragem. *Estudos de arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008.

WAINCYMER, Jeff. *Procedure and evidence in international arbitration*. Países Baixos: Kluwer Law International, 2012.