# Tutela provisória na arbitragem e Novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental

José Antonio Fichtner

Membro da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para elaboração do Anteprojeto de Reforma da Lei de Arbitragem brasileira. Mestre em Direito pela Universidade de Chicago. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Coordenador Técnico do LL.M Litigation da Fundação Getúlio Vargas. Professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Professor de Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professor Convidado da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Comitê Brasileiro de Arbitragem e da Associação Latino-Americana de Arbitragem (ALARB). Ex-Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Árbitro e Sócio de Andrade & Fichtner Advogados.

André Luís Monteiro

*Junior Academic Visitor* na *University of Oxford* (*Commercial Law Centre*). Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Empresarial, com especialização em Processo Civil, pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Arbitragem pela GVLaw. Especialista em Direito Econômico pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Societário e Mercado de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Comitê Brasileiro de Arbitragem. Advogado de Andrade & Fichtner Advogados.

Resumo: Este artigo analisa as medidas urgentes na arbitragem sediada no Brasil.

Palavras-chave: Arbitragem. Medidas urgentes. Brasil.

Abstract: This article analyzes provisional measures in arbitrations seated in Brazil.

Keywords: Arbitration. Provisional measures. Brazil.

1. Introdução. 2. Direito processual aplicável à arbitragem. 3. Arbitragem, institutos processuais reconhecidos na sede da arbitragem e Novo Código de Processo Civil. 4. Tutela provisória no Novo Código de Processo Civil e arbitragem. 4.1. Primeiras noções sobre a nova disciplina da tutela provisória. 4.1.1. Processo judicial. 4.1.2. Arbitragem. 4.2. Tutela provisória de urgência: regime unificado. 4.2.1. Pressupostos para concessão. 4.2.1.1. Processo judicial. 4.2.1.2. Arbitragem. 4.2.2. Contracautela. 4.2.2.1. Processo judicial. 4.2.2.2. Arbitragem. 4.2.3. Concessão *inaudita altera parte*. 4.2.3.1. Processo judicial. 4.2.3.2. Arbitragem. 4.2.4. Concessão da tutela provisória após audiência de justificação prévia. 4.2.4.1. Processo judicial. 4.2.4.2. Arbitragem. 4.2.5. Irreversibilidade da medida. 4.2.5.1. Processo judicial. 4.2.5.2. Arbitragem. 4.2.6. Atipicidade dos meios de efetivação da tutela provisória. 4.2.6.1. Processo judicial. 4.2.6.2. Arbitragem. 4.2.7. Responsabilidade do autor pela efetivação da tutela provisória. 4.2.7.1. Processo judicial. 4.2.7.2 Arbitragem. 4.2.8. Tutela provisória *ex officio*? 4.2.8.1. Processo judicial. 4.2.8.2. Arbitragem. 4.2.9. Revogabilidade da tutela provisória. 4.2.9.1. Processo

judicial. 4.2.9.2. Arbitragem. 4.2.10. Fundamentação da decisão que examina o pedido de tutela provisória. 4.2.10.1. Processo judicial. 4.2.10.2. Arbitragem. 4.2.11. Fungibilidade entre as modalidades de tutela provisória. 4.2.11.1. Processo judicial. 4.2.11.2. Arbitragem. 4.2.12. Competência para concessão da tutela provisória e consagração da regra da *translatio iudicii*. 4.2.12.1. Processo judicial. 4.2.12.2. Arbitragem. 4.2.13. Especificidades do procedimento da tutela provisória de urgência *antecipada* antecedente. 4.2.13.1. Processo judicial. 4.2.13.2. Arbitragem. 4.2.14. Especificidades do procedimento da tutela provisória de urgência *cautelar* antecedente. 4.2.14.1. Processo judicial. 4.2.14.2. Arbitragem. 4.2.15. Tutela provisória da evidência. 4.2.15.1. Processo judicial. 4.2.15.2. Arbitragem. 4.2.16. Estabilização da tutela e arbitragem. 4.2.16.1. Processo judicial. 4.2.16.2. Arbitragem. 5. Conclusão

## 1. INTRODUÇÃO

Após duas décadas de vigência, a Lei de Arbitragem brasileira sofreu sua primeira reforma, com a promulgação da Lei nº 13.129/2015. A iniciativa de modificar a Lei nº 9.307/1996 – oriunda do Anteprojeto proposto por Carlos Alberto Carmona, Pedro A. Batista Martins e Selma M. Ferreira Lemes, como ápice da *Operação Arbiter*, conduzida por Petronio Muniz – em um primeiro momento preocupou a comunidade dedicada à arbitragem, em razão dos inegáveis avanços obtidos na matéria no período de vigência da lei original.

A Comissão de Juristas dedicada à Reforma da Lei de Arbitragem, presidida pelo Ministro Luís Felipe Salomão e formada majoritariamente por pessoas que reconheciam a necessidade de preservar as conquistas obtidas, encontrou espaço para tratar de temas que haviam atingido a maturidade necessária na comunidade jurídica brasileira, como a arbitrabilidade envolvendo entes públicos, a arbitrabilidade em conflitos societários, a interrupção da prescrição na arbitragem, as medidas urgentes na arbitragem, a sentença parcial, um instrumento formal de comunicação entre árbitros e juízes estatais (carta arbitral).

Na mesma época, promulgou-se também no País o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015 – advinda, com modificações, do Anteprojeto redigido pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux e relatada pela Professora Teresa Arruda Alvim Wambier), trazendo diversas novidades ao sistema processual civil brasileiro. Apresenta-se bastante oportuno, na quadra atual, investigar as inter-relações eventualmente existentes entre estas duas novidades.

Por um lado, é correto dizer que o procedimento descrito no estatuto processual civil estatal não se aplica, obrigatória e automaticamente, salvo escolha expressa pelas partes contratantes, à arbitragem. Não obstante, por outro lado, parece impossível negar que existe uma interação entre

o sistema arbitral e o sistema processual da sede da arbitragem[1], o que se mostra evidente, especialmente por conta da disciplina espartana presente da própria lei de arbitragem, dos regulamentos de arbitragem e também das convenções de arbitragem. Talvez um dos pontos em que esta interação seja mais perceptível seja no trato das medidas urgentes na arbitragem.

A Lei de Arbitragem brasileira – após a Reforma – dedica apenas dois dispositivos ao trato das medidas de urgência na arbitragem. Segundo o art. 22-A da Lei, "antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência". O parágrafo único desse mesmo dispositivo estatui que "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". O art. 22-B, por sua vez, prevê que "instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário". Por fim, o parágrafo único deste dispositivo dispõe que "estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros".

Como se vê, a Lei de Arbitragem brasileira não dispõe sobre os pressupostos para concessão de medidas de urgência e nem estabelece os meios que estão à disposição do tribunal arbitral para permitir a efetivação das decisões proferidas, bem como não apresenta disciplina específica a respeito do chamado "árbitro de emergência", previsto com razoável frequência nos regulamentos de instituições arbitrais nacionais e estrangeiras. Por essa razão, a busca por modelos já testados e reconhecidos no sistema processual da sede da arbitragem representa uma alternativa útil. Neste trabalho, pretende-se apresentar o regime da tutela provisória inaugurado pelo Novo Código de Processo Civil e examinar a interação desse regime oriundo do processo civil estatal com a arbitragem, apontando identidades e diferenças, quando cabível, bem como provocando a reflexão sobre temas que podem se mostrar complexos teórica e praticamente.

## 2. DIREITO PROCESSUAL APLICÁVEL À ARBITRAGEM

O processo judicial é marcado pelo princípio da territorialidade da lei processual, segundo o qual a lei processual aplicável ao processo judicial é, necessariamente, aquela em vigor no local em que o julgador exerce a jurisdição (*lex fori*). Nesse sentido, o art. 1º do Novo Código de

1 Proveitoso nesse sentido o trabalho de Eduardo Parente: PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. São Paulo: Saraiva, 2012, passim.

Processo Civil estabelece que "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código". Não há, no processo judicial, possibilidade de as partes elegerem o direito processual aplicável ao caso.

Na arbitragem é diferente. As partes possuem liberdade para eleger o Direito aplicável não apenas à convenção de arbitragem e ao mérito do litígio como também ao próprio processo arbitral. Essa possibilidade decorre da interpretação do parágrafo primeiro do art. 2º da Lei de Arbitragem, segundo o qual "poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública"[2]. Não se trata de nenhuma peculiaridade da arbitragem brasileira, pois essa possibilidade de escolha do Direito aplicável ao processo arbitral é largamente reconhecida[3].

Segundo Gary Born, na omissão das partes quanto ao direito processual aplicável, the various issues encompassed by the procedural law of the arbitration (both 'internal' and 'external') will be governed by the law of the arbitral seat"[4]. O papel da sede da arbitragem – ou seja, o instituto que relaciona juridicamente a arbitragem a um local específico, normalmente uma cidade e/ou país[5] – não se resume a servir de elemento de conexão subsidiário para fins de definição do Direito processual aplicável à arbitragem[6]. A sede da arbitragem, dentre outras coisas, serve também de limitador à aplicação do Direito escolhido pelas partes caso essa escolha importe, em alguma medida, violação da ordem pública tal como entendida naquele local.

---

2 BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem comercial e internacional. São Paulo: Lex, 2011, p. 194. Em sentido semelhante: DINAMARCO, Cândido Rangel. Arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 45 e 46.

3 FOUCHARD, Philippe. GAILLARD, Emmanuel. GOLDMAN, Berthold. International commercial arbitration. GAILLARD, Emmanuel. SAVAGE, John (edited by). The Hague: Kluwer, 1999, p. 647.

4 BORN, Gary B. International commercial arbitration. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2009, v. I, p. 1.327. Idem: DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 79.

5 Para fins de perfeito entendimento da questão, cumpre esclarecer que a sede da arbitragem, na lição de Gary Born, é "the legal domicile or judicial home of the arbitration", o que, na prática, significa que "the arbitral seat will be the state that the parties have specified in their arbitration agreement as the place of arbitration (or that the arbitrators or an arbitral institution have selected, in the absence of agreement between the parties, as the place of arbitration)" (BORN, Gary B. International commercial arbitration. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2009, v. I, p. 1240).

6 Na doutrina nacional, Adriana Braghetta explica que "o estudo da sede, do ponto de vista jurídico, tem repercussão para: (i) a definição de nacionalidade do laudo com reflexos na execução; (ii) definição da competência do Judiciário para controle do laudo via ação de nulidade; (iii) a lei da sede tem papel subsidiário para regular a validade da convenção arbitral; e (iv) a lei da sede também desempenha papel importante nas disposições procedimentais imperativas, que podem representar limitações à vontade das partes na escolha de instituições, na escolha de árbitros ou mesmo na atuação de advogados, entre outros" (BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem. Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista (Coord.). São Paulo: Atlas, 2007, p. 25). De forma semelhante: GABBY, Daniela Monteiro. MAZZONETTO, Nathalia. KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi. Desafios e cuidados na redação das cláusulas de arbitragem. Arbitragem comercial: princípio, instituições e procedimentos: a prática da CAM-CCBC. BASSO, Maristela. POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (Org.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 111.

## 3. ARBITRAGEM, INSTITUTOS PROCESSUAIS RECONHECIDOS NA SEDE DA ARBITRAGEM E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme estabelecido no item anterior, a arbitragem não se submete, integralmente, ao princípio da territorialidade da lei processual, de modo que as partes podem eleger o Direito processual aplicável à arbitragem. Como dificilmente as partes acordam expressamente a respeito do Direito processual aplicável ao processo arbitral, cumpre ficar atento ao Direito processual da sede da arbitragem, especialmente no que diz respeito às disposições de ordem pública processual. Nesse sentido, importa perquirir em que medida essa preocupação se relaciona à disciplina constante da legislação processual estatal da sede da arbitragem destinada a reger os processos judiciais. No Brasil, a pergunta seria simples: o Novo Código de Processo se aplica à arbitragem sediada em território brasileiro?

Preliminarmente, como já se adiantou acima, cumpre deixar bem claro que o procedimento descrito no estatuto processual civil estatal não se aplica, obrigatória e automaticamente, à arbitragem[7]. Assim, *v.g.*, o prazo e a forma de apresentação da defesa no processo judicial, tal como disposto no Novo Código de Processo Civil, não serão aplicados na arbitragem, em que será observado o procedimento descrito na convenção de arbitragem, no regulamento de arbitragem ou no termo de arbitragem. Na omissão das partes, caberá aos árbitros definir esse procedimento. Da mesma maneira, a ordem e o rito de colheita das provas disposto no diploma processual civil estatal não incidirão na arbitragem.

Não obstante essa inaplicabilidade do procedimento descrito no Novo Código de Processo Civil à arbitragem, os sistemas processual e arbitral não são completamente independentes. Isso porque existe uma relação próxima entre a arbitragem e os institutos processuais reconhecidos na sede da arbitragem. O que se quer dizer é que o procedimento descrito no diploma processual civil estatal não se confunde com os institutos processuais reconhecidos na sede da arbitragem, alguns deles previstos nos códigos de processo civil e outros não. Enquanto o procedimento descrito na legislação processual para os processos judiciais não se aplica na arbitragem, os institutos

---

[7] Também assim: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 289; CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: RT, a. 8, n. 28, jan./mar. de 2011, p. 49; PINTO, José Emilio Nunes. Anotações práticas sobre a produção de prova na arbitragem. Abitragem internacional: Unidroit, Cisg e direito brasileiro. FINKELSTEIN, Cláudio. VITA, Jonathan B. CASADO FILHO, Napoleão (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 83 e MAGALHÃES, José Carlos de. O risco de processualização da arbitragem. Disponível em: http://www.jcmadvs.com.br/download/artigos/processualizacao_arbitragem.pdf. Acessado em: 01.06.2016; LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 180. Em sentido um pouco diverso, admitindo aplicação subsidiária: DINAMARCO, Cândido Rangel. Arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 46.

processuais reconhecidos na sede da arbitragem possuem relevante influência no processo arbitral, pois eles integram o Direito processual da sede da arbitragem e algumas vezes a desconsideração desses institutos poderá redundar em ofensa à ordem pública processual da sede.

Assim, por exemplo, o princípio da não-autoincriminação vigorará ou não na arbitragem a depender do seu reconhecimento e extensão na sede da arbitragem[8]. Da mesma forma, a possibilidade de realização na arbitragem do procedimento probatório conhecido como *discovery* dependerá do seu reconhecimento ou não na sede da arbitragem. Observe-se, ainda, que, na ausência de disposição de lei específica na legislação arbitral, não se admitiria a possibilidade de concessão de medidas de urgência pelos árbitros caso o instituto da tutela provisória (antecipada ou cautelar) não fosse reconhecido na sede da arbitragem. O ônus da prova, caso não disposto na própria lei de arbitragem, seguirá a regra do Direito processual da sede da arbitragem (naqueles ordenamentos, como o brasileiro[9], em que o instituto do ônus da prova é reconhecido como matéria de direito processual e não de direito material).

É importante sempre registrar que, desde que não importe em violação da ordem pública processual da sede da arbitragem, a vontade das partes pode alterar essa relação, bastando que as partes estabeleçam disposições em sentido contrário na convenção de arbitragem, no regulamento de arbitragem ou no termo de arbitragem. De toda forma, essa é a regra geral a ser observada, ou seja, a sede da arbitragem cria um laço entre a disciplina do processo arbitral e os institutos

---

8 No Brasil, o art. 379 do Novo Código de Processo Civil estatui que "preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado". A primeira parte do dispositivo consagra o princípio da não-autoincriminação no âmbito do processo civil. Há dúvida na doutrina, porém, a respeito da sua extensão na seara processual civil. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em interpretação ampla, explicam que "não se pode exigir da parte, em processo contraditório, que faça afirmações que poderiam beneficiar a parte contrária e atuar em detrimento do declarante, vale dizer, não se pode exigir da parte que produza prova contra si mesma" (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 1.009-1.010). Em sentido contrário, reduzindo bastante o alcance do dispositivo antes referido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que "a referência ao direito de não produzir prova contra si deve ser compreendido no contexto de todo o código", sendo certo que "não existe no âmbito civil um 'direito geral de não produzir prova contra si', semelhante ao direito contra a autoincriminação criminal" (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 404). Reduzindo ainda mais a abrangência desse dispositivo, confira-se o entendimento de William Santos Ferreira: "A parte só está autorizada a não produzir prova contra si, para observar a garantia constitucional nos casos em que a prova poderia ser utilizada para acusação da parte no âmbito criminal" (FERREIRA, William Santos. Provas. Breve comentários ao novo código de processo civil. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (Coord.). São Paulo: RT, 2015, p. 1.024).

9 Nesse sentido, confiram-se os seguintes trabalhos: ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Curso de direito processual civil. São Paulo: RT, 1971, v. I, p. 119; ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Manual de direito processual civil. 12. ed. São Paulo: RT, 2008, v. 2, p. 470; LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 28; REGO, Hermenegildo de Souza. Natureza das normas sobre prova. São Paulo: RT, 1985, p. 120; ARRUDA ALVIM, José Manoel de. MICHELI, Gian Antonio. FORNACIARI JÚNIOR, Clito. PELUSO, Antonio Cezar. O ônus da prova e o direito intertemporal. Doutrinas essenciais: processo civil. WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). São Paulo: RT, 2011, p. 743. Na doutrina internacional, confira-se o trabalho de Gaetano Morelli: MORELLI, Gaetano. Derecho procesal civil internacional. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1953, p. 38.

processuais reconhecidos na sede da arbitragem. E é exatamente por essa relação entre a arbitragem e os institutos processuais reconhecidos na sede da arbitragem que se mostra importante analisar as alterações estabelecidas pelo Novo Código de Processo Civil, de modo a se entender o que nessa nova disciplina representa, de fato, o reconhecimento de novos institutos processuais no Brasil e, nos casos positivos, em que medida eles podem repercutir no processo arbitral brasileiro.

## 4. TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ARBITRAGEM

### 4.1. Primeiras noções sobre a nova disciplina da tutela provisória

#### 4.1.1. Processo judicial

O Novo Código de Processo Civil dedica um livro inteiro ao trato da chamada tutela provisória, composto por um pouco menos do que 20 (vinte) dispositivos. A relevância da tutela provisória se assenta em duas questões muitas vezes coincidentes: (i) impedir que o tempo destrua aquilo que o ordenamento jurídico idealiza proteger e (ii) inverter o ônus processual pela demora da prestação jurisdicional definitiva (este ônus normalmente é suportado pelo autor, mas a concessão de uma tutela provisória pode fazê-lo recair sobre os ombros do réu, invertendo a equação tempo-benefício entre os sujeitos do processo). Esses objetivos possuem profunda relação com os mandamentos constitucionais do acesso à justiça e da duração razoável do processo[10].

A tutela provisória descrita do Novo Código de Processo Civil assenta-se na concessão de tutela com base em cognição sumária não-definitiva. Trata-se de cognição sumária porque o julgador decide a seu respeito antes do término da fase instrutória, normalmente *inaudita altera parte* ou logo após a apresentação de defesa. Na prática, a decisão é tomada, em regra, com base no exame de meras provas documentais, não obstante se possa determinar a realização de audiência de justificação prévia para complementação das provas documentais. Trata-se, ademais, de

[10] A esse respeito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, destacando o primeiro aspecto, ensinam que "a CF 5.º XXXV prevê que nenhuma ameaça ou lesão de direito pode ser subtraída da apreciação judicial. A garantia constitucional do direito de ação significa que todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Por tutela adequada deve-se entender a tutela que confere efetividade ao pedido, sendo causa eficiente para evitar-se a lesão (ameaça) ou causa eficiente para reparar-se a lesão (violação)" (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 849).

cognição não-definitiva porque, em regra, depende do seu reexame em decisão posterior – normalmente na sentença – e não se sujeita à coisa julgada material[11].

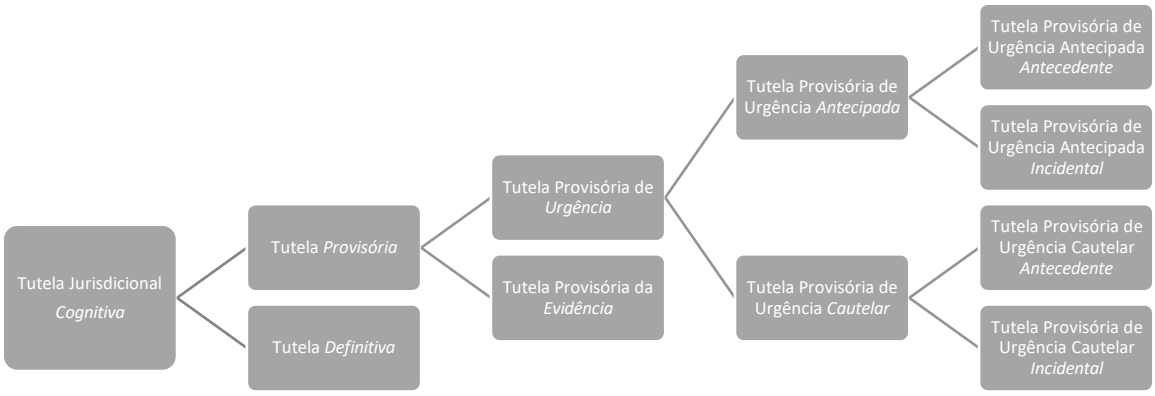
O Novo Código criou uma classificação da tutela provisória razoavelmente diversa daquela prevista no Código de Processo Civil de 1973. O Código revogado possuía (i) regras disciplinando a tutela antecipada *lato sensu*, algumas delas disciplinando a tutela antecipada *stricto sensu* (art. 273) e outras regrando a tutela específica das obrigações de dar, fazer e de não-fazer (arts. 461 e 461-A) e (ii) regras disciplinando a tutela cautelar (arts. 796 a 889). A tutela antecipada apenas poderia ser concedida incidentalmente. Já tutela cautelar, em caráter antecedente ou incidental.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a doutrina tradicional considerava que no primeiro caso – tutela antecipada – a tutela provisória era satisfativa, antecipando-se o próprio bem jurídico ao final pleiteado; enquanto que no último caso – tutela cautelar – se tratava de tutela provisória não-satisfativa, destinada a resguardar o resultado útil do processo. Como exemplo de tutela antecipada, vale mencionar a imissão na posse, a revisão de termos contratuais, a declaração de inexistência de relação jurídica, a construção de muro de arrimo entre duas propriedades, a cessação da poluição de um rio, a abstenção ao desenvolvimento de certa atividade, a determinação de continuação do cumprimento de obrigações contratuais etc. Como exemplos de tutela cautelar, podemos citar a suspensão dos efeitos de deliberação assemblear, o arresto, o sequestro, o arrolamento de bens etc.

O Novo Código mudou bastante esta estrutura, principalmente sob o ponto de vista organizacional. Segundo o Novo Código, há a tutela provisória e a tutela definitiva. No âmbito da tutela provisória, há a tutela de urgência e a tutela da evidência. Na esfera da tutela de urgência, há a tutela antecipada e a tutela cautelar, sendo certo que ambas estas modalidades de tutela provisória podem ser ainda classificadas em tutela antecedente e tutela incidental. A tutela da evidência, segundo a posição até então mais conservadora na doutrina, não comporta ramificações. Esquematicamente, poder-se-ia desenhar a tutela jurisdicional prevista no Novo Código de Processo Civil da seguinte forma:

---

[11] A esse respeito, Arruda Alvim leciona que "as medidas de urgência são, todas, provisórias, pois dependem de confirmação por uma sentença de mérito superveniente" (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 171).




A grande divisão da tutela provisória entre tutela antecipada e tutela cautelar foi em parte mantida e em parte unificada[12]. No que diz respeito aos pressupostos para concessão, a disciplina foi unificada, exigindo-se em ambos os casos a demonstração da "probabilidade do direito" (*fumus boni iuris*) e do "perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo" (*periculum in mora*). Em relação, porém, ao procedimento da tutela provisória de urgência antecedente, o Novo Código criou regramento diverso a depender do caso, dispondo sobre a tutela antecipada nos arts. 303 e 304 e sobre a tutela cautelar nos arts. 305 a 310. Na unificação das tutelas provisórias de urgência, portanto, pode-se dizer que o Novo Código de Processo Civil não *atravessou o Rubicão*[13].

### 4.1.2. Arbitragem

Na arbitragem, as medidas de urgência também se destinam a impedir que o tempo destrua aquilo que o ordenamento jurídico idealiza proteger e inverter o ônus processual pela demora da prestação jurisdicional definitiva. Tal como no processo judicial, também na arbitragem a decisão que concede uma medida de urgência é tomada com base em cognição sumária, ostenta a característica da provisoriedade e não se sujeita à coisa julgada material. A classificação criada pelo Novo Código de Processo Civil pode ser, em parte, utilizada na arbitragem. Assim, é possível falar em tutela definitiva e tutela provisória, em tutela antecipada e tutela cautelar, bem como em tutela antecedente e tutela incidental. No que tange à tutela provisória antecedente à arbitragem,

---

12 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 499.

13 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 487; MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 306; NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 842; MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 457.

como se trata de uma faculdade da parte e não prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, cumpre registrar que a decisão a este respeito pode ser conferida tanto pelo Poder Judiciário ou, quando convencionado pelas partes, mesmo que por simples adesão aos regulamentos de determinadas instituições arbitrais, pelo "árbitro de emergência". O tema da tutela da evidência e a tese da estabilização da tutela provisória serão examinados mais adiante.

Considerando-se a classificação acima esquematizada e narrada, pretende-se, nos próximos itens, examinar as principais características de cada uma dessas espécies de tutela jurisdicional provisória e, a partir disso, relacionar cada um desses pontos à arbitragem.

## 4.2. Tutela provisória de urgência: regime unificado

### 4.2.1. Pressupostos para concessão

#### 4.2.1.1. Processo judicial

No Código de Processo Civil de 1973 havia, ao menos literalmente, uma distinção entre os pressupostos autorizadores da tutela antecipada e da tutela cautelar. No primeiro caso, consoante a previsão do art. 273, o juiz poderia conceder a tutela antecipada quando houvesse "verossimilhança das alegações" e "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação". O parágrafo terceiro do art. 461, ao tratar da tutela antecipada nas obrigações de dar, fazer e não-fazer, estatuía que o juiz poderia conceder a tutela específica liminarmente quando fosse "relevante o fundamento da demanda" e houvesse "justificado receio de ineficácia do provimento final".

No que tange à tutela cautelar, o Código Buzaid, no art. 798, autorizava a concessão de medida cautelar inominada quando houvesse "fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação". Diante dos textos legais, havia quem entendesse que os pressupostos autorizadores dessas medidas seriam diversos, exigindo-se mais para a concessão da tutela antecipada do que para o deferimento da tutela cautelar. O Superior Tribunal de Justiça chegou a decidir que "a tutela cautelar reclama aparência (*fumus boni juris*) e a tutela satisfativa, evidência (prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação)"[14]. Nunca nos pareceu, na verdade, que havia essa diferença[15].

---

[14] STJ, 1. T., REsp. nº 766.236/PR, Min. Luiz Fux, j. em 11.12.2007, D.J. de 04.08.2008.
[15] ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 172-173.

O Novo Código de Processo Civil unificou o tratamento dos pressupostos necessários à concessão da tutela provisória de urgência (antecipada e cautelar). Segundo o art. 300 do novo diploma processual civil, "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". Os pressupostos para concessão da tutela provisória de urgência (antecipada ou cautelar) são, pois, "a probabilidade do direito" e "o perigo de dano ao processo", o que poderia ser melhor sintetizado nas clássicas e universais fórmulas do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*[16]. Presentes esses pressupostos, o julgador *deve* (não há faculdade)[17] conceder a tutela provisória.

O *fumus boni iuris* estará caracterizado se o juiz se convencer, a partir das alegações e provas presentes nos autos, de que é provável que o autor venha a se sagrar vencedor naquele litígio, tenha o pleito natureza satisfativa (tutela antecipada) ou natureza conservativa (tutela cautelar)[18]. O *periculum in mora* estará presente caso o juiz se convença, a partir das alegações e provas presentes nos autos, de que o tempo necessário à concessão da tutela definitiva representa uma ameaça à perfeita fruição do bem jurídico pretendido pelo autor, tenha o pleito natureza satisfativa (tutela antecipada) ou natureza conservativa (tutela cautelar)[19].

Não obstante a unificação dos pressupostos, a doutrina continua a defender, em sua maioria, a existência de distinções ontológicas entre tutela provisória *antecipada* e tutela provisória *cautelar*. Enquanto a tutela antecipada é *satisfativa*, a tutela cautelar é *conservativa*[20]. A tutela antecipada permite a fruição imediata do bem jurídico que o autor pretende lhe seja reconhecido ao final do processo, examinando-se, para tanto, o próprio direito material em disputa. Já a tutela cautelar permite a preservação dos resultados práticos que o processo pretende alcançar, sem que, para tanto, se analise com profundidade o direito material em jogo e, por conseguinte, sem que se ponha o autor desde logo no uso do bem jurídico ao final almejado. Pode-se dizer que na cautelar protege-se para satisfazer; enquanto na tutela antecipada satisfaz-se para proteger[21].

Assim, quando, diante de uma ameaça de dissipação de bens por parte do réu, o julgador concede um pedido de arrolamento de bens (tutela provisória cautelar), o autor não passará a

---

16 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 498.
17 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 858.
18 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 312.
19 MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 472.
20 MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 455.
21 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 488.

usufruir daqueles bens imediatamente. Observe-se que estes bens podem nem mesmo fazer parte da pretensão do autor em si mesmo considerada, mas apenas representar a garantia de solvência do réu em uma futura execução. O autor pode estar buscando a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, razão pela qual a pretensão autoral em si nada se relaciona aos bens dissipados. Porém, a manutenção desses bens sob a titularidade do réu é a garantia de que o autor, caso se sagre vencedor na demanda, poderá fazer recair a execução da decisão sobre esses bens a fim de aliená-los e obter daí o montante indenizatório devido. Mira-se, pois, nesse caso, garantir o resultado do processo, o provimento é conservativo.

Por outro lado, quando o julgador concede um pedido de reintegração de posse liminarmente (tutela provisória antecipada) contra determinado réu invasor, o autor do pedido passará a usufruir imediatamente do próprio bem jurídico perseguido em sua pretensão principal, ou seja, a posse mansa e pacífica daquele determinado bem. Trata-se aqui, efetivamente, de antecipação dos efeitos da decisão que ao final, caso procedente o pedido, seria outorgada ao autor em definitivo. Não se objetiva aqui preservar o resultado futuro do processo, mas conceder ao autor a fruição imediata do bem jurídico que corresponde à sua pretensão principal. Neste caso, portanto, o provimento é satisfativo.

#### 4.2.1.2. Arbitragem

Na arbitragem, a concessão de tutela provisória deve observar também os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. A Lei de Arbitragem brasileira poderia dispor diversamente a respeito desses requisitos, mas preferiu silenciar a respeito. Por essa razão, deve-se buscar esses requisitos no Direito processual brasileiro (sede da arbitragem). Destaque-se que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* não são requisitos para a concessão de tutela provisória na arbitragem porque se aplicaria ao processo arbitral o Código de Processo Civil. O fundamento não é exatamente este, mas sim o fato de que esses requisitos integram o Direito processual brasileiro. Coincidentemente esses requisitos estão dispostos no estatuto processual civil, mas poderiam não estar e ainda assim se aplicariam à arbitragem.

A distinção entre tutela provisória de urgência *antecipada* e tutela provisória de urgência *cautelar* também se aplica, teoricamente, na arbitragem, mas as consequências práticas dessa distinção são, na verdade, reduzidas. Tal como no processo judicial, a tutela provisória de urgência antecipada se destina a satisfazer, desde logo, o direito que o autor pretende ver reconhecido por

ocasião a prolação da sentença arbitral, permitindo-lhe o uso do bem jurídico almejado desde já. A tutela provisória de urgência cautelar pretende assegurar o resultado útil do processo arbitral, mas não confere ao autor, antecipadamente, o bem jurídico objeto de sua pretensão. Como os requisitos para concessão dessas duas espécies de tutela provisória são os mesmos, inclusive na arbitragem, a distinção acaba se limitando ao campo acadêmico.

#### 4.2.2. Contracautela

##### 4.2.2.1. Processo judicial

O parágrafo primeiro do art. 300 estabelece que "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". Convencendo-se o juiz da necessidade de conceder a tutela provisória, mas receoso dos danos que a sua efetivação possa causar ao réu[22], o Código estabelece a faculdade de o julgador exigir do autor a apresentação de caução, o que normalmente é designado pela doutrina especializada de contracautela[23].

A caução pode ser real ou fidejussória, cabendo ao julgador examinar qual dessas modalidades é mais adequada para assegurar o ressarcimento do réu a respeito de eventuais prejuízos, devendo-se levar em conta, para tanto, a liquidez da caução e as possibilidades à disposição do autor do pedido. A exigência de contracautela não pode ser de tal forma excessiva que inviabilize ou impossibilite a efetivação da tutela provisória pelo autor. Afinal, o réu sempre terá à sua disposição a possibilidade de cobrar do autor as perdas e danos pelos eventuais prejuízos decorrentes da tutela provisória, nas hipóteses descritas no art. 302 do Novo Código.

##### 4.2.2.2. Arbitragem

Na arbitragem, os árbitros também podem condicionar a concessão e/ou efetivação da tutela provisória ao oferecimento de contracautela pelo requerente, real ou fidejussória. É de se dizer que, caso os árbitros não tenham determinado a apresentação de contracautela e o destinatário da tutela provisória não cumpra a decisão espontaneamente, será necessário contar com o auxílio do Poder

---

22 MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 474.
23 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 176.

Judiciário para efetivar a decisão dos árbitros à força. Nesse momento, o juiz togado poderá exigir contracautela, pois o juiz togado possui competência para decidir matérias relacionadas exclusivamente à execução da medida, desde que isso não importe em alteração do mérito da decisão concessiva de tutela provisória proferida pelo tribunal arbitral.

### 4.2.3. Concessão *inaudita altera parte*

#### 4.2.3.1. Processo judicial

O parágrafo segundo do art. 300 do Código estatui que "a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia". O Código utiliza o advérbio *liminarmente* para se referir à possibilidade de o julgador conceder a tutela provisória *inaudita altera parte*, ou seja, antes mesmo de ser conferida ao réu a oportunidade de se manifestar sobre o pedido do autor, o que é corroborado pelos incisos I e II do parágrafo único do art. 9º do Código.

Trata-se de uma flexibilização ao princípio do contraditório, já que a decisão será proferida em desfavor de quem ainda não teve a oportunidade de se manifestar. Isso significa que a concessão da tutela provisória sem oitiva da outra parte requer uma fundamentação especial, evidenciando a relevância dos motivos que autorizam a concessão da medida *inaudita altera parte*, tudo dentro do poder do juiz de dirigir o processo. Essa possibilidade, portanto, é rigorosamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, ao menos quando ficar caracterizado no caso concreto que o tempo necessário à oitiva do réu poderá comprometer fatalmente o direito potencialmente tutelado[24]. Nesses casos, sacrifica-se temporariamente o princípio do contraditório para privilegiar o princípio da efetividade do processo, preservando-se, neste juízo de proporcionalidade, a compatibilidade constitucional da medida[25].

#### 4.2.3.2. Arbitragem

Como o Direito processual brasileiro admite a concessão de tutela provisória *inaudita altera parte*, os árbitros também poderão se valer da possibilidade de deferir tutela provisória antes mesmo da oitiva do requerido. Essa possibilidade se mostra bastante relevante em relação ao chamado árbitro de emergência, previsto em alguns regulamentos de arbitragem. Mas mesmo no

[24] MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 475.
[25] NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p 858.

curso da arbitragem, após a constituição do tribunal arbitral, pode surgir uma emergência demonstrada em condições que justifiquem a concessão de tutela provisória *inaudita altera parte*. A decisão do árbitro de emergência ou do tribunal arbitral que conceda tutela provisória *inaudita altera parte* não viola, *per si*, o princípio da contraditório.

Considerando, porém, a flexibilidade procedimental na arbitragem e, por conseguinte, a facilidade com que partes e árbitros podem se comunicar – via telefone, e-mail etc. –, é de se esperar e exigir muito cuidado na concessão tutela provisória sem a oitiva da parte contrária. Muitas vezes, a designação de audiência especial (audiência de justificação prévia) no prazo de 48 (quarenta e oito) horas para tratar apenas e tão-somente do pedido liminar, mesmo que realizada por *conference call*, se mostra mais adequada, caso isso não importe em inocuidade da tutela provisória requerida. No caso de concessão *inaudita altera parte*, os árbitros devem providenciar o mais brevemente possível a oportunidade para o requerido se manifestar e, nessa hipótese, tratar de apreciar seus argumentos com urgência para fins de confirmar, modificar ou revogar a tutela provisória deferida.

### 4.2.4. Concessão da tutela provisória após audiência de justificação prévia

#### 4.2.4.1. Processo judicial

Não sendo o caso de concessão liminar da tutela provisória, o julgador pode designar a chamada *audiência de justificação prévia*, tenha a tutela provisória natureza antecipada ou cautelar[26]. A audiência de justificação prévia é uma audiência especialmente designada em que o julgador, valendo-se do princípio da oralidade e do princípio da identidade física, poderá colher mais elementos para tomada de sua decisão, seja interrogando diretamente o autor, seja permitindo a apresentação de mais provas, notadamente provas testemunhais[27], com o intuito exclusivo de checar tempestivamente[28] se os pressupostos autorizadores da tutela provisória estão presentes[29].

A audiência de justificação prévia pode ser designada a qualquer momento no processo, já que o pedido de tutela provisória pode ser pleiteado igualmente a qualquer momento do processo[30].

---

[26] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 500.
[27] MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 475.
[28] ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 174.
[29] MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 475.
[30] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 313.

No caso de tutela provisória requerida antes da integração do réu à relação processual – ou seja, antes de sua citação –, entendemos que o julgador pode designar audiência de justificação prévia apenas com a presença do autor ou mesmo com a presença do réu, que deverá ser citado e intimado apenas para comparecer a esta audiência, tudo a depender do grau de urgência envolvido no caso. O mais importante é permitir que se possam colher elementos suficientes para que eventual direito ameaçado seja adequadamente protegido.

4.2.4.2. Arbitragem

A realização de audiência prévia à concessão de medidas de urgência na arbitragem constitui uma prática bastante comum na arbitragem. Com efeito, dada a flexibilidade procedimental da arbitragem, a designação de audiência especial (audiência de justificação prévia), mesmo que realizada por *conference call*, se mostra bastante adequada. Diante da facilidade de comunicação entre árbitros e partes, dificilmente será o caso de agendar uma audiência especial sem a presença de ambas as partes. Todavia, em situações realmente excepcionalíssimas, em que não se logre êxito em localizar o requerido e que, ainda assim, a realização da audiência se mostre adequada e justificável, a audiência especial pode ser realizada apenas com a presença do requerente. Em seguida, evidentemente, os árbitros deverão tomar todas as medidas possíveis para garantir a oitiva da parte contrária.

4.2.5. Irreversibilidade da medida

4.2.5.1. Processo judicial

O parágrafo terceiro do art. 300 do novo diploma processual civil dispõe que "a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão". A princípio, o mencionado dispositivo impede que a tutela provisória seja concedida quando houver risco de irreversibilidade, o que faz todo sentido em se tratando de medidas de natureza provisória, concedidas com base em cognição sumária. Este risco de irreversibilidade estará mais presente nas tutelas provisórias *antecipadas*, mas não parece lícito afastar *a priori* esse risco nas tutelas provisórias *cautelares*[31].

[31] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 501.

A irreversibilidade mencionada é uma irreversibilidade fática e não jurídica. Afinal, toda e qualquer decisão é juridicamente reversível até que ela seja imunizada pela coisa soberanamente julgada (ou seja, coisa julgada material formada após o decurso do prazo de ajuizamento da ação rescisória)[32]. É interessante observar que existe dúvida na doutrina em saber se a possibilidade de reparação em dinheiro do prejuízo sofrido pelo réu em razão da concessão da tutela provisória seria suficiente para caracterizar como reversível a situação no plano fático[33].

É preciso muito cuidado na adoção da fórmula segundo a qual tudo que é passível de conversão em perdas e danos é reversível. Construída tal premissa, rigorosamente nada, então, seria irreversível, pois praticamente tudo no mundo jurídico pode ser objeto de apreciação pecuniária, bastando pensar no exemplo das indenizações por danos morais decorrentes de violações a direitos da personalidade. A verdade é que muitas vezes a reparação por perdas e danos funciona como uma substituição imperfeita ao bem jurídico que se perdeu. Sob o ponto de vista financeiro, pode-se até enxergar identidade, mas esse encaixe perfeito não existe no mundo ontológico.

Podem ocorrer situações em que a não concessão da tutela provisória também pode causar uma alteração irreversível no mundo dos fatos, mas desta vez em prejuízo do autor e não do réu. Nesses casos, o julgador se deparará, na realidade, com duas irreversibilidades fáticas em sentidos opostos, uma que poderá decorrer do deferimento da medida provisória (em prejuízo do réu) e outra que poderá advir do indeferimento da mesma medida (em prejuízo do autor)[34].

Essas situações existem no dia-a-dia, não há controvérsia sobre isso. O complexo é definir um critério adequado de solução desse *conflito de irreversibilidades fáticas*. Nesses casos, não há muitas alternativas, o julgador deverá realizar mesmo uma ponderação de valores, interesses e direitos em jogo para verificar, no caso concreto, qual é o bem jurídico mais relevante que deve ser preservado, ainda que isso possa causar irreversibilidade fática em prejuízo de uma das partes do processo[35], conforme já decidido, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça[36].

---

32 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 501. Idem: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 859 e MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 476.

33 Em sentido negativo: ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 175. Em sentido positivo: MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 476.

34 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 501.

35 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 173 e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 501.

36 STJ, 3. T., REsp. nº 801.600/CE, Min. Sidnei Beneti, j. em 15.12.2009, D.J. de 18.12.2009.

#### 4.2.5.2. Arbitragem

A irreversibilidade fática da medida também é um requisito (negativo) que se aplica à tutela provisória requerida na arbitragem. Em outras palavras, a concessão da tutela provisória na arbitragem também está sujeita ao obstáculo da irreversibilidade fática. É de se destacar, novamente, que o requisito negativo da irreversibilidade não se aplica na arbitragem porque esteja presente no Código de Processo Civil, mas sim porque integra a própria natureza da tutela provisória, tal como entendida no Direito processual brasileiro. A provisoriedade pressupõe reversibilidade, pois, do contrário, seria definitividade e aí o ordenamento jurídico não admitiria o risco de concessão de decisões definitivas com base em cognição meramente sumária.

De toda forma, também na arbitragem pode ocorrer uma situação de *conflito de irreversibilidades fáticas*, em que tanto o deferimento da tutela provisória quanto o seu indeferimento causem irreversibilidade no plano dos fatos. Nesses casos, os árbitros deverão realizar uma ponderação de interesses, bens jurídicos e direitos e optar, num juízo de proporcionalidade, pelo mal menor. A irreversibilidade fática, portanto, cede também na arbitragem diante da relevância do direito a ser protegido e da gravidade da urgência a ser contornada. O juízo de valor a respeito da irreversibilidade da medida é exclusividade dos árbitros, razão pela qual, em regra, se trata de aspecto também insuscetível de controle pelo Poder Judiciário.

### 4.2.6. Atipicidade dos meios de efetivação da tutela provisória

#### 4.2.6.1. Processo judicial

O art. 497 do Novo Código dispõe que "o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória". Pouco depois, o art. 301 do mesmo Código estabelece que "a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito".

Estes dispositivos representam a adoção, generalizada, da atipicidade dos meios de efetivação da tutela provisória, o que confere grande liberdade ao julgador para escolher e determinar aquele meio que melhor se encaixe ao resultado prático almejado na hipótese *sub*

*judice*[37]. Há, pois, uma grande liberdade na escolha do meio processual mais adequado para garantir a efetividade da tutela provisória, sendo certo que o juiz, nessa escolha, pode deferir aquele meio processual requerido expressamente pela parte beneficiária da tutela provisória ou determinar a efetivação por qualquer outro meio escolhido *ex officio*. Não há vinculação do juiz ao meio processual requerido pela parte[38].

Trata-se, em outras palavras, do reconhecimento do que também poderíamos denominar de "cláusula geral de efetividade da tutela"[39], o que engloba tanto as medidas de natureza antecipada quanto as medidas de natureza cautelar[40]. Observe-se que nada impede que o juiz empregue, num primeiro momento, um determinado meio de efetivação da tutela provisória e, depois, a depender da eficiência desse meio, adote uma outra técnica, mais rigorosa ou mais branda. Em casos graves de descumprimento manifestamente doloso, o julgador pode até remeter cópias dos autos ao Ministério Pública para fins de apuração de crime de desobediência[41].

4.2.6.2. Arbitragem

O árbitro também detém total liberdade para escolher o meio processual mais adequado para efetivar a tutela provisória concedida no processo arbitral. Aplica-se, pois, na arbitragem a designada "cláusula geral de efetividade da tutela", sendo certo que o tribunal arbitral não está vinculado ao pedido da parte – especificamente – em relação ao meio processual necessário à efetivação da medida.

O meio processual de efetivação da medida pode ser determinado *ex officio*. Assim, o requerente pode ter solicitado ao tribunal arbitral, por exemplo, a imposição de uma multa diária para coagir o requerido a entregar-lhe determinado bem móvel, mas os árbitros acabem por achar mais adequado determinar diretamente a busca-e-apreensão (deferida pelos árbitros, mas executada com o apoio do Poder Judiciário). Não há nenhuma ilegalidade.

Caso o requerido não cumpra espontaneamente a decisão concessiva da tutela provisória, será necessária a cooperação do Poder Judiciário para efetivá-la à força. O deferimento ou não do

---

37 MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 782.
38 STJ, 3. T., REsp. nº 1.178.500/SP, Min. Nancy Andrighi, j. em 04.12.2012, D.J. de 18.12.2012.
39 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 178.
40 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 313 e NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 860.
41 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 178.

pedido de tutela provisória, contudo, é da competência exclusiva do tribunal arbitral, não devendo o Poder Judiciário, em regra, se imiscuir no exame da presença ou não dos requisitos – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – necessários ao deferimento da tutela provisória[42].

4.2.7. Responsabilidade do autor pela efetivação da tutela provisória

4.2.7.1. Processo judicial

O art. 302 do novo estatuto processual dispõe que "independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I – a sentença lhe for desfavorável; II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor".

Este dispositivo garante ao réu a possibilidade de responsabilizar o autor, em razão de algumas circunstâncias, pelos danos que aquele tenha sofrido em razão da efetivação da tutela provisória. Há dúvida na doutrina em saber se essa responsabilidade do autor pelos prejuízos causados é objetiva[43] ou subjetiva[44]. A maioria da doutrina que até então comentou o Novo Código de Processo Civil considera que a responsabilidade (processual) do autor pelos danos causado ao réu pela efetivação da tutela provisória é objetiva, contanto que, evidentemente, incidam uma das hipóteses dos incisos I a IV do art. 302 do novo diploma processual. Trata-se de posicionamento tradicional, que também se repetia sob a égide do revogado Código de 1973.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a partir da interpretação que se dava à questão sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, a jurisprudência pacificamente entendia que se tratava de responsabilidade objetiva[45]. A questão é realmente interessante e torna-se ainda mais

---

42 TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015. Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: a. 12, n. 46, jul./set. de 2015. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 07.06.2016.

43 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 176; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 503; NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 848-849 e MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 484.

44 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 314.

45 STJ, 3. T., REsp. nº 1.236.874/RJ, Min. Nancy Andrighi, j. em 11.12.2012, D.J. de 19.12.2012; STJ, 4. T., REsp. nº 1.191.262/DF, Min. Luis Felipe Salomão, j. em 25.09.2012, D.J. de 16.10.2012; STJ, 3. T., REsp. nº 1.327.056/PR, Min. Nancy Andrighi, j. em 24.09.2013, D.J. de 02.10.2013; STJ, 3. T., REsp. nº 127.498/RJ, Min. Waldemar Zveitar, j. em 20.05.1997, D.J. de 22.09.1997.

complexa considerando-se duas circunstâncias. Primeiramente, a lei processual não afirma expressamente que se trata de responsabilidade (processual) objetiva, pois não utiliza expressões como “independentemente de culpa” ou “responde objetivamente”, tradicionais em textos legais a esse respeito. Ademais, parece realmente inadequado que a parte que tenha obtido de boa-fé uma decisão judicial fundamentada concessiva de tutela provisória seja penalizada objetivamente porque, posteriormente, essa mesma decisão tenha sido revertida fundamentadamente.

#### 4.2.7.2 Arbitragem

Na arbitragem, não há regra específica determinando a responsabilidade objetiva do requerente da medida pelos prejuízos causados ao requerido. Não obstante, como a efetivação forçada da decisão se dará com a cooperação do Poder Judiciário, em um processo judicial, a questão da responsabilidade subjetiva ou objetiva do requerente será objeto de debate.

Não obstante a posição majoritária na doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, construída na vigência do Código de 1973, em favor da responsabilidade objetiva do requerente pelos prejuízos causados ao requerido, ousamos entender que se trata de responsabilidade subjetiva. Primeiramente, há que se registrar que não há, na lei, disposição expressa tratando o fenômeno como hipótese de responsabilidade objetiva, pois não se utilizam expressões como “independentemente de culpa” ou “responde objetivamente”, tradicionais em textos legais a esse respeito.

Como se não bastasse, parece realmente inadequado que a parte que tenha obtido de boa-fé uma decisão arbitral fundamentada, concessiva de tutela provisória, seja depois penalizada objetivamente porque outra decisão também fundamentada a tenha alterado ou revogado. Tenha-se em conta que tanto em processos arbitrais quanto em processos judicias, complexas questões de fato e de direito são submetidas a árbitros e juízes, comportando decisões com soluções diferentes e, em alguns casos, até mesmo em sentido opostos.

A decisão concessiva da tutela provisória proferida pelo tribunal arbitral legitima, juridicamente, a efetivação da medida, razão pela qual a sua atuação no mundo dos fatos, a partir da iniciativa do requerente, não possui nada de ilícito. Demonstrado, porém, que o requerente agiu de má-fé, caracteriza-se o ato ilícito e a culpa do requerente, tudo a autorizar a sua responsabilidade pelos prejuízos causados ao requerido pela efetivação da medida.

Independentemente de se adotar a tese da responsabilidade subjetiva ou objetiva, dúvida que surge na arbitragem consiste em saber se esses prejuízos deverão ser liquidados pelos árbitros nesta mesma arbitragem, por árbitros em uma outra arbitragem ou pelo Poder Judiciário, nos mesmos autos judiciais em que a decisão concessiva da tutela provisória tenha sido efetivada. Tendemos a sustentar essa última opção, já que o prejuízo terá decorrido da efetivação da decisão concessiva da tutela provisória realizada no âmbito judicial.

### 4.2.8. Tutela provisória *ex officio*?

#### 4.2.8.1. Processo judicial

A possibilidade de concessão de tutela provisória *ex offico* na vigência do Código de Processo Civil de 1973 dependia da natureza da tutela. Caso se tratasse de tutela provisória *antecipada*, não era possível a concessão de ofício, pois o *caput* do art. 273 do Código revogado exigia expressamente "requerimento da parte". Já na hipótese de tutela provisória *cautelar*, era possível a concessão sem requerimento da parte.

A justificativa para essa diferença, além dos termos legais, estava em que a tutela provisória *antecipada* dizia respeito ao próprio bem jurídico pleiteado pelo autor, envolvendo alto grau de satisfatividade, razão pela qual não poderia o juiz agir de ofício, sob pena de violar o princípio da inércia da jurisdição. A tutela antecipada, em outras palavras, dizia respeito mais estritamente aos interesses particulares da parte. Já na tutela provisória *cautelar*, pretendia-se, na verdade, a garantia de que o processo alcançaria o seu resultado útil. Almejava-se, pois, uma finalidade pública, relacionada à conservação da eficácia do processo e não, exatamente, a satisfação do direito das partes. Por conta desse viés público que circundava a tutela provisória cautelar, admitia-se a sua concessão *ex officio* pelo juiz, inclusive o Superior Tribunal de Justiça[46].

O Novo Código de Processo Civil não dispõe explicitamente sobre a necessidade de "requerimento da parte" e nem autoriza expressamente a concessão "de ofício" de tutela provisória. Na doutrina, já há divergências a respeito, alguns entendendo que ao menos a tutela cautelar pode

[46] STJ, 3. T., REsp. nº 1.178.500/SP, Min. Nancy Andrighi, j. em 04.12.2012, D.J. de 18.12.2012 e STJ, 3. T., REsp. nº 777.293/RS, Min. Paulo Furtado, j. em 09.02.2010, D.J. de 24.02.2010.

ser concedida *ex officio*[47] e outros entendendo que nenhuma modalidade de tutela provisória pode ser concedida de ofício[48].

Parece exagerado admitir a possibilidade de o Poder Judiciário conceder tutela provisória *antecipada* independentemente de pedido da parte. Isso representaria uma indevida e excessiva intervenção do Estado na vida privada, como se o cidadão fosse incapaz de agir por conta própria, além de repercussões sérias no âmbito do quesito imparcialidade. De outra forma, todavia, exigir o requerimento da parte para a concessão de tutela provisória *cautelar* poderia também sujeitar o próprio processo – e, portanto, o ofício jurisdicional – a um desenvolvimento inócuo, o que igualmente não é desejado.

#### 4.2.8.2. Arbitragem

A posição tradicional do ordenamento jurídico brasileiro consiste em não admitir a concessão de tutela provisória de urgência antecipada *ex officio*, mas apenas mediante requerimento da parte. A dúvida, inaugurada pelo Novo Código de Processo Civil, é saber se a tutela provisória de urgência cautelar ainda pode ser concedida de ofício, como ocorria no Código Buzaid. O que se pode dizer, com toda certeza, é que não se admite na arbitragem com sede no Brasil a concessão de ofício pelo tribunal arbitral de tutela provisória de urgência *antecipada*. Essa possibilidade violaria o princípio da inércia da arbitragem, o princípio da livre iniciativa das partes na arbitragem e, possivelmente, o dever de imparcialidade dos árbitros.

### 4.2.9. Revogabilidade da tutela provisória

#### 4.2.9.1. Processo judicial

O art. 296 do Novo Código estabelece que "a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada". Como a tutela provisória é concedida mediante cognição sumária, é natural que esteja mesmo sujeita a modificações a qualquer tempo. O que interessa investigar é em que condições a tutela provisória

---

[47] MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 484.
[48] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 307.

antes concedida pode ser alterada ou revogada ou, então, em que condições a tutela provisória antes denegada pode ser concedida, no todo ou em parte. Há preclusão *pro iudicato* nesta matéria?

A doutrina costuma entender que a modificação da decisão que tenha examinado a tutela provisória – seja para concedê-la, seja para denegá-la – somente poderia ocorrer diante de uma *situação fática superveniente*, o que envolveria, por exemplo, novos documentos, depoimentos etc[49]. Esta alteração normalmente diz respeito a novos fatos e/ou novas provas, mas, segundo nos parece, o direito superveniente também pode justificar a modificação dessa decisão, o que engloba não apenas alterações nas leis eventualmente incidentes no caso – respeitadas as normas de Direito Intertemporal – como também e principalmente mudança jurisprudencial relevante.

4.2.9.2. Arbitragem

Na arbitragem, a matéria precisa ser enfrentada em três cenários: (i) quando o pedido de tutela provisória é feito ao Poder Judiciário antes de instituída a arbitragem, (ii) quando, por autorização das partes, o pedido de tutela provisória é feito ao "árbitro de emergência", antes da instituição da arbitragem e (iii) quando o pedido de tutela provisória é feito diretamente aos árbitros, depois de instituída a arbitragem.

No primeiro caso, importa dizer que o art. 22-B da Lei de Arbitragem estabelece que "instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário". Trata-se, como se disse, da hipótese em que uma tutela provisória de urgência é requerida em caráter antecedente ao Poder Judiciário e, depois de instituída a arbitragem, passa a ser reexaminada pelo tribunal arbitral. Neste caso, a decisão judicial deve ser confirmada, modificada ou revogada pelos árbitros sem que seja necessária qualquer alteração no mundo fático, probatório ou jurídico, pois trata-se, na verdade, de conferir a quem de fato possui jurisdição sobre a causa o poder de conceder ou não tutelas provisórias.

Tenha-se como certo, até mesmo pelo verbo utilizado pelo legislador no art. 22-A da Lei de Arbitragem, que o recurso ao Poder Judiciário para obtenção de tutela provisória antecedente à arbitragem é uma faculdade das partes. É inegável, por outro lado, que os árbitros com jurisdição

[49] ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 172; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 490; MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 461 e MITIDIERO, Daniel. Tutela provisória. Breve comentários ao novo código de processo civil. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (Coord.). São Paulo: RT, 2015, p. 777.

conferida pelas partes para decidir o mérito da arbitragem têm também poder para conhecer e decidir medidas liminares, na forma do parágrafo único do art. 22-B da Lei nº 9.307/1996. Não há, assim, qualquer óbice a que as partes livremente convencionem a figura do "árbitro de emergência" ou adiram a regulamentos institucionais que contenham a previsão de sua instituição.

Neste caso, instituída a arbitragem, os árbitros possuem o dever de reexaminar a decisão proferida pelo "árbitro de emergência", seja para confirmá-la, modificá-la ou revogá-la, tudo de acordo com o *caput* do art. 22-B da Lei. Também neste caso, não há necessidade de qualquer alteração no mundo fático, probatório ou jurídico, pois trata-se, na verdade, de conferir a quem de fato possui jurisdição sobre a causa – o tribunal arbitral – o poder de conceder ou não tutelas provisórias deferidas pelo "árbitro de emergência".

No que respeita, todavia, à tutela provisória concedida pelos próprios árbitros depois de instituído o processo arbitral, está ela, obviamente, sujeita a alteração ou revogação a qualquer tempo na arbitragem, desde que surja alteração fática superveniente ou direito superveniente (respeitadas, neste último caso, as regras de Direito Intertemporal). Não é possível que a decisão concessiva ou denegatória da tutela provisória seja revista simplesmente porque os árbitros pensaram melhor ou mudaram de ideia, mas apenas diante de novos fatos, novas provas ou direito novo, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica.

Desnecessário dizer que no momento de prolação da sentença arbitral, com a alteração desse quadro, o tribunal arbitral poderá alterar ou revogar a decisão que antes tenha examinado o pedido de tutela provisória.

### 4.2.10. Fundamentação da decisão que examina o pedido de tutela provisória

#### 4.2.10.1. Processo judicial

Segundo o art. 298 do novo diploma processual civil, "na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso". Em linha com a previsão constitucional do inciso IX do art. 93, o Novo Código exige que qualquer decisão relacionada à tutela provisória seja adequadamente fundamentada, seja para conceder, modificar, denegar ou revogar o pedido[50].

[50] ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 172.

O Novo Código foi bastante atento em relação ao dever de fundamentação das decisões judiciais, dispondo sobre a matérias em vários dispositivos. Nesse sentido, o art. 11 do Código estabelece que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". Como se não bastasse, o parágrafo primeiro do art. 489 estabelece ainda uma lista bastante extensiva de requisitos para que uma decisão seja considerada – *a contrario sensu* – fundamentada.

O parágrafo segundo desse mesmo dispositivo estatui também que "no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão". No que tange especificamente à tutela provisória, este conjunto de dispositivos significa, em outras palavras, que muitas das fórmulas comumente utilizadas – como, p.ex., a decisão simplesmente fundamentada no sentido de que "presentes os pressupostos legais, defiro a tutela antecipada" – terão que ser repensadas para se adequar ao novo tratamento legal.

4.2.10.2. Arbitragem

A Lei de Arbitragem brasileira, no inciso II do art. 26, estatui que "são requisitos obrigatórios da *sentença* arbitral (...) os *fundamentos da decisão*, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade".

A princípio, poder-se-ia imaginar que o dever de fundamentação na arbitragem como sede no Brasil se estenderia apenas e tão-somente às *sentenças*, mas não às ordens processuais (decisões interlocutórias) e nem, assim, às decisões concessivas ou denegatórias de tutela provisória. A Lei de Arbitragem, na verdade, disse menos do que prescreve (*lex minus dixit quam voluit*), pois é inegável que o dever de fundamentação se aplica a todos os provimentos com conteúdo decisório na arbitragem.

Com efeito, a decisão que concede, denegue ou altere a tutela provisória deve ser fundamentada. Não se aplica, com exatidão, na arbitragem a lista de requisitos prevista no parágrafo primeiro do art. 489 do Novo Código de Processo Civil para fins de se considerar fundamentada ou não uma decisão. De toda forma, a ideologia por trás dessa previsão legal do Novo Código irriga o processo arbitral, de modo que os provimentos com conteúdo decisório na arbitragem devem examinar, precisa e profundamente, os argumentos das partes, expondo

logicamente e com referência aos fatos presentes nos autos e ao Direito aplicável as razões pelas quais se entendeu por conceder, denegar ou modificar uma medida de urgência.

4.2.11. Fungibilidade entre as modalidades de tutela provisória

4.2.11.1. Processo judicial

O Código de Processo Civil de 1973 estabelecia, no parágrafo sétimo do art. 273, que "se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado". Literalmente, o dispositivo permitia que um pedido formalmente intitulado de tutela antecipada fosse recebido e concedido como um pedido de tutela cautelar. Nada se dizia, porém, a respeito do oposto, isto é, quando um pedido contendo natureza antecipada fosse feito sob as vestes cautelares. Não obstante, a jurisprudência consagrou a chamada fungibilidade de mão dupla entre as tutelas de urgência[51].

O Novo Código de Processo Civil foi mais econômico no trato da matéria. O novo diploma processual dedicou apenas um dispositivo (parágrafo único do art. 305) para tratar da fungibilidade entre as tutelas de urgência. O mencionado dispositivo de lei prevê que "caso entenda [o juiz] que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303". Com efeito, se a parte fizer um pedido que contenha natureza de tutela provisória antecipada, não obstante intitulada tutela provisória cautelar, aplicar-se-á a fungibilidade. Nada se diz da hipótese inversa. Além disso, o dispositivo somente prevê a fungibilidade entre as tutelas requeridas em caráter antecedente, mas não em caráter incidental, o que pode gerar novas dúvidas[52].

Consideramos que há ampla fungibilidade entre as espécies de tutela provisória de urgência, tanto no que diz respeito à natureza (antecipada ou cautelar), quanto no que tange ao momento em

---

51 Nesse sentido, admitindo pedido intitulado de tutela antecipada como tutela cautelar, confira-se: STJ, 2. T., REsp. nº 900.064/RS, Min. Mauro Campbell Marques, j. em 03.08.2010, D.J. de 24.08.2010; STJ, 2. T., REsp. nº 1.011.061/BA, Min. Eliana Calmon, j. em 24.03.2009, D.J. de 23.04.2009; STJ, 3. T., REsp. nº 627.759/MG, Min. Nancy Andrighi, j. em 25.04.2006, D.J. de 08.05.2006. E admitindo pedido intitulado de tutela cautelar como tutela antecipada, examine-se: STJ, 3. T., REsp. nº 1.150.334/MG, Min. Massami Uyeda, j. em 19.10.2010, D.J. de 11.11.2010; STJ, 4. T., REsp. nº 686.209/RS, Min. João Otávio de Noronha, j. em 03.11.2009, D.J. de 16.11.2009.

52 Identificando corretamente o problema, confira-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: "O novo Código não repetiu com a mesma extensão a regra da fungibilidade entre as tutelas que podem ser obtidas mediante a técnica antecipatória, na medida em que o art. 305, parágrafo único, CPC, refere-se às tutelas provisórias requeridas em caráter antecedente" (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 307-308).

que é requerida (em caráter antecedente ou em caráter incidental)[53]. É possível dizer, nesse sentido, que a fungibilidade da tutela provisória de urgência no Novo Código de Processo Civil é uma via de várias mãos, na verdade. Apesar de o Código não dispor literalmente a esse respeito, parece-nos que este entendimento é condizente com a principiologia do novo diploma processual de fazer render os processos, superando irregularidades e aplicando, em máximo grau, o princípio da instrumentalidade das formas.

No que diz respeito à fungibilidade entre a tutela provisória de urgência e a tutela provisória da evidência, a questão parece um pouco mais delicada. Não parece absurdo, porém, imaginar uma hipótese em que a parte apresente um pedido de tutela provisória de urgência antecipada em caráter incidental com base em relevante documentação e o juiz, convencido da evidência do direito do autor, mas sem enxergar qualquer urgência na medida, conceda a tutela provisória da evidência em vez da tutela provisória de urgência antecipada[54].

4.2.11.2. Arbitragem

Na arbitragem aplica-se a fungibilidade entre as espécies de tutela provisória, de modo que se a parte intitular o seu pedido de tutela cautelar (tutela provisória de urgência cautelar, na linguagem do Novo Código) quando, na verdade, se trata de medida com conteúdo de tutela antecipada (tutela provisória de urgência antecipada, na terminologia do Novo Código), os árbitros estão autorizados a aplicar a fungibilidade e conceder, caso os requisitos da medida estejam presentes, a tutela satisfativa do direito do requerente (tutela provisória de urgência antecipada). Da mesma forma o inverso, ou seja, se a parte requerer uma providência de índole cautelar sob as vestes de tutela antecipada, o tribunal arbitral poderá, sempre fundamentadamente, conceder a tutela cautelar.

4.2.12. Competência para concessão da tutela provisória e consagração da regra da *translatio iudicii*

4.2.12.1. Processo judicial

---

53 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 181; MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 307-308 e MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 487.

54 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 842.

O art. 299 do Novo Código de Processo Civil estatui que "a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal". O parágrafo único desse mesmo dispositivo, por sua vez, prevê que "ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito".

A regra, em si, não traz nenhuma novidade, pois esta previsão já existia no Código de Processo Civil de 1973 em relação às medidas cautelares antecedentes. Trata-se do mero estabelecimento de competência, no sentido *liebmaniano* de medida da jurisdição. Como o Novo Código passou a admitir também a tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente (e não apenas a cautelar antecedente, como fazia o Código revogado), esta regra de competência passou a abranger as duas modalidades de tutela provisória de urgência (antecipada e cautelar).

O aspecto relevante do Novo Código, na verdade, foi o de instituir expressamente no ordenamento jurídico brasileiro a regra da *translatio iudicii,* já bem reconhecida no ordenamento processual italiano por conta da convivência entre as jurisdições judicial e administrativa[55]. O Código revogado estatuía, no parágrafo segundo do art. 113, que "declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente". Isso significava que, reconhecida a incompetência do juízo em que tramitava a causa, os atos decisórios até então tomados eram automaticamente declarados nulos, até que o novo juízo competente pudesse reapreciar as questões já debatidas.

A questão assumia ares de gravidade justamente no trato das medidas de urgência, em que o reconhecimento da incompetência do juízo que havia concedido uma tutela antecipada, por exemplo, redundava na automática declaração de nulidade dessa decisão, expondo a parte até então protegida aos males do tempo[56]. O Novo Código de Processo Civil, porém, alterou essa sistemática e passou a dispor, no parágrafo quarto do art. 64, que "salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida,

---

[55] Segundo Leonardo Greco, autor de um dos primeiros e mais completos trabalhos sobre o tema no Brasil, essa regra "poderia ser definida como a continuidade do processo iniciado no juízo incompetente (ou sem jurisdição, para os italianos) perante o juízo próprio, com a conservação de todos os efeitos produzidos pelos atos processuais praticados na primeira fase" (GRECO, Leonardo. Translatio iudicii e reassunção do processo. Revista de processo. São Paulo: RT, v. 166, dez. de 2008. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 14.06.2016). Confira-se também sobre o tema o trabalho de Leonardo Carneiro da Cunha: CUNHA, Leonardo Carneiro da. A translatio iudicii no projeto do novo código de processo civil brasileiro. Revista de processo. São Paulo: RT, v. 208, jun. de 2012. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 14.06.2016.

[56] GRECO, Leonardo. Translatio iudicii e reassunção do processo. Revista de processo. São Paulo: RT, v. 166, dez. de 2008. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 14.06.2016.

se for o caso, pelo juízo competente". Este dispositivo consagra a regra da *translatio iudicii*[57]. Trata-se, sem dúvida nenhuma, de ponto positivo do Novo Código.

Especificamente em relação à tutela provisória de urgência (antecipada ou cautelar), esta regra é fundamental, pois, na linha do que defende Leonardo Greco, "no caso de alteração do procedimento perante o mesmo juízo, a eficácia da tutela da urgência estará preservada até que sobrevenha a decisão final da causa ou até que seja ela revista no curso do novo procedimento, respeitado o pressuposto da boa-fé"[58]. Evidentemente que essa regra só deve privilegiar a parte que atuou de boa-fé, o que exige atenção e sensibilidade do julgador[59].

4.2.12.2. Arbitragem

A regra da *translatio iudicii* possui uma relevância muito especial na arbitragem. Isso porque, em situações de urgência, o Poder Judiciário pode acabar sendo provocado para examinar um pedido de tutela provisória antes da instituição da arbitragem. Nesse sentido, o art. 22-A da Lei estabelece que "antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência". Ocorre que, instituída a arbitragem, há a perda do interesse de agir superveniente em relação ao processo judicial, pois agora o tribunal arbitral examinará o pedido de tutela provisória, seja para confirmar, revogar ou alterar a decisão judicial.

Nesse intervalo, poder-se-ia imaginar que a decisão concessiva de tutela provisória do Poder Judiciário fosse contaminada com nulidade superveniente, em razão do reconhecimento de sua incompetência – na verdade, ausência de jurisdição – para julgar o caso. Isso não corre na arbitragem em razão de três fundamentos. Primeiramente porque se deve interpretar extensivamente o disposto no parágrafo quarto do art. 64 do Novo Código de Processo Civil, de modo a ler o dispositivo no sentido de que salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo Poder Judiciário até que outra seja proferida, se for o caso, pelo tribunal arbitral.

Ademais, o art. 22-B da Lei de Arbitragem prevê que "instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder

---

[57] MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 466.
[58] GRECO, Leonardo. Translatio iudicii e reassunção do processo. Revista de processo. São Paulo: RT, v. 166, dez. de 2008. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 14.06.2016.
[59] GRECO, Leonardo. Translatio iudicii e reassunção do processo. Revista de processo. São Paulo: RT, v. 166, dez. de 2008. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 14.06.2016.

Judiciário". O texto legal determina a continuidade da eficácia da tutela provisória concedida pelo Poder Judiciário até que o tribunal arbitral mantenha, modifique ou revogue a decisão. Não há, segundo a Lei, solução de continuidade da eficácia da medida de urgência deferida pelo Poder Judiciário pela simples instituição da arbitragem. A solução de continuidade somente se dará a partir de uma decisão dos árbitros, de modo que até lá tudo permanece como está.

Por fim, ainda que não houvesse qualquer dessas previsões legais, a regra da *translatio iudicii* se aplica na arbitragem como corolário do princípio da efetividade do processo arbitral. Não faz sentido – e nem nunca fez, mesmo no processo judicial – que o direito das partes ou a utilidade do processo ficasse a mercê do descumprimento de regras de competência. Na ponderação entre valores, a preservação do direito das partes ou da utilidade prática do processo supera, com folgas, o estrito respeito às regras de competência, de modo que, ainda que determinada por julgador incompetente, a decisão concessiva da tutela provisória sempre manteve hígidos os seus efeitos até que nova decisão fosse prolatada[60].

Destaque-se, ainda, que a regra da *translatio iudicii* se aplica também à decisão concessiva de tutela provisória proferida pelo árbitro de emergência, de modo que a eficácia da decisão se mantém firme até que o tribunal arbitral esteja regularmente constituído e possa confirmar, alterar ou revogar a decisão.

### 4.2.13. Especificidades do procedimento da tutela provisória de urgência *antecipada* antecedente

#### 4.2.13.1. Processo judicial

O Novo Código estabeleceu procedimento idêntico em relação à tutela provisória de urgência *incidental*, pouco importando a natureza antecipada ou cautelar do pedido (há uma exceção em relação à chamada estabilização da tutela provisória, aplicável apenas à medida de natureza antecipada, conforme se verá mais a frente). No que tange, todavia, à tutela provisória de urgência *antecedente*, o Novo Código traçou um procedimento específico para aquelas que detenham natureza *antecipada* e um outro rito determinado para aquelas que detenham natureza *cautelar*. Neste item, examina-se a tutela provisória de urgência *antecipada* antecedente.

---

60 Também entendendo que a regra da *translatio iudicii* se aplica na cooperação entre Poder Judiciário e árbitro no tema da tutela provisória, confira-se José Miguel Garcia Medina: MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 469.

É relevante destacar que a possibilidade inaugurada pelo Novo Código de Processo Civil de se permitir o requerimento de tutela provisória de urgência *antecipada* em caráter antecedente certamente é uma das mais relevantes alterações promovidas pelo novo diploma processual civil. De acordo com a letra do Código Buzaid, apenas a tutela cautelar poderia ser requerida em caráter antecedente, mas não a tutela antecipada[61]. De acordo com o Novo Código, ambas as modalidades de tutela provisória de urgência podem agora ser requeridas em caráter incidental[62]. Trata-se de modificação, portanto, digna de aplausos.

Segundo o art. 303 do Código, "nos casos em que 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". Isso significa que, diante uma urgência envolvendo o próprio bem jurídico em jogo, o autor pode – é uma faculdade – ingressar com uma simples petição perante o juízo competente, requerendo a concessão da tutela provisória[63]. Não se trata, ainda, da petição inicial em sua integralidade[64], em que o autor deverá expor todos os seus argumentos e fazer o pedido de tutela definitiva, mas apenas de uma prévia da petição inicial, contendo apenas e tão-somente os argumentos necessários ao pedido de tutela provisória[65].

Distribuída a demanda, o juízo competente poderá, em suma, deferir ou indeferir o pedido de tutela provisória de urgência antecipada antecedente. Segundo o inciso I do parágrafo primeiro desse mesmo dispositivo, "concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo (...) o autor deverá *aditar* a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar". Isso significa que, deferido o pedido de tutela provisória, o autor deverá aditar aquela prévia de petição inicial e complementar a argumentação até então desenvolvida, bem como apresentar todos os pedidos de tutela definitiva, inclusive o pedido de confirmação da tutela provisória, de modo a transformá-la em verdadeira petição inicial.

Além disso, consoante consta do inciso II do art. 303, deferida a tutela provisória, "o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334". O réu

---

61 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 507.
62 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 181.
63 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 862.
64 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 507.
65 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 182.

será citado, então, para comparecer à audiência de conciliação ou de mediação e intimado a respeito da decisão liminar deferida, de modo que possa cumpri-la espontaneamente e, ainda, recorrer da decisão, caso seja de seu interesse[66].

Segundo nos parece, é possível que o juiz, em vez de deferir ou indeferir o pedido de tutela provisória, determine a realização de audiência de justificação prévia ou, então, determine que o réu se manifeste exclusivamente sobre o pedido de tutela provisória, de modo que nesse último caso a citação será para integrá-lo à relação processual e permitir a sua manifestação a respeito do pedido de tutela provisória antes que o juiz efetivamente decida a questão. Apesar desse procedimento não estar exatamente descrito no Novo Código, não nos parece que haja qualquer irregularidade em adotá-lo. Apesar da ausência de previsão legal, réu poderá também apresentar manifestação a respeito do pedido de tutela provisória feito pelo autor, ainda que não tenha sido instado a fazê-lo, pleiteando a reconsideração da decisão pelo juiz.

Na forma do parágrafo segundo do art. 303, "não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do §1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito", sendo certo que, consoante previsto no parágrafo terceiro deste mesmo dispositivo, "o aditamento a que se refere o inciso I do §1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais". O dispositivo estabelece, pois, um ônus processual ao autor da demanda, no sentido de aditar a petição inicial, sob pena de extinção do processo, e, por conseguinte, cessação da eficácia da tutela provisória de urgência antecipada antecedente eventualmente deferida. Este aditamento se dará nos próprios autos já existentes – abertos em razão do pedido de concessão de tutela provisória –, o que representa sensível diferença procedimental em relação ao Código de 1973.

O parágrafo sexto do art. 303 estatui que "caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a *emenda* da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito". A hipótese aqui é de indeferimento do pedido de tutela provisória de urgência antecipada antecedente. Curiosamente, enquanto o inciso I do parágrafo primeiro deste dispositivo fala em *aditar* a petição inicial no prazo de 15 dias no caso de concessão da tutela provisória, este parágrafo sexto do art. 303 menciona a *emenda* da petição inicial no prazo de 5 dias na hipótese de denegação

---

66 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 509.

da tutela provisória. Isso tem levado a doutrina a divergir se esta *emenda* seria para que o autor apresentasse novos argumentos com o fim de ver seu pedido de tutela provisória deferido ou se, na verdade, seria a oportunidade para apresentar diretamente o pedido de tutela definitiva[67].

Apresentado o pedido de tutela definitiva, prossegue-se o processo normalmente até a realização da audiência de conciliação ou de mediação, na forma dos arts. 334 e seguintes do Novo Código de Processo Civil. A partir deste ponto, o procedimento é unificado, não havendo mais distinção em relação à tutela provisória de urgência *antecipada* antecedente e a tutela provisória de urgência *cautelar* antecedente (com exceção, como se disse, da chamada estabilização da tutela provisória, tema que será objeto de considerações mais adiante).

4.2.13.2. Arbitragem

No que diz respeito à arbitragem, o art. 22-A da Lei dispõe que "antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência". A expressão "medida cautelar ou de urgência", utilizada no mencionado dispositivo legal, equivale ao que o Novo Código de Processo Civil designa de tutela provisória de urgência (antecipada ou cautelar). Trata-se, ademais, de tutela provisória de urgência antecedente, uma vez que apresentada antes da instituição da arbitragem e, por conseguinte, antes da celebração do termo de arbitragem e da apresentação das alegações iniciais.

Como visto acima, o art. 303 do Novo Código estatui que "nos casos em que 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". Em relação à arbitragem, a verdade é que isso sempre pôde acontecer. Isso porque o requerente sempre pôde apresentar ao Poder Judiciário o pedido limitado à concessão de tutela provisória, pois a argumentação completa de todos os pedidos de tutela definitiva sempre pôde ser apresentado apenas na própria arbitragem, a partir do procedimento estabelecido na convenção de arbitragem, no termo de arbitragem, no regulamento arbitral ou, ainda, conforme o que houvesse sido estabelecido pelos árbitros.

---

67 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 183 e MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 316.

Havendo, portanto, necessidade de ingressar com alguma medida de urgência de natureza antecipada perante o Poder Judiciário antes da instituição da arbitragem, o requerente elaborará uma petição limitada à demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sendo certo que a argumentação completa será apresentada posteriormente, depois de instituída a arbitragem, na forma do procedimento arbitral eleito pelas partes ou estatuído pelos árbitros. Diante desse pedido de tutela provisória, o juiz togado poderá deferir ou indeferir a medida.

O inciso I do parágrafo primeiro do art. 303 do Novo Código estatui que "concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo (...) o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar". Esse procedimento não se aplica à arbitragem, pois o parágrafo único do art. 22-A da Lei de Arbitragem dispõe que "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".

Em outras palavras, a Lei de Arbitragem prevê um procedimento especial para as tutelas provisórias antecedentes envolvendo arbitragem, de modo que não se aplica o procedimento geral estabelecido pelo Novo Código de Processo Civil para os pedidos de tutela provisória inteiramente judiciais, por assim dizer. Com efeito, deferida a tutela provisória de urgência antecipada antecedente pelo Poder Judiciário, o requerente deverá apresentar o pedido de instauração da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de cessação da eficácia da medida, tudo na forma do parágrafo único do art. 22-A da Lei de Arbitragem. Não se aplicam a essa hipótese, igualmente, os parágrafos segundo e terceiros do art. 303 do novo diploma processual civil[68].

Dessa forma, apresentado o requerimento de instauração da arbitragem perante a instituição de arbitragem eleita ou na forma do procedimento estabelecido pelas partes, o Poder Judiciário aguardará até que o tribunal arbitral confirme, altere ou revogue a decisão a respeito da tutela provisória deferida judicialmente. Nesse sentido, o art. 22-B da Lei nº 9.307/1996 dispõe explicitamente que "instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário".

Isso significa que, quando a medida de urgência for antecedente à instituição da arbitragem, a atividade judicial estará limitada, em todas as suas instâncias, às decisões concernentes às

[68] Na forma do parágrafo segundo do art. 303, "não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do §1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito", sendo certo que, consoante previsto no parágrafo terceiro deste mesmo dispositivo, "o aditamento a que se refere o inciso I do §1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais".

medidas liminares pleiteadas, razão pela qual não cabe a apresentação do pedido de tutela definitiva, a designação de audiência de conciliação e de mediação e nem a determinação para que o requerido apresente contestação sobre o pedido de tutela definitiva. Com efeito, não se aplica à tutela provisória de urgência antecipada antecedente relacionada à arbitragem o inciso II do art. 303 do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual deferida a tutela provisória "o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334".

O réu poderá, naturalmente, apresentar petição manifestando-se sobre o pedido de tutela provisória do autor e requerendo a reconsideração da decisão pelo juiz togado. Ademais, neste interregno entre a concessão da tutela provisória pelo Poder Judiciário e a instituição da arbitragem, impõe-se a observância das regras de competência recursal do Poder Judiciário, de modo que a parte prejudicada pela decisão judicial poderá interpor todos os recursos cabíveis, percorrendo todos os graus de jurisdição judiciais existentes, até que a arbitragem seja efetivamente instituída. Assim, enquanto não instituída a arbitragem, o réu poderá interpor agravo de instrumento ao tribunal de segundo grau e, em tese, caso mantida a decisão, recurso especial e recurso extraordinário aos tribunais superiores, cujas competências recursais para analisar estes recursos estarão plenamente preservadas até o momento exato em que a arbitragem seja instituída. Também se aplica ao caso o parágrafo sexto do art. 303 do novo estatuto processual civil[69].

O que se pode dizer, pois, é que quase nada do novo procedimento de tutela provisória de urgência antecipada antecedente se aplica aos pedidos relacionados à arbitragem, pois a Lei de Arbitragem contém um procedimento especial que prevalece sobre o Novo Código de Processo Civil.

### 4.2.14. Especificidades do procedimento da tutela provisória de urgência *cautelar* antecedente

#### 4.2.14.1. Processo judicial

No que diz respeito à tutela provisória de urgência *cautelar* antecedente, o procedimento estabelecido pelo Novo Código de Processo Civil é um pouco mais semelhante àquele já descrito

[69] O parágrafo sexto do art. 303 estatui que "caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a *emenda* da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito".

no Código Buzaid para as então denominadas ações cautelares preparatórias e, em parte, semelhante ao próprio procedimento de tutela provisória de urgência *antecipada* antecedente[70].

Conforme descrito no art. 305 do novo diploma processual civil, "a petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo". Da mesma forma como ocorre em relação à tutela provisória de urgência *antecipada* antecedente, o autor também não precisará expor toda a argumentação em relação ao pedido de tutela definitiva nesta oportunidade, mas apenas os argumentos relacionados à tutela *cautelar*, em especial a demonstração do *fumus boni iuris* e *do periculum in mora*[71].

Presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o juiz deve conceder a tutela provisória de urgência cautelar antecedente, determinando, em seguida, a citação e intimação do réu, de modo que ele possa apresentar contestação ao pedido cautelar, bem como cumprir espontaneamente a decisão liminar ou, então, interpor recurso contra essa decisão[72]. Nesse sentido, ao menos em parte, o art. 306 determina que "o réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir".

Trata-se, como se disse, de concretização do princípio do contraditório, garantindo ao réu oportunidade para contestar o pedido de natureza cautelar. Nesta peça de defesa, o réu deve se limitar a atacar os argumentos levantados pelo autor em relação à tutela cautelar, especificamente deve demonstrar a ausência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*. A defesa de mérito propriamente dita deverá ser apresentada posteriormente, no momento de oferecimento pelo réu da contestação ao futuro pedido de tutela definitiva do autor[73].

A apresentação de contestação ao pedido de natureza cautelar é um ônus do réu. Dessa forma, o art. 307 do Novo Código estabelece que "não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias". Com efeito, não apresentada contestação em relação ao pedido de natureza cautelar, incide o efeito material da revelia, presumindo-se verdadeiros os fatos narrados pelo autor, ao

---

70 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 515-516.
71 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 865.
72 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 516.
73 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 516 e MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 494.

menos para fins de concessão da tutela provisória de urgência cautelar antecedente[74]. Em seguida, o parágrafo único desse mesmo dispositivo estatui que "contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum".

O art. 308 do novo estatuto processual estabelece que "efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais"[75]. Efetivada a decisão que tenha concedida o pedido de tutela cautelar – ou seja, realizada na prática a decisão, por qualquer meio que o julgador entenda adequado, dada a atipicidade dos meios de efetivação da tutela provisória[76] –, o autor deverá apresentar o pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias[77].

É de se destacar que este pedido de tutela definitiva será apresentado nos mesmo autos[78] em que se processa o pedido de natureza cautelar[79]. Essa possibilidade é uma das alterações do Novo Código de Processo Civil, pois, sob o regime do Código de 1973, o pedido principal do autor dava ensejo à formação de um novo processo, com autos próprios, diversos daqueles em que tramitava o pedido de tutela cautelar (formalmente, um processo cautelar)[80].

O parágrafo terceiro desse mesmo dispositivo prevê que "apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu". A partir desse momento, o procedimento segue o curso normal, com a realização da audiência de conciliação ou de mediação e, caso frustrada a tentativa de autocomposição, a apresentação de contestação, desta vez ao pedido de tutela definitiva[81]. Este caminho, porém, somente será percorrido se o autor, dentro do prazo de 30 (trinta) dias mencionado acima, apresentar o pedido de tutela definitiva, pois, do contrário, cessará a eficácia da medida cautelar antes deferida[82], *ex vi* do art. 309 do Código[83].

---

74 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 319 e MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 494.
75 MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 495.
76 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 192.
77 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 867.
78 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 190.
79 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 191.
80 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 517-518.
81 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 518.
82 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 191.
83 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 320 e NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 866-867.

4.2.14.2. Arbitragem

Conforme já esclarecido no item anterior em relação à arbitragem, o art. 22-A da Lei dispõe que "antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência". A expressão "medida cautelar ou de urgência" corresponde ao que o Novo Código chama de tutela provisória de urgência (antecipada ou cautelar). Trata-se de tutela provisória de urgência antecedente, uma vez que apresentada antes da instituição da arbitragem e, por conseguinte, antes da celebração do termo de arbitragem e da apresentação das alegações iniciais.

Como visto nas linhas prévias, o art. 305 do novo diploma processual civil dispõe que "a petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo". No que tange à arbitragem, esse procedimento sempre ocorreu, já que o requerente sempre apresentou ao Poder Judiciário um pedido limitado à concessão de tutela provisória de urgência cautelar. A argumentação completa a respeito da tutela definitiva somente seria apresentada já na própria arbitragem, a partir do procedimento para ela estabelecido.

Assim, caso haja necessidade de ingressar com alguma medida de urgência de natureza cautelar perante o Poder Judiciário antes da instituição da arbitragem, o requerente elaborará uma petição limitada à demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sendo certo que a argumentação completa será apresentada posteriormente, depois de instituída a arbitragem, na forma do procedimento arbitral eleito pelas partes ou estatuído pelos árbitros. Diante desse pedido de tutela provisória, o juiz togado poderá deferir ou indeferir a medida.

O art. 308 do novo estatuto processual estabelece que "efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais". Esse procedimento não se aplica à arbitragem, pois o parágrafo único do art. 22-A da Lei de Arbitragem dispõe que "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".

Isso significa que a Lei de Arbitragem criou um procedimento especial para as tutelas provisórias antecedentes envolvendo arbitragem, de modo que não se aplica o procedimento geral

estabelecido pelo Novo Código de Processo Civil. Dessa forma, deferida a tutela provisória de urgência cautelar antecedente pelo Poder Judiciário, o requerente deverá apresentar o pedido de instauração da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de cessação da eficácia da medida, tudo na forma do parágrafo único do art. 22-A da Lei de Arbitragem.

Observe-se que o art. 306 do Novo Código determina que "o réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir". O réu deverá ser citado para contestar o pedido de natureza cautelar, visando à reconsideração pelo juiz togado da decisão liminar proferida. Nesta peça de defesa vale lembrar que o réu deverá se limitar a atacar os argumentos levantados pelo autor em relação à tutela cautelar, especificamente deve demonstrar a ausência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*. A defesa de mérito propriamente dita deverá ser apresentada posteriormente na arbitragem, seguindo-se o procedimento arbitral convencionado.

A apresentação de contestação ao pedido de natureza cautelar é um ônus do réu. Dessa forma, o art. 307 do Novo Código estabelece que "não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias". Com efeito, não apresentada contestação em relação ao pedido de natureza cautelar, incide o efeito material da revelia, presumindo-se verdadeiros os fatos narrados pelo autor, ao menos para fins de concessão da tutela provisória de urgência cautelar antecedente[84]. A revelia, neste caso, porém, não produz efeitos extraprocessuais, de modo que o efeito material da revelia em relação ao pedido de tutela cautelar se limitará ao processo judicial e, assim, não se estenderá à arbitragem – lembre-se que não existe propriamente revelia na arbitragem, *ex vi* da interpretação que se dá ao parágrafo terceiro do art. 21 da Lei nº 9.307/1996.

Observe-se que o parágrafo terceiro do art. 308 prevê que "apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu". Na verdade, apresentado o requerimento de instauração da arbitragem perante a instituição de arbitragem eleita ou na forma do procedimento estabelecido pelas partes, o Poder Judiciário aguardará até que o tribunal arbitral confirme, altere ou revogue a decisão a respeito da tutela provisória deferida judicialmente. Nesse sentido, o art. 22-B da Lei nº 9.307/1996 dispõe explicitamente que "instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência

84 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 319) e MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 494.

concedida pelo Poder Judiciário". Não se aplicam a essa hipótese, pois os parágrafos primeiro a quarto do art. 308 e nem exatamente o art. 309, todos do novo diploma processual civil.

Em outras palavras, no interregno de tempo entre a prolação da decisão judicial examinando o pedido de tutela provisória e a decisão do tribunal arbitral a esse respeito, a única atividade do Poder Judiciário será tomar medidas para assegurar o cumprimento forçado da decisão proferida pelo juiz togado, caso a tutela provisória tenha sido concedida, bem como julgar, em grau recursal, os recursos interpostos pela parte interessada contra a mencionada decisão judicial. Caso o réu apresente contestação ao pedido de natureza cautelar, caberá ao juiz togado examinar os argumentos de defesas para fins de eventualmente reconsiderar a decisão proferida, desde que até este momento a arbitragem ainda não tenha sido instituída.

O que se pode dizer, pois, é que quase nada do novo procedimento de tutela provisória de urgência cautelar antecedente se aplica aos pedidos relacionados à arbitragem, pois a Lei de Arbitragem contém um procedimento especial que prevalece, por ser lei especial, à disciplina geral do Novo Código de Processo Civil.

### 4.2.15. Tutela provisória da evidência

#### 4.2.15.1. Processo judicial

Nos itens precedentes, examinou-se a tutela provisória de urgência, em suas quatro subespécies inter-relacionadas: antecipada/cautelar e antecedente/incidental. Cumpre investigar, neste item, a denominada tutela provisória da evidência, uma novidade do Novo Código de Processo Civil, ao menos da forma como foi sistematizada (a bem da verdade, a ideia já estava em parte presente no inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973).

Em breve noção, pode-se dizer que a tutela da evidência se destina a antecipar provisoriamente a tutela requerida pelo autor quando ficar demonstrada a altíssima probabilidade de seu direito[85] (algo ainda mais provável do que o *fumus boni iuris*[86]), sem que, para tanto, haja necessariamente qualquer urgência envolvida[87] (ou seja, o *periculum in mora* não é um dos seus requisitos, razão pela qual não precisa ser sequer alegado[88]). Arruda Alvim leciona que "a tutela

[85] ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 193 e 194.
[86] NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 842.
[87] MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 501.
[88] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 524.

da evidência quer proteger o requerente que tem a seu favor uma flagrância tão grande do direito que justifica, como dito nos tópicos anteriores, a redistribuição do ônus de suportar o tempo do processo, mesmo sem situação de urgência"[89].

A tutela da evidência, não obstante dispense a demonstração do *periculum in mora* e conceda ao autor diretamente a satisfação do bem jurídico em jogo, possui natureza provisória, razão pela qual pode ser modificada a qualquer tempo[90], desde que haja alteração fática (novos fatos, novas provas) ou jurídica (promulgação de novas leis, edição de novas súmulas de jurisprudência, decisões em controle de constitucionalidade) supervenientes. Trata-se, portanto, de decisão tomada com base em cognição sumária e não sujeita diretamente à imutabilidade da coisa julgada material[91]. Estas características são muito importantes para fins de diferenciar a tutela provisória da evidência (art. 311) do julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356)[92].

O art. 311 do Novo Código de Processo Civil prevê que "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".

Examinando todas as situações hipoteticamente prevista na norma, é possível concluir que o denominador comum capaz de amalgamá-las é a noção de defesa inconsistente[93]. Desnecessário dizer que as hipóteses são taxativas e que as situações que ensejam a concessão da tutela da evidência não são cumulativas, isto é, não precisam estar todas presentes para que o requerente da medida tenha seu pedido acolhido[94].

---

89 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 193.
90 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p 488.
91 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 197.
92 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 523, NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 871 e MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 322.
93 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 322.
94 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 871.

A primeira hipótese de concessão da tutela da evidência ocorre quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu[95]. A defesa que não ataca especificamente os argumentos trazidos pelo autor ou repete teses jurídicas sem conexão com os fatos narrados no caso também se enquadra na definição de abuso do direito de defesa[96]. A caracterização do abuso do direito de defesa pode se dar ao longo do processo[97], ainda que a contestação em si tenha aparentemente trazido relevantes argumentos[98], bem como ser cumulada com a imposição de penalidades por *contempt of court* ou litigância de má-fé.

A segunda causa permissiva do deferimento da tutela da evidência trata de alegações do autor que, cumulativamente[99], possam ser comprovadas apenas por prova documental e estejam alinhadas com decisões proferidas em casos repetitivos ou enunciado vinculante de súmula de jurisprudência. Nesta hipótese não importa se a defesa do réu é consistente ou não[100], sob o ponto de vista subjetivo. Basta que esteja em sentido contrário à jurisprudência consolidada em súmula vinculante ou em julgamento de casos repetitivos para que o juiz possa conceder a tutela da evidência[101], privilegiando o direito do autor demonstrado documentalmente[102].

O inciso III do art. 311 autoriza a concessão de tutela da evidência quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito. Trata-se de hipótese bem específica, cuja aplicabilidade prática provavelmente será menor em relação às demais. A previsão legal diz respeito ao inadimplemento de contrato de depósito[103], regulamentado pelos arts. 627 e seguintes do Código Civil, em que o autor da demanda faz pedido de natureza reipersecutória, objetivando reaver o bem até então não restituído pelo réu.

A última hipótese em que o Novo Código admite o deferimento de tutela da evidência diz respeito à petição inicial que for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos

---

95 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 195.
96 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 524.
97 MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 501.
98 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 195 e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 524.
99 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 872.
100 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 524.
101 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 322.
102 MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 502.
103 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 196, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 524 e NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 872.

do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. É importante esclarecer, primeiramente, que esta situação não se confunde com àquela em que há parcela da causa incontroversa, a autorizar o julgamento antecipado parcial da lide, na forma do art. 356 do novo diploma processual civil[104]. No caso em tela, há controvérsia entre as partes, mas a defesa do réu não apresenta provas minimamente razoáveis para contrapor a força probatória dos documentos juntados pelo autor, gerando em favor deste último uma quase certeza de seu direito[105].

O parágrafo único do art. 311 estabelece que "nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente". O dispositivo permite, como se vê, a concessão da tutela da evidência *inaudita altera parte* na hipótese em que as alegações do autor possam ser comprovadas documentalmente e estejam em linha com a jurisprudência consolidada dos tribunais, bem como na hipótese em que se tratar de inadimplemento de contrato de depósito. A lei não admite, porém, a concessão liminar nos dois outros casos, já que se exige abuso do direito de defesa (o que, em regra, pressupõe no mínimo a elaboração da contestação) e insuficiência das provas trazidas pelo réu (o que, novamente a princípio, exige apresentação de defesa)[106].

A princípio, a tutela provisória da evidência somente comporta concessão em caráter incidental e não em caráter antecedente, tal como ocorre com a tutela provisória de urgência (antecipada ou cautelar)[107]. Da mesma forma, em um primeiro momento, parece adequado dizer que a tutela da evidência serve apenas para antecipar o próprio bem jurídico pleiteado pelo autor, razão pela qual possui natureza sempre satisfativa (equiparando-se, nesta medida, à tutela provisória de urgência *antecipada*)[108]. Não obstante, a doutrina vem apresentando entendimentos conflitantes sobre o tema. O tempo, a doutrina e a jurisprudência tratarão de solucioná-los.

4.2.15.2. Arbitragem

---

[104] ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 196 e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 525.

[105] MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 502.

[106] NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, p. 872 e MITIDIERO, Daniel. Tutela provisória. Breve comentários ao novo código de processo civil. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (Coord.). São Paulo: RT, 2015, p. 795.

[107] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p 494 e MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 307. Em sentido contrário, José Miguel Garcia Medina considera que é possível a concessão da tutela da evidência em caráter antecedente: MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 457.

[108] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 307.

Conforme se esclareceu anteriormente, a tutela da evidência representa a possibilidade de concessão da tutela provisória com base exclusivamente na demonstração da altíssima probabilidade de existência do direito, sem que, para tanto, seja indispensável demonstrar qualquer urgência (o *periculum in mora*, pois, não é um dos requisitos da tutela da evidência). Cuida-se de saber, neste item, se a tutela da evidência de aplicaria à arbitragem? Em outras palavras, cumpre descobrir se o tribunal arbitral poderia conceder uma tutela provisória sem que houvesse qualquer urgência envolvida no caso.

O que importa compreender é que, a partir da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, o Direito processual brasileiro passou a admitir a concessão da tutela provisória independentemente da existência de *periculum in mora*. Com efeito, como a Lei de Arbitragem não estabelece os requisitos para a concessão da tutela provisória e, portanto, não exige a presença necessariamente do *periculum in mora*, pode-se admitir a possibilidade de o tribunal arbitral deferir um pedido de tutela provisória exclusivamente com base na altíssima probabilidade da existência do direito do requerente, sem que existe qualquer urgência envolvida[109].

O tribunal arbitral não seguirá o procedimento disposto no art. 311 e nem estará limitado aos requisitos dispostos nos incisos I a IV desse mesmo dispositivo legal. A tutela provisória sem os requisitos da urgência – tutela da evidência na arbitragem, para fazer uso da nomenclatura do Novo Código – demandará apenas a verificação por partes dos árbitros da altíssima probabilidade de existência do direito do requerente da medida. A decisão concessiva da tutela provisória nestes termos mantém a característica da provisoriedade, razão pela qual poderá ser alterada ou revogada a qualquer tempo, bastante que para tanto surjam fatos novos, provas novos ou direito superveniente (respeitadas, neste último caso, as regras de Direito Intertemporal).

### 4.2.16. Estabilização da tutela e arbitragem

#### 4.2.16.1. Processo judicial

O último tema a ser enfrentado a respeito da tutela provisória no Novo Código de Processo Civil diz respeito ao novel instituto da estabilização da tutela.

---

109 Em sentido contrário, Eduardo Talamini entende que não é possível a aplicação da tutela da evidência na arbitragem porque não se aplicam à arbitragem as normas do processo judicial: TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015. Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: a. 12, n. 46, jul./set. de 2015. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 07.06.2016.

Trata-se da incorporação na lei de tese defendida pela Prof. Ada Pellegrini Grinover há muitos anos, com inspiração nas legislações processuais belga, francesa e italiana. A primeira proposta de estabilização da tutela foi feita pela mencionada estudiosa ao Instituto Brasileiro de Direito Processual em 1997[110]. Alguns anos mais tarde, o Instituto Brasileiro de Direito Processual montou Grupo de Trabalho para tratar da matéria, composto por Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni.

O Grupo de Trabalho, então, formulou nova proposta de estabilização da tutela, com a finalidade de alterar o estatuto processual civil de 1973 de modo a contemplá-la. Conforme consta da exposição de motivos do trabalho, "a proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória"[111]. Como explica José Roberto dos Santos Bedaque, "em apertada síntese, sua ideia é a seguinte: deferida a tutela antecipada, incidentalmente ou em procedimento prévio, e omitindo-se as partes quanto ao prosseguimento do processo ou à propositura da demanda cognitiva, a decisão transitará em julgado"[112].

O Novo Código de Processo Civil trata da estabilização da tutela de forma um pouco diversa da idealizada nas duas propostas anteriormente mencionadas. O *caput* do art. 304 do Código estabelece que "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso". Primeiramente, cumpre dizer que a estabilização da tutela depende de pedido expresso do autor, não podendo ser concedida *ex officio*, o que vem sendo defendido pela doutrina com certa tranquilidade até o momento[113].

Literalmente, consoante se extrai da expressão "tutela antecipada concedida nos termos do art. 303", a estabilização da tutela somente se aplicaria para pedidos de *tutela provisória de urgência antecipada antecedente*. Não se aplicaria para tutela provisória da *evidência*[114]. Não se

---

110 Vide texto da proposta em: GRINOVER, Ada Pellegrini. Proposta de alteração do código de processo civil: tutela antecipada e execução provisória. Estabilização da antecipação de tutela. A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2000, p. 128-133.

111 GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. O processo: estudos e pareceres. São Paulo: Perfil, 2005, p. 55.

112 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização da tutela antecipada. Linhas mestras do processo civil. COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro. RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 367 e GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. O processo: estudos e pareceres. São Paulo: Perfil, 2005, p. 56.

113 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 184, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 315 e MITIDIERO, Daniel. Tutela provisória. Breve comentários ao novo código de processo civil. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (Coord.). São Paulo: RT, 2015, p. 787.

114 Expressamente negando a possibilidade de estabilização da tutela da evidência: MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 315. Em sentido contrário:

aplicaria para tutela provisória de urgência *cautelar*[115]. E não se aplicaria para tutela provisória de urgência antecipada *incidental*. Mas o tema ainda está inconcluso, com muitas divergências na doutrina, o que somente o tempo e a jurisprudência poderão pacificar.

O Código prevê que, concedida a tutela provisória, o réu deverá interpor recurso contra essa decisão – no caso, agravo de instrumento (*ex vi* do inciso I do art. 1.015). Destaque-se que, consoante os termos literais do art. 304, não bastaria ao réu *contestar* o pedido do autor, a lei exigiria a interposição de *recurso* contra a decisão liminar concessiva da tutela provisória. A melhor interpretação, contudo, parece ser aquela que privilegia a *vontade do réu de resistir* à decisão concessiva da tutela provisória, seja essa vontade manifestada pela interposição de recurso[116], pela apresentação de contestação, pela apresentação de pedido de reconsideração ou, em resumo, pela apresentação de qualquer meio de defesa ou de reversão da decisão concedida. O que importa é examinar se houve *vontade de resistir*, cuja resposta afirmativa levará à impossibilidade de estabilização da tutela[117].

Caso o réu não manifeste resistência, a decisão se tornará estável e o processo será extinto, na forma do parágrafo primeiro do art. 304, conservando-se os efeitos da decisão estabilizada. Em complementação a essa previsão, consoante consta do parágrafo segundo do art. 304, "qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*". Isso significa que a tutela provisória concedida e irrecorrida permanecerá estável, extinguindo-se o processo, até que a parte interessada proponha nova ação para discutir a matéria objeto dessa decisão.

Literalmente, esta demanda serviria apenas e tão-somente para discutir a matéria objeto da decisão que tenha concedido a tutela provisória[118]. Haveria, neste caso, uma inversão dos polos do processo e, por conseguinte, uma inversão do ônus da prova também. Não obstante, parcela da

---

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 512 e MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 503.

115 Expressamente negando a possibilidade de estabilização da tutela provisória de urgência cautelar: MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 315 e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 511.

116 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 185.

117 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 512 e MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 316-317.

118 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 186 e MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 491.

doutrina vem defendendo que, na verdade, esta demanda serviria para dar continuidade ao processo extinto, de maneira que o seu objeto pode ser mais amplo do que o tema estabilizado pera decisão[119]. Novamente é preciso aguardar o amadurecimento do debate na doutrina e na jurisprudência.

O parágrafo quinto do mencionado dispositivo, todavia, prevê que "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". Trata-se, pois, de prazo decadencial[120], semelhante ao que ocorre no âmbito da ação rescisória. Ultrapassado esse prazo, extingue-se o próprio direito – e não a pretensão – de ver revista a decisão estabilizada. Não parece haver dúvidas de que, no âmbito desta ação de revisão, será plenamente possível ao interessado requerer a concessão de tutela provisória, de modo a se afastar liminarmente os efeitos da decisão anteriormente estabilizada[121].

O parágrafo sexto do art. 304 estipula que "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"[122]. O dispositivo, como se vê, deixa absolutamente claro que a decisão estabilizada não se torna indiscutível e imutável pela força da coisa julgada material[123], nem mesmo após o decurso do referido prazo de 2 (dois) anos[124]. Segundo Arruda Alvim, "cria-se, dessa maneira, uma nova espécie de imutabilidade processual, diferente das preclusões e da coisa julgada", sendo certo que "o conteúdo da medida, após os dois anos, não pode ser objeto de nova ação, e, no entanto, não se pode dizer ter formado coisa julgada material"[125].

---

119 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 513 e MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 317.

120 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 187 e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 513.

121 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 513.

122 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 186.

123 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 514.

124 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 514 e MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 317.

125 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: RT, 2016, p. 189.

4.2.16.2. Arbitragem

No que tange à tese da estabilização da tutela, chegamos a nos posicionar pela aplicabilidade na arbitragem antes da edição da Reforma da Lei de Arbitragem[126].

Naquela oportunidade, expusemos o entendimento de que, caso a arbitragem ainda não tivesse sido instituída no prazo que o réu detinha para manifestar resistência à decisão do Poder Judiciário concedendo a medida provisória, esta decisão se tornaria estável e o autor não precisaria requerer a instituição da arbitragem, na medida em que já teria obtido a proteção de seu direito. Evidentemente que mesmo nessa hipótese o autor poderia, caso quisesse, apresentar seu requerimento de instituição da arbitragem, pois não se poderia excluir deste raciocínio a situação de o autor preferir a continuidade do processo à estabilização da tutela, haja vista o possível interesse em obter uma decisão definitiva sujeita à coisa julgada material.

Não obstasse essa conclusão fizesse sentido à época em que o Novo Código de Processo Civil estava tramitando no Congresso Nacional, a verdade é que logo depois foi promulgada a Reforma da Lei de Arbitragem, estabelecendo um rito próprio para as tutelas provisórias relacionadas à arbitragem, *ex vi* dos arts. 22-A e 22-B da Lei nº 9.307/1996. Considerando aquilo que se disse a respeito do procedimento da tutela provisória de urgência antecipada antecedente relacionada à arbitragem, concluímos que a tese da estabilização da tutela não se aplica ao processo arbitral, pois o procedimento descrito no art. 304 do Novo Código de Processo Civil não se aplica às medidas urgentes relacionadas à arbitragem[127].

5. Conclusão

Pretendeu-se neste trabalho apresentar, resumidamente, as principais inovações do Novo Código de Processo Civil em relação à tutela provisória e, a partir disso, identificar o que, de fato, representa uma mudança não apenas na lei processual, mas sim no próprio Direito processual brasileiro.

---

126 FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. A arbitragem e o Projeto de Novo Código de Processo Civil. Novos temas de arbitragem. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 422-431.

127 Adotando outros fundamentos, Eduardo Talamini também nega a possibilidade de estabilização da tutela na arbitragem. Transcreva-se apenas a conclusão do autor: TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015. Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: a. 12, n. 46, jul./set. de 2015. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 07.06.2016.

Isso porque as alterações sentidas neste último, quando o Brasil for designado sede da arbitragem, repercutirão na arbitragem. Não se trata, como se disse, de aplicar o procedimento do Código de Processo Civil na arbitragem, mas de reconhecer a influência que os institutos processuais reconhecidos na sede da arbitragem detêm no processo arbitral. O exame dessa inter-relação entre os sistemas arbitral e processual civil resultou nos seguintes enunciados em relação tema da tutela provisória na arbitragem:

- O procedimento descrito no estatuto processual civil estatal não se aplica, salvo convenção expressa em sentido contrário, obrigatória e automaticamente, à arbitragem;
- Os institutos processuais reconhecidos na sede da arbitragem possuem influência no processo arbitral, pois eles integram o Direito processual da sede da arbitragem;
- As medidas de urgência se destinam a impedir que o tempo destrua aquilo que o ordenamento jurídico idealiza proteger, bem como a inverter o ônus processual pela demora da prestação jurisdicional definitiva;
- Para fins didáticos, é possível falar, na arbitragem, em tutela definitiva e tutela provisória, em tutela antecipada e tutela cautelar, bem como em tutela antecedente e tutela incidental;
- Também na arbitragem, a concessão de tutela provisória deve observar os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*;
- Também na arbitragem, os árbitros podem condicionar a concessão e/ou efetivação da tutela provisória ao oferecimento de contracautela pelo requerente, real ou fidejussória;
- Como o Direito processual brasileiro admite a concessão de tutela provisória *inaudita altera parte*, os árbitros também poderão se valer da possibilidade de deferir tutela provisória antes mesmo da oitiva do requerido;
- Diante da flexibilidade procedimental da arbitragem, a designação de audiência especial (audiência de justificação prévia) para examinar os pressupostos da tutela provisória, mesmo que realizada por *conference call* ou qualquer outro meio de comunicação, se mostra bastante adequada;
- A *irreversibilidade fática* da medida também é um requisito (negativo) que se aplica à tutela provisória requerida na arbitragem, mas, diante de *conflito de irreversibilidades fáticas*, o árbitro pode conceder a tutela provisória que representar o *mal menor*;

- O árbitro também detém total liberdade para escolher o meio processual mais adequado para efetivar a tutela provisória concedida no processo arbitral;
- Não se admite na arbitragem com sede no Brasil a concessão de ofício pelo tribunal arbitral de tutela provisória de urgência *antecipada*;
- A tutela provisória concedida pelo Poder Judiciário antes da instituição da arbitragem deve ser confirmada, modificada ou revogada pelos árbitros independentemente de alteração fática, probatória ou jurídica superveniente;
- A tutela provisória concedida pelo "árbitro de emergência" antes da plena composição do tribunal arbitral deve ser confirmada, modificada ou revogada pelos árbitros, independentemente de alteração fática, probatória ou jurídica superveniente;
- A tutela provisória concedida pelos próprios árbitros, depois de instituída a arbitragem, está sujeita a alteração ou revogação a qualquer tempo, desde que surja alteração fática superveniente ou direito superveniente (respeitadas, neste último caso, as regras de Direito Intertemporal);
- Os provimentos com conteúdo decisório na arbitragem devem examinar, precisa e profundamente, os argumentos das partes, expondo logicamente e com referência aos fatos presentes nos autos e ao Direito aplicável as razões pelas quais se entendeu por conceder, denegar ou modificar uma medida de urgência;
- Na arbitragem, aplica-se a fungibilidade entre as espécies de tutela provisória, permitindo-se a concessão de tutela provisória *antecipada* como se fosse tutela provisória *cautelar* e vice-versa;
- Aplica-se na arbitragem a regra da *translatio iudicii*, de modo que a decisão proferida pelo Poder Judiciário em tutela provisória antecedente continua produzindo efeitos até que o tribunal arbitral possa confirmá-la, modificá-la ou revogá-la;
- Quase nada do novo procedimento de tutela provisória de urgência *antecipada* antecedente se aplica aos pedidos relacionados à arbitragem, pois a Lei de Arbitragem contém um procedimento especial que prevalece sobre o Novo Código de Processo Civil;
- Quase nada do novo procedimento de tutela provisória de urgência *cautelar* antecedente se aplica aos pedidos relacionados à arbitragem, pois a Lei de Arbitragem contém um procedimento especial que prevalece, por ser lei especial, à disciplina generalista do Novo Código de Processo Civil;

- Como o Direito processual brasileiro passou a admitir a concessão da tutela provisória independentemente da existência de *periculum in mora*, pode o árbitro conceder tutela provisória diante da altíssima probabilidade de existência do direito do requerente, ainda que não haja *periculum in mora*, mas ele não está vinculado aos pressupostos presentes no art. 3011 do Novo Código de Processo Civil;
- Não se aplica a tese da estabilização da tutela à arbitragem, pois o procedimento descrito no art. 304 do Novo Código de Processo Civil é incompatível como o procedimento previsto nos arts. 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem.

Espera-se, com o presente trabalho, motivar profícua discussão a respeito do tema na comunidade de profissionais do direito que atuam na arbitragem e no processo civil, buscando-se sempre o aprofundamento de ideias e a descoberta de novas soluções para os intrincados problemas da vida real.