

MEDIDAS CAUTELARES EM ARBITRAGEM

FLÁVIA BITTAR NEVES

CHRISTIAN SAHB BATISTA LOPES

Sumário:

1. Introdução – 2. Cautelares e arbitragem: panorama comparativo: 2.1. Quem? Modelos de competência para concessão de medidas cautelares: 2.2. Em que circunstâncias? Parâmetros para a concessão de cautelares em arbitragem; 2.3. Como? Ordem processual ou sentença parcial – 3. Concessão de medidas cautelares no âmbito da arbitragem à luz da legislação brasileira – 4. Medidas cautelares concedidas *ex parte* – 5. Árbitro de emergência – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Não são raras as vezes em que, no curso de um procedimento arbitral, surge a necessidade de se obter medida de urgência que sirva para acautelar o resultado útil da arbitragem que se desenvolve ou se desenvolverá, ou preservar o direito ali pleiteado.

Na hipótese de a arbitragem ainda não ter se iniciado, situação em que seria necessária uma medida cautelar preparatória, deve-se reconhecer que, ainda que a celeridade seja uma das características marcantes do procedimento arbitral, podem-se levar semanas, ou até mesmo meses, para que o tribunal arbitral seja constituído. Esta demora pode ser incompatível com a urgência da parte que necessita buscar prestação jurisdicional de natureza cautelar. Nestes casos, algumas alternativas se apresentam para que as questões de natureza cautelar sejam apreciadas e resolvidas, com a urgência que a medida requer.

A alternativa atualmente mais buscada é o recurso às cortes domésticas para a apreciação de tais medidas, cuja decisão cautelar poderá, posteriormente, ser mantida, modificada ou revogada pelo tribunal arbitral, uma vez constituído. As medidas cautelares podem ser decididas após a

manifestação de ambas as partes ou, em alguns casos específicos, *ex parte*, ou seja, sem que seja ouvida a parte contrária.

Além da possibilidade de buscar as cortes domésticas, pode-se recorrer ao chamado árbitro de emergência, quando houver previsão desta alternativa no regulamento de arbitragem aplicável à resolução do litígio. Neste caso, a questão emergencial será apreciada e julgada por árbitro único, nomeado pela instituição arbitral, previamente à constituição do tribunal. Este árbitro único possui competência restrita à apreciação da medida cautelar, e sua jurisdição cessa quando da constituição do tribunal arbitral, conforme se verá, em maior detalhe, no decorrer deste trabalho.

Por outro lado, adoção de uma medida de urgência que sirva para acautelar o resultado útil da arbitragem que se desenvolve ou preservar o direito ali pleiteado pode ser necessária no curso do procedimento arbitral, já constituído o tribunal. Nesse caso, o próprio tribunal arbitral poderia conhecer e conceder, em tese, a medida pleiteada, sem, entretanto, ter poder de coerção para, se necessário, fazer valer sua decisão. Desta forma, mesmo que o tribunal arbitral defira a medida de urgência, havendo necessidade de seu cumprimento forçado, deverá ela ser cumprida com o auxílio do Poder Judiciário. Em razão das vantagens e desvantagens de cada opção, é possível identificar, no direito comparado, várias soluções quanto à alocação da competência para a decisão sobre medidas cautelares e o papel do Poder Judiciário como juízo de apoio.

Essas questões serão objeto do presente trabalho.

2. CAUTELARES E ARBITRAGEM: PANORAMA COMPARATIVO

É consenso entre as várias culturas jurídicas a necessidade de medidas cautelares com o objetivo de preservar o resultado útil da arbitragem ou do direito pleiteado por qualquer das partes. A concordância, todavia, parece parar por aí. Divergem as legislações nacionais, instrumentos internacionais e regulamentos de instituições de arbitragem com relação a quem deve concedê-las e em que circunstâncias e como devem ser concedidas medidas com tal objetivo. Esses temas passam a ser tratados a seguir.

2.1. Quem? Modelos de competência para concessão de medidas cautelares

Podem-se identificar, entre os vários ordenamentos jurídicos, quatro modelos básicos para a competência para medidas cautelares: competência exclusiva dos árbitros, competência exclusiva do Poder Judiciário, competência concorrente e competência coordenada¹.

O modelo de competência exclusiva dos árbitros não é adotado em nenhuma legislação nacional², sendo hoje meramente teórico. De fato, causaria estranheza que as ordens jurídicas estatais abdicassem completamente do *munus* de acautelar situações de urgência atribuindo-o à jurisdição privada escolhida pelas partes.

Entretanto, no âmbito da arbitragem de investimentos, pode-se encontrar um exemplo histórico de tal modelo. Até a alteração das Regras de Arbitragem da ICSID ocorrida em 1984, entendia-se, a partir da leitura do art. 26 da Convenção ICSID, que a arbitragem de investimento nela prevista era um sistema fechado e autônomo, que tinha por objetivo a despolitização dos

litígios a ele submetidos. Após a reforma referida, entretanto, a Regra 39(6) possibilita que medidas cautelares sejam requeridas perante o Poder Judiciário, desde que tal possibilidade tenha sido prevista no contrato entre as partes.³

A jurisprudência estadunidense flertou com o modelo de competência exclusiva dos árbitros para conceder medidas cautelares relativas a arbitragens internacionais nos casos *McCreary Tire & Ribber Co. v. CEAT, SpA* e *Cooper v. Ateliers de la Motobecane, SA*⁴. Nesses precedentes, o Tribunal do Terceiro Circuito e o Tribunal de Apelações de Nova York entenderam que admitir que as partes recorram ao Poder Judiciário para requerer quaisquer medidas – inclusive cautelares – significaria violação do art. II(3) da Convenção de Nova York⁵. Essa posição, entretanto, foi abandonada em prol do entendimento de que medidas cautelares podem ser determinadas pelo juiz, pois o são em favor ou auxílio à arbitragem. Não haveria assim violação ao referido dispositivo convencional⁶.

O modelo de competência exclusiva do Poder Judiciário é adotado em alguns ordenamentos jurídicos e pode encontrar diferentes justificativas. Historicamente, via-se com reserva a possibilidade de que árbitros pudessem decidir sobre medidas acautelatórias, como se o estado estivesse renunciando excessivamente de sua jurisdição em favor da arbitragem. Ao longo do tempo, a comunidade jurídica, de forma geral, convenceu-se da possibilidade de que árbitros determinassem tais medidas e vários países migraram desse modelo para o de competência concorrente. Há, ainda, entendimento de que as partes não podem dispor a respeito de medidas coercitivas e, portanto, essa seria matéria inarbitrável. Outra razão reside na conveniência: árbitros não têm poder de coerção e, dessa forma, entende-se que suas medidas cautelares serão voluntariamente cumpridas pelas partes ou não terão eficácia. Nesse sentido, atribuir a competência ao juiz, que poderia usar seus poderes de coerção, seria a melhor forma de tutelar o direito alegado até a decisão final pelos árbitros. Por fim, menciona-se que, em matéria de tutela de urgência, juízes tendem a dar decisões de forma mais célere que os árbitros.⁷

Exemplos desse modelo são Itália (art. 818 do Código de Processo Civil), China (art. 68 da Lei de Arbitragem), Tailândia (§16 da Lei de Arbitragem)⁸ e a Suíça para as arbitragens domésticas (art. 26 do Concordat sur l'Arbitrage). A Argentina era outro exemplo desse modelo, visto que o art. 753 de seu Código Processual Civil afirmava expressamente que os árbitros não poderiam decretar medidas compulsórias, as quais deveriam ser requeridas ao juiz. Todavia, o novo Código Civil e Comercial, que entrou em vigor em 1º de agosto de 2015, adotou diferente orientação em seu art. 1.655⁹, filiando o país ao modelo de competência concorrente.

A tendência entre os diversos países tem sido o modelo de competência concorrente, em que as partes podem solicitar medidas de urgência ao juiz ou ao tribunal arbitral¹⁰.

A Lei Modelo da UNCITRAL prevê o modelo de competência concorrente sem qualquer tipo de restrição, possibilitando que a parte que necessitar de medida cautelar escolha entre a jurisdição estatal ou a arbitral, sendo que essa última pode ser excluída por vontade das partes. Com efeito, assim dispõem os dispositivos relevantes da Lei Modelo:

Article 17. Power of arbitral tribunal to order interim measures

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures.

[...]

Article 17 J. Court-ordered interim measures

A court shall have the same power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in the territory of this State, as it has in relation to proceedings in courts. The court shall exercise such power in accordance with its own procedures in consideration of the specific features of international arbitration.

A Lei Modelo estabelece, ainda, a atuação da jurisdição estatal em apoio à arbitragem, determinando a execução por juízes das decisões proferidas por árbitros (art. 17-H(1)), a qual não poderá ser negada a menos que esteja presente uma das condições listadas no art. 17-I. Embora o juiz não faça revisão de mérito da medida cautelar decidida pelo árbitro, poderá requerer a prestação de caução por decisão sua, mesmo que os árbitros não a tenham determinado (art. 17-H(3)).

Esse modelo deriva da constatação de que cada uma das jurisdições apresenta vantagens em relação à outra. De acordo com Fouchard, Gaillard e Goldman:

The thinking is that parties to an arbitration agreement should not be deprived of the benefit of emergency measures available from the courts. It is considered more effective to apply to the courts where emergency measures are needed both because the courts will hear an application as a matter of urgency, and because their decisions will be readily enforceable¹¹.

Por outro lado, o tribunal arbitral parece como “juiz natural” da questão, uma vez que as partes escolheram arbitragem como solução de controvérsias, sendo a medida acautelatória uma providência auxiliar ou acessória com relação ao todo o litígio¹². O conhecimento de todo o caso (na hipótese de medidas requeridas no curso da arbitragem) ou a análise estratégica de como pretende conduzir o caso (na hipótese de medidas solicitadas logo após a constituição do tribunal arbitral) conferem vantagens aos árbitros, se comparados ao juiz.

Por desse motivo, a Lei Modelo e os países que a adotaram ou usaram como inspiração preservam a possibilidade de a medida cautelar ser requerida perante o juiz ou o árbitro. O fato de a requerer perante a jurisdição estatal não significa renúncia à arbitragem¹³, pois será por esse meio de controvérsias que será resolvido o mérito da demanda. Por outro lado, se a providência acautelatória for solicitada aos árbitros e a coerção for necessária, preserva-se a possibilidade de utilizar a justiça estatal para executar a medida apreciada e decidida pelo tribunal arbitral.

O modelo, entretanto, não é isento de críticas. Além de ser uma solução que não se coaduna com o sistema arbitral, em que, via de regra, a escolha pela arbitragem retira a competência do juiz, a competência concorrente pode causar procedimentos paralelos e duplicados, elevando os custos para as partes. Há ainda o risco de determinações inconsistentes ou conflitantes entre as decisões judiciais e arbitrais, ensejando o risco da estratégia oportunista de *forum shopping*. Apesar desses inconvenientes, atesta Born que a competência concorrente está profundamente enraizada no contexto da arbitragem internacional e é necessária por motivos de ordem prática¹⁴.

Podem ser citados como exemplos do modelo de competência concorrente: Alemanha (art. 1.041 do Código de Processo Civil), Suíça, para arbitragens internacionais (art. 183 do Código Federal de Direito Internacional Privado), Argentina (art. 1.655 de seu novo Código Civil e Comercial, acima referido), França (art. 1.449 do Código de Processo Civil, a partir da reforma de 2011) e Japão (art. 15 da Lei de Arbitragem). De se destacar, adicionalmente, Portugal, cuja lei de arbitragem recentemente reformada reproduz, em seus arts. 20 a 29, a Lei Modelo da UNCITRAL, prevendo a competência concorrente entre juízes e árbitros.

A competência concorrente é adotada pelo Regulamento de Arbitragem do ICDR (art. 6(7) e art. 24) e da UNCITRAL (art. 26).

Por fim, cabe mencionar a competência coordenada entre jurisdição estatal e arbitral para a apreciação e concessão de medidas cautelares. Esse modelo difere daquele anteriormente visto, pois escolhe a jurisdição arbitral como preferencial, mas mantém a competência do Poder Judiciário quando parece ser mais indicada diante de circunstâncias previstas na lei.

Interessante exemplo desse modelo é aquele adotado no Reino Unido. No art. 39 de sua Lei de Arbitragem, é prevista a competência dos árbitros para a concessão de medidas de urgência, nos seguintes termos:

39. Power to make provisional awards.

(1) The parties are free to agree that the tribunal shall have power to order on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award.

(2) This includes, for instance, making.

(a) a provisional order for the payment of money or the disposition of property as between the parties, or

(b) an order to make an interim payment on account of the costs of the arbitration. (3) Any such order shall be subject to the tribunal's final adjudication; and the tribunal's final award, on the merits or as to costs, shall take account of any such order.

(4) Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no such power.

This does not affect its powers under section 47 (awards on different issues, &c.).

Em seu art. 44, a lei britânica de arbitragem estabelece a competência de cortes estatais para processar pedidos de tutela acautelatória. Inicialmente, o art. 44(1) deixa clara a possibilidade de as partes excluírem a competência do Poder Judiciário para processar medidas cautelares, o que não está previamente previsto na Lei Modelo e nos regimes que a seguem. As medidas podem ser adotadas pelo juiz apenas se os seguintes requisitos estiverem presentes:

(i) a medida for urgente (art. 44(2)) ou se houver o consentimento do tribunal arbitral ou de todas as outras partes para que tal tutela seja requerida no Poder Judiciário (art. 44(3));

(ii) o tribunal arbitral não tiver poderes ou for, no momento, incapaz de agir de forma eficaz (art. 44(5))¹⁵.

O tribunal arbitral pode não ser capaz de resolver a questão de forma eficaz se a tutela abranger ordens com relação a terceiros ou bens destes, se forem necessárias medidas coercitivas,

se a tutela for necessária antes de o tribunal estar formado, se o tribunal arbitral estiver paralisado ou demorar excessivamente para apreciar a medida de urgência requerida¹⁶. Portanto, o sistema britânico, ao mesmo tempo em que restringe o cabimento de pedidos de tutela cautelar no Poder Judiciário a situações excepcionais (reduzindo as possibilidades de *forum shopping*, procedimentos paralelos e decisões inconsistentes), confere flexibilidade para que o Poder Judiciário possa cooperar como juiz de apoio ou em auxílio à arbitragem quando necessário.

O Brasil constitui outro exemplo de competência coordenada entre jurisdição estatal e arbitral para conceder tutelas acautelatórias. De acordo com a lei de arbitragem brasileira, conforme se verá mais pormenorizadamente a seguir, o Poder Judiciário tem competência para medidas cautelares até a formação do tribunal arbitral – chamadas de medidas preparatórias – e os árbitros têm poderes para tanto a partir de então (art. 22-A e 22-B). São duas competências exclusivas, em momentos distintos. Ademais, o juiz age em cooperação com os árbitros quando necessária medida coercitiva para dar cumprimento à tutela de urgência concedida pelo tribunal arbitral (art. 22-C)¹⁷.

A abordagem de dividir a competência para concessão de medidas cautelares entre a jurisdição estatal e a arbitral conforme esteja ou não formado o tribunal arbitral é também adotada pelo Regulamento de Arbitragem da ICC (art. 28) e da LCIA (art. 25.3(i))¹⁸. Este último, entretanto, abre a possibilidade de a parte requerer a tutela de urgência nas cortes estatais, mesmo depois de formado o tribunal arbitral, em casos excepcionais e com autorização do tribunal arbitral (art. 25.3(ii)).

Uma última observação deve ser acrescida: a competência territorial para conceder a tutela de urgência, caso essa seja requerida perante o Poder Judiciário. Quando há a necessidade de execução de uma medida cautelar em uma arbitragem internacional, pode ser mais efetivo requerer tais medidas perante as cortes estatais do local em que a medida acautelatória deverá ser implementada, o que evita a necessidade de *exequatur* ou homologação da decisão no país em que será cumprida. Pode-se exemplificar com a situação em que a medida solicitada é a de bloqueio de bens de uma das partes que estejam situados em determinada jurisdição. Ao comparar a eficácia de uma medida determinada por um árbitro de emergência¹⁹ com aquela obtida em uma jurisdição estatal, Redfern, Hunter, Blackaby e Partasides pontuam que:

Following these developments in arbitration rules, legislation has also been implemented in certain jurisdictions to facilitate the enforcement of emergency relief orders. Notably, the Hong Kong Arbitration Ordinance of 2013 allows Hong Kong courts to enforce relief granted by emergency arbitrators whether the order is issued in Hong Kong or abroad. However, where there is no specific provision for the enforcement of the orders of an emergency arbitrator, a party may still prefer to rely on the competent national court to ensure state-backed enforcement of an interim order²⁰.

Portanto, a menos que as partes tenham elegido um foro para a apreciação de tais medidas (caso em que a escolha das partes pode ou não ser vinculante, a depender da *lex fori*) ou que a lei aplicável disponha em contrário, é possível que outras cortes – que não aquela do local em que se desenvolve a arbitragem – apreciem a medida. Isto se deve ao fato de que algumas medidas

cautelares possuem eficácia estritamente territorial, sendo difícil ou, por vezes, impossível garantir sua eficácia, por exemplo, na sede da arbitragem, como lembra Gary Born:

As a practical matter, however, the courts of the arbitral seat may not be in a position to grant effective provisional relief. Particularly where attachment or similar remedies are sought, only the jurisdiction where the defendant's assets are located may be able to grant meaningful remedies. That is because security measures often have only territorial effect and, even when they purport to apply extraterritorially, enforcement may be difficult or impossible. In those circumstances, according exclusive jurisdiction to courts in the seat may not be warranted²¹.

2.2. Em que circunstâncias? Parâmetros para a concessão de cautelares em arbitragem

Não há uniformidade na abordagem sobre quais requisitos devem ser preenchidos para que a parte que solicita uma medida cautelar em arbitragem tenha seu pedido acolhido, nas leis dos diversos países e nos regulamentos de arbitragem. Em geral, muita discricionariedade é conferida aos árbitros em tal tarefa como anotam Redfern, Hunter, Partasides e Blackaby:

Whilst most arbitration rules and laws of arbitration permit interim measures to be granted at the tribunal's discretion, they provide little guidance as to how that discretion should be exercised. Traditionally, arbitrators have looked to concepts common to most legal systems in the granting of such measures—such as the need to establish a prima facie case on the merits and the risk of serious and irreparable harm if the measure is not granted. [...] ²²

A Lei Modelo da UNCITRAL estabeleceu, em seu art. 17-A, os seguintes critérios para a concessão de medida cautelar pelos árbitros:

- (a) é provável que ocorra um prejuízo que não seja passível de ser reparado adequadamente quando for a sentença for proferida;
- (b) o prejuízo evitado pela parte que requer a medida compense, de forma substancial o prejuízo que a tutela cautelar possa causar à parte contra a qual é concedida;
- (c) há uma possibilidade razoável que a parte que requer a medida cautelar prevaleça no mérito da causa.

Em suma, a Lei Modelo prevê a necessidade de demonstrar: (a) *periculum in mora*, (b) ausência de dano reverso ou ser ele justificável à luz do prejuízo evitado, e (c) *fumus boni iuris*. Esses requisitos podem, no todo ou em parte, ser dispensados pelo tribunal arbitral se o objetivo da medida cautelar for a preservação de provas (art. 17-A(2)).

A lei de arbitragem portuguesa reproduz esses critérios em seu art. 20. No entanto, essa não é a orientação da maioria dos ordenamentos pesquisados, uma vez que as leis dos seguintes países não estabelecem, especificamente para a concessão de cautelares por árbitros, os critérios que devem ser observados: Reino Unido, Japão, Argentina, França, Suíça (para arbitragens internacionais), Alemanha e Brasil.

A maioria dos regulamentos igualmente não fixam tais requisitos²³, deixando grande margem de discricionariedade aos árbitros. São assim os regulamentos da ICC, LCIA e ICDR.

2.3.Como? Ordem processual ou sentença parcial

A medida cautelar deferida por um tribunal arbitral pode tomar a forma de uma sentença parcial (*interim award*) ou uma ordem processual. Em geral, a sentença é vista como uma decisão na qual os árbitros encerram uma ou mais questões submetidas à arbitragem, enquanto a ordem processual é algo que regula aspectos técnicos e procedimentais²⁴.

As duas opções estão, em tese e sem referência a um ordenamento jurídico determinado, disponíveis. Pode-se considerar a tutela cautelar requerida como uma questão específica a ser decidida por arbitragem. Dessa forma, a sentença parcial poria fim a esse litígio (ao litígio cautelar) e deixaria as demais questões, de mérito, a serem resolvidas na continuidade da arbitragem. Por outro lado, pode-se considerar a tutela acautelatória como medida inerente ao processo arbitral a fim de assegurar seu adequado desenvolvimento. Nesses termos, bastaria uma ordem processual determinando a conservação de bens ou de determinada situação jurídica, o arresto de bens, a manutenção de um contrato etc.

De acordo com Rubino-Sammartano, a escolha pode interferir com a possibilidade ou a forma de se executar a medida determinada pelos árbitros:

Attempts at enforcing an arbitral injunction produce different results depending on whether it has been granted or not in the shape of an award. In the positive case in general it may be enforced as any other award. In the negative case this will depend on the legal system, i.e. whether the order may be treated – due to its contents – as an award or if not whether it is enforceable. In those systems in which a mere order is not enforceable the party in whose favour the injunction has been granted may try to apply to a state court for the issue by that court of the same injunction in order to be able to enforce it²⁵.

Yesilirmak enuncia as vantagens e desvantagens de uma e outra forma de se determinar medidas cautelares pelos árbitros²⁶:

- (a) a sentença é mais formal e, portanto, demanda mais tempo para ser realizada; se se tratar de arbitragem ICC, deverá passar pelo escrutínio da Corte;
- (b) a sentença faz coisa julgada, enquanto a ordem processual não;
- (c) a sentença parcial e a ordem processual podem ou não ser exequíveis em um determinado país, não havendo opção *a priori* segura quanto a isso;
- (d) uma sentença é passível de reconhecimento e execução no quadro da Convenção de Nova York, enquanto essa matéria quando se tratar de ordem processual é passível de discussões doutrinárias²⁷;
- (e) a prolação de uma sentença *ex parte* é mais problemática do que a prolação de uma ordem processual *ex parte*.

Em arbitragens domésticas, os árbitros deverão verificar se a lei aplicável exige uma ou outra forma. Se ambas forem admitidas, deve-se adotar a forma cuja execução (com ou sem o auxílio da jurisdição estatal) seja mais célere. Em arbitragens internacionais, é recomendável²⁸ verificar a forma exigida ou a melhor (mais eficaz e célere) no país em que a medida cautelar deva ser cumprida.

Para assegurar essa flexibilidade, os regulamentos das instituições internacionais de arbitragem costumam deixar para os árbitros a decisão sobre a forma que será adotada para a medida de urgência, podendo-se citar, exemplificativamente, o Regulamento de Arbitragem da ICC (art. 28, parte final²⁹) e do ICDR (art. 24(2)³⁰). O Regulamento de Arbitragem da LCIA é silente quanto ao assunto, deixando para os árbitros a decisão sobre a forma em que a medida é determinada.

3. CONCESSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES NO ÂMBITO DA ARBITRAGEM À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Em sua redação original, a Lei 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”) tratava da matéria de medidas cautelares da seguinte forma:

Art. 22. [...]

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

Esse dispositivo foi objeto de controvérsias doutrinárias e de diferentes interpretações jurisprudenciais. Com efeito, questionava-se se os árbitros teriam competência para decidir sobre tutelas cautelares ou se, na literalidade do referido § 4.º, deveriam apenas solicitá-las ao Poder Judiciário que as decidiria³¹, havendo quem afirmasse que, para que os árbitros pudessem concedê-las, seria necessária declaração de vontade das partes nesse sentido³². Entre os julgados, encontra-se posição diametralmente oposta: a de que o Poder Judiciário não poderia decidir sobre medida cautelar, mesmo antes de formado o tribunal arbitral porque isso constituiria usurpação da competência do juízo arbitral, escolhido pelas partes³³.

No entanto, a maioria da doutrina defendia que o § 4.º do art. 22 da redação original da Lei de Arbitragem conferia aos árbitros o poder de determinar medidas acautelatórias. A expressão “solicitar medidas coercitivas ou cautelares” mencionada em tal dispositivo significava que os árbitros decidiriam a tutela de urgência e solicitariam a cooperação judicial para que lhe fosse dado cumprimento. No entanto, caso não o tribunal arbitral não estivesse ainda instalado, o Poder Judiciário teria competência para decidir e dar cumprimento a tais medidas. Esse entendimento foi claramente influenciado pela solução adotada pelo Regulamento de Arbitragem da ICC de 1998 (art. 23), que permanece a mesma no atual. Essa foi a visão que acabou prevalecendo nos Tribunais estatais, sendo possível afirmar que, mesmo antes das alterações promovidas na Lei de Arbitragem, a jurisprudência já havia se pacificado nesse sentido.

Com efeito, pouco antes da reforma da Lei de Arbitragem, o Superior Tribunal de Justiça havia confirmado tal posicionamento, por meio do REsp 1325847/AP³⁴. Neste caso, foi discutida a manutenção da eficácia e dos efeitos de medida cautelar concedida pelo Poder Judiciário, uma vez que a ação principal em curso era ação de instituição compulsória de arbitragem (prevista nos arts. 6.º e 7.º da Lei de Arbitragem), a qual, se julgada improcedente, levaria à não instauração do procedimento arbitral. O Relator do recurso, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, manifestou o seguinte entendimento em seu voto:

Na iminência da instalação de procedimento arbitral, o conhecimento pelo Poder Judiciário da situação acautelanda há de ser provisório.

Uma vez instalada a jurisdição privada, o tribunal arbitral passará a ser competente para análise das questões controvertidas relacionadas ao contrato celebrado entre Ecometals e Alto Tocantins e, inclusive, a necessidade de acautelar-se a situação.

No entanto, poderá ocorrer que não seja instalado o procedimento arbitral, isso consoante o resultado final na demanda de instalação da jurisdição privada.

[...]

Em outras palavras, os efeitos da decisão prolatada pelo Estado-jurisdição, assim, manter-se-ão até o trânsito em julgado da ação de instalação, se improcedente o pedido formulado nesta demanda.

Se procedente, os efeitos protraem-se até a submissão da questão ao juízo arbitral, quando, então, o tribunal de arbitragem competente poderá retirar a eficácia da medida concedida, simplesmente confirmá-la ou dispor de forma diferenciada, contando com o auxílio do Poder Judiciário para eventuais medidas constritivas.

Reconheceu-se, assim, a competência dos árbitros para decidir medidas cautelares, uma vez constituído o tribunal arbitral, mantendo-se a competência precária do Poder Judiciário antes disto. O precedente aclarou o posicionamento das cortes judiciais quanto aos efeitos temporais de medidas cautelares concedidas pelo Judiciário, delimitando-se a eficácia de tais medidas de modo a reforçar a cooperação entre o Poder Judiciário e a arbitragem, com o primeiro possibilitando a consecução dos fins do procedimento arbitral.

O entendimento manifestado no referido julgado confirmou entendimento exarado em outros julgados do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do Recurso Especial 1.297.974/RJ, no qual a Ministra Nancy Andriighi afirmou que:

Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar³⁵.

O mesmo posicionamento foi seguido no Agravo Regimental no Conflito de Competência 116.395³⁶ e Conflito de Competência 111.230/DF³⁷, julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, e no Agravo de Instrumento 1.0024.14.310088-1/001³⁸ e Embargos de Declaração 1.0024.11.214136-1/002, julgados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Este último merece destaque, uma vez que não apenas foi reconhecida a competência do Tribunal Arbitral para apreciar e julgar a medida cautelar, como também foi ordenada a remessa dos autos à câmara arbitral pelo TJMG, conforme se depreende da ementa que segue:

Embargos de declaração. Agravo de instrumento. Extinção da ação cautelar de produção antecipada de provas. Ônus sucumbenciais. Inexistência. Acolhimento sem efeitos infringentes. Remessa ao juízo arbitral. Possibilidade. Acolhimento parcial. Rediscussão da matéria. Rejeição³⁹.

O relator do caso, Desembargador Wanderley Paiva, determinou, ao reconhecer a competência do Tribunal Arbitral, “a remessa dos autos da Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas ao Juízo Arbitral”.

Esse foi o entendimento acolhido pela reforma trazida pela Lei 13.129/2015, que introduziu o Capítulo IV-A na Lei de Arbitragem. Os dispositivos inseridos têm as seguintes redações:

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

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

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

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

Observa-se, portanto, que a reforma da Lei de Arbitragem positivou o consenso que havia se formado no país quanto à divisão de competências entre árbitros e juízes para a concessão de medidas cautelares. O sistema adotado claramente confere a preferência aos árbitros para a apreciação de tutelas de urgência²⁰. Por ter sido a jurisdição arbitral a que foi escolhida pelas partes, por caber aos árbitros a instrução do processo e a decisão de mérito e por ser a cautelar uma medida acessória e auxiliar da demanda principal, estão os árbitros realmente em melhor posição para apreciar os pedidos de tutela acautelatórias que possam surgir relativamente à arbitragem. Decorre daí a preferência do legislador. No entanto, na hipótese de impossibilidade fática de os árbitros decidirem a questão – por ainda não existir tribunal arbitral formado – a cautelar será apreciada e, se deferida, executada diretamente pelo Poder Judiciário. Mas, mesmo nesse caso, ela poderá ser reapreciada pelo tribunal arbitral a partir do momento que este estiver constituído, demonstrando, mais uma vez, a preferência do legislador por outorgar a competência para decisão sobre a tutela de urgência aos árbitros.

A Lei de Arbitragem não prevê expressamente qual é a forma de os árbitros determinarem medidas de urgência: sentença parcial ou ordem processual. Desta forma, pode-se, em princípio, considerar que as duas alternativas são admissíveis. decisão cautelar²¹. Caso seja emitida sentença parcial, a parte interessada na medida deverá exigir seu cumprimento pela via do processo de execução. Por outro lado, caso o tribunal arbitral conceda a tutela por meio de ordem processual, sua exigibilidade dar-se-á por carta arbitral, na forma do art. 22-C.

Com efeito, a Lei de Arbitragem²² prevê um mecanismo eficaz de cooperação judicial, a carta arbitral, por meio da qual o árbitro poderá solicitar ao Poder Judiciário seu apoio para a prática ou para que determine o cumprimento de qualquer ato, seja de natureza cautelar ou não. Nesse sentido, a adoção de medidas cautelares por ordem processual, seguida da expedição de carta arbitral, é o meio mais eficiente no Brasil para assegurar o cumprimento de medidas cautelares que tenham por objeto garantir o resultado útil da arbitragem ou do direito nela pleiteado. O cumprimento da medida determinada pelo árbitro será certamente mais célere dessa forma do que seria pela execução de uma sentença parcial.

4.MEDIDAS CAUTELARES CONCEDIDAS *EX PARTE*

Em determinadas situações, a parte pode precisar requerer uma medida cautelar *ex parte*, ou seja, sem que seja dada ciência ou notificação à parte contra quem a medida se dirige, a depender da urgência do caso concreto. Apesar de esta alternativa ser possível e autorizada em algumas legislações e regulamentos, sua aceitação ainda é bastante limitada.

A Lei Modelo da UNCITRAL, por exemplo, prevê a possibilidade de requerimentos de medidas de urgência *ex parte*, ainda que em situações bem restritas, conforme dispõe seu art. 17-B(1)(2):

(1) Unless otherwise agreed by the parties, a party may, without notice to any other party, make a request for an interim measure together with an application for a preliminary order directing a party not to frustrate the purpose of the interim measure requested.

(2) The arbitral tribunal may grant a preliminary order provided it considers that prior disclosure of the request for the interim measure to the party against whom it is directed risks frustrating the purpose of the measure.

Contudo, o art. 17-C do mesmo conjunto de normas prevê que o tribunal arbitral deve, imediatamente após a apreciação do requerimento, dar ciência a todas as partes, sem a qual a medida concedida não será executável. Desse modo, a solução oferecida pela Lei Modelo perde sua importância prática na grande maioria dos casos⁴³.

Trata-se, em verdade, de situações excepcionais, já que a concessão de provimento jurisdicional de natureza acautelatória liminarmente, sem ouvir a parte contrária, não é uma tendência traduzida nas legislações domésticas que regulamentam o instituto da arbitragem nas sedes mais utilizadas.

As regras institucionais também costumam excluir, expressa ou tacitamente, a possibilidade de medidas cautelares *ex parte*. Exemplo de exceção à regra pode ser encontrado no Regulamento da SCAI (Swiss Rules, 2014), que prevê expressamente tal alternativa, em seu art. 26 (3):

In exceptional circumstances, the arbitral tribunal may rule on a request for interim measures by way of a preliminary order before the request has been communicated to any other party, provided that such communication is made at the latest together with the preliminary order and that the other parties are immediately granted an opportunity to be heard.

São bastante limitadas, portanto, as possibilidades de se obter medidas cautelares *ex parte* junto a um tribunal arbitral. Blackaby, Hunter, Partasides e Redfern afirmam que, por esta razão, quando tais medidas se fazem necessárias, pela urgência do caso concreto ou pelo risco de que a medida se frustre caso a parte contra quem será dirigida seja previamente informada de seu requerimento, as cortes domésticas se apresentam como a opção mais viável⁴⁴, ainda que já esteja constituído o tribunal arbitral, em observância aos limites da convenção de arbitragem, do regulamento e da legislação aplicável.

No Brasil, a partir da reforma da Lei de Arbitragem realizada pela Lei 13.129/2015, afastou-se, em tese, a possibilidade de requerer medidas cautelares ao Poder Judiciário após a constituição

do Tribunal Arbitral, à luz do art. 22-B⁴⁵. Contudo, em situações excepcionais, em que as circunstâncias fáticas ou a natureza da medida de urgência pretendida justifique a intervenção do Poder Judiciário, há que se considerar a possibilidade de flexibilização do citado dispositivo legal. Este pode ser o caso quando, por exemplo, um dos membros do Tribunal Arbitral estiver ausente, impossibilitado de tomar parte da decisão colegiada, ou mesmo quando a instituição arbitral estiver em recesso, inviabilizando o recebimento de requerimentos das partes, e os árbitros não puderem ser localizados diretamente por elas. Além disso, o recurso ao Poder Judiciário pode ser a única alternativa disponível à parte que necessita da concessão de medida cautelar *ex parte*, sob pena de frustrar o resultado do provimento de urgência, já que dificilmente este será concedido sem a oitiva da parte contrária em arbitragem. Esta possibilidade é permitida por alguns regulamentos de câmaras internacionais⁴⁶, o que reforça a necessidade de discussão no âmbito nacional.

5.ÁRBITRO DE EMERGÊNCIA

A figura do árbitro de emergência surge, na arbitragem internacional, como uma alternativa ao apelo às cortes domésticas para a apreciação de medidas cautelares antes de constituído o tribunal arbitral.

A evolução no uso dessa alternativa torna-se cada vez mais perceptível diante de recentes mudanças em regulamentos de arbitragem de importantes instituições arbitrais que passaram a prever a possibilidade da nomeação de árbitro de emergência, destacando-se os seguintes: Regulamento da CCI (2012), art. 29 e Apêndice V, Regulamento da ICDR (2014), art. 6, Regulamento da SIAC (2013), Anexo 1, Regulamento do Instituto de Arbitragem da Holanda (NAI Rules, 2015), art. 36, Regulamento da LCIA (2014), art. 9B, Regulamento da HKIAC (2013), Anexo 4, Regulamento da SCAI (Swiss Rules, 2012), art. 43, e o Regulamento da SCC (Stockholm Chamber of Commerce), Apêndice II. No entanto, esta alternativa ainda não foi adotada pelas instituições arbitrais brasileiras⁴⁷.

O árbitro de emergência é um árbitro único, geralmente indicado pela instituição arbitral eleita para administrar o procedimento, apenas para decidir as questões de natureza cautelar anteriormente à constituição do tribunal arbitral. A jurisdição do árbitro de emergência se limita às questões relacionadas às medidas cautelares pleiteadas, não se estendendo às questões de mérito⁴⁸.

Assim como ocorre quando da apreciação de medidas cautelares por cortes domésticas, o tribunal arbitral não se vincula à decisão do árbitro de emergência, possuindo competência para manter, modificar ou revogar quaisquer decisões tomadas por este.

Quando se busca um árbitro de emergência, o procedimento é substancialmente expedito, o que facilita a adequada preservação do *status quo ante* e do direito das partes. A título de exemplo, deve-se mencionar que o Regulamento de Arbitragem da CCI, que disciplina tal procedimento em seu Apêndice V, tem previsão de prazos bem curtos. Após o recebimento do requerimento de instalação do procedimento de árbitro de emergência, o Presidente da Corte deve nomear o árbitro de emergência em apenas dois dias⁴⁹. Uma vez nomeado o árbitro, e transmitido a ele o

requerimento, a decisão deve ser proferida em até quinze dias⁵⁰, prazo este que poderá ser prorrogado pelo Presidente da Corte mediante requerimento do árbitro de emergência. Havendo necessidade de reuniões entre as partes e o árbitro de emergência, as regras determinam que sejam realizadas por videoconferência, conferência telefônica ou outros meio remotos⁵¹, o que contribui para a celeridade do procedimento.⁵²

Uma questão que permeia a decisão entre optar pelo árbitro de emergência ou por recorrer às cortes domésticas refere-se à execução e implementação da decisão. A execução da decisão proferida pelo árbitro de emergência no âmbito internacional pode gerar insegurança às partes, diante da polêmica existente em torno da exequibilidade da decisão, especialmente, no âmbito da Convenção de Nova Iorque⁵³, uma vez que a maioria das regras institucionais se refere a essa decisão como *order*, não utilizando o termo *award*.

Em verdade, segundo a Convenção, apenas sentenças ou decisões que resolvem de modo definitivo as matérias submetidas à arbitragem podem ser executadas; ou seja, decisões de caráter provisório ou cautelar não se enquadram no seu escopo. Surge o receio, portanto, de que decisão provisória proferida pelo árbitro de emergência possa encontrar óbices à sua execução em nível internacional. Contudo, o status de uma decisão quanto à sua finalidade e urgência é, em última análise, determinado pela corte incumbida de processar sua execução, podendo-se concluir que a nomenclatura utilizada não enseja, *per se*, certeza ou incerteza quanto à execução da decisão pela corte doméstica.⁵⁴

Marika Paulsson, ao analisar essa problemática, afirma que:

Not all “awards” are awards, and some “orders” are. Courts apply the criterion of “finality” with the contextual use of Article V(1)(e) without reintroducing the 1927 Geneva Convention’s double exequatur. The requirement of “finality” applied by courts only means that the award is binding on the parties⁵⁵.

Um recente precedente ilustra o debate sobre a questão. Trata-se do caso *The Ministry of Justice of Ukraine v. JKK Oil & Gas Plc*⁵⁶, arbitragem sediada em Estocolmo, em que se discutiu, no mérito, alegado inadimplemento da Ucrânia de obrigações dispostas no *Energy Charter Treaty*. Foi requerida a nomeação de um árbitro de emergência, segundo o Regulamento da SCC (*Stockholm Chamber of Commerce*), mas apesar de devidamente notificada, a Ucrânia não participou do procedimento. O árbitro de emergência proferiu decisão ordenando à Ucrânia que se abstivesse de recolher royalties referentes à produção de gás aplicando-se taxa que excedesse aquela previamente estipulada pelas partes.

Em resposta à execução dessa decisão, a Ucrânia aduziu, entre outros, os argumentos de que não teria sido propriamente notificada acerca do procedimento arbitral emergencial e a submissão da questão ao árbitro de emergência se encontrava fora do escopo da convenção de arbitragem. Apesar de ter sido a apelação rejeitada pela Corte de Apelações de Kiev, a questão ainda possui um pedido de cassação pendente, ou seja, até o presente momento, mais de um ano após o proferimento da decisão exarada pelo árbitro de emergência, esta ainda não pôde ser executada pela JKK⁵⁷.

A opção pelo procedimento do árbitro de emergência foi objeto da pesquisa realizada pela Queen Mary University of London e pelo escritório White&Case LLP em 2015⁵⁸. Apurou-se que,

dentre os entrevistados, poucos tinham experiência prática com o procedimento e alguns manifestaram preocupação com questões relativas à execução. Cerca de 46% dos entrevistados afirmaram que optariam pelo recurso às cortes domésticas para requer medidas cautelares pré-arbitrais, enquanto 29% afirmaram que optariam pela nomeação de um árbitro de emergência. Contudo, 93% se manifestaram positivamente à inclusão de disposições acerca de árbitro de emergência nas regras institucionais, o que revela a tendência a um possível aumento do uso dessa alternativa, na medida em que foi incluída nos regulamentos das principais câmaras arbitrais.

Algumas estatísticas sobre o crescimento do uso do procedimento do árbitro de emergência já são conhecidas. A SIAC recebeu, entre 2010 e 2014, 42 requerimentos de instauração de procedimentos envolvendo árbitro de emergência, enquanto a ICDR relatou ter administrado 28 arbitragens de emergência. A CCI relatou ter recebido 10 casos envolvendo árbitro de emergência desde a publicação de seu Regulamento de 2012, até julho de 2015²⁹.

Observa-se, portanto, que a figura do árbitro de emergência foi inserida na arbitragem internacional como alternativa ao apelo à jurisdição estatal para a obtenção de provimento jurisdicional de natureza cautelar, ou seja, como forma de proporcionar às partes possibilidade de apreciação ampla de todas as controvérsias inseridas no escopo da cláusula arbitral, sem que se tenha que recorrer às cortes domésticas, se não para fins executórios.

Apesar de não ser ainda a primeira opção da maioria dos advogados com atuação em arbitragem internacional, o procedimento arbitral de emergência vem passando por grande evolução e crescente aceitação ao longo dos anos, sendo possível vislumbrar que se tornará uma importante ferramenta para a obtenção de medidas acautelatórias do resultado útil da arbitragem internacional ou do direito nela pleiteado.

6. CONCLUSÃO

É questão comum a vários ordenamentos jurídicos a necessidade de garantir o direito material que é ou será objeto de arbitragem ou o resultado útil do processo arbitral em curso ou a ser iniciado. As medidas acautelatórias podem ser preparatórias ou incidentais, determinadas pelo Poder Judiciário, por árbitros ou por um terceiro nomeado especialmente para tal mister, geralmente chamado de árbitro de emergência. Caso a medida não tenha sido ordenada pelo tribunal arbitral ou pelo árbitro de emergência, surge, diante do não atendimento da ordem pela parte contra a qual foi proferida, a necessidade de que o Poder Judiciário seja utilizado como juiz de apoio à arbitragem, determinando que sejam implementados os instrumentos de coerção cabíveis.

Nos vários ordenamentos jurídicos analisados nesse trabalho e no instrumento uniformizador da UNCITRAL, foram encontradas diferentes abordagens a esse problema. Na comparação com os demais ordenamentos jurídicos, as soluções adotadas pelo Brasil parecem eficazes.

O modelo adotado pela Lei de Arbitragem de concorrência coordenada entre a jurisdição privada e a estatal para a concessão de medidas cautelares é claro e objetivo, sendo que o único critério para separar as competências do órgão judicial e dos árbitros é o temporal. Até a

constituição do tribunal arbitral, a competência é do juiz togado; a partir daí, a competência passa a ser dos árbitros.

Evitam-se, assim, os problemas de uma competência concorrente, como o sugerido pela Lei Modelo da UNCITRAL, em que pode haver duplicação de procedimentos, com aumento de custos para as partes e risco de decisões contraditórias. A clareza da regra brasileira, que adota um único critério objetivo, evita ainda um contencioso prévio sobre a competência para determinar medidas acautelatórias. O modelo inglês também adota competência coordenada, mas, em contraposição, traz critérios mais vagos para separação da atribuição entre a jurisdição privada e a estatal para conceder medidas cautelares. Comparando-o ao modelo brasileiro, traz maior incerteza quanto à competência, mas é capaz de dar melhor guarida a situações em que o tribunal arbitral, apesar de estar constituído, não decide sobre a medida cautelar requerida por uma das partes, seja por falecimento de um dos árbitros, impossibilidade de contatar algum membro do tribunal ou qualquer outro motivo. Enfim, a escolha entre um ou outro modelo representa a opção entre maior previsibilidade e segurança, por um lado, e maior flexibilidade e possibilidade de adaptação ao caso concreto, por outro.

Com a reforma promovida em 2015 na Lei de Arbitragem e com a promulgação do novo Código de Processo Civil, o direito brasileiro passou a tratar da maneira satisfatória a cooperação entre árbitros e Poder Judiciário para o cumprimento de medidas cautelares por meio da carta arbitral. Esse instrumento complementa o regime legal acerca das medidas de urgência, assegurando a sua eficácia no país.

Talvez em razão da boa solução do direito interno brasileiro para a tutela cautelar, não tenha havido pelas instituições de arbitragem nacionais, de forma geral, a previsão do árbitro de emergência em seus regulamentos. O tempo para que o árbitro de emergência decida a tutela requerida termina por ser maior do que aquele geralmente utilizado pelo Poder Judiciário, em razão da necessidade de nomeação de árbitro de emergência, possibilidades de impugnação e a oitiva da outra parte (considerando-se que há, em geral, resistência à concessão de medidas cautelares *ex parte*). Entretanto, na experiência internacional, a faculdade de uma das partes recorrer ao árbitro de emergência não exclui a possibilidade de utilizar o Poder Judiciário para apreciar medidas cautelares e, desta forma, sua previsão em instituições pátrias não traria qualquer prejuízo para o regime legalmente previsto e franquearia mais uma opção para a parte que tem necessidade de acautelar seu direito ou o resultado útil da arbitragem.

Portanto, o regime brasileiro de medidas cautelares em arbitragem é dotado de certeza e previsibilidade, além de ser eficaz sejam em medidas preparatórias determinadas pelo juízo estatal, seja em medidas incidentais determinadas pelos próprios árbitros e cumpridas, se necessário, com o auxílio do Poder Judiciário por meio da carta arbitral. Constitui, portanto, um importante fator para criar um ambiente seguro para a realização de arbitragens domésticas e para fixar o país como local para realização de arbitragens internacionais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on international arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2015.
- _____. *International Commercial Arbitration: Cases and Materials*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2015.
- _____. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2014.
- CATRAMBY, Alexandre Spínola. *Das relações entre o tribunal arbitral e o Poder Judiciário para a adoção de medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS INTERNATIONAL. Arbitration Practice Guideline – Applications for Interim Measures. London: CI Arb, 2015. p. 27-28. Disponível em: <<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/2015applicationinterimmeasures.pdf?sfvrsn=20>>.
- DUNMORE, Michael. The Use of Emergency Arbitration Provisions. *Asian Dispute Review*, Hong Kong, July 2015.
- GARCEZ, José Maria Rossani. Medidas cautelares e de antecipação de tutela na arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LIMA, Renata Faria Silva; REZENDE, Lídia Helena Souza. O novo regulamento de arbitragem da CCI: o árbitro de emergência e o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Arbitragem*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 48.
- NALIN, Paulo; PUGLIESE, William Soares. Tutelas provisórias emitidas pelo Poder Judiciário brasileiro em apoio à arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 13, n. 50, 2016.
- PAULSSON, Marike R. P. *The 1958 New York Convention in Action*. The Hague: Kluwer Law International, 2016.
- PETROV, Yaroslav. *JKX vs. Ukraine: An Update on the Enforcement of Emergency Arbitrator's Award*. Kluwer Arbitration Blog, 12 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://kluwer-arbitrationblog.com/2016/08/12/jkx-vs-ukraine-an-update-on-the-enforcement-of-emergency-arbitrators-award/>>.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration: law and practice*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2001.
- SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

VAN DEN BERG, Albert Jan. *Yearbook Commercial Arbitration 2016*. The Hague: Kluwer Law International, 2016. v. 41.

YESILIRMAK, Ali. *Provisional measures in international commercial arbitration*. 2003. Tese (Doutorado) – Queen Mary College, University of London.

¹Cf. YESILIRMAK, Ali. *Provisional measures in international commercial arbitration*. 2003. Tese (Doutorado) – Queen Mary College, University of London, p. 103-165. Yesilirmak menciona os três primeiros modelos, mas parece-nos mais adequado desmembrar o que chama de competência concorrente nos dois últimos modelos mencionados acima.

²Cf. Idem, p. 103.

³Cf. SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 713.

⁴Cf. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration: Cases and Materials*. 2. ed. The Hague, Boston: Kluwer Law International, 2015. p. 903-907.

⁵Convenção das Nações Unidas sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras feita em Nova York em 10 de junho de 1958. O dispositivo citado é o seguinte: “Artigo 2. 3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.”

⁶Cf. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration: Cases and Materials* cit., p. 907-908.

⁷Cf. YESILIRMAK, Ali. *Provisional measures...* cit., p. 103.

⁸BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2014. p. 2439.

⁹“ARTÍCULO 1655. Dictado de medidas previas. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante. La ejecución de las medidas cautelares y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial. Las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros.

Las medidas previas adoptadas por los árbitros según lo establecido en el presente artículo pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables.”

¹⁰Cf. SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. *Fouchard...* cit., p. 709.

¹¹SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. *Fouchard...* cit., p. 710.

¹²Cf. GARCEZ, José Maria Rossani. Medidas cautelares e de antecipação de tutela na arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 222. Cf. YESILIRMAK, Ali. *Provisional measures...* cit., p. 110.

¹³Exemplificativamente, ver art. 9.º da Lei Modelo.

¹⁴Cf. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, cit. p. 2456.

¹⁵“44 Court powers exercisable in support of arbitral proceedings.

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings.

(2) Those matters are:

(a) the taking of the evidence of witnesses;

(b) the preservation of evidence;

(c) making orders relating to property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings:

(i) for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of the property, or

(ii) ordering that samples be taken from, or any observation be made of or experiment conducted upon, the property; and for that purpose authorising any person to enter any premises in the possession or control of a party to the arbitration;

(d) the sale of any goods the subject of the proceedings;

(e) the granting of an interim injunction or the appointment of a receiver. (3) If the case is one of urgency, the court may, on the application of a party or proposed party to the arbitral proceedings, make such orders as it thinks necessary for the purpose of preserving evidence or assets.

(4) If the case is not one of urgency, the court shall act only on the application of a party to the arbitral proceedings (upon notice to the other parties and to the tribunal) made with the permission of the tribunal or the agreement in writing of the other parties.

(5) In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively.

(6) If the court so orders, an order made by it under this section shall cease to have effect in whole or in part on the order of the tribunal or of any such arbitral or other institution or person having power to act in relation to the subject-matter of the order.

(7) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.”

¹⁶Cf. YESILIRMAK, Ali. *Provisional measures...* cit., p. 140.

¹⁷NALIN, Paulo; PUGLIESE, William Soares. Tutelas provisórias emitidas pelo Poder Judiciário brasileiro em apoio à arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 79-91, 2016.

¹⁸É questionável a eficácia desses dispositivos se a lei aplicável não prever que as partes podem afastar a jurisdição estatal. A jurisdição arbitral nasce da vontade das partes e, assim, estas podem convencionar que o tribunal arbitral não concederá medidas cautelares. Nessa linha é o art. 17(1) da Lei Modelo da UNCITRAL (“Unless otherwise agreed by the parties...”). No entanto, entende-se que as partes não podem, por sua vontade, excluir a jurisdição estatal para apreciar medidas cautelares se a lei aplicável não tiver expressamente previsto essa possibilidade. Note-se que o art. 17-J da Lei Modelo, que trata do poder das cortes estatais de concederem tutelas de urgência, não traz a mesma ressalva quanto à possibilidade das partes estabelecerem de forma diversa. Por outro lado, a lei britânica expressamente prevê, no art. 44(1), que as cortes estatais podem conceder medidas cautelares “unless otherwise agreed by the parties”. Se a lei aplicável a ser considerada não tiver ressalva semelhante a essa, entende-se que restrição feita por um

regulamento de arbitragem, incorporado à vontade das partes por referência, não tem o condão de afastar a jurisdição estatal. No mesmo sentido, cf. CATRAMBY, Alexandre Spínola. *Das relações entre o tribunal arbitral e o Poder Judiciário para a adoção de medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 53. Contra, por entender que a matéria não é de ordem pública: SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. *Fouchard...* cit., p. 717.

¹⁹O raciocínio seria o mesmo para a medida cautelar determinada pelo tribunal arbitral, na hipótese em que já está formado.

²⁰BLACKABY, Nigel; HUNTER, J. Martin; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 415-440.

²¹BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2015. p. 209-226.

²²BLACKABY, Nigel; HUNTER, J. Martin; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan. *Redfern and Hunter...* cit., p. 321-322. Os autores mencionam, ainda, o seguinte trecho retirado do julgado de um caso ICSID: “It is also well-established that provisional measures should only be granted in situations of necessity and urgency in order to protect rights that could, absent such measures, be definitively lost.” (Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, Decision on Interim Measures, ICSID Case No ARB/06/11, IIC 305 (2007), para 59).

²³Cf. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, cit. p. 2444.

²⁴Cf. YESILIRMAK, Ali. *Provisional measures...* cit., p. 254.

²⁵RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration: law and practice*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2001. p. 644.

²⁶Cf. YESILIRMAK, Ali. *Provisional measures...* cit., p. 254-256.

²⁷A Convenção de Nova York não trata especificamente do tema.

²⁸Embora Yesilirmak (citando trecho constante do ICC Interlocutory Award 10596 of 2000) afirme que não é obrigação dos árbitros saberem se a medida será executável no país em que se destina, sendo essa uma função da parte que a requer. Cf. YESILIRMAK, Ali. *Provisional measures...* cit., p. 255.

²⁹“A medida que for adotada tomará a forma de ordem procedimental devidamente fundamentada, ou a forma de uma sentença arbitral, conforme o tribunal arbitral considerar adequado.”

³⁰“Such interim measures may take the form of an interim order or award, and the tribunal may require security for the costs of such measures.”

³¹Posição de Ernani Fidélis dos Santos e José Cretela Neto, segundo Alexandre Espínola Catramby. Cf. CATRAMBY, Alexandre Spínola. *Das relações...* cit., p. 72-73.

³²Posição de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e José Carlos de Magalhães, segundo Alexandre Espínola Catramby. Cf. CATRAMBY, Alexandre Spínola. *Das relações...* cit., p. 73.

³³Cf. TJSP, 1.^a Câ., Ap. 0205403-40.2012.8.26.0100, Rel. Des. Enio Zulani, j. 23.04.2013. Apud BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 360.

³⁴STJ, 3.^a Turma, Recurso Especial 1325847/AP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05.03.2015.

³⁵STJ, 3.^a Turma, Recurso Especial 1.297.974/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 12.06.2012.

³⁶STJ, 2.^a Seção, Agravo Regimental no Conflito de Competência 116.395, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.06.2013.

³⁷STJ, 2.^a Seção, Conflito de Competência 111.230/DF, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 08.05.2013.

³⁸TJMG, 15.^a Câmara Cível, Agravo de Instrumento 1.0024.14.310088-1/001, Rel. Des. Tiago Pinto, j. 28.01.2016.

³⁹TJMG, 11.^a Câmara Cível, Embargos de Declaração 1.0024.11.214136-1/002, Rel. Des. Wanderley Paiva, j. 25.07.2012.

⁴⁰Em termos de organização, andaria melhor o legislador se a ordem dos dispositivos em comento fosse invertida, de forma a refletir a prioridade dada aos árbitros para decidir medidas cautelares.

⁴¹NALIN, Paulo; PUGLIESE, William Soares. Tutelas provisórias... cit., p. 79-91.

⁴²Além da Lei de Arbitragem, a carta arbitral está prevista no Código de Processo Civil, nos arts. 69, § 1.º, 237, IV, e 260, § 3.º.

⁴³BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*, cit., p. 209-226.

⁴⁴BLACKABY, Nigel; HUNTER, J. Martin; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan. *Redfern and Hunter...* cit., p. 415-440.

⁴⁵Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

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

⁴⁶Cf. Regulamento de Arbitragem da CCI, art. 23 (2): “As partes poderão, antes da remessa dos autos ao Tribunal Arbitral e posteriormente, em circunstâncias apropriadas, requerer a qualquer autoridade judicial competente que ordene as medidas cautelares ou provisórias pertinentes. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um Tribunal Arbitral, não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerá a competência do Tribunal Arbitral a este título. Quaisquer pedidos ou medidas implementadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria, devendo esta informar o Tribunal Arbitral”.

⁴⁷Entre os regulamentos de arbitragem consultados (CAM-CCBC, CAMARB, CMA-CIESP, CAMFIEP e Câmara FGV), apenas a CAMFIEP conta com previsão de árbitro de emergência.

⁴⁸Chartered Institute of Arbitrators International. *Arbitration Practice Guideline – Applications for Interim Measures*. London: CI Arb, 2015. p. 27-28. Disponível em: <<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/2015applicationinterimmeasures.pdf?sfvrsn=20>>. Acesso em: 13 set. 2016.

⁴⁹Regulamento da CCI (2012), Apêndice II, Art. 2(1).

⁵⁰Regulamento da CCI (2012), Apêndice II, Art. 6 (4).

⁵¹Regulamento da CCI (2012), Apêndice II, Art. 4 (2).

⁵²LIMA, Renata Faria Silva; REZENDE, Lídia Helena Souza. O novo regulamento de arbitragem da CCI: o árbitro de emergência e o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Arbitragem*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 48.

⁵³Article V. 1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (e) The award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

⁵⁴PAULSSON, Marike R. P. *The 1958 New York Convention in Action*. The Hague: Kluwer Law International, 2016. p. 116.

⁵⁵PAULSSON, Marike R. P. *The 1958 New York Convention in Action*, cit., p. 115-116.

⁵⁶Ukraine No. 2016-1, The Ministry of Justice of Ukraine v. JXX Oil & Gas Plc, Court of Appeals of the City of Kiev, Case No. 22-п/796/9284/2015, 17 September 2015.

⁵⁷Sobre o caso, cf. PETROV, Yaroslav. *JXX vs. Ukraine: An Update on the Enforcement of Emergency Arbitrator's Award*. Kluwer Arbitration Blog, 12 de agosto de 2016. Disponível em: <http://kluwer-arbitrationblog.com/2016/08/12/jkx-vs-ukraine-an-update-on-the-enforcement-of-emergency-arbitrators-award/>. Acesso em: 13 set. 2016. Cf. *Yearbook Commercial Arbitration 2016*. The Hague: Kluwer Law International, 2016. v. 41. p. 1-12.

⁵⁸2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/>.

⁵⁹DUNMORE, Michael. The Use of Emergency Arbitration Provisions. *Asian Dispute Review*, Hong Kong, July 2015.