

Marivalda Costa: Utilização do árbitro de emergência

06/09/2022

Quando verificada a existência de conflito oriundo de contrato que possua cláusula arbitral, é inegável que a competência e jurisdição para processar e julgar o litígio será do juízo arbitral.



Não há dúvidas, também, de que o juízo arbitral, seja ele representado

pelo árbitro único ou pelo tribunal arbitral, é competente para apreciar os pedidos de tutela de urgência eventualmente formulados, quando já instituída a arbitragem, conforme disposto no parágrafo único do artigo 22-B da Lei de Arbitragem.

No entanto, em algumas situações, pode ser necessária a formulação de pedidos de tutela de urgência prévios à instituição da arbitragem.

Isso porque, em que pese a celeridade inerente ao procedimento arbitral, é evidente que algumas etapas procedimentais devem ser seguidas antes da instituição da arbitragem, o que, naturalmente, demanda um certo tempo, já que a arbitragem somente é instituída "*quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários*" (artigo 19 da Lei de Arbitragem).

Muitas vezes, todavia, não é possível aguardar o decurso desse período, para, só então, a tutela de urgência ser apreciada pelo Juízo Arbitral.

Por essa razão, sendo necessária a formulação de pedido de tutela de urgência prévio à instituição da arbitragem, é de suma importância que seja analisado a quem competirá o processamento dessa tutela, se à Câmara Arbitral ou ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, a própria Lei de Arbitragem já pacificou a possibilidade de as partes recorrerem ao Poder Judiciário sempre que necessitarem pleitear tutelas provisórias de urgência (artigo 22-A da Lei de Arbitragem) antes da instituição da arbitragem.

Antes mesmo da inclusão do referido dispositivo legal na Lei de Arbitragem, os tribunais já entendiam ser possível a formulação de tal pedido perante o Poder Judiciário, mas, a positivação de tal possibilidade pacificou os debates sobre esse tema.

Importante registrar, inclusive, que, ao recorrer ao Poder Judiciário com o pleito de concessão de uma tutela provisória de urgência, não implica dizer que a parte interessada estaria renunciando ou violando a cláusula arbitral firmada e posta no contrato.

Nesse sentido, Eduardo Talamini ensina (*in* Arbitragem e a Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015):

"[...] o emprego da ação judicial urgente não implica violação nem renúncia à convenção arbitral. A parte que pede tutela urgente ao juiz estatal, quando ainda não há juízo arbitral instituído, segue o caminho possível. Essa sua conduta não retrata, em si mesma, abandono ou desconsideração da opção pela arbitragem.

[...]

Enfim, a convenção arbitral passa incólume pela medida judicial urgente pré-arbitral. Permanece vigente e vinculante. Longe de implicar a superação da convenção de arbitragem, o procedimento judicial urgente pré-arbitral presta-se a preservar a própria utilidade e viabilidade prática do processo arbitral. A medida de urgência concedida em caráter preparatório protege a parte e seu possível direito. Mas também impede, ao debelar danos irreparáveis ou de difícil reparação, que a futura sentença arbitral caia no vazio."

Inobstante isso, se a parte interessada desejar que todo e qualquer conflito seja dirimido pela justiça arbitral, elas poderão recorrer à figura do Árbitro de Emergência/Urgência.

Embora não previsto na legislação brasileira, os regulamentos de diversas câmaras de arbitragem importaram a figura do árbitro de emergência, que nada mais é que um árbitro designado para a apreciação de pedidos de tutelas provisórias de urgência antecedentes à instituição a arbitragem.

Assim, estando diante de um conflito, a parte interessada pode analisar se é cabível, ou não, a utilização de um árbitro de emergência para dirimir a controvérsia.

Para tanto, será necessário analisar, em conjunto, a cláusula arbitral posta no contrato que originou o conflito, assim como o que dispõe o regulamento da Câmara sobre a possibilidade de uso do árbitro de emergência, especialmente porque as câmaras podem ter adotado em seus regulamentos o sistema *opt in*, ou o sistema *opt out*.

Para os regulamentos que adotam o critério *opt in*, temos que a possibilidade de utilização da arbitragem de urgência deve vir expressa na cláusula compromissória.

Os regulamentos que adotam o critério *opt out*, por sua vez, preveem que a possibilidade da utilização do árbitro de urgência não precisa estar expressa na cláusula arbitral, mas apenas a impossibilidade de sua utilização.

A título de exemplo, a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) adota o critério *opt in*, ao dispor no item 5.1.3 que o Árbitro de Apoio (Árbitro de Emergência) "somente poderá ser acionado se a convenção de arbitragem contiver previsão expressa quanto à sua atuação" [1].

Por outro lado, a Câmara de Comércio Internacional (ICC) adota o critério *opt out*, dispondo em seu artigo 29, item 6, que as disposições do Árbitro de Emergência não são aplicáveis quando as partes assim tiverem convencionado [2].

Da interpretação desses dois critérios utilizados, pode-se concluir que as cláusulas compromissórias que forem silentes acerca da possibilidade de atuação do árbitro de emergência poderão limitar a atuação dele, acaso o critério adotado pelo regulamento da câmara seja o *opt in*.

Por essa razão, é importante que todas as partes estejam bastante atentas à redação das cláusulas arbitrais postas nos contratos firmados, para que elas reflitam exatamente sua vontade, seja pela possibilidade, ou não, da utilização do árbitro de emergência para apreciar eventuais pedidos de tutela de urgência formulados antes da instituição da arbitragem.

[1] 5.1.3 O Árbitro de Apoio somente poderá ser acionado se a convenção de arbitragem contiver previsão expressa quanto à sua atuação. Caso contrário, a parte deverá requerer diretamente ao Poder Judiciário as medidas conservatórias necessárias à prevenção de dano irreparável ou de difícil reparação, e tal proceder não será considerado renúncia à arbitragem.

[2] "Artigo 29 [...]

6. As Disposições sobre o Árbitro de Emergência não são aplicáveis quando:

[...]

b) as partes tiverem convencionado excluir a aplicação das Disposições sobre o Árbitro de Emergência; ou [...]"