



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

GUSTAVO TONIOL RAGUZZONI

**GARANTIA DE CUSTAS EM ARBITRAGEM –A AUTONOMIA DA VONTADE E A
APLICABILIDADE DESTA MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL**

Brasília

2018



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

GUSTAVO TONIOL RAGUZZONI

**GARANTIA DE CUSTAS EM ARBITRAGEM –A AUTONOMIA DA VONTADE E A
APLICABILIDADE DESTA MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da Professora Doutora Laura Schertel Ferreira Mendes.

Brasília

2018

Universidade de Brasília –UnB
Faculdade de Direito – FD

GUSTAVO TONIOL RAGUZZONI

**GARANTIA DE CUSTAS EM ARBITRAGEM –A AUTONOMIA DA VONTADE E A
APLICABILIDADE DESTA MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília pela seguinte banca examinadora:

Professora Doutora Laura Schertel Ferreira Mendes (Orientadora)

Mestre Andrey Rank de Vasconcelos

Mestrando Marcello Lavenère Machado Neto

AGRADECIMENTOS

Em uma trajetória como a vida, contínua e sem intervalos, grandes marcos se tornam fundamentais para compreender o progresso. Concluir cinco anos de intensa dedicação certamente permite uma nova visão sobre a experiência da graduação. Decisões desconexas mostram-se absolutamente entrelaçadas quando cuidadosamente observadas do momento atual para o tempo remoto. Nada disso seria possível, contudo, sem o apoio de pessoas incríveis que se fizeram presentes durante todo esse período de aprendizado.

Primeiramente, agradeço a Deus, força motriz de tudo, por me amparar em todos os momentos. Agradeço à minha família. À minha avó, Cyllene, cujo cuidado, carinho e força me permitiram percorrer todo o caminho até aqui. À minha mãe, por ser peça fundamental nesse processo de educação. Aos meus tios, Fernando e Eduardo, tão importantes em incentivar os estudos e pelos subsídios intelectuais e materiais oferecidos para que fosse possível a concretização desta peça. Agradeço aos meus irmãos, Guilherme e Gabriel, e minhas primas, Gabriela e Isabela, por todo apoio emocional que me ofereceram nos últimos meses.

Agradeço a Paulo Burnier, Raquel Santana, Priscilla Tollini, João Lacerda, Iago Ruas e Rodrigo Iglesias, por terem participado dos meus primeiros passos dos estudos sobre arbitragem e a todos aqueles que encontrei durante o VIS Moot. Vocês são parte fundamental na minha formação.

Sinto-me extremamente grato à Lucas Navarro Prado e aos colegas do Escritório Navarro Prado Advogados – Denise, Eber, Fernanda, Denis, Felipe, Shirley e Lara – e aqueles que passaram pela equipe - Karla, Letícia, Cláudio, Rodrigo, Adriano. Com vocês me descobri na advocacia privada e tive a oportunidade de participar de minha primeira arbitragem com a administração pública de forma bastante ativa.

Aos colegas do Cade (Fernanda, Laura, Renata, Aline, Mylena) e TCU (Luís, Maurício, Daniela, Cezar), obrigado por me guiarem nos primeiros momentos profissionais na área jurídica.

Por todo o cuidado e carinho com que me deu orientações sobre os estudos, além de ter me dado autonomia quando monitor na matéria de introdução ao estudo do direito, agradeço a Laura Schertel – em nome de quem agradeço também a todos os professores que me ensinaram nessa fase da graduação.

Ao Marcello Lavenère Neto, agradeço não só por ter dedicado seu tempo a avaliar este trabalho, mas especialmente por ter me colocado em contato com a Comissão de Arbitragem da OAB/DF. Em seu nome, agradeço a todos os membros maravilhosos que sempre me receberam muito bem desde 2016: foi incrível trabalhar pela difusão da arbitragem no DF.

Andrey Rank, Maria Augusta Rost, Asdrubal Júnior, Eduardo Vieira, Marco Rochael. Sem vocês não teria me desenvolvido tanto na academia. Sintam-se homenageados.

Aos amigos que a faculdade me proporcionou: Artur Cotias, Paula Santa Catarina, Júlia Marssola, Isabela Maiolino, Naiane Priscila, Raianne Coutinho, Mayã Barboteo, Amauri Perfeito, Bianca Abrahami, Natália Segala, Paulo Nikson, Judson Muller.

Thiago Barra e Gabriella França, obrigado. Vocês estiveram ao meu lado nos momentos de turbulência.

RESUMO

O estudo busca analisar a aplicação da medida cautelar de Garantia de Custas no âmbito de arbitragens com sede no Brasil. O objetivo é verificar se a Garantia de Custas se enquadra no conceito de medida provisória do Brasil, o poder do tribunal arbitral para concedê-lo, os limites de sua aplicação na arbitragem, e se as melhores práticas adotadas internacionalmente podem ser aplicadas no âmbito de arbitragens nacionais. O método utilizado para tanto será de revisão bibliográfica, estudo de casos e investigação de regulamentos de arbitragem de Câmaras de Arbitragem representativas e guias práticos sobre o assunto.

Palavras-chave: Arbitragem. Medida Provisória. Garantia de Custo.

ABSTRACT

The study aims to analyze the application of Security for Costs as a provisional measure in arbitration with seat in Brazil. The purpose is to verify whether the Security for Costs falls within the concept of provisional measure in Brazil, the power of the arbitral tribunal to grant it, the limits of its application in arbitration, and whether the best practices adopted internationally can be applied in the scope of national arbitrations. The method applied was bibliographic review, case study and investigation of arbitration rules of representative Chambers of Arbitration and guidelines on the subject.

Key-Words: Arbitration. Provisional Measure. Security for Costs.

Sumário

AGRADECIMENTOS	III
RESUMO	V
ABSTRACT	VI
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - ARBITRAGEM: DESENVOLVIMENTO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	5
I.a. Breve histórico	5
I.b. Conceito de Arbitragem e suas vertentes nacionais, internacionais e estrangeiras segundo o Direito brasileiro	7
I.c. Arbitrabilidade e Princípios da Arbitragem	11
I.c.i. Arbitrabilidade Subjetiva	11
I.c.ii. Arbitrabilidade Objetiva	12
I.c.iii. Autonomia da Vontade	13
I.c.iv. Kompetenz-Kompetenz	14
I.c.v. Devido Processo Legal	14
I.d. Características da Arbitragem	14
CAPÍTULO II - TUTELAS PROVISÓRIAS NO PROCEDIMENTO ARBITRAL	18
II.a. Tutelas Provisórias	18
II.b. Principais características	19
II.b.i. Sumariedade de cognição e de procedimento	19
II.b.ii. Perigo de dano	19
II.b.iii. Provisoriedade	20
II.b.iii. Instrumentalidade	20
II.b.iv. Reversibilidade	21
II.c. Aplicação das Medidas Provisórias	21
II.d. Tutelas de Emergência no Procedimento Arbitral	22
II.e. Garantia de Custas	26
CAPÍTULO III – APLICAÇÃO DAS GARANTIAS DE CUSTA	29
III.a. Experiência internacional	29
III.b. Condições para concessão de Garantia de Custas e a evitação da limitação do acesso à justiça	41
III.c. Câmaras Brasileiras	44
III.d. Aplicabilidade no país	46
CONCLUSÃO	52
BIBLIOGRAFIA	54

INTRODUÇÃO

O Brasil acumula entre todas as esferas judiciais cerca de 100 milhões de ações em curso¹, com elevada taxa de congestionamento da justiça² e baixa especialização dos juízes³. Ao se acrescentar a este cenário uma lei de arbitragem moderna e alinhada à prática internacional e um Código de Processo Civil que fomenta os *meios alternativos de solução de conflitos*, obtém-se como resultado uma franca expansão da arbitragem.

Assim, a arbitragem tem sido eleita no país como método de solução de conflitos para as grandes obras de infraestrutura⁴, bem como nos contratos internacionais⁵, para questões societárias⁶, e cada vez mais estimulado no âmbito da administração pública⁷.

¹ Conforme números do levantamento anual Justiça em Números, feito pelo Conselho Nacional de Justiça, disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/7d8fa9ae6f181c5625e73f8184f10509.pdf> [acessado em março de 2017].

² De cada grupo de 100 processos em tramitação, 72 terminaram o ano de 2015 sem solução, conforme demonstrado no relatório “Justiça em Números” de 2016, disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/7d8fa9ae6f181c5625e73f8184f10509.pdf> [acessado em março de 2017].

³ “O candidato [ao cargo de juiz] deve ter diploma de nível superior de bacharelado em Direito reconhecido pelo Ministério da Educação, além de pelo menos três anos de atividade jurídica, considerado o período de exercício de cargo privativo de bacharel em Direito”, disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82067-cnj-servico-saiba-como-funciona-a-carreira-de-magistrado> [acessado em 10 de abril de 2017]

⁴ À exemplo dos contratos administrativos de obras nos estádios da copa do mundo de 2014, dentre os quais Arena Fonte Nova em Salvador/BA (cláusula quadragésima terceira do contrato); Arena Multiuso em Recife/PE (cláusulas sexagésima terceira e sexagésima terceira); Estádio Governador Magalhães Pinto – Mineirão em Belo Horizonte/MG (cláusula trigésima nona); do Contrato da PPP entre GBT, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil, Complexo Datacenter (cláusula trigésima terceira); bem como da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei no 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei no 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

⁵ BUCHANAN, Mark A., PUBLIC POLICY AND INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, **American Business Law Journal**, v. 26, n. 3, p. 511–531, 1988. P.512

⁶ FRANZONI, Diego, **Arbitragem Societária**, 1a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P.27-29

⁷ Destaca-se a inclusão dos §§1º e 2º ao Art. 1º da Lei nº 9.307/1996, que formaliza o fato de a administração pública, seja direta ou indireta poder utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, e também esclarece que a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. Ainda a Lei nº 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, trata diretamente da arbitragem em pelo menos dois momentos. De modo semelhante, a Lei mineira nº 19.477/2011 já tratava de adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o estado fosse parte. Atualmente a Comissão de Arbitragem da OAB/DF trabalha em um projeto de Lei Distrital que trata de arbitragem envolvendo a Administração Pública direta e indireta no Distrito Federal.

Apenas se destacando a Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC), haviam sido instituídas 25 arbitragens entre os anos de 1989 e 2002, e entre os anos de 2003 e 2011 o número aumentou para 275 procedimentos instituídos⁸.

A análise dos números de procedimentos arbitrais iniciados em grandes Câmaras Brasileiras – Centro de Arbitragem da AMCHAM Brasil, Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo- CIESP/FIESP, Câmara de Arbitragem do Mercado CAM-BOVESPA, Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas, Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil – era de 128 casos em 2010 e saltou para 222 em 2015⁹.

Simultaneamente ao aumento do número de instituições de procedimentos, outro fator relevante que indica a franca expansão da arbitragem no Brasil é uma importante redução no valor médio de cada procedimento, que entre os anos 2008 e 2011, na CAM-CCBC, passou de cerca de R\$166.500.000,00 para aproximadamente 12 milhões de reais.¹⁰

Neste contexto de aumento do número de procedimentos e redução do valor médio destes, é importante destacar que eventualmente os custos da arbitragem superam o valor do pleito.

Deve-se ter em mente também que em uma demanda bem-sucedida o demandante soma ao seu patrimônio algum benefício, enquanto em uma defesa bem-sucedida, o demandado, caso não tenha apresentado reconvenção, apenas acumula custos com arbitragem. Assim, independente da forma que os custos da arbitragem sejam alocados, é necessário que se desenvolvam ferramentas para dificultar que demandantes abusem do seu direito de petição – sem se prejudicar o acesso à justiça –, ao passo que assegurem a executividade de eventual condenação em custas.

⁸ STRAUBE, Frederico José; FINKELSTEIN, Claudio; CASADO FILHO, Napoleão (Orgs.), **The CAM-CCBC Arbitration Rules 2012: A Commentary**, 1a Edição. [s.l.]: Eleven International Publishing, 2016. P. 2-3

⁹ Dados levantados pela Dra. Selma Ferreira Lemes, disponíveis em <http://selmalemes.adv.br/noticias/An%C3%A1lise%20da%20pesquisa%20arbitragens%20em%20n%C3%BAmeros%202010%20a%202015.pdf> [acessado em 10 de abril de 2017]

¹⁰ STRAUBE, Frederico José; FINKELSTEIN, Claudio; CASADO FILHO, Napoleão (Orgs.), **The CAM-CCBC Arbitration Rules 2012: A Commentary**, 1a Edição. [s.l.]: Eleven International Publishing, 2016.

Dentre as diversas tutelas provisória existentes e admitidas no curso de um procedimento arbitral, sejam estas com vistas a regular a relação das partes, preservar provas, garantir executividade da sentença arbitral, a Garantia de Custas [*Security for Costs*] é uma medida cautelar com cujo objetivo é garantir segurança a um agente que se vê demandado em uma arbitragem e não tem pretensão de apresentar reconvenção. Por meio deste instituto o demandado se vê capaz de (i) garantir o reembolso de parte das despesas realizadas para se defender ou (ii) eventualmente, encerrar um processo movido por má-fé logo em seu princípio.

Assim, a Garantia de Custas se mostra como solução a este problema, uma vez que – considerados diversos critérios – obriga o demandante a comprovar meios e/ou apresentar garantias para arcar com as custas em caso de o seu pleito não ser reconhecido.¹¹

Tal discussão da possibilidade de medidas para Garantia de Custas tem se destacado no âmbito internacional com o crescimento do financiamento por terceiros e expansão do tratamento de alocação de custas nas sentenças.¹² Assim, já existe inclusive guia de boas práticas publicados sobre o tema.

No Brasil, entretanto, tal discussão mostra-se ainda incipiente, sem a devida clareza sobre a aplicação da Lei de Arbitragem sobre o tema e, também, da interpretação dos regulamentos de arbitragem das câmaras nacionais.

Tendo em vista a crescente importância deste meio de solução de conflitos no país, é evidente a urgência no aprofundamento desta discussão, sendo, portanto, fundamental para o desenvolvimento da arbitragem a correta aplicação das ferramentas para equilibrar as armas entre as partes.¹³

Nesse sentido, é atual e relevante entender se a regulação nacional permite a aplicação de medidas de garantias de custas e se os regulamentos institucionais das Câmaras brasileiras estão alinhados com as melhores práticas internacionais no tocante a sua aplicação.

¹¹ REDFERN, Alan; O'LEARY, Sam, Why it is time for international arbitration to embrace security for costs, **Arbitration International**, v. 32, n. 3, p. 397–413, 2016.

¹² *Ibid.*

¹³ HARDY, Tim (Editor), International Arbitration Practice Guidelines on the Applications for Security for Costs, p. 27, 2016.

Para se atingir tal objetivo, este trabalho é dividido em três capítulos, que pretendem discutir um panorama geral da arbitragem, apresentando seus conceitos e contornos até que se mostre possível a aplicação de medidas cautelares e, especificamente de Garantia de Custas.

Assim, o primeiro capítulo busca apresentar a imagem ampla da arbitragem, conceituando-a e discutindo criticamente suas características principais, demonstrando e firmando a importância da autonomia da vontade das partes em sua condução e efetivação.

O segundo capítulo pretende analisar como as tutelas provisória se relacionam com o procedimento arbitral, e como se aproximou da arbitragem no decorrer de seu desenvolvimento, com foco na experiência brasileira.

O terceiro capítulo analisa o cenário internacional quanto a aplicação da Garantia de Custa nos procedimentos, buscando traçar em paralelo as possibilidades brasileiras, por fim, levantando os regulamentos das principais Câmaras Brasileiras para verificar a possibilidade de aplicá-la.

O desenvolvimento do trabalho partiu de revisão bibliográfica, com o levantamento de artigos relevantes que tratassem não apenas do tema em destaque, mas também da arbitragem como meio de acesso à justiça e tutelas provisória no processo civil e no procedimento arbitral. Após consolidado o plano de fundo inicial, o estudo da aplicação prática das garantias de custas foi aprofundado por meio de análise das *guidelines* internacionais sobre a medida.

Por fim, após fixados parâmetros da aplicação de medidas de garantias de custas segundo as melhores práticas internacionais, foi analisada a Lei Brasileira de Arbitragem para verificar a possibilidade da aplicação de tais medidas, em conjunto com leitura e interpretação dos regulamentos das Câmaras de Arbitragem brasileiras, dentre as quais CAM-CCBC, CAMARB, CBMA.

Assim, os dados levantados foram analisados para se determinar a possibilidade de aplicar em arbitragens que ocorrem no Brasil medidas de garantias de custas em conformidade com as melhores práticas internacionais, ou se tal aplicação estaria limitada a expressa concordância das partes ou de imposição de regulamentos das câmaras de arbitragem.

CAPÍTULO I - ARBITRAGEM: DESENVOLVIMENTO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

I.a. Breve histórico

A arbitragem se apresenta como um método de solução de controvérsias notoriamente tão antigo quanto a própria humanidade, traduzida por meio da ideia de um terceiro imparcial sendo consultado para dirimir conflitos de privados.

Nesse sentido, Francisco José Cahali nos traz à memória que, já na obra de Homero, um método em que um terceiro apresenta uma solução para um dilema é usado para a eleição da deusa mais bela: Zeus nomeia um árbitro para decidir qual das deusas merece o pomo de ouro da beleza.¹⁴

Carlos Alberto Carmona, por sua vez, destaca que a vida na Grécia oferecia espaço para um método em que as partes em discórdia, sendo incapazes de se conciliarem, elegiam e pagavam um terceiro para que pronunciasse sua sentença na forma de juramento.¹⁵

De forma semelhante, Grace Xavier relembra o caso bíblico de Salomão,¹⁶ em que o Rei é buscado para dirimir uma controvérsia, ainda que de forma completamente estranha ao modelo atual de arbitragem.¹⁷

Todas essas facetas de um terceiro que soluciona uma controvérsia pavimentaram o caminho para a concretização da arbitragem moderna, entretanto, apresentam pontos de conflito e divergência com o atual modelo.

Para Cândido Rangel Dinamarco, apesar de a validade dos relatos anteriores, a gênese da arbitragem como conhecemos deriva do Direito Romano. Naquele modelo, a imagem do *judex*, um cidadão romano designado pelo pretor, conduzia a

¹⁴ CAHALI, Francisco José, **Curso de arbitragem**, 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P.30

¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e processo**, São Paulo: Atlas, 2009. P. 34

¹⁶ XAVIER, Grace, **Evolution of arbitration as a legal institutional and the inherent powers of the Court: Putrajaya Holdings Sdn. Bhd. v. Digital Green Sdn. Bhd.**, Singapore: [s.n.], 2010.

¹⁷ Livro dos Reis. 3, 16-28, in: **Bíblia Sagrada**, São Paulo: Paulus, 2004. P. 370

causa e decidia a controvérsia. Era, todavia, uma arbitragem obrigatória, desconectada, assim, da autonomia da vontade das partes.¹⁸

O salto do desenvolvimento da arbitragem citada por Dinamarco para aquela que conhecemos atualmente se deu por meio de disputas entre países. Tal conclusão é apresentada por Napoleão Casado Filho, ao analisar especialmente questões de definições de fronteiras, em que o não reconhecimento da autoridade no julgador estatal de um dos países litigantes induziam os países a optar por um árbitro neutro que decida de forma definitiva sobre os litígios.¹⁹

Nesse contexto, explica Casado Filho, o mundo viu as nações usarem cada vez mais arbitragem para solucionar seus dilemas, enquanto os Estados se fortaleciam e suas populações recorriam com maior frequência a judiciário estatal.²⁰

No cenário brasileiro, a arbitragem remonta à origem do país. As Ordenações Filipinas já faziam referência ao instituto.²¹ A Constituição do Império de 1824, permitia que as partes, se assim convencionassem, nomeassem *juízes árbitros* para proferir sentenças que poderiam, inclusive, ser executadas sem recursos.²² Salientava ainda que não se deveria iniciar processo na esfera privada sem uma tentativa de conciliação.²³

Posteriormente o instituto foi abarcado também no Código Comercial de 1850, especialmente no tocante a controvérsias mercantis (art. 242), societários (art. 294), securitários (art. 667)²⁴; e no Código Civil de 1916, o qual exigia a homologação judicial da sentença²⁵.

Cahali indica uma verdadeira melhora no desenvolvimento da arbitragem com as novidades da Lei 9.099/1995, que permitem às partes recorrerem ao juízo arbitral

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, **A arbitragem na teoria geral do processo**, São Paulo: Malheiros, 2013. P. 35-36.

¹⁹ CASADO FILHO, Napoleão, **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do Third Party Funding**, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P.33

²⁰ *Ibid.* P:34

²¹ ALMEIDA, Cândido Mendes de, **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I**, 14a. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870.

²² BRASIL, Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Art. 160

²³ Determinação que curiosamente se assemelha ao modelo de inserção de audiência de mediação no início do processo privado, adotado pelo Código de Processo Civil de 2015.

²⁴ BRASIL, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

²⁵ BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

no âmbito dos juizados especiais e com a aprovação da Convenção do Panamá sobre arbitragem, aplicável às relações comerciais internacionais – no mesmo ano.²⁶

Em 1996 o maior avanço sobre o tema no país é notado com a promulgação da Lei 9.307, que formatou no Brasil a arbitragem como um instituto dinâmico, seguro e eficiente, amplamente alinhado com as melhores práticas mundiais e com a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional.²⁷

A recepção só não foi melhor pois a Lei trouxe em sua origem polêmica acerca de sua constitucionalidade frente ao direito constitucional de garantia de acesso à justiça, consagrado pelo art. 5º, XXXV da CF²⁸.

Uma vez superado tal questionamento nos autos do Agravo Regimental em Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em 2001 o instituto ganhou mais força, apresentando forte expansão nos anos seguintes.²⁹

Assim, com a arbitragem firmada como um meio constitucional de se dirimir conflitos, passamos à discussão de sua formatação e características em vias de compreender a aplicação de medidas provisórias no decorrer da arbitragem e o porquê de se buscar uma medida para garantir as custas deste procedimento.

I.b. Conceito de Arbitragem e suas vertentes nacionais, internacionais e estrangeiras segundo o Direito brasileiro

²⁶ CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e processo**, São Paulo: Atlas, 2009.

²⁷ “A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) é um órgão subsidiário da Assembleia Geral. Desempenha uma função de relevo no desenvolvimento do quadro jurídico do comércio internacional, através da preparação de textos legislativos, para que os Estados os utilizem na modernização do direito do comércio internacional, e textos não legislativos, para que as partes os utilizem na negociação de suas transações comerciais.” Disponível em <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf> Acessado em 23/12/2016

²⁸ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

²⁹ STF - SE-AgR: 5206 EP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 12/12/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-009583.

É possível inferir da Lei de Arbitragem que este é um meio que pode ser utilizado por pessoas capazes de contratar para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, por meio de um ou mais árbitros, nomeados por elas ou não, para proferirem sentença que não ficará sujeita a recurso ou homologação do poder judiciário.

Tal análise é compatível com a doutrina brasileira, que conceitua arbitragem como:

O meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo arbitro, juiz de fato e de direito normalmente especialista na matéria controvertida. ³⁰

A doutrina internacional mantém um entendimento semelhante à brasileira acerca do conceito básico de arbitragem³¹⁻³², mas diversos países diferenciam a arbitragem interna daquela cujo objeto se relaciona com demandas relacionadas ao exterior.

Tal distinção no Brasil resume-se a letra da Lei de Arbitragem que, no parágrafo único do art. 34, dispõe que “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”, e por conseguinte sentença arbitral nacional é aquela que tenha sido proferida no território brasileiro.

Assim, para fins de Direito Comparado, não é possível dizer que no Brasil existe uma arbitragem nacional, doméstica, internacional ou estrangeira, mas apenas que existem arbitragens cuja sentença é proferida no Brasil, logo, título executivo judicial e outras cuja sentença é prolatada no exterior, logo para ser reconhecida ou executada no Brasil está sujeita à homologação do Superior Tribunal de Justiça.

³⁰ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio, **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P.2

³¹ No mesmo sentido a doutrina internacional: “a process by which parties consensually submit a dispute to a non-governmental decision-maker, selected by or for the parties, to render a binding decision resolving a dispute in accordance with neutral, adjudicatory procedures affording each party an opportunity to present its case. (BORN, Gary B., **International arbitration: law and practice**, 2. ed. Croydon: Wolters Kluwer, 2016. P. 2)

³² Ainda “l’arbitrage est l’institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui est confiée par celles-ci” JARROSSON, Charles, La notion d’arbitrage, apud PINNA, Andrea; BROCHIER, Darrois Villey Maillot, Réflexions sur l’arbitrage forcé, **Gazette du Palais 351**, 2008. P.1

Tal diferenciação, entretanto, pode-se mostrar relevante, pois, sendo realidade em diversos países, os *guidelines* de melhores práticas internacionais levam em consideração tais distinções.

Passamos então à conceituação de arbitragem nacional, estrangeira, doméstica e internacional. Porquanto os primeiros conceitos se enquadram no critério geográfico adotado pelo Brasil, consideraremos nacional³³ aquela arbitragem cuja sentença seja proferida no Brasil e estrangeira aquela cuja sentença seja proferida no exterior.

De forma simplista, arbitragem doméstica em muito se assemelha a resolução de controvérsia no judiciário, substituindo-se o juiz estatal e seus procedimentos por árbitros e procedimentos acordados pelas partes.

Por outro lado, para diversos países a análise deve considerar se existe relação entre as partes com algum elemento de conexão com regime jurídico diversos. Assim:

*Any foreign elements found in this examination will provide possible connections with other countries. According their importance, the situation or relationship will be governed either by a foreign legal system or by a national legal system. For the purposes of this method, an arbitration involving elements which are foreign vis-a-vis a particular country would be considered to be international.*³⁴

Isso posto, na prática alguns elementos são comumente analisados para diferenciar uma arbitragem estritamente doméstica daquela internacional:³⁵

- (i) A lei aplicável à arbitragem: é normal que em arbitragens internacionais as partes não tenham conexão direta com a sede da arbitragem, de modo a garantir sua neutralidade, assim, normalmente a lei aplicável se distingue da lei local;

³³ Há quem defenda que, como toda arbitragem necessita de uma sede, toda arbitragem é uma arbitragem nacional, de alguma forma. Analisamos, entretanto, sob perspectiva do Brasil.

³⁴ Em tradução livre: Quaisquer elementos estrangeiros encontrados neste exame fornecerão possíveis conexões com outros países. De acordo com sua importância, a situação ou relacionamento [a arbitragem] será regida por um sistema legal estrangeiro ou por um sistema jurídico nacional. Para os fins deste método, uma arbitragem envolvendo elementos que são estrangeiros em relação a um determinado país seria considerada internacional. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John, **Fouchard, Gaillard & Goldman on International Arbitration**, Holanda: Kluwer, 2009. P.45

³⁵ BLACKABY, Nigel *et al*, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 6th. ed. [s.l.]: Oxford University Press, 2015. P. 7

- (ii) Natureza internacional da controvérsia: independente da nacionalidade das partes, a controvérsia entre elas pode derivar de objeto que excede as fronteiras de determinado país, por exemplo, contratos que apesar de firmados entre nacionais do mesmo país devem ser executados em outro;
- (iii) Nacionalidade das partes: tal elemento inclui análise não apenas da nacionalidade dos envolvidos, mas do local de residência ou sede de empresa.

No mesmo sentido, pode-se observar a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional que em seu artigo 1(3) define como internacional aquela arbitragem na qual:

(a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or

(b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:

(i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;

(ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or

(c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.³⁶

³⁶ Em tradução livre: (a) as partes de uma convenção de arbitragem tenham, no momento da conclusão desse acordo, seus locais de negócios em diferentes Estados; ou / (b) um dos seguintes locais está situado fora do Estado em que as partes têm seus locais de negócios: (i) o local da arbitragem, se determinado em ou nos termos da convenção de arbitragem; / (ii) qualquer lugar onde uma parte substancial das obrigações da relação comercial deve ser executada ou o local com o qual o objeto da disputa está mais estreitamente conectado; ou / (c) as partes concordaram expressamente que o objeto da convenção de arbitragem se relaciona com mais de um país. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**, Viena: [s.n.], 2008.

I.c. Arbitrabilidade e Princípios da Arbitragem

Definida, portanto a arbitragem, passamos à análise da lei, que descreve as duas condições que devem ser satisfeitas para a instituição de um procedimento arbitral: a arbitrabilidade subjetiva – nos termos da lei compreendido como pessoa com capacidade de contratar – e arbitrabilidade objetiva – caracterizado por litígio relativo a direito patrimonial disponível³⁷.

I.c.i. Arbitrabilidade Subjetiva

Destarte, para a correta avaliação da arbitrabilidade subjetiva, uma importante variável deve ser observada: a mera capacidade civil não se mostra suficiente para caracterizar a capacidade de se optar pela arbitragem. Nesse diapasão é necessário que a pessoa se encontre em pleno gozo da capacidade civil, nos seguintes termos postos por Carmona:

Condição *sine qua nom* para a utilização da arbitragem é a capacidade dos contratantes, sem o que não pode ser firmada a convenção de arbitragem.

A capacidade jurídica consiste – como lembra Angelo Favata – ‘na aptidão de tornar-se sujeito de direitos e deveres’, sendo tal capacidade o pressuposto de todos os direitos e obrigações. Esta aptidão genérica está estampada no art. 1º do novo Código Civil brasileiro, sendo certo que a capacidade jurídica da pessoa natural é limitada, já que uma pessoa pode ter o gozo de um direito sem ter o seu exercício, em razão pela qual seu representante legal é que o exercerá, em seu nome. Também pode a capacidade sofrer restrições quanto ao seu exercício por força de outras ocorrências, tais como a idade (maioridade ou menoridade). A estes a lei denomina incapazes, dando-lhes proteção jurídica, que se realiza através da representação ou assistência, o que lhes possibilita o exercício de direitos³⁸.

Em suma: a opção pela arbitragem é a expressão da autonomia da vontade expressa por um contrato, qual seja a convenção arbitral. Logo a necessidade de possuir plena capacidade de contratar.

³⁷ BRASIL, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Art. 1º

³⁸ CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e processo**, São Paulo: Atlas, 2009. P.55

I.c.ii. Arbitrabilidade Objetiva

No que lhe concerne, a arbitrabilidade objetiva faz análise quanto a natureza das matérias passíveis de apreciação pelo juízo arbitral: a lei é clara ao excluir da arbitragem a contemplação de matérias pertinentes a direito não patrimonial ou aqueles sobre os quais os titulares não possam dispor livremente. De forma aprofundada:

A Lei de Arbitragem abandonou a fórmula preconizada pelo Código de Processo Civil [de 1973] (art. 1.072, revogado), que se reportava a direitos patrimoniais “sobre os quais a lei admita transação”, preferindo técnica superior. Agora, a remissão à disponibilidade do direito é objetiva e não oblíqua como ocorria na redação adotada pelo dispositivo indigitado do Estatuto de Processo.

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim, *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”

(...)

São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. Pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código de Processo Civil³⁹, que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir⁴⁰.

Compreendido, portanto, como se dá a escolha da arbitragem, no âmbito objetivo e subjetivo, já se pode ter noção de como se expressa a autonomia da vontade, fundamental para o entendimento da aplicabilidade da tutela provisória em análise neste trabalho: a Garantia de Custas.

³⁹ Apesar do autor aqui se referir ao Código já revogado, podemos afirmar que o Código Civil de 2002 Código Civil em nada acrescentou às limitações ao uso da arbitragem

⁴⁰ *Ibid.* P.56

No tocante aos princípios norteadores da arbitragem, os seguintes se destacam: autonomia da vontade, *Kompetenz-kompetenz* e devido processo legal.

I.c.iii. Autonomia da Vontade

Como visto previamente, a utilização da arbitragem tem caráter voluntário, isto é, surge da expressão da vontade das partes. A autonomia da vontade – ou autonomia privada – se mostra presente desde o momento que o particular capaz e com poder de contratar escolheu por este método mediante convenção arbitral. Assim, explica Cahali:

A autonomia privada no direito contratual concede às pessoas o poder de estabelecer livremente de acordo com o sistema normativo, através de declaração de vontade, como melhor lhes convier, a disciplina de seus interesses, gerando os efeitos reconhecidos e tutelados no ordenamento jurídico, com opção, dente outros aspectos, de contratar, ou deixar de contratar e negociar o conteúdo do contrato.

[...]

Preenchidos os pressupostos para sua escolha (capacidade de contratar a respeito de direito patrimonial disponível), é prestigiada a vontade das partes na arbitragem em seu grau máximo: começa com a liberdade para a indicação da arbitragem como forma de solução do litígio; e, prossegue, com a faculdade de indicarem todas as questões que gravitam em torno desta opção. Assim, estabelecem quem e quantos será(ão) o(s) árbitro(s), de forma direta ou indireta, e como será desenvolvido o procedimento arbitral (por exemplo, relativamente a prazos, locais para a prática dos atos, eventual restrição para apreciação de medidas de urgência ou tutelas antecipadas sem ouvir a parte contrária etc.)⁴¹.

Fica vidente, portanto, a possibilidade de as partes concordarem em permitir ou não a concessão de medidas provisórias, de forma específica ou ampla. Na ausência desta opção, deve-se verificar o que determinam a legislação aplicável e as normas escolhidas pelos contratantes.

⁴¹ CAHALI, Francisco José, **Curso de arbitragem**, 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P.137

I.c.iv. Kompetenz-Kompetenz

Quanto ao princípio *Kompetenz-kompetenz*, foi internalizado pela lei de arbitragem nos termos do artigo 8º, qual seja: “cabera ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Neste caso, Cahali ensina:

Tratado como o princípio da competência-competência, seu acolhimento significa dizer que, com primazia, atribui-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, ou seja, apreciar, por primeiro, a viabilidade de ser por ele julgado o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato⁴².

Assim, como cabe ao tribunal arbitral avaliar sua jurisdição – e não ao Poder Judiciário – cabe também a este tribunal avaliar os limites de sua atuação baseado nos critérios supracitados. Isso posto, cabe ao tribunal, no âmbito de sua jurisdição, a avaliação e concessão de medidas provisórias.

I.c.v. Devido Processo Legal

Por fim, o último princípio norteador aqui avaliado será o do devido processo legal. Tal característica é impositiva, pois decorre da Constituição Federal como “garantia mínima aos litigantes em qualquer espécie de processo, seja ele judicial ou não”.⁴³

Por conseguinte, a Lei de Arbitragem impõe a presença do contraditório, da igualdade entre as partes, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento dele.

Para fins de verificação de aplicabilidade de medidas provisórias, então, o devido processo legal deve ser respeitado, mantidos a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa.

I.d. Características da Arbitragem

⁴² *Ibid.* P. 139

⁴³ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio, **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 142

Certamente, as características da arbitragem permitiram o aumento significativo de seu uso, conforme previamente apontado. Tais características tornam a opção pela arbitragem uma possibilidade potencialmente mais interessante que o Poder Judiciário.

De modo geral, a arbitragem assegura um procedimento neutro, centralizado, com ampla executabilidade da convenção arbitral e de sua sentença, juízo especializado, imparcial e independente, expressão da autonomia da vontade, rapidez, bom custo-benefício, confidencialidade e privacidade.

A neutralidade é especialmente importante para a arbitragem internacional, pois possibilita a escolha de um fórum neutro, em que os árbitros podem não estar relacionado com a nacionalidade das partes, das leis aplicáveis e do país de execução. Da mesma forma se expressa em arbitragens com a Administração Pública, optando-se por árbitros externos à própria Administração. Dessa forma evita-se a desconfiança de litigar em um ambiente que aparentemente oferece mais conforto a uma das partes⁴⁴.

A escolha da arbitragem também, em especial para arbitragem internacional, possibilita um procedimento centralizado, de modo a evitar conflitos de competência, sejam positivos ou negativos, dando maior segurança jurídica acerca de em qual jurisdição dar início ao procedimento. Ao se contratar a arbitragem a competência está fixada nos termos da convenção – cabendo justamente ao tribunal avaliar sua competência.⁴⁵

Ainda, equitativamente ao poder judiciário, a arbitragem é capaz de tornar eficaz o direito de acesso à justiça e a execução de sua decisão, seja na executabilidade da convenção arbitral, seja na da sentença proferida pelos árbitros. Tal garantia é dada, no plano da execução da convenção arbitral pelos próprios dispositivos da Lei em âmbito nacional e de tratados em âmbito internacional, da mesma forma como a execução da sentença – pelo judiciário – seja por meios das

⁴⁴ BORN, Gary B., **International Arbitration: Law and Practice**, Second Edi. [s.l.]: Wolters Kluwer, 2015. P.8

⁴⁵ *Ibid.* P.8

leis nacionais ou, em especial nas arbitragens internacionais, pela Convenção de Nova York^{46, 47}.

Outro benefício marcante da arbitragem é a garantia de apresentar a divergência a um juízo especializado, imparcial e independente⁴⁸. Tal garantia de expertise é dada pois o árbitro é apontado pelas partes, sem grandes entraves legais. No Brasil, por exemplo, a Lei exige apenas capacidade legal e confiança das partes envolvidas⁴⁹. Quanto a imparcialidade e independência, a Lei garante que não pode ser árbitro aquele que é suspeito ou impedido segundo o Código de Processo Civil⁵⁰, e no âmbito internacional se apresentam diversas *guidelines* que remetem a ética da escolha dos árbitros⁵¹. Resta às partes contratantes, por consequência, a avaliação – quando do surgimento de litígio – das competências que devem estar presentes no currículo dos escolhidos para o julgamento, bem como a verificação de independência, neutralidade e imparcialidade.

A expressão da autonomia da vontade se mostra como vantagem da arbitragem pois esta nasce essencialmente da convenção entre as partes de buscar esse meio de resolução de conflitos, que, em conjunto, escolhem ou indicam como serão escolhidos os responsáveis pela solução, e ainda desenham como será o procedimento e quais meios de prova, prazos, e leis materiais serão aplicados a ele.

Ainda, se mostra como meio mais ágil que o judiciário. No Brasil, por exemplo, o poder judiciário acumula entre todas as esferas judiciais cerca de 100 milhões de ações em curso⁵², com taxa de congestionamento expressiva em que de cada grupo de 100 processos em tramitação, 72 terminaram o ano de 2015 sem solução. Em paralelo, as partes, em conjunto com árbitros e eventual câmara podem estabelecer um prazo para que a sentença seja proferida e, caso se mostrem silentes, a Lei

⁴⁶ Em suma, a convenção de Nova York, de 1958, ou Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras busca facilitar o processo homologatório de sentenças arbitrais, quando proferidas em país distinto ao país da sua execução.

⁴⁷ *Ibid* P.9

⁴⁸ *Ibid* P.10

⁴⁹ BRASIL, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, A arbitragem na teoria geral do processo, São Paulo: Malheiros, 2013.

⁵¹ Por exemplo o Arbitrators Ethics Guidelines da JAMS Arbitration Services; The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, da American Bar Association; e o IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.

⁵² Conforme números do levantamento anual Justiça em Números, feito pelo Conselho Nacional de Justiça, disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/7d8fa9ae6f181c5625e73f8184f10509.pdf> [acessado em 21 de março de 2017].

brasileira garante uma sentença final em seis meses, contados da instituição da arbitragem.⁵³

Com todas essas características, apesar do custo relativamente elevado, a arbitragem é respaldada por bom custo-benefício. Entretanto, enquanto um processo judicial é subsidiado pelos cofres públicos, a arbitragem é paga exclusivamente pelas partes envolvidas, por vezes financiadas por terceiros. Tal característica torna possível que, bens da vida em discussão possam ter valor inferior ao valor do procedimento. É justamente nesse aspecto que se destaca a importância da prestação de Garantia de Custas.

Como última característica, a arbitragem é usualmente revestida de confidencialidade e privacidade. Apesar de não ser uma característica intrínseca da arbitragem, é prática usual que os regulamentos de arbitragem das câmaras prevejam a confidencialidade como princípio do processo ou que as partes assim determinem quando da assinatura do termo de arbitragem. Ainda aquelas arbitragens que envolvam a Administração Pública no Brasil, que são, por força de lei, públicas⁵⁴, são revestidas de certa privacidade, uma vez que seus atos não são publicizados em tempo real como no judiciário e nem permanecem de acesso imediato a terceiros.⁵⁵

⁵³ Importante destacar que o prazo de seis meses disposto em lei se aplica apenas quando as partes não convencionam de forma diversa. É comum que as partes e os árbitros acordem no Termo de Arbitragem prazos diversos, levando em consideração a complexidade da demanda, o rito aplicável à arbitragem e a agenda dos árbitros e das partes.

⁵⁴ BRASIL, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁵⁵ Conforme enunciado 4 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal “Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro.” Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/881>> último acesso em julho de 2018.

CAPÍTULO II - TUTELAS PROVISÓRIAS NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

II.a. Tutelas Provisórias

Importante destacar que na atual legislação processual brasileira, tutelas provisórias são caracterizadas como gênero composto por duas espécies, quais sejam tutela de urgência e tutela de evidência⁵⁶. Para fins deste trabalho, o termo foi adotado de forma ampla, de modo que tutelas provisórias [*provisional measures*] são aquelas concedidas quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e/ou o perigo de dano e/ou o risco ao resultado útil do processo.

É natural que todo processo no âmbito estatal ou arbitral envolva grande complexidade, ainda que não em sua questão de mérito, ao menos quanto às formalidades processuais relacionadas ao devido processo legal, que garantem, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa. Dessa maneira, mesmo em procedimentos simplificados, como uma arbitragem expedita ou processos de juizados especiais, deve haver um período razoável de duração do processo necessário à cognição e busca da verdade real.

Conforme explica o Professor Watanabe, destacam-se duas formas de análise da cognição do julgador: a primeira no sentido vertical – que pode ser plena ou parcial –; e a segunda no sentido horizontal que pode ser exauriente, sumária e superficial.⁵⁷ Seu objetivo é o de propiciar o direito à tutela jurisdicional de forma efetiva, por meio da substituição do curso regular processual e da cognição exauriente.

No âmbito da cognição sumária estabelecem-se as tutelas provisória, podendo ou não prescindir de urgência. A título exemplificativo, dentre aquelas que dispensam urgência estão as tutelas de evidência que, conceitualmente, buscam em razão da alta probabilidade do direito, minimizar prejuízos impostos pelo tempo de tramitação regular do processo.

⁵⁶ Nos termos dos art. 294 e seguintes do Código de Processo Civil.

⁵⁷ WATANABE, Kazuo, **Da cognição no processo civil**, 3a. ed. São Paulo: [s.n.], 2005. P. 127

Obviamente, se fosse necessária a prática de todos os atos para a cognição exauriente, isso levaria tempo e a tutela deixaria de ser concedida em caráter provisório.

II.b. Principais características

Partindo de sua conceituação legal, a doutrina se aprofundou para rotular algumas características essenciais das tutelas provisórias e, uma vez que partem da mesma origem, são aplicáveis tanto aos processos judiciais como aos arbitrais. São elas: sumariedade de cognição e de procedimento; perigo de dano; provisoriedade; instrumentalidade; reversibilidade.

II.b.i. Sumariedade de cognição e de procedimento

Conforme a definição, a primeira característica das tutelas provisórias é a sumariedade de cognição. Conforme estabelecido, a tutela de urgência tem caráter emergencial – dado o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Assim, a cognição será incompleta – porque proferida sem a produção de todos os atos processuais previstos – e superficial, pois é fundada em avaliação de probabilidade sobre a existência/validade do direito objeto da tutela.

Assim, a sumariedade da cognição é a busca pelo julgador por, além de um entendimento dos fatos relatados no processo em um curto espaço de tempo, agilidade processual na apreciação do pedido, ao passo que a referida cognição incompleta e superficial se traduz no modelo de análise sumária daqueles fatos.

Desta maneira, por meio da cognição sumária é realizada a ponderação quanto a razoável probabilidade ou verossimilhança do direito pleiteado.

II.b.ii. Perigo de dano

Por sua vez, perigo de dano caracteriza outra particularidade da tutela provisória. Previsto em lei, é reconhecido pelo possível agravamento de dano já causado pela necessidade de servir-se do processo para obter razão.

II.b.iii. Provisoriedade

As tutelas provisórias são por definição temporárias. Essa temporariedade pode ser observada por duas perspectivas diferentes. A primeira por se esgotar no tempo: tutelas provisórias buscam um provimento imediato da segurança a determinado bem da vida. Assim, não dura para sempre.

O outro enfoque ocorre quanto à duração do efeito jurídico determinado: a duração é limitada ao período que vai até a prolação do provimento definitivo – ou revisão da tutela.

Consequência natural da provisoriedade é que as tutelas provisórias “não possuem a capacidade de transitarem em julgado materialmente e devem ser obrigatoriamente revistas pelo árbitro, ao menos, no momento da sentença arbitral final.”⁵⁸

II.b.iii. Instrumentalidade

Tendo objetivo específico de garantir uma satisfação futura de determinada pretensão, tutelas provisórias são instrumentais.

Isso ocorre seja o conteúdo da medida conservativo ou antecipatório, pois é mera ferramenta orientada a garantir a utilidade prática da tutela cognitiva ou executiva, nunca devendo possuir fim em si mesma.

Assim como no processo civil, a tutela provisória no âmbito da arbitragem trabalha em razão da perspectiva de tutela final. Ao se analisar a probabilidade do direito se opta por conceder uma tutela provisória, salvaguardando-o, e permitindo que, posteriormente, a tutela definitiva concedida possa ser efetivada.

Evidentemente é notório que o processo como um todo é concebido para ser instrumento da resolução do litígio e da constituição da demanda em prol daquele que se vê vitorioso numa demanda. Ocorre que, ao se falar de tutela provisória, tal característica de instrumentalidade é exacerbada: a tutela não serve para obtenção do bem da vida, mas sim preservar a possibilidade de a parte obter de forma tempestiva e efetiva aquele bem.⁵⁹

⁵⁸ CARRETEIRO, Mateus Aimoré, **Tutelas de Urgência e Processo Arbitral**, 1. ed. São Paulo: [s.n.], 2017. P.55

⁵⁹ *Ibid.* P.56

II.b.iv. Reversibilidade

Como característica final e inegável está a reversibilidade da tutela provisória. Uma vez que não se tem garantido a quem pertence o direito de determinado bem da vida, uma tutela provisória, dada em razão de urgência ou evidência, deve ser reversível.

Se, quando do julgamento final ficar demonstrado que àquele contra quem determinada medida provisória foi imposto era assistido pelo direito, este deve ser capaz de ser restituído à condição anterior à aplicação da referida tutela.

Assim, defende Mateus Carreteiro: “Em razão da sumariedade de cognição inerente às tutelas provisória, é natural o risco de erro e, conseqüentemente, a necessidade de que essas medidas fiquem sujeitas a eventual desfazimento”.⁶⁰

Dessa forma, mais do que se falar da reversibilidade do próprio provimento – que é própria de qualquer provimento judicial – falamos da reversibilidade de seus efeitos. A preocupação, portanto, é quanto aos efeitos que podem ser causados de forma definitiva no plano dos fatos.

II.c. Aplicação das Medidas Provisórias

Como demonstrado, por todas as características e sistemas de freios e contrapesos do devido processo legal, a aplicação das medidas provisórias na arbitragem está adstrita às seguintes considerações:

- (i) devem estar dentro dos limites objetivos da jurisdição do árbitro, não podendo abranger assuntos fora dos limites da convenção de arbitragem ou do processo arbitral;
- (ii) Devem estar dentro dos limites subjetivos da jurisdição do árbitro, estando limitada às partes da convenção de arbitragem ou do processo arbitral;

⁶⁰ CARRETEIRO, **Tutelas de Urgência e Processo Arbitral**. P.57

- (iii) Deve se limitar à concessão da medida (*iuris dicto*), uma vez que o árbitro não possui *imperium* para impor a efetivação forçada da medida por ele concedida.

II.d. Tutelas de Emergência no Procedimento Arbitral

Durante o desenvolvimento da arbitragem, os poderes para a determinação de medidas provisória eram limitados aos órgãos estatais em diversas jurisprudências.⁶¹ Com a evolução do instituto, entretanto, foi verificada a alteração gradual desta limitação, permitindo-se também ao tribunal arbitral a determinação de tais medidas.

Diante desta alteração a doutrina organizou um método de checagem legal para a verificação dos poderes de os árbitros apreciarem e concederem medidas provisória.

Nesse sentido, Gary B Born desenvolveu uma metodologia de análise legal para aquele que deseja verificar a competência do árbitro, verificando-se as seguintes fontes: (i) convenções [internacionais] de arbitragem; (ii) leis nacionais; (iii) convenção de arbitragem/termo de arbitragem (decisões das partes baseadas na autonomia da vontade).⁶²

Analisando o caminho proposto por Born, Pedro Guilhard identificou a pouca utilidade prática de, no cenário brasileiro – notadamente quanto arbitragens nacionais –, de se investigar convenções de arbitragens internacionais. Seguiremos, portanto, para análise da legislação brasileira.⁶³

A exemplo da experiência internacional identificado por Born, o Brasil também partiu de uma restrição aos árbitros quanto a medidas provisória.

O Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/1973) permitia em seu artigo 1.086 ao juiz arbitral tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e ordenar a

⁶¹ BORN, Gary B., **International Arbitration: Law and Practice**, Second Edi. Holanda: Wolters Kluwer, 2015. P. 210

⁶² BORN, Gary B., **International Arbitration: Law and Practice**, Second Edi. Holanda: Wolters Kluwer, 2015. P. 209

⁶³ GUILHARDII, Pedro. Medidas de Urgência na Arbitragem. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Vol 49. Ano 13. P. 67-101. São Paulo: Ed. RT, abr-jun. 2016.

realização de perícias, entretanto dispunha ser defeso ao árbitro “empregar medidas coercitivas, quer contra as partes, quer contra terceiros” e “decretar medidas cautelares”.

Apesar da aparente clareza do texto de lei em determinar a proibição ao juiz arbitral de decretar medidas cautelares, Carmona defende que o objetivo da norma seria o de limitar o cumprimento de eventual decretação de medida cautelar, devendo este ser remetido ao juiz estatal. Dessa forma, para Carmona, verificados os requisitos legais, poderia o árbitro conceder medidas cautelares, nos termos do Código de Processo Civil de 1973.⁶⁴

Com o avanço da legislação nacional sobre arbitragem, a lei de arbitragem substitui o então artigo 1.086 daquele código, passando a dar o seguinte tratamento à matéria:

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

[...]

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

[...]

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

Apesar de revogar expressamente o antigo artigo que afirmava ser defeso ao árbitro decretar medidas cautelares, a Lei de Arbitragem não foi suficientemente clara em sua nova redação.

Nesse cenário, Carmona destaca a evolução legislativa, que, apesar de discreta, o legislador não teria repetido na Lei de Arbitragem de 1996 a falha do Código

⁶⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993. P. 108-109

de Processo Civil de 1973, mas teria preferido “determinar, de modo elíptico, que o árbitro, havendo necessidade de medidas coercitivas, as solicite ao juiz togado”.⁶⁵

Quanto à disposição topográfica do artigo, argumenta Guilhard a localização do artigo 22 na Lei de Arbitragem, qual seja o Capítulo de Procedimento Arbitral, indica a intenção de regular a forma como ocorre a implementação da medida cautelar ou coercitiva. Assim, não se trataria de poderes atribuídos ou limitados dos árbitros.⁶⁶

Da mesma forma, Cahali, ao elencar as diversas críticas que cabem à escrita do artigo 22, destaca a localização imprópria na lei. Entretanto, defende que: diferentemente do quanto pode parecer pela literalidade do texto legal, o árbitro decide a respeito da medida (pertinência, providência e extensão). Se não atendida espontaneamente pela parte, e inviável o cumprimento de outra forma, será necessária a cooperação do juízo estatal, para a prática dos atos necessários à efetivação da tutela cautelar deferida.⁶⁷

Fazem coro a este entendimento, ainda, Baptista⁶⁸; Fichtner e Monteiro⁶⁹; Santos, Lamy e Silva⁷⁰.

Da mesma forma o STJ consolidou em 2012 um entendimento permissivo com o acórdão da Terceira Turma no âmbito do REsp 1.297.974/RJ:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO.

1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher

⁶⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 323.

⁶⁶ GUILHARDII, Pedro. **Medidas de Urgência na Arbitragem**. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Vol 49. Ano 13. P. 67-101. São Paulo: Ed. RT, abr-jun. 2016.

⁶⁷ CAHALI, Francisco José. **Medidas de urgência na arbitragem e o novo regulamento do CAM-CCBC**.in Revista de Arbitragem e Mediação, . Vol 33. Ano 2012 P. 271-286. São Paulo: Ed. RT, abr-jun. 2012.

⁶⁸ BAPTISTA, Luis Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Magister, 2011. P. 223

⁶⁹ FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Medidas urgentes no processo arbitral brasileiro. In Revista Trimestral de Direito Civil, v. 35, p. 43-73, 2008.

⁷⁰ SANTOS, Ricardo S. S. ; SILVA, Rafael Peteffi da. ; LAMY, Eduardo Avelar . **Competência para a concessão de medidas cautelares na arbitragem**. In: WALD, Arnold.. (Org.). Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. 1ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, v. II, p. 1229-1250.

a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium.

2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.

3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando o revogando a respectiva decisão.

4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.⁷¹

Baseando-se, assim, na análise legislação, da doutrina nacional e internacional e dos julgados – em especial o acórdão destacado –, Guilhard conclui que a concessão de medidas provisória passou a ser vista como “intrínseca aos poderes jurisdicionais que são conferidos ao Tribunal Arbitral por meio da convenção de arbitragem”.⁷²

Posteriormente, a reforma da lei de arbitragem confirmou tal entendimento consolidado pela doutrina e aplicado pelos tribunais. Em 2015, a Lei 13.129, que reformou a Lei de Arbitragem, estabeleceu no artigo 22-B e seu parágrafo único:

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou provisória concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou provisória será requerida diretamente aos árbitros.⁷³

⁷¹ REsp n. 1.297.974/RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/6/2012, DJe 19/6/2012.

⁷² GUILHARDII, Pedro. **Medidas de Urgência na Arbitragem**. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Vol 49. Ano 13. P. 67-101. São Paulo: Ed. RT, abr-jun. 2016.

⁷³ BRASIL, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Assim, com tal estabilização dada pelo legislador, a arbitragem que ocorre sob a lei brasileira passa a ter respaldo necessário e amplo suficiente para que árbitros decerem medidas provisória, cabendo às partes – mediante convenção de arbitragem⁷⁴ – qualquer disposição contrária.

II.e. Garantia de Custas

A Garantia de Custas é um instituto de origem em países de *Common Law*, diretamente aplicável para sanar potenciais desequilíbrios quando uma das partes em uma arbitragem se vê em situação financeira precária, mediante adiantamento ou prestação de garantia de pagamento dos custos do procedimento.⁷⁵

Se traduz, portanto, como medida que visa um provimento futuro, qual seja de garantia de eventual ressarcimento pelos pagamentos das custas e despesas processuais, bem como verbas de sucumbência.

Tal medida se expande com a constatação prática de que, em casos nos quais árbitros possam/devam, por lei ou acordo entre as partes, aplicar sucumbência – dever de pagamento de custas advocatícias e processuais, reembolsando a parte vencedora parcialmente ou integralmente com os custos razoáveis por ela incorrido – , aventuras jurídicas por parte daqueles que não tem bens a serem executados não são desencorajadas.

Destarte, Garantia de Custas tem associada si todas as características das medidas provisórias a saber:

O pedido de Garantia de Custas, sua avaliação e eventual concessão pelo Tribunal se dá no momento em que se percebe a insuficiência de recursos de uma das partes para realizar o adimplemento de eventual condenação em custas, ainda com a cognição incompleta. Portanto, a discussão ocorre no âmbito da cognição sumária do julgador.

⁷⁴ Seja por determinação direta em convenção, ou indireta pela espelha de regulamento de arbitragem conveniente.

⁷⁵ CASADO FILHO, Napoleão, **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do Third Party Funding**, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 224-225

Conforme será discutido ao se analisar os critérios de concessão da medida, a Garantia de Custas exige a presença de *Periculum In Mora*/perigo de dano – qual seja de não pagamento de eventual condenação – e de *Fumus Boni Iuris*/indícios da validade e existência do direito pleiteado – qual seja a razoabilidade do pleito principal ou dos argumentos de defesa levantados.

Trata-se, outrossim, de uma tutela temporária. O provimento exige que a garantia seja prestada até a alteração na situação fática que levou à sua concessão ou até a prolação do provimento definitivo, seguindo-se à execução da garantia em caso de condenação da parte que a prestou ou de liberação da garantia em caso de vitória desta parte, não havendo, portanto, qualquer capacidade de trânsito em julgado material da decisão.

Nessa conjuntura, a Garantia de Custas é enquadrada como um instrumento da utilidade prática da tutela cognitiva ou executiva – quais sejam a derrota da parte com condenação em custas e execução do valor.

A única questão delicada é quanto a reversibilidade dessa tutela. Enquanto não há dúvidas que, se prestada garantia, em caso de vitória da parte que prestou a garantia o valor pode ser levantado, sendo, portanto, uma tutela reversível. Ocorre que, quando não há a prestação da garantia conforme a determinação, pode existir limitação no acesso à justiça. No extremo, sem a referida prestação, a parte débil poderia se ver cerceada no seu direito de petição. Tal limitação, todavia, é aparente. Quando considerados os demais critérios, como a probabilidade/verossimilhança do direito os árbitros devem considerar, no caso concreto, as reais possibilidades de sucesso na causa em contraponto a (im)possibilidade de prestação de Garantia de Custas.

Outrossim, o não cumprimento da prestação de garantia não acarreta o julgamento do mérito, de modo que a parte possa iniciar novo procedimento em razão da mesma demanda em outro momento; ou ainda, buscar por financiamento de terceiros.

Por consequência, Garantia de Custas se enquadra no conceito estudado de tutela provisória, assim, sendo possível sua aplicação quando autorizada a aplicação de tutelas provisórias de modo geral e cumpridos os requisitos abaixo elencados.

Em suma, Garantia de Custas é medida provisória no sentido de contingenciar o valor de eventual condenação que se mostra efetiva como defesa a quem se vê respondendo uma demanda injustificada de alguém que não tem bens para ser executado em caso de derrota.

Enquanto as requerentes baseiam a atuação no processo em estudos preliminares, preparação do caso, e análise de custos que incorrerão com a propositura da demanda ao tomarem a decisão quanto a iniciar ou não o procedimento, levam em conta também o potencial de executividade, levando em conta a existência de recursos suficientes da demandada para sustentar eventual condenação de custas.⁷⁶

Por seu lado, as requeridas não dispõem dessa possibilidade de analisar economicamente a vantajosidade da demanda. Se veem diante da necessidade de incorrer em custos processuais e litigar garantindo sua defesa, ou deixar que a demandasse desenrole à revelia, potencializando sua chance de derrota.⁷⁷

Sendo assim, as demandadas se veem diante de um risco iminente de dispender recursos para se defender e não poder reaver tal montante se demandantes de má-fé não dispuserem de ativos para cumprir eventual condenação

Sem desconsiderar tal nobre função de garantir a paridade de armas, não deixa de ser uma medida bastante gravosa ao demandante, que se percebe próximo de ter sua pretensão não deferida apenas por falta de recursos para bancar condenação que sequer existe.

Por tal característica singular desta medida, devem ser sopesadas as circunstâncias concretas de cada caso de forma a tornar a referida “utilidade” da medida em uma verdadeira “necessidade” para a salvaguarda de direitos.

Seguiremos, portanto, com análise do cenário internacional para compreender melhor a aplicação deste instituto e a forma como é encarado atualmente.

⁷⁶ KARRER, Pierre A.; DESAX, Marcus. **Security for costs in international arbitration: why, when, and what if**, in BRINER, Robert(ed.). Law of international business and dispute settlement in the 21st century. Colony: Carl Heymanns, 2001, p. 340.

⁷⁷ COLBRAN, Stephen. **Security for costs of arbitration proceedings in England, New Zealand and Australia**, in Journal of international arbitration, v. 9, n. 1, 1993, p. 85.

CAPÍTULO III – APLICAÇÃO DAS GARANTIAS DE CUSTA

III.a. Experiência internacional

Ao passo que a Garantia de Custas é uma medida provisória bastante efetiva – uma vez que garante a execução de eventual condenação em pagamento de custas –, é também uma medida bastante grave contra uma parte que deseja exercer seu direito de petição. Por tal motivo, a Garantia de Custas enfrentou certa resistência no meio da arbitragem.⁷⁸

Tal resistência ficou registrada na história com o caso *Ken-Ren*⁷⁹, em que *Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd* (em liquidação) entrou com uma demanda arbitral contra *Coppee-Lavalin SA/NV*, com sede em Londres, sob o regulamento de arbitragem da ICC.

No caso em tela, a demandada se recusou a depositar sua parcela quando do início da arbitragem, buscando junto ao Judiciário Inglês pela Garantia de Custas, sob a alegação de que *Ken-Ren* estaria em liquidação e sem condições de arcar com eventual condenação.

O caso seguiu no âmbito estatal até a mais alta corte inglesa, na qual a Garantia de Custas foi deferida por maioria de dois a um, pautada no argumento de Lord Woolf, de que *Ken-Ren* estava insolvente no Quênia e tinha a demanda financiada por este Estado, entretanto o Quênia não se responsabilizava por eventuais condenações contra *Ken-Ren*.⁸⁰

Ocorre que Lord Mustill, voto vencido, destacou que a corte deveria rejeitar o pedido de Garantia de Custas, uma vez que se tratava de uma decisão altamente

⁷⁸ REDFERN, Alan; O'LEARY, Sam, Why it is time for international arbitration to embrace security for costs., **Arbitration International**, v. 32, p. 397–413, 2016. P. 399

⁷⁹ *Coppee-Lavalin SA/NV v Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd (in liquidation)* [1994] 2 All ER 449 (HL) P. 449-478

⁸⁰ *Coppee-Lavalin SA/NV v Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd (in liquidation)* [1994] 2 All ER 449 (HL) P. 476

meritória e que “*in the international arbitrating community, security for costs is very much a minority measure*”.⁸¹

Tal entendimento, vem desde então sendo aos poucos superado, de modo que, no âmbito internacional, cada vez mais câmaras têm em seus regulamentos de arbitragem a previsão desta medida. Conseqüentemente, como poderá ser notado, a menos que as partes se manifestem de modo contrário, pressupõe aceitação tácita sua aplicação, caso cabível.⁸²

Assim, a exemplo do discutido no segundo capítulo deste trabalho quanto do embasamento jurídico para a aplicação de medidas provisória, a Garantia de Custas se origina ou da lei que governa a arbitragem ou do consentimento das partes – caracterizado por convenção de arbitragem, inclusive pela escolha de regras institucionais.⁸³

No tocante às leis que regem a arbitragem, as seguintes leis autorizam expressamente a aplicação da Garantia de Custas:

Lei de Arbitragem do Reino Unido de 1996, em sua seção 38(3):

38. General powers exercisable by the tribunal.

(3) The tribunal may order a claimant to provide security for the costs of the arbitration. This power shall not be exercised on the ground that the claimant is—

(a) an individual ordinarily resident outside the United Kingdom, or

(b) a corporation or association incorporated or formed under the law of a country outside the United Kingdom, or whose central management and control is exercised outside the United Kingdom.⁸⁴

⁸¹ Coppee-Lavalin SA/NV v Ken-Rem Chemicals and Fertilizers Ltd (in liquidation) [1994] 2 All ER 449 (HL) P. 489

⁸² REDFERN, Alan; O'LEARY, Sam, Why it is time for international arbitration to embrace security for costs, **Arbitration International**, v. 32, n. 3, p. 397–413, 2016. P. 401

⁸³ Ver BORN, Gary B., **International Arbitration: Law and Practice**, Second Edi. [s.l.]: Wolters Kluwer, 2015. P. XX e REDFERN; O'LEARY, Why it is time for international arbitration to embrace security for costs. P. 401

⁸⁴ Em tradução livre: 38. Poderes gerais exercidos pelo tribunal. / (3) O tribunal pode ordenar ao requerente que garanta a segurança dos custos da arbitragem. Esse poder não deve ser exercido pelo fato de que o pretendente é: / (a) um indivíduo normalmente residente fora do Reino Unido, ou / (b) uma corporação ou associação constituída ou constituída de acordo com a legislação de um país fora do Reino Unido, ou cuja administração e controle centrais sejam exercidos fora do Reino Unido. REINO UNIDO, Arbitration Act, 1996. S38(3)

Na Austrália, a Lei de Arbitragem de 1974 dispõe em seu artigo 23K:

23K Security for costs

(1) An arbitral tribunal may, at any time before the award is issued by which a dispute that is arbitrated by the tribunal is finally decided, order a party to the arbitral proceedings to pay security for costs.

(2) However, the tribunal must not make such an order solely on the basis that:

(a) the party is not ordinarily resident in Australia; or

(b) the party is a corporation incorporated or an association formed under the law of a foreign country; or

(c) the party is a corporation or association the central management or control of which is exercised in a foreign country.

(3) The provisions of the Model Law apply in relation to an order under this section in the same way as they would apply to an interim measure under the Model Law.⁸⁵

A Lei Neozelandesa de Arbitragem de 1996:

Chapter 4A - Interim measures and preliminary orders

interim measure means a temporary measure (whether or not in the form of an award) by which a party is required, at any time before an award is made in relation to a dispute, to do all or any of the following:

[...]

(e) give security for costs⁸⁶

⁸⁵ Em tradução livre: 23K Segurança de custos / (1) Um tribunal arbitral pode, a qualquer momento antes que a sentença seja proferida, pela qual uma disputa arbitrada pelo tribunal seja definitivamente decidida, ordenar que uma parte no processo arbitral preste a segurança dos custos. / (2) No entanto, o tribunal não deve fazer tal ordem unicamente com base no seguinte: / (a) a parte não é residente regular na Austrália; ou / (b) a parte é uma corporação constituída ou uma associação formada sob a lei de um país estrangeiro; ou / (c) a parte é uma corporação ou associação cujo gerenciamento ou controle central é exercido em um país estrangeiro. / (3) As disposições da Lei Modelo aplicam-se em relação a uma ordem sob esta seção, da mesma forma como se aplicaríamos a uma medida provisória sob a Lei Modelo. AUSTRALIA, Arbitration Act, 1974. 23K

⁸⁶ Em tradução livre: Capítulo 4A - Medidas provisórias e decisões preliminares/ medida provisória significa uma medida temporária (seja ou não na forma de uma sentença) pela qual uma parte é requerida, a qualquer momento antes que uma sentença seja proferida em relação a uma disputa, para fazer todo ou qualquer dos seguintes: / [...] / (e) dar segurança para custos NOVA ZELÂNDIA, Arbitration Act, 1996. Chapter 4A

Determina a Lei de Arbitragem Internacional de 2012 de Singapura ao tratar dos poderes do Tribunal Arbitral:

Powers of arbitral tribunal

12.—(1) Without prejudice to the powers set out in any other provision of this Act and in the Model Law, an arbitral tribunal shall have powers to make orders or give directions to any party for —

(a) security for costs;

[...]

(4) The power of the arbitral tribunal to order a claimant to provide security for costs as referred to in subsection (1)(a) shall not be exercised by reason only that the claimant is —

(a) an individual ordinarily resident outside Singapore; or

(b) a corporation or an association incorporated or formed under the law of a country outside Singapore, or whose central management and control is exercised outside Singapore.⁸⁷

Já a Lei de Hong Kong, atualizada em 2018, mantém a mesma redação original de 2011 quanto a Garantia de Custas, a saber:

Section 56 General powers exercisable by arbitral tribunal

(1) Unless otherwise agreed by the parties, when conducting arbitral proceedings, an arbitral tribunal may make an order—

(a) requiring a claimant to give security for the costs of the arbitration;⁸⁸

Nota-se, portanto, que, usualmente, países que optam por incluir a Garantia de Custas expressamente em suas legislações o fazem na forma de *hall taxativo* ou *exemplificativo* de medidas provisória, sendo exceção aqueles que abrem uma

⁸⁷ Poderes do tribunal arbitral / 12 .— (1) Sem prejuízo dos poderes estabelecidos em qualquer outra disposição desta Lei e na Lei Modelo, um tribunal arbitral terá poderes para fazer ordens ou dar instruções a qualquer parte para - / a) segurança dos custos; / [...] / (4) O poder do tribunal arbitral de ordenar ao requerente que garanta a segurança dos custos, tal como referido na subsecção (1) (a), não deve ser exercido apenas pela razão de o requerente ser - / (a) um indivíduo normalmente residente fora de Cingapura; ou / (b) uma corporação ou associação constituída ou formada sob a lei de um país fora de Cingapura, ou cuja administração e controle central seja exercida fora de Singapura SINGAPURA, International Arbitration Act, 2012. ss. 12(1)(a) and 12(4)

⁸⁸ Artigo 56 Poderes gerais exercíveis pelo tribunal arbitral / (1) A menos que acordado de outra forma pelas partes, ao conduzir um procedimento arbitral, um tribunal arbitral poderá proferir uma ordem / (a) exigir que o requerente dê garantia para os custos da arbitragem; HONG KONG, CAP 609 Arbitration Ordinance, 2018. Section 56

previsão específica para tal fim, apartado das demais medidas provisórias. Desta análise, constata-se que países que não arrolam as medidas provisória possíveis estão tacitamente autorizando todas elas – desde que aplicáveis às partes e não afastadas por convenção de arbitragem ou regras institucionais escolhidas – dentre as quais Garantia de Custas está incluída.

Outro aspecto que reforça tal entendimento é dado ao se analisar a abordagem dos regulamentos institucionais de arbitragem e a prática de aplicação da Garantia de Custas.

Vale notar que enquanto algumas Câmaras apresentam regras claras e expressas sobre Garantia de Custas⁸⁹, outras não citam o instituto uma única vez, mas – ainda que as partes não convençionem sua aplicação – percebem seu uso nos procedimentos em curso⁹⁰, conforme analisaremos a seguir.

The London Court of International Arbitration (LCIA) é uma Câmara que tem em seu regulamento previsão expressa sobre a concessão de Garantia de Custas, a saber seu artigo 25 que trata de *Interim and Conservatory Measures*:

25.2 The Arbitral Tribunal shall have the power upon the application of a party, after giving all other parties a reasonable opportunity to respond to such application, to order any claiming or cross-claiming party to provide or procure security for Legal Costs and Arbitration Costs by way of deposit or bank guarantee or in any other manner and upon such terms as the Arbitral Tribunal considers appropriate in the circumstances. Such terms may include the provision by that other party of a cross-indemnity, itself secured in such manner as the Arbitral Tribunal considers appropriate, for any costs and losses incurred by such claimant or cross-claimant in complying with the Arbitral Tribunal's order. Any amount payable under such cross-indemnity and any consequential relief may be decided by the Arbitral Tribunal by one or more awards in the arbitration. In the event that a claiming or cross-claiming party does not comply with any order to provide security, the Arbitral Tribunal may stay that party's claims or cross-claims or dismiss them by an award.

⁸⁹ LCIA, SIAC, HKIAC, a exemplo das legislações de Londres, Singapura e Hong Kong, respectivamente; além da CEPANI, apesar de não haver paralelismo na Legislação Belga e WIPO, entidade de Direito Internacional Público com sede em Genebra, integrante do Sistema das Nações Unidas.

⁹⁰ UNCITRAL Model Law, UNCITRAL Arbitral Rules, ICC, ICDR e ICSID são exemplos.

[...]

25.4 By agreeing to arbitration under the Arbitration Agreement, the parties shall be taken to have agreed not to apply to any state court or other legal authority for any order for security for Legal Costs or Arbitration Costs.⁹¹

De modo semelhante, a Singapore International Arbitration Centre (SIAC) faz constar em seu regulamento:

Rule 27: Additional Powers of the Tribunal

Unless otherwise agreed by the parties, in addition to the other powers specified in these Rules, and except as prohibited by the mandatory rules of law applicable to the arbitration, the Tribunal shall have the power to:

[...]

- j. order any party to provide security for legal or other costs in any manner the Tribunal thinks fit;
- k. order any party to provide security for all or part of any amount in dispute in the arbitration;⁹²

⁹¹ Em tradução livre: 25.2 O Tribunal de Arbitragem poderá, mediante pedido de uma parte, depois de dar a todas as outras partes oportunidade razoável para se defender de tal pedido, ordenar a qualquer parte, demandante ou demandada, que forneça garantia de Custos Legais e Custos de Arbitragem. forma de depósito ou garantia bancária ou de qualquer outra forma e em termos como o Tribunal Arbitral considere apropriado nas circunstâncias. Tais termos podem incluir a provisão por aquela outra parte de uma reconvenção, ela mesma assegurada da maneira que o Tribunal Arbitral julgar apropriado, para quaisquer custos e perdas incorridos por tal demandante ou demandado em cumprimento à ordem do Tribunal de Arbitragem. Qualquer quantia pagável sob tal reconvenção e qualquer medida provisória resultante podem ser decididos pelo Tribunal de Arbitragem por uma ou mais sentenças na arbitragem. No caso de uma parte demandado ou demandante não cumprir com qualquer ordem para fornecer segurança, o Tribunal Arbitral poderá suspender as reclamações ou reconvenções da parte ou indeferir as por sentença. / [...] / 25.4 Ao concordar com a arbitragem mediante a Convenção de Arbitragem, as partes afastam a jurisdição de qualquer tribunal estadual ou outra autoridade legal para qualquer ordem de segurança para Custos Legais ou Custos de Arbitragem. Disponível em <consulta.procob.com/pesquisa_v2/inicio.php> Acessado em junho de 2018

⁹² Conforme tradução extraoficial da própria Câmara: 27. Poderes Adicionais do Tribunal / Salvo disposição em contrário, além dos poderes previstos neste Regulamento e com exceção àqueles proibidos pelas regras imperativas do direito aplicável à arbitragem, o Tribunal terá o poder de: / [...] / j. Determinar à parte que forneça garantias ao pagamento dos custos legais ou demais custos da forma que o Tribunal entender cabível; / k. Determinar à parte que forneça garantias para todo ou parte do valor em disputa na arbitragem. Disponível em <<http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>> acessado em junho de 2018.

Ainda, a Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) em seu artigo 24 sobre Garantia de Custas dispõe que: “The arbitral tribunal may make an order requiring a party to provide security for the costs of the arbitration.”⁹³

No mesmo sentido, entretanto diferentemente de legislação nacional que apresente algum tipo de paralelismo, o Belgian Centre for Arbitration and Mediation (CEPANI) prevê o seguinte em seu artigo 27:

Article 27. - Interim and Conservatory Measures After the Constitution of the Arbitral Tribunal

1. Provided that the advance to cover arbitration costs in accordance with Article 35 has been paid, each party may ask the Arbitral Tribunal, as soon as it has been appointed, to order interim and conservatory measures, including the provision of guarantees or security for costs. Any such measure shall take the form of an Order, setting out the reasons for the decision, or, if the Arbitral Tribunal considers it appropriate, an Award.⁹⁴

Por fim o Regulamento de Arbitragem do World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center que segue a mesma lógica apresenta a seguinte redação:

Interim Measures of Protection and Security for Claims and Costs

Article 48

(a) At the request of a party, the Tribunal may issue any provisional orders or take other interim measures it deems necessary, including injunctions and measures for the conservation of goods which form part of the subject matter in dispute, such as an order for their deposit with a third person or for the sale of perishable goods. The Tribunal may

⁹³ Em tradução extraoficial da própria Câmara: O tribunal arbitral poderá ordenar que uma parte forneça garantia suficiente a cobrir os custos da arbitragem. Disponível em <<http://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes>> acessado em junho de 2018

⁹⁴ Em tradução livre: Artigo 27. Medidas Provisórias e Conservadoras Após a Constituição do Tribunal Arbitral / 1. Desde que o adiantamento para cobrir os custos de arbitragem de acordo com o Artigo 35 tenha sido pago, cada parte poderá solicitar ao Tribunal de Arbitragem, tão logo tenha sido designado, que ordene medidas cautelares e conservativas, incluindo a prestação de garantias de custos. Qualquer medida deste tipo tomará a forma de uma Ordem, expondo as razões da decisão ou, se o Tribunal Arbitral considerar apropriado, uma Sentença. Disponível em <<http://www.cepani.be/en>> acessado em junho de 2018

make the granting of such measures subject to appropriate security being furnished by the requesting party.

(b) At the request of a party, the Tribunal may order the other party to provide security, in a form to be determined by the Tribunal, for the claim or counter-claim, as well as for costs referred to in Article 74.

(c) Measures and orders contemplated under this Article may take the form of an interim award.

(d) A request addressed by a party to a judicial authority for interim measures or for security for the claim or counter-claim, or for the implementation of any such measures or orders granted by the Tribunal, shall not be deemed incompatible with the Arbitration Agreement, or deemed to be a waiver of that Agreement.⁹⁵

De outro lado, observam-se aqueles que, mesmo não registrando expressamente a concessão da Garantia de Custas entre os poderes dos árbitros reconhecem que a possibilidade de se decretar medidas provisória é suficiente para tal fim.

A Lei Modelo da UNCITRAL⁹⁶ e o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL⁹⁷ são exemplos. Enquanto a lei modelo apresenta diversas referências a medidas provisória, não há qualquer citação à Garantia de Custas. Semelhantemente o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL dedica um capítulo inteiro à essas medidas, sem qualquer referência àquela.

⁹⁵ Em tradução livre: Medidas Provisórias de Proteção e Garantia de Custos / Artigo 48 / (a) A pedido de uma das partes, o Tribunal poderá expedir quaisquer medidas cautelares ou tomar outras medidas provisórias que considere necessárias, incluindo medidas inibitórias e medidas para a conservação de bens que sejam parte do objeto em disputa, tais como uma ordem de seu depósito com uma terceira pessoa ou para a venda de bens perecíveis. O Tribunal pode sujeitar a concessão de tais medidas a uma garantia adequada que seja fornecida pela parte solicitante. / (b) A pedido de uma das partes, o Tribunal poderá ordenar à outra parte que forneça garantia, num formato a determinar pelo Tribunal, para a reclamação ou reconvenção, bem como para os custos referidos no artigo 74. / (c) As medidas e ordens previstas no presente artigo podem assumir a forma de sentença interlocutória. / (d) Um pedido dirigido por uma parte a uma autoridade judicial para medidas provisórias ou de segurança para a reivindicação ou reconvenção, ou para a implementação de tais medidas ou ordens concedidas pelo Tribunal, não será considerado incompatível com a Arbitragem ou considerado como uma renúncia a esse Acordo. Disponível em <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html> Acessado em junho de 2018

⁹⁶ Disponível em http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html acessado em junho de 2018

⁹⁷ Disponível em http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html. Acessado em junho de 2018

Cumprido destacar, ainda, que os artigos 17 e 26, respectivamente da Lei Modelo e do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, fazem referência expressa aos poderes dos árbitros para conceder medidas provisórias apenas se relacionadas ao mérito da controvérsia. Ora, não há qualquer limitação à aplicação da medida de Garantia de Custas. Por mais que a norma pareça limitadora, a Garantia de Custas é um meio de se garantir uma solução justa para o conflito entre as partes⁹⁸. Este entendimento foi dado no âmbito do caso *South American Silver Limited v Bolivia*⁹⁹.

No mesmo sentido, o Regulamento de Arbitragem da International Chamber of Commerce (ICC) faz a seguinte referência em seu artigo 28:

Conservatory and Interim Measures

1 Unless the parties have otherwise agreed, as soon as the file has been transmitted to it, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any interim or conservatory measure it deems appropriate. The arbitral tribunal may make the granting of any such measure subject to appropriate security being furnished by the requesting party. Any such measure shall take the form of an order, giving reasons, or of an award, as the arbitral tribunal considers appropriate.

2 Before the file is transmitted to the arbitral tribunal, and in appropriate circumstances even thereafter, the parties may apply to any competent judicial authority for interim or conservatory measures. The application of a party to a judicial authority for such measures or for the implementation of any such measures ordered by an arbitral tribunal shall not be deemed to be an infringement or a waiver of the arbitration agreement and shall not affect the relevant powers reserved to the arbitral tribunal. Any such application and any measures taken by the judicial authority must be notified without delay to the Secretariat. The Secretariat shall inform the arbitral tribunal thereof.¹⁰⁰

⁹⁸ REDFERN; O'LEARY, Why it is time for international arbitration to embrace security for costs. P402

⁹⁹ *South American Silver Limited v. Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-15. Disponível em <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>> Último acesso em junho de 2018.

¹⁰⁰ Em tradução livre: Medidas cautelares e provisórias / 1 A menos que as partes tenham convencionado diferentemente, o tribunal arbitral poderá, tão logo esteja na posse dos autos, e a pedido de uma das partes, determinar a adoção de qualquer medida cautelar ou provisória que julgar apropriada. O tribunal arbitral poderá subordinar tal medida à apresentação de garantias pela parte solicitante. A medida que for adotada tomará a forma de ordem procedimental devidamente fundamentada, ou a forma de uma sentença arbitral, conforme o tribunal arbitral considerar adequado. / As partes poderão, antes da remessa dos autos ao tribunal arbitral e posteriormente, em circunstâncias apropriadas, requerer a qualquer autoridade judicial competente que ordene as medidas cautelares ou provisórias pertinentes. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial

Neste caso específico da ICC um relatório elaborado por Grupo de Trabalho próprio destacou a conveniência de que tais medidas fossem aplicadas quando houvesse financiamento de terceiros na arbitragem¹⁰¹. Isso porque – a exemplo do caso *Ken-Ren* já analisado – os terceiros por vezes se beneficiam das vitórias da parte que financia, mas não se responsabiliza pelo cumprimento de eventuais condenações.

O Regimento do International Centre for Dispute Resolution da American Arbitration Association por sua vez também não faz referência direta a garantia de custos, mantendo apenas disposições sobre as medidas cautelares:

Article 24: Interim Measures

1. At the request of any party, the arbitral tribunal may order or award any interim or conservatory measures it deems necessary, including injunctive relief and measures for the protection or conservation of property.
2. Such interim measures may take the form of an interim order or award, and the tribunal may require security for the costs of such measures.
3. A request for interim measures addressed by a party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate or a waiver of the right to arbitrate.
4. The arbitral tribunal may in its discretion allocate costs associated with applications for interim relief in any interim order or award or in the final award.
5. An application for emergency relief prior to the constitution of the arbitral tribunal may be made as provided for in Article 6.¹⁰²

para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um tribunal arbitral, não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerá a competência do tribunal arbitral a esse título. Quaisquer pedidos ou medidas adotadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria, devendo esta informar o tribunal arbitral. Disponível em <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>> Acessado em junho de 2018

¹⁰¹ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, **ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 Issue 2 December Edition**, Paris: [s.n., s.d.].

¹⁰² Em tradução extraoficial da própria Câmara: 1. O tribunal arbitral, mediante requerimento de qualquer parte, poderá determinar quaisquer medidas cautelares que julgue necessárias, incluindo obrigação de fazer ou não fazer e medidas de proteção ou conservação de propriedade. 2. Tais medidas cautelares poderão ser tuteladas mediante decisão cautelar ou sentença, podendo o tribunal determinar a prestação de caução para os custos de tais medidas. 3. O requerimento de medidas cautelares à autoridade judicial estatal não será considerado incompatível com a convenção de arbitragem ou renúncia ao direito de submeter a disputa à arbitragem. 4. O tribunal poderá, a seu

O International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) também é silente sobre o assunto em seu regulamento de arbitragem, como se pode ver:

Rule 39 - Provisional Measures

(1) At any time after the institution of the proceeding, a party may request that provisional measures for the preservation of its rights be recommended by the Tribunal. The request shall specify the rights to be preserved, the measures the recommendation of which is requested, and the circumstances that require such measures.

(2) The Tribunal shall give priority to the consideration of a request made pursuant to paragraph (1).

(3) The Tribunal may also recommend provisional measures on its own initiative or recommend measures other than those specified in a request. It may at any time modify or revoke its recommendations.

(4) The Tribunal shall only recommend provisional measures, or modify or revoke its recommendations, after giving each party an opportunity of presenting its observations.

(5) If a party makes a request pursuant to paragraph (1) before the constitution of the Tribunal, the Secretary-General shall, on the application of either party, fix time limits for the parties to present observations on the request, so that the request and observations may be considered by the Tribunal promptly upon its constitution.

(6) Nothing in this Rule shall prevent the parties, provided that they have so stipulated in the agreement recording their consent, from requesting any judicial or other authority to order provisional measures, prior to or after the institution of the proceeding, for the preservation of their respective rights and interests.¹⁰³

exclusivo critério, alocar os custos relacionados ao requerimento de medidas cautelares em qualquer sentença arbitral, parcial ou final. 5. O requerimento de medidas cautelares anteriores à constituição do tribunal arbitral deverá ser realizado na forma do Artigo 6. Disponível em <https://www.icdr.org/> Acessado em junho de 2018

¹⁰³ Em tradução livre: Artigo 39 / Medidas Provisórias / (1) A qualquer tempo após a instituição do procedimento, uma parte poderá solicitar que medidas provisórias para a preservação de seus direitos sejam concedidas pelo Tribunal. A solicitação especificará os direitos a serem preservados, as medidas cuja concessão seja solicitada e as circunstâncias que exigem tais medidas. / (2) O Tribunal dará prioridade à consideração de um pedido feito de acordo com o parágrafo (1). / (3) O Tribunal pode também adotar medidas provisórias por sua própria iniciativa ou conceder medidas diferentes das especificadas em um pedido. Pode a qualquer momento modificar ou revogar suas ordens. / (4) O Tribunal somente concederá medidas provisórias, ou modificará ou revogará suas decisões, depois de dar a cada uma das partes a oportunidade de apresentar suas defesas. / (5) Se uma das partes fizer um requerimento de acordo com o parágrafo (1) antes da constituição do Tribunal, o Secretário-Geral

Ocorre que, para o ICSID, é usual o deferimento de medida cautelar para garantir custos. Nesse sentido, os casos RSM Production Corporation v Saint Lucia¹⁰⁴ e Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines Inc v Republic of El Salvador¹⁰⁵ tiveram pedidos deferidos.

Em ambos processos as justificativas foram diferentes. Enquanto no primeiro o fundamento foi justamente o artigo referente a medidas cautelares do regulamento do ICSID, o segundo foi com base em princípios gerais do direito. Na interpretação dada pelo tribunal o poder geral de salvaguardar a integridade dos processos incluiria o poder de conceder Garantia de Custas em certas circunstâncias.

Ainda, além da experiência somada pelas legislações nacionais e pelos regulamentos de câmaras específicas é importante analisar o cenário de guidelines disponível no cenário internacional.

Internacionalmente é reconhecida um amplo sistema de *soft law*, que orienta a aplicação de princípios gerais a serem seguidos por árbitros e partes e, especialmente, voltados para a harmonização da aplicação legal entre os sistemas de *common law* e de *civil law*.

No que se refere ao atual trabalho, são úteis dois guias elaborados pelo CI Arb (Chartered Institute of Arbitrators)¹⁰⁶, quais sejam (i) *Guideline on Applications for Interim Measures*¹⁰⁷; e especificamente sobre a aplicação de Garantia de Custas, (ii) *Guideline on Applications for security for costs*¹⁰⁸.

estabelecerá, a pedido de qualquer uma das partes, prazos para as partes apresentarem defesas quanto ao pedido. A solicitação e as defesas podem ser apreciadas pelo Tribunal imediatamente após sua constituição. / (6) Nada nesta Norma impedirá que as partes, desde que elas tenham estipulado no acordo que registrou seu consentimento, solicitem a qualquer autoridade judicial ou outra autoridade que ordene medidas provisórias, antes ou depois do início do procedimento, para a preservação dos seus respectivos direitos e interesses. Disponível em <<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partf-chap05.htm>> Acessado em junho de 2018

¹⁰⁴ RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10. Disponível em <<https://www.italaw.com/cases/2706>> acessado em julho de 2018

¹⁰⁵ Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/17. Disponível em <https://www.italaw.com/cases/296> Acessado em junho de 2018.

¹⁰⁶ CI Arb é um centro internacional de excelência para a prática e profissão de resolução alternativa de litígios (ADR)

¹⁰⁷ Guia para assuntos relevantes relativos a consideração de um pedido de medidas provisórias, incluindo pedidos ex parte e medidas de urgência. Disponível em <<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/2015applicationinterimmeasures.pdf?sfvrsn=26>> Acesso em julho de 2018

¹⁰⁸ Guia para assuntos relevantes para a consideração de um pedido de garantia de custos, bem como o processo de concessão e liberação de garantia de custos. Disponível em

O segundo, trata-se de um conjunto de diretrizes que buscam estabelecer as melhores práticas vigentes em arbitragem comercial no que se refere as garantias de custas. Conforme o próprio guia explica, busca fornecer orientações sobre as condições no caso concreto para o pedido de Garantia de Custas e o processo de concessão e dispensa de prestação de garantia.

Cumprе ressaltar que o entendimento de custas dado pelas diretrizes em pauta é “*the legal costs of the parties as well as the arbitrators’ fees and expenses, fees and expenses of the arbitral institution (if any) and any other costs (non-legal) of the parties*”¹⁰⁹.

III.b. Condições para concessão de Garantia de Custas e a evitação da limitação do acesso à justiça

Dado o escopo deste trabalho, analisaremos as condições para a concessão a partir das melhores práticas internacionais consolidadas no *Guideline on Applications for security for costs* em leitura conjunta com o *Guideline on Applications for Interim Measures*, como aquele recomenda.

Inicialmente, como princípios gerais da aplicação de medidas provisórias, o comportamento dos árbitros que recebem pedidos de concessão de medidas deve ser no sentido de analisar pronta e rapidamente as solicitações.¹¹⁰

Dessa forma, uma vez deparado com o pedido, deve verificar se têm a jurisdição para julgar a disputa e o poder de ordenar a medida provisória sendo aplicada sob acordo de arbitragem, incluindo quaisquer regras aplicáveis e as leis da sede da arbitragem (*lex arbitri*).¹¹¹

<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/2015securityforcosts.pdf?sfvrsn=28>
acessado em junho de 2018

¹⁰⁹ Em tradução livre: [compreendem as custas da arbitragem] os custos legais das partes, bem como os honorários e despesas dos árbitros, taxas e despesas da instituição arbitral (se houver) e quaisquer outros custos (não legais) das partes. CI Arb, CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. **International Arbitration Practice Guideline on Applications for Security for Costs**. London: 2016

¹¹⁰ CI Arb, CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. *International Arbitration Practice Guideline on Applications for Interim Measures*. London: 2016. P.2

¹¹¹ *idem*. P.2

Quanto a celeridade necessária, ainda que, em um primeiro momento seja importante a concessão de uma medida *ex parte*, a decisão definitiva quanto a manutenção da medida não deve ocorrer sem a possibilidade de a parte afetada apresentar sua defesa.¹¹²

Nos termos das melhores práticas consolidadas no *Guideline on Applications for Interim Measures* os seguintes critérios devem ser analisados pelos árbitros: i) estabelecimento *prima facie* de jurisdição; ii) estabelecimento *prima facie* do caso (demanda) sobre o mérito; iii) o risco de dano que não seja adequadamente reparável por uma sentença final se a medida for negada; e iv) a proporcionalidade da medida solicitada.¹¹³

Reconhece-se, no entanto, limites para a atuação do árbitro quanto a análise e concessão de medidas provisórias. Dentre tais limitações, além de, evidentemente, ser necessário que a *lex arbitri*, convenção de arbitragem ou eventual regulamento de arbitragem deem poderes aos árbitros (e que as partes não tenham afastado os poderes, mediante expressão da autonomia da vontade), se encontram as que seguem.

Os árbitros podem conceder medidas provisórias entre as partes signatárias da convenção – não podendo, assim, requerer ações de terceiros ao procedimento. Da mesma forma, não tem os árbitros poderes para executar as medidas provisórias concedidas, assim como não tem poderes para executar as sentenças. Também não podem impor penalidades [*punitive damages*] pelo descumprimento da medida, a menos que as partes indiquem o contrário. Entretanto, podem os árbitros promover medidas, como a suspensão da arbitragem.¹¹⁴

Em seu turno, o *Guideline on Applications for security for costs* aponta que devem ser consideradas pelos árbitros, quando do deferimento ou indeferimento da aplicação de Garantia de Custas, as seguintes premissas: (i) a possibilidade de sucesso na demanda principal; (ii) a possibilidade da parte cumprir uma condenação

¹¹² *idem*. P.3

¹¹³ *idem*. P.5

¹¹⁴ *idem*. P.10-12

de custos; e (iii) a razoabilidade da medida diante das circunstâncias do caso concreto.¹¹⁵

No tocante à possibilidade do sucesso na demanda, as diretrizes tentem a se aproximar da lógica do *fumus boni iuris* presente no direito brasileiro. Determinam ao árbitro que faça uma análise superficial da verossimilhança dos fatos alegados.¹¹⁶

Traduz-se, então, que menores são as chances de concessão de Garantia de Custas quanto mais robustos são os argumentos – tanto no conflito principal quanto na defesa do pedido da medida provisória – da parte contra quem a medida é solicitada; ao passo que, quanto mais robusta as alegações daquele que solicita a aplicação da Garantia de Custas no âmbito da demanda principal, maior a chance de concessão da referida mediada.

Quanto à possibilidade de a parte cumprir uma condenação de custos, os árbitros devem analisar a capacidade de a parte executar eventual sentença – seja por a contraparte não possuir recursos, seja por não ter seu patrimônio prontamente disponível à execução.¹¹⁷

Assim, caso se entenda que a parte terá os meios necessários e que tais meios estarão prontamente disponíveis para a satisfação de sentença condenatória quanto ao pagamento das custas, os árbitros devem abster-se de conceder a segurança em função da possibilidade de uma hipotética mudança nas finanças.

Entretanto, deve-se considerar que a insolvência era um risco comercial aceito quando da contratação. Os árbitros devem ter em mente que a falta ou inacessibilidade de ativos é uma razão necessária, mas não suficiente, para exigir a garantia dos custos.¹¹⁸

Em relação a razoabilidade da medida diante das circunstâncias do caso concreto, cumpre aos árbitros avaliarem a justiça em se impor a uma das partes o dever de realizar o depósito da Garantia de Custas em razão das circunstâncias

¹¹⁵ CIArb, CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. **International Arbitration Practice Applications for security for costs**. London: 2016. P3

¹¹⁶ *idem*. P.5

¹¹⁷ *idem*. P.6

¹¹⁸ *idem*. P.6-8

fáticas. Tal análise permite que, mesmo cumpridos objetivamente os requisitos (i) e (ii), poderão os árbitros concluir pela não aplicação da Garantia de Custas.¹¹⁹

Nesse diapasão, o guia alerta para a possibilidade de a concessão da Garantia de Custas limitar direito de petição de uma das partes – seja a demandante ou a que postula reconvenção. Assim, ao se analisar a razoabilidade da medida, um fator a ser considerado é se o pedido da medida não serve à parte apenas para impedir da discussão de uma causa genuína.

Fato é que o pedido pode estar sendo utilizado de forma injusta e opressora, com fim de fragilizar e intimidar a parte com menores recursos financeiros, atrasar o deslinde do pleito ou impedir que uma parte disponha da arbitragem para buscar um direito que tenha¹²⁰. Nesse cenário, o árbitro ocupa papel central para garantir que o direito de acesso à justiça não seja prejudicado.

III.c. Câmaras Brasileiras

Ao se olhar para Câmaras de grande visibilidade no cenário brasileiro, podemos notar que nenhuma delas prevê expressamente a possibilidade de se conceder Garantia de Custas. Entretanto todas dispõem sobre forma de se buscar por medidas de urgência, sem limitações de tipo, *hall taxativo* ou *exemplificativo*, que poderia limitar a interpretação.

Senão, vejamos. A Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC) apresenta a seguinte previsão quanto a medidas de urgência em seu regulamento:

ARTIGO 8 - MEDIDAS DE URGÊNCIA

8.1. A menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes, o Tribunal Arbitral poderá determinar medidas cautelares, coercitivas e antecipatórias, que poderão, a critério do Tribunal, ser subordinadas à apresentação de garantias pela parte solicitante.

¹¹⁹ *idem*. P.9

¹²⁰ *idem*. P12

8.2. Havendo urgência, quando ainda não instituído o Tribunal Arbitral, as partes poderão requerer medidas cautelares ou coercitivas à autoridade judicial competente, se outra forma não houver sido expressamente estipulada por elas. Nesse caso, a parte deverá dar ciência ao CAM-CCBC das decisões.

8.2.1. Assim que instituído o Tribunal Arbitral, caberá a ele manter, modificar ou revogar a medida concedida anteriormente.

8.2.2. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um Tribunal Arbitral, não serão considerados como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerão a competência do Tribunal Arbitral¹²¹.

Nota-se que o modelo se repete ao analisarmos as previsões da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – CAMARB:

IX – DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA

9.1 O Tribunal Arbitral, mediante requerimento de qualquer das partes ou quando julgar apropriado, poderá, por decisão devidamente fundamentada, determinar medidas de urgência, cautelares ou antecipatórias de mérito.

9.2 Enquanto não instalado o Tribunal Arbitral, as partes poderão requerer medidas cautelares ou antecipatórias de mérito à autoridade judicial competente. Neste caso, a parte deverá, imediatamente, dar ciência do pedido à CAMARB. O Tribunal Arbitral, tão logo constituído, poderá reapreciar o pedido da parte, ratificando ou modificando, no todo ou em parte, a medida deferida pela autoridade judicial.

9.3 Na hipótese de não cumprimento de qualquer ordem do Tribunal Arbitral e havendo necessidade de medida coercitiva, a parte interessada ou o Tribunal Arbitral requererá sua execução ao órgão competente do Poder Judiciário.

9.4 O requerimento efetuado por uma das partes a uma autoridade judicial para obter medidas cautelares ou antecipatórias de mérito, antes de constituído o Tribunal Arbitral, não será considerado renúncia

¹²¹ Disponível em www.ccbc.org.br/Materia/1067/regulamento acessado em junho de 2018.

à convenção de arbitragem, tampouco excluirá a competência do Tribunal Arbitral para reapreciá-la¹²².

Padrão semelhante pode ser observado no regulamento do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA, que tem a seguinte disposição:

13. Medidas Cautelares, Coercitivas ou Antecipatórias

13.1. Por solicitação das partes, ou a seu exclusivo critério, o Tribunal Arbitral poderá determinar medidas cautelares, coercitivas ou antecipatórias.

13.2. As partes poderão requerer medidas cautelares ou coercitivas à autoridade judicial competente quando ainda não instaurado o Tribunal Arbitral. Nesse caso, a parte deverá, imediatamente, dar ciência do pedido ao Centro. Após a instauração do Tribunal Arbitral, este poderá rever, manter, alterar ou revogar a medida concedida judicialmente, bem como conceder medida indeferida em juízo.

13.3. Qualquer medida ordenada pelo Tribunal Arbitral deverá ser cumprida pela parte. Caso contrário, a execução da referida medida poderá ser solicitada ao órgão do Poder Judiciário competente, para que atinja todos os fins de direito almejados e protegidos¹²³.

III.d. Aplicabilidade no país

Partimos, dessa maneira, para a análise da aplicabilidade da Garantia de Custa no Brasil, especialmente quanto a possibilidade e forma de aplicação.

Antes de entrar propriamente na análise, cumpre destacar algumas normas que regem métodos adequados de solução de conflitos com a Administração Pública no Brasil. Isso pois, em duas normas que tratam de métodos adequados de solução de conflitos existe previsão de adiantamento dos valores por uma das partes, qual seja o contratante privado. São elas: a Lei Federal nº 13.448, de 5 de junho de 2017 e a Lei Municipal nº 16.873 de 22 de fevereiro de 2018.

¹²² Disponível em <http://camarb.com.br/regulamento-de-arbitragem/> acessado em junho de 2018.

¹²³ Disponível em <http://www.cbma.com.br/regulamento> acessado em junho de 2018.

A primeira, conhecida como lei de relicitação, ao prever no art. 31 que controvérsias surgidas em decorrência dos contratos, refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias, dispõe que “As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.”

A Lei municipal, por sua vez, trata de *Dispute Boards*, ou Comitês de Prevenção e Solução de Disputas, método que se enquadra na categoria de Métodos Adequados de Solução de Controvérsias, nos quais seus membros atuam durante a execução de contratos, com vistas a prevenir o escalonamento das divergências e conflitos oriundos do desgaste natural das relações. No artigo 4º da Lei, é determinado que:

os valores a serem desembolsados pelo órgão contratante para pagamento de honorários dos membros do Comitê deverão compor o orçamento da contratação, sendo certo que ao contratado privado caberá o pagamento da integralidade dos custos atinentes à instalação e manutenção do Comitê, enquanto competirá ao órgão contratante reembolsá-lo da metade de tais custos, após aprovação das medições previstas no contrato.

Tendo por base o ordenamento jurídico, percebe-se que é permissivo quanto a possibilidade de uma das partes adiantar o pagamento de custas, sendo reembolsada quando da prolação da sentença definitiva, mesmo considerando que o parceiro privado poderia ter seu acesso à justiça cerceado caso não fosse capaz de realizar esse adiantamento.

Com essa reflexão em mente, podemos seguir à análise da aplicabilidade da Garantia de Custas no país.

Conforme verificamos até o presente momento, a arbitragem nasce da previsão legal do local da arbitragem, permitido o uso do instituto, e da expressão da autonomia da vontade das partes, que se dá mediante a assinatura de uma convenção de arbitragem. Por esse motivo, a *lex arbitri* e a convenção de arbitragem – junto a eventual regulamento de arbitragem escolhido pelas partes – irão reger o procedimento. Tal contexto deve estar claro ao árbitro no momento do julgamento da lide, seja do pedido principal, seja nos pedidos de medidas provisórias.

Verificando-se a lei de arbitragem, tem-se por lógico que toda e qualquer medida provisória intencionada por quem é signatário de uma convenção de arbitragem deve (i) ser buscada junto ao tribunal arbitral, caso tal arbitragem já esteja constituída; ou (ii) ser buscada junto ao judiciário antes da instituição da arbitragem e ser reapreciada pelo árbitro quando da sua nomeação.

Assim, o árbitro, ao receber o pedido de concessão de medida provisória, deve analisa-lo de forma célere e imediata, conforme os critérios discutidos.

A primeira análise a ser feita é quanto a sua jurisdição, nos termos do princípio *kompetenz-kompetenz*. Dessa forma, irá analisar o árbitro se, diante da lei aplicável e da convenção de arbitragem, ele é competente para a aplicação de medidas provisórias e, especialmente, da Garantia de Custas.

Partindo-se da Lei Brasileira, a Lei de Arbitragem permite genericamente, por seus arts. 22-A e 22-B, a concessão de medidas cautelares ou de urgência, sem se dedicar a especificar quais medidas seriam possíveis. Partindo de tal análise, o árbitro estará certo de que, mediante a Lei Brasileira, ele – devidamente nomeado e aceito árbitro – tem competência, por meio da Lei para aplicar medidas provisórias.

A análise, portanto, deve seguir quanto a jurisdição confirmada pela convenção de arbitragem. Como vimos, a arbitragem está intimamente ligada à expressão da autonomia da vontade das partes em afastar a apreciação de um caso do poder judiciário e entregar a um árbitro ou tribunal arbitral. A convenção, portanto, delimita o contorno dos poderes desse árbitro.

Dessa forma, se a convenção for expressa quanto aos poderes dos árbitros, está configurada a vontade das partes. Da mesma forma, comunicações anteriores à convenção arbitral podem ser usadas para demonstrar a verdadeira vontade dos envolvidos. De toda sorte, não havendo menções a aplicabilidade de medidas provisórias, entende-se que a autorização da *lex arbitri* seja suficiente.

Devemos ter em mente, também, que se as partes optarem por uma câmara de arbitragem ou algum regulamento tal texto deve ser considerado como norma que regerá a arbitragem Assim, dentro da análise da convenção de arbitragem deve-se verificar a escolha de regulamentos institucionais, e o que eles dizem sobre aplicação de medidas provisórias e, especificamente, da Garantia de Custas.

À exemplo do procedimento realizado quanto à convenção de arbitragem, o árbitro deve buscar no regulamento a forma como são tratadas as medidas provisórias e Garantia de Custas.

Partindo-se, então, dos regulamentos de arbitragem analisados, percebemos que nenhum faz referência expressa a quais medidas de urgência podem ser pedidas pelas partes ou proferidas pelos árbitros. Assim, só é possível entender que as Câmaras brasileiras optaram por não discutir quais seriam os tipos de medidas provisórias cabíveis ou não em arbitragens, deixando para os árbitros tal avaliação caso a caso.

Com a análise da competência realizada, e não havendo restrição à aplicação de Garantia de Custas, resta a análise caso a caso, para verificar, no caso concreto, o cabimento da concessão da medida conforme as melhores práticas internacionais.

Como podemos perceber, as diretrizes apontadas pelas *guidelines* sobre Garantia de Custas estão alinhadas com os princípios gerais do direito brasileiro, bem como com os cuidados que devem ser adotados ao se deferir uma medida provisória, conforme posicionamento de Carreteiro apresentado supra.

De tal maneira, se mostram úteis uma vez que são facilitam a aplicação correta aplicação das medidas provisórias.

Não havendo risco de dano imediato, dado que o pagamento de custas é realizado apenas ao final do procedimento arbitral, quando da sentença, não há porque se analisar, deferir ou indeferir, um pedido de Garantia de Custas *ex parte*. Ademais, a apresentação das razões de quem se defende da solicitação desta medida é fundamental para a correta compreensão do árbitro da situação processual das partes.

De posse do requerimento de arbitragem, das contrarrazões apresentadas, da solicitação de Garantia de Custas e da defesa desta solicitação, deve o árbitro, então, sanear o procedimento, com vistas a observar o *fumus boni iuris* alegado por quem pede a Garantia de Custas.

Conforme vimos nas melhores práticas internacionais e temos no direito brasileiro, é importante para a concessão de uma tutela provisória que seja

caracterizada a verossimilhança da demanda ou da defesa. O árbitro atua, portanto, conforme orientado pelo art. 2 do *guideline* sobre Garantia de Custas.

Sendo identificados elementos que demonstrem a razoabilidade do direito daquele que pleiteia a aplicação da medida, o árbitro deve continuar a análise, enquanto deve encerrá-la e indeferir o pedido caso seus argumentos demonstrem-se absolutamente insuficientes para demonstrar seu direito.

Estabelecida a existência do *fumus boni iuris*, cumpre ao árbitro verificar o *periculum in mora*.

Para tal análise, o árbitro deve verificar a situação financeira daquele contra quem a tutela é pedida, ou seja, sua capacidade de satisfazer eventual decisão que o obrigue a arcar com os custos da contraparte.

Assim, o árbitro deve considerar se há motivos razoáveis para concluir que existe um efetivo risco de que o requerente da medida não possa executar uma decisão de custas em seu favor porque, nos termos do guia:

- i) the claimant will not have the funds to pay the costs awarded; and/or
- ii) the claimant's assets will not be readily available for an effective enforcement against them.¹²⁴

Novamente o árbitro deve se comportar de forma semelhante à análise anterior. Havendo o risco de não pagamento, deve seguir com a verificação as condições para a concessão da tutela. Entretanto, não havendo risco de não pagamento, o pedido deve ser indeferido após esta ponderação.

Superadas as análises do arts. 2 e 3 do guia de melhores práticas na aplicação das Garantias de Custas, e após o árbitro ter analisado a pretensão aparentemente meritória daquele que pleiteia a Garantia de Custas, bem como estabelecido o “risco” de que parte solicitante viesse a não conseguir executar uma sentença em seu favor, ou seja, o “perigo” de ver-se prejudicada a parte solicitante em razão da demora até

¹²⁴ Em tradução livre: i) o requerido não terá fundos para pagar as despesas; e / ou ii) os bens do requerido não estarão prontamente disponíveis para uma execução eficaz contra ele. CIArb, CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. **International Arbitration Practice Applications for security for costs**. London: 2016. P6

que se obtenha a sentença arbitral final, passará o árbitro para a análise subjetiva da razoabilidade da aplicação.

No âmbito da verificação da razoabilidade, diversos aspectos devem ser levados em conta, dentre os quais é possível destacar: o momento do pedido da tutela, eventual antecipação das custas, a vontade de impedir o curso normal do procedimento.

Quanto ao tempo do pedido da tutela, o árbitro pode avaliar se foi pedida no início da arbitragem (na primeira manifestação da parte) ou quando a parte teve notícia da insolvência da outra. Assim, parece razoável que se trate de um pedido legítimo para salvaguardar a possibilidade de se buscar pelo recebimento de condenação em custas da outra parte. Ocorre que, se o pedido se dá em um momento que não se justifica, após as partes terem despendido elevados montantes, talvez os árbitros mostrem certo desconforto para deferir a solicitação.¹²⁵

Fato semelhante ocorre em casos que o regulamento da Câmara exija das partes antecipação proporcional das custas. Ora, nesses casos, caso o valor adiantado seja suficiente para fornecer proteção suficiente ao interessado não faz sentido a concessão de medida adicional, restringindo os ativos da parte requerida.

Dessa forma, fica demonstrada a possibilidade de aplicação da Garantia de Custas no Brasil, desde que não afastada pelas partes e que se enquadre no caso concreto os critérios demonstrados.

¹²⁵ *idem*. P.12

CONCLUSÃO

O estudo foi elaborado com o intuito primário de determinar a possibilidade de se aplicar em arbitragens que ocorrem no Brasil medidas de garantias de custas em conformidade com as melhores práticas internacionais. Para tanto, se fez necessário compreender como ocorre a arbitragem no Brasil, compreendendo as legislações que tratam do assunto e, ainda, como a doutrina trata as suas peculiaridades. Em seguida o foco foi orientado para análise da teoria sobre as tutelas provisórias em arbitragem, passando-se a análise prática na toada do direito comparado e regulamentos de arbitragem. Por fim, foram trazidos regulamentos de Câmaras Brasileiras, buscando verificar a aplicabilidade da Garantia de Custas nos casos em que as partes não acordavam quanto a possibilidade de concessão.

A constatação alcançada já no Capítulo I deu-se quanto a importância da expressão autonomia da vontade quando do procedimento arbitral. Concluiu-se, portanto, que a aceitação dos ditames da Lei ao se fazer a escolha pela arbitragem mediante uma convenção arbitral implicaria em aceitar, dentre as demais disposições aquelas que se referiam a possibilidade de os árbitros decretarem medidas provisórias.

Esta constatação foi reforçada no Capítulo II, quando restou demonstrado que efetivamente um Tribunal Arbitral tem competência reconhecida – pela doutrina, em um primeiro momento, pela jurisprudência em seguida, e posteriormente por alteração legal – de analisar e conceder tutelas antecipadas. O capítulo ainda permitiu se concluir que a Garantia de Custas tinha as características principais de uma medida cautelar, se enquadrando perfeitamente em tal modelo, conforme o entendimento brasileiro.

No que se refere à experiência internacional, constatou-se que a Garantia de Custas é medida cada vez melhor aceita e difundida, já tendo sido incluída em diversos regulamentos de arbitragem. No mesmo sentido, pôde ser visto que a medida vem se consolidando cada vez mais a ponto de serem elaborados guias de melhores práticas – que são *soft law* no direito privado/comercial internacional – e grupos de trabalho de braços da ONU identificarem a relevância deste instrumento para arbitragens que envolvam financiamento de terceiros.

Por fim, com a legislação brasileira que trata de arbitragem analisada e o entendimento de quais as características básicas da concessão de tutelas provisórias foi realizada checagem em regulamentos de Câmaras Brasileiras, que identificou ser normal no país que as Câmaras tratem do procedimento para que seja pedida pelas partes a tutela ou (re)afirmem os poderes dos árbitros de ordená-las. Entretanto não é prática comum a descrição de lista exemplificativa ou exaustiva dos tipos de medidas que podem ser adotadas. Assim, entende-se que, salvo disposição contrária por parte daqueles que firmam uma convenção de arbitragem, todas as medidas são passíveis de serem pedidas, analisadas e concedidas com base nos elementos fáticos probatórios do caso.

Com tais conclusões em mãos foi feita uma última avaliação para se verificar se a experiência estaria alinhada ou, se ao menos, poderia fazer uso das melhores práticas adotadas no cenário internacional. Concluiu-se que sim, uma vez que os fatos que levam a concessão de tutela para Garantia de Custas é o mesmo no cenário nacional e internacional – reconhecendo-se evidentemente limitações de executabilidade em países não signatários da Convenção de Nova York – e que os modelos desenvolvidos são pertinentes ao modelo nacional de medidas provisórias.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I.** 14a. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870.
- AUSTRALIA. Arbitration Act, 1974.
- BAPTISTA, Luis Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional.** São Paulo: Lex Magister, 2011.
- BLACKABY, Nigel *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration.** 6th. ed. London: Oxford University Press, 2015.
- BORN, Gary B. **International arbitration: law and practice.** 2. ed. Croydon: Wolters Kluwer, 2016.
- BORN, Gary B. **International Arbitration: Law and Practice.** Second Edi. Croydon: Wolters Kluwer, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.
- BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil.
- BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.
- BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.
- BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.
- BUCHANAN, Mark A. PUBLIC POLICY AND INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION. **American Business Law Journal**, v. 26, n. 3, p. 511–531, 1988.
- CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- CAHALI, Francisco José. **Medidas de urgência na arbitragem e o novo regulamento do CAM-CCBC.** *in* Revista de Arbitragem e Mediação, . Vol 33. Ano 2012 P. 271-286. São Paulo: Ed. RT, abr-jun. 2012.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo.** São Paulo: Atlas, 2009.

CARRETEIRO, Mateus Aimoré. **Tutelas de Urgência e Processo Arbitral**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do Third Party Funding**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CIArb, CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. **International Arbitration Practice Guideline on Applications for Interim Measures**. London: 2016

CIArb, CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. **International Arbitration Practice Applications for security for costs**. London: 2016.

COLBRAN, Stephen. **Security for costs of arbitration proceedings in England, New Zealand and Australia**, *in* Journal of international arbitration, v. 9, n. 1, 1993

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. **Medidas urgentes no processo arbitral brasileiro**. *In* Revista Trimestral de Direito Civil, v. 35, p. 43-73, 2008.

FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. 1a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard & Goldman on International Arbitration**. Holanda: Kluwer, 2009.

GUILHARDII, Pedro. **Medidas de Urgência na Arbitragem**. *In*: Revista de Arbitragem e Mediação. Vol 49. Ano 13. P. 67-101. São Paulo: Ed. RT, abr-jun. 2016.

HARDY, Tim (Editor). **International Arbitration Practice Guidelines on the Applications for Security for Costs**. p. 27, 2016.

HONG KONG. CAP 609 Arbitration Ordinance, 2018.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 Issue 2 December Edition**. Paris. 2015.

KARRER, Pierre A.; DESAX, Marcus. **Security for costs in international arbitration: why, when, and what if**, *in* BRINER, Robert(ed.). Law of international

business and dispute settlement in the 21st century. Colony: Carl Heymanns, 2001

NOVA ZELÂNDIA. Arbitration Act, 1996.

PINNA, Andrea; BROCHIER, Darrois Villey Maillot. Réflexions sur l'arbitrage forcé.

Gazette du Palais 351, 2008.

REDFERN, Alan; O'LEARY, Sam. Why it is time for international arbitration to embrace security for costs. **Arbitration International**, v. 32, n. 3, p. 397–413, 2016.

REDFERN, Alan; O'LEARY, Sam. Why it is time for international arbitration to embrace security for costs. **Arbitration International**, v. 32, p. 397–413, 2016.

REINO UNIDO. Arbitration Act, 1996.

SANTOS, Ricardo S. S. ; SILVA, Rafael Peteffi da. ; LAMY, Eduardo Avelar .

Competência para a concessão de medidas cautelares na arbitragem. In:

WALD, Arnold.. (Org.). Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. 1ed.São Paulo: Edidtora Revista dos Tribunais, 2014, v. II

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SINGAPURA. International Arbitration Act, 2012.

STRAUBE, Frederico José; FINKELSTEIN, Claudio; CASADO FILHO, Napoleão (Orgs.). **The CAM-CCBC Arbitration Rules 2012: A Commentary**. 1a Edição. Holanda: Eleven International Publishing, 2016.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**. Viena: ONU, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3a. ed. São Paulo, 2005.

XAVIER, Grace. **Evolution of arbitration as a legal institutional and the inherent powers of the Court: Putrajaya Holdings Sdn. Bhd. v. Digital Green Sdn. Bhd.** Singapore, 2010.

Livro dos Reis. 3, 16-28. In: **Bíblia Sagrada**. São Paulo: Paulus, 2004.