

ALGUMAS NOTAS SOBRE MEDIDAS CAUTELARES NO DIREITO COMPARADO DA ARBITRAGEM*

Pelo Dr. Manuel Pereira Barrocas**

1. Antagonismo de Base das Medidas Cautelares com a Arbitragem

1.1. As medidas cautelares constituem matéria em que a necessidade prática de dotar a Arbitragem da maior eficácia possível, mantendo, nomeadamente, no seu âmbito a *summaria cognitio* própria das medidas cautelares, supera a lógica e os princípios da Arbitragem.

Na verdade, a génese da Arbitragem assenta no consenso das partes, expresso na convenção de arbitragem, sobre a competência e os poderes do árbitro. Raramente, as partes numa convenção de arbitragem se referem a medidas cautelares e, deste modo, não outorgam quaisquer poderes ao árbitro na matéria, razão que seria, só por si, em princípio, suficiente para as afastar da jurisdição arbitral. Porém, as medidas cautelares arbitrais surgiram pela necessidade de não deixar o árbitro de fora nesta importante matéria.

A doutrina favorável à inclusão dessa competência no árbitro tem, nomeadamente, sustentado a tese dos poderes implícitos. Ou

* O texto deste artigo reproduz, no essencial, a palestra feita pelo autor em Lima, Perú, no dia 4 de Novembro de 2010, no âmbito do Club Español del Arbitraje.

** Advogado e Árbitro.

seja, muito embora as partes possam nada ter dito sobre a atribuição de poderes dessa natureza ao árbitro, o certo é que não faria sentido atribuir-lhe poderes para decidir o litígio e não lhe conceder a autoridade necessária para, sem a utilização dos meios judiciais, assegurar a exequibilidade da decisão arbitral.

Esta doutrina dos poderes implícitos tem hoje, praticamente, apenas valor histórico. Teve o mérito de combater a tendência vigente antes de meados dos anos oitenta do século XX que negava ao árbitro, em qualquer situação, isto é, mesmo mediante a outorga de poderes específicos pelas partes, qualquer competência, ou mesmo a mera possibilidade, para decretar medidas cautelares, com o argumento de ele não deter *jus imperii*.

Foi esta, por exemplo, a posição da lei francesa até à sua recente revogação pelo Decreto no. 2011-48, de 13 de Janeiro de 2011.

Igualmente, é a posição da lei portuguesa (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto) ainda em vigor. E também a da lei italiana e outras.

Todavia, a realidade actual é totalmente diferente, sobretudo a partir da publicação da Lei-Modelo da UNCITRAL, em 1985, que prevê expressamente a possibilidade de o árbitro decretar medidas cautelares. É também esse o caso das leis alemã, belga, espanhola e inglesa. Igualmente, a lei arbitral brasileira, embora de modo algo ambíguo, permite ao árbitro, segundo a doutrina, para uns, decretar medidas cautelares que o juiz, se necessário, executa e, para outros, o próprio poder de solicitar ao juiz a concessão de medidas cautelares.

A principal questão, no domínio da relação entre o árbitro e o juiz que a atribuição ao árbitro de poderes cautelares coloca, situa-se na problemática da antecipação da tutela. A resolução deste conflito resulta em favor da tese da competência do árbitro nesta matéria: na verdade, se compete ao árbitro, e só a ele, resolver o litígio, como seria admissível recusar-lhe poderes cautelares em favor do juiz, sabendo-se que este mediante a antecipação da tutela dos direitos em conflito pode, em muitos casos, apreciar o mérito da causa, embora de modo provisório, quando o certo é que as partes não lhe concederam, antes retiraram expressamente essa competência ao juiz mediante a celebração da convenção de arbitragem? O artigo 273.º do Código de Processo Civil brasileiro disciplinou,

contudo, os limites do poder judicial na matéria da antecipação da tutela.

Em qualquer caso, porém, em todos os países estudados, a parte interessada pode genericamente recorrer ao tribunal judicial, em lugar do árbitro, para a obtenção de medidas cautelares e, na verdade, sobretudo no caso de apreensão de bens (vide, por exemplo, o novo regime do processo arbitral francês e, bem assim, o direito belga) essa via judicial revela-se mais eficaz, designadamente porque não está sujeita ao regime da não contraditoriedade prévia e do secretismo do pedido cautelar, cujo conhecimento permanece vedado ao requerido, efeito que não é possível alcançar perante o árbitro dado o princípio da igualdade das partes e do seu corolário que exige o contraditório prévio, situação que poderia afectar o efeito útil da providência cautelar requerida.

Para obviar à revelação precoce à parte requerida do pedido cautelar, a reforma da Lei-Modelo da UNCITRAL introduziu um novo meio processual que permite ao árbitro intimar a parte requerida a manter o *status quo* — são as denominadas ordens preliminares. Mas, sem dúvida, que este meio não é tão eficaz como o recurso a tribunal judicial, sempre que a lei processual respectiva assegure o secretismo do processo cautelar antes de adjudicadas as medidas cautelares.

1.2. Igualmente, como ficou antes aflorado, a Arbitragem denota uma desvantagem relativamente ao poder judicial que consiste na dificuldade, dado o seu carácter consensual, de conceber medidas *ex parte*, isto é, sem contraditório prévio.

1.3. E, por fim, uma desvantagem adicional existe nas medidas cautelares arbitrais relativamente a medidas de alcance idêntico decretadas pelo juiz e que consiste na impossibilidade de vincular terceiros à decisão do árbitro.

1.4. Isto dito, porque surgiram então as medidas cautelares arbitrais? A resposta consiste, em suma, na necessidade de assegurar a aplicação do *princípio da equiparação da Arbitragem à Justiça do Estado*.

Se juntarmos a isto aspectos de natureza pragmática, como é o facto de o árbitro conhecer, em princípio, melhor o caso e o processo do que o juiz e, igualmente em princípio, por ser tendencialmente menos formalista do que este na apreciação dos fundamentos e, por último, porque o árbitro pode ter uma melhor percepção do que o juiz do que a parte interessada necessita em termos cautelares urgentes, do que pode ter o juiz, fica suficientemente justificada a importância das medidas cautelares arbitrais.

2. A Dimensão Prática das Medidas Cautelares Arbitrais

O interesse prático das medidas cautelares arbitrais deve ser analisado ante a dicotomia *Auctoritas* (que caracteriza o poder do árbitro) *versus Potestas* (que caracteriza, por sua vez, o poder do juiz).

Na verdade, a *Potestas* é sobretudo importante para a execução dos actos proferidos no uso da *Auctoritas* e isso significa que o árbitro pode decretar medidas cautelares ainda que não tenha o poder de as executar, porque não detém *Potestas*.

Chegados a este ponto, pergunta-se se não seria preferível o recurso ao juiz em lugar do árbitro, tanto mais que, na verdade, *Auctoritas* significa somente duas coisas: primeiro, o poder do árbitro de conduzir o procedimento arbitral e, segundo, o poder de proferir, a final, o laudo arbitral? A resposta não pode deixar de remeter para a livre opção das partes o recurso ao árbitro ou ao juiz conforme as condições de cada caso.

A este propósito, é mister dizer, o que se afigura muito importante, que a medida cautelar arbitral normalmente só é útil se a parte que a requer tiver a convicção, a confiança antecipada, que a parte requerida cumpre voluntariamente a medida cautelar que venha a ser ordenada pelo árbitro. A não ser assim, pode redundar numa pura perda de tempo.

É certo que a maioria das medidas cautelares arbitrais são voluntariamente cumpridas. De facto, uma atitude cooperativa da

parte requerida dá uma boa imagem sua perante o árbitro. Mas isso não é seguro que suceda sempre.

A medida cautelar arbitral, em resumo, não tem, porque não pode ter, a virtualidade de exceder os limites da *Auctoritas* do árbitro, tem que se conter dentro dela e nada mais.

Ora, isto é, sem dúvida, uma real limitação à sua eficácia sobretudo quando a medida cautelar tem carácter de urgência e requer para ser executada a contribuição do *jus imperii* que só os tribunais judiciais detêm.

3. Vantagem das Medidas Cautelares Arbitrais sobre as Medidas Cautelares Judiciais

Efectivamente, a medida cautelar arbitral pode ser menos formal, não é tipificada como é a judicial, isto é, nos tribunais judiciais apenas podem ser requeridas as medidas cautelares previstas e disciplinadas na lei o que não sucede em geral com o árbitro que pode ordenar as medidas cautelares que melhor lhe parecer, com imaginação, sentido de oportunidade e eficácia.

4. Situação Geral das Medidas Cautelares no Direito Comparado

4.1. As medidas cautelares arbitrais nos países analisados (que foram, em geral, todos os países da Europa Comunitária Ocidental e alguns da América Latina e também os Estados Unidos) apresentam, em síntese, as características que veremos de seguida, não sem antes dizer que elas se destinam em geral:

- a assegurar a posterior execução do laudo arbitral
- a assegurar a eficácia do procedimento arbitral (por ex., a conservação da prova)
- a regular uma relação jurídica (por ex., impondo uma conduta de acção ou de omissão a uma das partes)

- a determinar o início da execução prévia e provisória de um crédito (por ex., através da apreensão de bens)
- a assegurar os pagamentos dos custos da arbitragem
- outros.

4.2. 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*. O árbitro deve, naturalmente, orientar-se pela verificação destes atributos do pedido cautelar e da medida requerida antes de a decretar.

Mas, no caso da Inglaterra e, neste particular, este país é diferente de outros analisados, deve também ser tido em conta o seguinte:

- (1) o árbitro só pode conceder medidas cautelares se tiverem sido autorizadas pelas partes, salvo se elas forem relativas a questões de propriedade (excluindo *freezing injunctions*) e as destinadas a conservar a prova;
- (2) só podem ser decretadas pelo juiz se as medidas solicitadas forem justas (*fair*) e de acordo com o senso comum comercial (*commercial common sense*);
- (3) também o tribunal judicial só pode decretar medidas cautelares em apoio à arbitragem se for urgente a sua concessão.

Porém, em geral, com exceção de Inglaterra, tanto os tribunais arbitrais como os judiciais podem emitir medidas cautelares e as partes têm a liberdade de escolher o recurso ao árbitro ou ao juiz, alternativa esta que todavia coloca alguns problemas que serão analisados adiante.

A apreensão cautelar de bens é interdita ou limitada aos árbitros em certos países, como é o caso da Holanda e da França (de acordo com a nova lei francesa de arbitragem, o árbitro não pode decretar *saisies conservatoires*). Mas esse não é o caso da Alemanha, da Suíça, da Espanha e de Portugal, apesar de, no nosso País, e sem que uma nova lei de arbitragem venha regular de modo definitivo a matéria, ainda não está completamente clarificada a competência do árbitro para o decretamento de medidas cautelares, sobretudo de apreensão de bens.

Na Suécia, o juiz não pode executar medidas cautelares decretadas por um tribunal arbitral *ad-hoc*.

O *dano irreparável* constitui um requisito nos Estados Unidos para que a medida cautelar seja concedida.

Na Suíça, o árbitro pode decretar medidas cautelares *ex-officio*.

No Brasil, o árbitro que tenha concedido as medidas cautelares é também competente para solicitar ao juiz a sua execução.

Na Itália, como se sabe, o árbitro não está autorizado a decretar medidas cautelares.

5. A Correlação Jurisdição Arbitral e Jurisdição Judicial

Trata-se de uma questão delicada. Efectivamente, sendo certo que é admissível e livre o recurso ao árbitro ou, alternativamente, ao juiz para obter uma medida cautelar na maioria das jurisdições estudadas, como se relacionam entre si? Por exemplo, é possível o juiz revogar uma medida cautelar decretada por um árbitro e vice-versa? Pode ser requerida a um juiz uma *anti-suit injunction* destinada a impedir que o árbitro decrete uma medida cautelar e vice-versa?

Todos sabemos que ambas as jurisdições são independentes.

Daqui resulta que, em princípio, aquele conflito de jurisdição é sempre possível. Acresce, que não existe lei que resolva este potencial conflito.

Devem, por isso, seguir-se duas regras básicas que derivam de princípios próprios da Arbitragem:

- primeiro, o juiz, em qualquer caso, só pode decretar medidas cautelares em apoio à arbitragem e não para outro fim. Por isso, sob o ponto de vista funcional, a jurisdição judicial é auxiliar da jurisdição arbitral;
- segundo, deve prevalecer uma regra de senso comum e que consiste, pura e simplesmente, na não permissão, quer pelos juízes quer pelos árbitros, da existência de qualquer conflito jurisdicional. Assim, a medida cautelar decretada pelo juiz deve ser respeitada pelo árbitro e vice-versa, sem

prejuízo de o árbitro poder sempre revogar a medida cautelar judicial no final do procedimento arbitral ou quando ela não seja mais necessária.

6. A Situação da Execução da Medida Cautelar Arbitral na Arbitragem Internacional

Relativamente a esta matéria temos de distinguir entre:

- a execução das medidas cautelares decretadas pelo juiz em apoio à arbitragem;
- e
- a execução das medidas cautelares arbitrais.

Nos países analisados, é normal constatar-se que a lei ou a jurisprudência aceitam, sem discussão, a concessão de medidas cautelares decretadas por juízes em apoio à arbitragem, quer ela seja doméstica quer seja internacional. Na verdade, após a decisão do Tribunal Europeu de Justiça proferida no caso Van Uden ficou claro que, nos países da União Europeia, os tribunais judiciais podem fazê-lo. E isto é particularmente importante nos países comunitários em que não exista lei expressa para permitir essa possibilidade.

Efectivamente, enquanto no âmbito da arbitragem doméstica a situação está em geral muito facilitada, a execução pelo juiz de medidas cautelares arbitrais que tenham sido decretadas pelo tribunal arbitral sediado num país distinto daquele em que se pretende a referida execução, a situação é completamente diferente.

Na verdade, se as medidas cautelares não se encontrarem previstas na lei do país referido ou numa convenção internacional que o vincule, praticamente não são executáveis no outro país ou, se isso sucede, são muito escassos os casos.

Como resolver, então, esta lacuna?

Algumas tentativas têm sido feitas no sentido de aplicar por analogia a Convenção de Nova Iorque. E, igualmente, mediante o recurso ao novo artigo 17 da Lei Modelo da UNCITRAL que, em

matéria cautelar, segue de perto as condições da Convenção de Nova Iorque para o reconhecimento, noutro país, das sentenças arbitrais.

O fundamento é o seguinte: se a Convenção de Nova Iorque pretende assegurar a eficácia internacional da sentença arbitral não faz sentido que as medidas cautelares, ao menos as medidas conservatórias de bens, não possam também ser reconhecidas, pois integram-se dentro dos propósitos e do espírito da sentença arbitral.

O que acontece, porém, é que a Convenção de Nova Iorque não foi elaborada a pensar na execução de medidas cautelares arbitrais e não é fácil ir mais longe nesta matéria do que conceber um argumento de semelhança, que nem sequer em nosso entender pode ser classificado de analogia.

Pela primeira vez, porém, no mundo inteiro, pode estar a surgir a oportunidade, dentro da União Europeia, de se proporcionar à Arbitragem um grande passo em frente na posição jurisdicional que merece, concedendo-se, não somente às sentenças arbitrais, mas também às medidas cautelares arbitrais a possibilidade de serem admitidas e executadas pelos tribunais judiciais noutros estados membros sem necessidade de obtenção do *exequatur* nos estados em que se pretende executá-las.

A intenção dos Relatórios dos Professores Hess, Pfeiffer e Schlosser, que propõem a reforma daquele Regulamento, consiste, pois, em integrar nele também as sentenças arbitrais e as medidas cautelares arbitrais.

Existem, porém, como se sabe, algumas vozes críticas que afirmam que a arbitragem não deve ser incluída no futuro Regulamento 44/2001, após ser revisto.

A principal crítica põe em relevo, basicamente, que não devem ser os tribunais do estado onde a sentença arbitral tenha sido proferida que deve conceder o *exequatur* em lugar dos tribunais de execução como sugere aquele Relatório. E, em alternativa, dizem que a Convenção de Nova Iorque é suficiente para assegurar este desiderato e também a Convenção de Genebra de 1961.

Estas críticas têm na sua base uma questão complexa: o tema da Ordem Pública e do seu controlo. Evidentemente que a Ordem Pública assume importância diferente tratando-se de sentenças arbitrais ou medidas cautelares. Na verdade, praticamente só ques-

tões de ordem pública processual podem ser suscitadas no âmbito das medidas cautelares, uma vez que estas não tratam de questões substantivas ou, se o fazem, é apenas de modo provisório e nos moldes limitados de uma *summaria cognitio*.

Cremos, assim, que poderá estar para breve na União Europeia a livre circulação de medidas cautelares arbitrais para execução num outro estado membro se a reforma do Regulamento 44/2001 se concretizar no sentido referido. Isto será assim se a argumentação contrária em desfavor da execução judicial das sentenças arbitrais noutro estado Membro no âmbito daquele Regulamento comunitário (reformado) não contagiar a solução executória das medidas cautelares, inviabilizando-a igualmente.

7. A Questão da Limitação dos Poderes Judiciais por Vontade das Partes

Uma nota final só para dizer que, em nossa opinião, é admissível que as partes auto-convencionem a limitação do âmbito cautelar do poder judicial.

Na verdade, a arbitragem é privada e convencional. A intervenção do tribunal judicial destina-se, tão somente, a apoiar a arbitragem e se as partes pretenderem definir, por acordo, o tipo e o alcance das medidas cautelares que o tribunal judicial pode decretar, estão no seu direito, do mesmo modo que podem retirar ao juiz competência, mediante a celebração da convenção de arbitragem, para o conhecimento em geral do litígio.

Ao contrário, a exclusão desse poder em termos totais parece-me muito mais difícil de admitir. Efectivamente, nos casos em que o poder arbitral na matéria não é na prática eficaz, como é a hipótese, entre outras, já assinalada de medidas cautelares que devam vincular terceiros, pode ficar sem tutela legal o direito da parte requerente e, assim, pode existir uma restrição séria ao acesso à justiça, motivo por que não é lícita a exclusão total, pura e simples, do poder judicial na matéria.

Lisboa, 31 de Março de 2011