

## A CONCESSÃO DE MEDIDAS DE URGÊNCIA PELO PODER JUDICIÁRIO NA ARBITRAGEM<sup>1</sup>

### THE URGENT MEASURES TAKEN BY THE JUDICIARY IN ARBITRATION

Larissa Clare Pochmann da Silva<sup>2</sup>

#### RESUMO

*O presente artigo analisa a arbitragem como mecanismo de acesso à justiça e examina o papel do Poder Judiciário na concessão de medidas de urgência no procedimento arbitral.*

*PALAVRAS-CHAVE. Arbitragem– Acesso à Justiça – Tutelas de Urgência*

#### ABSTRACT

*This article examines the arbitration as a mechanism of access to justice and examines the role of the judiciary in the provision of emergency measures in arbitration proceedings.*

*KEYWORDS. Arbitration– Access to Justice – Urgent Measures*

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 29 de abril de 2011 e aprovado em 05 de maio de 2011.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialização em Direito Europeu pela Fundação Getúlio Vargas (FGV – Direito RJ). Mestranda em “Acesso à Justiça e Efetividade do Processo” pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogada no Rio de Janeiro. [larissacpsilva@yahoo.com.br](mailto:larissacpsilva@yahoo.com.br)

**SUMÁRIO.** Introdução. 1. Os movimentos de acesso à justiça e o desenvolvimento da arbitragem. 2. Considerações sobre a Arbitragem. 3. O papel do juiz na concessão de medidas de urgência. 4. A concessão de medidas de urgência pelo Poder Judiciário na arbitragem. 5. As anti-suit injunctions. Considerações Finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

A arbitragem é um dos mecanismos de resolução de conflitos mais utilizados hoje, o que se justifica pela busca de uma resposta célere, técnica e efetiva para o conflito dentro da busca pelo acesso a uma ordem jurídica justa. Esse fenômeno foi impulsionado pelo reconhecimento da constitucionalidade da arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2001, no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5206-8/247.

De qualquer forma, em razão da “cultura da sentença”<sup>3</sup> enraizada em nosso país, pode-se perceber que, em que pese a Lei de Arbitragem delimitou as hipóteses de controle judicial do procedimento arbitral, o Poder Judiciário não deixou de atuar, sendo constantemente acionado como órgão revisor, fiscalizador e executor das decisões proferidas pelos tribunais arbitrais.

A proliferação de ações judiciais visando a impedir a continuidade e a instauração de procedimentos arbitrais traz o questionamento se a arbitragem não está se tornando uma instância inferior ao Poder Judiciário.

Se, de um lado, a provocação do Poder Judiciário em casos submetidos à arbitragem pode ser considerada um entrave para o desenvolvimento do instituto e para a própria resolução efetiva de conflitos, de outro lado, a intervenção do Poder Judiciário para auxiliar a arbitragem fazer valer decisões dos árbitros e conceder provimentos que assegurem o procedimento arbitral, tem se mostrado de grande relevância para a pacificação social com justiça.

Com base nestas premissas, é que se pretende analisar o uso combinado da arbitragem e das tutelas de urgência para a obtenção de uma tutela rápida, eficaz e adequada para os litígios.

<sup>3</sup> Expressão utilizada por WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*, in Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684-690.

## 1. OS MOVIMENTOS DE ACESSO À JUSTIÇA E O DESENVOLVIMENTO DA ARBITRAGEM

A busca por justiça é uma constante ao longo da história da humanidade<sup>4</sup>, mas o conceito de justiça varia de acordo com o tempo e com a cultura de cada sociedade. Modificam-se, também, ao longo da história os meios para alcançá-la, que passam por mecanismos como a autodefesa, a autocomposição, a heterocomposição e a própria jurisdição.

No direito processual, o ícone dessa reflexão foi o “Movimento Universal de Acesso à Justiça”, retratado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra “Acesso à Justiça”, a partir de pesquisas desenvolvidas no denominado “Projeto Florença”.

Para esses autores, a expressão acesso à justiça sintetiza duas finalidades básicas do sistema judicial: a acessibilidade de todos de forma igualitária a esse sistema e a capacidade que ele tem de produzir resultados socialmente justos<sup>5</sup>.

A primeira onda renovatória do Direito centralizou seus esforços na superação dos obstáculos econômicos e financeiros para o efetivo acesso à justiça. Uma ordem jurídica não pode ser considerada justa se o seu acesso depende das condições econômicas de seus titulares. As barreiras econômicas resultam do custo da justiça: custas, honorários de advogado, riscos de sucumbência, que podem desestimular o cidadão a procurar a tutela jurisdicional para a salvaguarda dos seus direitos<sup>6</sup>.

Já a segunda onda renovatória identifica como obstáculo ao acesso à justiça a dificuldade organizacional em solucionar conflitos decorrentes dos fenômenos de massa<sup>7</sup>. Nessa perspectiva, os esforços da segunda onda estão concentrados na necessidade de implementação da tutela dos interesses e direitos coletivos “*lato sensu*”. Foi constatado que a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a

<sup>4</sup> Sobre a análise das variantes da busca por justiça ao longo da história da humanidade, remetemos a: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2.ed. Forense, 2007 e CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris, 2002

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 8.

<sup>6</sup> GRECO, Leonardo. *O Acesso ao Direito e à Justiça in Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 197/224.

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. In: *Revista do Processo*, vol. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 84.

proteção dos direitos transindividuais. O processo era visto apenas como um assento entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais.

Como forma de solucionar a dificuldade organizacional, Cappelletti sustentou a criação de ações especificamente voltadas a atender os interesses coletivos, titularizadas por legitimados extraordinários e com eficácia para além das partes do processo, abrangendo um grupo (efeito *erga omnes*).

Por fim, a terceira onda renovatória do Direito parte do pressuposto de que determinados tipos de procedimentos tradicionais são inadequados para uma tutela justa e busca soluções para a questão da efetividade. Nasce um novo enfoque de acesso à Justiça que encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a citação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou a facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios.

Dessa forma, a terceira onda concentra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Esse enfoque proporciona o envolvimento do Estado como um todo no acesso à Justiça, não só pela via judicial, mas também pela criação de políticas públicas de incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação, a arbitragem e a mediação.

A efetividade preconizada pela Terceira Onda é informada por valores como celeridade, participação no processo e capacidade de produzir tutelas adequadas à satisfação do direito material.

Portanto, hoje, o enfoque do acesso à justiça, nas palavras de Kazuo Watanabe, busca reunir essas duas finalidades em uma só: “*não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e, sim, viabilizar o acesso à ordem jurídica justa*”<sup>8</sup>.

Nessa linha, já é possível perceber que as tutelas de urgência e a arbitragem, objeto do presente estudo, são mecanismos hábeis para superar os obstáculos processuais

<sup>8</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

identificados pela Terceira Onda<sup>9</sup> e, conseqüentemente, possuem papéis de extrema relevância para garantir o efetivo acesso à justiça, direito fundamental do cidadão e um dos pilares do atual Estado Democrático do Direito.

## 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ARBITRAGEM

Entre os chamados meios alternativos de soluções de conflitos mais utilizados, encontra-se o instituto da arbitragem. A concepção meio “alternativo” de solução de conflitos vem sendo muito criticada, por ter o parâmetro estatal como meio padrão de solução de conflitos. Atualmente, melhor se afirmar que a arbitragem é um procedimento paraestatal, traduzindo-se em um dos meios adequados, e não mais alternativos, para a solução de litígios.

A arbitragem, principalmente após a promulgação da Lei 9.307/1996 tem se revelado um meio adequado para a solução de conflitos, em razão das diversas vantagens que oferece, como, a confidencialidade, a celeridade e a tecnicidade.

Esse fenômeno foi impulsionado pelo reconhecimento da constitucionalidade da arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal, em 12 de dezembro de 2001, em incidente de inconstitucionalidade no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5206-8/247<sup>10</sup>.

De qualquer forma, em razão da “cultura da sentença”<sup>11</sup> enraizada em nosso país, por influência direta da tradição jurídica dos povos ibéricos, nota-se a utilização constante do Poder Judiciário como órgão revisor, fiscalizador e executor das decisões proferidas pelos tribunais arbitrais.

<sup>9</sup> Há, na doutrina, quem afirme que já estaríamos em uma quarta onda, marcada pelos esforços na educação e na formação humanista do profissional da área do Direito. Neste sentido: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, in Acesso à Justiça: efetividade do processo, (org. Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 106. Contudo, neste trabalho, serão consideradas apenas as três ondas preconizadas por Mauro Cappelletti e aceitas majoritariamente na doutrina.

<sup>10</sup> Por sete votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal concluiu que os artigos 6º, parágrafo único, 7º e 41, da Lei de Arbitragem não ferem o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário. De acordo com a maioria dos votos, a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte em firmar o compromisso arbitral - em ação judicial específica para essa finalidade (artigo 7º da Lei de Arbitragem) — não ofendem o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

<sup>11</sup> Expressão que ficou célebre por meio das lições de WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*, in Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684-690.

A arbitragem, no entanto, traduz-se em um instituto muito antigo na legislação brasileira e mais antigo ainda na legislação de outros povos, já que há registros de sua utilização desde a Antiguidade Clássica<sup>12</sup>.

No Brasil, foi prevista nas Ordenações Portuguesas<sup>13</sup> e, posteriormente, na Constituição Imperial de 1824, que, em seu artigo 160, já admitia a arbitragem nas causas cíveis e penais civilmente intentadas<sup>14</sup>. A arbitragem teve sua previsão mantida, como facultativa aos litigantes, pela legislação subsequente, (o Código Comercial de 1850, o Código Civil de 1916, os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 e a Lei nº 9.099/95<sup>15</sup>).

A arbitragem pode ser definida, segundo Carlos Alberto Carmona<sup>16</sup>, como *“meio alternativo de solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”*.

Cabe destacar que a nossa Lei de Arbitragem não estabelece um regime específico para arbitragens internacionais realizadas no Brasil e também não possui disposições sobre arbitragem internacional, deixando essas definições a cargo da doutrina e da jurisprudência<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Em Roma já se verificava a utilização da arbitragem. Entretanto, seu uso era obrigatório, antecedendo à solução estatal jurisdicionalizada. Ao descrever o procedimento arbitral romano, José Celso Martins destaca que: *“Os procedimentos contavam com a figura do pretor, que era encarregado de preparar a ação, enquadrando-a nos limites da lei, e que posteriormente encaminhava o processo para julgamento, que era realizado por um iudex ou arbiter. Estes não faziam parte do corpo funcional romano e eram pessoas idôneas, particulares que estavam incumbidos de promover o julgamento da controvérsia que lhes fosse apresentada”*. MARTINS, José Celso. *Arbitragem, Mediação e Conflitos Coletivos de Trabalho*. São Paulo: Editora do Autor, 2005, p. 83.

<sup>13</sup> A arbitragem era contemplada nas Ordenações Afonsinas, no Título 113, do Livro III; nas Ordenações Manuelinas, no Título 81, do Livro III; e nas Ordenações Filipinas, no Título XVI, do Livro II. As Ordenações Portuguesas previam o uso do juízo arbitral como método de solução de conflitos, antes mesmo de o Brasil organizar o seu próprio sistema jurídico.

<sup>14</sup> Artigo 160. Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juizes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes.

<sup>15</sup> Os artigos 24 a 26 da Lei 9.099/95 estabelecem a hipótese de aplicação da arbitragem no âmbito do Poder Judiciário, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, mas tal modelo não tem sido utilizado pelo Brasil.

<sup>16</sup> CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo*, Editora Atlas, 2004, 2ª edição, p. 51.

<sup>17</sup> Em matéria internacional, a nossa Lei de Arbitragem se limita a dispor a respeito da homologação e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras no país.

Contudo, há diversos tratados e convenções internacionais, do qual o Brasil é signatário, que contribuem para regular a questão da arbitragem internacional<sup>18</sup>.

A Lei de Arbitragem delimitou as hipóteses de controle judicial do procedimento arbitral. A proliferação de ações judiciais visando a impedir a continuidade e a instauração de procedimentos arbitrais traz, contudo, a indagação se a arbitragem não está se tornando uma instância inferior ao Poder Judiciário, afastando-se do ideal da arbitragem como meio adequado de acesso à justiça.

Por um lado, a provocação do Poder Judiciário em casos submetidos à arbitragem pode ser considerada um entrave para o desenvolvimento do instituto e para a própria resolução efetiva de conflitos.

Por outro lado, a intervenção do Poder Judiciário para auxiliar a arbitragem, fazer valer decisões dos árbitros e conceder provimentos que assegurem o procedimento arbitral, tem se mostrado de grande valia e necessária para a pacificação social com justiça.

### 3. O PAPEL DO JUIZ NA CONCESSÃO DE MEDIDAS DE URGÊNCIA

A análise da sociedade contemporânea demonstra constantes modificações na postura do Estado para adequar a prestação jurisdicional às necessidades dos seus cidadãos. Em artigo intitulado “*Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*”, François Ost identificou as alterações da postura do juiz na história recente a partir da evolução do próprio Estado de Direito<sup>19</sup>. A proposta do autor associa o juiz Júpiter ao Estado Liberal, o juiz Hércules ao Estado Social e o juiz Hermes ao Estado Democrático de Direito.

O modelo do Estado Liberal é fruto do positivismo jurídico, que vê a legalidade<sup>20</sup> e a segurança jurídica como as bases da justiça e prega a diminuição dos poderes do

<sup>18</sup> Como exemplos temos: o Protocolo de Genebra sobre cláusulas arbitrais de 1923, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975, que passou a ter eficácia no Brasil em 1996, e a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, ratificada pelo Brasil em 2002. A Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961 e a Convenção de Washington de 1965 para a Solução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados também se destacam entre os tratados multilaterais relevantes acerca da arbitragem internacional.

<sup>19</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres Modelos de Juez*. VIDAL, Isabel Lifante (trad.); pp-169-194. Disponível no endereço eletrônico: [www.cervantes.com](http://www.cervantes.com)

<sup>20</sup> Luiz Guilherme Marinoni ressalta que: “O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de condicionar a força do Estado à liberdade da sociedade, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo com a

Judiciário em relação aos demais poderes. A lei é a grande protagonista e o juiz, na palavras de Montesquieu<sup>21</sup>, em sua obra *Do Espírito das Leis*, é “*la bouche de la loi*” (a boca da lei).

Na classificação de François Ost<sup>22</sup>, o juiz do Estado Liberal, *Júpiter*, é um mero aplicador da lei e, conseqüentemente, o acesso à justiça é meramente formal, na medida em que, sendo a lei insuscetível de interpretação, as diferenças entre os cidadãos eram desprezadas pelo Estado. Como consequência dos ideais do Estado Liberal, o sistema processual era igualmente rígido, com apego ao excesso de formalismo. O procedimento foi excessivamente regulado e dividido em fases estanques, com funções próprias e específicas.

A rigidez do sistema processual, que priorizava a segurança jurídica e a legalidade do Estado Liberal, impunha a jurisdição como a única forma de solução de litígios.

O fim da Primeira Guerra Mundial e a Revolução Russa de 1917 marcaram o início da reflexão pelos Estados europeus da necessidade de serem realizadas concessões de caráter assistencial para afastar a ameaça ao modelo liberal capitalista representada pelo comunismo.

A transição do Estado Liberal para o Estado Social ou *Welfare State* é marcada pela ampliação dos poderes do Estado e pela edição de Constituições conferindo direitos sociais aos cidadãos.

Esse movimento de “*socialização dos direitos*” ganhou efetivamente força após o colapso econômico de 1929 e, principalmente, depois de 1945, diante da crise de consciência causada pelas atrocidades da Segunda Guerra Mundial, legitimadas pelo positivismo jurídico. Assim, o movimento filosófico posterior à Segunda Guerra Mundial é marcado por uma fervorosa discussão acerca dos princípios e da ética. A

---

*finalidade de eliminar as tradições jurídicas do Absolutismo e do Ancien Régime. [...] Tal princípio, assim, constituiu um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa”.* MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo*. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 14.

<sup>21</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, *apud* PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DURÇO, Karol Araújo. *A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O “juiz hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional*. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2008, pp. 20-54. Disponível em [www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com).

<sup>22</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres Modelos de Juez*. VIDAL, Isabel Lifante (trad.); pp-169-194. Disponível no endereço eletrônico: [www.cervantes.com](http://www.cervantes.com).

dignidade da pessoa humana adquire especial relevância por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

O pós-positivismo jurídico, que marca o Estado Social, é fundamentado na ascensão dos valores e no reconhecimento da normatividade dos princípios. O Direito passa então a ser visto como instrumento de realização de objetivos, demonstrando a substituição do formalismo pela efetividade.

Da mesma forma que o Estado Social, o juiz *Hércules* – na denominação de François Ost -- pode ser caracterizado como paternalista e prestacionista. É um juiz mais atuante e flexível, que interpreta a lei de acordo com a necessidade do caso concreto. O juiz *Hércules* é praticamente um semideus que abraça os seus jurisdicionados e decide os seus destinos.

Nesse sentido, o processo passa gradativamente a adquirir uma função social, visando à realização do Direito. A amplitude dos poderes conferidos ao juiz propiciou maior proteção jurisdicional, conferindo ao juiz cada vez mais instrumentos. O período é marcado também por uma ampla produção jurisprudencial, que certamente também influenciou as mudanças legislativas do período.

Não coincidentemente, na segunda metade do século XX, a necessidade de ampliação da tutela cautelar mostra-se aparente, como se destaca: “*A progressiva complexidade dos sistemas jurídicos e a busca sempre mais exigente da efetividade do processo resultaram na expansão da necessidade de tutela da urgência, sobrepujando os limites impostos pelo processo cautelar (provisoriedade, instrumentalidade e cognição não exauriente)*”<sup>23</sup>.

No âmbito do Estado Social, a segurança jurídica deu lugar à efetividade, pautada, entre outros aspectos, pela celeridade. Nesse contexto histórico, o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, apesar de ainda sofrer influência do modelo clássico herdado do liberalismo, previu expressamente, por meio do seu artigo 798, a utilização um poder geral de cautela pelo juiz, sem prejuízo dos provimentos cautelares específicos.

Dessa forma, a evolução das medidas urgentes também está diretamente relacionada à evolução do Estado e do papel do juiz<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> GRECO, Leonardo. *A função da tutela cautelar*. In: Direito Civil e Processo - estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. ALVIM, Thereza (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 829-843.

<sup>24</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. In Revista. Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, n. 30, ano 11, pp. 29-62. Disponível em [http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm).

Contudo, constatou-se que o poder geral de cautela previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil necessitava ser mais amplo, para se permitir a realização do direito material, sem ter de se aguardar o desfecho final do processo de conhecimento, com o trânsito em julgado da sentença.

Por sua vez, a partir do fim da década de 70 e o início dos anos 80, a figura heróica do juiz *Hércules* é gradativamente substituída pela de um anti-herói, arbitrário, incapaz de absorver todas as demandas que lhe são atribuídas e, por conseguinte, de proporcionar a pacificação social.

Nesse panorama, surge o Estado Democrático de Direito, propondo uma efetiva participação dos cidadãos para a concretização dos fins estatais.

Pela dimensão proposta pelo Estado Democrático de Direito, os esforços para uma justiça efetiva podem ser encontrados tanto dentro como fora da tutela estatal<sup>25</sup>. Nessa perspectiva, tanto a concessão de medidas urgentes quanto o desenvolvimento de métodos extrajudiciais se encontram voltados a garantir o almejado amplo acesso à justiça.

Do ponto de vista de Ost, o juiz do Estado Democrático de Direito é um juiz *Hermes*, o deus da pacificação, um intérprete, um porta-voz do Direito. Em nosso país, a promulgação da Constituição Federal em 1988, a “Constituição Cidadã”, representa a consagração do Estado Democrático de Direito e o início de uma nova ordem jurídica, combatendo o autoritarismo e a arbitrariedade dos modelos anteriores e prevendo um amplo sistema de garantias e direitos fundamentais. É o movimento constitucionalista (pós-positivista) que propicia, portanto, o desenvolvimento e a ampliação da função cautelar e também o incentivo a outros meios de solução de controvérsias.

Na dimensão do Estado Democrático de Direito, o regime de medidas urgentes passa a ser revisto, culminando com a edição da Lei Federal 8.952/1994, a denominada Reforma do Processo Civil (a “Reforma”) e, posteriormente com a Lei Federal 10.444/2002, a “Reforma da Reforma”, na expressão utilizada por Cândido Rangel Dinamarco<sup>26</sup>.

Em paralelo ao amplo desenvolvimento das tutelas de urgência nas últimas duas décadas, a edição da Lei 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”) foi marco fundamental no

<sup>25</sup> Tal dimensão corresponde, nas linhas de Mauro Cappelletti, à Terceira Onda Renovatória de Direito Processual, segundo a qual os esforços para uma justiça efetiva vão além dos meios oferecidos pela tutela estatal.

<sup>26</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

desenvolvimento de outros meios de solução de conflitos, como forma de pacificação social.

Como consequência, confirma-se que a evolução do Estado acompanha a evolução do Direito e as formas de se perseguir a tão intrigante justiça efetiva.

#### **4. A CONCESSÃO DE MEDIDAS DE URGÊNCIA PELO PODER JUDICIÁRIO NA ARBITRAGEM**

Barbosa Moreira defende que, para que seja efetivo, *(i)* o processo deve ter meios adequados de tutela a direitos e interesses; *(ii)* esses meios devem ser praticamente utilizáveis independentemente de quem seja o titular do direito; *(iii)* deve permitir que o convencimento do juiz decorra da reconstituição mais próxima dos fatos relevantes para a causa; *(iv)* na medida do que for possível em termos práticos, o processo deve entregar a quem faz jus à tutela tudo aquilo que o ordenamento lhe assegura; e *(v)* esse resultado deve ser obtido no menor tempo possível, poupando ao máximo os recursos materiais das partes<sup>27</sup>.

Uma das grandes e reconhecidas vantagens da arbitragem é a celeridade, na medida em que os árbitros e as partes devem fixar prazo para a prolação da sentença arbitral, o qual será de 6 (seis) meses se nada for convencionado em sentido contrário (artigo 23 da Lei de Arbitragem).

Apesar disso, algumas situações podem determinar que a pretensão das partes no processo arbitral corram riscos de perecimento ou acabem por perder o seu objeto, enquanto a sentença não é proferida pelo(s) árbitro(s). Vale dizer que não raro provimentos de urgência são necessários, também em sede arbitral, para assegurar o provimento final.

Dessa forma, assim como os processos judiciais, o processo arbitral pode se deparar com circunstâncias que exigem soluções rápidas e eficazes, para que o direito da parte não fique sem proteção enquanto não se chega a uma decisão final, ou ainda, para que esta não se torne completamente inútil. Essas circunstâncias podem ocorrer tanto no curso do processo arbitral, como antes mesmo de sua instauração.

Assim, também na arbitragem pode ser indispensável a concessão de medidas urgentes (artigo 22 da lei da arbitragem), gênero que inclui as medidas cautelares,

<sup>27</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o Problema da “Efetividade” do Processo. *In Temas de Direito Processual*. 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27.

antecipatórias e inibitórias<sup>28</sup>, seja para assegurar o resultado útil do processo arbitral, seja para antecipar os efeitos do provimento final e evitar eventual dano de difícil reparação.

Pelo disposto no §4º do artigo 22 da Lei de Arbitragem, é possível verificar que a concessão de medidas de urgência em processo arbitral, prescinde da delimitação dos poderes dos árbitros para tanto e do exame dos instrumentos de cooperação com o Poder Judiciário, considerando o seu monopólio de utilização dos meios de coerção e de execução<sup>29</sup>.

O Poder Judiciário tem competência para apreciar o pedido de tutela urgente formulado antes da instauração do procedimento arbitral, nos termos dos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º da nossa Carta Magna.

Dessa forma, quando alguma das partes tiver necessidade de obter medida urgente e o tribunal arbitral não tiver sido constituído ou o árbitro não houver sido nomeado, deverá a parte interessada requerê-la perante o juiz estatal que seria competente para julgar a referida ação, caso não fosse instituída a arbitragem por meio de convenção arbitral.

Os nossos tribunais têm aceitado de forma positiva<sup>30</sup> medidas dessa natureza, priorizando, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a necessidade de se conceder uma tutela adequada e efetiva ao seu jurisdicionado, mesmo quando ele tenha optado pela arbitragem para apreciar o mérito do litígio.

Contudo, nas situações que demandam a concessão dessas medidas pelo Poder Judiciário, a sua atuação é restrita, pois o juiz não poderá adentrar ao mérito da controvérsia, na medida em tal função é exclusiva do árbitro e sua competência se prolonga somente até a instauração do procedimento arbitral.

Por essas razões, Pedro A. Batista Martins pondera que: “(...) mesmo nos casos de exceção antes referidos, em que a competência da justiça comum é ressalvada, devem os membros do Judiciário abster-se de conceder medidas cautelares ou provisórias que

<sup>28</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 267.

<sup>29</sup> VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Reflexões sobre a Tutela Cautelar na Arbitragem*. In Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 7, julho-setembro de 2005

<sup>30</sup> Como exemplo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 6ª Câmara de Direito Privado, Agravo de instrumento nº 413.309.4/1-00, relator Desembargador Sebastião Carlos Garcia, julgado em 29/03/06.

*possam configurar decisão de mérito da questão em discussão, sob pena de se ver deslocada a jurisdição, em violação à convenção de arbitragem*<sup>31</sup>.

Em primeiro lugar, instituído o juízo arbitral, compete ao árbitro, necessariamente, analisar se a sobrevivência da medida urgente concedida pelo Poder Judiciário é conveniente. Tal conclusão destaca a natureza precária<sup>32</sup> da medida urgente, a qual, por si só, já admite a sua revisão e o fato de que, após a instituição da arbitragem, somente os árbitros terão jurisdição sobre a causa, incluindo, medidas urgentes e provisórias.

Nesse sentido, são as lições de Carlos Alberto Carmona: “*Instituída a arbitragem, os autos do processo cautelar devem ser enviados ao árbitro (não haverá. Obviamente, ação principal judicial, eis que a ação cautelar é antecedente em relação à demanda arbitral!), que poderá manter ou não a medida concedida, eis que é dele, árbitro, o juízo acerca da tutela cautelar*”<sup>33</sup>.

Em segundo lugar, com relação à incidência do prazo previsto no artigo 806 do CPC, é necessário avaliar a sua compatibilidade com a arbitragem. Com efeito, em se tratando de arbitragem, não haverá, logicamente, ação principal, mas sim a instauração do respectivo procedimento arbitral, o que traz à tona a dúvida sobre se o referido prazo de 30 dias também deve ser exigido para que a parte que pleiteou a medida cautelar tome as providências necessárias para o início do procedimento arbitral.

Muito comum também é a disposição contratual que, concomitantemente à convenção arbitral, prevê a tentativa de negociação ou até mesmo de mediação, antes do início da arbitragem. Como, nesses casos, a iniciativa da parte para instaurar a arbitragem depende de um procedimento prévio de negociação ou mediação, somente será possível exigir que a parte tome iniciativas com o fim de instituir esse procedimento prévio.

Assim, ao contrário do que ocorre nas medidas cautelares em processos judiciais, não se pode cessar a eficácia da medida pelo desatendimento do prazo previsto no artigo 806 do CPC, já que é possível que, por diversos motivos, a instauração da arbitragem não seja possível no prazo de 30 (trinta) dias.

Cabe ressaltar, por fim, que, seja pela concessão da medida, seja pela própria fiscalização da atuação das partes em tomar as atitudes necessárias para a instituição da

<sup>31</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 135.

<sup>32</sup> O art. 807 do Código de Processo Civil demonstra a natureza precária das medidas cautelares, por serem revogáveis a qualquer tempo.

<sup>33</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Das boas relações entre os juízes e os árbitros*. In Revista do Advogado, nº. 51, outubro, 1997, p 17-24.

arbitragem, o Poder Judiciário deve sempre priorizar a cooperação com o juízo arbitral, cooperação que nem sempre se mostra presente em se tratando de *antisuit injunctions*.

## 5. AS ANTI-SUIT INJUNCTIONS

O termo *anti-suit injunction*, composto pelos vocábulos anti (contra), *suit* (processo) e *injunction* (injunção, ordem), tem origem na língua inglesa e significa uma ordem dada por um órgão jurisdicional para impedir o início ou o prosseguimento de um determinado processo judicial ou arbitral.

Arnoldo Wald conceitua as *anti-suit injunctions* como as “ações judiciais com o objetivo de não permitir o julgamento por um órgão jurisdicional ou arbitral considerado incompetente”<sup>34</sup>.

As *anti-suit injunctions* são, assim, espécies de medidas urgentes de natureza inibitória que podem envolver graves reflexos no âmbito internacional, pois o processo que se pretende evitar ou interromper pode envolver uma jurisdição estrangeira. É importante ressaltar, contudo, que a ordem para suspender ou impedir determinado processo (a *anti-suit injunction*) será sempre dirigida às partes do processo e não ao tribunal especificamente, o que não a impede de ocasionalmente desrespeitar a regra de Direito Internacional que estabelece a competência dos Estados para definir as normas de competência internacional de seus tribunais.

As *anti-suit injunctions* têm raízes profundas nos países do *common law*. A sua origem está diretamente ligada à evolução dos tribunais ingleses<sup>35</sup> e de sua colônia norte-americana, em que a concessão de *anti-suit injunctions* está fundamentada na violação de um direito consagrado pela noção de *equity*, o qual autorizaria a medida pela utilização do critério de “bom fim de justiça”, evitando a continuidade de um procedimento iniciado com o puro objetivo de fraudar os direitos de uma parte.

Outra hipótese de concessão de *anti-suit injunction* é quando a parte prova que o tribunal provocado não é o foro natural do litígio, ou seja, aquele que está mais vinculado ao litígio, conforme o princípio do *forum non conveniens*. Nessa situação, a

<sup>34</sup> WALD, Arnoldo. *As Anti-Suit Injunctions no Direito Brasileiro*. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 9, Revista dos Tribunais, abril/junho de 2006, p. 30.

<sup>35</sup> Sobre a história da concessão de tais medidas na Inglaterra, remetemos a KRUGER, Talita. *Anti-Suit Injunction in the European Judicial Space: Turner v Grovit* 53 ICLQ 1030 (2004)

concessão da *anti-suit injunction* não dependeria da demonstração de má-fé da parte e, sim, da demonstração de qual jurisdição seria a mais adequada para a solução do litígio, isto é, qual seria o foro natural.

Apesar de ter origem nos países do *common law*, não raro países de tradição romano-germânica, como o Brasil<sup>36</sup>, já se utilizaram do instituto para impedir o prosseguimento de procedimentos judiciais ou arbitrais.

As *anti-suit injunctions* podem ser utilizadas como um mecanismo para assegurar a instauração e/ou a continuidade de um procedimento arbitral ou, ainda, como forma de obstáculo à arbitragem. Cogita-se, inclusive, na competência dos árbitros para deferir esse tipo de medida, de forma a assegurar o procedimento arbitral<sup>37</sup>.

Por sua vez, a prática das *anti-suit injunctions* para impedir a instauração e continuidade de procedimentos arbitrais é motivo de grande preocupação da comunidade jurídica, “*sendo motivo de uma tensão constante*”<sup>38</sup>, seja pela utilização do instituto como forma de procrastinar a justiça, seja pela violação de princípios básicos da arbitragem.

Apesar de a escolha pela via arbitral não afastar definitivamente a legitimidade e a competência do Poder Judiciário em analisar determinadas questões submetidas à

<sup>36</sup> “*Ação cautelar de sustação de protesto – Ação cominatória – Ação declaratória cumulada com indenização por danos morais – Contrato de prestação de serviço – Cláusula compromissória – Impossibilidade de recorrer ao Poder Judiciário – Controvérsia entre contratantes sujeita à decisão de árbitros – Renúncia à via judicial, exceto para demandas cautelares – Recurso parcialmente provido. Da forma como disciplinado pela lei de arbitragem, prevista a cláusula compromissória num determinado contrato, em ocorrendo qualquer controvérsia a respeito do teor do mesmo, as partes não podem recorrer ao Poder Judiciário para solucioná-la, mas sim devem se sujeitar à decisão a ser proferida pelo árbitro escolhido para solucionar o compromisso arbitral então surgido. Estando a vontade das partes manifestada na cláusula compromissória, permitir o suprimento judicial da mesma seria admitir a invalidação da vontade bilateral dos litigantes, o que, data venia, só é admissível nas hipóteses de cláusulas abusivas ou ilegais, o que não se revela no caso. Como a renúncia, com força definitiva, à via judicial é excepcionada em relação às demandas cautelares, o acesso à jurisdição em tais casos, é permitido, sendo a hipótese de se acolher os pedidos de sustação de protesto e imposição de obrigação de não encaminhar duplicatas para protesto, ao passo em que a controvérsia acerca da exigibilidade das mesmas deve ser objeto de processo de arbitragem” Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais), 5ª Câmara Cível, Apelação cível nº 393.297-8, relator Juiz Marine da Cunha, julgado em 15/05/03, publicado na Revista de Arbitragem e Mediação, nº 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 277/283.*

<sup>37</sup> Nesse sentido: BOLFERR, Sabrina Ribas. *Arbitragem Comercial Internacional & Anti-suit Injunctions*. Curitiba: Juruá, 2007.

<sup>38</sup> Tal expressão é uma tradução livre do trecho “*The international anti-suit injunction cases in particular entail a very striking tension.*”, encontrada na obra de George A. Bermann, *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, 28 Colum. J. Transnat'l L. 589 (1990).

arbitragem, a sua atuação deve ser restrita e excepcional, como, por exemplo, em casos de violação à ordem pública e a direitos fundamentais<sup>39</sup>.

A realidade, no entanto, é que as partes demandadas em arbitragens ou desfavorecidas pelas sentenças arbitrais habitualmente utilizam-se das *anti-suit injunctions*<sup>40</sup> de forma abusiva, mesmo nos casos em que a convenção de arbitragem é plenamente válida e a intervenção do Poder Judiciário, conseqüentemente, seria injustificável.

Essa conduta constitui um grave entrave ao desenvolvimento da arbitragem, tornando-a inoperante ou ineficaz. As *anti-suit injunctions* concedidas por juízes estatais decorrem, usualmente, da violação por uma parte da convenção de arbitragem que, quando do surgimento de um litígio, opta por dirimi-lo perante uma corte estatal, alegando, por exemplo, a invalidade da cláusula compromissória ou do compromisso. Esse tipo de conduta pode ocorrer também mesmo quando a arbitragem já tiver sido instaurada.

Nessas hipóteses, a parte que se sentir prejudicada pode, igualmente, se socorrer ao Poder Judiciário, normalmente o da sede da arbitragem, a fim de impedir o prosseguimento do processo instaurado em violação da convenção arbitral.

Tais medidas são concedidas com o fim de preservar a convenção arbitral e, conseqüentemente, os princípios da força obrigatória dos contratos, da autonomia da vontade das partes e da segurança jurídica<sup>41</sup>. Como as *anti-suit injunctions* possuem origem nos países anglo-saxônicos, o exame da matéria necessariamente está associado à análise de casos julgados pelas cortes inglesas e norte-americanas.

<sup>39</sup> Como visto, no nosso ordenamento, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade da arbitragem no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5206-8/247. Durante esse julgamento, o Supremo Tribunal Federal concluiu que os artigos 6º, parágrafo único, 7º e 41, da Lei de Arbitragem não ferem o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário. De acordo com a maioria dos votos, a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte em firmar o compromisso arbitral - em ação judicial específica para essa finalidade, nos termos do artigo 7º da Lei de Arbitragem — não ofendem o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

<sup>40</sup> Alguns casos de *anti-suit injunctions* concedidas no cenário internacional: *Airbus Industrie GIE v Patel* [1998] 2 All ER 257 (HL), inteiro teor disponível em: [www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1998/12.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1998/12.html); *Donohue v Armco Inc* [2001] UKHL 64, [2002] 1 All ER 749 = [2002] 1 All ER (Comm) 97 = [2002] 1 Lloyd's Rep 425, inteiro teor disponível em: [www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/64.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/64.html)

<sup>41</sup> PENGELLEY, Nicolas. *Judicial Comity and Angelic Grace*. In: *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, parte 3, set. 1999. Londres: LLP, pp. 196-197, *apud* BOLFERR, Sabrina Ribas. *Arbitragem Comercial Internacional & Anti-suit Injunctions*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 58.

A Convenção de Nova Iorque de 1958 dispõe sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras e revogou, entre os seus signatários, o Protocolo de Genebra de 1923<sup>42</sup>, acabando com o duplo *exequatur*. A segunda parte do artigo III da Convenção de Nova Iorque estabelece que nenhum Estado signatário poderá impor condições substancialmente mais onerosas para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira do que aquelas impostas para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral nacional<sup>43</sup>.

A Convenção de Nova Iorque não previu, contudo, a hipótese de uma outra medida judicial impedir a execução de uma sentença arbitral, como é o caso, das *anti-suit injunctions* ajuizadas com o intuito de criar obstáculos para a execução de uma sentença arbitral. Mesmo sem uma previsão expressa, pela interpretação extensiva da Convenção de Nova Iorque, conclui-se que a medida não possui – ou não deveria possuir – abrigo nos países dela signatários.

De qualquer forma, a interpretação expansiva do disposto no artigo II, §3º, da Convenção de Nova Iorque já vem sendo adotada por alguns tribunais para restringir, em geral, a concessão de *anti-suit injunctions*, como ocorreu recentemente, em acórdão proferido pelo Tribunal na Corte Europeia.

A Corte Europeia (“CE”) manifestou-se, no ano de 2009, sobre a concessão de *anti-suit injunctions* para impedir a continuidade de processos judiciais quando há convenção de arbitragem.

O acórdão do caso *Allianz SpA* (anteriormente *Riunione Adriatica di Sicurta SpA – RAS*) *v. West Tankers Inc.* (“*Allianz v. West Tankers*”), de 10 de fevereiro de 2009, causou muita repercussão quanto ao futuro das *anti-suit injunctions* no âmbito da CE<sup>44</sup>.

De acordo com o Tribunal de Justiça da CE, a concessão de *anti-suit injunctions* pelos tribunais dos Estados-Membros para impedir a continuidade de procedimentos

<sup>42</sup> O Protocolo de Genebra, ratificado no Brasil pelo Decreto 21.187/1932 (e revogado pelo Decreto 4.311/2002), foi importante para a difusão da arbitragem no século passado. No Brasil, atribui-se a ele o *leading case* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça na década de 1990, no qual restou confirmada a validade de uma sentença arbitral proferida com base em cláusula compromissória.

<sup>43</sup> “Artigo III

Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas”.

<sup>44</sup> Processo C-185/07.

judiciais quando há convenção de arbitragem viola o Regulamento 44/2001 da CE, relativo à competência judiciária<sup>45</sup>.

A discussão teve origem em questão suscitada pela *House of Lords* (Inglaterra) e causou grande impacto no âmbito dos Estados-Membros da CE. Esses impactos foram ainda mais sentidos no Reino Unido, não só por ser a origem da discussão, como também por ser o berço das *anti-suit injunctions* e por ser considerado um local seguro e amigável para arbitragens internacionais, tendo em vista a tradição de suas cortes em conceder medidas dessa natureza, conforme explicitado acima.

O acórdão do Tribunal de Justiça da CE, baseando-se na manifestação do Advogado-Geral que atua perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, analisa a questão prejudicial suscitada pelo órgão jurisdicional de um determinado Estado-Membro, tem efeito vinculante no referido órgão e nos demais órgãos jurisdicionais nacionais dos Estados-Membros que sejam porventura sejam provocados sobre a mesma matéria. Daí a relevância do recente precedente criado pelo Tribunal de Justiça da CE no caso *Allianz v. West Tankers*<sup>46</sup>,

Vale ressaltar que, para concluir dessa forma, o Tribunal da CE fez expressa menção ao disposto no artigo II, §3º, da Convenção de Nova Iorque, do qual todos os países da União Europeia são signatários.

A decisão do tribunal representa a primeira relativa à arbitragem e veda a concessão de medidas, ainda quando o objetivo da medida seja preservar um procedimento arbitral.

O acórdão da CE proferido no caso C-185/07 foi considerado um divisor de águas a respeito da matéria dentro da CE e vincula todos os tribunais dos países membros. A repercussão foi maior, obviamente, nos países do Reino Unido, considerando a posição permissiva de seus tribunais na concessão de *anti-suit injunctions*.

<sup>45</sup> O Regulamento 44/2001 substituiu a Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968, ampliada em 1988 pela Convenção de Lugano, que também dispunham sobre a competência judiciária, o reconhecimento e a execução de decisões proferidas por tribunais dos Estados-Membros. Este é o teor do artigo 68 do referido regulamento: "Artigo 68º 1. O presente regulamento substitui, entre os Estados-Membros, a Convenção de Bruxelas, à exceção dos territórios dos Estados-Membros que são abrangidos pela aplicação territorial da convenção e que ficam excluídos do presente regulamento por força do artigo 299.o do Tratado. 2. Na medida em que o presente regulamento substitui entre os Estados-Membros as disposições da Convenção de Bruxelas, as referências feitas a esta entendem-se como sendo feitas ao presente regulamento".

<sup>46</sup> Acórdão extraído em <http://curia.europa.eu>.

A posição da CE foi bastante criticada por juristas inglesas, sob a alegação de que a concessão de *anti-suit injunctions* a favor de arbitragens não violaria o Regulamento 44/2001 da CE e de que o acórdão desprivilegiou a arbitragem.

A rejeição às *anti-suit injunctions* no âmbito dos países europeus provocou imediata repercussão. O Projeto de Lei de Arbitragem<sup>47</sup> Portuguesa, submetido ao governo de Portugal no primeiro semestre de 2009, pouco após a decisão da corte, trouxe vedação expressa à concessão desse tipo de medida, em seu artigo 5º<sup>48</sup>.

Assim, pode-se perceber que, a partir do julgamento do Tribunal de Justiça da União Europeia, cresceu a preocupação quanto à multiplicação de *anti-suit injunctions* como forma de causar obstáculo ao curso do procedimento arbitral, tendo-se reduzido drasticamente o número dessas medidas concedidas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS.

No contexto atual, juízes e árbitros são personagens com papéis de extrema relevância no efetivo acesso à justiça, e, mesmo quando se alternam nas funções de protagonistas ou coadjuvantes, a cooperação entre ambos é fundamental para o alcance de um objetivo comum: garantir uma tutela adequada àqueles que os provocam.

Em particular, a falta de *ius imperium* aos árbitros determina a provocação do Poder Judiciário para dar efetividade às decisões por eles proferidas, entre as quais, as medidas urgentes previstas no artigo 22 da Lei de Arbitragem.

<sup>47</sup> O projeto foi elaborado pela Associação de Arbitragem Portuguesa – APA. A íntegra do projeto da Nova Lei de Arbitragem pode ser encontrada no site da APA - [www.arbitragem.pt](http://www.arbitragem.pt).

<sup>48</sup> “Artigo 5. (Efeito negativo da convenção de arbitragem) O tribunal estadual no qual seja proposta uma acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do demandado deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolver da instância, a menos que verifique que a convenção de arbitragem é manifestamente nula, é ou se tornou manifestamente ineficaz ou é manifestamente inexecutável. No caso previsto no número anterior, o processo arbitral pode ser iniciado ou prosseguir, e ser nele proferida uma sentença, enquanto a questão estiver pendente no tribunal estadual. O processo arbitral cessa e a sentença nele proferida deixa de produzir efeitos, logo que um tribunal estadual considere, mediante decisão transitada em julgado, que o tribunal arbitral é incompetente para julgar o litígio que lhe foi submetido, quer tal decisão do tribunal estadual seja proferida na acção referida no nº 1 do presente artigo, quer seja proferida ao abrigo do disposto nos artigos 18º, nº 7 e 45º, nº 3, a) iii). As questões da nulidade, cessação de eficácia ou inexecutabilidade de uma convenção de arbitragem não podem ser discutidas autonomamente em acção de simples apreciação proposta em tribunal estadual nem em processo cautelar instaurado perante o mesmo tribunal tendo como finalidade impedir a constituição ou funcionamento de um tribunal arbitral”.

Além disso, antes do início do procedimento arbitral, caberá ao Poder Judiciário analisar e julgar situações que não merecem aguardar a constituição do tribunal arbitral ou a nomeação do árbitro, sob pena de se causar dano irreparável à parte ou tornar inútil o próprio provimento final objeto da arbitragem.

A participação do Poder Judiciário na concessão de medidas urgentes relacionadas a procedimentos arbitrais é, portanto, de extrema importância para a própria efetividade da arbitragem, cooperando, sem entrar no mérito da controvérsia, para o acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o Problema da “Efetividade” do Processo. *In Temas de Direito Processual*. 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984
- BERMANN, George A. *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, 28 Colum. J. Transnat'l L. 589 (1990)
- BOLFER, Sabrina Ribas. *Arbitragem Comercial Internacional & Anti-suit Injunctions*. Curitiba: Juruá, 2007
- CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. *In: Revista do Processo*, vol. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris, 2002
- CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo*, Editora Atlas, 2004, 2ª edição
- CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *In Revista do Advogado*, nº. 51, outubro, 1997, p 17-24
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2.ed. Forense, 2007
- CHARLES, Philippa. *European Union: Anti-suit Injunctions: ECJ Decision of 10 February 2009 in West Tankers Case*. Artigo publicado em 11 de fevereiro de 2009 in [www.mondaq.com](http://www.mondaq.com)

- DINAMARCO, Candido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003
- GRECO, Leonardo. *A função da tutela cautelar*. In: Direito Civil e Processo - estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. ALVIM, Thereza (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 829-843
- GRECO, Leonardo. *O Acesso ao Direito e à Justiça in* Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005
- KRUGER, Talita. *Anti-Suit Injunction in the European Judicial Space: Turner v Grovit* 53 ICLQ 1030 (2004)
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo*. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: Tres Modelos de Juez*. pp-169-194. Disponível no endereço eletrônico: [www.cervantes.com](http://www.cervantes.com)
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, in Acesso à Justiça: efetividade do processo, (org. Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DURÇO, Karol Araújo. *A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O "juiz hermes" e a nova dimensão da função jurisdicional*. In Revista Eletrônica de Direito Processual, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2008, pp. 20-54
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007
- Revista de Arbitragem e Mediação, nº 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- SANTOS, Boaventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. In Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, n. 30, ano 11, pp. 29-62. Disponível em [http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)
- VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Reflexões sobre a Tutela Cautelar na Arbitragem*. In Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 7, julho-setembro de 2005

WALD, Arnoldo. *As Anti-Suit Injunctions no Direito Brasileiro*. In Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 9, Revista dos Tribunais, abril/junho de 2006

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In *Participação e Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel;

WATANABE, Kazuo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988