

Coleção L.O. Baptista Advogados

DIREITO DA CONSTRUÇÃO

**O DIREITO
DA CONSTRUÇÃO
NO AMBIENTE
INTERNACIONAL**

CONTRIBUIÇÕES PARA A CONSOLIDAÇÃO DE UMA *LEX CONSTRUCTIONIS*

Organizador: Fernando Marcondes

Albert Bates Jr.
Anne E. Gorham
Bruno Panarella
Cassidy R. Rosenthal
Doug Jones
Felipe Gutierrez
José Andrés Lama Bustinza
Juan Eduardo Figueroa Valdez
Kleber Zanchim

Leonardo Toledo da Silva
Marcelo Alencar Botelho de Mesquita
Marlon Shiguera Ushiro Ieiri
Pierre M. Genton
Rafael Alves
Richard Bailey
Robert Preston Brown
Roger J. Peters



L.O. BAPTISTA



ALMEDINA

Arbitragem de Emergência: sua Utilidade e Perspectivas Futuras¹

Juan Eduardo Figueroa Valdés

Introdução

Há relativamente pouco tempo, quando uma controvérsia estava sujeita a uma arbitragem, se uma das partes necessitava de medidas cautelares de urgência na etapa pré-arbitral, só tinha duas alternativas: esperar a constituição do tribunal arbitral e correr o risco de que qualquer ordem futura fosse ineficaz, ou simplesmente acudir ao tribunal competente para obter a medida pleiteada.² Logicamente, nenhuma destas opções era a buscada pelo interessado, pelos riscos evidentes da primeira e porque o que justamente se busca evitar mediante o acordo arbitral, é ter que acudir à justiça comum ordinária.

A possibilidade de fazer efetiva uma medida cautelar ou antecipatória antes da constituição do tribunal arbitral, em forma rápida e eficaz, com o escopo de proteger os direitos de uma parte, faz com que a figura do árbi-

¹ Este trabalho foi preparado com a colaboração da advogada María Elisa Illanes Sotza

² CAHER, Charlie e MCMILLAN, John (2015).

tro de emergência seja cada vez mais atrativa tanto para os interessados, como para as instituições que incorporaram este instituto³.

Neste sentido, os diversos regulamentos institucionais gradualmente vêm incorporando a possibilidade de que sejam os próprios árbitros quem conheçam e resolvam os requerimentos de medidas antecipatórias ou cautelares pré-arbitrais, existindo nos últimos tempos, uma crescente utilização deste mecanismo.

Considerando-se a importância e a vigência do tema, abordaremos as seguintes matérias: utilidade da arbitragem de emergência e tipo de medidas que se podem decretar; incorporação do árbitro de emergência nos diversos regulamentos institucionais; utilização do mecanismo nos centros arbitrais desde o ponto de vista quantitativo; características comuns que se apresentam nos procedimentos de arbitragem de emergência nas instituições que o incorporaram; aplicação da arbitragem de emergência nos contratos de construção FIDIC; problemas referentes à exigibilidade das decisões tomadas pelos árbitros de emergência; e funções que desempenham os tribunais de primeira e segunda instância na matéria.

1 Utilidade, Vantagens e Medidas que se Podem Outorgar na Arbitragem de Emergência

1.1 Utilidade e Vantagens de Optar por um Árbitro de Emergência

Antes de entrar na análise de outros temas relevantes referentes à figura do árbitro de emergência, é fundamental destacar as razões pelas quais é preferível este tipo de procedimento em detrimento de outros.

Uma das principais características do procedimento de arbitragem de emergência é a sua celeridade. Tal como faz alusão Jones, D., geralmente este procedimento é eficiente e útil, ao exigir que as instituições arbitrais designem um árbitro com prontidão, se estabeleça imediatamente um calendário processual e se tome a decisão dentro de um prazo abreviado.⁴ Nesse sentido, como se verá detalhadamente mais adiante, a maior parte dos regulamentos institucionais que contam com a figura do árbitro de emergência, dispõem de prazos bastante reduzidos para sua designação

³ Rivera, Ilma (2014).

⁴ Jones, Doug (2016).

e para que este se pronuncie de sua decisão, o que constitui uma garantia de eficiência para a parte que solicita a aplicação da medida de urgência. Este ponto será especialmente importante quando se tratar de arbitragens internacionais, em que possam ver-se envolvidas duas ou mais jurisdições, constituindo-se em uma ferramenta muito eficaz em comparação à autoridade judicial ordinária.

Uma segunda vantagem da arbitragem de emergência se refere à predictabilidade da decisão. Pela singularidade das matérias e o nível de especialização dos tribunais arbitrais, sendo assim mais provável poder prever uma decisão favorável de um árbitro de emergência que àquela que tome um tribunal ordinário de justiça.

Igualmente, acudir a uma jurisdição arbitral é, sem dúvida alguma, uma garantia de confidencialidade. Neste sentido, se as partes não desejam que sua controvérsia seja de domínio público, o melhor caminho é submeter qualquer contenda a um tribunal arbitral e ao árbitro de emergência.

A velocidade, predictabilidade e confidencialidade do procedimento arbitral de emergência, fazem deste mecanismo uma alternativa muito útil e eficaz, que conta cada vez com mais adeptos, sem prejuízo da competência, que em muitos casos tem e seguirá sendo da justiça comum ordinária.

1.2. Tipo de Medidas que se Podem Outorgar

De modo geral, as medidas cautelares buscam preservar o *status quo* até que se adote uma decisão definitiva sobre o cerne da controvérsia, deste modo visa assegurar que as partes sofram o menor dano possível durante a tramitação do procedimento arbitral e até o proferimento e cumprimento da sentença definitiva. Buscam preservar uma situação jurídica ou fática, para salvaguardar os direitos cujo reconhecimento, aplicação e execução se solicita ao tribunal.⁵

Trata-se de decisões de natureza temporal. No caso da arbitragem de emergência, como se revisará mais adiante, a maior parte dos centros de arbitragem que contam com este mecanismo estabelece que a medida ditada por um árbitro de emergência logo poderá ser revisada pelo tribunal arbitral definitivo que conheça sobre o mérito da causa.

⁵ *Ibidem.*

A propósito, Carlevaris, A. e Feris, J.R., realizaram uma análise sobre os aspectos de forma e de conteúdo dos 10 primeiros casos apreciados pelo Tribunal Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio de Paris (ICC) na matéria de arbitragem de emergência que, tal como se verá à continuação, desde o ano 2012 conta com a figura do árbitro de emergência. Entre as questões de mérito, se analisam as medidas cautelares solicitadas pelas partes, as que foram categorizadas em quatro tipos: i) medidas destinadas a garantir a execução do laudo, ii) medidas destinadas a preservar o *status quo*, iii) medidas cautelares e iv) ordens de pago provisórias.⁶

2 Incorporação do Árbitro de Emergência nos Diversos Regulamentos Institucionais

2.1 Regulamentação do Árbitro de Emergência nos Principais Centros de Arbitragem em Nível Mundial

Entre os primeiros centros de arbitragem em estabelecer um mecanismo independente da justiça comum ordinária com solução às necessidades urgentes das partes se encontra a ICC, que desde o ano 1990 conta com o Regulamento Especial do Procedimento Cautelar Pré-arbitral. Este procedimento não formava parte integrante do Regulamento Geral, pelo qual as partes deviam pactuar sua sujeição ao mesmo, o que significou que se lhe dera um uso muito reduzido -14 casos em total- entre os anos de 1990 e 2012.

Foi somente em 2012 quando entrou em vigor o novo Regulamento de Arbitragem da ICC⁷, que incorpora no seu texto a figura do árbitro de emergência propriamente dito e regula o procedimento aplicável, em virtude do qual as partes podem solicitar medidas cautelares urgentes ao árbitro de emergência. Este mecanismo é independente da faculdade do tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares e antecipatórias à solicitação da parte, que estabelece o artigo 28 de dito regulamento.⁸ Tais dis-

⁶ CARLEVARIS, Andrea e FERIS, José Ricardo (2014). P. 34.

⁷ Figura do árbitro de emergência prevista no artigo 29 do Regulamento de Arbitragem e de ADR da ICC e regulada no Apêndice V do mesmo.

⁸ ESTAVILLO, Fernando (2013).

posições permanecerão sem mudanças na nova versão do Regulamento de Arbitragem da ICC, que entrou em vigor em março de 2017.

De acordo com Estavillo Castro, o procedimento do árbitro de emergência da ICC, "(...) foi concebido com a finalidade de que a parte que requeira medidas cautelares ou antecipatórias urgentes e que não possa esperar até a constituição do tribunal arbitral, solicite tais medidas ('Medidas de Emergência'), ainda que seja antes da apresentação do requerimento de arbitragem (...)".

Outro dos pioneiros em contemplar um remédio às necessidades urgentes das partes foi a Associação Americana de Arbitragem (AAA), que desde o ano 1999 regula a matéria no contexto da arbitragem nacional¹⁰, incorporando no ano de 2006 disposições sobre arbitragem de emergência nos procedimentos internacionais de solução de conflitos do seu Centro Internacional de Resolução de Disputa (ICDR) de Nova York.¹¹

Em quanto ao avance cronológico no reconhecimento da figura do árbitro de emergência no mundo, como antecedente cabe ressaltar a modificação no ano de 2006 da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)¹², na qual se deu maior autonomia aos tribunais arbitrais em relação à concessão de medidas cautelares. Isto significou um grande avance nesta matéria, visto que muitas legislações estatais inspiradas nesta "Lei Modelo", seguiram esta tendência.¹³

Continuando em nível institucional, nos últimos anos, os centros administradores de arbitragem mais importantes do mundo incorporaram a figura do árbitro de emergência prévio ao início da arbitragem, com a finalidade de conceder medidas cautelares que não podem esperar a constituição do tribunal.¹⁴ Entre ditas instituições encontramos o Centro de Arbitragem Internacional de Singapura (SIAC)¹⁵ e a Câmara de Comércio

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ ICDR/AAA Rules (2006) Art. 37.1.

¹² Regulamento do ICDR atual entrou em vigor 1º de junho de 2014. Disposições sobre árbitro de emergência contidas no artigo número 6.

¹³ Também conhecida como CNUDMI por suas siglas em espanhol.

¹⁴ BORDACHAR, Rodrigo (2015).

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ SIAC Rules (2010) art. 26(2) and Sch. I.

de Estocolmo (SCC)¹⁶⁻¹⁷, que desde o ano de 2010 contam com disposições sobre árbitros de emergência entre suas normas.

No ano de 2011 foram modificadas as regras do Centro Australiano para Arbitragem Comercial Internacional (ACICA)¹⁸, estabelecendo expressamente a nomeação de árbitros de emergência. Entre outras instituições que incorporaram recentemente esta figura, se encontram: o Centro de Arbitragem Internacional de Hong Kong (HKIAC)¹⁹, cujas disposições entraram em vigor em novembro de 2013; a Associação de Arbitragem Comercial do Japão (JCAA), que conta com uma nova regulação desde fevereiro de 2014²⁰. Também no ano de 2014 o Serviço de Mediação Judicial e Arbitragem (JAMS) dos Estados Unidos, incorporaram disposições sobre um procedimento de reparação de emergência²¹, as quais se encontram vigentes para a arbitragem internacional desde 1° de setembro de 2016²².

Por último, entre as modificações mais recentes ao conjunto de disposições sobre arbitragem de emergência, se encontra o novo Regulamento do Tribunal Internacional de Arbitragem de Londres (LCIA)²³, que entrou em vigor em outubro de 2014 e o Regulamento da Comissão Econômica, Comercial e Internacional Chinesa de Arbitragem (CIETAC)²⁴, vigente desde janeiro de 2015.²⁵

2.2. Regulamentação do Árbitro de Emergência nos Centros de Arbitragem da América Latina e do Caribe

Em nível Latino-americano e Caribe, é possível destacar alguns centros que adotaram a figura do árbitro de emergência nos seus regulamentos. No México, a Câmara Nacional de Comércio da Cidade do México (CONACCO)

¹⁶ Também conhecida como CCE por suas siglas em espanhol.

¹⁷ SCC Rules (2010) Expedited Rules and Appendix II.

¹⁸ Na modificação do ano 2011 se incorporou a arbitragem de emergência ao Regulamento da ACICA, sem prejuízo que 1° de janeiro de 2016 entrou em vigor o Regulamento pelo qual se regula atualmente, que mantém o conteúdo das disposições sobre árbitro de emergência.

¹⁹ HKIAC Administered Arbitration Rules (2013), Anexo 4.

²⁰ Jones, Doug (2016).

²¹ JAMS Rules (2014), Rule 2.

²² JAMS International Arbitration Rules (2016), Article 3.

²³ LCIA Rules (2014), Article 9B.

²⁴ CIETAC Rules (2015), Appendix III.

²⁵ Jones, Doug (2016).

conta com um regulamento institucional que permite outorgar medidas de emergência adicionais ao procedimento de medidas cautelares, aplicáveis às arbitragens celebradas a partir de junho de 2008. Neste passo, o Centro de Arbitragem de Direito da Construção (CAIC) do México, no seu artigo 50 estabelece expressamente a possibilidade das partes em solicitar a aplicação de medidas urgentes, prévias à constituição do tribunal arbitral.

Nessa mesma linha, o Centro Empresarial de Conciliação e Arbitragem (CEDCA) da Venezuela, no seu Regulamento do ano de 2013 contempla a possibilidade de designar um tribunal de urgência prévio à constituição do tribunal definitivo, para que aprecie e resolva os requerimentos de medidas cautelares.²⁶

A Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC) no ano de 2012²⁷ incorporou a figura do árbitro de emergência entre suas disposições regulamentares. Nesta verteda, o Centro de Arbitragem da Federação de Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), no artigo 13.1 do seu Regulamento dispõe que, o tribunal arbitral tem competência para determinar as medidas cautelares, coercitivas e antecipatórias necessárias para o correto desenvolvimento do procedimento arbitral, por outro lado, não contempla expressamente a figura do árbitro de emergência.

No Peru, a Câmara de Comércio de Lima (CCL), no seu novo Regulamento, vigente desde 1º de janeiro de 2017²⁸, estabelece expressamente a figura do árbitro de emergência, dispondo que previamente à constituição do tribunal arbitral quaisquer das partes que requeiram de uma medida urgente poderão solicitar que se inicie um procedimento de árbitro de emergência. Por sua vez, o Centro de Análise e Resolução de Conflitos da Pontifícia Universidade Católica de Lima, contempla unicamente a possibilidade de solicitar medidas cautelares uma vez que se tenha constituído o tribunal arbitral.

Na Colômbia, o Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio de Bogotá (CCB), no seu artigo 2.51, preleciona que os requerimentos de medidas cautelares poderão ser deliberados pelo tribunal desde o momento da sua instalação.²⁹

²⁶ Artigo 36.2 Regulamento CEDCA.

²⁷ Artigo 8 Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da CCBC.

²⁸ Artigo 35 Regulamento CCL.

²⁹ Na Colômbia em nível legislativo, o Estatuto Nacional e Internacional de Arbitragem, Lei 1363 de 2012, no seu artigo 32 estabelece unicamente a possibilidade de solicitar medidas

A Câmara de Comércio de São José da Costa Rica no artigo 24 do seu Regulamento estabelece que o tribunal arbitral poderá, à instância de parte, outorgar medidas cautelares. A propósito, o Regulamento do Centro Internacional de Conciliação e Arbitragem (CICA) da Câmara Costarriquenha Norte Americana de Comércio (AMCHAM), estabelece a possibilidade de solicitar medidas cautelares nos autos da petição, contestação ou reconvenção, em conformidade a lei.

O Centro de Mediação e Arbitragem Comercial da Câmara Argentina de Comércio (CEMAC) somente contempla no seu Regulamento a possibilidade de decretar medidas cautelares ou antecipatórias no contexto de um processo arbitral, tal como sucede no Chile, onde o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio de Santiago (CAM Santiago) estabelece no seu Regulamento que o tribunal está facultado para ordenar medidas cautelares em conformidade à lei.

Cumprе salientar que enquanto vários dos centros arbitrais dos países latino-americanos e Caribe somente contemplam a possibilidade de que se outorguem medidas cautelares uma vez constituídos o juízo arbitral, os principais centros arbitrais do mundo, há aproximadamente uma década, vêm instituindo progressivamente a figura do árbitro de emergência nos seus regulamentos institucionais.

Em nível latino-americano existe uma dívida importante nesta matéria, e por esta razão é de se esperar que paulatinamente os diversos centros de arbitragem da região, comecem a reconhecer a importante função que este pode desempenhar na arbitragem de emergência e no alívio das necessidades urgentes das partes, e com ele, conseqüentemente, lhe deem cabimento entre suas disposições.

3 A Utilização por Centros Arbitrais: Crescimento da Arbitragem de Emergência

Tal como se sustentou anteriormente, cada vez ganha maior importância a arbitragem de emergência e paulatinamente vem aumentando seu uso por parte dos distintos interessados. Para explicar o anterior, a continuação se exhibe um quadro geral que inclui as principais instituições arbitrais

cautelares unicamente dentro do contexto arbitral. Reyes-Sinisterra, Cindy (2016).

internacionais, assinalando a data em que introduziram a arbitragem nos respectivos regulamentos e o número de pedidos recebidos:³⁰

Instituições Arbitrais	Ano de introdução da arbitragem de emergência	Número de pedidos recebidos
ICDR	2006	Sobre 70 casos ¹
SCC	2010	13
SIAC	2010	42
ICC	2012	Sobre 24 casos ¹
HKIAC	2013	2
JAMS	2014	6
LCIA	2014	0

Conforme o reporte da ICDR de dezembro de 2016, logo de 10 anos desde o estabelecimento do procedimento sobre arbitragem de emergência, foi recebido mais de 70 requerimentos que abarcam uma ampla gama de matérias. Em particular, desde o ano 2006 até finais de 2016 se apresentaram mais de 60 requerimentos de medidas de proteção, a isso se soma 10 casos mais em matéria de arbitragem internacional apresentadas entre 2013 e fins de 2016, logo que no ano de 2013 se acrescentou a arbitragem de emergência no Regulamento de Arbitragem Comercial da ICDR.

Por sua vez, de acordo as últimas estadísticas da ICC de princípios de 2016, a adoção da arbitragem de emergência há aumentado constantemente desde sua introdução no ano 2012. Em efeito, para terminar 2015 já se haviam recebido um total de 24 requerimentos e a princípios de 2016 já se haviam apresentado várias mais. Estas petições de arbitragem de emergência vêm tratando sobre diversas matérias e vêm envolvendo a partes de variadas culturas e países.

4 Características Comuns do Procedimento dos Árbitros De Emergência

Entre as disposições sobre árbitros de emergência adotadas pelas mais reconhecidas instituições arbitrais internacionais do mundo é possível reconhecer certos elementos ou características comuns. A continuação

³⁰ CAHER, Charlie e MCMILLAN, John (2015).

se descreverá de forma geral o procedimento adotado por tais centros, de acordo aos aspectos comuns que se repetem nos distintos regulamentos institucionais.

4.1 Conteúdo Mínimo do Requerimento, Conceito de Emergência e Padrões para Conceder as Medidas

Os procedimentos de árbitro de emergência dos principais centros arbitrais do mundo dispõem de prazos extremamente reduzidos, assim, na maioria dos casos, junto com a apresentação do requerimento - na secretaria do centro respectivo-, se devem acompanhar, os fundamentos que justifiquem a concessão da medida cautelar. Não obstante ao aludido, cada regulamento entende de maneira diversa o que constitui uma situação de emergência e quais são os requisitos para outorgar a medida solicitada.

De acordo aos regulamentos da ICC, ICDR e da LCIA, em termos gerais, o requerimento deve constar de: i) nome e endereço de ambas as partes, ii) descrição da situação que deu origem a petição de emergência, iii) medida de emergência que solicita aplicar, iv) fundamentos que justifiquem a aplicação da medida de forma urgente e em forma prévia à constituição do tribunal, e v) prova que comprove o pagamento dos honorários do árbitro de emergência.³¹ Os requisitos mencionados não são especialmente rigorosos e entre eles o mais relevante diz respeito aos fundamentos da situação de urgência que justifiquem a aplicação da medida de forma pré-judicial.

Na outra vereda, o Regulamento da ACICA, regra 3.5 do cronograma 2, para emitir uma medida cautelar de urgência se exige demonstrar: (i) o dano irreparável que se busca evitar com a concessão da medida, (ii) que tal dano seja substancialmente superior àquele que pode experimentar a parte afetada com o outorgamento da medida e (iii) que exista a possibilidade provável que a parte requerente tenha êxito sobre a controvérsia. Nesse sentido, segundo a regra 1.3 do cronograma 2, a parte requerente deve dar detalhes sobre: (i) a natureza da medida que se busca aplicar, (ii) a razão pela qual dita medida é necessária em um contexto de um juízo

³¹ Rivera, Irma (2014).

de emergência, e (iii) o motivo pelo qual tem o direito a que se lhe outorgue a medida.³²

Como se observa neste caso, o nombramento de um árbitro de emergência e a emissão de uma medida urgente somente procede quando nos enfrentamos a uma situação consideravelmente grave.

Em nosso entendimento, dentro das regulamentações mais adequadas se encontram as estabelecidas pela ICC, o ICDR e a LCIA. Assim, por exemplo, o artigo 3 do apêndice V do Regulamento da ICC, em relação aos fundamentos do pedido para conceder a medida, exige o seguinte: (i) que se realize uma descrição das circunstâncias que dão lugar ao requerimento e a controvérsia subjacente que será submetida à arbitragem (ii) o motivo ou as razões pelas quais o peticionário necessita medidas cautelares ou conservativas urgentes que não podem esperar até a constituição do tribunal arbitral.

Deste modo, a análise realizada por Carlevaris, A. e Feris, J.R. sobre a substância do pedido dos 10 primeiros casos apreciados pela ICC em matéria de arbitragem de emergência, se faz referência aos critérios que se tomaram em consideração pelos árbitros de emergência na hora de conceder as medidas requeridas pelas partes.³³ Entre ditos critérios, encontramos as diretrizes estabelecidas pela ICC - nas disposições citadas anteriormente-, mas também outros, como a lei que regula o contrato, em quanto ao conteúdo e forma, ou inclusive há alguns que recorreram a padrões internacionais.

Em efeito, Carlevaris, A. e Feris, J.R. em sua investigação concluem que pelo menos em três casos, os árbitros se apoiaram na prática arbitral internacional e não nas disposições domésticas do país em que era aplicável a medida para a concessão da mesma. Assim, no primeiro deles, o árbitro de emergência determinou que a lei que regulamentava o contrato não era aplicável, regendo-se pela prática arbitral internacional. No segundo caso, o árbitro de emergência considerou que não era aplicável nem a lei que regulava o contrato, nem aquela que determinava o procedimento judicial para a concessão de medidas cautelares no lugar do procedimento de arbitragem de urgência, pelo que finalmente se fundou em fontes internacionais, tais como os laudos arbitrais ditados conforme os princípios

³² Jones, Doug (2016).

³³ CARLEVARIS, Andrea e FERIS, José Ricardo (2014). P. 35.

comuns do direito. No terceiro caso, o árbitro também ignorou a lei que regulava o contrato, se averiguou que as partes não haviam elegido uma lei aplicável ao procedimento arbitral e concluiu-se que a lei da sede não lhe obriga a ter em conta nenhuma lei nacional; por conseguinte, recorreu aos antecedentes doutrinários e arbitrais e ressaltou a importância das circunstâncias fáticas do caso.³⁴

4.2 Em Quanto à Notificação do Requerimento

Uma vez que se determine que as disposições sobre o árbitro de emergência são aplicáveis ao caso concreto, na maioria dos regulamentos institucionais se estabelece o dever de notificar a parte demandada sobre o requerimento.

4.3 Sobre a Designação do Árbitro de Emergência e sua Nacionalidade

A diferença do que ocorre na arbitragem internacional tradicional, onde as partes intervêm na designação dos árbitros, e somente quando não há acordo este será designado pela instituição, conforme o Regulamento da ICC, as partes não participam no nombramento do árbitro de emergência. Nesse sentido, o Regulamento da IDCR no seu artigo 6(2) dispõe:

Dentro do dia útil seguinte à recepção da notificação que dispõe o Artigo 6(1), o Administrador nomeará a um árbitro único de urgência dentre um painel especial de árbitros de urgência. Antes de aceitar sua nomeação, o candidato a árbitro de urgência deverá informar ao Administrador sobre qualquer circunstância que possa dar lugar a dúvidas justificáveis em quanto a sua imparcialidade ou independência.

Por sua vez, em matéria de arbitragem internacional o árbitro não pode ter a mesma nacionalidade que as partes, enquanto que de acordo ao Regulamento da ICC o árbitro de emergência sim poderia ter a mesma nacionalidade que alguma das partes.

4.4 Prazo para a Designação do Árbitro

³⁴ CARLEVARIAS, Andrea e FERIS, José Ricardo (2014). P. 36.

No caso dos regulamentos da ICDR, ICC, LCIA, SIAC e HKIAC, dentro do prazo de um ou dois dias úteis desde que se recebe o requerimento, deve-se designar um árbitro único para resolver o requerimento de emergência.³⁵ Atendida à urgência do requerimento, em geral se estabelecem prazos bastante reduzidos para o nombramento do árbitro de emergência.

Vale ressaltar, que nenhum árbitro de emergência poderá ser designado com posterioridade à constituição do tribunal arbitral definitivo que se pronuncie sobre o mérito da questão. Com isto, se evita um conflito de competência entre estes dois árbitros.³⁶

4.5 Procedimento de Emergência

Em termos gerais, os regulamentos outorgam uma ampla margem de ação e apreciação para a determinação do procedimento de arbitragem de emergência, o que sempre deve conservar a característica essencial de ser bastante reduzido enquanto aos prazos.

4.6 Acerca da Natureza da Decisão do Árbitro de Emergência

A decisão do árbitro de emergência pode ter a forma de uma ordem ou de um laudo, dependendo das disposições de cada Regulamento. As regras da ICC estabelecem expressamente que a decisão do árbitro de emergência tomará forma de ordem, a qual as partes devem cumprir, pelo fato de haver pactuado o procedimento de árbitro de emergência.³⁷ Por sua vez, o Regulamento da ICDR estabelece que a decisão pode denominar-se ordem ou laudo provisório ou interino.³⁸

Neste mesmo sentido, os Regulamentos da LCIA, SIAC e o HKIAC, estipulam que a decisão pode ser um laudo ou uma ordem. A forma que tome a decisão tem consequências importantes no que tange a sua obrigatoriedade, conforme se revisará mais adiante.

4.7 Prazo para Ditar a Decisão

³⁵ CAHER, Charlie e MCMILLAN, John (2015).

³⁶ RIVERA, Irma (2014).

³⁷ Artigo 29 (2) do Regulamento da ICC e artigo 6 do apêndice V.

³⁸ Artigo 6 (2) do Regulamento da ICDR.

Não todos os Regulamentos estabelecem um prazo dentro do qual o árbitro de emergência deve ditar a sua decisão. Entre as que sim o exigem, encontramos a ICC e o LCIA, com prazos que vão desde os 5 (cinco) até os 20 (vinte) dias, enquanto que os regulamentos da ICDR, SIAC e CANACO não estabelecem prazo algum.³⁹

4.8 Terminação Antecipada da Arbitragem e/ou Caducidade da Decisão

Os Regulamentos da ICC, SCC, SIAC e HKIAC estabelecem o término do procedimento e/ou a caducidade automática da decisão arbitral de emergência em caso de não apresentar-se o requerimento de arbitragem ou se o tribunal arbitral não se constituir dentro de certo período de tempo. Sob as normas da LCIA a decisão não caducará automaticamente.

4.9 Modificação da Decisão uma vez Constituído o Tribunal Arbitral

Apenas se constitua o tribunal arbitral definitivo, o árbitro de emergência deixa de desempenhar suas funções. Junto com ele, na maior parte dos Regulamentos institucionais, se não em todos, se permite ao tribunal arbitral pronunciar-se sobre a decisão do árbitro de emergência, seja para mantê-la, modificá-la ou anulá-la.

4.10 Árbitro de Emergência não pode ser o Mesmo que Conheça sobre o Conteúdo da Matéria Objeto da Lide

Outra característica relevante que tem em comum os distintos Regulamentos que contam com esta figura, é que o árbitro de emergência que se pronuncie sobre um requerimento de medida cautelar, não poderá ser designado a seguir como árbitro definitivo neste mesmo caso. Em outras palavras, o árbitro que se pronuncie sobre a medida cautelar de emergência, não poderá ser o mesmo que conheça e se pronuncie sobre a questão de mérito do pedido.

³⁹ CAHER, Charlie e MCMILLAN, John (2015).

4.11 Respeito ao Opt-out

Na prática arbitral se conhece como *opt-out* a regra que estabelece que a regulamentação do árbitro de emergência operará por defeito em caso de acordar-se arbitragem em um contrato, disposições que somente serão inaplicáveis no evento em que as partes expressamente o estabeleçam. Pois bem, a maior parte dos Regulamentos institucionais opera sobre a base do *opt-out*.

5 A Opção pelo Árbitro de Emergência nos Casos de Contratos de Construção FIDIC

Um tema controvertido em arbitragem de emergência é a aplicabilidade das disposições destas quando as partes tenham acordado outros procedimentos pré-arbitrais de resolução de conflitos, como por exemplo, cláusulas escalonadas que contemplam *Dispute Boards*. Em particular, se abordará sucintamente esta problemática desde a perspectiva dos contratos de construção que vem sendo regulamentados segundo as disposições da Federação Internacional de Engenheiros Consultores (FIDIC), em relação às regras de arbitragem de emergência contidas no Regulamento da ICC.

Em termos gerais, os contratos FIDIC contam com a característica de outorgar soluções internacionalmente conhecidas e aceitas para a execução de distintos tipos de projetos de construção e suas disposições são compatíveis com os ordenamentos jurídicos tanto do *common law* como do *civil law*.⁴⁰ A Sub-cláusula 20.4 do Livro Vermelho da FIDIC de 1999 estabelece que as partes podem remitir sua disputa à *Adjudication Dispute Boards* (DAB), a qual terá 84 dias para tomar uma decisão. A cláusula 5 (g) das Regras do Procedimento anexas às Condições Gerais do Contrato estipula que o DAB tem o poder de "...decidir sobre qualquer medida cautelar, como medidas antecipatórias ou conservatórias...".⁴¹

O DAB constitui um mecanismo ágil, oportuno e de baixo custo para resolver os conflitos entre o querelante e a empresa construtora, cujas decisões são obrigatórias e definitivas para as partes, na medida em que não sejam modificadas de comum acordo pelas próprias partes ou por uma

⁴⁰ FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo (2013).

⁴¹ Ebzani, Sara (2017).

decisão arbitral posterior. Com efeito, o DAB não é um tribunal, mas um painel técnico que pode resolver disputas entre as partes, pelo que, a decisão que se tome em concreto, pode ser revisada por um tribunal arbitral ou pela justiça comum ordinária.

Por sua vez, o Regulamento da ICC no seu artigo 29(6)(c) estabelece que as disposições sobre o árbitro de emergência não serão aplicáveis em caso de que as partes hajam acordado outro procedimento pré-arbitral que antevêja o outorgamento de medidas cautelares, antecipatórias ou similares. Assim sendo, se as partes acordaram qualquer outro procedimento prévio à arbitragem, que contemple a concessão das medidas mencionadas, se considera que ficou excluída a possibilidade de optar pela arbitragem de emergência.

Deste modo, em quanto à compatibilidade de tal mecanismo com a arbitragem de emergência, a regra geral é que se as partes estabeleceram um DAB no contrato, e na medida em que este se encontra efetivamente constituído e operando, atendido que este tem faculdades para ditar medidas cautelares, as partes não poderão dirigir-se a um árbitro de emergência para que este determine uma medida de carácter urgente. Por outro lado, se não contemplaram o DAB no contrato de construção, esta figura de solução de controvérsias não se entende incorporada automaticamente, podendo optar em tal caso livremente pela designação de um árbitro de emergência.

Podem-se dar outras hipóteses, como por exemplo, que as partes tenham estabelecido que o DAB não tenha faculdades para outorgar medidas cautelares ou conservativas, pelo que poderão dirigir seu requerimento diretamente ao árbitro de emergência. Também pode ocorrer que as partes tenham estabelecido uma cláusula escalonada, onde, por exemplo, primeiro devem acudir ao DAB e logo ao árbitro de emergência, caso em que deverão acatar o estabelecido no contrato, sempre e quando não signifique um prejuízo aos interesses e direitos de alguma das partes.

Definitivamente, a resposta acerca do mecanismo pelo qual devem acudir as partes dependerá do que estas tenham estabelecido no contrato; em certas oportunidades corresponderá ao árbitro decidir sobre sua competência segundo as circunstâncias particulares do caso. Sobre que alternativa optar, a verdade é que tampouco existe uma única resposta, o que sim podemos afirmar é que a maior vantagem de optar pela arbitragem de emergência é sua celeridade. Em efeito, tratando-se de um contrato de

constituição modelo FIDIC Livro Vermelho, enquanto o DAB tem um prazo de 84 dias para tomar uma determinação, o árbitro de emergência dispõe de prazos significativamente mais reduzidos para pronunciar-se sobre o requerimento de uma medida cautelar.

6 Exigibilidade da Decisão do Árbitro de Emergência

6.1 A Convenção de Nova York e a Lei Modelo da UNCITRAL

Apesar do seu crescimento, a arbitragem de emergência pode ter certas limitações ou "riscos", entre os quais se destaca a possibilidade de executar a decisão do árbitro de emergência, que tal como se adiantou, não é indiferente se tem a natureza de ordem ou laudo na hora de determinar sua aplicabilidade.

A Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, é um tratado multilateral ratificado por 156 países⁴², em virtude do qual "(...) se cria um parâmetro que permite a incorporação de laudos estrangeiros aos países que são parte do mesmo."⁴³ Nas palavras de Caivano, R.:

(...) a própria Convenção prevê, ao definir seu âmbito de aplicação, que ela se aplicará ao reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais 'ditadas no território de um Estado distinto àquele em que se pede o reconhecimento e a execução de ditas sentenças'.⁴⁴

A Convenção no seu artigo I.1 obriga aos países signatários a outorgar o reconhecimento e a execução dos laudos ditados em países estrangeiros. O primeiro problema que surge da disposição anterior, é que as decisões dos árbitros de emergência não sempre recebem a qualificação de laudo ou sentença, como ocorre com o Regulamento da ICC que as denominam "ordens".

Seguindo a Caher, C. y McMillan, J., inclusive quando a decisão adote a forma de um laudo, é possível que não seja aplicável por não ser definitiva

⁴² Em 2015 somam 156 países, incluídos todos os países de América Latina.

⁴³ Rivera, Irma (2014). P. 172.

⁴⁴ Caivano, Roque J. (2011). P. 308.

ou determinante, tal como ocorreu com o Tribunal Federal Suíço no ano 2010⁴⁵, quando sustentou que uma decisão arbitral sobre medidas cautelares não equivalia a um laudo, já que não resolvia em forma definitiva o conflito entre as partes. Nesse mesmo sentido, tem decidido outros tribunais, argumentando que as medidas cautelares não são executáveis, já que podem ser modificadas posteriormente.⁴⁶

Sobre este ponto, lembramos que a decisão do árbitro de emergência, segundo a maior parte dos regulamentos arbitrais, pode ser deixada sem efeito ou modificada pelo tribunal arbitral definitivo. Mesmo assim, em alguns casos as decisões podem caducar se não se apresenta o requerimento de arbitragem ou não se constitui o tribunal arbitral dentro de determinado prazo.

O positivo, é que esta não é a única tendência em matéria de execução das medidas cautelares, sejam elas emanando de ordens ou laudos, em efeito, "Em algumas legislações pró-arbitragem como a de New York e Londres, os Tribunais nacionais tem reconhecido e feito efetivas as medidas cautelares proferidas mediante ordens processuais, assim como também por laudos".⁴⁷

A esse respeito, Caivano, R., em relação às medidas cautelares ditadas por um árbitro, que é a figura que mais se assemelha a uma ordem emanada de um árbitro de emergência, se inclina pela teoria de que estas podem ser consideradas "laudos" no sentido da Convenção de Nova York e acrescenta:

Ainda quando esta nada diz sobre a execução extraterritorial das medidas cautelares, pensamos que o silêncio não pode ser interpretado como uma proibição. Não encontramos, nem no texto nem nos antecedentes da Convenção, nada que se oponha a reconhecer como laudo arbitral a uma decisão cautelar adotada por um tribunal arbitral no exercício das atribuições a ele conferidas.⁴⁸

Ainda que se argumente que se trata de uma decisão cautelar, tendo em vista que logo que se designe o tribunal arbitral, este pode deixá-la sem efeito, suspende-la, modificá-la ou incluso anulá-la, o mesmo Caivano sus-

⁴⁵ Sentença de 13 de abril de 2010, DFT 136 III 200.

⁴⁶ CAHER, Charlie e MCMILLAN, John (2015). P. 2.

⁴⁷ Rivera, Irma (2014). P. 172.

⁴⁸ Caivano, Roque J. (2011). P. 303.

tenta nesse sentido, que a Convenção não exige que se trate de uma decisão definitiva ou final, se não que unicamente de uma sentença obrigatória que não haja sido suspendida ou anulada.

Cabe ressaltar que o novo artigo 17 da Lei Modelo da UNCITRAL, reformada no ano de 2006, reconhece expressamente que as medidas cautelares ditadas por um tribunal arbitral são vinculantes, estabelecendo um procedimento que regula dito reconhecimento, assim como a execução das decisões arbitrais referentes as tutelas cautelares, independentemente da sede da arbitragem.⁴⁹

6.2 Exigibilidade Estabelecida por Algumas Jurisdições

Tendo em vista a Lei Modelo e atendida às dúvidas elucidadas em relação à aplicação da Convenção de Nova York, algumas jurisdições vêm promulgando leis que reconhecem as decisões dos árbitros de emergência e sua execução, eliminando qualquer dúvida sobre sua aplicabilidade. Entre ditas regulações, se destaca a Lei de Arbitragem Internacional de Singapura, que no ano 2012 modificou os conceitos de “tribunal arbitral” e “sentença arbitral”, incorporando aos árbitros de emergência e as decisões que estes adotem. Por sua vez, a Ordenação de Arbitragem de Hong Kong que sofreu uma emenda em 2013, adotou o mesmo enfoque, ao estabelecer expressamente que a decisão de emergência poderia - com a autorização do tribunal - ser executada da mesma maneira que uma ordem do tribunal.⁵⁰

Várias outras jurisdições, entre elas a da Austrália e Nova Zelândia, atualizaram a sua legislação para adaptarem-se às emendas da Lei Modelo da UNCITRAL. Inglaterra, Gales, Alemanha e Suíça também dispõem de uma legislação que prevê a aplicação de medidas cautelares arbitrais, não obstante, unicamente a respeito da arbitragem estabelecida dentro da sua jurisdição.⁵¹

6.3 Disposições sobre Exigibilidade em nível Regulamentário

⁴⁹ Rivera, Irma (2014) e Jones, Doug (2016).

⁵⁰ CAHER, Charlie e MCMILLAN, John (2015) e JONES, Doug (2016).

⁵¹ CAHER, Charlie e MCMILLAN, John (2015).

Sem lugar a dúvidas, regulações legislativas como as de Hong Kong e Singapura, que contem com normas específicas sobre exigibilidade, permitem que o sistema opere bem desde um ponto de vista prático. Sem prejuízo do anterior, é fundamental que os próprios regulamentos estabeleçam “incentivos” para que as partes respeitem as decisões tomadas pelo árbitro de emergência e particularmente a parte em contra da qual se aplique uma medida antecipatória ou conservativa.

Neste sentido, as regras da ICC, ACICA, SIAC, HKIAC e JCAA requerem que as partes se comprometam a cumprir sem demora qualquer medida cautelar emitida por um árbitro de emergência. E vai inclusive mais longe, o Regulamento da ICC permite aos tribunais arbitrais tomar em consideração qualquer incumprimento da decisão de um árbitro de emergência na hora de determinar as custas e os danos.⁵²

Portanto, um importante papel corresponde a justiça ordinária na hora de pronunciar-se sobre a exigibilidade das medidas cautelares ditadas por um árbitro de emergência, quando as legislações estatais não regulem a obrigatoriedade de tais ordens ou laudos. Sem prejuízo do anterior, não podemos esquecer que pelo fato de haverem acordado uma cláusula de arbitragem - sem excluir a arbitragem de emergência que se aplica automaticamente na maioria dos regulamentos -, as partes voluntariamente estão aceitando submeter-se à jurisdição de emergência e conseqüentemente a cumprir qualquer decisão que lhes seja imposta.

Cabe lembrar que a Convenção de Nova York tem uma clara tendência a favor da arbitragem, mas entende que são os juízes quem - mediante suas decisões - a aplicam.⁵³

6.4 O que a Experiência tem Demonstrado

Conforme a análise realizada por Carlevaris, A. y Feris, J.R. dos 10 primeiros casos apreciados pela ICC em matéria de arbitragem de emergência, a prática demonstra que independente de que sejam exigíveis ou não as decisões dos árbitros de emergência, a maior parte das vezes as partes cumprem ou acatam as medidas cautelares sem necessidade de ter que acudir a um procedimento coercitivo. Nesta linha, concluem que as partes

⁵² Jones, Doug (2016).

⁵³ Rivera, Irma (2014).

do ignoram facilmente uma decisão provisória enquanto está pendente a decisão principal objeto da demanda.⁵⁴

7 A Função dos Tribunais

A questão da obrigatoriedade das decisões dos árbitros de emergência é provável que se resolva à medida que a legislação e a jurisprudência se adaptem ao procedimento. Não obstante, haverá certas características do processo arbitral em que será necessária a intervenção da justiça comum ordinária.

A continuação, conforme a análise realizada por Jones, D. e Caher, C. e McMillan, J., se elucidará as principais razões do porque os tribunais seguirão, pelo menos por agora, desempenhando um papel em matéria de arbitragem de emergência:

- Em primeiro lugar, a arbitragem de emergência somente permite que se requeira uma medida contra a outra parte de acordo de arbitragem. Em caso que se solicite uma tutela de urgência contra um terceiro, como, por exemplo, uma ordem de embargo preventiva com relação a um banco, o tribunal de emergência será incapaz de obrigá-lo, devendo a parte recorrer necessariamente à justiça comum ordinária.
- Nesta mesma ordem de ideias, a arbitragem de emergência não permite que se requeira uma medida *ex parte*⁵⁵, isto, conforme a premissa subjacente de que a arbitragem é um processo consensual. Tal como se aduziu os procedimentos de arbitragem de emergência estabelecidos pelos principais centros internacionais, geralmente requerem que se notifique a parte contrária, o que sem lugar a dúvidas obstaculiza a busca de obter uma reparação urgente. Por esta razão, é provável que uma parte solicite um recurso *ex parte* através dos tribunais, se existe o risco de que a notificação do requerimento faça ineficaz a medida.
- Em terceiro lugar, as decisões do árbitro de emergência não são automaticamente vinculantes como sim o são as ordens judiciais. Inclusive em uma jurisdição como Singapura ou Hong Kong, na qual, tal como

⁵⁴ CARLEVARIS, Andrea e FERIS, José Ricardo (2014). P. 37.

⁵⁵ As regras Suíças são uma exceção notável a esta regra.

vimos, o reclamante poderá estar seguro de que a decisão do árbitro de urgência se aplicará conforme o teor da legislação existente, segue sendo necessário que se adote uma medida adicional para garantir o cumprimento da decisão de um árbitro de emergência. Por tanto, a parte que deseje garantir o cumprimento imediato decidirá solicitar esse remédio diretamente ante a justiça comum ordinária.

Tendo em conta estes fatores, não se surpreende que os procedimentos de arbitragem de emergência reconheçam o papel que desempenha a justiça ordinária. Com efeito, as principais instituições em seus procedimentos estipulam que as partes terão direito de optar entre requerer a reparação ante os tribunais nacionais ou ante um árbitro de emergência e, desta maneira, dispõem que não constituem um incumprimento do acordo arbitral solicitar a medida urgente ante um tribunal ordinário e não através da arbitragem de emergência.

É provável que as partes sigam buscando remédio nos tribunais ordinários como alternativa ao uso da arbitragem de emergência. Não obstante, o objetivo das instituições arbitrais e dos tribunais de justiça deve ser de apoiar a arbitragem de emergência de modo que seja menos necessário acudir a justiça comum ordinária. A arbitragem cumpre a função de descomprimir a justiça ordinária, outorgando às partes maior liberdade sobre a forma em que se levam a cabo seus conflitos.⁵⁶

Considerações Finais

Quando as partes requerem medidas urgentes, sem lugar a dúvidas, a velocidade, predictibilidade e confidencialidade do procedimento de árbitro de emergência serão considerações fundamentais para escolher este tipo de procedimento. As estadísticas confirmam tal opção, dado o progressivo uso que se está dando à arbitragem de emergência desde a sua incorporação pelos principais centros arbitrais do mundo.

Se bem a justiça ordinária seguirá exercendo sua função em certos casos particulares, é importante não exagerar a importância da exigibilidade das decisões na eficácia das ordens dos árbitros de emergência. Com efeito, a experiência prática aponta a que na maioria das vezes as partes as ac-

⁵⁶ CAHER, Charlie e MCMILLAN, John (2015).

tam sem ter que recorrer a um procedimento coercitivo. Desta maneira, a experiência também indica que a simples disponibilidade de procedimentos de arbitragem de emergência pode contribuir à solução amistosa da controvérsia, e inclusive facilitá-la.⁵⁷

Desse modo, é possível prever que se siga intensificando o uso deste mecanismo, na medida em que é uma ferramenta útil para satisfazer de forma rápida às necessidades urgentes das partes. Desta forma, é de se esperar que os diversos regulamentos institucionais sigam incorporando a possibilidade de que sejam os próprios árbitros quem conheçam e resolvam os requerimentos de medidas antecipatórias ou cautelares pré-arbitrais.

Referências

- Bordachar Urrutia, Rodrigo (2015). Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia. *Derecho y Ciencias Sociales*. N° 13, pp. 71-91. ISSN 1852-2971.
- Caher, Charlie y McMillan, John (2015). *Emergency Arbitration: The Default Option for Pre-Arbitral Relief?* The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2015, 12th Edition. Chapter 1.
- Caivano, Roque J. (2011). *Control Judicial en el arbitraje*. 1era edición- Buenos Aires, AbeledoPerrot.
- Carlevaris, Andrea y Feris, José Ricardo (2014). *Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases*. ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol 25/ Number 1 – 2014.
- Estavillo Castro, Fernando (2013). *El árbitro de emergencia en el nuevo reglamento de arbitraje de la CCI*. Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional. No. 68 de Pauta.
- Ehsani, Sara (2017). *Quick Step: Emergency Arbitration v DAB*. *Newsletter of Corbett & Co International Construction Lawyers*. Disponible en: <http://corbett.co.uk/wp-content/uploads/Quick-Step-KH-PDF-version-1.pdf>
- Figueroa Valdés, Juan Eduardo (2013). *Los Contratos de Construcción Fidei frente al Derecho Chileno*. *Gaceta Jurídica* N° 394, pp. 7-24.
- Jones, Doug (2016). *Emergency Arbitrators and Court-Ordered Interim Measures*. *Revista: Defining Issues In International Arbitration*. Oxford University, pp. 149-157.
- Reyes-Sinisterra, Cindy (2016). *Las Medidas Cautelares Anticipatorias e Innomadas en el Proceso Arbitral en Colombia*. *132 Universitas*, pp. 389-422. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.mcai>
- Rivera, Irma (2014). *El árbitro de emergencia: una figura en crecimiento*. *Revista de Arbitraje PUCP, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos*. Perú. Año IV, N° 4, pp. 163-167. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/>

⁵⁷ CARLEVARIS, Andrea e FERIS, José Ricardo (2014). P. 38.