

MEDIDAS PROVISÓRIAS NA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA.

Provisional measures in the arbitration involving the Public Power.

Alberto Jonathas Maia

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, Brasil.

Informações do artigo

Recebido em 03/07/2023

Aceito em 15/08/2023

DOI:

10.25247/2764-8907.2023.v2n2.p1-26



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição 3.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/).

Como ser citado (modelo ABNT)

MAIA, Alberto Jonathas. MEDIDAS PROVISÓRIAS NA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA. *Direito, Processo e Cidadania*. Recife, v. 2, n. 2, p. 1-26, mai./ago., 2023. DOI: 10.25247/2764-8907.2023.v2n2.p1-26

Editor responsável

Prof. Dr. José Mário Wanderley Gomes Neto

Resumo

Esse artigo tem como objetivo examinar as implicações das medidas de urgência no processo arbitral dos quais a Fazenda Pública participe. O regime jurídico processual envolvendo as medidas provisórias em desfavor da Fazenda Pública possui ressalvas legais as quais precisam ser examinadas no contexto arbitral. Poderemos observar que as ditas vedações a tutelas provisórias possuem impacto mínimo na arbitragem. Por fim, demonstraremos a inaplicabilidade do pedido de suspensão de liminar contra decisões de árbitros que concedam medidas provisórias contra o Poder Público.

Palavras-Chave: Arbitragem, medidas provisórias, fazenda pública

Abstract

This article aims to examine the implications of urgent measures in the arbitration process in which the Public Treasury participates. The procedural legal regime involving provisional measures against the Public Treasury has legal caveats which need to be examined in the context of arbitration. We can observe that the said prohibitions on provisional relief have a minimal impact on the arbitration. Finally, we will demonstrate the inapplicability of the request for the suspension of an injunction against decisions of arbitrators that grant provisional measures against the Public Power.

Keywords: arbitration, provisional measures, public power.

1. Introdução.

Com o objetivo de mitigar as consequências negativas que o transcorrer do tempo pode causar para os litigantes e para o objeto do conflito, o sistema processual brasileiro estabeleceu a possibilidade de medidas provisórias. Essas providências também são possíveis de serem tomadas no âmbito de processos arbitrais, conforme previsão contida na Lei 9.307/96 em seus artigos 22-A e 22-B.

No que se refere ao regime processual aplicável às tutelas provisórias há um complexo de normas que tratam da matéria (e.g. Lei n. 8.437/92 que disciplina a concessão de medidas cautelares contra o Poder Público e a Lei n. 9.494/97, a qual dispõe sobre a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público). Ambos os diplomas estabelecem vedações à concessão desse tipo de medida quando forem desfavoráveis à Fazenda Pública.

Com o aumento da prática de arbitragem envolvendo entes públicos no Brasil inevitavelmente, é de se cogitar a possibilidade de árbitros concederem esse tipo de medida contra a Fazenda Pública, de modo que a análise do tema ganha relevância.

O estudo é dividido em três partes. Num primeiro momento trataremos considerações gerais sobre medidas provisórias no direito processual e arbitral, em seguida trataremos das vedações legais às medidas provisórias contra a Fazenda Pública e os seus eventuais impactos na arbitragem. Por fim, defenderemos a inaplicabilidade da suspensão de liminar no caso de o árbitro conceder medida provisória desfavorável ao Poder Público.

2. Medidas provisórias e a sua inserção no processo arbitral.

Atualmente, a comunicação se reproduz de forma instantânea, as transações bancárias e financeiras são realizadas através do computador ou celular em poucos segundos, diversas demandas precisam ser atendidas de forma urgente, enfim, inúmeras situações no âmbito das relações negociais são analisadas nos processos judiciais e arbitrais às quais não podem esperar uma decisão final.

Nesse contexto, as providências cautelares e antecipatórias que compreendem o gênero de medidas urgentes encontram sua razão de ser ante a necessidade de atender situações sensíveis de modo a evitar o perecimento de direito, acelerando os efeitos de um eventual resultado final.

É uma atividade jurisdicional desenvolvida a partir de cognição sumária em contraposição à cognição plena. Essas providências relacionam-se com o tempo e têm o escopo de abreviar “o exercício de jurisdição e a produção de resultados úteis, com vista à tempestividade e à efetividade de direitos” (DINAMARCO, 2017, p.856).

No processo judicial, ou arbitral, busca-se uma tutela jurisdicional em caráter definitivo. Essa tutela é alcançada por meio de uma decisão fruto de toda uma instrução do processo (DIDIER JR., 2016, p.575). No entanto, até o final da demanda, algumas medidas podem ser necessárias com vistas a assegurar o resultado útil da própria demanda. Essas medidas têm como escopo resguardar bens, conservar provas, impedir determinadas ações, isto é, preservar o direito buscado. Realmente, “as atividades processuais necessárias para a

obtenção de uma tutela satisfativa podem ser demoradas, o que coloca em risco a própria realização do direito afirmado” (DIDIER JR., 2016, p.576).

Desse modo, com o escopo de possibilitar à parte a obter antecipadamente os possíveis efeitos do resultado almejado por meio de uma cognição sumária. Conforme se explica, “o objetivo é tentar propiciar, com máxima efetividade possível, o direito à tutela jurisdicional”(CARRETEIRO, 2017, p.53). A natureza de provisoriedade desse tipo de tutela é “um contrapeso ao risco de decisões tomadas sem essa certeza” e se reforça diante da possibilidade de poder ser revogada ou modificada a qualquer tempo (DINAMARCO, 2017, p.853).

A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência (cautelar ou antecipada), que pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental, ou de evidência (CPC, art. 294). Como se observa, tal medida sumária, enquanto espécie, compreende tanto a tutela de urgência, aquela que se fundamenta “no risco de perecimento do eventual direito da parte ou de perda de eficiência do processo instaurado para o reconhecimento ou satisfação deste” (DINAMARCO, 2017, p.856), quanto a tutela de evidência, “quando o direito está evidenciado em juízo através de provas, sendo desnecessário e custoso às partes aguardar até o julgamento da causa para ver a satisfação de um direito que já estava demonstrado desde o início” (MENDES; SILVA, 2015, p.213-223).

A doutrina instrui que “[...] a tutela provisória de urgência poderá ser antecedente ou incidente ao processo considerado principal, na qual a tutela definitiva (mérito do litígio) estará sendo discutida. Por sua vez, a tutela de evidência será incidente” (CAHALI, 2015, p.291). Orienta-se ainda que “não se deve confundir a tutela cautelar com a tutela antecipada: aquela apenas assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, enquanto esta última possibilita a imediata realização do direito” (CUNHA, 2017, p.303). A tutela provisória pode ser, então, satisfativa (dar-se de forma antecipada) ou cautelar. É possível antecipar momentaneamente a satisfação do direito afirmado ou, se for o caso, resguardá-lo.

A tutela antecipada satisfativa é a antecipação de possíveis efeitos do provimento final, confere eficácia imediata ao direito afirmado, “atua diretamente sobre a situação jurídica das partes em suas relações recíprocas com os bens da vida” (DIDIER JR., 2016, p.582; SILVA, 2002, p.162). A tutela provisória de natureza cautelar, por sua vez, adianta os

efeitos de tutela definitiva de natureza não-satisfativa, concedendo eficácia imediata ao direito à cautela. Nesse caso, antecipa-se a cautela a determinado direito. Fredie Didier Jr. aduz que “ela somente se justifica diante de uma situação de urgência do direito a ser acautelado, que exija sua preservação imediata, garantindo sua futura e eventual satisfação” (DIDIER JR., 2016, p.583). Diferentemente da tutela antecipada, a cautelar não satisfaz o direito perseguido. Dessa forma, “é cautelar por assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa, na medida em que resguarda o direito a ser satisfeito, acautelando-o” (DIDIER JR., 2016, p.583).

A tutela provisória pode ser requerida antes da instauração do processo principal. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Adianta-se a providência urgente. É a tutela provisória antecedente. Conforme Didier Jr. (2016, p.586), o pedido concentra-se na urgência e nada mais. Instaura-se o processo em que se pretende, em momento posterior, pedir a tutela definitiva. É, assim, pleito anterior à apresentação do pedido de tutela definitiva e tem por finalidade adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento).

Na prática arbitral, esse tipo de tutela é, por vezes, imprescindível. Antes de iniciada a arbitragem – na denominada fase pré-arbitral –, com a aceitação do encargo pelos árbitros, é possível que, “pretendendo uma medida destinada a debelar riscos de perecimento de direito, dirija-se a parte ao juízo estatal, único à sua disposição, deduzindo ali essa postulação” (DINAMARCO, 2013, p.223).

Essa questão já foi muito bem amadurecida pela doutrina, cite-se, dentre todos Carlos Alberto Carmona (2009, p.327) que já há muito tempo defende que “a competência do juiz togado ficará adstrita à análise da medida emergencial, passando a direção do processo na sequência aos árbitros, tão logo seja instituída a arbitragem”.

Nesses casos, mesmo de posse da convenção de arbitragem, o interessado dirige-se ao Judiciário para que esse assegure o direito que será demandado no processo arbitral que, pelas mais variadas circunstâncias, ainda não foi entabulado. Esse tipo de medida “geralmente surge em momento antecedente à constituição do tribunal arbitral, pela inexistência de órgão arbitral competente, o juiz pode ser chamado a exercer competência

temporária, cuja finalidade exclusiva é de garantir a efetividade do futuro provimento arbitral” (CARRETEIRO, 2017, p.69).

A Lei de Arbitragem cuida dessas questões em seus art. 22-A, inserido pela Lei n. 13.129, de 2015. Conforme lá estabelece, antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. O mesmo dispositivo impõe um ônus para a parte requerente. No parágrafo único, dispõe que cessará a eficácia da medida cautelar ou de urgência, se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão. Há aqui uma estreita semelhança com a ordem do art. 308 do CPC¹.

O dispositivo vem sendo aplicado com alguma frequência pelos tribunais. No caso EGA Participações Ltda. vs. ACC Participações Ltda, o conflito consistia na validação da deliberação social, regularidade da convocação assemblear e, também, no modo de remuneração dos administradores. A arbitragem ainda não tinha sido instaurada e requereu-se medida de urgência para manter determinados direitos dos sócios até o pronunciamento final. A medida foi concedida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, mas com a ressalva: “[...] neste cenário, portanto, deve ser deferida a tutela antecipada para a retomada dos benefícios, cuja eficácia cessará no prazo de trinta dias, nos termos do que dispõe o art. 22-A, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96”².

Merece particular atenção o fato de que o prazo estabelecido é para que ocorra a apresentação do pedido de arbitragem ou requerimento para instituição de arbitragem, a lei não impõe que o processo arbitral se inicie nesse período. Mesmo que seja iniciada na fase arbitral, após o vencimento estabelecido pela lei, a medida urgente produzirá seus efeitos. Não podia ser diferente, Pedro Batista Martins (2006. p.88) alerta: “caso contrário, estar-se-ia impondo à parte interessada o cumprimento de uma obrigação que foge ao seu controle e, quiçá, impossível de ser obtida”. Décadas de atuação em arbitragens possibilitam o autor noticiar que os “[...] trâmites prévios à instituição da arbitragem

¹ CPC, Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

² Cf. TJSP; Apelação 1011360-02.2016.8.26.0309; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Jundiaí - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/07/2018; Data de Registro: 02/08/2018).

demandam certo tempo e que, usualmente, o prazo extrapola os 30 dias regulamentares para a manutenção da eficácia da medida liminar” (*idem*).

Em situação oposta, caso não se proceda com iniciativa para a instauração do juízo arbitral, a tutela cautelar será extinta e perderá seus efeitos. O STJ enfrentou essa questão no caso Puras do Brasil S.A vs. Ataliba Cozinha Industrial Ltda. Na espécie, restou inquestionável a permissão para processamento da medida cautelar perante o órgão de jurisdição estatal. Também se entendeu que o ajuizamento de tal medida não derroga a jurisdição arbitral, mas ficou assentado que é necessário a posterior instauração do procedimento arbitral, providência que não foi adotada pela Ataliba Cozinha Industrial Ltda. Com efeito, “o não ajuizamento da ação principal no prazo impõe perda de eficácia da liminar concedida e que a extinção do processo principal conduz à perda de objeto da cautela”³.

Cabe destacar ainda que o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente não significa, de forma alguma, renúncia à jurisdição arbitral ou mesmo revogação tácita à convenção de arbitragem. Realmente, independente “[..] da função da tutela de urgência pleiteada, a parte interessada não pode ser prejudicada por simplesmente procurar salvaguardar seu direito por meio das cortes estatais”(CARRETEIRO, 2017, p.153).

Não acreditamos ser possível o manejo desse pedido no que a prática chama de “requerimento de arbitragem”. Nesse expediente, o interessado apresenta à instituição de arbitragem um pedido no qual se noticia a existência de um conflito, o interesse de resolvê-lo por meio de arbitragem e, diante da existência de convenção de arbitragem, com menção à respectiva instituição, que essa deverá ser responsável por administrar o conflito. Se desejar concentrar a análise do conflito exclusivamente na arbitragem e antes da formação definitiva do tribunal arbitral, o interessado pode solicitar a atuação do árbitro de emergência.

Nesse sentido, a Lei de Arbitragem estabelece que, estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros, órgão competente para ofertar tanto a tutela definitiva, quanto às eventuais e possíveis

³ STJ - REsp: 1244401 SC 2011/0052513-2, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 07/02/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/02/2017)

tutelas provisórias. Da mesma forma que instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a tutela provisória de urgência (cautelar ou antecipada) concedida pelo Poder Judiciário (art. 22-B).

2. Apontamentos relacionados ao exercício da competência.

Nas demandas contra a Fazenda Pública, as tutelas provisórias concedidas poderão ser impugnadas por instrumentos específicos (agravo de instrumento, pedido de suspensão e reclamação) – que serão objeto de análise em momento processual posterior. Não é incomum que esses tipos de decisões sejam levadas para as instâncias superiores, para eventual suspensão dos seus efeitos ou mesmo revisão.

No entanto, se durante esse percurso de tempo a arbitragem for iniciada, o recurso de agravo, o pedido de suspensão ou reclamação pendentes não poderão ser apreciados pelo tribunal estatal, tendo em vista o esvaziamento da competência decorrente do efeito negativo da convenção de arbitragem.

O mesmo ocorre se já tiver sido proferida alguma decisão com fundamento no inciso I do art. 1.019 do CPC. Se o relator, monocraticamente sustar, em sede de liminar, a decisão provisória proferida em primeira instância, atribuindo efeito suspensivo ao recurso até o julgamento perante o órgão colegiado, essa decisão estará sujeita à mesma regra contida no art. 22-B caput da Lei de Arbitragem (LARb), a qual permite ao árbitro, ou Tribunal, modificar ou revogar a medida concedida pelo Poder Judiciário

Não há aqui perda de objeto, mas um limite de competência imposto pelo efeito negativo da convenção de arbitragem. No momento em que o órgão arbitral está constituído, é sua a competência para decidir todas as questões acerca do objeto estabelecido no termo de arbitragem. O pedido de tutela provisória perante o órgão judicial não implica em renúncia à jurisdição dos árbitros, tampouco retira-lhe a competência para analisá-la quando regularmente constituído.

O dispositivo é claro e “não deixa nenhuma dúvida de que os árbitros possuem competência para a concessão de tutelas de urgência e que, além disso, qualquer medida concedida anteriormente pelas cortes estatais pode ser revista pelo árbitro”(CARRETEIRO, 2017, p.22). A atuação do Poder Judiciário na concessão desse tipo de medida é precária, pois tal atividade será suprimida “no momento mesmo em que possa o árbitro agir, seja

positivamente, para conceder medida antes negada pelo juiz estatal, seja negativamente, para reconsiderar, suspender ou revogar a tutela judicial de urgência” (*idem*). E não apenas isso, “o árbitro pode atuar negativamente, para revogar, a qualquer tempo, a tutela provisional judiciária. É sempre possível, ao menos juridicamente, o retorno à situação anterior” (VALENÇA FILHO, 2015, p.169).

A LArb autoriza ao árbitro, “substituir a medida concedida por outra igualmente eficaz e menos gravosa, ou pela caução que vierem a estipular” (DINAMARCO, 2013, p.222). O efeito negativo implica em transferência da jurisdição do árbitro por ato negocial das partes, passando ele a ser o juízo da causa e tendo o poder de conceder, revogar ou modificar as medidas urgentes por ele próprio ou pelo Poder Judiciário anteriormente demandado (*idem*, p.222).

O efeito negativo da convenção também afasta, de imediato, qualquer manifestação judicial que se destine a decidir as questões do conflito (MARTINS, 2008, p.137). Há, no dizer de Débora Visconde (2009, p. 94), uma “prioridade hierárquica entre árbitros e juízes estatais, uma vez que o árbitro teria a preeminência do direito de decidir sobre a questão jurisdicional”.

É na tutela definitiva que se concentra o mérito da questão. A decisão de mérito é apenas dos árbitros. Com efeito, sendo o órgão arbitral a única e exclusiva instância jurisdicional para análise de mérito da questão discutida no processo principal ao qual se destina a medida de urgência, está autorizado por lei, a qualquer momento, extingui-la, “seja pela prolação de sentença arbitral final, seja pela prolação de sentença de mérito parcial, seja, ainda, por simples decisão interlocutória, com fundamento em sua própria avaliação sobre conveniência do ato” (VALENÇA FILHO, 2015. p. 169).

4. Análise crítica das vedações legais às medidas provisórias contra a Fazenda Pública.

No âmbito dos processos arbitrais existe um determinado leque de temas mais propensos a serem objeto de tutela provisória. Além disso, a doutrina aponta alguns exemplos: i) medidas para regular a relação das partes, para manter o status quo enquanto pendente o resultado da disputa; ii) medidas para preservação de provas que são consideradas relevantes para a disputa e necessárias à elucidação dos fatos; iii) medidas

para garantir a futura execução da sentença arbitral; e iv) medidas para pagamentos antecipados (CARRETEIRO, 2017. p. 52 e ss.).

Analisamos os regulamentos das principais e mais relevantes instituições de arbitragem no Brasil e constatamos que nenhum deles traz diretrizes específicas sobre tutelas de urgência em desfavor da Fazenda, inclusive aquelas ditas especializadas. Os regulamentos ocupam-se apenas a regular a autorização para concessão de tais medidas, nada mais.

Não se pode descartar o fato de que a heterogeneidade das questões de direito material submetidas a litígio, principalmente devido à atuação privada da Administração Pública, torna impossível prever todas as hipóteses em que seria necessária a concessão de uma medida de urgência.

Os casos mencionados acima apenas exemplificam um sem número de situações que podem ocorrer e existir tutela provisória. A doutrina indica que há uma inclinação a atipização das tutelas de urgência “a fim de que o processo possa proteger da forma mais completa possível as mais diversas situações substanciais” (MITIDIERO, 2011. , p. 46-47). Assim, o julgador deve atender “todas as situações substanciais carente de tutela no plano do direito material”(idem).

O processo que envolve a Fazenda Pública traz consigo algumas peculiaridades. Uma delas é encontrada no regime jurídico processual aplicado às tutelas provisórias que são concedidas em desfavor à Fazenda Pública. Constituiu-se como uma de suas prerrogativas a proibição de concessão de tutelas provisórias contra a Fazenda Pública em determinados casos previstos na legislação. O que se pretende verificar aqui é se esse regime é aplicável à arbitragem e quais os impactos que eventualmente podem ser verificados em razão dessas ordens proibitivas (CUNHA, 2017, p. 289 e ss.).

A presença da Fazenda em determinada demanda impõe uma análise cuidadosa das questões em jogo. Dito de outro modo: autorizações ou impedimentos procedimentais ou substanciais dependem de expressa previsão legal – fonte do direito público. E aqui cabe uma ressalva: a aplicação das vedações à concessão de medidas provisórias serão aplicáveis se a lei aplicável à arbitragem for a lei brasileira.

No âmbito das arbitragens internacionais, a lei aplicável, inclusive as de natureza processual, pode variar de acordo com o caso concreto e tais vedações não terão aplicação

automática, salvo por deliberação das partes. De modo a evitar debates processuais desnecessários, a sugestão é a de que esse tipo de assunto seja previamente deliberado pelos litigantes no momento da construção do termo de arbitragem.

4.1. Há motivo para preocupação? O impacto mínimo.

A lei 9.307/96 foi clara em dizer que a arbitragem que envolve a Administração Pública será sempre de direito. Assim sendo, se o direito brasileiro foi o eleito para regular o litígio arbitral, seriam aplicáveis, por consequência, as limitações legais no que se refere às medidas de urgência em face da Fazenda Pública.

A princípio, a afirmação acima pode trazer descontentamento, mas, quando observamos as vedações, constatamos que todas elas teriam um potencial enfraquecido pela sua própria natureza e pela dinâmica que a arbitragem possui. Isto porque as matérias que são objeto de vedação, em sua maioria, dizem respeito a direitos indisponíveis. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes tem razão ao afirmar que “a peculiaridade da concessão de tutela de urgência em face da Fazenda Pública, em ações individuais e coletivas, reside em suas restrições, tanto em razão do interesse público, como em razão da organização orçamentária anual” (MENDES; SILVA, 2015). Logo, sequer podem ser objeto de conflito em um processo arbitral. Quase que a totalidade das vedações legais sequer resvalam as matérias das quais a arbitragem pode enfrentar. O caso concreto indicará a necessidade da tutela provisória. As hipóteses de vedação, como não poderiam deixar de ser, são pontuais, não havendo que se cogitar um impedimento absoluto.

De fato, não poderia considerar, por exemplo, um conflito de arbitragem relativo a aumento ou extensão de vantagens/vencimento de servidores públicos. Esse tipo de matéria não se insere no contexto de arbitragem tanto interna quanto internacional. É conflito típico do Poder Judiciário com a participação das entidades legitimadas, sem prejuízo de que sejam aplicadas outras formas de solucioná-los utilizando-se do modelo multiportas como conciliação e mediação.

As ditas leis impeditivas, ou vedações legais, devem ser observadas com sobriedade e, ao mesmo tempo, sem tanto receio pelos interessados na arbitragem envolvendo entes públicos. Os sujeitos do mercado internacional devem ser orientados no sentido de que o ambiente jurídico brasileiro é plenamente fértil e seguro para arbitragem no que se refere às

medidas de urgência e que suas eventuais vedações terão impacto mínimo (ou nenhum) em conflitos com a Fazenda Pública.

A legislação que nos interessa para esse estudo é bastante intrincada, decorrente de uma técnica legislativa que deixa muito a desejar e detém um forte viés político e paternalista na tentativa de proteção dos “interesses do Estado”. Aponta-se ainda que “[...] todas essas restrições sempre estiveram ligadas a determinada conjuntura econômica. Tinham, até certo ponto, um fundo ideológico”(DIDIER JR., 2016. p, 647). Realmente, desses diplomas erigiu um microssistema legal restritivo para as liminares em face da Fazenda Pública, proibindo a concessão das decisões de tutela provisória em um rol específico de temas (RIBEIRO, 2008. p. 64).

Neste estudo, não adentrarmos no antigo debate doutrinário acerca da possibilidade ou não de se conceder tutela provisória contra a Fazenda. Concordamos com Fredie Didier Jr (2016. p, 648) que, após elaborar um panorama doutrinário do tema, arremata: “parece não haver mais discussão sobre a possibilidade de tutela provisória em face do Poder Público, até mesmo porque existe lei que a disciplina. Se a lei veio regulá-la é porque é possível. Só não o será nas hipóteses nela mesma previstas”.

De qualquer forma, concentramos nossas atenções para as disposições contidas nas leis 8.473/92 e 9.494/97⁴. De acordo com esse conjunto de normas, não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (Lei n. 8.437/92, art. 1º). Mais ainda, não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (Lei 9.494/97, art. 1º). Ambos os dispositivos encontram reforço no art. 1.059 do Código de Processo Civil⁵.

⁴ “A Lei n. 9.494/1997 que veio para disciplinar a antecipação provisória de tutela contra o Poder Público decorreu de um debate sobre o reajuste concedido em 1993 apenas para servidores militares”. DIDIER JR., 2016. p. 650).

⁵ Art. 1.059. À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 10 a 40 da Lei no 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009.”

Existe outra vedação. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei 8.437/82, §3º do art. 1º). A legislação não permite decisão cautelar de cunho satisfativo. O objetivo desse tipo de pedido provisório é tão somente assegurar o resultado da ação principal. Dessa forma, a tutela de urgência deverá demonstrar que a medida é vital para acautelar o possível direito de quem a requer, ante a iminência de dano irreversível ou de difícil reparação.

Pela interpretação dos dispositivos, é possível inferir que as vedações legais pertinentes à tutela cautelar contra a Fazenda Pública são aplicáveis à tutela antecipada e, principalmente, que todas formam um rol de hipóteses taxativas.

Se o objeto litigioso não diz respeito aos temas ali elencados, não há impedimento legal para concessão, modificação ou revogação de tutelas de urgência na arbitragem já que, tal como um magistrado, o árbitro tem o poder geral de cautela. Sim, a arbitragem é jurisdição, o árbitro tem os poderes para avaliar, instruir e julgar as questões antecedentes, incidentais e de mérito do conflito existente entre as partes. O poder geral de cautela e o poder de antecipar os efeitos da tutela satisfativa é intrínseco aos próprios poderes jurisdicionais confiados ao árbitro. Apenas o poder de forçar o cumprimento é reservado ao Judiciário (SILVA, 2003, p. 135.).

Pois bem, por mais que as vedações, em si, sejam históricas e sistematicamente formas de proteção do Estado contra eventuais gastos não previstos no orçamento, sobretudo no que dizia respeito à concessão de vantagens pecuniárias, à reclassificação ou à concessão de aumentos de vencimentos de servidores públicos, é inegável que elas também podem vir de encontro com eventuais interesses de particulares e agentes econômicos privados.

Informar ao particular nacional ou estrangeiro que, numa possível demanda contra o Estado, poderão existir vedações a medidas urgentes podem trazer à tona um possível desequilíbrio de forças. É imprescindível, portanto, reforçar que a tutela provisória contra a Fazenda é apenas uma possibilidade, “não há, em princípio, maiores restrições à concessão da tutela provisória para obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa em face do Poder Público, até mesmo porque não há a exigência constitucional do precatório” (DIDIER JR., 2016. p. 633).

As vedações que visam proteção a determinados interesses do Estado foram, a propósito, objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, com especial

destaque para a ADC 4 e mais recentemente a ADI 1.576. Na oportunidade, entendeu-se que são admissíveis e constitucionalmente amparadas as leis restritivas, fundamentadas pelo interesse público, ao poder geral de cautela do juiz⁶.

No julgamento da declaratória, asseverou-se que, desde que fique garantido o direito à ação principal, nada impede ao legislador, por interesse público, vedar, em casos específicos, a concessão de tutelas provisórias. Isto porque, em determinadas demandas, a tutela antecipada enseja uma ordem judicial para despesas imediatas à Fazenda Pública sem qualquer previsão orçamentária. O prejuízo poderia ser incalculável e os valores aportados poderiam, em tese, não ser mais estornados ao Tesouro Estatal em caso de improcedência do pedido principal. Os efeitos práticos dessa decisão, antecedente ou incidental, fez com que o “provisório” se tornasse “definitivo”.

O efeito financeiro de uma tutela provisória nas situações previstas na lei questionada poderia ensejar “desarranjos nas contas públicas, ao arrepio, não só das disposições do art. 1, da Lei n.9.494/97, como, principalmente, do disposto no art. 100, da Constituição, que impõe a execução do julgado via precatório”⁷.

A questão é econômico-financeira. Pretende-se, na prática, preservar o orçamento público previamente estabelecido pela legislação orçamentária. Se a medida guerreada disser respeito a uma obrigação de fazer ou não fazer, não haverá impedimento algum para que o árbitro decida e, se necessário, requisite que o Judiciário empregue esforços para efetivar a decisão em desfavor da Fazenda Pública, tendo em vista que tais vedações devem ser aplicadas restritivamente (CUNHA, 2017, p.309).

Eduardo Fonseca Costa (2011) indica que existem situações que exigem, inevitavelmente, uma tutela provisória. Com efeito, tal como o juiz, o árbitro não pode deixar de concedê-la. E pontua: “essas leis circunscrevem-se a enrijecer o pressuposto do

⁶ (...) a incoerência de qualquer ofensa, por parte da lei n. 9.494/97 (ART. 1º), aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade – Legitimidade das restrições estabelecidas em referida norma legal e justificadas por razões de interesse público – Ausência de vulneração à plenitude da jurisdição e à cláusula de proteção judicial efetiva – Garantia de pleno acesso à jurisdição do estado não comprometida pela cláusula restritiva inscrita no preceito legal disciplinador da tutela antecipatória em processos contra a fazenda pública – Outorga de definitividade ao provimento cautelar que se deferiu, liminarmente, na presente causa – Ação declaratória de constitucionalidade julgada procedente para confirmar, com efeito vinculante e eficácia geral e “ex tunc”, a inteira validade jurídico-constitucional do art. 1º da lei 9.494, de 10/09/1997, que “disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a fazenda pública” STF. ADC 4, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2008.

⁷ STF. ADC 4, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2008.

periculum in mora, e não impedir a concessão da tutela de urgência. Atribui-se a elas, assim, uma força que elas não têm”.

As matérias em que mais se concentram medidas de urgência contra a Fazenda Pública são as relativas à i) saúde (fornecimento de medicamentos, custeio de cirurgias complexas e tratamentos específicos em países estrangeiros etc); ii) concurso público; iii) questões tributárias; iv) licitações (obras de infraestrutura); e v) meio ambiente⁸.

Como se observa, algumas dessas matérias sequer tangenciam à arbitrabilidade objetiva exigida para apreciação do juízo arbitral e outras não se encaixam nas hipóteses legais de vedação.

É possível a concessão de tutela provisória no âmbito de litígios contratuais decorrentes da atividade empresarial e privada do Administração Pública. A doutrina indica que uma das matérias que justificam a concessão da liminar, no âmbito de contratos de construção, concessões públicas, parcerias público-privadas é justamente a ordem de continuidade dos serviços ou meios que possibilitem o seu correto andamento (CARRETEIRO, 2017, P.62). Sob o ponto de vista da Fazenda Pública, pode ocorrer pronunciamento jurisdicional que, sob o fundamento da continuidade do serviço público, conceda medida de urgência com o fim de evitar comprometimento da execução dos serviços.

Na verdade, medidas de urgência relacionadas a licitações, cumprimento de termos do edital, contratos administrativos e concessões públicas quase sempre estão relacionadas a atividades de infraestrutura e construção civil, decorrentes da atividade de gestão do Estado. Tais questões, como se percebe, não estão acobertadas no rol de vedações.

Do que se poderá extrair da análise legislativa, doutrinária e também da prática vivenciada nos tribunais, é possível apontar que as vedações são bastantes restritas e o eventual impacto em processos de arbitragem será mínimo, já que os temas ali elencados não poderiam ser objeto de litígio arbitral, não havendo que se falar em mera falta de compatibilidade entre o sistema e sim de ausência de suporte fático para que ocorra a incidência da norma (COSTA, 2011, p.42).

⁸ Agradeço ao Professor Lúcio Grassi pela indicação das matérias que, com certeza, deu-se devido a seu trabalho como Juiz de Direito na 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Para o mercado arbitral, tais medidas “não constituirão impeditivos absolutos à concessão de liminares acautelatórias contra o Poder Público no âmbito do processo arbitral nem na forma preparatória, nem na forma incidental” (AMARAL, 2012, p. 121). É necessário aclarar que, diante de um pedido de tutela de urgência em face da Fazenda Pública, o árbitro deve observar a solução mais justa e adequada ao caso concreto para que o direito seja preservado. Além disso, o julgador privado deve estar atento à eventual vedação legal imposta por lei. Se não for o caso, preenchidos os pressupostos, é possível a concessão de tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, em caráter antecedente ou incidental no processo de arbitragem.

4.2 A superação da proibição para entrega de mercadorias do comércio internacional.

Por meio do julgamento da ADI 4296, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a vedação de medida liminar que tenha por objeto a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior é inconstitucional⁹. A questão merece alguns comentários.

A Lei 2.770/56 trata especificamente sobre proibição de concessão de medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem a liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira. Mas, antes da análise, vale questionar: qual era a razão de ser da norma à época de sua edição?

A justificativa para a regulação da matéria da década de cinquenta pelo legislador foi, ao nosso ver, protecionista. Na fundamentação do PL 1176/1956, argumentou-se que o controle do Estado do comércio internacional e a defesa dos interesses econômicos exigiam medidas legais para “obstar a ação de interessados em burlar a aplicação de normas e o funcionamento adequado do aparelho fiscalizador”. Conforme o relatório, juízes de primeira instância estavam concedendo medidas liminares que, ao serem eventualmente apreciadas pelas instâncias superiores, já tinham produzido efeitos prejudiciais e irreversíveis. A lei poderia, segundo o projeto, evitar infrações legais e a entrada de produtos nocivos à sociedade. Mais ainda, “diante do clamor da opinião pública contra o

⁹ STF. Plenário. ADI 4296/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes julgado em 9/6/2021 (Info 1021).

chamado 'escândalo das importações' de bens não essenciais ou de essencialidade discutível e à margem do interesse da economia nacional"¹⁰.

O legislador tentou barrar ou, ao menos, atrapalhar a expansão das importações e o comércio internacional para proteger o mercado interno brasileiro. Bem ou mal-intencionado, o projeto virou lei. Vamos nos valer de um trecho da mencionada justificativa para iniciar nossas observações: "a lei não poderá ser jamais uma regra estática. É, antes, um organismo vivo, que acompanha a evolução da sociedade, cujas ações deve regular".

O art. 1º da lei dispunha que nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importem na entrega da mercadoria, bem ou coisa móvel.

A vedação para a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior poderia ter alguma influência em processos arbitrais que tratam do comércio internacional ou aduaneiro, uma vez que esses produtos, quando não liberados, encontram-se sujeitos a um pesado regime tarifário de armazenamento nas Zonas Alfandegárias e poderia representar, além de um quadro de difícil reparação, um embaraço para as nossas importações, já que, dependendo do tempo de retenção, pode acarretar a inviabilidade da transação, pois o comerciante importador pode não ter mais possibilidade de resgatar as suas mercadorias (BEZERRA, 2010).

Aponta-se que essa proibição "destinada à liberação de bens e mercadorias justifica-se, pelo risco de irreversibilidade da medida, pois o desembaraço antecipado das mercadorias pode impedir eventual cominação do perdimento". A preocupação justifica-se pois, "se houver aparente conduta criminoso ou risco para a população, para o meio ambiente, para a saúde, enfim, para o interesse público", os efeitos da tutela de urgência serão irreversíveis (CUNHA, 2017, p.312).

Contudo, se a apreensão da mercadoria decorrer de exercício arbitrário de poder ou meio coercitivo disfarçado de cobrança de tributo, tornava-se possível a concessão da

¹⁰ A íntegra do relatório pode ser encontrada no site do câmara dos deputados <<https://bit.ly/2C14ouk>> . Acesso em 14 de agosto de 2018.

medida liminar sem que isso signifique violação à proibição imposta pela legislação (CUNHA, 2017, p.312)¹¹.

De fato, não é incomum o exercício do “poder pelo poder” praticada por determinados órgãos públicos, sobretudo os de fiscalização¹². Esse expediente, que nada tem relação com interesse público, atormenta advogados, aumenta os custos das transações, prejudica companhias e prejudica o desenvolvimento nacional. As práticas comerciais não podem estar sujeitas a burocracia ou discricionariedade administrativa sem fundamentação clara, já que isso provoca prejuízos financeiros inestimáveis, traz enorme insegurança jurídica para as contratações e desestimula as atividades e o investimento do mercado internacional.

Mais ainda, “essa restrição legal não significa proibição de liberação dos bens importados, em hipóteses nas quais a lide versa apenas sobre o valor de tributos e outras exações incidentes sobre a operação”. Nesse caso, a medida de urgência é possível “desde que condicionada à contracautela, ou, mediante caução idônea, para resguardar a Fazenda Pública, na hipótese de não acolhimento da pretensão”, uma vez que “corresponde a um ponto de equilíbrio entre o interesse privado e o interesse da Administração Pública”(CAVALCANTI,2009, p. 114-115).

Se o interessado demonstrasse que os produtos não oferecem risco e são de origem lícita, ou mais grave, são de natureza perecível, não poderia a lei, de forma genérica, proibir a entrada de bens advindos do estrangeiro. Uma proibição dessa natureza pode tornar inviável as atividades desenvolvidas pelos comerciantes e criar um indesejável embaraço para as atuais e futuras negociações do mercado internacional, sem contar nas elevadas despesas de operação e armazenagem. Deve-se levar em conta que muitas dessas provisões têm que passar por um rígido controle no país de origem. Aliás, não é incomum que esses itens adentrem em nossas fronteiras já com certificações de qualidade internacional.

¹¹ STF - RE: 565048 RS, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 29/05/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: acórdão eletrônico Dje 09.10.2014

¹² TRF1 - AG 00137173120114010000, Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 DATA:17/06/2011 PÁGINA:330.

A vedação, como se observa, era anacrônica e ia na contramão do desenvolvimento das relações comerciais e representava potencial prejuízo econômico, inclusive para o próprio Estado. Era um verdadeiro desestímulo aos agentes do mercado internacional.

Em termos mais pragmáticos: impedir uma medida de urgência dessa natureza poderia trazer severos riscos ao resultado do processo. Imaginemos, por exemplo, toneladas de alimentos com risco de perecimento que poderiam abastecer milhares de pessoas; instrumentos de avançado nível tecnológico que poderiam ser usados para tratamentos de doenças graves ou terminais; matérias primas ou máquinas estagnadas capazes de aprimorar a produção interna da indústria e do agronegócio. Os árbitros, que são mais sensíveis à realidade dessas transações, não podem ser impedidos de conceder uma tutela provisória dessa natureza (TALAMINI, 2007., p. 49).

A origem lícita da importação, certificações internacionais de qualidade, prestação de caução idônea, entre outros, constituem verdadeiras evidências da probabilidade do direito. Por sua vez, o risco de perecimento de bens ou equipamentos tecnológicos, dentre outras peculiaridades da conjuntura fática que envolvem a transação, são elementos aptos a justificar a concessão da medida de liminar. Felizmente, antes mesmo do STF, alguns tribunais atentos a essas e outras questões, já vinham interpretando o dispositivo à luz da atualidade das relações comerciais e com base nos critérios acima delineados³³.

Os padrões de comportamento mudaram. O Estado atua como empreendedor no mercado internacional. A sua inserção, aliás, é cada vez mais necessária. Observa-se, por exemplo, a edição do Decreto n. 8.327/14, a qual objetiva contribuir para a eliminação dos obstáculos jurídicos e a adoção de regras uniformes para reger os contratos de compra e venda internacional de mercadorias que contemplem os diferentes sistemas sociais, econômicos e jurídicos para o desenvolvimento do comércio internacional.

As razões que justificaram a edição da vedação à tutela provisória, relativo à importação de mercadorias, que foi, em nosso entender, erroneamente reproduzida pela Lei 12.016/09, não mais existiam e isso foi confirmado pela própria Suprema Corte. Havia um evidente caso de inconstitucionalidade superveniente, isto é, quando a incompatibilidade constitucional é decorrente de alteração das circunstâncias fáticas,

³³ AG 00157459820134010000, Desembargador Federal Leomar Barros Amorim De Sousa, TRF1 - Oitava Turma, e-DJF1 DATA:12/07/2013 PÁGINA:753.

econômicas e sociais. Enfim, o proibitivo da Lei n. 2.770/56 foi definitivamente superado com o julgamento da ADI 4296.

5. A inaplicabilidade do pedido de suspensão de liminar.

O pedido de suspensão tem como escopo sustar o implemento de medida de urgência suspendendo seus efeitos com o que se desobriga a Fazenda Pública ao cumprimento de tal medida (CUNHA, 2017, p.605). É uma prerrogativa processual com escopo de proteger o interesse público enquanto não se decide, definitivamente, se assiste razão ao particular ou à Fazenda Pública (RODRIGUES, 2017, , p. 154).

A legislação prevê três situações para justificar o pedido de suspensão: i) manifesto interesse público; ii) flagrante ilegitimidade; iii) grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública¹⁴.

No pedido de suspensão não se examina o mérito da controvérsia principal, “aquilatando-se, apenas, a ocorrência de lesão a interesses públicos relevantes” (CUNHA, 2017, p.612). De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha (2017, p.605), “o pedido de suspensão cabe em todas as hipóteses em que se concede tutela provisória contra a Fazenda Pública ou quando a sentença produz efeitos imediatos, por ser impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo automático”.

Quanto à natureza, há amplo debate doutrinário que, por razões metodológicas, resumimos em três correntes. Uma primeira corrente entende que o pedido de suspensão é sucedâneo recursal, ou seja, não é recurso, mas faz suas vezes (ASSIS, 2016; PEREIRA, 2002). Outra corrente entende que o pedido de suspensão é ato postulatório, uma ação cautelar específica “[...] destinada a retirar da decisão sua executoriedade; serve, simplesmente, para suspender a decisão, mantendo-a, em sua existência, incólume. No pedido de suspensão, há uma pretensão específica à cautela pela Fazenda Pública”. Argumenta-se que tal medida contém pedido e causa de pedir e dirige-se a tutelar interesse difuso. Segundo essa ideia, o pedido de suspensão não poderia ser considerado recurso, já que não está no rol taxativo do art. 998 do CPC e não contém efeito substitutivo do art. 1.008 do CPC, concluindo-se que não é possível “conferir natureza recursal, por não haver a reforma, a desconstituição, nem a anulação da decisão; esta mantém-se íntegra, subtraindo-se tão somente os seus efeitos, sobrestando seu cumprimento” (CUNHA, 2017, p.610).

¹⁴ Para fins deste estudo, tomamos como referência a Lei 8.437/1992, art. 4º caput.

Uma terceira corrente doutrinária indica que o pedido de suspensão é incidente processual, “que se manifesta por intermédio de uma questão incidente por sua vez provocada por uma defesa impeditiva arguida por parte da Fazenda Pública”(RODRIGUES, 2017, p.97).

Delineados os aspectos gerais do instituto, vem o questionamento objeto deste tópico: é possível que a Fazenda Pública ofereça pedido de suspensão de decisão arbitral perante o Tribunal de Justiça competente no intuito de sustar os efeitos de decisão arbitral? Entendemos que não, e será possível verificar que os reflexos de tal incidente na arbitragem têm aproximação com o que verificamos sobre as vedações das tutelas provisórias.

Primeiramente, deve-se levar em consideração que a decisão acerca da concessão de tutela de urgência proferida pelo árbitro em face da Fazenda Pública ou particulares não é irrecurável e não pode ser objeto de análise pelo Poder Judiciário, em razão do efeito negativo da convenção de arbitragem. Aliás, o pedido de suspensão não deve ter como objetivo a reforma ou mesmo a anulação da decisão atacada, não é, e nem pode ser, instrumento apropriado para reapreciação jurisdicional. Na verdade, esse provimento urgente pode ser reconsiderado, modificado ou revogado, porém, apenas pelo próprio órgão jurisdicional que as concedeu e não pelo Poder Judiciário (LArb, art. 22-B).

Em segundo lugar, cabe lembrar que, se o conflito procede de contrato que envolva direito patrimonial disponível, dificilmente envolverá questões de natureza indisponível. De toda forma, se for o caso, será objeto de escrutínio, primeiramente, pelo próprio árbitro e, em momento posterior, e apenas se for o caso, pelo magistrado, seguindo a sistemática da própria Lei de Arbitragem (VALENÇA FILHO, 2015, p.118).

Os temas que justificam o manejo do pedido de suspensão são a grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas ou o interesse público (primário). Essas questões passam ao largo da arbitragem, que em sua maioria só é utilizada em conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis, são assunto de matéria contratual e comercial.

A possibilidade de uma decisão dessa natureza ser proferida é mínima, para não dizer risível.

Diante disso, em nosso entender, dois são os óbices que tornariam o pedido de suspensão inviável e inequivocamente incabível no procedimento arbitral.

O primeiro diz respeito à própria arbitrabilidade da matéria. O interesse público a que se refere o legislador são os de natureza primária, que não são, em regra, objeto de análise pelos árbitros. As relações negociais conflituosas decorrentes da atividade privada do Estado, que poderiam ensejar a utilização da arbitragem, dificilmente podem afetar a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública.

O segundo diz respeito à competência do árbitro ou tribunal arbitral para avaliar todas as questões que se concentram no conflito e dele decorrem. Esse provimento é atividade tipicamente jurisdicional e, sendo incidente processual, sucedâneo recursal ou ação cautelar autônoma, é acessório ao processo principal que tramita e pertence exclusivamente ao juízo arbitral. Assim, não é possível uma intervenção judicial dessa natureza. Cogitar tal manobra ou decisão judicial por ela induzida provocaria uma coexistência anômala de jurisdições sob uma mesma demanda.

Esse expediente processual só existe e só é manejado porque há uma demanda em curso do qual é dependente e no qual o árbitro detém competência exclusiva sobre todas as questões envolvidas (RODRIGUES, 2017, p. 106).

O único provimento jurisdicional que pode ser ofertado nesses casos é o do tribunal arbitral e de nenhum outro órgão jurisdicional.

Como se não bastasse, caberia às Cortes Judiciais locais analisarem tal pedido e até com possível participação do Ministério Público. Isso tudo geraria um verdadeiro tumulto processual e uma indesejável e inaceitável interferência no processo arbitral.

Além disso, não é admissível o manejo de pedido de suspensão pela Fazenda Pública em decorrência de concessão de medida de urgência proferida por árbitro, já que isso permitiria que às cortes judiciais realizassem um reexame e até revisão dos pressupostos de concessão, ou mesmo de lesão ao interesse público de tal medida (*error in iudicando*), o que é absolutamente vedado em razão do efeito negativo da convenção de arbitragem.

Insistimos, provocar tal movimento processual configura evidente má-fé e um comportamento processual contraditório.

Não existem “atalhos procedimentais”, nem espaço para prerrogativas da Fazenda Pública, quando uma demanda tramita na arbitragem. Na seara judicial o pedido de suspensão é instrumento à disposição exclusivamente do Poder Público e vedada aos particulares. Utilizar-se desse expediente no processo arbitral configuraria verdadeira

desigualdade e típica situação de medida anti-arbitragem, o que é proibido no direito brasileiro (TALAMINI, 2016, p. 148).

É bem verdade que um conflito envolvendo a Fazenda Pública ensejará reflexões e cautelas na atividade dos árbitros, mas o direito brasileiro oferece um sólido sistema de bloqueio contra as intervenções judiciais injustificadas no processo arbitral (VALENÇA FILHO, 2015, p.96). Diante disso, entendemos que não é cabível o manejo de pedido de suspensão de tutela de urgência no Poder Judiciário que vise sustar a eficácia de decisão provisória arbitral em desfavor da Fazenda Pública.

5. Considerações finais

É possível que antes de instituída a arbitragem, as partes podem provocar o Poder Judiciário para a concessão de medidas provisórias, contudo, iniciado o processo arbitral, caberá exclusivamente aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

O regime de direito processual público aplicado a medidas provisórias contra a Fazenda Pública é regulado por leis extravagantes e, no caso de ser eleito o direito brasileiro para regular a arbitragem tais normas devem ser observadas pelos árbitros. De igual forma, nada impede, em observância à autonomia da vontade, que tal assunto seja ordenado pelas próprias partes no âmbito da convenção de arbitragem, no termo de arbitragem ou em outro ato em apartado, seja para manter o regime ou para adaptá-lo às características das partes e à natureza do litígio.

Com relação às medidas provisórias em desfavor da Fazenda Pública, verifica-se que: i) as proibições não são de caráter absoluto; ii) as hipóteses são taxativas e de aplicação restritiva; iii) a maioria dos temas a elas relacionados não preenche o critério de arbitrabilidade objetiva, de modo que sequer seriam objeto de arbitragem e, por fim, iv) não há vedação genérica a concessão de medidas provisórias, apenas enrijecimento dos seus pressupostos o que nos leva a crer que há um impacto mínimo em processos arbitrais.

Os árbitros exercem competência exclusiva para todas as questões do conflito, incluindo-se aí eventuais incidentes processuais e medidas provisórias de natureza antecipada ou cautelar. Por tal motivo, é inaplicável o manejo de suspensão de liminar para sobrestar o cumprimento da medida provisória ou da ordem concedida por árbitros com

objetivo de subtrair seus efeitos para que Fazenda Pública seja desobrigada do cumprimento da medida.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo OSTERNACK. **Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência, e instrumentos de controle**. Belo Horizonte, 2012

ASSIS. Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 291.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARRETEIRO. Mateus Aimoré. **Tutelas de urgência e processo arbitral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. **O novo regime jurídico do mandado de segurança**. São Paulo: MP, 2009.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As leis "impeditivas" de liminar realmente impedem? **Revista do Tribunal Regional Federal da 3. Região**, v. 107, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 11. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 3. 7. Ed São Paulo: Malheiros, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MAIA, Alberto Jonathas. O árbitro de urgência: possibilidade de concentração de atos decisórios na arbitragem e aspectos processuais do modelo internacional. **Revista de Processo**. v. 43, n. 286. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, p. 487-504.

MARTINS, Pedro A. Batista. As três fases da arbitragem. **Revista do Advogado**, v. 26, n. 87, Imprensa: São Paulo, AASP, 2006.

_____. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Restrições à Tutela de Urgência em face da Fazenda Pública em Demandas Individuais e Coletivas. **Revista de Processo**. v. 242, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Tendências em Matéria de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. **Revista de Processo**, v. 197, 2011

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.,p 302

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança: sustação da eficácia da decisão judicial proferida contra o poder público**. 4. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. In: Olavo de Oliveira Beto; Maria Elizabeth de Castro Lopes. (Org.). **Princípios processuais civis na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TALAMINI, Eduardo".Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. **Revista de Arbitragem e Mediação** , v. 50, 2016.

_____. Tutela de urgência e a Fazenda Pública. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 152, 2007.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A arbitragem em juízo**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

VISCONDE, Débora. **A jurisdição do árbitro de seus efeitos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009

Detalhes do(s) autor(a/es)

Alberto Jonathas Maia

Doutor em Direito com ênfase em Arbitragem Internacional pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco. Estudou Arbitration of International Law na Universiteit Leiden. Fundador do Grupo Marco Maciel de Mediação e Arbitragem (GMMA) da Universidade Católica de Pernambuco. Colaborador do Grupo de Estudos em Direito Administrativo CNPq/UNICAP. Professor da Universidade Católica de Pernambuco na disciplina Arbitragem e Direito Empresarial. Advogado. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2237282917849583> . Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1111-9467> .