



## ASSISTÊNCIA DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS À ARBITRAGEM TRANSNACIONAL

Rose Marie Rocha da cunha<sup>1</sup>

Recebido em:	29/12/2020
Aprovado em:	13/06/2021

**RESUMO:** Diante da falta do *jus imperii* do tribunal arbitral e da possibilidade de solicitação de auxílio da colaboração dos tribunais estaduais para a execução de determinadas solicitações realizados no âmbito da arbitragem, o presente estudo abordará quais pedidos podem ser realizados à justiça comum pelo tribunal arbitral transnacional e apontará os benefícios para a demanda arbitral, bem como as consequências da inferência de uma parte externa àquelas inicialmente indicadas na convenção de arbitragem. A importância dessa análise consiste na falta do *jus imperii* do tribunal arbitral para impor suas determinações e no cumprimento de providências cautelares.

Palavras-chave: Arbitragem Comercial Internacional. Judiciário. Assistência à Arbitragem.

**ABSTRACT:** Given the lack of *jus imperii* of the arbitral court and the possibility of requesting assistance from the collaboration of the state courts for the execution of certain requests made within the scope of arbitration, the present study will address which requests can be made to the common justice by the transnational arbitral tribunal and will point out the benefits for the arbitration demand, as well as the consequences of the inference of an external party to those initially indicated in the arbitration agreement. The importance of this analysis is the lack of the *jus imperii* of the arbitral tribunal to impose its determinations and the fulfillment of precautionary measures.

Keywords: International Commercial Arbitration. Judiciary. Arbitration Assistance

### 1. INTRODUÇÃO

A arbitragem já se manifestava como mecanismo de solução de conflitos desde a Antiguidade Romana. Através de um pacto<sup>2</sup>, as partes escolhiam um árbitro que ficaria incumbido de decidir o litígio existente entre aqueles que o escolheram e através de um

---

<sup>1</sup> Mestranda em Propriedade Intelectual na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Especialista em Processo Civil pelo Centro Universitário Internacional UNINTER – Curitiba; Bacharela em Direito pelo Centro Universitário UNA - Belo Horizonte, Advogada.

<sup>2</sup> “A natureza do *compromissum* suscita dúvidas, havendo quem o reduza a uma *coventio* (ou *pactum*); quem entenda que se trata dum acto complexo, constituído por um *pactum* e duas estipulações (*stipulationes*) cruzadas das partes; e quem considere que se trata de um negócio formar constituído por duas estipulações interdependentes” JUSTO, A. Santos. A arbitragem no Direito Romano: Breve referência. In: ARMANDO MARQUES GUEDES (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. Coimbra: Coimbra, 2013. V. II. p. 675-701.

*compromissum* se obrigavam a cumprir o que o árbitro, escolhido livremente por ambos, decidiu de acordo com a sua expertise e conhecimentos<sup>3</sup>. Esse árbitro era escolhido por seus atributos que consistiam em ações virtuosas de acordo com os princípios aristotélicos de virtude<sup>4</sup> que se propagavam no berço da filosofia e do ócio produtivo. Para além dos quesitos de homem aristotelicamente virtuoso, existiam características que o árbitro deveria ter, quais sejam, o conhecimento jurídico e ser um homem livre.

Já no ano 493 a. C., existia a “Liga Latina” que constitui, em Roma, a organização mais antiga voltada para solução de conflitos relacionados com o tráfico mercantil. Essa organização possuía um tratado ou *Foedus Cassium* que constituía se assemelha à arbitragem atual seja na escolha do árbitro, na inexistência de uma apelação, no compromisso firmado entre as partes que se obrigavam a cumprir o que fora determinado no laudo arbitral ou na fixação de multas pelo incumprimento do laudo.<sup>5</sup>

Após as guerras mundiais, o comércio internacional iniciou o seu processo de expansão, motivado também pela necessidade de reconstrução dos países europeus que estiveram envolvidos diretamente nas guerras, e a arbitragem torna-se um mecanismo eficiente de solução de litígios naquele cenário de instabilidade e desconfiança que existia no comércio internacional no período do pós-guerra.

Após a primeira guerra mundial, fora criada em 1922 a Câmara de Comércio Internacional (CCI) que já em 1923 fundou o Tribunal Arbitral Internacional para dirimir os litígios relacionados ao comércio internacional e em 1927 fora assinada a Convenção de Genebra para a Execução de sentenças arbitrais estrangeiras devido às dificuldades que as partes encontravam para fazer cumprir as decisões arbitrais em países estrangeiros.

Porém, pela Convenção de Genebra a parte requerente ficava obrigada a provar que existiam condições necessárias para o reconhecimento e execução da sentença arbitral no país em que se desejava que fosse executada. Uma dessas condições era que

---

<sup>3</sup> Idem, p. 675.

<sup>4</sup> Para compreender mais sobre a virtude aristotélica que está dividida em virtude moral (ação), virtude intelectual (contemplação) e atuação da potência vide: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001. 230 p. (Coleção obra-prima de cada autor). Tradução: Torrieri Guimarães

<sup>5</sup> Para mais detalhes sobre a arbitragem no Direito Romano vide JUSTO, A. Santos. A arbitragem no Direito Romano: Breve referência. In: ARMANDO MARQUES GUEDES (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. Coimbra: Coimbra, 2013. V. II. p. 675-701 e SASTRE, Joana Canet. Alternativas a la judicialización de los conflictos desde Roma hasta la actualidad. In: REVISTA de Derecho UNED. nº 14. V. I. Madrid: Rduned, 2014. p. 133-160.



a sentença arbitral tivesse se tornado definitiva. Com isso, surgiu o “*duplo exequatur*” que constituía um obstáculo para a execução da sentença.

Para superar o obstáculo do “*duplo exequatur*”, em 1958, é assinada a Convenção de Nova York sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras que transferia o ônus da prova da condição necessária para a execução da sentença para a parte requerida, além de eliminar o “*duplo exequatur*”.

Em 1965, surge a Convenção de Washington para a solução de litígios entre os Estados e nacionais de outros Estados e em 1976 são adotadas as regras da *United Nations Commission for International Trade Law* – UNCITRAL que tinha como principal escopo unificar e harmonizar a legislação internacional em matéria de comércio internacional. Por esse motivo, em 1979, a Comissão da UNCITRAL realizou uma alteração na Convenção de Nova York para estabelecer um padrão para a resolução de litígios através do procedimento arbitral dando origem a uma Lei Modelo.

A Lei Modelo não iria impor suas regras, mas ser um ponto norteador de aplicação das Leis internas dos países no que tange à arbitragem. Diante disso, em 1985, o texto da Lei Modelo foi aprovado em Viena.

A Lei Modelo passou a ser, literalmente, o modelo para a modernização das leis internas dos países sobre arbitragem e para os regulamentos arbitrais. Nessa esteira em 1986, foi publicada a Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa com forte orientação da Lei Modelo de 1985.

Já a Lei de arbitragem brasileira somente foi publicada em 1996, tendo em vista que até este momento não havia uma cultura de solução de litígios através da arbitragem no país. Por outro lado, já previu a possibilidade da aplicação de medidas cautelares e do auxílio dos tribunais estaduais no seu corpo, sendo vanguardista nestes pontos em relação às demais leis arbitrais.

A LAV revista em 2011, também inspirada na Lei Modelo passa a integrar vários dispositivos que foram incorporados na Lei Modelo de 2006, e à luz dessa lei inclui as medidas cautelares como mecanismo de auxílio dos árbitros.

O pequeno esboço que se fez da história da arbitragem estrangeira<sup>6</sup> neste exórdio demonstra que se faz necessário o estudo pormenorizado, na atualidade, da

---

<sup>6</sup> A Lei-Modelo da UNCITRAL, no seu art. 1(3), define arbitragem internacional do seguinte modo:

a) as partes de uma convenção de arbitragem tiverem, no momento da sua celebração, os seus estabelecimentos em estados diferentes, ou b) um dos seguintes lugares estiver situado fora do estado em que as partes têm os seus estabelecimentos: i) o lugar da arbitragem, se ele estiver determinado na convenção de arbitragem ou com referência à convenção de arbitragem; ii) o lugar do cumprimento de



necessidade da colaboração dos tribunais estaduais para a execução de determinadas solicitações pelo tribunal arbitral. A importância dessa análise consiste na falta do *jus imperii* do tribunal arbitral para impor suas determinações.

## 2. DA NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA À ARBITRAGEM TRANSNACIONAL

A arbitragem é o meio de solução de litígios que as partes escolhem para dirimir suas querelas através de um terceiro (o árbitro), o qual ficará incumbido de decidir a controvérsia conforme os seus conhecimentos<sup>7</sup> sobre determinada matéria e a sua decisão vinculará as partes.

O tribunal arbitral é detentor do princípio da autonomia privada identificado no poder que as partes possuem de autorregular os seus interesses, através, e sobretudo, do negócio jurídico que firmam e se obrigam ao cumprimento. Apesar disso, o tribunal arbitral é destituído do poder coercitivo, necessário para praticar determinados atos, característico do poder judiciário<sup>8</sup>.

A ordem jurídica, seja a LAV, a Lei de Arbitragem brasileira ou a Lei Modelo<sup>9</sup>, conferem às partes a faculdade de, por meio do negócio jurídico que é a convenção de

---

uma parte substancial das obrigações da relação comercial ou o lugar com o qual o objecto do litígio tenha uma relação mais estreita; ou c) as partes tenham acordado expressamente em que a questão objecto da convenção de arbitragem está relacionada com mais de um estado. BARROCAS, Manuel Pereira. Contribuição para a reforma da lei de arbitragem voluntária. In: Revista da Ordem dos Advogados, ano 67, Vol. I, 2007. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-pereira-barrocas-contribuicao-para-a-reforma-da-lei-de-arbitragem-voluntaria/>. Acesso em 02 de out. de 2018.

<sup>7</sup> O árbitro pode ser escolhido pelas partes de acordo com as suas competências técnicas e conhecimento em determinada matéria que possa ser determinante para a solução da controvérsia que é levada ao seu conhecimento para decidir. Por exemplo o técnico pode ser especialista em propriedade industrial e a demanda a ser dirimida envolve a matéria de patentes.

<sup>8</sup> “Cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o receito pertinente ao caso concreto e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado.” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ana Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 383 p.

<sup>9</sup> O artigo 1º da LAV (Lei nº 63/2011) determina que “Desde que não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros” já a lei brasileira de arbitragem (Lei nº 0.307/1996), também em seu artigo 1º que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, observe que a lei brasileira se limita, este artigo, a esclarecer que as partes contratantes de uma arbitragem devem ser pessoas físicas capazes e jurídicas devidamente representadas, além de determinar que o objeto do litígio deve estar no rol de bens patrimoniais disponíveis. Por outro lado, a lei de arbitragem voluntária portuguesa clarificou no seu artigo primeiro, desde já, que além de serem as partes capazes, o objeto ser direitos patrimoniais disponíveis ou que não sejam de interesse patrimonial mas que possam ser transacionados.

arbitragem, atribuírem à terceiros, particulares como elas, destituídos de qualquer *jus imperii*<sup>10</sup>, o poder de resolver os litígios. Ocorre que o tribunal arbitral exerce atividade jurisdicional<sup>11</sup> e não judicial e esse é o ponto chave do presente trabalho.

Apesar de os tribunais arbitrais estarem destituídos de *jus imperii* isso não quer significa que o árbitro não possa decretar providências cautelares. É nesse momento que o tribunal estadual será convocado<sup>12</sup>, mas não para intervir efetivamente. Não competirá ao tribunal estadual intervir para decidir mérito ou atuar efetivamente na arbitragem, apenas atuará como mero ator coadjuvante, como um auxiliar cuja ajuda é solicitada quando e se necessária e se for necessário.

Quando convidado para auxiliar no processo arbitral, o tribunal estadual atuará de duas formas: no apoio ao processo arbitral e no controle do processo arbitral. Nessa esteira, constitui o apoio do tribunal estadual ao processo arbitral a intervenção para obtenção e provas, para nomear um árbitro ou substituí-lo, na nomeação do presidente do tribunal arbitral e na execução das medidas cautelares decretadas pelo tribunal arbitral. Por outro lado, o tribunal estadual também será avocado para realizar o controle da legalidade do tribunal arbitral por meio de anulação e recurso da sentença arbitral, do reconhecimento e execução da sentença arbitral e para responsabilização civil dos árbitros.

### 3. APOIO AO PROCESSO ARBITRAL

#### 3.1. Obtenção de provas

A falta do *jus imperii* do tribunal arbitral o impede de exigir coercitivamente de uma das partes as provas que se saiba estejam em seu poder e que por alguma razão

---

<sup>10</sup> Antes na formação do Estado necessário, O Leviatã, inexistia um ente que pudesse solucionar os conflitos individuais. A vingança privada, a autotutela era a forma de solução das querelas. Com o surgimento do Estado, através do contrato social, e o Estado chamou para si o *jus punitionis* que decorre da soberania e autoridade que lhe são conferidas pelos seus geridos através desse próprio contrato social.

<sup>11</sup> “Atividade judicial é típica do Poder Judiciário. Trata-se de qualificar, portanto, atos praticados pelos juízes, estes sempre estatais. Por isso mesmo, nem sempre os atos jurisdicionais são judiciais” CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre juízes e os árbitros. **Arbitragem**: Revista do Advogado, São Paulo, n. 51, p.17-24, out. 1997.

<sup>12</sup> “*Since arbitrators lack imperium, their procedural injunctions are less effective than those to the courts. As a result it is sometimes necessary to apply to the courts to seek enforcement of an arbitral tribunal’s order.*” FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International Commercial Arbitration**. Boston/London: Kluwer Law International, 1999. P. 697.

escusa ou alheia ao tribunal esta parte se recuse em entrega-la. O tribunal arbitral, pode, antes de qualquer outra intervenção externa, aplicar *astreintes*<sup>13</sup> com fincas de compelir a parte em cooperar. No Brasil e em Portugal, há o entendimento de que o tribunal arbitral pode, inclusive, rever *astreintes* aplicadas por um tribunal judicial para majorar ou minorar o valor da sanção<sup>14</sup>. Além disso, pode o tribunal retirar as “inferências adversas”<sup>15</sup> como mecanismo de pressão e de assegurar poder ao tribunal sobre as partes.

Sob a ótica de que a arbitragem é voluntária, não é plausível que uma das partes se recuse a colaborar com a produção de provas e, por haver o ânimo de acordar voluntariamente, as partes já apresentam o rol de provas que desejam que sejam apreciadas pelo tribunal arbitral. Por isso, o que é mais comum de ocorrer é que a prova esteja em posse de terceiro não vinculado à convenção de arbitragem.

A possibilidade do tribunal estadual ou judicial colaborar com o pedido do árbitro está devidamente prevista no artigo 27º da Lei Modelo desde a sua redação de 1985<sup>16</sup>. Entretanto, a Lei Modelo prevê uma limitação territorial para se solicitar a assistência aos tribunais estaduais, em termos de arbitragem estrangeira. Apesar disso, a solicitação da assistência fica limitada somente aos casos em que o local da arbitragem

---

<sup>13</sup> Que corresponde à sanção pecuniária compulsória no direito português e brasileiro. Nesse sentido também ver a posição de FOUCHARD; GAILLARD e GOLDMAN que veem a possibilidade de aplicação de penalidades à parte que se recusa a colaborar com o processo arbitral. Vide FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN. Op. cit., 697 e 698.

<sup>14</sup> Nesse sentido Processo AI 20364461720138260000 SP 2036446-17.2013.8.26.0000. Relator: Tasso Duarte de Melo. V O T O Nº 12354 - *AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARBITRAGEM. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ASTREINTES*. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126305150/agravo-de-instrumento-ai-20364461720138260000-sp-2036446-1720138260000/inteiro-teor-126305158?ref=juris-tabs> o mesmo entendimento tem se verificado nos tribunais portugueses. Processo 1546/15.1YRLSB-1. Relator: MARIA DO ROSÁRIO GONÇALVES. Descritores: *TRIBUNAL ARBITRAL - SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA – COMPETÊNCIA*. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/E194B65F6A3C182580257F410032A72D>.

<sup>15</sup> “(...) Arbitrators faced with a party refusing, for no valid reason, to comply with their order to disclose certain documents can also ‘draw all necessary inferences’ from that refusal and thus effectively penalize that party in their award on the merits.” FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN. Op. cit., p. 697. . No mesmo sentido, Manuel Barrocas cujo entendimento é de que “o árbitro tem, obviamente, a faculdade de apreciar a falta de cooperação injustificada da parte como melhor entender” BARROCAS, Manuel Pereira. A prova no processo arbitral. In IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Centro de Arbitragem Comercial, Coimbra, Almedina, 2011, p. 157.

<sup>16</sup> O texto do artigo 27º da Lei Modelo em 1985 determinava que “O tribunal arbitral, ou uma das partes com a aprovação deste tribunal, pode solicitar auxílio na obtenção de provas a um tribunal competente do presente Estado. O tribunal pode responder à solicitação nos limites das suas competências e de acordo com as suas próprias regras relativas à obtenção de provas. ” MACEDO, Joaquim Sheaman de. Assistência dos tribunais estaduais na obtenção de prova em arbitragem internacional. In: ANTÓNIO VIEIRA DA SILVA. Centro de Arbitragem Comercial. **VIII Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa**: (Centro de Arbitragem Comercial). Coimbra: Almedina, 2015. p. 63-76.

“faça parte do território do Estado da lei de arbitragem, circunscrevendo a assistência a prestar às arbitragens *sediadas no país do tribunal estadual solicitado*<sup>17</sup>.”

A Lei Modelo deixou à cargo dos países fazerem uma interpretação evolutiva do artigo e aplicar em seu ordenamento jurídico a possibilidade ou não de uma assistência dos tribunais estaduais à arbitragem transnacional, conforme o que determina as suas legislações internas sobre arbitragem.

A Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa, apesar de ter se inspirado na Lei Modelo, ampliou a possibilidade de colaboração e assistência dos tribunais estaduais ao atenderem as solicitações das arbitragens estrangeiras, desde que o pedido de prova corresponda com os meios de prova admitidos na legislação interna ou sejam semelhantes.

De acordo com a LAV, qualquer parte pode pedir ao tribunal arbitral que solicite ao órgão judicial auxílio para a obtenção de prova. A legitimidade para requerer a assistência aos tribunais estaduais é da parte interessada, mas o seu requerimento deverá passar pelo crivo dos árbitros quanto à necessidade e utilidade da prova que será produzida para o deslinde do caso apreciado.

A Lei Modelo no artigo 27º não expressa os critérios<sup>18</sup> que deverão ser seguidos para que se autorize ou não a solicitação de provas ao tribunal estadual, deixando à legislação arbitral interna decidir quanto a esses critérios.

A LAV exige que haja uma recusa inicial de uma das partes para que o pedido seja apreciado e que mediante esta recusa a outra parte se manifeste pela assistência. Já a lei de arbitragem brasileira, no artigo 22 –C<sup>19</sup>, é omissa quanto um critério para a solicitação.

---

<sup>17</sup> MACEDO, Joaquim Sheaman de. Op. cit., p. 66.

<sup>18</sup> Segundo Joaquim Macedo, levando em consideração as legislações em arbitragem de outros países, são três os critérios para deferimento da solicitação de provas aos tribunais estaduais, quais sejam 1) critério da necessidade, 2) critério da relevância e 3) critério da subsidiariedade. Segundo o critério da necessidade deve haver um motivo justificado para o deferimento da solicitação; são exemplos de leis internas que elegem o critério da necessidade implícito a Lei modelo, a §1050 ZPO Alemão. Pelo critério da relevância o tribunal pode verificar se a prova que se pretende produzir através da assistência existe utilidade para o processo arbitral. Este nível de intervenção não é muito apreciado pela arbitragem internacional, pois constitui uma forma de controle de mérito exógeno. Esse critério é aplicado pelos tribunais norte-americanos. O critério da subsidiariedade é aplicado em conjunto com o critério da necessidade pela Lei de Arbitragem Inglesa. MACEDO, Joaquim Sheaman de. Op. cit., p. 70-72.

<sup>19</sup> “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.” Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

No tocante à possibilidade de o tribunal arbitral solicitar oficiosamente a produção de provas, o artigo 27º da Lei Modelo<sup>20</sup> admite que seja feita essa solicitação direta e oficiosamente para o tribunal estadual pelo tribunal arbitral, entretanto, a LAV e a lei de arbitragem brasileira não têm nenhum dispositivo que corresponda ao artigo 27º da Lei Modelo, dessa forma, sendo as duas leis arbitrais omissas, poderão aplicar as normas processuais internas<sup>21</sup> e a Lei Modelo da UNCITRAL.<sup>22</sup>

As provas que o tribunal arbitral deseja que sejam produzidas através do auxílio do tribunal estadual serão as por todos os meios de prova admitidos em direito<sup>23</sup> e em conformidade com a ordem pública interna de cada país.

Se o pedido de assistência a uma arbitragem sediada no estrangeiro for relativo aos meios de prova desconhecidos ou inadmissíveis dentro do ordenamento jurídico interno, o tribunal estadual poderá ordenar que se produzam meios de prova semelhantes e compatíveis aos solicitados<sup>24</sup>.

O tribunal estadual competente em Portugal para receber o pedido de assistência é o tribunal judicial da 1ª instância ou o tribunal administrativo de círculo.

Na lei de arbitragem brasileira a assistência do tribunal estadual tem amparo no artigo 22 –C da Lei de arbitragem e denomina-se carta arbitral cuja a competência para conhecer ou determinar a sua execução é do Superior tribunal de Justiça (STJ). O código de processo civil brasileiro de 2015 prevê a possibilidade de execução da carta arbitral no artigo 237, inciso IV<sup>25</sup> pelo órgão judicial interno.

---

<sup>20</sup> “O tribunal, ou uma das partes com a aprovação deste, pode solicitar auxílio na obtenção de provas a um tribunal competente do presente Estado (...).” Artigo 27º da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional.

<sup>21</sup> VICENTE, Dário MOURA et al. (orgs.) Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, 3.ª ed., Almedina, Coimbra. 2017. P 121.

<sup>22</sup> Segundo António Sampaio Caramelo, ” no art. 27 da Lei Modelo, como no §1050 da Lei Alemã e no art. 33 (1) da Lei Espanhola, prevê-se que a assistência do tribunal judicial na obtenção de provas pode ser solicitada, direta e oficiosamente, pelo tribunal arbitral. Por influência do art. 18ª da LAV de 1986 que praticamente reproduziu o nº 1 deste artigo faz, contudo, depender a intervenção do tribunal estadual de um requerimento da parte interessada. ” CARAMELO, António SAMPAIO. Direito da Arbitragem: Ensaios, Almedina, Coimbra. 2017, p. 209.

<sup>23</sup> Diferentemente do artigo 18º, número 1 da LAV de 1986 que, nas palavras do Dr. Barrocas, “Todos os meios de prova admitidos em Direito são utilizáveis em arbitragem. A LAV (de 1986) diz isso de uma forma elucidativa, segundo ele (Barrocas) “embora (o artigo 18ª) expressando-se defeituosamente porque refere-se a meios de prova admitidos pela lei de processo civil, quando é certo que, como se viu, os meios de prova no direito português estão contidos num diploma – o Código Civil – que não constitui lei adjectiva” BARROCAS, Manuel Pereira. Manual de Arbitragem, 2ª ed., Revisto e Atualizado, Almedina, Coimbra.

<sup>24</sup> CARAMELO, António SAMPAIO. Op. Cit., 209-210.

<sup>25</sup> Art. 237. Será 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 âmbito da produção de provas em arbitragem estrangeira, é inevitável que se tenha alguma influência da arbitragem doméstica e dos sistemas processuais internos. Essa influência consiste em uma carga de diferenças nas práticas processuais que são trazidas pelas partes que pertencem aos sistemas de *civil law* ou *common law*<sup>26</sup>.

Essa diferença que se percebe nas arbitragens internacionais quando se compara os sistemas de *cível law* e *common law* que é designado comumente de *great divide*. O *great divide* é mais evidente em matéria de produção de provas e percebe-se isso quando se compara os mecanismos de produção de provas entre os sistemas acima mencionados. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a possibilidade de se trazer ao processo um rol probatório é mais alargado e pode ser objeto do *Discovery* qualquer material probatório que se enquadre dentro do princípio da razoabilidade<sup>27</sup> daquele país.

Já no sistema inglês não há propriamente um *Discovery*, mas recorrem ao *disclosure* no qual as partes têm o dever de apresentar de antemão todas as provas necessárias e relevantes para a solução do caso onde também deverá seguir os critérios de razoabilidade que se adequará ao caso concreto.

Pelo princípio da razoabilidade a produção de provas no sistema de Common Law, se reveste de uma natureza dinâmica e pode se materializar no número de documentos que poderão ser relevantes, do acesso das partes a estes documentos, bem como se são necessários à solução do caso devido a sua complexidade<sup>28</sup>.

Nos sistemas continentais, a solicitação de produção de provas é mais limitada que no sistema anglo-saxão, pois não somente se exige a identificação da prova que se deseja produzir, mas deve-se justificar a necessidade e relevância da prova que se pretende produzir para a solução do litígio.

Produzidas as provas, caberá ao tribunal arbitral a sua apreciação, bem como se a utilizará como meio para fundamentar o seu convencimento ao analisar o caso que lhe foi entregue para decidir conforme o seu livre convencimento, de acordo com a sua análise das evidências produzidas<sup>29</sup>, pois o árbitro não fica vinculado à prova produzida, bem como não está obrigado a decidir com base no que foi provado.

---

<sup>26</sup> LOUSA, Nuno Ferreira. Op. cit., 48.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>28</sup> Idem, p. 49, nota de rodapé.

<sup>29</sup> Conforme esclarece Mauro Rubino-Sammartano “ *in international arbitration, the arbitrator generally has much more latitude than judges in court proceedings, As will be discussed later in more detail, the arbitrator is generally free to decide how to administer the evidence*” RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. Submitting and Presenting Evidence. In: CENTER FOR INTERNATIONAL LEGAL STUDIES

Nesse diapasão, o tribunal arbitral irá ponderar e sobrepesar a inconveniência e as desvantagens com os benefícios da solicitação de produção de provas.

### **3.1.1. Efeito negativo da produção de provas**

Sabe-se que os custos de uma arbitragem transnacional são altos e, por esse motivo, qualquer alteração em seu cronograma acarretará em oneração financeira para as partes. O recurso ao auxílio do tribunal estadual vai implicar em um atraso na marcha do processo arbitral e isso deve ser analisado e pesado pelos árbitros para averiguarem se o benefício esperado pela intervenção do tribunal estadual será compensatória em relação ao atraso e o prejuízo financeiro que essa solicitação poderá causar no andamento do processo arbitral<sup>30</sup>.

Pode uma das partes, sabendo dessa demora do andamento processual na justiça estadual, pretender recorrer ao meio com o intuito meramente dilatório da demanda arbitral. Dessa forma, cabe ao árbitro a responsabilidade de distinguir se a solicitação de uma diligência tem cunho meramente protelatório por qualquer razão que seja.<sup>31</sup>

Por outro lado, a recusa de um árbitro em atender o pedido da parte para solicitar a produção de provas com o auxílio do tribunal estadual pode constituir um ato censurável grave. Se a prova era imprescindível para a resolução da causa e houve a recusa injustificada do árbitro em permitir à parte acesso ao tribunal estadual para a sua obtenção, nos termos do artigo 38º, nº 1, a sentença arbitral poderá ser anulada.<sup>32</sup>

### **3.2. Nomeação ou substituição de árbitro**

Ao escolher o árbitro ou os árbitros que irão presidir a arbitragem, o tribunal estadual evita os efeitos negativos devido a omissão das partes que podem refletir na marcha do processo arbitral<sup>33</sup>.

---

(Netherlands) (Ed.). **The Arbitration Process: The Comparative Law Yearbook of International Business.** Hague: Kluwer Law International, 2001. p. 179-188.

<sup>30</sup> CAMELO, António SAMPAIO. Op. Cit., 209-210.

<sup>31</sup> BARROCAS, Manuel Pereira. Op. cit., p. 147-174.

<sup>32</sup> Idem. p. 147 – 174.

<sup>33</sup> GERALDES, António Santos Abrantes. Assistência e cooperação dos Tribunais Judiciais aos Tribunais Arbitrais, em especial na produção de provas. In: CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL DA

Na Lei Modelo, o artigo 11º, nº 3, alínea a, determina-se que na falta de acordo entre as partes na nomeação dos árbitros o tribunal estadual ou outra autoridade competente, poderá ser chamado para nomear o árbitro, porém, para que o tribunal estadual intervenha para escolher o árbitro deve haver a provocação e uma das partes.

A LAV esclarece que, se uma das partes deixar de indicar os árbitros, o tribunal estadual poderá ser chamado para escolher os árbitros mediante provocação. Essa intervenção poderá ocorrer não só quando houver omissão pelas partes na escolha do árbitro, mas quando for necessária a sua substituição por falecimento, recusa ou impossibilidade permanente do árbitro para as funções à ele conferidas<sup>34</sup>.

Na lei brasileira, havendo o falecimento ou de impossibilidade de um árbitro e não houver previsão na convenção de arbitragem a possibilidade de substituição por outro árbitro, determina-se que o compromisso arbitral seja extinto<sup>35</sup>.

Geralmente as partes optam pela arbitragem pela possibilidade de escolher árbitros com conhecimento especializado na matéria que será objeto da demanda arbitral, por isso, convém ao tribunal estadual escolher o árbitro substituto de acordo com a *expertise* do mesmo, suas qualificações e experiência com a matéria que lhe será entregue para analisar e decidir.

O artigo 10º número 6 da Lei de arbitragem voluntária portuguesa, especifica que, em se tratando de arbitragem transnacional, convém nomear um árbitro de nacionalidade diferente da nacionalidade das partes para se garantir uma decisão imparcial e independente, ou seja, uma nacionalidade neutra.

O artigo supramencionado foi inspirado na Lei Modelo, artigo 11, alínea 5 e tem como escopo assegurar que a escolha do árbitro respeite os princípios da independência, da imparcialidade e da neutralidade.

Pelo princípio da neutralidade, no âmbito da arbitragem transnacional, ao menos o árbitro presidente não deve ter a mesma nacionalidade das partes ou mesmo a nacionalidade dos advogados das partes ou de uma nacionalidade “oriundas de culturas

---

ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE LISBOA (Org.). **VIII congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 53. Nesse sentido, ver também VICENTE, Dário MOURA et al. (org.) *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra. 2017. P 47 – 48.

<sup>34</sup> BARROCAS, Manuel Pereira. Op. cit., p. 147-174. No mesmo sentido ver GERALDES, António Santos Abrantes, p. 53; VICENTE, Dário MOURA, p. 51.

e civilizações muito diversas também se deve evitar que o presidente seja sensível a essa diversidade<sup>36</sup>”.

A legislação brasileira não tratará sobre a possibilidade de nomeação do árbitro pelo tribunal estadual, tendo em vista que normalmente as instituições arbitrais possuem árbitros que podem ser substituídos pelas partes, desde que se tenha previsto essa possibilidade na convenção, em analogia ao *pre-arbitral referee*, da CCI.

### **3.3. Nomeação do presidente do Tribunal Arbitral**

Na mesma esteira do tópico anterior, não havendo acordo entre os árbitros para a escolha do árbitro presidente, a escolha caberá ao tribunal estadual. A Lei Modelo no artigo 11, n° 3, impõe esta solução com fins de evitar a interrupção do processo arbitral. Contudo, esta escolha, que caberá ao presidente do tribunal da relação do lugar fixado na arbitragem no caso de Portugal,<sup>37</sup> não é de ofício, ou autônoma, deverá ser motivada pelo impulso de uma das partes.

A lei brasileira de arbitragem não prevê a intervenção do tribunal estadual para a nomeação dos árbitros ou do árbitro presidente, mesmo diante da omissão das partes na escolha. O intuito é manter a regularidade da marcha arbitral, evitando os transtornos de se parar o processo para invocar a intervenção externa e manter a autonomia das partes.

### **3.4. Execução de medidas cautelares decretadas por Tribunais Arbitrais**

As medidas cautelares são mecanismos de ordem prática e que exercem na arbitragem a função de conferir-lhe maior eficácia e dando ao árbitro autonomia para atuar no procedimento arbitral. A ausência do *jus imperii* ou poder coercitivo não impede que os árbitros façam jus desse mecanismo para alcançar um fim desejado, ainda que, para isso, haja uma colaboração da justiça estadual.

---

<sup>36</sup> VICENTE, Dário MOURA et al. (orgs.) Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra. 2017. P 51.

<sup>37</sup> NÁPOLES, Pedro Metello; COELHO, Carla Góes. A arbitragem e os tribunais estaduais: Alguns aspectos práticos. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Lisboa, v. 5, p.195-219, dez. 2012. P.203.

A intervenção do juízo comum nas arbitragens é exceção e a possibilidade desse auxílio na execução de medidas cautelares está previsto no artigo 5º da Lei Modelo da UNCITRAL. Contudo, as medidas cautelares nem sempre estiveram à disposição dos árbitros<sup>38</sup> e a sua inclusão no texto das leis arbitrais só foi efetivada em 2006, inspirados na Lei Modelo da UNCITRAL.

O texto da Lei Modelo de 1985 nada dispunha sobre a coercibilidade e o reconhecimento das medidas cautelares, somente previa a possibilidade de o árbitro decretá-las se não houvesse disposição contrária das partes.

Na mesma esteira da Lei Modelo de 1985, a LAV de 1986 nada dispunha sobre a coercibilidade e reconhecimento das medidas cautelares em seu texto. Apesar disso, a doutrina maioritária<sup>39</sup>, era favorável à decretação de medidas cautelares no âmbito do processo arbitral<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Que tinham como alternativa a possibilidade de “conceder medidas cautelares, não apenas através de sentenças provisórias (“*interim awards*”), mas também através de decisões interlocutórias, ordens ou resoluções” Born, Gary B. apud BARROSO, Joana Marina Pessoa Lopes Torrado, p. 20.

<sup>39</sup> Nesse sentido ver COSTA e SILVA, Paula. A arbitrabilidade de medidas cautelares. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 1, n. 63, p.211-235, mar. 2003; LIMA PINHEIRO, Luís de. A Arbitragem Transnacional – A determinação do estatuto da arbitragem, Almedina, 2005, p. 87 (nota de rodapé n.º 168); JÚDICE, José Miguel. As providências cautelares e a arbitragem: em que estamos? In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Almedina, Lisboa, 2011, vol. III; p. 657-679 e disponível em : [https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03\\_ARTIGOS\\_CONFERENCIAS\\_JMJ/01\\_Artigos\\_JMJ/As\\_Providencias\\_Cautelares\\_e\\_a\\_Arbitragem\\_Em\\_que\\_estamos.pdf](https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/As_Providencias_Cautelares_e_a_Arbitragem_Em_que_estamos.pdf), Acesso em 01 de Out. de 2018. José Miguel Júdice ao dar voz ao entendimento da posição da doutrina maioritária sobre a necessidade de inclusão das medidas cautelares no texto da Lei de Arbitragem Voluntária diz que “ argumenta-se que as partes, ao estabelecerem na convenção de arbitragem a competência dos árbitros para dirimir o litígio em causa, estarão desde logo a atribuir, também, implicitamente aos árbitros o poder para decretarem as respectivas medidas cautelares. Razão pela qual, a doutrina maioritária entende que os tribunais arbitrais poderão decretar providências cautelares, desde que: (i) tal tenha sido expressamente estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem; (ii) as referidas medidas cautelares tenham como destinatário uma das partes do processo arbitral; e (iii) a sua respectiva execução não envolva competências de natureza executiva ou o exercício de poderes de autoridade (ius imperii) – pois aí já seria necessário o recurso ao tribunal judicial.” (Grifos nossos).

<sup>40</sup> Nesse sentido: Tribunal da Relação de Lisboa de 18-09-2008 (proc. n.º 3612/2008- 8) que se pronunciou da seguinte forma: “Decorre da Lei 31/86, de 29/8, que, pese embora facultando-se às partes sujeitar a convenção de arbitragem quaisquer litígios não respeitantes a direitos indisponíveis, não têm os tribunais arbitrais (art. 30º cit. dip.) competência para a execução das suas próprias decisões. Limitação essa que se tem de interpretar como corolário do facto de, não detendo os referidos tribunais um verdadeiro jus imperii, não dispõem os mesmos de poderes de coerção. Por identidade de razão, e atenta a respectiva finalidade, solução paralela se deverá adoptar quanto à atribuição de competência para decretar procedimentos cautelares. Tanto mais quanto, traduzindo-se tais procedimentos na adopção de providências conservatórias ou antecipatórias, não têm os mesmos propriamente como objectivo resolver litígios, mas antes acautelar os direitos, cujo reconhecimento se visa na acção de que constituem dependência. Acresce que, revestindo necessariamente os procedimentos cautelares natureza urgente, essa urgência se não conciliaria, em termos práticos, com a demora inerente à constituição de um tribunal arbitral. De acordo com o entendimento seguido, em diversas decisões desta Relação, no tocante a situações similares (cfr. acs. de 20/4/2006 - P. 3041/2006-2 e 12/12/2002 - JTRL00046505, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), se haverá, assim, de concluir que, independentemente da competência para a acção respectiva, se acha o presente procedimento subtraído ao âmbito da jurisdição arbitral.” ALMEIDA, Joana Freire Pais de. Reconhecimento e execução coerciva de providências cautelares: Comentário ao

No contexto da União Europeia, desde a decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, numa sentença de 17 de Novembro de 1998, proferida no caso Van Huden (Rec. Ano 1998, I-7091)<sup>41</sup>, entendeu-se que os órgãos judiciais dos Estados membros poderiam decretar medidas cautelares com fundamento no art. 24º da Convenção de Bruxelas de 1968<sup>42</sup>, em apoio aos processos arbitrais<sup>43</sup>.

Com essa manifestação, em 1999, iniciou-se debates no contexto internacional sobre a admissibilidade das medidas cautelares no âmbito do processo arbitral e de sua execução por um tribunal estadual. Em sentido favorável pela inclusão dessas medidas no texto da Lei Modelo uma corrente doutrinária defendia que essas medidas seriam de suma importância para garantir a utilidade prática da arbitragem.

Uma segunda corrente advogava que não era necessário legislar sobre a coercibilidade das medidas cautelares pois entendiam que as partes praticavam os atos necessários voluntariamente e que em última instância as partes poderiam recorrer aos tribunais judiciais para obter as tutelas cautelares<sup>44</sup>.

Após vários debates, a Comissão da UNCITRAL compreendeu e reconheceu que a coercibilidade e execução das medidas cautelares decretadas pelos tribunais estaduais eram de grande relevância para que o procedimento arbitral fosse revestido de

---

artigo 27.º da Lei de Arbitragem Voluntária. **Lei de Arbitragem Voluntária Anotada Online**: Curso de Extensão Universitária em Arbitragem, Lisboa, p.1-46, mar. 2015. Disponível em: <<https://laboratorial.f.d.unl.pt/images/Pdfs/27LAV.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>41</sup> “Diz o acórdão: Em conformidade com o estabelecido no número 4. do parágrafo segundo do Artigo 1.º da Convenção, a arbitragem encontra-se excluída do seu âmbito de aplicação. Não obstante, importa assinalar sobre esta matéria que, em princípio, as medidas cautelares não visam introduzir-se em assuntos da competência dos árbitros, mas sim na adopção, paralelamente ao processo arbitral, de medidas destinadas a apoiá-lo. Com efeito, o objecto daquelas medidas não respeitam ao mérito da causa da arbitragem, mas sim à salvaguarda de direitos de natureza diversa. A sua aplicação no âmbito da Convenção é fundamentada, não pela sua natureza, mas sim pela natureza dos direitos cuja protecção garante. Por isso, é mister concluir que, relativamente ao decretamento de medidas cautelares, tal como em relação ao objecto da acção principal respectiva e desde que compreendidos no âmbito de aplicação material da Convenção, esta aplica-se e o seu artigo 24.º pode fundamentar a competência de um tribunal judicial para decretar medidas cautelares, quer quando já se tenha iniciado quer não o processo principal sobre o mérito do litígio e ainda que este processo principal deva decorrer perante árbitros.” BARROCAS, Manuel Pereira. Contribuição para a reforma da lei de arbitragem voluntária. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 67, Vol. I, 2007. Disponível em <https://portal.ao.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-pereira-barrocas-contribuicao-para-a-reforma-da-lei-de-arbitragem-voluntaria/>. Acesso em 02 de out. de 2018.

<sup>42</sup> Artigo 24. “As medidas provisórias ou cautelares previstas na lei de um Estado contratante podem ser requeridas às autoridades jurisdicionais desse Estado, mesmo que, por força da presente Convenção, em órgão jurisdicional de outro Estado contratante seja competente para conhecer do fundo”. Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em matéria civil e comercial /\* Versão consolidada CF 498Y0126(01) \* Disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927(01)&from=PT) Acesso em 02 de out. de 2018.

<sup>43</sup> BARROCAS, Manuel Pereira. Op. cit. p. 241 – 245.

<sup>44</sup> ALMEIDA, Joana Freire Pais de. Op.cit. p. 6.

maior eficácia prática. Diante desse entendimento, em 2006 a Lei-Modelo da UNCITRAL passou a prever a coercibilidade das medidas cautelares nos artigos 17º A ao 17º J e nos artigos 35º e 36º.

Antes disso, já no artigo 9º a Lei Modelo deixa clarificado que o pedido de aplicação de medidas cautelares não é incompatível com a convenção de arbitragem, ainda que esta não as tenham previsto. Isso porque raramente as partes se manifestavam sobre as medidas cautelares na convenção de arbitragem e os árbitros ficavam sem poderes para atuar e dar mais eficácia ao procedimento<sup>45</sup>.

No artigo 17º da Lei Modelo prevê expressamente a possibilidade de o árbitro decretar medidas cautelares para serem cumpridas com a colaboração do tribunal estadual, salvo disposição das partes em contrário<sup>46</sup>, esse artigo inspirou mudanças nas leis de arbitragem de vários países que antes não permitiam que fosse decretado pelo árbitro medidas cautelares na arbitragem transnacional ou doméstica (interna).

Somente após cinco anos das alterações trazidas pela lei Modelo da UNCITRAL, em 2006, que a LAV modificou o seu texto para admitir a possibilidade de o árbitro decretar a medida cautelar. O artigo 20º da LAV reproduz o artigo 17º da Lei Modelo da UNCITRAL, contudo, limitou o pedido de medidas cautelares ao impulso das partes e a audição da outra contraparte (artigo 20º, nº 1).

Nesse ponto, o que diferenciara a LAV da Lei Modelo é a necessidade de audição da parte requerida que garante o contraditório e permite a parte requerida cumprir a medida voluntariamente.

Por esse dispositivo, o tribunal arbitral fica autorizado a decretar as medidas cautelares necessárias para alcançar o fim desejado<sup>47</sup>, seguindo o impulso da parte solicitante, mas, não poderá decretá-lo para além do pedido da parte requerente, ou seja, não poderá atuar de forma que gere efeitos mais gravosos para o requerido do que aqueles que resultariam do decretamento da medida cautelar nos termos do pedido da parte<sup>48</sup>. Da mesma forma, cabe ao tribunal analisar se o pedido da parte para decretar a

---

<sup>45</sup> BARROCAS, Manuel Pereira. Op. cit. p. 241 – 245.

<sup>46</sup> Essa ressalva permaneceu no texto da LAV de 2006.

<sup>47</sup> Segundo José Miguel Júdece, “nos termos do artigo 20º, nº 1 da LAV, o tribunal arbitral só pode decretar medidas cautelares quando isso lhe seja pedido por uma parte. No entanto, daqui não poderá inferir-se que o tribunal arbitral tenha de decretar a concreta medida cautelar que é requerida pela parte. É esse o sentido que se retira do preceito em análise, ao estabelecer que o tribunal arbitral pode decretar as providências cautelares que considere necessárias. O que importa aqui é que a providência decretada seja adequada a acautelar o direito ameaçado e assegure pelo menos uma das finalidades previstas nas alíneas a) a d) do nº 2.” JÚDICE, José Miguel. Op. Cit., p. 663.

<sup>48</sup> JÚDICE, José Miguel. Op. Cit., p. 663.



medida acautelatória é necessário e adequado para garantir o direito que se deseja proteger.

A lei de arbitragem brasileira já em 1996 previa a possibilidade de decretação de medidas cautelares pelo árbitro e também a sua execução pelo tribunal estadual, sendo vanguardista ao prever a decretação de medidas cautelares quando a maioria das leis de arbitragens internacionais não a previam.

Nesse contexto, o pedido de uma medida cautelar por uma parte será analisado pelo árbitro que a decreta e o juiz do tribunal estatal somente executará a providência deferida pelo árbitro sem exercer qualquer nova análise sobre o pedido da parte. A lei brasileira de arbitragem determinou que a competência para proferir a medida provisória é o árbitro que solicita à justiça estadual a sua execução.

Durante todo o processo arbitral está evidenciada a autonomia do árbitro para ordenar providências de urgência, medidas cautelares preparatórias ou incidentais e ainda as tutelas antecipatórias, caso seja pertinente à solução do litígio.<sup>49</sup>

Com a alteração da Lei de arbitragem brasileira pela Lei 13.129/15 (Lei de Processo Civil brasileiro), está previsto a possibilidade de uma das partes solicitarem ao tribunal estadual medidas cautelares antes mesmo que se tenha instaurado o processo arbitral<sup>50</sup> para fins de, por exemplo, resguardar uma prova ou depositar um bem que venha ser futuramente objeto de execução.

O que se exige para a manutenção da medida é que seja constituído o tribunal arbitral dentro do prazo de 30 dias. Se por ventura, for constatado que não foi constituído o tribunal arbitral o juiz da justiça comum revogará a ordem que decretou a medida não havendo prejuízos para a parte requerida<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> BENETI, Sidnei. Arbitragem e a tutela de urgência. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXVI, n. 87, p.100-108, set. 2006. P. 103.

<sup>50</sup> VICENTE, Dário MOURA et al. Op. cit., p. 80.

<sup>51</sup> Nesse sentido a jurisprudência brasileira:

**AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA ARBITRAL. PRINCÍPIO DO KOMPETENZ-KOMPETENZ E A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL.** Trata-se de medida cautelar visando ao efeito suspensivo de agravo em recurso especial interposto no curso da ação anulatória de sentença arbitral. O requerente alega periculum in mora decorrente da instauração de novo procedimento arbitral com idêntica finalidade a do anterior sub judice, ainda não transitado em julgado, implicando pagamento de novas despesas a título de taxa de administração da arbitragem e honorários de árbitros. Segundo o STJ, o Princípio de kompetenz-kompetenz atribui poderes ao juízo arbitral para analisar sua própria competência, devendo as discussões acerca da validade e eficácia de cláusula compromissória ser resolvidas por juízo arbitral. Por fim, o perigo de dano em relação à necessidade de despendir montante necessário ao pagamento das despesas para instauração de novo procedimento arbitral não se mostra grave o suficiente para afastar a exigência de que o recurso especial se mostre viável. STJ – Medida Cautelar nº 24.483/SP.

Essa possibilidade veio de orientações da jurisprudência brasileira, como o exemplo do Recurso Especial Nº 1.297.974 – RJ<sup>52</sup> que decidiu sobre a possibilidade da parte requerer ao tribunal estadual medida cautelar antes mesmo que houvesse sido constituído o tribunal arbitral, em consonância com o que dispõe o artigo 22-A da Lei de Arbitragem brasileira<sup>53</sup>.

A jurisprudência e doutrina brasileira estavam alinhados no sentido de que havia uma necessidade dos tribunais estaduais colaborarem com o procedimento arbitral mesmo antes dele se constituir e sem prejuízo nenhum para a cláusula compromissória ou poder dos árbitros<sup>54</sup> para que o fim prático da arbitragem não fosse obstruído pela omissão do tribunal estadual.

Não obstante, deferindo ou não o pedido de medida cautelar ou de urgência, assim que a arbitragem estiver instituída o juiz estatal entrega a competência ao árbitro tudo que fora feito no âmbito estatal para que, querendo, mantenha, cancele ou altere a medida, de acordo com o caso e com a sua análise<sup>55</sup>.

As medidas cautelares estrangeiras cujo cumprimento deverá ser realizado no Brasil terá, por analogia, o tratamento dispensado ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. O STJ entende que a sentença estrangeira não terá eficácia no

---

<sup>52</sup> Recurso Especial Nº 1.297.974 – RJ. Disponível em [http://www.adambrasil.com/wp-content/uploads/2015/08/voto\\_ministra\\_nancy\\_andrighi\\_stj\\_cautelar\\_arbitragem.pdf](http://www.adambrasil.com/wp-content/uploads/2015/08/voto_ministra_nancy_andrighi_stj_cautelar_arbitragem.pdf).

Processo C-391/95 - Van Uden Maritime BV, agindo sob a denominação de Van Uden Africa Line contra Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e o. Convenção de Bruxelas - Cláusula de arbitragem - Pagamento a título provisório - Conceito de medidas provisórias. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0391>>. “Cinge-se a lide a determinar os limites da competência dos juízos estatal e arbitral para apreciação de medidas cautelares tendo por objeto questão sujeita a arbitragem, presente a peculiaridade de que, no ato de ajuizamento da ação judicial, ainda não havia a constituição do Tribunal Arbitral, formado somente após a prolação da sentença, mas antes do julgamento da apelação.” (Grifos nossos).

<sup>53</sup> Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

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

<sup>54</sup> Como salienta Sidnei Beneti após 10 anos da implantação da arbitragem no Brasil “como jurisdição convencional ao lado da jurisdição estatal, constata-se eu as espécies jurisdicionais não podem, contudo, viver uma sem a outra. A experiência mostra que o Estado não consegue oferecer órgãos jurisdicionais suficientes ao julgamento de todas as lides ocorrentes na sociedade. (...) E jamais a jurisdição convencional, em qualquer de suas formas, prescindir do sustentáculo da jurisdição estatal, que lhe garanta firmeza e efetividade, sobretudo quando da necessária submissão do patrimônio do devedor na execução, ou da realização de medidas de urgência dotadas de força, como a busca e apreensão para garantia de prova na jurisdição convencional – aqui se ubicando as medidas de urgência da jurisdição convencional que se realizam, forçosamente, por intermédio da jurisdição do Estado, especialmente, entre nós, ante o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, inserido como cláusula pétrea na Constituição (CF, art. 5º, XXXV)” BENETI, Sidnei. Op. cit., p. 101.

<sup>55</sup> Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

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

Brasil sem a prévia homologação pelo STJ ou por seu Presidente, inobstante o seu conteúdo<sup>56</sup>, ainda que o Brasil tenha incorporado a Convenção de Nova York ao ordenamento jurídico brasileiro em 2002.

A maioria dos países apresentam, em síntese, algumas características gerais das medidas cautelares com relação à sua finalidade da medida cautelar, quais sejam:

1. Assegurar a posterior execução do laudo arbitral;
2. Assegurar a eficácia do procedimento arbitral (por exemplo, a conservação da prova);
3. Regular uma relação jurídica (por ex., impondo uma conduta de ação ou de omissão a uma das partes, ou seja, uma obrigação *non facere*);
4. Determinar o início da execução prévia e provisória de um crédito (por ex., através da apreensão de bens).<sup>57</sup>

Relativamente aos requisitos genéricos de concessão das medidas cautelares, são eles idênticos aos dos tribunais judiciais, isto é, a urgência, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris* e, como dito anteriormente, o árbitro analisará tanto os requisitos de necessidade e utilidade da medida como os genéricos de *periculum in mora* e *fumus boni juris*. Essa análise do árbitro dispensa nova análise do juiz da justiça comum, que somente cumprirá a sua solicitação.

#### **4. DISPENSA DO APOIO DO TRIBUNAL ESTADUAL**

A maior parte das solicitações de apoio que o tribunal arbitral realizada para o tribunal estadual tem como objeto a proteção de provas, medidas cautelares para evitar que as provas sejam destruídas ou o depósito de um bem à um depositário fiel.

Contudo, há uma relutância dos árbitros em encaminhar os pedidos para o tribunal estadual, inicialmente para manter a autonomia do processo arbitral em relação ao poder judiciário. Em segundo, os valores dispensados com a arbitragem, principalmente no tocante à arbitragem comercial internacional são de ordem vultuosa e encaminhar uma solicitação para a justiça comum significa onerar mais ainda a arbitragem e na possibilidade de onerar ainda mais o processo as partes preferem a

---

<sup>56</sup> Vide :CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 132.088 - SP (2014/0000338-1).

<sup>57</sup> BARROCAS, Manuel Pereira. Op.cit. p. 241 – 245.

realização de um acordo, notadamente quando se trata de arbitragem que envolva comércio internacional.

Por outro lado, o Centro de Disputas da Câmara de Comércio Internacional elaborou um regulamento interno para analisar questões urgentes e decretação de medidas cautelares antes mesmo da constituição do tribunal arbitral. Trata-se do “*Pre-Arbitral Referee*” (jugador/neutro pré-arbitragem)<sup>58</sup>. Dessa forma, grande parte das determinações serão resolvidas no próprio CCI e não será encaminhada ao poder judiciário.

Pelo *pre-arbitral referee*, um árbitro é escolhido pelas partes, ou pode ser o presidente da corte que irá ordenar as medidas cautelares antes que o tribunal arbitral seja composto. As regras do *pre-arbitral referee* estão disponíveis para as partes desde 1º de janeiro de 1990 e a CCI sugere a cláusula que determina que as partes se vinculem ao procedimento pré-arbitral da CCI e conseqüentemente às suas regras<sup>59</sup>.

As medidas aplicadas pela CCI para solucionar as questões urgentes sem que necessite de uma colaboração do poder judiciário não se justifica somente pela oneração do processo, mas também para evitar intervenção externa no processo arbitral.

Se no país onde se deseja a execução da medida não houver previsão da referida medida na lei do país, ou em uma convenção internacional que o vincule, a medida não será executada no país em que se pretende seja executada a medida cautelar<sup>60</sup>.

Ainda que a solução seja a aplicação por analogia da Convenção de Nova York quanto o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e, antes de outro mecanismo, a aplicação do artigo 17º da Lei Modelo da UNCITRAL, que em matéria de medidas cautelares segue as condições da referida convenção para o reconhecimento em outro país, os árbitros evitam esta situação pelos motivos acima já elencados e pelo motivo de os árbitros não estarem habituados à legislação do país em que se deseja a execução das medidas.

Pois bem, ainda que assim seja, vale a máxima de quem pode o mais pode o menos. Ou seja, se a Convenção de Nova York pretende assegurar a eficácia internacional da sentença arbitral, não faz sentido que as medidas cautelares não possam

---

<sup>58</sup> As regras do “*Pre-Arbitral Referee*” podem ser encontradas no site da ICC: [www.iccarbitration.org](http://www.iccarbitration.org).

<sup>59</sup> “Any party to this contract shall have the right to have recourse to and shall be bound by the pre-arbitral referee procedure of the International Chamber of Commerce in accordance with its Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure” Disponível em < <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/pre-arbitral-referee/>> Acesso em 02 de out. De 2018.

<sup>60</sup> BARROCAS, Manuel Pereira. Op. cit., 241 – 245.

ser também executadas por serem integrantes dos propósitos e do espírito da sentença arbitral sob a ótica finalista.

Mesmo os doutrinadores e árbitros se manifestam no sentido de evitar de todos os modos a solicitação de colaboração dos tribunais estaduais<sup>61</sup>.

Por fim, diante das dificuldades apresentadas e da realidade da arbitragem internacional apresenta, cabe ao árbitro analisar o pedido de colaboração ao tribunal estadual e diante de sua análise verificar a necessidade real e utilidade do que se deseja para o processo arbitral.

Certo é que o desiderato dos árbitros é que se resolva o máximo que puder dentro do círculo arbitral evitando a intervenção de fatores externos, mas se essa colaboração for inevitável, que se respeite os princípios basilares do instituto da arbitragem, promovendo a sua autonomia e independência.

## 5. CONCLUSÃO

O apoio, aliás colaboração, resume o que se espera do tribunal estadual quando for convidado para ingressar rapidamente e como mero figurante no processo arbitral e essa atuação não se trata de uma atividade fulcral, ou que sem esta atuação o processo arbitral não seguiria o seu cortejo ou encerraria subjugado. Certo é que esta colaboração será solicitada pois consiste em um “*coringa*” da arbitragem por estar destituída do *jus imperii*.

É importante salientar que a inclusão da possibilidade dos árbitros solicitarem a colaboração do tribunal estadual seja na Lei Modelo da UNCITRAL, na LAV ou na legislação brasileira referente à arbitragem, constitui o reconhecimento de que a arbitragem possui funções complementares e não concorrentes com a justiça comum, privilegiando a autonomia das partes e a independência privada.

A assistência do tribunal estadual ao tribunal arbitral é eficaz no sentido de que subtraído do poder coercitivo, o árbitro encontra no tribunal estadual o mecanismo

---

<sup>61</sup> Miguel Almada nesse sentido defende que “o sistema mais adequado será o que dotar o processo arbitral dos meios necessários para resolvê-lo, em si, o maior número de questões possível e reduzir as intervenções dos tribunais estaduais em arbitragem ao mínimo indispensável, em termos quantitativos e qualitativos. ” ALMADA, Miguel Olazabal de. A Assistência (Aliás, Colaboração) dos Tribunais Estaduais em Processos Arbitrais – Algumas Propostas para Reflexão in Favor Arbitratis. In: V Congresso de Arbitragem Comercial – Intervenções, Coimbra, Almedina, p. 55 a 77. 2009. P. 59.



capaz de obrigar uma parte ou um terceiro a agir conforme a necessidade do processo arbitral por meio da coercibilidade.

A assistência, quando inevitavelmente necessária, será compensatória para a arbitragem e quando no caso concreto o árbitro verificar que essa “intervenção” é fulcral para a solução do litígio e é comum que os árbitros tentem manter todo o andamento arbitral independentemente do tribunal estadual solicitando a colaboração em casos extremamente necessários para o desenvolver e conseqüentemente chegar ao resultado final do processo arbitral.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALMADA, Miguel Olazabal de. A Assistência (Aliás, Colaboração) dos Tribunais Estaduais em Processos Arbitrais – Algumas Propostas para Reflexão in Favor Arbitratis. In: V Congresso de Arbitragem Comercial – Intervenções, Coimbra, Almedina, p. 55 a 77. 2009.

ALMEIDA, Joana Freire Pais de. Reconhecimento e execução coerciva de providências cautelares: Comentário ao artigo 27.º da Lei de Arbitragem Voluntária. **Lei de Arbitragem Voluntária Anotada Online**: Curso de Extensão Universitária em Arbitragem, Lisboa, p.1-46, mar. 2015. Disponível em: <<https://laboratorioral.fd.unl.pt/images/Pdfs/27LAV.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001. 230 p. (Coleção obra-prima de cada autor). Tradução: Torrieri Guimarães.

ARMANDO MARQUES GUEDES (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. Coimbra: Coimbra, 2013. V. II. p. 675-701.

BARROCAS, Manuel Pereira. Contribuição para a reforma da lei de arbitragem voluntária. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 67, Vol. I, 2007. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-pereira-barrocas-contribuicao-para-a-reforma-da-lei-de-arbitragem-voluntaria/>. Acesso em 02 de out. de 2018.

\_\_\_\_\_. Manual de Arbitragem, 2ª ed., Revisto e Atualizado, Almedina, Coimbra.

BENETI, Sidnei. Arbitragem e a tutela de urgência. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXVI, n. 87, p.100-108, set. 2006.



CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre juízes e os árbitros. **Arbitragem:** Revista do Advogado, São Paulo, n. 51, p.17-24, out. 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ana Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COSTA e SILVA, Paula. A arbitrabilidade de medidas cautelares. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 1, n. 63, p.211-235, mar. 2003.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International Commercial Arbitration**. Boston/London: Kluwer Law International, 1999.

GERALDES, António Santos Abrantes. Assistência e cooperação dos Tribunais Judiciais aos Tribunais Arbitrais, em especial na produção de provas. In: CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL DA ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE LISBOA (Org.). **VIII congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2015.

LIMA PINHEIRO, Luís de. A Arbitragem Transnacional – A determinação do estatuto da arbitragem, Almedina, 2005, p. 87 (nota de rodapé n. ° 168); JÚDICE, José Miguel. As providências cautelares e a arbitragem: em que estamos? In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Almedina, Lisboa, 2011, vol. III; p. 657-679 e disponível em : [https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03\\_ARTIGOS\\_CONFERENCIAS\\_JMJ/01\\_Artigos\\_JMJ/As\\_Providencias\\_Cautelares\\_e\\_a\\_Arbitragem\\_Em\\_que\\_estamos.pdf](https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/As_Providencias_Cautelares_e_a_Arbitragem_Em_que_estamos.pdf), Acesso em 01 de Out. de 2018.

\_\_\_\_\_. Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional. In: Revista da Ordem dos Advogados. Ano 63, Vol. I/II, abril 2003. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2003/ano-63-vol-i-ii-abr-2003/artigos-doutriniais/luis-de-lima-pinheiro-direito-aplicavel-ao-merito-da-causa-na-arbitragem-transnacional/> Acesso em 02 de out. de 2018.

MACEDO, Joaquim Sheaman de. Assistência dos tribunais estaduais na obtenção de prova em arbitragem internacional. In: ANTÓNIO VIEIRA DA SILVA. Centro de Arbitragem Comercial. **VIII Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa:** (Centro de Arbitragem Comercial). Coimbra: Almedina, 2015.



NÁPOLES, Pedro Metello; COELHO, Carla Góes. A arbitragem e os tribunais estaduais: Alguns aspectos práticos. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Lisboa, v. 5, p.195-219, dez. 2012.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. Submitting and Presenting Evidence. In: CENTER FOR INTERNATIONAL LEGAL STUDIES (Netherlands) (Ed.). **The Arbitration Process: The Comparative Law Yearbook of International Business**. Hague: Kluwer Law International, 2001.

SASTRE, Joana Canet. Alternativas a la judicialización de los conflictos desde Roma hasta la actualidad. In: REVISTA de Derecho UNED. nº 14. V. I. Madrid: Rduned, 2014.

VICENTE, Dário MOURA et al. (orgs.) *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra. 2017.

Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 – Lei de Arbitragem (Brasil).

Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional. Disponível em [http://www.dgpj.mj.pt/sections/home/DGPJ/sections/politica-legislativa/anexos/lei-modelo-uncitral/downloadFile/file/Lei-modelo\\_uncitral.pdf?nocache=1305106921.57](http://www.dgpj.mj.pt/sections/home/DGPJ/sections/politica-legislativa/anexos/lei-modelo-uncitral/downloadFile/file/Lei-modelo_uncitral.pdf?nocache=1305106921.57).

Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015 - Código de Processo Civil (Brasil).

Lei nº 63 de 14 de dezembro de 2011 – Lei de Arbitragem Voluntária (Portugal).