

OS ÁRBITROS E O EXERCÍCIO DE PODERES CAUTELARES: UM ESTUDO COMPARADO À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO E PORTUGUÊS¹

ARBITRATORS AND THE EXERCISE OF PRECAUTIONARY POWERS: A COMPARATIVE STUDY AT OF BRAZILIAN AND PORTUGUESE LAW

Bernardo Lima²

Gabriela Expósito³

RESUMO

Superado o problema da arbitrabilidade das medidas cautelares, a polêmica que circundava o exercício de poderes cautelares pelo árbitro deve dar lugar a novas perguntas, especialmente com a autorização legislativa de se requerer providências cautelares tanto ao árbitro, quanto ao juízo estatal. Questionamento que se impõe é: não se deveria entender que há, apesar da competência concorrente, uma ordem de subsidiariedade nos pedidos, devendo o árbitro ser quem avalia a possibilidade de concessão da medida cautelar em primeiro lugar nos casos em que há, na prática, essa possibilidade? A resposta perpassará por outros questionamentos como: a) Quais são as fontes da competência cautelar do árbitro? b) Quais mecanismos de manifestação de vontade das partes a tornam uma fonte da competência cautelar do árbitro? A resolução dessas questões, por certo, não prescindirá da análise da evolução doutrinária que hoje preconiza a admissibilidade do exercício de poderes cautelares pelo árbitro. É o que o trabalho pretende fazer.

Palavras-chave: competência, árbitro, medidas cautelares, silêncio das partes, poderes de autoridade.

¹ Este artigo é, parcialmente, resultado dos estudos do doutoramento realizado junto à Universidade de Lisboa, sob a supervisão da Professora Paula Costa e Silva do primeiro autor, com colaboração de atualização e revisão da segunda autora, sendo, portanto, produto das atividades do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq.

² Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa; Professor de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

³ Doutoranda e Mestre pela Universidade Federal da Bahia; Professora de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

1 APRESENTAÇÃO DOS PROBLEMAS⁴

A crescente ampliação do papel da arbitragem na composição heterônoma dos conflitos e o constante paralelo que se faz entre os seus mecanismos de funcionamento e a atividade jurisdicional desempenhada pela Justiça estatal faz emergir problemas profundos no estudo do procedimento arbitral. Se, de um lado, é dada franca liberdade ao exercício da vontade das partes na determinação dos critérios de decisão do conflito e das normas de procedimento (Lei de arbitragem brasileira n° 9.307/96, art. 11, inc. II e IV⁵; Lei de arbitragem voluntária portuguesa n. 63/2011 art. 30º, 2º), de outro, as limitações aos poderes dos árbitros, ora impostas pelo legislador, ora impostas pelo intérprete, respondem pela manutenção de uma contraproducente relação de dependência, em que a efetivação do comando arbitral está subjugada à execução perante o tribunal estatal (CPCb, art. 515, inc. VII⁷; LAV, art. 47º⁸).

Sempre que as partes movimentam a engrenagem arbitral para discutir um direito a uma prestação, a sua efetividade – uma vez reconhecida a alegação de sua existência, titularidade e ausência de cumprimento espontâneo – parece estar condenada ao subsequente exercício da tutela executiva a ser prestada pelo tribunal estatal.

As tutelas de urgência emergem no contexto processual com uma finalidade específica: distribuir entre partes litigantes o peso do tempo do processo. Diante desse panorama, não será mais o autor sempre a suportar a prestação jurisdicional tardia, mas a parte que se encontrar em melhores condições de fazê-lo, de acordo com as

⁴ Abreviaturas utilizadas neste trabalho: LAV – Lei de arbitragem voluntária portuguesa; LAB – Lei de arbitragem brasileira; CPCb – Código de Processo Civil brasileiro; CPCp – Código de Processo Civil português; CCp – Código Civil português; CCb – Código Civil Brasileiro; ZPO – *Zivilprozessordnung* (Código de Processo Civil Alemão).

⁵ Art. 11. “Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;”

⁶ Art. 30º. “2 - As partes podem, até à aceitação do primeiro árbitro, acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem, com respeito pelos princípios fundamentais consignados no número anterior do presente artigo e pelas demais normas imperativas constantes desta lei.”

⁷ “Art. 515. “São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII - a sentença arbitral”;

⁸ “Artigo 47.º 1 – “A parte que pedir a execução da sentença ao tribunal estadual competente deve fornecer o original daquela ou uma cópia certificada conforme e, se a mesma não estiver redigida em língua portuguesa, uma tradução certificada nesta língua”.

circunstâncias do caso concreto. Quando elas sugerirem *periculum in mora* ao pleito do autor, o sistema permitirá que movimente ferramentas aptas a conservar o interesse no litígio. Quando tais circunstâncias sugerirem que a espera pela satisfação do direito representa ao demandante grave lesão ou dano de difícil reparação, o sistema autorizará que os efeitos da tutela definitiva lhe sejam antecipados.

Nesse contexto, a pergunta que se coloca é: escolhida a via arbitral, a parte poderá se valer da tutela cautelar para resguardar as situações jurídicas em litígio?

A indagação, em si, já não revela um problema cuja solução seja desconhecida da doutrina: saber se o árbitro é dotado de poderes para prestar tutela cautelar já não provoca inquietação. De modo geral, a doutrina não discorda de que o árbitro é autorizado pelo sistema a determinar a providência cautelar⁹, mas adverte que está desprovido de poderes de autoridade capazes de efetivá-la contra a vontade de quem a ela fica sujeito. Mesmo nos sistemas em que não está prevista tal hipótese em legislação, reconhece-se que seja por mera opção legislativa. Não há nenhum elemento com substância teórica (pelo contrário!) que milite contra a investidura do árbitro, pelo legislador, nos poderes de determinação de providência cautelar, desde que, ao momento em que a contrariedade do destinatário da medida crie um obstáculo à realização do comando mandamental, os instrumentos coercitivos correspondentes sejam conduzidos pela justiça do Estado.

O adiantamento da solução ao problema não isenta a visita à doutrina que a construiu, sobretudo porque, para fazê-lo, teve de se valer de um complexo argumentativo capaz de fazer frente às ideias que sustentavam a posição contrária – a de que o árbitro não estava autorizado pelo ordenamento a prestar tutela cautelar. Esse passo é fundamental para visualizar a posição atualmente dominante.

⁹ Como alerta Yesilirmak, hoje é amplamente aceito que o árbitro é o “juiz natural” para o exercício do provimento cautelar relacionado a objeto fixado em convenção de arbitragem (*Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2005, p. 48). No mesmo sentido, LEMES, Selma Ferreira. *As medidas cautelares prévias ou no curso do processo arbitragem*. Disponível em: http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri24.pdf. Acesso em: 15 jul. 2024.

Do avanço da doutrina e da apresentação da legislação vigente no que diz respeito à arbitralidade das medidas cautelares não se deve presumir a estagnação dos problemas relacionados à matéria. Dessa constatação surgem outras dúvidas, cujas soluções serão propostas também a seguir. Convém que passemos a conhecer o conteúdo dos questionamentos desde já: a) Quais são as fontes da competência cautelar do árbitro? b) Mesmo diante da competência concorrente de árbitros e juízes para a concessão de medidas cautelares, haveria que se falar em subsidiariedade na concessão pelo juiz?

Apresentados os problemas sobre os quais pretendemos nos debruçar, é hora de mostrar a evolução da doutrina, do momento em que não admitia a determinação de medidas cautelares por árbitros até o momento atual.

2 A ARBITRALIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES: DA PROIBIÇÃO À ADMISSIBILIDADE

A aproximação entre as ferramentas oferecidas pelo procedimento arbitral e as ferramentas oferecidas pelo procedimento-padrão na jurisdição estatal é uma tendência histórico-evolutiva que se observa em muitos aspectos do estudo da arbitragem. Talvez seja o mais emblemático dos exemplos sustentadores dessa assertiva o estudo da arbitralidade da controvérsia, que define precisamente o objeto autorizado pelo sistema sujeito à apreciação do tribunal arbitral. Dos tempos mais primitivos, ao estágio atual em que a arbitragem se encontra, a evolução na matéria foi assustadora, a ponto de setores da doutrina defenderem a morte da inarbitralidade¹⁰, por inexistirem fundamentos científicos que permitam a manutenção de impedimento de arbitralidade de matéria indisponível.

Não é prudente adiantar que as conclusões delineadas naquele campo – normalmente voltado ao estudo da norma de direito material e a compatibilidade de seus respectivos efeitos jurídicos com os critérios de arbitralidade postos na legislação –

¹⁰ YOUSSEF, Karim. *The death of inarbitrability*. In: MISTELIS, Loukas A; BREKOULASKIS, Stavros L. (Eds.). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. [S.l.]: [s.n.], 2009.

possam ser transpostas de modo acabado à questão da arbitrabilidade das medidas cautelares: aqui, os argumentos que se dirigem a negá-la são outros. No intuito de encontrar o caminho percorrido pela doutrina que se depara com a conclusão de que os árbitros estão autorizados pelo sistema a determinar providências cautelares, é fundamental trazer essa base argumentativa à análise.

Paula Costa e Silva relata que a doutrina e jurisprudência alemãs, em face do silêncio do sistema anterior à reforma de 1998 da ZPO acerca da arbitrabilidade das medidas cautelares, não reconheciam competência ao árbitro para a decretação de medidas cautelares¹¹. Os fundamentos daquele posicionamento são, também, analisados pela autora: “incompetência do tribunal arbitral para a prática de actos executivos, que implicassem o exercício de poderes de autoridade”¹²; “a natureza das decisões arbitrais e factores de ordem pragmática”¹³, que se resumem aos obstáculos que a parte protegida com a tutela cautelar enfrentaria diante da necessidade de sua efetivação¹⁴, já que ao árbitro não foram delegados os poderes de coerção que permitem a efetivação da tutela; por fim, a “natureza provisória¹⁵ da decisão cautelar” parecia ser aos alemães um problema¹⁶, na medida em que dessa característica surgia a dúvida acerca da exequibilidade imediata do comando.

¹¹ COSTA E SILVA, Paula. A arbitrabilidade de medidas cautelares. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 63, 2003, p. 213.

¹² Id., *Ibid.*, p. 215.

¹³ Id., *Ibid.*, p. 222.

¹⁴ Essa, a faceta do problema que pode ser trazida aos sistemas brasileiro e português, já que Paula Costa e Silva aponta que a doutrina alemã enfrentava um problema pragmático ainda mais grave, tendo em vista que as decisões dos árbitros, naquela realidade jurídica, estavam sujeitas a um processo de concessão de *exequatur*.

¹⁵ No que se refere à provisoriedade da tutela cautelar, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria defendem que tanto a tutela satisfativa, quanto a tutela cautelar pode ser provisória ou definitiva, mas que a provisoriedade não é uma característica da cautelar, mas uma característica que se liga à decisão. Nas palavras dos autores: “A tutela provisória pode ser, então, satisfativa ou cautelar. Pode-se, assim, antecipar provisoriamente a satisfação ou a cautela do direito afirmado”. DIDIER Jr., Fredie. SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael A. *Curso de Direito Processual*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, vol. 2, 2022, pag. 723.

¹⁶ COSTA E SILVA, Paula. A arbitrabilidade de medidas cautelares. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 63, 2003, p. 224.

Na Espanha, o silêncio da legislação era interpretado como proibição da tutela cautelar do árbitro¹⁷. Contudo, com a alteração da lei de arbitragem espanhola, no artigo 23, houve a incorporação do que, na Espanha, foi considerada uma das principais novidades de alteração legislativa da lei de arbitragem: a possibilidade de os árbitros decretarem medidas cautelares¹⁸.

Federico Carpi, na Itália¹⁹, também registra que a justificação tradicional que vedava a tutela cautelar ao árbitro era a sua falta de poder de autoridade, o que o impediria de exercitar coerção ou execução forçada²⁰.

Gary Born também se manifesta nessa linha, advertindo que a proibição legislativa comumente observada nos ordenamentos nacionais tinha como fundamento a errônea ideia de que um tribunal arbitral não poderia conceder medida provisória tendo em consideração o caráter coercitivo de tais medidas²¹.

Loukas, Mistelis e Kröll informam que, no passado, a maioria dos sistemas nacionais impedia a concessão de medidas cautelares por árbitros e atribuem o fenômeno a dois fundamentos: o primeiro é o de que, naquele ambiente, mencionada concessão era considerada um poder soberano; o segundo relaciona-se a problemas de

¹⁷ CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. Arbitrato e tutela cautelare in Spagna: prospettive di Riforma. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.1, 1998, p. 230.

¹⁸ Ver a lei espanhola com alterações em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646&tn=1&p=20151006>. Acesso em 11 de setembro de 2023.

Alguns dispositivos importantes da lei espanhola: Artículo 11, n. 3: “*El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.*” E, ainda, “*Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares. 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante. 2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.*”

¹⁹ Na Itália, também não há mais vedação para a concessão pelos árbitros de medidas cautelares.

²⁰ CARPI, Federico. I procedimenti cautelari e l'esecuzione del disegno di legge per la riforma urgente del CPC: la competenza e il procedimento. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 4, 1990, p. 1259. No mesmo sentido, ARIETA, Giovanni. Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale ed irrituale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1993, p. 750.

²¹ *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 1949.

caráter prático, a exemplo da demora para a constituição do tribunal arbitral que teria sido investido da competência para pronunciar-se sobre o pedido cautelar²².

O fato é que, embora algumas legislações nacionais reservem ainda à jurisdição estatal a competência para decretação de medidas cautelares, o cenário atual predominantemente admite que o árbitro conceda medida cautelar²³. Com efeito, há exceções dignas de nota, já que existem sistemas jurídicos em que se veda a concessão de medidas cautelares pelos árbitros²⁴.

Esse último dado, entretanto, não é forte o suficiente para que se conteste o predomínio da arbitrabilidade das medidas cautelares nos sistemas nacionais. É significativo o número de leis nacionais em que a competência do árbitro para decretação da medida já é literal, como é o caso da legislação brasileira, no mesmo passo em que a esmagadora maioria dos regulamentos de arbitragem institucional – é fundamental pontuar que dentre eles, os das instituições mais antigas e internacionalmente reconhecidas – também reconhece tal competência ao árbitro.

Onde está, afinal, a base dessa alteração da tendência legislativa?

O primeiro suporte dessa mudança de tendência está na ideia de separação²⁵ entre as competências declaratória e executiva que envolvem a concessão de medidas

²² *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 587.

²³ *Id.*, *Ibid.*, p. 587.

²⁴ Bittar e Lopes apontam alguns exemplos de competência exclusiva do Poder Judiciário para concessão de medidas cautelares: China (art. 68 da Lei de Arbitragem), Tailândia (§16 da Lei de Arbitragem) e a Suíça para as arbitragens domésticas (art. 26 do *Concodat sur l'Arbitrage*). Ressaltam os autores que a Argentina era outro exemplo, contudo, “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.” BITTAR, Flávia; LOPES, Christian Sahb Batista. *Medidas Cautelares na Arbitragem*. Disponível em <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/47611/2/Medidas%20Cautelares%20em%20arbitragem.pdf>. Acesso 05 de setembro de 2023.

²⁵ Pozzi sustenta que essa separação já existe no âmbito da arbitragem, na medida em que se veda ao árbitro a execução da sentença arbitral, de natureza exclusivamente declarativa (*Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistico*. *Rivista dell'arbitrato*, 2005, p. 17).

cautelares²⁶. Dir-se-ia, nesse caso, que o exercício da competência declaratória, ao contrário do exercício da competência executiva, não pressupõe a investidura em poderes de autoridade. Paula Costa e Silva alerta que construção equivalente da doutrina alemã não poderia ser aplicada a toda e qualquer medida cautelar prevista no sistema português, já que chega à conclusão que o mero “decretamento” de uma apreensão de bens, implicando “restrição de faculdades fundamentais, integradas na situação jurídica do titular dos bens arrestados, por acto heterônomo, consubstancia o exercício de um poder de autoridade, sendo, por isso, possível qualificar, tanto o arresto, quanto a penhora, enquanto actos de exercício de poderes soberanos”.²⁷

A ressalva construída por Paula Costa e Silva é fundamental para o estudo da arbitrabilidade da tutela cautelar arbitral. Antes que se defenda o exercício de poder cautelar por árbitros, é preciso testar se as cognições executiva e declaratória podem realmente ser separadas, ou, ao contrário, se uma se confunde com a outra. A autora sustenta, por exemplo, que o efeito do arresto sobre a alienação do objeto arrestado perante terceiros é o fator que permite afastar a tese da separação entre a tutela de certificação e a tutela executiva. Mas não é esse o único efeito do arresto; além da ineficácia da alienação do objeto arrestado, o sistema impõe ao proprietário do bem arrestado restrições ao exercício de posse²⁸.

O próximo passo que nos interessaria teria que ver com a análise da decisão cautelar. No momento em que o arresto é decretado, é dizer, no momento em que o pedido de arresto de um bem é deferido, o sistema atribui, de um lado, a ineficácia da disposição do bem e, de outro, a autorização de intervenção na sua posse. Mas é preciso

²⁶ COSTA E SILVA, Paula. A arbitrabilidade de medidas cautelares. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 63, 2003, p. 216; No mesmo sentido, RAPOSO, Mário. *Tribunais arbitrais e medidas cautelares*. In: RAPOSO, Mário. Estudos sobre arbitragem comercial e direito marítimo. Coimbra: Almedina, 2006, p. 39; PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem transnacional*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 86; TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. *A competência declarativa dos tribunais comuns*. Lisboa: Lex, 1994, p. 118; CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre juízes e árbitros. *Revista de Processo*, n. 87, 1998, p. 87; VILELA, Marcelo Dias. Reflexões sobre a tutela cautelar na arbitragem, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 7, 2005, p. 33/4.

²⁷ COSTA E SILVA, Paula. A arbitrabilidade de medidas cautelares. *Op. Cit.*, p. 221.

²⁸ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 632.

ter em conta até onde os poderes do decisor são capazes de implementar o seu comando.

Parece bastante claro que o árbitro não é dotado de poderes coercitivos. Isso decorre do fato da ausência de poder executivo, conclusão diretamente extraída da exegese do art. 47º da LAV. O que o sistema veda expressamente, portanto, é que o árbitro imponha forçadamente a sua decisão perante aquele que se submeteu ao seu tribunal. É essa a fase normalmente tida por “executiva”. Significa que o sistema admite o deferimento de pedido de arresto por um árbitro, mas não autoriza que esse mesmo árbitro expeça uma ordem de arresto a ser cumprida com o auxílio de força coercitiva²⁹. Aliás, não é tão difícil compreender a função dessa proibição. Raríssimas hipóteses normativas dão conta de autorizar o uso da violência pelo particular. Esse cenário é pautado pela antiga ideia de que o monopólio da força pertence ao Estado – é esse, regra geral, o único legitimado a usar a força. O árbitro não atua pelo Estado e, diante da regra geral, não possui a prerrogativa. Decidindo pela decretação do arresto, o árbitro não tem poderes para intervir na posse no bem.

O outro efeito da decisão que decreta o arresto – a ineficácia sobre a alienação do bem arrestado – não parece fazer parte da “fase executiva” da medida cautelar. Trata-se de um efeito automático da decisão. Nem sequer é possível falar do exercício de um poder. O poder exercitado é o poder de decidir. Sucede que o sistema vincula um efeito automático ao exercício desse poder. Assim, aquele que aprecia pedido de arresto, não tem escolha: ou defere, e, com isso, determina a ineficácia da alienação do bem ou não decreta a medida cautelar de arresto. Não lhe é dada a opção de decretar a medida sem imprimir o efeito atribuído pelo sistema, mesmo porque, do ponto de vista prático, uma medida que não se valesse desse recurso atingiria sua finalidade nos casos exclusivos em que o réu se submetesse espontaneamente ao conteúdo da decisão.

²⁹ Contrário à ideia de que o arresto pode ser separado em duas fases, v. RAPOSO, Mário. Arresto Decretado por Tribunal Arbitral. Comentário. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 67, 2007.

Impõe-se, agora, analisar o fundamento pelo qual Paula Costa e Silva conclui que o árbitro não está autorizado a decidir, quando da decisão decorrer efeito dessa natureza. A preocupação da autora reside no fato de que a decisão implica uma restrição a direito fundamental³⁰. Em outras palavras, trata-se de um particular – o árbitro – determinando limites ao exercício do direito de propriedade. O raciocínio da autora se desdobra para concluir que a restrição a “faculdades fundamentais” impõe o exercício de poderes de autoridade. Como o árbitro não é competente para exercer poderes de autoridade, não é competente para decretar um arresto.

Por outro lado, em linhas gerais, o exercício da competência declaratória, na maior parte dos casos das medidas cautelares, não implicaria o exercício de poderes de autoridade, de onde então emergiria a conclusão de que os árbitros estão autorizados pelo sistema a decretar providências cautelares³¹.

Estarão Paula Costa e Silva e os demais autores que defendem a inarbitrabilidade do arresto com a razão?

A busca por esta resposta implica focar nossas atenções diretamente no epicentro do problema: a determinação do regime dos recorrentemente suscitados poderes de autoridade. Carentes os árbitros dos poderes de autoridade, careceriam automaticamente de competência para prestar tutela cautelar; era o argumento defendido no passado, que evoluiu para a ideia de que, sempre que uma medida cautelar pressuponha o exercício de poderes de autoridade, ela será necessariamente determinada por um juiz togado. Um raciocínio como esse tem por base os seguintes pressupostos: a) o árbitro não possui poderes de autoridade; b) a demanda cautelar exige do decisor o exercício de poderes de autoridade, o que não ocorre na demanda principal.

³⁰ COSTA E SILVA, Paula. A arbitrabilidade de medidas cautelares. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 63, 2003, p. 221.

³¹ Eis a conclusão de Paula Costa e Silva: “se a ausência da competência executiva não pode ser invocada como argumento contra a arbitrabilidade de pedidos cautelares em geral, não pode, no que seria o pólo oposto, admitir-se a decretação arbitral de medidas cautelares que impliquem o exercício de poderes de autoridade” (Id., p. 222).

Antes de testá-las, é fundamental verificar o que se entende por poderes de autoridade.

2.1 O ÁRBITRO E OS PODERES DE AUTORIDADE

Para desempenhar a função administrativa, a Administração Pública é investida de poderes de intervenção unilateral na esfera jurídica de particulares. Essa situação a coloca em posição de vantagem sobre os administrados, já que a sua finalidade é atuar pelo atendimento aos interesses públicos. Nesse contexto, o conceito de poderes de autoridade é desdobrado por Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves, em lição que merece transcrição literal:

[...] o que verdadeiramente revela a autoridade de um poder é a circunstância de a ordem jurídica conferir a um agente a competência para, por si só, produzir um resultado que tem uma imediata repercussão na esfera jurídica de um terceiro. O resultado produzido pode até ser querido pelo interessado, uma vez que o marco decisivo reside no fato de a respectiva produção estar exclusivamente confiada àquele agente. O poder e a autoridade não desaparecem pelo fato de o seu exercício estar dependente da participação do destinatário (na iniciativa do procedimento ou na aceitação do ato)³².

O autor classifica os poderes públicos de autoridade em quatro grupos, sejam os poderes normativos (de editar regras jurídicas a serem observadas por terceiros), os poderes de configuração e de determinação de efeitos jurídicos inovadores na esfera de terceiros (característico da competência discricionária), os poderes de criação de título executivo e os poderes de produção de certeza pública (característico do notário ou tabelião de notas)³³.

Identificados os poderes de autoridade, caberia indagar se são eles privativos do exercício da função administrativa. A negativa teria de se impor, nesse caso. Também os juízes e os legisladores exercem poderes de autoridade, mesmo quando exercem função legislativa e jurisdicional. A função legislativa clássica revela a competência de agentes

³² *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 608/609.

³³ *Id.*, *Ibid.*, p. 620-641.

que determinam, a título geral e abstrato, resultados na esfera jurídica de terceiros (poderes normativos). Por outro lado, o que seria a pronúncia da sentença senão o exercício de um poder (também normativo) de autoridade? Partindo do conceito proposto por Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves, é possível identificar nesse cenário os mesmos índices que o sustentam, senão vejamos: ao juiz foi conferida pela ordem jurídica a competência de produzir, por si só, um imediato resultado na esfera jurídica de um “terceiro”. Afinal, quando o juiz certifica, modifica, extingue situações jurídicas das partes, através do comando sentencial, o que faz senão produzir um imediato resultado nas suas respectivas esferas jurídicas? Não exercita assim poder de autoridade?

Não parecia ser esse o entendimento da doutrina quando apreciava, ainda na LAV revogada, o problema da arbitrabilidade da tutelar cautelar. Como se viu, o principal argumento proibitivo do poder cautelar do árbitro era a sua carência de poderes de autoridade³⁴. O árbitro titularizaria o poder-dever de sentenciar equivalente ao do magistrado, razão pela qual admitir que o último, ao prolatar sentença, exerce poder de autoridade implica a extensão do exercício desse poder também ao árbitro. O argumento da carência do poder de autoridade do árbitro estaria, diante desse panorama, destruído. O resultado dessa reflexão conduziria à conclusão inequívoca pela arbitrabilidade plena da tutela cautelar.

Aqui já podemos retomar o teste das ideias extraídas do argumento de que o árbitro não possui poderes de autoridade.

³⁴ Nesse sentido, José Lebre de Freitas sustentou, ainda na LAV revogada, que os tribunais arbitrais “são, porque constituídos por particulares, destituídos de *jus imperii*, não tendo competência executiva (cf. art. 30LAV) nem podendo decretar providências cautelares, a não ser, quanto a estas últimas, quando se trate de medidas, expressamente previstas na convenção de arbitragem, que, em conformidade com o art. 381-1 do Código de Processo Civil (CPC), apenas visem a antecipação provisória da decisão definitiva” (*Algumas implicações na natureza da convenção de arbitragem*. In: RAMOS, Rui Manuel de Moura et al. Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002, p. 625). Atualmente, a LAV traz em seu art. 47 a execução, a possibilidade de pedido de providências cautelares por tribunal estatal em seu art. 7º e as normas de providências cautelares no art. 20º e ss.

É natural que o primeiro indício levantado para defender que o árbitro não foi investido nos poderes de autoridade seja vinculado ao fato de que ele não pertence aos quadros do funcionalismo público do Estado.

Mas Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves³⁵ prova, ao longo de seu estudo, que entidades privadas também exercem poderes de autoridade³⁶ e nem por isso o poder soberano do Estado é assim posto em xeque. Ocorre que o poder de autoridade do particular para o exercício de funções públicas é necessariamente adquirido por delegação³⁷. Essa delegação nem sempre se dará expressamente, mas também através do reconhecimento legal de poderes de autoridade a particulares³⁸. É o caso do agente de execução (art. 719CPCp³⁹), do notário (ou tabelião), do tradutor juramentado (no Brasil, Lei 14.195 de 2021, arts. 22 e ss.).

Supondo que a ideia de que o exercício de poderes de autoridade está relacionada intrinsecamente com a investidura em cargo público⁴⁰ tenha sido suficientemente afastada com a argumentação desenvolvida no parágrafo anterior, seria o caso de perguntar, agora, se o árbitro afinal titulariza ou não tais poderes. E se a nossa resposta for positiva, teremos de explicar o porquê de a doutrina ter-lhe negado tais poderes. É o que passaremos a fazer.

³⁵ Op. Cit.

³⁶ Nem sequer o contrário é verdade, no sentido de que nem todos os poderes titularizados por sujeitos de direito público, normalmente tidos por “autoridades”, constituem efetivamente “poderes de autoridade”, mas meros poderes “funcionais”, como alerta Sérvulo Correia (*Noções de Direito Administrativo*. Lisboa: Editora Danúbio, 1982, p. 172).

³⁷ GONÇALVES, Pedro António da Costa Pimenta. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 691: “Se uma autoridade privada detém poderes públicos, participando assim no exercício do Poder Público (que pertence ao povo), há-de necessariamente actuá-los ao abrigo de uma ‘delegação’, de uma posição jurídica derivada, e não no exercício de um direito próprio”.

³⁸ Id., *Ibid.*, p. 691.

³⁹ Art. 719: 1 – “Cabe ao agente de execução efetuar todas as diligências do processo executivo que não estejam atribuídas à secretaria ou sejam da competência do juiz, incluindo, nomeadamente, citações, notificações, publicações, consultas de bases de dados, penhoras e seus registos, liquidações e pagamentos.”

⁴⁰ É essencial lembrar que aquele que exerce função pública nem sempre ocupará cargo público.

Creemos que o conceito é utilizado sem muito rigor, como sinônimo de poder de coerção. Poder de autoridade não é o mesmo que poder de coerção⁴¹. Há poderes de autoridade que são exercitados, inclusive, no interesse do destinatário de tal exercício e um exemplo claro dessa situação é a licença ambiental, concedida pelo poder público a pedido do interessado para intervir no meio ambiente.

Thomas Clay explica que a noção geral de imperium (que, para efeito deste trabalho, equiparamos a poder de autoridade) remonta ao período republicano em Roma⁴², mas remete a sua sistematização moderna aos trabalhos realizados por Henrion de Pansey⁴³. Nesse contexto, o imperium teria sido dividido em imperium militae (poder militar) e o imperium domi (poder civil). Esse então teria sido dividido em imperium merum (“correspondente ao núcleo duro do poder”⁴⁴) e imperium mixtum, esse indissociável da jurisdição⁴⁵. O autor arremata, assim, que com tal distinção se torna possível explicar porque alguns poderes de autoridade são reconhecidos aos árbitros⁴⁶, enquanto outros não o são⁴⁷.

Não se diga, portanto, que o árbitro é destituído de poderes de autoridade. O que se pode dizer com mais segurança é que o árbitro – pelo menos por enquanto, na maioria dos ordenamentos jurídicos – é desprovido de poderes de coerção. Faltar-lhe-ia, para que no âmbito de sua competência se integrasse tal poder, como já registramos, delegação de poderes do Estado.

⁴¹ Assim, Pedro António Pimenta da Costa: “A nota de autoridade não existe apenas nas competências de agredir, de impor ou de punir” (*Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 598).

⁴² *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001, p. 97

⁴³ A obra referida pelo autor é *De l'autorité judiciaire dans le gouvernements monarchiques*. Théophile Barrois pére, 2ª ed., 1818.

⁴⁴ CLAY, Thomas, Op. Cit., p. 97.

⁴⁵ Id. Ibid., p. 97.

⁴⁶ O autor relaciona alguns dos poderes dessa natureza conferidos aos árbitros: o poder de determinar a produção de provas, o poder de determinar uma obrigação de fazer, de ordenar certos atos de administração judiciária, de nomear um administrador provisório, um perito de gestão (*L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001, p. 98).

⁴⁷ Id., Ibid., p. 97. Os árbitros, assim, estariam investidos nos poderes de *imperium mixtum*, mas não nos poderes de *imperium merum*. Nesse mesmo sentido, JEULAND, E. CA Paris (1re chambre) 7 octobre 2004, Société Otor Participations et autres c. Société Carlyle Holdings. *Revue de l'arbitrage*, n. 3, 2005, p. 744.

O árbitro possui poderes de autoridade e, assim, pode decretar medidas cautelares, por mais que delas decorra a restrição ao exercício de “faculdades fundamentais”. O que o sistema, com os dados que anunciamos até aqui, não indica, é se o árbitro tem o poder de coagir, ou seja, de interferir materialmente no patrimônio contra quem a medida cautelar é deferida. Se o critério para se concluir que o arresto não é medida cautelar que possa ser decretada pelo árbitro é a sua carência de poderes de autoridade, talvez seja melhor mudar a conclusão completamente: tomando como ponto de partida que o árbitro atua com poderes de autoridade, mas sem poderes coercitivos, poderá, sem nenhuma dúvida, cingir a sua atuação cautelar à tutela de certificação. Daqui em diante, entretanto, os dados trazidos pelo CPCp hão de por em discussão a hipótese de o árbitro exercer poderes coercitivos. É um problema que será analisado a seguir.

2.2 PODERES DE AUTORIDADE DO ÁRBITRO EM PORTUGAL

Há um dado no sistema português interessante para a discussão acerca da delegação do Estado aos árbitros do imperium merum.

O sistema de execução, em Portugal, transfere ao agente de execução a tramitação da execução, que fica centralizada – inclusive fisicamente – na sua figura⁴⁸. O agente de execução titulariza poderes que antes competiam ao juiz⁴⁹⁻⁵⁰ – alguns de caráter coercitivo, a exemplo do poder de penhorar bens (art. 748 e ss CPCp). Ressalte-se ainda que o agente de execução pode livremente ser substituído pelo exequente, a teor do n. 4 do art. 720⁵¹ do CPCp, a quem competirá proceder à tramitação da execução. José Lebre de Freitas ressalta com convicção que o agente de execução, na

⁴⁸ FERNANDEZ, Elisabeth. A (pretensa) reforma da ação executiva. *Cadernos de Direito Privado*, n. 26, abr./jun., 2009, p. 18.

⁴⁹ *Id.* *Ibid.*, p. 25.

⁵⁰ De acordo com o art. 719, n. 1, do CPCp, “Cabe ao agente de execução efetuar todas as diligências do processo executivo que não estejam atribuídas à secretaria ou sejam da competência do juiz, incluindo, nomeadamente, citações, notificações, publicações, consultas de bases de dados, penhoras e seus registos, liquidações e pagamentos.”

⁵¹ Art. 720, n. 4 – “Sem prejuízo da sua destituição pelo órgão com competência disciplinar, o agente de execução pode ser substituído pelo exequente, devendo este expor o motivo da substituição; a destituição ou substituição produzem efeitos na data da comunicação ao agente de execução, efetuada nos termos definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.”

prática dos atos executivos, exerce poderes de autoridade⁵² e, aqui, suspeitamos que o emprego do termo manifesta a vontade de referir o *imperium merum*⁵³.

Contudo, a chave para uma discussão dos poderes conferidos aos árbitros no sistema português encontrava-se no art. 14 do revogado Decreto-Lei 226/200854, a seguir transcrito:

Artigo 14.º

Competências dos juízes árbitros e do centro de arbitragem

1 — Nos processos de execução submetidos ao centro de arbitragem, os actos do processo e execução da competência do juiz, designadamente a decisão da oposição à execução e da oposição à penhora, a verificação e graduação de créditos e respectivas reclamações e impugnações, bem como a decisão das reclamações dos actos da competência dos agentes de execução são da competência dos juízes árbitros.

2 — Nos processos de execução submetidos ao centro de arbitragem, os actos do processo de execução da competência do agente de execução podem ser da competência do próprio centro de arbitragem ou de agentes de execução.

Interessante perceber que o n. 1 do dispositivo não deixava dúvidas quanto à extensão dos poderes dos árbitros no ordenamento jurídico português. A competência exercida pelo juiz, quando a ação executiva fosse, por vontade das partes, processada pelo tribunal arbitral, seria integralmente trasladada ao árbitro, com uma diferença fundamental – e aqui já nos cabe aceder o n. 2: o árbitro, diferentemente do juiz estatal, poderia concentrar em suas mãos as funções judicante e administrativa – de decisor e de agente de execução. Aqui poder-se-ia argumentar que o sistema se apresentava distorcido, considerando que, diante de um cenário assim, o árbitro teria mais poderes que o juiz. A argumentação será por nós tida como verdadeira, mas não desencadeará consequências que comprometam a solução dada, à época, pelo legislador. A ampliação de poderes do árbitro – e redução dos poderes do juiz – no panorama da ação executiva,

⁵² Agente de execução e poder jurisdicional. *Themis*: revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, ano IV, n. 7, 2003, p. 26.

⁵³ A nossa crença não é infundada: antes de fazer essa constatação, o autor menciona que ao agente de execução compete a prática dos “actos executivos fundamentais (a penhora, a venda e o pagamento)”, todos relacionados ao *imperium merum*, como vimos anteriormente.

⁵⁴ Ver em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1030&tabela=leis&so_miolo=S. Acesso 11 de setembro de 2023.

confirmava o que o legislador acertadamente desejava para o seu sistema executivo, no esforço de atingir metas que explicou na sua exposição de motivos. O juiz deveria estar concentrado em decidir a controvérsia (em qualquer esfera de tutela, inclusive na executiva). Que façam a tarefa de transformar o *decisum* em proveitos materiais ao interessado aqueles que não tenham a atribuição de dizer o direito – ou que aqueles que a tenham, no caso dos árbitros, mas que o seu deslocamento para o desempenho das tarefas administrativas não promova a obstrução dos processos no Poder Judiciário. É, aliás, o que mostrava a exposição de motivos alocada no corpo do Decreto-Lei:

Trata-se de utilizar os mecanismos de resolução alternativa de litígios para ajudar a descongestionar os tribunais judiciais e imprimir celeridade às execuções, sem prejuízo de serem asseguradas todas as garantias de defesa e a necessidade de acordo das partes para a utilização desta via arbitral.

Nenhum desses argumentos pareceu convencer Elizabeth Fernandez. Para a autora, a inovação legislativa não havia sido capaz de revogar o regime disposto no antigo art. 30 da LAV. O fundamento para a defesa da posição estaria na ausência do referido dispositivo entre as “disposições alteradas e revogadas” expressamente pelo DL n. 226/200855. Não parecia ser essa a melhor saída, ainda que fossem muitos e valiosos os argumentos extrajurídicos que o correspondente resultado alcançado pudesse eventualmente revelar. No sistema português – que, nesse ponto, não difere do sistema brasileiro – “a revogação pode resultar de declaração expressa, da incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes ou da circunstância de a nova lei regular toda a matéria da lei anterior”⁵⁶. Tratando-se de normas de escala hierárquica equivalente, o fato de o legislador não ter conscientemente – situação em que faria revogação expressa – notado que a norma que aprovara era incompatível com norma existente no ordenamento não implica inobservar o fim da vigência da norma anterior. Assim sendo, por mais que a nova norma possa ser politicamente enjeitada, o raciocínio jurídico a ser percorrido deveria apontar para o resultado do fim da vigência do antigo art. 30 da LAV.

⁵⁵ FERNANDEZ, Elisabeth. A (pretensa) reforma da ação executiva. *Cadernos de Direito Privado*, n. 26, abr./jun., 2009, p. 33.

⁵⁶ CCp, art. 7°, n. 2.

José Lebre de Freitas, sobre o problema, defendeu que “não sendo o tribunal arbitral dotado de jus imperii, a execução das decisões que profere – e que tem a mesma força executiva que as proferidas pelo tribunal judicial de 1ª instância – tem sempre lugar nos tribunais judiciais”⁵⁷. Diante do cenário que se instalou com o advento do DL 226/2008 de 20 de novembro, o posicionamento adotado pelo autor não era o melhor. Até aquele momento, porém, seria lícito defender-se que o árbitro estava impedido de exercer a competência executiva, dado que inexistia no ordenamento jurídico uma delegação de poderes coercitivos de autoridade. Com a entrada em vigor do diploma, e com o prolongamento do seu regime no CPCp, tal conclusão não pode continuar a prevalecer⁵⁸. O momento de entrada em vigor do DL 266/2008 determinou uma delegação de poderes coercitivos de autoridade ao árbitro.

Paula Costa e Silva foi cautelosa quanto aos efeitos do art. 14 do DL 266/2008. Alertou que “a enunciação de uma mera possibilidade [da competência executiva do árbitro] resulta da circunstância de, apesar da delicadeza do tema, o diploma não ter sido submetido a fiscalização preventiva de constitucionalidade”⁵⁹. Nada obstante, a análise do diploma à luz do texto constitucional não a leva a inclinar-se pela desconformidade⁶⁰. Por outro lado, acrescenta-se que se havia suspeita de inconstitucionalidade do diploma, é certo que ela não foi suficiente para impedir a aplicação imediata na norma, a ponto de a Direcção-Geral da Política de Justiça ter, em 2009, publicado documento que informava

⁵⁷ FREITAS, José Lebre de. *A acção executiva: depois da reforma da reforma*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 48, nota de rodapé n. 23.

⁵⁸ Nesse sentido, Paula Costa e Silva asseverou que não há reserva na Constituição portuguesa quanto ao exercício da competência executiva pelos tribunais judiciais, dado que o art. 205, 3 nada “prevê quanto aos sujeitos legitimados para o exercício da função executiva” (*A nova face da justiça*. Coimbra: Coimbra Editadora, 2009, p. 103).

⁵⁹ Algumas alterações de fundo no sistema processual civil. *Cadernos de Direito Privado*, n. 28, Out./Dez. de 2009, p. 28. Em *A nova face da justiça* (p. 93-104), a autora percorreu todo o caminho até concluir que, embora o DL 226/2008 de 20 de novembro não tenha sido submetido previamente à fiscalização preventiva de constitucionalidade, não há elementos no texto constitucional que obstaculizem a delegação dos poderes coercitivos intrínsecos à execução aos árbitros. A ressalva que a autora coloca à admissibilidade dessa delegação de poderes é o desencadeamento de um possível efeito de desresponsabilização do Estado.

⁶⁰ *A nova face da justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 102-104.

que se encontrava “... em vias de instalação e funcionamento um centro de arbitragem no qual as partes poderão recorrer no âmbito da acção executiva”⁶¹.

Contudo, apesar do conteúdo do art. 14 do Decreto-Lei já mencionado ter resultado nas ponderações e estudos de pesquisadores, fato é que houve a sua revogação⁶² e não há nem no CPCp, nem na LAV em vigor semelhante norma.

A LAV em vigor expressamente determina que “uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral é obrigatória para as partes e, a menos que o tribunal arbitral tenha decidido de outro modo, pode ser coercivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente” (Art. 22º, 1).

Desse modo, com o regime jurídico em vigor, não há como se entender que o árbitro, no âmbito da arbitragem voluntária portuguesa, possui poderes coercitivos de autoridade.

Ressalta-se que, mesmo havendo a possibilidade de as partes recorrerem ao tribunal estatal, segundo artigo 29, n. 1, LAV⁶³ para a decretação de providências cautelares, o sistema não retira do árbitro poderes normativos de autoridade.

2.3 PODERES DE AUTORIDADE DO ÁRBITRO NO BRASIL

Imaginemos, entretanto, que não seja o ordenamento português o parâmetro regulador da arbitrabilidade das providências cautelares. Trabalhemos, paralelamente, com o ordenamento brasileiro. No Brasil, não há indicadores normativos que permitam ao intérprete constatar uma delegação de poderes coercitivos de autoridade aos árbitros.

⁶¹ COMISSÃO PARA A EFICÁCIA DAS EXECUÇÕES DA DIRECÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA. *Perguntas e respostas sobre a acção executiva*. Lisboa: Direcção-Geral da Política de Justiça, 2009.

⁶² Observa-se a revogação em:

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1030&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_milo=&. Acesso em: 08 set. 2023.

⁶³ Art. 29, n. 1 – “Os tribunais estaduais têm poder para decretar providências cautelares na dependência de processos arbitrais, independentemente do lugar em que estes decorram, nos mesmos termos em que o podem fazer relativamente aos processos que corram perante os tribunais estaduais.”

A execução é completamente judicializada: é o juiz competente para administrar todo o procedimento executivo, desde a sua instauração até a satisfação do crédito.

Apesar disso, o árbitro, no sistema brasileiro, não é destituído de poderes de autoridade. O fato de ser destituído de poderes coercitivos de autoridade, assim como em Portugal, não lhe subtrai poderes normativos de autoridade, cuja delegação se operou no momento em que o ordenamento jurídico brasileiro conferiu à decisão dos árbitros eficácia equivalente à sentença prolatada por juiz estatal⁶⁴, vinculando, assim, as partes. Possuindo competência declarativa, poderá o árbitro decretar uma providência cautelar, mas lhe será vedado, no caso de não cumprimento espontâneo da decisão, proceder diligências de natureza coercitiva.

3 COMPETÊNCIA CAUTELAR DO ÁRBITRO

O primeiro problema a merecer desdobramento é o de saber de quem é a competência para apreciar pedido cautelar formulado por parte signatária de compromisso ou cláusula arbitral.

3.1 UM PASSO PRÉVIO NECESSÁRIO: A FONTE DE ATRIBUIÇÃO DA COMPETÊNCIA CAUTELAR

Que a lei e a vontade são as fontes de atribuição dos poderes e da competência do árbitro, já sabemos: a lei delega poderes de autoridade ao árbitro, conferindo eficácia vinculativa à sua decisão; a vontade das partes desloca a competência do juízo estatal e a encaminha aos árbitros.

Admitindo, como fizemos no item antecedente, que os sistemas brasileiro e português revelam a arbitrabilidade das medidas cautelares, restará saber se as partes

⁶⁴ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” (Lei n. 9.307/96)

devem manifestar-se expressamente na convenção para que o deslocamento da competência cautelar aconteça.

Paula Costa e Silva (2003) adverte que

apesar de as partes não terem previsto expressamente uma competência cautelar, pode resultar do modo como regularam a competência do tribunal arbitral que este tenha poderes para conhecer e decidir tudo quanto respeito a determinado objecto. Se assim for, podem entender-se todas e quaisquer providências cautelares conexas com esse objecto como necessárias à efectiva resolução do litígio⁶⁵.

Em outras palavras, o posicionamento da autora implica considerar que, diante de hipótese em que as partes não manifestam, expressamente, na convenção o seu desejo de submeterem à arbitragem eventual tutela cautelar, competente será o tribunal arbitral para apreciar pedidos de natureza cautelar. Aqui os árbitros exercitariam poderes implícitos direccionados à prestação integral da tutela jurisdicional principal⁶⁶ e aqui se identifica o argumento-chave dessa corrente: a prestação da tutela cautelar não pode ser segregada da prestação da tutela jurisdicional principal, já que o êxito da primeira determina o êxito da segunda. Se há vontade para determinação do litígio final, haverá vontade para a prestação de tutela que garanta a sua utilidade.

Contraopondo-se a esse entendimento, João Calvão da Silva salientava que “Em caso de dúvida sobre essa vontade das partes em sede de interpretação da convenção de arbitragem, parece curial a denegação da medida cautelar do tribunal arbitral, por incompatibilidade dos poderes que lhe foram conferidos”⁶⁷. Acompanha Calvão da Silva na matéria Lebre de Freitas, que, como já registramos, nem sequer reconhece a

⁶⁵ COSTA E SILVA, Paula. A arbitrabilidade de medidas cautelares. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 63, 2003, p. 230-231.

⁶⁶ Não está sozinha Paula Costa e Silva quanto ao particular; adotam igual posição Mário Raposo (*Tribunais Arbitrais e Medidas Cautelares*. In: RAPOSO, Mário. Estudos sobre arbitragem comercial e direito marítimo. Coimbra: Almedina, 2006. p. 38); Carlos Alberto Carmona (*Arbitragem e Processo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 325 e Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista de Processo*, n. 87, 1998, p. 87, interpretando o sistema brasileiro, mas oferecendo argumentos semelhantes);

⁶⁷ SILVA, João Calvão da. *Tribunal Arbitral e Providências Cautelares*. In: CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL. I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções. Coimbra: Almedina, 2008, p. 100.

competência cautelar do árbitro quando expressamente as partes o determinem⁶⁸, já que, antes disso, não identificava, à época, no sistema, autorização legal para o exercício de poder cautelar declarativo.

Como vimos, a análise fundada na ausência de poderes de autoridade do árbitro não deve prevalecer; é fundamento formalista com respaldo meramente histórico⁶⁹, destituído de qualquer sustentação no sistema.

Por outro lado, o argumento que desenha a relação de simbiose existente entre o provimento cautelar e a utilidade da demanda principal merece atenção. Sendo materialmente idêntico o objetivo pretendido, nas demandas principal e cautelar, a interpretação do silêncio das partes na convenção não pode ser bifurcada em duas: tendo ela feito a opção para solucionar o conflito em tribunal arbitral, sem qualquer reserva ou ressalva, deve-se entender que todas as etapas anteriores e necessárias para que esse fim seja alcançado também deverão ser ultrapassadas no contexto do procedimento arbitral.

Daqui, temos que a fonte da competência cautelar do árbitro é a vontade das partes, expressa ou tacitamente manifestada, que converge com os poderes implícitos de cautela conferidos pelo sistema ao árbitro.

3.2 O PASSO SEGUINTE: A CONCORRÊNCIA DE PODERES CAUTELARES E A COMPETÊNCIA SUBSIDIÁRIA

Yesillirmak revela que a maioria dos sistemas nacionais, dos regulamentos de arbitragem e da doutrina aceita a ideia de competência concorrente⁷⁰, em contraposição

⁶⁸ V. nota de rodapé n. 26.

⁶⁹ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 1964.

⁷⁰ YESILLIRMAK, Ali. *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2005, p. 65-66.

a uma minoria de sistemas que confere, ora ao juízo estatal, ora ao juízo arbitral⁷¹, competência cautelar exclusiva⁷².

Ainda que, do seu ponto de vista, o árbitro seja o “juiz natural” do objeto descrito na convenção de arbitragem, seja porque as partes manifestaram o desejo de ter o seu conflito solucionado por um árbitro⁷³, fator que permite uma análise diferente do risco do negócio⁷⁴, seja porque os árbitros teriam melhores condições para apreciar o pedido cautelar, por estarem melhor preparados para analisar os fatos narrados⁷⁵, há motivos relevantes para formarmos a convicção de que a competência cautelar concorrente é a melhor opção legislativa.

A escolha de competência exclusiva do tribunal arbitral acarretaria graves prejuízos à parte necessitada do provimento cautelar. Há hipóteses em que o árbitro não é capaz de prestar tutela cautelar de modo que a parte tenha assegurado o resultado útil do processo principal. Um deles remete ao problema que trataremos adiante: a incompatibilidade do processo de constituição do tribunal arbitral com a urgência da medida pretendida pela parte⁷⁶. Se o conflito surge antes da constituição do tribunal arbitral, será difícil, caso não seja constituído um árbitro de emergência, garantir que o provimento cautelar, quando vier a ser emitido, ainda seja eficiente para assegurar o resultado útil do processo principal. Durante esse processo, por exemplo, a parte a ser acionada já pode ter-se desfeito de todo o seu patrimônio, de modo que a sua condenação significará à demandante apenas uma vitória simbólica. Outra hipótese muito referida na doutrina é a da demanda cautelar cuja operacionalização envolve

⁷¹ O autor ainda refere que a única hipótese conhecida de exclusividade de competência do tribunal arbitral é fornecida pelos arts. 26 e 47 da Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos, embora tal conclusão, a nosso juízo, não possa ser extraída diretamente da redação dos dispositivos (Ob. Cit., p. 60). Adiciona, ainda, que essa hipótese não foi observada em nenhuma legislação nacional.

⁷² O autor informa que, dos setenta regulamentos de arbitragem a que teve acesso, apenas quatro reservavam à competência do juiz estatal a prestação da tutela cautelar (Ob. Cit., p. 64, nota 55). Relaciona alguns sistemas nacionais em que a competência cautelar seria exclusiva do juiz estatal e, surpreendentemente, inclui entre eles o Brasil (Ob. Cit., p. 64, nota 62).

⁷³ YESILLIRMAK, Ali. Ob. Cit., p. 48-49.

⁷⁴ Id., Ibid., p. 49.

⁷⁵ Id. Ibid., p. 49.

⁷⁶ Id. Ibid., p. 68.

posição jurídica de terceiro⁷⁷ não signatário da convenção, sobre a qual o árbitro está, em princípio, impedido de atuar, dado. Se o sistema define que, uma vez estabelecida a competência da demanda principal ao árbitro, assim terá de ser quanto à demanda cautelar; para que a decisão seja eficaz, terá a parte demandante de convencer o terceiro a aderir à convenção, tarefa que, no epicentro do litígio, parece ser de difícil execução.

Do outro lado, a escolha por um sistema que defina competência exclusiva do juiz-Estado para apreciar demanda cautelar agride desproporcionalmente a autonomia privada, produzindo nefastos efeitos sobre os custos de oportunidade do negócio a ser celebrado.

Como se vê, a competência cautelar concorrente parece ser a melhor saída a ser adotada pelos sistemas nacionais. É certo que a existência de convenção de arbitragem jamais poderia constituir-se um entrave à parte ao acesso ao direito que discutirá em litígio. Se a interpretação a partir da existência de convenção de arbitragem se orientasse à exclusão da jurisdição estatal em todas as hipóteses, em muitas das ocasiões em que o tribunal arbitral não tivesse condições de prestar a tutela cautelar com a eficiência necessária, a parte ficaria desassistida, sob o risco de perder integralmente o interesse no litígio que se anunciava com a convenção. Nesse sentido, o tribunal judicial em "*stand by*" é uma garantia do jurisdicionado.

Deve ficar claro, por outro lado, que integra o âmbito da disponibilidade das partes, ao menos antes da instituição do tribunal arbitral, eleger a instância através da qual pretendem solucionar eventual demanda cautelar. A devolução da controvérsia a uma instância decisória privada jamais pode ser forçada, de modo que a vontade é elemento indispensável à arbitrabilidade do litígio. Desejando que a matéria principal seja apreciada pelo tribunal arbitral e que eventual demanda cautelar seja levada à apreciação judicial, nenhum óbice no sistema poderá ser imposto às partes a procederem dessa

⁷⁷ Id., Ibid., p. 68-69. Também nesse sentido, BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, p. 1964.

forma. Tanto é que o sistema brasileiro, desde 2015, garante expressamente essa atuação às partes, nos arts. 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem.

Paula Costa e Silva já defendia que nesses casos a solução a ser adotada é “a que aceita a competência concorrential entre tribunal arbitral e tribunal estadual”⁷⁸, tendo em vista que seria a que melhor atenderia aos interesses da parte requerente, impondo-lhe, assim, o menor número de obstáculos possível à apreciação do requerimento urgente.

Contra a orientação, Yesillirmak levantou duas objeções: a primeira relacionada com o aumento do risco de utilização da medida cautelar como instrumento protelatório e a segunda com a violação da autonomia privada⁷⁹.

Loukas, Mistelis e Kröll ofereceram bom argumento, também na linha de que a competência não deve ser concorrente, mas subsidiária: em muitos casos o resultado da demanda cautelar orienta o deslinde da causa principal. A concessão de uma medida dessa natureza poderia forçar a contraparte a transacionar⁸⁰.

Como se vê, as soluções apontadas pela doutrina estavam voltadas essencialmente à análise dessas exatas circunstâncias autorizativas da eficácia do silêncio.

De um lado, as circunstâncias pareciam ser desfavoráveis a tal autorização, considerando que a restrição de recurso à arbitragem configuraria ao jurisdicionado um obstáculo ao atendimento de sua urgência. De outro, as circunstâncias pareciam ser favoráveis à autorização, dado que orientação diversa constituiria um golpe à autonomia

⁷⁸ COSTA E SILVA, Paula. A arbitrabilidade de medidas cautelares. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 63, 2003, p. 234.

⁷⁹ Ob. Cit., p. 86. Essa última também é levada em conta por Loukas, Mistelis e Kröll em *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, p. 621 e por DONOVAN, Donald Francis. *The Allocation of Authority Between Courts and Arbitral Tribunals to Order Interim Measures A Survey of Jurisdictions, the Work of UNCITRAL and a Model Proposal*. In: BERG, Albert Jan van den (ed). *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond ICCA Congress Series 2004 Beijing*12. Kluwer Law International, 2005, p. 238.

⁸⁰ *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, p. 621.

privada e, simultaneamente, representaria um reposicionamento das opções estratégicas dos litigantes.

Sem levar em consideração o que a lei brasileira expressamente prevê, parece-nos que, ressalvadas as hipóteses em que o demandante necessita do provimento cautelar não tenha no tribunal arbitral a garantia de um provimento eficiente, dever-se-ia homenagear a autonomia privada, que, nesse particular, representa não só a preservação dos interesses em jogo, mas também a preservação de um interesse coletivo. De fato, a contratação que impõe uma cláusula compromissória representa ao contratante um custo distinto daquela que não a impõe. Essa diferença está imbricada na administração de riscos inerentes ao negócio pactuado pelas partes. A certeza de que o conflito será dirimido por uma instância em que as partes nutrem confiança propicia um ambiente seguro para a celebração de negócios e contribui para o desenvolvimento econômico. De outra parte, é fundamental, especialmente no ambiente da arbitragem comercial, a busca pela preservação da confidencialidade das informações relacionadas ao objeto do litígio, cuja possibilidade de revelação no âmbito do tribunal estatal, por mais que estejam protegidas sob sigilo de justiça, é maior.

Nada obstante, a opção por um sistema de competência cautelar subsidiária gera, também, um grave problema, ao qual nos chama atenção Paula Costa e Silva⁸¹. Trata-se da colocação de um panorama que exija um juízo de admissibilidade da demanda cautelar, situação que pode se apresentar incompatível com a urgência da medida pretendida. Imagine-se, a título de exemplo, que a parte interessada veicula demanda cautelar perante o juízo arbitral sem ter em conta que o provimento requerido produziria eficácia sobre terceiro. A partir de então, seria instalada uma rodada de debates – com estabelecimento de contraditório – capaz de inviabilizar o impedimento do resultado iminente não desejado pela demandante. Parece que a sugestão da autora é a de que esse juízo de admissibilidade não exista, porque “a eventual discussão que se travará

⁸¹ COSTA E SILVA, Paula. A arbitrabilidade de medidas cautelares. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 63, 2003, p. 234-235.

em torno deste pressuposto processual se-lo-á em prejuízo da rápida apreciação e conseqüente decretamento da medida cautelar”⁸².

As ponderações da autora são de grande relevo, mas há um dado que nos impõe referenciar que pode nos permitir uma reflexão diferente. Imagine-se que as partes tenham convencionado que a instância a solucionar eventual demanda cautelar fosse o tribunal arbitral. Também nessa situação especial, o juízo de admissibilidade teria de ser realizado – como já se viu, há hipóteses em que, pela própria natureza da arbitragem – o árbitro não terá ferramentas para dar ao requerente a providência requerida. O problema, então, que poderia ser afastado mantivessem as partes silêncio quanto à competência cautelar, voltou à mesa pelo próprio exercício da vontade declarada. O que se pretende evitar, portanto, por meio da sugestão de aplicação da concorrência de competência, não é de todo evitável⁸³.

De modo geral, as decisões exaradas no procedimento arbitral sofrerão sempre um controle externo – dele não abre mão o legislador. Naturalmente, sempre que o caso concreto o exigir, caberá ao árbitro identificar o ponto em que a complexidade da discussão sobre o juízo de admissibilidade de sua competência passará a por em risco a tutela de urgência, hipótese em que deverá remeter a demanda ao juízo estatal – aqui, justificadamente, afastando momentaneamente a vontade silenciosa das partes – para que seja prestada a tutela de urgência de modo eficiente.

Por fim, um último ponto: a opção legislativa pela competência concorrente no Brasil parece-nos a melhor alternativa para as partes, com a possibilidade de instituição de árbitro de emergência quando for o caso. Contudo, não podemos deixar de ressaltar que a opção pela análise da medida cautelar requerida pelo árbitro, quando possível,

⁸² Id., Ibid., p. 235.

⁸³ o Superior Tribunal de Justiça constatou essa vicissitude há tempos, quando, no julgamento do REsp 1297974, assim decidiu: "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 liminar" (STJ, 3T, Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp 1297974, j. 28.08.12, p. DJe 04.09.2012).

desde que não gere prejuízo para as partes que a requereram, é a melhor solução, já que será o árbitro (tribunal Arbitral) que decidirá a demanda final.

Não se defende, necessariamente, um regime obrigatório de subsidiariedade, mas, sim, uma análise de conveniência, no caso concreto, de se requerer antes, ao árbitro, a medida cautelar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O leitor atento verificou, ao longo do texto, que a dúvida sobre a arbitrabilidade de medidas cautelares não é mais uma realidade. Os recentes índices legislativos mostram que o árbitro é, efetivamente, titular de poderes de autoridade. O árbitro é competente para decretar medidas cautelares e fazê-las cumprir, mas tal medida pode ser coercitivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente⁸⁴.

Contudo, ainda segundo a LAV, poderão, as partes, requerer dos tribunais estaduais a decretação de medidas cautelares (Art. 29, n. 1)⁸⁵ havendo, assim como no Brasil, um sistema concorrente para decretação de providências cautelares.

Contudo, acredita-se que, mesmo havendo na lei a possibilidade de requerer as providências cautelares no poder judiciário, deve-se pensar, se, no caso concreto, a melhor forma de se requerer tais medidas não seria de se estabelecer uma competência subsidiária, quando possível, entre árbitro e magistrado. O árbitro, “juiz natural” inclusive da demanda cautelar, deverá verificar se existem obstáculos no caso concreto que imponham a remessa do pedido cautelar à jurisdição estatal. Em caso negativo, seria ele o decisor mais adequado à decretação da medida.

REFERÊNCIAS

⁸⁴ Art. 27, n. 1 da LAV.

⁸⁵ Art. 29, n. 1 – “Os tribunais estaduais têm poder para decretar providências cautelares na dependência de processos arbitrais, independentemente do lugar em que estes decorram, nos mesmos termos em que o podem fazer relativamente aos processos que corram perante os tribunais estaduais.”

ARIETA, Giovanni. Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale ed irrituale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1993.

BITTAR, Flávia; LOPES, Christian Sahb Batista. *Medidas Cautelares na Arbitragem*. Disponível em <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/47611/2/Medidas%20Cautelares%20em%20a%20arbitragem.pdf>. Acesso em: 05 set 2023..

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2009.

CALVÃO DA SILVA, João. Tribunal Arbitral e Providências Cautelares. In: CONGRESSO DO CENTRO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO E INDÚSTRIA PORTUGUESA – INTERVENÇÕES1., 2008, Coimbra. **Anais** [...] Coimbra: Almedina, 2008.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Das boas relações entre juízes e árbitros. *Revista de Processo*, n. 87, 1998.

CARPI, Federico. I procedimenti cautelari e l'esecuzione del disegno di legge per la riforma urgente del CPC: la competenza e il procedimento. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 4, 1990.

CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.

COMISSÃO PARA A EFICÁCIA DAS EXECUÇÕES DA DIRECÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA. *Perguntas e respostas sobre a acção executiva*. Lisboa: Direcção-Geral da Política de Justiça, 2009.

CORREIA, Sérvulo. *Noções de Direito Administrativo*. Lisboa: Editora Danúbio, 1982.

COSTA E SILVA, Paula. A arbitrabilidade de medidas cautelares. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 63, 2003.

_____. *A nova face da justiça*. Coimbra: Coimbra Editadora, 2009.

CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. Arbitrato e tutela cautelare in Spagna: prospettive di Riforma. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.1, 1998.

DIDIER Jr., Fredie. SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael A. *Curso de Direito Processual*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. v. 2.

DONOVAN, Donald Francis. The Allocation of Authority Between Courts and Arbitral Tribunals to Order Interim Measures A Survey of Jurisdictions, the Work of UNCITRAL and a Model Proposal. In: BERG, Albert Jan van den (ed). *New Horizons in International*

Commercial Arbitration and Beyond ICCA Congress Series 2004 Beijing12. Kluwer Law International, 2005.

FERNANDEZ, Elisabeth. A (pretensa) reforma da ação executiva. *Cadernos de Direito Privado*, n. 26, abr./jun., 2009.

FREITAS, Lebre. Algumas implicações na natureza da convenção de arbitragem. In: RAMOS, Rui Manuel de Moura *et al.* *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Agente de execução e poder jurisdicional. *Themis: revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano IV, n. 7, 2003.

_____. *A acção executiva: depois da reforma da reforma*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GONÇAVES, Pedro António Pimenta da Costa. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Almedina, 2008.

JEULAND, E. CA Paris (1re chambre) 7 octobre 2004, Société Otor Participations et autres c. Société Carlyle Holdings. *Revue de l'arbitrage*, n. 3, 2005.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003.

LIMA, Bernardo. *Arbitrabilidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem transnacional*. Coimbra: Almedina, 2005.

POZZI, Vittorio. Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistico. *Rivista dell'arbitrato*, 2005.

RAPOSO, Mário. Tribunais arbitrais e medidas cautelares. In: RAPOSO, Mário. *Estudos sobre arbitragem comercial e direito marítimo*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. Arresto Decretado por Tribunal Arbiral. Comentário. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 67, 2007.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. *A competência declarativa dos tribunais comuns*. Lisboa: Lex, 1994.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

YESIRLIMAK, Ali. *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2005.

YOUSSEF, Karim. The death of inarbitrability. In: MISTELIS, Loukas A. BREKOULASKIS, Stavros L. (Eds.). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. 2009.