

A Tutela Antecipatória no Procedimento Pré-Arbitral

"As idéias novas não vencem porque convençam os portadores de idéias velhas, mas porque surge uma nova geração que as tomam para si e fazem delas sua bandeira e o seu instrumento." Max Plank

I. Da compatibilidade entre a lei 9.307/96 e a Antecipação da Tutela na via Arbitral

Aos familiares dos métodos alternativos privados de resolução de disputas é consabida a existência de duas fases, antecedentes ambas à instituição da arbitragem. São elas: o início do procedimento e a formação do tribunal arbitral. Entre uma e outra, medeia um lapso de tempo, às vezes imprevisível, caso uma das partes esteja decidida a dificultar a formação do tribunal.

Nesse ínterim, ou antes dele, poderão surgir situações que exijam o mais pronto atendimento – vale dizer, a demanda por uma antecipação de tutela na via arbitral. Entendemos ser factível esse recurso no direito positivo pátrio pela inexistência de óbices a esse procedimento na legislação de regência.

Induvidosa a realidade do princípio da autonomia da vontade revelar-se a *ratio essendi* do aludido instituto jurídico. Consagrado na lei 9.307/96, materializa-se na denominada "convenção de arbitragem" (art. 3º) abrangendo dualmente a Cláusula Compromissória/Compromisso Arbitral, ambos excludentes da jurisdição estatal e suficiente, individual ou conjuntamente para instituir a arbitragem.

Alicerçadas na prefalada autonomia, e nos dispositivos legais que a consagram, poderão as partes, igualmente, fixar as normas disciplinadoras do emprego de tal método alternativo, sem restrições outras que as elencadas no art.2º da referida lei.

Em outro passo, o art. 5º (um dos mais oportunos e inteligentes dispositivos da legislação examinada) destaca a preeminência das normas regulamentares da instituição administradora especializada (reportada na Cláusula Compromissória respectiva) sobre estipulações de quaisquer outras naturezas, excetuada, obviamente, convenção expressa em contrário pelas mesmas partes.

O caminho legal encontra-se decorrentemente aberto e balizado para instituição das normas referentes à tutela antecipada no procedimento, antes da instalação da arbitragem.

Atente-se bem para o fato de que, sob a legislação de regência, admitida a hipótese da superveniência das necessidades de uma tutela de urgência, a mesma poderá ser requerida ao juiz togado. Sob o assunto o Professor Carlos Carmona preleciona:

"... não podendo a parte interessada recorrer ao árbitro (como deveria) a medida cautelar, admite-se-lhe a abertura da via judicial (sem que com isso fique prejudicado a arbitragem) apenas para a tutela emergencial."

[\(1\)](#)

Tal remédio, *in extremis*, importa na transmigração da lide para o âmbito da competência da justiça comum, sujeitando-a ao formalismo e percalços burocráticos inerentes àquela instância.

E mais. Segundo o Professor Aléxis Mourre ao tecer considerações sobre a possibilidade da medida provisória (cautelar) atingir o mérito da causa, *"o risco existe da mesma maneira tratando-se de procedimentos arbitrais: o recurso às medidas provisórias ou de conservação arrisca, na prática, permitir a uma parte fazer resolver o contencioso por um juiz estatal antes mesmo do Tribunal ter podido se constituir"*. (in Les Cahiers de l'Arbitrage, vol II, Gazette du Palais, Édition Juillet 2004).

Inobstante, o recurso à tutela estatal constitui, em certos casos, uma alternativa válida e não raro insubstituível. Avulta porém a relevância de uma solução *"interna corporis"* –vale dizer na própria sede arbitral. Essa alternativa, a todos os títulos revela-se um substitutivo mais que adequado ao recurso ao judiciário. Exurge imperiosa melhor dito.

Resumindo. De tudo anteriormente exposto não parecem dimanar impedimentos de qualquer natureza às conclusões a seguir expendidas sobre:

1. A ampla liberdade das partes pactuarem através de um ato jurídico perfeito – a convenção arbitral, o próprio contrato, ou o documento apartado de natureza vinculante – as normas reguladoras de um procedimento de tutela antecipatória em sede arbitral, prévio à constituição da respectiva arbitragem.
2. A possibilidade da Organização Administradora incluir em regulamento específico a hipótese de regramento da tutela antecipatória pré-arbitral, *ex vi* do permissivo do art. 5º da lei 9.307/96.
3. Atribuir, em ambos os casos a um terceiro previamente qualificado, competência para decidir, **em caráter provisório e de urgência**, a lide que lhe for submetida, cabendo ao tribunal arbitral a missão de confirmar a decisão, modificá-la ou extingui-la em competente sentença, quando já constituído e em funcionamento.

Estas alternativas, inadiáveis à difusão da prática arbitral no território nacional encontram respaldo nas Regras de Procedimento Pré Arbitral da CCI (Référé Pré-Arbitral) em vigor desde 1º de janeiro de 1990, e no direito comparado, no art. 484 do NCPC francês. ⁽²⁾

II. Breves Comentários sobre o Procedimento de Tutela Antecipada Pré Arbitral

No ano de 1990, a Corte Internacional de Arbitragem, sediada em Paris, institui um arrojado procedimento para utilização daquele instituto, que pela oportunidade de seu emprego em nosso país, será objeto das considerações que se seguirão.

O corretamente intitulado "Réglement de Référé Pré-Arbitral", visava assegurar à comunidade dos negócios um tipo de especial de recurso para o atendimento de medidas urgentes surgidas antes da constituição do tribunal arbitral.

Prevenindo possíveis equívocos com o processo arbitral, "*stricto sensu*", o Grupo de Trabalho da CCI utilizou propositadamente o termo "référé" para designar o procedimento e a pessoa responsável pela decisão. (ordonnance), afastando a idéia de sentença (sentence) privativa do árbitro. O dicionário Larousse, define o verbete como "*um recurso a um juiz [instância julgadora] que em caso de urgência tem o direito de decidir provisoriamente. Decisão tomada nessas condições: solicitar uma decisão*". ⁽³⁾

O vocábulo equivalente em língua inglesa – "referee", em sentido jurídico representa "*a pessoa para a qual um caso é enviado por ordem de um tribunal para investigação e relato; uma arbitragem*". ⁽⁴⁾

A sutil diferença existente entre "arbitrator" e "referee" (*arbitre* e *référé*) é explicitada no Webster Comprehensive Dictionary: "*em direito, um referee é indicado por um tribunal para decidir assunto em disputa entre litigantes; um árbitro é escolhido pelas partes em lide para decidir as matérias em questão sem a ação de um órgão de justiça*". ⁽⁵⁾

Este cuidado com a precisa conceituação dos termos traduz a preocupação do legislador em não deixar confundir a decisão (ordonnance) do référé com a sentença do árbitro. Em ambas as línguas o significado é o mesmo. Um recurso a quem de direito com competência para decidir em caráter provisório. O que vale dizer: um procedimento de tutela antecipada pré-arbitral. No vernáculo não dispomos de vocábulos distintos para conceituar tais funções pelo que, manteremos o termo *référé* ao longo desta análise.

Examinaremos embora perfunctoriamente as normas do "*Reglement de référé pré-arbitral*" da Chambre de Commerce Internacional de Paris, que em inglês é traduzido como "*Rules for a pre-arbitral referee procedure*".

O inciso 1.1 do artigo primeiro das pré-faladas normas define os seus objetivos e alcance, em tradução do autor.

"Este regulamento concerne a um procedimento denominado "Procedimento de Tutela Antecipada Pré Arbitral" que propicia a imediata designação de uma pessoa (référé) investida com poderes de dar certas ordens antes da instalação do tribunal arbitral ou do juízo estatal com jurisdição competente para pronunciar-se sobre a causa"

Os poderes do "*référé*", encontram-se perfeitamente expressos no artigo segundo, cujo item 2.1 é a seguir traduzido:

- a. Ordenar qualquer medida assecuratória ou restauradora de direitos que se fizerem urgentemente necessárias para prevenir, sejam prejuízos imediatos,

sejam perdas irreparáveis e assim salvaguardar quaisquer dos direitos ou propriedades de uma das partes;

b. Ordenar a uma das partes efetuar pagamentos devidos a quaisquer outras ou a terceiras pessoas;

c. Ordenar a uma das partes efetivar qualquer medida a ser tomada de acordo com o contrato previamente firmado entre elas.

d. Ordenar quaisquer medidas necessárias à preservação ou fornecimento de provas.

O Regulamento em tela, homenageando a autonomia da vontade estabelece ainda que os poderes citados poderão ser alterados por acordo expresso das mesmas partes.

Limita porém o poder do "référé" ao exato cumprimento da solicitação da parte, *ex-vi* do artigo terceiro que trata do pedido da tutela antecipada.

Ficou também assente – salvo diversamente acordado por escrito, que o "référé" não agirá como árbitro em qualquer fase subsequente do litígio (item 2.3). Uma providência ao nosso entender de maior coerência, eis que haveria uma tendência natural do *référé/arbitre* manter as medidas por ele mesmo anteriormente ordenadas.

Um dos aspectos relevantes do Regulamento consiste na exigência de fundamentação do decisório do "référé" e a fixação do prazo de 30 (trinta) dias para a sua efetivação, prazo este contado da data em que o requerimento do demandante lhe for entregue.

Para o cumprimento da missão, lhe é outorgada autoridade suficiente para promover todas as medidas julgadas necessárias, inclusive a de convocar as partes em Audiência.

O comando exarado pela decisão em tela se revestirá de natureza provisória, sem julgamento do mérito da causa. Não constitui, portanto, "res judicata" e nem vincula o Tribunal Arbitral ou o Juiz Estatal com Jurisdição sobre a causa.

O procedimento de que ora nos ocupamos, passou por sua "prova de fogo" no recurso de anulação de decisão pré-arbitral interposto pela Société Nationale des Pétroles du Congo e République de Congo contra a decisão que reconhecia a validade do procedimento.

"Cada parte poderá solicitar as medidas provisórias ou conservadoras de direito com aplicação do Regulamento do 'Procedimento de Tutela Antecipada PréArbitral' da Câmara de Comércio Internacional, decidindo o terceiro como référé com a aplicação daquelas normas e tendo competência exclusiva para essa finalidade."

Sustentavam os demandantes, em apertada síntese, que a decisão recorrida possuía a natureza jurídica de uma sentença, eis que resolvia o litígio definitivamente além de submetido a um terceiro investido de poder jurisdicional.

Em resposta a sociedade Total Fina Elf E & P Congo (TEP Congo) sustentava a impossibilidade do acolhimento do recurso. Afirmava, que as normas do Procedimento de Tutela Antecipada Pré-Arbitral,

"Não configuram um regulamento de arbitragem, e desse modo, as decisões proferidas em tal quadro não constituem sentenças arbitrais, das quais se distinguem essencialmente por serem desprovidas de qualquer caráter definitivo."

A Cour d'Appel de Paris, fundamentou o seu acórdão em três etapas de raciocínio:

1ª etapa – a vontade dos redatores

O preâmbulo do regulamento clarifica com exatidão o seu objetivo e alcance: a expedição de uma medida provisória revestindo um caráter de urgência, evitando cuidadosamente qualquer conotação com uma arbitragem.

2ª etapa – a apreciação da decisão em espécie

A decisão proferida, não prejudica o mérito da causa – matéria reservada aos árbitros que sobre a mesma não se pronunciaram. Conseqüentemente a missão atribuída ao "référé" não possuía natureza jurisdicional.

3ª etapa – o vínculo entre as duas primeiras etapas

Uma vez que o regulamento foi concebido como algo diferenciado da arbitragem, e considerando não estar o "référé" investido de poder jurisdicional, possuía ela [a decisão] decorrentemente, natureza puramente contratual.

Tal entendimento alicerçou o decisório daquela Corte ao ressaltar que *"as partes tendo conferido a um terceiro a missão de proferir uma decisão que elas entre si contratual e previamente tornaram obrigatória, à mesma [decisão] devem submeter-se como matéria contratual."* ⁽⁶⁾

Destarte, a Primeira Câmara do Tribunal de Apelação de Paris concluiu, que *"in casu"* não ocorrera julgamento definitivo, hipótese que somente poderia vir a ter lugar através do processo arbitral correspondente, não se justificando, portanto a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário. Daí o não conhecimento do recurso.

Vale o registro da abalizada análise do Prof. Charles Jarrosson em artigo da Revue de l'Arbitrage, n.º.4, do ano de 2003:

"O recurso a um terceiro, como o référé em causa é uma ilustração da necessidade de existência ao lado da arbitragem, de outros modos de resolução de litígios, que por sua complementaridade com a arbitragem, fornecerão aos operadores do comércio internacional o ferramental do qual eles exprimiram a necessidade, e para tal finalidade assim foram forjados.

Para terminar não é sem interesse destacar que na espécie, conquanto um recurso de anulação tivesse sido interposto contra a decisão do terceiro, e que um tribunal arbitral tenha sido constituído para apreciar o mérito, a decisão do terceiro citado foi respeitada exatamente, como o foi aquelas de outros terceiros na questão tendo assim dado lugar a primeira aplicação do regulamento.

Não foi portanto a melhor prova da eficácia desse sistema, inobstante sua natureza contratual?"

Para nós, brasileiros envolvidos na problemática, a decisão da Corte Francesa reveste-se de suma importância, ressalvadas as diferenças entre os dois sistemas jurídicos.

Dela exurge indubitavelmente a distinção entre o novel procedimento e o instituto da arbitragem fato que por si somente esparcaria quaisquer dúvidas quanto à natureza não arbitral do "référé". Contudo, a matéria, doutrinariamente, na própria França é controvertida.

A natureza contratual do "Procedimento de Tutela Antecipatória Pré-Arbitral" reconhecida pela Corte Francesa não seria, segundo alguns autores suficiente para justificar a sua exclusão da classificação de arbitragem. ⁽⁷⁾

Comentando o assunto afirma o Prof. Arnoldo Wald:

"A utilização do novo mecanismo da CCI está ainda em fase quase experimental, mas comprovou a sua eficiência e, já agora mereceu o NIHIL

OBSTAT da autoridade judiciária francesa, cuja posição deverá, provavelmente, ser seguida pelos demais tribunais europeus."

De todos os modos, o novo procedimento já tem assegurado o passaporte de entrada no direito positivo brasileiro, e a escolha do tema para apresentação neste trabalho nada tem de acadêmica, nem de fortuita.

As palavras do Prof. Reis Friede, amplamente a justificam.

"A tutela antecipatória do direito subjetivo material deve existir, por que se alguém tem o direito de obter exatamente aquilo que tem direito de obter (Chiovenda), o processo há de fornecer-lhe meios para que a entrega do direito ocorra logo de imediato".

O trabalho da CCI ao instituir os procedimentos do *référé pré-arbitral* indica haver aquela instituição sentido a necessidade de um instrumental, na via alternativa, para o provimento dessa tutela antecipatória. Singularmente, conforme o depoimento dos professores Emmanuel Gaillard e Philippe Pinsole,⁽⁸⁾ embora as mencionadas provisões tivessem sido incluídas em vários contratos, foram necessários mais de dez anos para serem aplicadas em dois casos diferentes, um dos quais, pela sua repercussão, objeto de comentário neste estudo.

Em palavras finais.

Constitui elementar princípio jurídico não ser a lei fonte exclusiva do Direito. Ou o equivalente a dizer: inadmissível admitir-se tudo o não previsto em diploma legal resolver-se como inexistente. O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, espanca todas as dúvidas ao comandar: *"quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"*. A liberdade de contratação mantém-se como regra no âmbito dos direitos patrimoniais. A autonomia da vontade livremente exercida *"faz a lei"* entre as partes.

Em corolário por não afrontar a ordem pública e os bons costumes, nem subsistir vedação expressa ou tácita na legislação de regência, o *"référé pré-arbitral"* sub-análise, poderá ser pactuado entre as partes, sem riscos de argüição de nulidade ou outras exceções, no direito positivo pátrio.

A oportunidade da utilização de uma similar iniciativa na prática arbitral brasileira configura-se inquestionavelmente urgente. Por essa razão mesma, dela a estamos cuidando. Permanecemos convictos de que a adoção de tudo quanto for capaz de contribuir para a efetividade do procedimento arbitral, e da melhoria da tutela jurisdicional ao cidadão brasileiro, será *conditio sine qua non* para a difusão desse método alternativo privado de acesso a justiça em nosso Brasil. E de inseri-lo na modernidade.

. * . * . * . * . *

"Para se saber o que está certo, deve-se ter um conceito claro sobre o que está errado." (Justice John Marshall)

Palestra proferida pelo Dr. PETRONIO R. G. MUNIZ, no Conferência Interamericana A Arbitrage e o Direito na Internet - Portais da Justiça no Século XXI, na cidade do Recife/PE, em 09 de Dezembro de 2005

(1) CARMONA, Carlos Alberto. Op. Cit. pg.

(2) Cfr. Art. 484 NCPC: "L'ordonnance de Référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente au appelé, dans le cas où la loi confere a un juge

qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires".

(3) RÉFÉRÉ. n.m. Recours au Juge qui, dans le cas d'urgence, a le droit de statuer provisoirement. Arrêt rendu dans ces conditions: solliciter un référé.

(4) REFEREE, n. Law. A person to whom a case is sent by order of court for investigation and report; an arbitration". The New International Webster's Comprehensive Dictionary – Encyclopedic Edition.

(5) "In Law, a referee is appointed by a court to decide disputed matters between litigants; an arbitrator is chosen by the contending parties to decide matters in dispute without action by a court". Ob. Cit. pg. 690.

(6) Pour trancher la question, la Cour analyse le règlement de référé pré-arbitral et relève "qu'il est manifeste que la qualification d'arbitrage a été soigneusement évitée en gommant toute référence aux expressions évocant une telle qualification" D'après Alexis Mourre – RÉFÉRÉ PRÉ-ARBITRAL DE LA CCI... TO BE OR NOT TO BE JUDGE.

(7) "Todo regulamento de arbitragem, não é por natureza contratual? E a cláusula do regulamento de "référé" pré-arbitral, segunda a qual as partes devem se empenhar para executar sem demora a decisão do "référé", também não justifica uma tal exclusão: o regulamento de arbitragem da CCI contem, por exemplo, no seu artigo 28 – 6 uma estipulação idêntica". Mourre, Aléxis. Op.cit. pg. 79 (tradução do autor deste trabalho).

(8) ICC PRE-ARBITRAL REFEREE; FIRST PRACTICAL EXPERIENCES. ARBITRATION INTERNATIONAL – vol. 20 – number 1. 2004. pg. 13

MUNIZ, Petronio R. G. **A Tutela Antecipatória no Procedimento Pré-Arbitral.**

Disponível em: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/tutela.html>

Acesso em: 15.ago.2006.