



Copyright © 2016 Editora Del Rey Ltda.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, da Editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

EDITORA DEL REY LTDA
www.livrariadelrey.com.br

Editor: Arnaldo Oliveira

Editor Adjunto: Ricardo A. Malheiros Fiuza

Editora Assistente: Waneska Diniz

Coordenação Editorial: Wendell Campos Borges

Diagramação: Alfstudio

Revisão: RESPONSABILIDADE DO AUTOR

Capa: Alfstudio

Editora / MG

Rua dos Goitacases, 71 - Sala 709-C – Centro
Belo Horizonte-MG – CEP 30190-050
Tel.: (31) 3284-5845
editora@delreyonline.com.br

Conselho Editorial:

Alice de Souza Birchall
Antônio Augusto Cançado Trindade
Antonio Augusto Junho Anastasia
Aroldo Plínio Gonçalves
Carlos Alberto Penna R. de Carvalho
Celso de Magalhães Pinto
Dalmar Pimenta
Edelberto Augusto Gomes Lima
Edésio Fernandes
Fernando Gonzaga Jayme
Hermes Vilchez Guerrero
José Adércio Leite Sampaio
José Edgard Penna Amorim Pereira
Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior
Misabel Abreu Machado Derzi
Plínio Salgado
Rénan Kfuri Lopes
Rodrigo da Cunha Pereira
Sérgio Lellis Santiago

1588

Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas. / Fernando Gonzaga Jayme, Renata C. Vieira Maia, Ester Camila Gomes Norato Rezende, Helena Lanna Figueiredo (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

568 p.

ISBN: 978-85-384-0479-8

1. Brasil. [Código de processo civil (2015)]. 2. Processo civil, legislação, Brasil. I. Jayme, Fernando Gonzaga (Coord.). II. Maia, Renata C. Vieira (Coord.). III. Rezende, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). IV. Figueiredo, Helena Lanna (Coord.).

CDU: 347.91/95(81)

ORGANIZAÇÃO

Fernando Gonzaga Jayme

Renata C. Vieira Maia

Ester Camila Gomes Norato Rezende

Helena Lanna Figueiredo

INOVAÇÕES E MODIFICAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Avanços, desafios e perspectivas



Belo Horizonte
2017

| | |
|--|-----------|
| NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO | 9 |
| FUNDAMENTOS DO PROCESSO ESTRUTURAL | |
| Paulo Henrique dos Santos Lucon | 11 |
| AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO CPC/2015 COMO CHAVES DE COMPREENSÃO ADEQUADA DA NOVA LEGISLAÇÃO | |
| Flávio Quinaud Pedron | 21 |
| NORMAS FUNDAMENTAIS E O PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO: INOVAÇÕES E DESAFIOS | |
| Jéssica Galvão Chaves / Welington Luzia Teixeira | 33 |
| FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS – MUDANÇAS NO JUDICIÁRIO FACE O CPC 2015 | |
| Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia | 47 |
| DESAFIOS PARA A CORRETA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CRÍTICAS AO ART. 489, §1º DO CPC | |
| Thiago Carlos de Souza Brito | 65 |
| CONVENÇÕES PROCESSUAIS | 83 |
| AVANÇOS E DESAFIOS DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO CPC/15 | |
| Trícia Navarro Xavier Cabral | 85 |
| A CALENDARIZAÇÃO DO PROCESSO E A AMPLIAÇÃO DO PRAZO DE DEFESA NO CPC DE 2015 | |
| Gláucio Maciel Gonçalves | 97 |

MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS..... 111

MÉTODOS OU TRATAMENTOS ADEQUADOS DE CONFLITOS?
Rodrigo Mazzei / Bárbara Seccato Ruis Chagas 113

A SISTEMÁTICA DA ARBITRAGEM NO CPC/2015
Suzana Santi Cremasco / Daniel Freitas Drumond Bento
Leonardo Polastri Lima Peixoto 129

TUTELA PROVISÓRIA 149

**ENTRE A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA E A COMPOSIÇÃO DA LIDE:
A RELEVÂNCIA DA ABERTURA AO CONTRADITÓRIO.**
José Marcos Rodrigues Vieira / Pedro Henrique Guimarães Costa 151

**TUTELA DE EVIDÊNCIA: TUTELA DO DIREITO
PROVÁVEL EM COMBATE AO DANO MARGINAL**
Ester Camila Gomes Norato Rezende 177

DA NATUREZA MANDAMENTAL DA TUTELA PROVISÓRIA CAUTELAR
Renata Christiana Vieira Maia / Fernando Gonzaga Jayme 203

**A CONCILIAÇÃO DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL
E DEMAIS FACULDADES DAS PARTES APÓS A TUTELA PROVISÓRIA:
UM PROBLEMA AINDA MAL COMPREENDIDO**
Leonardo Silva Nunes 219

COGNIÇÃO E COISA JULGADA 235

EFICIÊNCIA E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO
Leonardo de Faria Beraldo 237

**PERSPECTIVAS DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
RECURSAIS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ**
Guilherme Costa Leroy 255

COISA JULGADA NO CPC/2015
Eduardo Talamini 275

**ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O TERMO INICIAL DO PRAZO
DECADENCIAL DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA NO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**
Marcelo Veiga Franco 295

PODERES DO JUIZ NO CPC/2015 311

DEVER DE BUSCA PELA RAZOÁVEL DE DURAÇÃO DO PROCESSO
Carlos Henrique Soares 313

PROCESSO E DIREITO MATERIAL 347

OS IMPACTOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NAS AÇÕES DE FAMÍLIA.
Newton Teixeira Carvalho 349

SISTEMA RECURSAL. APELAÇÃO E AGRAVO 367

TEORIA GERAL DOS RECURSOS CÍVEIS
Fernando Gonzaga Jayme / Gláucio Maciel Gonçalves
Renata Christiana Vieira Maia 369

ANOTAÇÕES SOBRE OS RECURSOS NO CPC/2015
Raimundo Cândido Júnior 413

**O JULGAMENTO AMPLIADO DO ART. 942: POLÊMICAS SOBRE APLICAÇÃO E
LIMITAÇÃO DA MATÉRIA DE DISCUSSÃO**
Bernardo Ribeiro Câmara 431

**O REGIME ESPECIAL DO AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA
DECISÃO PARCIAL (COM OU SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO)**
Pedro Miranda de Oliveira 445

NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

A LITIGIOSIDADE REPETITIVA 467

DEMANDAS REPETITIVAS. DIREITO JURISPRUDENCIAL.
TUTELA PLURINDIVIDUAL, SEGUNDO O NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS
REPETITIVAS E INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA
Humberto Theodoro Júnior 469

LITIGIOSIDADE REPETITIVA? AVANÇOS,
DESAFIOS E PERSPECTIVAS DE FUTURO
Hermes Zaneti Jr. 487

OS TRIBUNAIS SUPERIORES E OS PRECEDENTES 507

SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS
E OS DEVERES INSTITUCIONAIS DOS TRIBUNAIS: UNIFORMIDADE,
ESTABILIDADE, INTEGRIDADE E COERÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA .
Fredie Didier Jr. 509

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL COMO
MECANISMOS DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES
Alexandre Freitas Câmara 525

OS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA PUBLICIDADE PÓS CPC-2015.
Dierle Nunes /André Frederico de Sena Horta 535

A POLÊMICA ACERCA DA FORÇA VINCULANTE
DOS PRECEDENTES JUDICIAIS
Délio Mota de Oliveira Júnior 547

Mestras de René Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: 2013, v. 21, n. 83 jul/set, p. 13-26.

_____. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. LXVII-LXIX.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis Chagas. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, ano 24 – n. 95 – julho/setembro, pp. 245-267.

_____. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). *Negócios processuais*. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. , p. 521-539.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. In *Código de Processo Civil Comentado*. Lenio Luiz Streck, Leonardo Carneiro da Cunha e Dierle Nunes (org). São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. In *Código de Processo Civil Comentado*. Helder Moroni Câmara (coord). São Paulo: Almedina, 2016.

MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. In *Novo Código de Processo Civil anotado e comparado*. Simone Diogo Carvalho Figueiredo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2015.

MULLER, Jean-Marie. *O Princípio da Não-violência*. São Paulo: Palas Athena, 2007.

SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Evaristo de Moraes Filho (org); tradução de Carlos Alberto Pavanelli... et al. São Paulo: Ática: 1983.

SYSTEM, New York State Unified Court. *Alternative dispute resolution*. Disponível em <https://www.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml>, acesso em 10.01.2017.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*. In.: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover / coordenação: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1ª Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. Pp. 684 – 690.

A SISTEMÁTICA DA ARBITRAGEM NO CPC/2015

Suzana Santi Cremasco¹

Daniel Freitas Drumond Bento²

Leonardo Polastri Lima Peixoto³

Sumário: 1 - Premissas e pilares do novo CPC. 2 - O sistema multiportas 3 - A confidencialidade. 4 - A carta arbitral. 5 - A convenção de arbitragem preliminar de contestação 6 - A busca pela tutela provisória no judiciário. 7 - Conclusão.

1. Premissas e pilares do novo CPC

O novo Código de Processo Civil entrou em vigor em 18 de março de 2016 e, com ele, uma sistemática processual renovada. Diz-se renovada porque o

- 1 Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito Processual pela UFMG. Professora Assistente de Arbitragem e de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Milton Campos, nos programas de graduação e pós-graduação. Professora Coordenadora do Centro de Práticas Jurídicas e do Núcleo de Estudos em Solução de Conflitos da Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do Conselho Deliberativo e Vice-Presidente de Comunicação da CAMARB - Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil. Diretora Científica do IDPro – Instituto de Direito Processual. Membro da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/MG, do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual, do CBAr – Comitê Brasileiro de Arbitragem e do CEAPRO – Centro de Estudos Avançados em Processo. Advogada sócia do escritório Cremasco, Dilly Patrus, Peixoto, Leão Advogados, com atuação específica em arbitragem e em contencioso judicial estratégico.
- 2 Mestrando em Direito Empresarial e Bacharel em Direito pela UFMG. Coordenador Adjunto do Núcleo de Estudos em Solução de Conflitos da Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do CBAr - Comitê Brasileiro de Arbitragem, da Comissão de Arbitragem da OAB/MG, da ICC-YAFF e da Young ICCA. Membro da Comissão Organizadora da Competição Brasileira de Arbitragem (2015-2016). Advogado da área de arbitragem, mediação e contencioso estratégico do escritório Tolentino Advogados.
- 3 Graduando em Direito pela UFMG. Membro do Grupo de Estudos em Arbitragem e Contratos Internacionais da Universidade Federal de Minas Gerais (GACI-UFMG). Membro das Comissões Organizadoras da Competição Brasileira de Arbitragem – Petrônio Muniz, da Competição Brasileira de Mediação Empresarial e da Competição Brasileira de Sentenças Arbitrais. Membro da Young ICCA - International Council for Commercial Arbitration e do Young Arbitrator's Forum (YAF) – ICC. Estagiário na área de arbitragem, mediação e contencioso estratégico do Tolentino Advogados.

novo diploma surgiu com um propósito específico, estampado já em sua exposição de motivos: “adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições”⁴.

Sem prejuízo dos méritos que o Código superado possuía, o novo buscou corrigir ineficiências, falhas e atrasos de forma a dotar o ordenamento jurídico da efetividade que deve possuir. Afinal, sem um sistema processual funcional, todo o ordenamento torna-se inoperante.

É claro que a adoção de novas normas “não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente”⁵ – “passo à frente” que leva em consideração não só as construções doutrinárias e jurisprudenciais empreendidas e reclamadas pela comunidade jurídica, mas também a análise de necessidades sociais.

Não há dúvida de que uma das necessidades sociais deixada pelo Código ultrapassado é aquela criada pela “cultura do litígio”. Tem-se tornado comum o discurso de que há processos demais e de que o congestionamento no judiciário é altíssimo⁶. De acordo com uma pesquisa de 2010 empreendida pelo Conselho Nacional de Justiça, “de cada grupo de 100 processos em tramitação, 71 terminaram o ano de 2009 sem solução”⁷. Essa pesquisa demonstra que a judicialização exacerbada dos conflitos gera um efeito na contramão do esperado: pouco se resolve, e o que se resolve demanda longo tempo.

Em decorrência disso, dentre as diversas inovações e atualizações do Código, tornou-se evidente a preocupação em converter o processo em instrumento útil a produzir efeitos. Nesse contexto, deu-se ênfase aos métodos alternativos de resolução de controvérsias, dentre os quais a conciliação, a mediação e – objeto maior de estudo deste artigo – a arbitragem.

4 BRASIL. SENADO FEDERAL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 23/12/2016.

5 BRASIL. SENADO FEDERAL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 23/12/2016.

6 A esse respeito, ver: NUNES, Dierle. Sistema processual brasileiro pouco se preocupa com as causas. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/dierle-nunes-sistema-processual-preocupa-causas> > . Acesso em: 24/12/2016.

7 WERNER, José Guilherme Vasi. Congestionamento de processos reforça compromisso com metas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/70193-congestionamento-de-processos-reforca-compromisso-com-metas>. Acesso em 26/12/2016.

2. O sistema multiportas

A visibilidade dada pelo Código de Processo Civil de 2015 aos métodos alternativos de resolução de controvérsias é evidenciada logo no capítulo intitulado “Das normas **fundamentais** do processo civil” (g.n.), no qual o artigo 3º estabelece:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Com isso, a legislação adotou um modelo **multiportas** de resolução de conflitos⁸, por meio do qual a via jurisdicional convive com outros métodos, que visam ao empoderamento das partes e ao consenso na resolução dos litígios⁹. Segundo esse modelo, admite-se que algumas vias se mostram mais adequadas a determinado tipo de disputa do que outras, implicando uma melhor eficiência no sistema processual.

Foi justamente essa a preocupação transcrita na exposição de motivos da lei ao dizer que “pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz”¹⁰.

Por um lado, os §§2º e 3º estimulam a conciliação e a mediação, admitindo que a judicialização de todas as disputas e o revestimento de um terceiro com

8 O termo “sistema multiportas” (*multi-door courthouse*) foi desenvolvido por Frank Sander para simbolizar um sistema no qual o tribunal seria um centro que ofereceria diversas opções de resolução de disputas. Nesse sistema, a via jurisdicional seria apenas uma dentre várias opções, que incluem a conciliação, a mediação e arbitragem. A esse respeito: KESSLER, Gladys; FINKELSTEIN, Linda J., The evolution of a multi-door courthouse. Disponível em: <<http://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1897&context=lawreview>>. Acesso em 24/12/2016.

9 NUNES, Dierle. Novo CPC promove equilíbrio entre magistrados e advogados. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-17/dierle-nunes-cpc-promove-equilibrio-entre-juizes-advogados>>. Acesso em: 24/12/2016.

10 BRASIL. SENADO FEDERAL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 23/12/2016.

poder decisório nem sempre se apresenta como a melhor opção para as partes. Por outro lado, ao mesmo tempo em que estabelece, em seu *caput*, que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, mas faz a ressalva, no §1º, de que “é permitida a arbitragem”, o novo Código de Processo Civil reconhece a arbitragem como importante método de resolução de controvérsias, cuja utilização cumpre os preceitos fundamentais e não fere, em absoluto, a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição¹¹.

No que tange especificamente à arbitragem, tal menção simboliza um avanço concreto. No Código superado, antes da vigência da Lei 9.307/96 (Lei Brasileira de Arbitragem), em que pese a previsão de utilização pelas partes do juízo arbitral entre os procedimentos especiais, a disciplina tratada era incapaz de dar cumprimento à convenção de arbitragem no caso de resistência de uma das partes e, ainda, submetia a eficácia da decisão dos árbitros à homologação pelo Poder Judiciário. O novo Código não apenas faz menção à convenção de arbitragem¹², como dá visibilidade ao instituto, que caminhou para tornar-se um dos mais avançados, seguros e céleres métodos de solução de conflitos disponíveis na atualidade.

Se, antes da vigência da Lei de Arbitragem, exigia-se o duplo *exequatur* e a necessidade de realização de compromisso arbitral para que os litigantes fossem dirigidos ao juízo arbitral, mesmo quando já houvessem estipulado cláusula compromissória no contrato, posteriormente se assegurou a equiparação da figura do árbitro à figura do juiz – para fins de fato e de direito – e suprimiu-se a sujeição do laudo arbitral à homologação judicial¹³. E, pelo que se viu, o novo Código de Processo Civil incorporou – ou, melhor, reconheceu – todos esses progressos.

Logicamente, mesmo com o reconhecimento de que as partes poderão dirigir-se à arbitragem, o NCPC deve ser interpretado de forma sistêmica com a Lei 9.307/96 e com suas recentes reformas introduzidas pela Lei nº 13.129/2015. Há no artigo 3º, uma remissão, por assim dizer, à disciplina da legislação infra-codificada. Dessa forma, a sujeição ao artigo 1º da Lei Brasilei-

11 Nesse ponto, cumpre ressaltar que, desde 2001, tornou-se indubitável que a opção pelo juízo arbitral não afronta a garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição. A esse respeito: STF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, AgRg em SE 5206/EP, j.12/12/2001, DJ 30/04/2004.

12 Consta na exposição de motivos do novo código: “[n]os momentos adequados, utilizou-se a expressão convenção de arbitragem, que abrange a cláusula arbitral e o compromisso arbitral, imprimindo-se, assim, o mesmo regime jurídico a ambos os fenômenos.”

13 “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”.

ra de Arbitragem¹⁴ impõe que, para a submissão de determinada controvérsia à arbitragem, devem ser preenchidos os requisitos de arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Assim, é indispensável que, respectivamente, (i) os litigantes sejam dotados de capacidade para contratar – entendendo-se aqui capacidade civil, não se admitindo o suprimento de eventuais incapacidades por assistência ou representação, nos moldes em que prevê o Código Civil; e (ii) o litígio verse sobre direitos patrimoniais e disponíveis. Além do preenchimento de ambos os requisitos, é necessário que a submissão à arbitragem seja objeto de manifestação de vontade inequívoca, a ser extraída de instrumento escrito que materialize a convenção de arbitragem (art. 3º, Lei 9.307/96), a qual compreende tanto a cláusula compromissória (art. 4º, Lei 9.307/96) quanto o compromisso arbitral (art. 9º, Lei 9.307/96)¹⁵.

3. A confidencialidade

Embora a Lei de Arbitragem não faça menção à confidencialidade do procedimento, é certo que o sigilo é um dos principais atrativos da arbitragem. Afinal, é “o sigilo, que permite às partes a escolha de um foro reservado para tratar de suas disputas”¹⁶.

A possibilidade de tornar o procedimento sigiloso decorre do dever de discrição do árbitro, transposto no art. 13, §6º da Lei 9.307/96¹⁷, sendo assente que “este comportamento discreto do árbitro é tão importante que podem as partes exigir dele verdadeiro segredo, de sorte que façam constar no compromisso arbitral obrigação de não fazer (ou seja, de não revelar os atos e fatos ligados à arbitragem)”¹⁸.

Embora essa discrição não se confunda com o dever de manter sigilo, não é incomum que as partes estipulem essa obrigação. Normalmente, são os re-

14 “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

15 É necessária a ressalva de que, com a evolução da utilização da arbitragem, várias são as formas de alargamento, do escopo da cláusula compromissória, seja atingindo pessoas que, a despeito de não terem firmado a convenção de arbitragem, são por ela obrigadas, ou seja, englobando conflitos que estão fora do instrumento que contenha a cláusula arbitral.

16 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 246.

17 “Art. 13. [...] § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

18 CARMONA, *op. cit.*, p. 246.

gulamentos das instituições que tendem a determinar que o procedimento seja envolto pela confidencialidade¹⁹. Isso não impede, contudo, que as partes também estipulem o dever de sigilo já na própria convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem, determinando que o acesso às informações do procedimento seja restrito às partes e aos profissionais envolvidos em sua condução – englobando, assim, os árbitros, os procuradores, a instituição arbitral, os peritos, dentre outros.

Ocorre que, não raro, o procedimento arbitral demanda interação com o Poder Judiciário, como acontece nas hipóteses em que há necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, nas quais o árbitro poderá solicitá-las ao órgão que seria, originariamente, competente para julgar a causa (art. 22-A, *caput*²⁰ e 22-C²¹ da Lei 9.307/96). Em virtude dessa interação, seria de preocupar-se que as informações advindas da arbitragem pudessem ser expostas quando movidas ao Poder Judiciário, uma vez que, em princípio e à luz da regra geral do art. 93, IX da CRFB/88²², “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos”.

Justamente por isso, o art. 188, IV do NCPC estipula que “tramitam, todavia, em segredo de justiça os processos [...] que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”. Prevê, assim, a extensão da confidencialidade acordada pelas partes na arbitragem àqueles atos de interação com o Poder Público, o que envolve também a figura da carta arbitral – a qual será detalhada mais adiante. Dessa forma, assegura-se que as medidas solicitadas pelos árbitros ao Poder Judiciário estejam encampadas pela confidencialidade, de forma a garantir o sigilo almejado pelas partes.

Conforme estipulado no referido dispositivo, a confidencialidade na arbitragem deve ser comprovada perante o juízo estatal, restando certo que, como se extrai do Enunciado nº 13 do II FPPC, tal confidencialidade “abrange todo e qualquer ato judicial relacionado à arbitragem [...], ressalvada em qualquer

19 CARMONA, *op. cit.*, p. 246.

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

21 “Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro”.

22 “Art. 93 [...] X todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

caso a divulgação das decisões, preservada a identidade das partes e os fatos da causa que as identifiquem²³. Essa ressalva é particularmente importante, a fim de possibilitar a formação de jurisprudência e a disseminação de julgados em torno de temas controvertidos, também em sede arbitral.

No entanto, vale ressaltar que a recente atualização da Lei de Arbitragem determinou, de forma expressa, a possibilidade de a administração pública direta e indireta valer-se da arbitragem²⁴. Nesses casos, importa trazer à tona a ressalva do Enunciado nº 15 do II FPPC, segundo o qual “[a]s arbitragens que envolvem a Administração Pública respeitarão o princípio da publicidade, observadas as exceções legais²⁵. Do mesmo modo, um dos requisitos para a utilização da arbitragem pelo setor público é que “[a] arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade²⁶”.

4. A carta arbitral

A Lei de Arbitragem considera o árbitro como juiz de fato e de direito (art. 18, Lei 9.307/96). Não obstante, frisa-se que o Estado Brasileiro detém o monopólio do uso da força e, conseqüentemente, reserva para si o poder exclusivo para o exercício de medidas coercitivas. Por esse motivo, a adoção de tais medidas deve dar-se tão somente perante o juízo estatal.

Dessa forma, ainda que as partes queiram submeter seu litígio aos árbitros, não raro haverá casos em que o árbitro se verá forçado a interagir com o Poder Judiciário para que este, detentor do monopólio do uso da força, realize atos de cumprimento compulsório ou execute medidas de natureza coercitiva.

Exatamente em virtude dessa necessidade, o revogado art. 22, §4º da Lei 9.307/96 dispunha que “havendo necessidade de realização de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”. Ocorre que, apesar da eventual interação entre os árbitros e o Poder Judiciário ser realidade

23 _____ . Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 24/12/2016.

24 “Art. 1º [...]§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

25 _____ . Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 24/12/2016.

26 Lei de Arbitragem, art. 2º, §3º.

conhecida por todos desde o início da utilização do instituto, somente com o advento do NCPC é que se criou um instrumento próprio e oficial para a comunicação entre o árbitro e o juiz: a carta arbitral.

É por isso que, de um lado, o art. 22-C da Lei de Arbitragem, que foi incorporado à Lei 9.307/96 com a reforma de 2015²⁷, estabelece que “o árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro”. E, de outro, o art. 237, IV do NCPC estipula que “[s]erá expedida carta: [...] IV – arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória”.

No cumprimento desse instrumento, o NCPC estipula, no art. 69, §1º que “as cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código”. Em comentário a esse artigo, o Enunciado nº 4º do I FPPC firmou o entendimento de que “a carta arbitral tramitará e será processada no Poder Judiciário de acordo com o regime previsto no Código de Processo Civil, respeitada a legislação aplicável”.

Esse regime é aquele estipulado pelo art. 260, *caput*, conjugado, no caso da carta arbitral, com o § 3º do mesmo artigo, que estipula que a carta ainda seja “instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e da sua aceitação da função”. Ainda quanto a esse aspecto, o Grupo de Arbitragem do IV FPPC propôs o seguinte enunciado: “[s]ão requisitos para o cumprimento da carta arbitral: i) indicação do árbitro ou do tribunal arbitral de origem e do órgão do Poder Judiciário de destino; ii) inteiro teor do requerimento da parte, do pronunciamento do árbitro ou do Tribunal arbitral e da procuração conferida ao representante da parte, se houver’ iii) especificação do ato processual que deverá ser praticado pelo juízo de destino; iv) encerramento com a assinatura do árbitro ou do presidente do tribunal arbitral conforme o caso”.

Em virtude desses requisitos, é de se pensar que a carta arbitral quase sempre virá dotada de informações e documentos relevantes ao procedimento arbitral – que, por sua vez, conterão dados que as partes não desejam tornar públicos por razões de privacidade, sensibilidade, discricção ou estratégia. Com essa preocupação, o art. 118, IV, como já visto, prevê que os processos que versem sobre o cumprimento de carta arbitral tramitarão em segredo de justiça desde que a confidencialidade acordada na arbitragem seja comprovada em juízo.

27 Lei 13.129, de 26 de maio de 2015.

Vale ressaltar que o juiz poderá recusar o cumprimento da carta, devolvendo-a com decisão motivada tão-somente nas hipóteses em que (i) a carta não estiver revestida dos requisitos legais; (ii) faltar ao juiz competência em razão da matéria ou da hierarquia; ou (iii) houver dúvida, pelo juiz, acerca de sua autenticidade. Em que pese haver essas hipóteses de recusa, frisa-se que, na esteira do que já ocorre que com as cartas do Poder Judiciário, não cumpre ao juiz que a recebeu – mero executor da ordem – revisar o mérito ou imputar qualquer juízo de valor à carta arbitral. É isso o que orienta o Enunciado nº 27 do I FPPC ao afirmar que “[n]ão compete ao juízo estatal revisar o mérito da medida ou decisão arbitral cuja efetivação se requer por meio da carta arbitral”.

A carta deverá iniciar sua tramitação dentro do juízo arbitral, podendo ser requerida ao “órgão do Poder Judiciário do foro onde se dará a efetivação da medida ou decisão, ressalvadas as hipóteses de cláusulas de eleição de foro subsidiário”, conforme orienta o Enunciado nº 24 do V FPPC. Assim, salvo nas hipóteses em que o contrato contenha cláusula de eleição de foro subsidiário, poderá a carta arbitral ser emitida diretamente ao órgão do Poder Judiciário competente para promover a efetivação da medida ou a execução da decisão, independentemente de qual seja a sede da arbitragem ou dos locais onde se realizem os atos a ela inerentes. A exceção dá-se no caso de arbitragens internacionais (em que a sentença é proferida fora do país), visto que, nessa hipótese, a execução da decisão estará sujeita à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 35 da Lei 9.307/96).

5. A convenção de arbitragem como preliminar de contestação

Conforme ressaltado, muito embora o art. 5º, XXXV da Constituição Federal estipule a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, o NCPC estabelece que a arbitragem será permitida. Com isso, reitera o entendimento, já manifestado pelo STF, de que a opção pela via arbitral não afronta o direito da parte de que a lesão ou ameaça a determinado direito seu seja apreciado.

Claramente, a fim de que determinada controvérsia seja submetida à arbitragem, não só os requisitos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva deverão ser preenchidos – também a manifestação de vontade das partes por essa via deverá ser inequívoca. É o que preconiza o art. 3º da Lei 9.307/96, ao estabelecer que a submissão do litígio ao juízo arbitral deverá dar-se mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A convenção de arbitragem nada mais é do que um contrato cuja constituição depende de instrumento escrito a fim de que seja considerada válida e

eficaz, na esteira do que determina o art. 4º, §1º e art. 9º, §§1º e 2º da Lei de Arbitragem. O mesmo, no entanto, não se pode dizer de sua desconstituição, sendo possível que ambas as partes, tacitamente, renunciem ao juízo arbitral em favor do judicial.

A assinatura dessa convenção gera dois efeitos: um positivo e um negativo. Pelo primeiro, entende-se que a convenção faz com que quaisquer litígios existentes entre as partes – desde que, como já dito, preencham os requisitos do art. 1º da Lei 9.307/96 – sejam solucionados por arbitragem. Pelo segundo, derroga-se a jurisdição estatal, que passa a ser apenas subsidiária para os casos em que haja fundamentada necessidade – como ocorre nas hipóteses de obtenção de medida cautelar antes da instituição do tribunal arbitral.

Esses efeitos, mais do que a de traduzir a vontade das partes, fornecem a elas um mecanismo de defesa, caso uma delas proponha, no Poder Judiciário, uma demanda que deveria ser resolvida por arbitragem. Quanto a isso, o NCPC não inovou em relação ao seu antecessor, uma vez que replicou, em seu art. 337, X, o regramento de que “[i]ncumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X – convenção de arbitragem”.

Estando inserido no capítulo “Da contestação”, o NCPC determina que tal defesa se dará a tempo, modo e lugar: o réu deverá, necessariamente, suscitar a existência da convenção de arbitragem como preliminar de contestação. Vale ressaltar que, não se opondo o réu à instauração do litígio perante o Poder Judiciário, entender-se-á que ele renunciou ao juízo arbitral – e, por isso, fala-se na possibilidade de distrato tácito da convenção de arbitragem.

Nesse ponto, uma crítica²⁸ que merece ser mais bem trabalhada e que parece descobrir um tópico em que o NCPC não avançou, é a necessidade de a parte alegar a existência da convenção de arbitragem enquanto preliminar de contestação, sob pena de, não o fazendo, renunciar ao juízo arbitral, o que constitui real afronta ao interesse que a parte comumente possa ter em torno do sigilo da matéria envolvida no litígio.

Diante da regra da eventualidade, o réu torna-se forçado a suscitar em contestação todas as matérias de defesa a seu favor – o que, no NCPC, encontra-se acentuado com a valorização da unicidade dessa peça processual. Por decorrência lógica, essas matérias de defesa englobam a alegação de existência de convenção de arbitragem.

28 A esse respeito, veja-se KOHLBACH, Marcela. **A arguição da existência de convenção de arbitragem no novo CPC e os negócios processuais**. Disponível em: <<http://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/325669740/a-arguicao-de-existencia-de-convencao-de-arbitragem-no-novo-cpc-e-os-negocios-processuais>>. Acesso em: 23/12/2016.

Assim, estando uma parte dotada do direito de dirigir-se ao juízo arbitral e de ver o processo judicial extinto sem resolução de mérito, ela deverá, mais do que alegar a existência da convenção de arbitragem, antecipar toda a defesa de mérito – incluindo documentos e informações sensíveis e estratégicas – em relação à questão controvertida, que, se não fosse pela indevida instauração da demanda perante o Poder Judiciário pela parte em descumprimento à convenção, só seria exposta dentro do procedimento arbitral – quase sempre protegido pela confidencialidade.

Isso tudo porque o processo judicial é, em regra, público, de forma que ignorar o interesse das partes pelo sigilo tem por consequência tornar inócua uma das principais vantagens da arbitragem. Diante desse problema, entende-se que a melhor solução seria aquela proposta pelo Enunciado nº 580 do FPPC, segundo o qual “é admissível o negócio processual estabelecendo que a alegação de existência de convenção de arbitragem será feita por simples petição, com a interrupção ou suspensão do prazo para contestação”. Entende-se que essa opção está, inclusive, alinhada com o que determina o art. 190 do NCPC²⁹.

Superada a análise sobre o modo de alegação da existência da convenção de arbitragem, importa ressaltar que, acolhida tal alegação, o processo deverá ser extinto sem resolução de mérito (art. 485, VII, NCPC³⁰). Até aí, nenhuma novidade em relação ao CPC revogado.

O mesmo não se pode dizer, entretanto, da parte final do dispositivo, que estabelece que também deverá o juiz extinguir o processo sem resolução de mérito “quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”.

Com isso, o NCPC, mais uma vez, incorporou um entendimento que já era firmado desde o advento da Lei 9.307/96, segundo a qual, em seu art. 8º, parágrafo único, “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Trata-se do reconhecimento do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* – um dos fundamentos sobre o qual a arbitragem se apóia – que estabelece que compete ao árbitro decidir acerca de sua própria competência – inclusive, em primeira mão.

29 “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

30 “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”.

Disso decorre que, ainda que a matéria sobre a qual versa o litígio seja, por algum motivo, objeto de impugnação ou resistência, não será o juiz aquele competente a decidir se tal matéria encontra-se ou não abarcada pela convenção de arbitragem e se o litígio deve ou não ser encaminhado para arbitragem, mas, sim, o próprio árbitro. Assim, somente o árbitro poderá adentrar no mérito da disputa e decidir se possui ou não competência para decidi-la.

Tal entendimento – há muito repisado pela doutrina arbitralista nacional³¹ e pela jurisprudência³² – foi também objeto de Enunciado proposto pelo Grupo de Arbitragem do IV FPPC, que diz: “[o] reconhecimento da competência pelo juízo arbitral é pressuposto processual negativo e acarreta a extinção do processo judicial”³³. Não é demais ressaltar que, nessas hipóteses, a decisão do árbitro será final e vinculante, independente de juízo valorativo do magistrado. Vale dizer: ao juiz cumpre única e exclusivamente acatar a decisão advinda do juízo arbitral, podendo apenas realizar o exame formal quanto a existência da convenção de arbitragem e a idoneidade da decisão do árbitro ou do tribunal que reconheceu sua competência.

Isso não impede, no entanto, que tal decisão seja questionada no Poder Judiciário. Poderá a parte resistente requerer a revisão ou, até mesmo, a inva-

31 CARMONA, Carlos Alberto, op. cit., pp. 175-177.

32 PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR COM O FITO DE CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE DEMONSTRADOS O PERICULUM IN MORA E O FUMUS BONI IURIS. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO SUFICIENTE INATA CADU. SÚMULA 283/STF. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PROCEDIMENTO ARBITRAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA ARBITRAL. NATUREZA. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. ART. 475-N, CPC. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. QUESTÕES RELATIVAS À SUA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA. COMPETÊNCIA. ÁRBITRO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AÇÕES E EXECUÇÕES. SUSPENSÃO. ART. 18, “A”, LEI 6.024/74. LIMITES. [...] Questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro, a teor do que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20, da Lei nº 9.307/96. Trata-se da denominada kompetenz-kompetenz (competência-competência), que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade (STJ, 3ª Turma, Medida Cautelar nº 14.295/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09/06/2008, DJe 13/06/2008).

33 _____ . Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 26/12/2016.

lidação dessa decisão, o que deverá ser feito por meio de ação declaratória de nulidade, nos moldes dos arts. 20, §2º³⁴, e 33³⁵ da Lei de Arbitragem.

Por sua vez, na hipótese em que o magistrado recuse a existência da convenção de arbitragem, contra a decisão caberá a interposição de agravo de instrumento, frente ao disposto no art. 1.015, III³⁶ do NCPC. Continuando o processo judicial sem que o juiz estatal tenha competência para o feito, a sentença por ele proferida será invalidada. Assegura-se assim, mais uma vez, a competência do árbitro diante da existência de válida convenção de arbitragem.

6. A busca pela tutela provisória no Judiciário

No antigo CPC, às tutelas para antecipação e garantia do resultado futuro do processo davam-se os nomes, respectivamente, de tutela antecipada (incidente) e de medidas cautelares (antecipada ou incidente). Com o NCPC, essa classificação e o regime de concessão de tais medidas foi modificado.

Esses instrumentos foram reunidos na categoria das “tutelas provisórias”³⁷, que podem ser (i) de urgência, (*i.a*) cautelar ou (*i.b*) antecipada; ou (ii) de evidência. As tutelas de urgência podem ser, ainda, antecedentes ou incidentes, a depender se são requeridas, respectivamente, antes ou no curso do processo principal. Nessa nova sistemática, “grosso modo, agrupam-se as medidas em razão do ponto comum entre elas, consistente na provisoriedade (CPC/2015, art. 296), classificando-as pela causa do pedido (urgência ou evidência), e não pela natureza da tutela pretendida (meramente cautelar ou antecipatória de resultado futuro)”³⁸.

34 “Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. [...] § 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei”.

35 “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”.

36 “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem”.

37 Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

38 CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010, 4ª edição, e-book, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2015.

A tutela provisória de urgência cautelar é aquela que visa à salvaguarda do resultado útil do processo. A antecipada, por sua vez, é aquela mediante a qual se pretende obter, antecipadamente, o resultado futuro do processo. Para ambas as hipóteses, pressupõe-se a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Já a tutela provisória de evidência é aquela que visa a antecipar à parte o resultado futuro do processo, não dependendo, em contraste com a tutela antecipada, da demonstração de perigo na demora ou de risco ao resultado útil do processo (art. 311³⁹), com hipóteses de cabimento indicadas pelo NCPC.

São, ainda, novidades em relação ao regime das – agora chamadas – tutelas provisórias: a possibilidade de estabilização da tutela de urgência antecipada (art. 304) e o abandono da tipificação de cautelares presente no Código ultrapassado.

Não obstante essas alterações, diante da reforma da Lei de Arbitragem e do NCPC – ambas recentes, de 2015 –, o que importa analisar neste artigo é a viabilidade e, pressupondo-se viável, como se dá a persecução de tutelas provisórias perante o Poder Judiciário quando há entre os litigantes uma válida convenção de arbitragem, determinando, como já se sabe, que a discussão acerca do mérito da disputa seja direcionada ao juízo arbitral. Tendo em vista a natureza distinta das diferentes espécies de tutela, elas demandam uma análise em separado.

Um primeiro cenário é aquele em que, não havendo sido instaurado o juízo arbitral, a parte demande que uma tutela, que viria a ser buscada na arbitragem, seja prontamente concedida, o que se pode justificar pelo fato de que, não havendo tal concessão, haja risco ao resultado útil do processo ou perigo de dano a seu direito.

Nesses casos, é inquestionável que a parte poderá socorrer-se ao Poder Judiciário, uma vez que, do contrário, encontrar-se-ia em um limbo jurídico⁴⁰

39 “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido de reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente”.

40 Vale ressaltar que algumas instituições arbitrais, dentre as quais pode-se citar a Câmara do Comércio Internacional (CCI), preveem em seu regulamento a figura do “árbitro de emergência”, que se presta a atender às necessidades acautelatórias ou de urgência que determi-

no qual não teria a quem recorrer para a persecução de seu direito. Nas palavras de Francisco José Cahali, “[t]rata-se de uma adaptação ao quanto já se tem a respeito no próprio judiciário, ao neste se reconhecer que, em casos de urgência, dispensa-se a observância, num primeiro momento, das regras de competência”⁴¹. Nesses casos, certo é que a análise do magistrado será precária, adstrita ao exame da liminar pleiteada⁴² – e, da mesma forma, caberá à parte requerente descrever o objeto da pretensão principal que pretende perseguir (art. 303⁴³).

Dentro das tutelas de urgência, embora seja pacífica a possibilidade de se conceder tutela cautelar, que visa a assegurar o resultado útil do processo, uma questão mais delicada surge quando se discutem a possibilidade e os limites para a concessão da tutela antecipada. Isso porque, em regra, a análise do pleito final, que por meio dessa tutela se pretende antecipar, é reservada ao árbitro. Nesse ponto, Cahali possui uma visão interessante, atualizada em relação ao NCPC:

nada parte possa ter antes da constituição do tribunal arbitral. A depender do regulamento, a escolha (ou exclusão) desse instrumento poderá depender de acordo expresso das partes em sentido positivo (*opt-in*) ou negativo (*opt-out*). Nesses casos, pode-se questionar a possibilidade da parte socorrer-se ao Poder Judiciário, vez que, em regra, poderia ela ter sua tutela concedida em âmbito arbitral, em respeito à convenção de arbitragem.

41 CAHALI, Francisco José, op. cit..

42 Esse entendimento já é sufragado antes mesmo do NCPC. A esse respeito: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. 1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. 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. 5. Recurso especial provido” (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.297.974/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28/08/2012, DJe 04/09/2012)

43 “Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”.

“Considerando que são em regra provisórias as medidas na forma apresentada (tutelas *provisórias* de urgência), sendo incisivo e fora de dúvida a sua incorporação pelo pedido definitivo, que se ausente leva à extinção do processo sem resolução do mérito, e ainda, a impossibilidade de deferimento se irreversível a providência, **quer nos parecer que será sim possível o deferimento de tutela de urgência antecipada antecedente (provisória e reversível)**. Na ponderação entre valores e regras, voltada a previsão processual exclusivamente a assegurar o direito da parte, excepcionalmente, a urgência se sobrepõe (sempre momentaneamente), à reserva de jurisdição do árbitro; porém, na utilização deste instrumento, a medida emergencial deverá no quanto mais possível limitar-se à tutela cautelar, evitando-se ao máximo, com extraordinário cuidado, a antecipação da tutela em nome da urgência⁴⁴ (g.n.).

Uma vez concedida a tutela de urgência, haverá um prazo definido para a propositura da ação principal. No CPC/73, o prazo para tal propositura era o de 30 (trinta) dias, conforme determinava o art. 806, de forma que, sendo deferida a tutela, a parte beneficiada deveria promover o início da arbitragem nesse prazo. Com o NCPC, a forma de requerer o pedido principal, bem como o prazo para tanto, modificaram-se.

Na nova sistemática processual, o pedido principal deverá ser solicitado em forma de aditamento ao pedido da tutela antecedente, consolidando tudo em um único ato. Isto é, o requerente deverá apresentar o pedido final nos mesmos autos em que concedida a sua tutela. Quanto ao prazo, o NCPC estipula prazos diversos, a depender da natureza da tutela pretendida. Tratando-se de tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado em 30 (trinta) dias (art. 308⁴⁵), enquanto, tratando-se de tutela antecipada, tal aditamento dar-se-á em 15 (quinze) dias (art. 303, I⁴⁶). Analisando a questão, Cahali conclui que o prazo que a parte terá para provocar o começo da arbitragem sem que a sua tutela se perca é o mesmo, a depender da tutela concedida⁴⁷. Não obstante, a Lei de Arbitragem contém regra específica sobre o tema que, a nosso ver, afasta a incidência do Código de Processo Civil quanto a esse aspecto, ao dispor, no art. 22-A, parágrafo único, que “cessa a eficácia da medida cautelar ou de ur-

44 CAHALI, Francisco José, op. cit..

45 Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

46 Art. 303. [...] I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

47 CAHALI, Francisco José, op. cit..

gência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão”.

Dirigindo-se a parte ao juízo arbitral, o art. 22-B⁴⁸ da Lei de Arbitragem determina que “cabará aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário”. Assegura-se, assim, a palavra final do árbitro sobre o deslinde da controvérsia, mesmo no que tange às tutelas provisórias.

Outro ponto merecedor de comentário no que concerne às tutelas de urgência é o de que o NCPC prevê a possibilidade de estabilização da decisão⁴⁹ que concede a tutela antecipada de caráter antecedente, nas hipóteses em que contra sua concessão não seja interposto agravo de instrumento. Não obstante essa estabilização, o NCPC permite que a parte insatisfeita requeira a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada. Essa faculdade deverá ser exercida no prazo de 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo.

Tratando-se de faculdade que, se exercida, implica adentramento no mérito da disputa, entende-se que, havendo convenção arbitral, esse requerimento deverá ser feito no âmbito da arbitragem. Assim, a parte interessada deverá promover o início de um procedimento arbitral a fim de que o árbitro – competente para tanto – revise, reforme ou invalide a tutela anteriormente concedida.

Superada a análise acerca da tutela de urgência em caráter antecedente, imagina-se um segundo cenário, no qual, estando o procedimento arbitral já em curso, a parte tenha interesse de perseguir tutela de urgência. Estar-se-ia, nesse caso, de encontro à hipótese da tutela de urgência em caráter incidente. Nesse cenário, menos digressões são necessárias.

48 Embora o Art. 22 da Lei 9.307/96 fale em “medida cautelar ou de urgência” – nomenclatura, como já se demonstrou, ultrapassada –, deve-se interpretar que, havendo o diploma sido redigido antes da vigência do NCPC, o legislador quis referir-se à “medida de urgência cautelar ou antecipada”.

49 “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso; § 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto; § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput; § 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º; § 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida; § 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º; § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”.

O art. 22-B, parágrafo único, da Lei de Arbitragem estanca quase integralmente as questões que possam ser suscitadas nessa hipótese ao estabelecer que “estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros”. Sendo o juízo arbitral aquele competente para analisar os pleitos das partes, ele deverá ser o alvo do requerimento da tutela.

No entanto, como já se teve a oportunidade de mencionar, o árbitro não detém o poder coercitivo e o poderio dos meios executórios de determinadas ordens, de forma que, em alguns casos, encontrar-se-á na necessidade de solicitar cooperação do Poder Judiciário. Todavia, mesmo nessas hipóteses, ainda caberá ao juízo arbitral a apreciação da demanda feita pelo litigante, restando ao magistrado tão somente a tarefa de execução do que o árbitro houver determinado, sem qualquer valoração de fundo. Essa cooperação entre os dois juízos se dará mediante carta arbitral, conforme explicado em item anterior.

Por fim, um terceiro cenário possível é aquele em que a parte pretenda perseguir, no Poder Judiciário, a tutela de evidência – sempre de caráter incidente e antecipado. Entretanto, não se vê cabimento para essa hipótese. Não estando fundada em perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, inexistente uma justificativa plausível para que a parte tenha de recorrer ao magistrado para que ele conceda uma medida que, em respeito à convenção de arbitragem, deva ser objeto de apreciação pelo juízo arbitral.

Isso não impede, todavia, que a tutela de evidência seja concedida em sede arbitral, sendo possível afirmar que, nessa hipótese, o árbitro não está limitado às hipóteses traçadas pelo art. 311 do NCPC, uma vez que “a regra tem aplicação na arbitragem em sua essência, não em sua literalidade”⁵⁰.

7. Conclusão

O Novo Código de Processo Civil cumpre, em grande parte, a promessa de adaptar as normas processuais às mudanças na sociedade e aos avanços nas instituições, em atendimento às reclamações e anseios da comunidade jurídica e das necessidades sociais. Nesse ponto, dá-se especial destaque à valorização do sistema multiportas e à consequente visibilidade aos métodos alternativos de resolução de controvérsias – dentre os quais a conciliação, a mediação e a arbitragem.

No tocante à arbitragem, o NCPC reconhece princípios basilares e funda-

mentais ao instituto que desde o advento a Lei 9.306/97 vinham sendo fortalecidos e repisados pela doutrina e pela jurisprudência. É assim que o NCPC (i) fez correta menção à figura da convenção de arbitragem, compreendendo a cláusula compromissória e compromisso arbitral; (ii) assegurou a primazia da *Kompetenz-Kompetenz*; (iii) criou um instrumento oficial de cooperação entre os juízos arbitral e judicial; dentre outros.

Tendo em vista não só a reforma do NCPC, mas também a recente atualização da Lei de Arbitragem, muitas questões – como o cabimento de negócio jurídico processual para a alegação da existência de convenção de arbitragem fora da contestação e da viabilidade de concessão de tutela de urgência antecipada antecedente pelo Poder Judiciário – ainda encontram-se em aberto, impondo na doutrina o valioso dever de analisar, a fundo, a interação da arbitragem com o processo civil – tarefa a que se esforçou o presente artigo.

50 CAHALI, Francisco José, op. cit..