

347.918  
A964  
Cód. 55 983

Copyright ©  
2010 Editora Imprensa Régia  
Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Imprensa Régia.  
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.



O conhecimento busca a justiça,  
a justiça busca o conhecimento

Editor: Marcelo Melo  
Capa: Adriana Conti Melo  
Fotografia: Andreia Reis  
Correção: Lucia Ferreira

Imprensa Régia  
Livros de Safra Ltda  
fone: 11 3081-2510  
www.livrosdesafra.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CPI)  
Câmara Brasileira do livro, SP, Brasil

Arbitragem no Brasil . -São Paulo Imprensa Régia 2010 -1 ed São Paulo  
Vários autores

1. Arbitragem (Direito)

10-04018

CDU 347.918

Índices para catálogo sistemático:

1. Arbitragem: Direito processual

347.918

## Sumário ✓

Apresentação.....	7
Prefácio .....	9
<b>A Extensão da Cláusula Compromissória a Partes não Signatárias no Direito Brasileiro</b>	
Flávio Pereira Lima e Daniel Calhman de Miranda .....	13
<b>Arbitragem e Novo Mercado</b>	
Eduardo Secchi Munhoz .....	27
<b>Execução de Título Extrajudicial e Arbitragem</b>	
Paulo Bezerra de Menezes Reiff.....	41
<b>Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil</b>	
Fabio Teixeira Ozi e Carlo de Lima Verona.....	61
<b>Arbitragem e Insolvência</b>	
Raphael Nehin Corrêa.....	81
<b>Transação em Matéria Tributária: de Promessa à Realidade</b>	
Gláucia Maria Lauletta Frascino.....	97

# A Extensão da Cláusula Compromissória a Partes não Signatárias no Direito Brasileiro

Flávio Pereira Lima e  
Daniel Calhman de Miranda

---

## 1. Introdução

A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias é uma das questões mais difíceis e mais debatidas por juristas, árbitros e advogados. No Brasil, porém, poucos foram os que enfrentaram essa questão que, recentemente, começou a ser discutida pelos Tribunais Judiciais.

A recente jurisprudência brasileira permite antever uma posição um pouco mais flexível quanto à possibilidade de se estender os limites subjetivos da cláusula compromissória e essa posição está baseada na manifestação tácita do consentimento das partes em submeter-se a arbitragem. O consentimento tácito é o fundamento que norteará as futuras decisões a esse respeito.

O objetivo deste artigo é tecer breves comentários a respeito da possibilidade de extensão da cláusula compromissória no Direito brasileiro sob a ótica que, a nosso ver, orientará a discussão da matéria nas arbitragens domésticas brasileiras, arbitragens internacionais regidas pela Lei Brasileira de Arbitragem e arbitragens internacionais que venham a ser submetidas ao controle de ordem pública brasileira, caso venham a ser reconhecidas e executadas neste País.

## 2. A Legislação Brasileira. Necessidade de Cláusula Compromissória por Escrito

A Lei nº 9.307/96 ("Lei de Arbitragem") definiu a cláusula compromissória como a *convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato* e, ainda, estabeleceu que a cláusula compromissória deverá ser sempre estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira (art. 4º).

Além da Lei de Arbitragem, a matéria também é regulada pela Convenção de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958, incorporada ao Direito Brasileiro pelo Decreto nº 4.311/02, a qual estabelece no artigo II.1 que cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível ou não de solução mediante arbitragem.<sup>1</sup>

Esclarece, ainda, a Convenção de Nova Iorque, no artigo II.2 que será considerado "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.<sup>2</sup>

A esse respeito, esclarece Carlos Arlberto Carmona que, em se tratando de *contrato, sem formalidade específica a não ser da escrita, submete-se a cláusula aos mecanismos gerais previstos na lei civil para a celebração dos*

*contratos. Assim, a forma epistolar, com todos os seus inconvenientes, é válida para a pactuação da cláusula arbitral.*<sup>3</sup>

A expressão "troca de cartas ou telegramas", contida na Convenção de Nova Iorque, não é, a nosso ver, exaustiva, podendo o acordo de vontades entre as partes ser formalizado por meio de email com certificação eletrônica, facsímiles e quaisquer outros meios que surjam e que possam permitir a documentação, por escrito, do acordo entre as partes. De rigor se recordar que a Convenção de Nova Iorque foi celebrada em 1958, tendo os meios de comunicação evoluído significativamente desde então. Nesse sentido destaca-se a atual redação do artigo 7.2 da Lei Modelo UNCITRAL: "7.2 A convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito. Considera-se que uma convenção tem forma escrita quando constar de um documento assinado pelas partes ou de uma troca de cartas, telex, telegramas ou qualquer outro meio de telecomunicação que prove a sua existência, ou ainda da troca de alegações referentes à petição e à contestação na qual a existência de uma tal convenção for alegada por uma parte e não seja contestada pela outra. A referência num contrato a um documento que contenha uma cláusula compromissória equivale a uma convenção de arbitragem, desde que o referido contrato revista a forma escrita e a referência seja feita de tal modo que faça da cláusula uma parte integrante do contrato".

A razão de o legislador ter adotado a forma escrita como requisito da cláusula compromissória é revelada por Pedro A. Batista Martins ao afirmar que a *cláusula deve ser formulada por escrito, justamente, para permitir ao interessado o exercício de seus direitos de impor a instituição da arbitragem ao recalcitrante ou de afastar o juízo comum, quando violada a cláusula compromissória. Serve o escrito, pois, para que a cláusula possa exprimir todos os seus efeitos de direito.*<sup>4</sup>

Portanto, no direito brasileiro a cláusula compromissória deve ser sempre formalizada por escrito, valendo, entretanto, como prova de sua

1 Article II 1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.

2 Article II 2. The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

3 Em "Arbitragem e Processo", Atlas, 2ª ed., pág. 106.

4 Em "Apostamentos sobre a Lei de Arbitragem", Forense, Rio, 2008, pág. 78.

existência, acordo contido em correspondências e telegramas e, naturalmente, em outros meios que permitam a verificação do acordo em documento escrito.

A necessidade de a cláusula compromissória ser formalizada por escrito já foi objeto de importantes decisões do Superior Tribunal de Justiça e, anteriormente à Emenda Constitucional nº 45, pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, no famoso caso Oleaginosa Moreno (SEC Nº 866, julgada em 17 de maio de 2006), a corte especial do Superior Tribunal de Justiça indeferiu o pedido de homologação de sentença estrangeira, dentre outros motivos, sob o fundamento de que a decisão homologanda ofendia a ordem pública nacional, uma vez que o reconhecimento da competência do juízo arbitral dependeria da existência de convenção de arbitragem e não havia, no entendimento dos Ministros da Corte Especial, elementos seguros para a comprovação da cláusula compromissória pelo fato de se tratar de contratos verbais.

Alguns trechos do acórdão elucidam a linha de raciocínio da Corte Especial: *Com efeito, é fato incontroverso que os aludidos contratos foram negociados verbalmente entre as partes. A própria requerida informa que os 4 (quatro) contratos de compra e venda de trigo argentino para pão foram negociados por via telefônica. ...a legislação brasileira exige que a cláusula compromissória seja estipulada por escrito no contrato, todavia ressalva que a referida cláusula pode ser firmada em outro documento apartado que se refira ao contrato... o fato de os contratos firmados entre as partes terem sido celebrados verbalmente não impediria, por si só, a estipulação de cláusula compromissória, desde que esta estivesse pactuada de forma expressa e escrita em outro documento referente ao contrário originário ou em correspondência.*

Em 2002, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso Plexus Cotton Limited vs. Santana Têxtil, já havia se posicionado no sentido de que a cláusula deveria ser formalizada por escrito, no seguinte sentido: *1. O requerimento de homologação de sentença arbitral estrangeira deve ser instruído com a convenção de arbitragem, sem a qual não se pode aferir a competência do juízo prolator da decisão (lei 9.307, artigos 37, II e 39, II; RISTF, artigo 217, I). 2.*

*Contrato de compra e venda não assinado pela parte compradora e cujos termos não induzem a conclusão de que houve pactuação de cláusula compromissória, ausentes, ainda, quaisquer outros documentos escritos nesse sentido. Falta de prova quanto à manifesta declaração autônoma de vontade da requerida de renunciar à jurisdição estatal em favor da particular. 3. Não demonstrada a competência do juízo que proferiu a sentença estrangeira, resta inviabilizada sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal.*

Do voto do Min. Maurício Correa, extrai-se que a convenção de arbitragem é a fonte ordinária do direito processual arbitral, espécie destinada à solução privada dos conflitos de interesses e que tem por fundamento maior a autonomia de vontade das partes. Estas, espontaneamente, optam em submeter os litígios existentes ou que venham a surgir nas relações negociais à decisão de um árbitro, dispondo da jurisdição estatal comum. Tal possibilidade, aplicável aos conflitos envolvendo interesses disponíveis, traduz-se, na realidade, em exclusão da jurisdição estatal. Deve, por isso mesmo, diante de sua excepcionalidade e importância, revestir-se de expressa e manifesta vontade dos contratantes, na forma do que estabelecem os artigos 4º, 5º e 6º da Lei de Arbitragem.

Portanto, em função da clara disposição legal e das sólidas decisões jurisprudenciais, verifica-se que, no Brasil, a cláusula compromissória deverá necessariamente ser formalizada por escrito, ou por meio de correspondências e documentos que permitam aferir a real intenção das partes ao decidir-se pela jurisdição arbitral.

### 3. A Manifestação de Vontade.

#### ○ Consenso como Fundamento da Arbitragem

A arbitragem está fundada na vontade das partes. É o consenso entre as partes que autoriza um Tribunal Arbitral a julgar determinada controversia, em detrimento da justiça estatal.

*As raízes da arbitragem, como diz Eugênia C.G. de Jesus Zerbini, estão plantadas na vontade das partes. Apenas por meio do comum acordo entre*

*essas é possível submeter-se uma controvérsia à solução arbitral, por meio quer de uma cláusula em um contrato (quando a existência dessa controvérsia não passa de uma possibilidade futura), quer de um compromisso arbitral (caso em que o litígio já se configurou entre as partes).<sup>5</sup>*

Não há arbitragem sem a demonstração de que houve o consenso entre as partes para submeter a controvérsia ao juízo arbitral. O Superior Tribunal de Justiça tem considerado que a sentença arbitral, sem a demonstração inequívoca da manifestação de vontade entre as partes para submeter-se à arbitragem ofende a ordem pública e não poderia ser cumprida no Brasil.

Realmente, no caso *Indutech SPA vs. Algocentró Armazéns Gerais Ltda.* (SEC nº 978, julgada em 17 de dezembro de 2008), a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça considerou que a ausência de *inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais à arbitragem.*

É indispensável, portanto, que exista a clara e inequívoca demonstração de que as partes manifestaram sua intenção de submeter o litígio à arbitragem, sob pena de, na ausência de tal manifestação de vontade, a sentença arbitral não ser reconhecida pela justiça estatal brasileira.

#### 4. A Manifestação de Vontade Tácita ou Indireta. O Ponto Nodal

A análise da possibilidade de o Direito brasileiro admitir a extensão da cláusula compromissória a parte não signatária passa pela análise da manifestação de vontade tácita ou indireta.

Como vimos no item anterior, é de rigor que haja a inequívoca demonstração de vontade das partes para submeterem litígios à arbitragem, mas a demonstração da manifestação de vontade nem sempre se dá pela expressa assinatura da parte na cláusula compromissória. Na vida empresarial moderna, a manifestação de vontade, por vezes, se dá pela prática de determinados atos ou pela prática de certos comportamentos.

A Lei brasileira de arbitragem exige que a cláusula compromissória seja celebrada por escrito, para que se tenha a exata compreensão de sua extensão, mas nada determina a respeito de forma especial para a demonstração do consentimento das partes sobre aquela cláusula escrita.

Em verdade, o Direito brasileiro admite que o consentimento ou a manifestação de vontade sejam expressos de forma tácita, demonstrados por outros meios que não a mera assinatura da parte. Nesse sentido, o artigo 107 do Código Civil estabelece que *a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir.*

Como bem ensinou Pontes de Miranda, a manifestação de vontade pode se dar de forma implícita e *não precisa de palavras, nem de sinais compreensíveis. Pode ser tácita, isto é, pode ser por atos ou omissões que se haja de interpretar, conforme as circunstâncias, como manifestação de vontade.*<sup>6</sup>

No mesmo sentido é a lição de Vicente Raó: *Diz-se tácita a declaração de vontade resultante de certos atos, atitudes ou comportamentos incompatíveis, segundo os casos, com certa concordância ou com certa discordância. De um modo voluntário de proceder, revelado como fato exterior, a experiência infere (facta concludentia) aquele que o pratica, ou mantém, assim manifesta ou declara uma vontade inconciliável, por força do princípio de contradição, com uma vontade oposta. Para a sua apuração (nos casos em que a declaração tácita é admitida) basta observar-se a maneira comum e razoável de apreciação dos fatos humanos, de conformidade com o que, no respectivo meio ambiente, se considera ser a ordem normal das coisas, até se*

<sup>5</sup> Em "Arbitragem no Brasil – Aspectos Jurídicos Relevantes, Quartier Latin, 2008, no artigo "Cláusulas Arbitrais: Transferência e Vinculação de Terceiros à Arbitragem", págs. 142 e 143.

<sup>6</sup> Em "Tratado de Direito Privado", 2005, 1ª ed., ed. Bookseller, tomo XXXVIII, pág. 51.

*alcançar a convicção honesta de que os fatos examinados equivalem, inequivocamente, à revelação de certa vontade.*<sup>7</sup>

Pedro A. Batista Martins, mais recentemente, ensinou que *o consenso reflete a intenção da parte na adoção da arbitragem para solucionar os conflitos que possam surgir de determinada relação ou negócio jurídico. O consentimento pode ser expresso ou tácito e, ainda, resultar na vinculação de terceiros formalmente desvinculados do contrato. (...) No âmbito da arbitragem, afirmam os estudiosos que o consentimento pode ser inferido, no caso concreto, por força de peculiaridades na atuação, postura, posição ou ação do terceiro frente ao negócio jurídico cujos termos e condições resultaram na disputa arbitral.*<sup>8</sup>

Nessa linha de raciocínio, o saudoso Ministro Menezes Direito, ao relatar o conhecido caso *L'Aiglon* julgado pela Câmara Especial do Superior Tribunal de Justiça em 18 de maio de 2005 (SEC no 856) considerou válida e suficiente a manifestação de vontade da parte em submeter-se à arbitragem, não por uma declaração expressa, mas pelo fato de que a parte não impugnou, em nenhum momento durante o procedimento arbitral, a existência da cláusula compromissória (*Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória*).

Nesse sentido, verifica-se a total sintonia da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça com a segunda parte do texto do artigo 7.2 da Lei Modelo UNCITRAL, acima citado, texto este que serviu de inspiração para a Lei Brasileira de Arbitragem.

O comportamento da parte como forma manifestação de vontade também foi o fundamento do emblemático caso *Trelleborg*<sup>9</sup>, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou parte legítima para figurar na arbitragem a empresa que não havia assinado a cláusula compromissória (empresa controladora da requerida). Consta do acórdão que *não obstante inexistente assinatura da apelante Trelleborg Industri AB, é mais do que evidente, face à farta documentação existente, a relação jurídica que há entre as partes, decorrente dos negócios em comum travados, em que observa participação ativa da apelante Trelleborg Industri AB.*

Em comentário ao Caso *Trelleborg*, Wald e Galindez afirmam que *a aceitação da cláusula compromissória não deve, portanto, ser necessariamente demonstrado pela assinatura das partes. A prova da sua existência pode se dar, como no presente caso, por meio do exame da conduta das partes em todas as etapas da relação contratual, isto é, no momento da negociação, celebração e execução do contrato, ou, ainda, da própria arbitragem.*<sup>10</sup>

Em nossa opinião, o Caso *Trelleborg*, embora tenha sido proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e não pelo Superior Tribunal de Justiça, deverá conduzir a jurisprudência futura pela qualidade técnica e pela razoabilidade daquela decisão.

Como se vê, o Direito brasileiro admite, em tese, respeitadas as peculiaridades e particularidades de cada caso, que a manifestação de vontade que vincule uma pessoa a um procedimento arbitral seja demonstrada não só pela assinatura, mas também pela manifestação implícita, tácita ou indireta, manifestada por meio de atos e comportamentos durante as fases de negociação, celebração e execução de um contrato, bem como durante o próprio procedimento arbitral em que a ausência de impugnação aos limites subjetivos da cláusula compromissória implicará a vinculação à mesma.

7 Em "Ato Jurídico", 4ª Ed., RT, 1997, pág. 117

8 Em "Arbitragem. Capacidade, Consenso e Intervenção de Terceiros: Uma Sobrevista, pág. 5.

9 Apelação Cível 267.450-4/6, da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relatora Dês. Constança Gonzaga.

10 Em "Revista de Arbitragem e Mediação", vol 10, pág. 245.

## 5. A Teoria dos Grupos Societários

Diante da conclusão de que o Direito brasileiro admite a manifestação tácita ou indireta de vontade, convém voltar os olhos às discussões sobre a aplicação da teoria dos grupos societários como uma das hipóteses em que poderia ser admitida a extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias.

A assinatura, como se viu, não é um critério decisivo para determinar a vinculação das partes à convenção de arbitragem. A extensão da cláusula pode dar-se por aceitação tácita. Malthieu de Boissésou esclarece que *“essa possibilidade de aceitação tácita permitiu o desenvolvimento de uma jurisprudência sobre a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem para o interior dos grupos de companhias à ocasião das operações econômicas às quais as sociedades de um mesmo grupo são partes”*.<sup>11</sup>

Bernard Hanotiau alerta sobre a necessidade de se buscar o consentimento manifestado pelas empresas pertencentes ao Grupo de Sociedades, a saber: *“a questão do consentimento à arbitragem deve assumir especial dimensão quando uma [ou mais companhias] em uma transação complexa é [são] membro(s) de um grupo de sociedades, considerando a natureza das relações existente entre as companhias do grupo em especial, consentimento para arbitrar pode, muitas vezes, estar implícito na conduta da empresa do grupo – embora ela não tenha assinado a cláusula arbitral – em razão de sua implicação na negociação e/ou na realização e/ou término do contrato contendo a cláusula arbitral e do qual um ou mais membros do grupo são partes; mas, por outro lado, apenas o fato de que a cia. não-signatária seja parte de um grupo societário, dos quais um ou mais membros assinaram o*

*contrato contendo a cláusula arbitral, não é uma circunstância per se suficiente para permitir a extensão da cláusula ao não-signatário”*.<sup>12</sup>

É interessante lembrar que, nessa linha de raciocínio, a doutrina brasileira, com ênfase às certeiras lições do Prof. Arnoldo Wald<sup>13</sup>, já discutiu a aplicação da Teoria dos Grupos de Sociedades aos limites subjetivos da cláusula compromissória, por meio da análise comparada da doutrina e jurisprudência estrangeiras, notadamente francesas.

A essência dos casos em que se admitiu vincular empresas pertencentes a um mesmo grupo societário, mas não signatárias de determinada cláusula compromissória, teve como base a análise minuciosa da participação dessa parte não signatária no negócio jurídico e, mais especificamente, se a mesma manifestou, ainda que tacitamente, o consentimento em relação à arbitragem.

A participação da parte não signatária nas fases de contratação, execução e rescisão do contrato deve ser sempre analisada como um, dentre muitos, elementos para se apurar a real vontade das partes para se submeterem na arbitragem. De fato, para que se estendam os efeitos de uma cláusula compromissória, não basta que a parte contratante faça parte de um grupo societário. A extensão da cláusula compromissória não decorre da mera configuração de grupo de sociedades. Deve-se investigar o consentimento, ainda que implícito, das partes quanto à escolha da via arbitral e, conseqüentemente, *a real intenção das partes*.<sup>14</sup>

É necessário, pois, que se verifique, com profundidade e de forma bastante acurada, qual a exata manifestação de vontade das empresas que

11 Tradução livre. Original: *“cette possibilité d’acceptation tacite a permis l’essor d’une jurisprudence sur l’extension des effets des conventions d’arbitrage à l’intérieur des groupes de sociétés, à l’occasion d’opérations économiques auxquelles les sociétés d’un même groupe sont parties.”* In POUURET, Jean-François. BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l’arbitrage international*, p. 223.

12 HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Action*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, p. 51.

13 Em “A Arbitragem, os Grupos Societários e os Conjuntos de Contratos Conexos”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, pág. 31-59 e “A Teoria dos Grupos de Sociedades e a Competência do Juízo Arbitral”, *Revista de Direito Mercantil*, vol. 101, págs. 21-26.

14 *“Clearly, however, it is not so much the existence of a group that results in the various companies of the group being bound by the agreement signed by only one of them, but rather the fact that such was the true intention of the parties”*. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, E. Gaillard e J. Savage (eds.), Kluwer Law International, The Netherlands, 1999, p. 283.

participaram do negócio jurídico, ainda que estas não tenham assinado a cláusula compromissória. Essa investigação da vontade real das partes deve ser feita com muito cuidado, uma vez que, como vimos, o consentimento é o fundamento da arbitragem e a manifestação tácita de uma das partes deve ser absolutamente evidente, clara e inequívoca, ainda que demonstrada por meio da análise de seu comportamento.

Não basta, como se vê, para que se estendam os efeitos de uma cláusula compromissória que se trate de um grupo de sociedades, pois cada empresa pertencente ao grupo é dotada de personalidade jurídica própria, distinta das de seus sócios. Conforme ensina o Prof. Arnol'do Wald, *para a ampliação dos efeitos da cláusula, há de ser entendido um dos seguintes requisitos: a) a sociedade tem que ter desempenhado um papel ativo nas negociações das quais decorreu o acordo do qual consta a cláusula compromissória; b) a sociedade deve estar envolvida, ativa ou passivamente, na execução do contrato no qual consta a cláusula compromissória; c) a sociedade tem que ter sido representada, efetiva ou implicitamente, no negócio jurídico.*<sup>15</sup>

Para concluir, a lição sempre precisa de Fouchard, Gaillard e Goldman, em comentário ao caso *Kis France vs. Société Générale*, esclarece que *“não é tanto pela existência do grupo, mas sim pela intenção das partes – demonstrada neste caso pelos contratos interrelacionados – que se justificou a extensão da cláusula compromissória”*.<sup>16</sup>

E é justamente esse ponto que gostaríamos de ressaltar neste trabalho. As decisões recentes, especialmente os casos *L'Aiglon* e *Trelleborg*, abrem a possibilidade de que, no direito brasileiro, a vinculação de uma parte não signatária possa ser reconhecida pela análise do consentimento implícito, manifestado pelo comportamento da parte na fase de negociação, contratação e cumprimento do contrato, bem como na própria fase arbitral.

15 *Op. Cit.* Pág. 36.

16 FOUCHARD, P, Gaillard, E, Goldman, J, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, Boston, London, 1999, p.. 288

Essa ainda é uma tendência que, acredita-se, venha a se solidificar no futuro próximo. Sem prejuízo e em vista dos precedentes criados pelas cortes superiores, entendemos que o Brasil já pode ser considerado como um dos países cuja postura em prol da arbitragem permite o triunfo da substância sobre a forma para fins de reconhecimento da existência de uma convenção de arbitragem.

## 6. Conclusão

A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias poderá ser admitida no Direito brasileiro se, da análise do comportamento dessa parte na fase de negociação, contratação e durante o cumprimento do contrato, se verificar que a parte voluntariamente vinculou-se ao objeto do negócio jurídico e à própria arbitragem.

Do mesmo modo, se uma parte não signatária tiver participado de uma arbitragem sem, todavia, se insurgir contra os limites subjetivos da cláusula compromissória, poderá ser considerada vinculada à arbitragem, por força de seu comportamento omissivo durante a fase arbitral.

A mera existência de um grupo de sociedades não basta para estender a cláusula aos demais membros do grupo. É necessário que se investigue a real intenção das empresas relacionadas que optaram por não assinar a cláusula, bem como que se analise a existência de consentimento implícito que vincule a parte não signatária ao procedimento arbitral.

Finalmente, a vinculação à arbitragem de uma parte que não manifestou, explícita ou tacitamente, seu consentimento para integrar a cláusula compromissória ofende a ordem pública brasileira.



347.918  
A964  
Cód. 55 983

Copyright ©  
2010 Editora Imprensa Régia  
Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Imprensa Régia. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.



O conhecimento busca a justiça,  
a justiça busca o conhecimento

Editor: Marcelo Melo  
Capa: Adriana Conti Melo  
Fotografia: Andreia Reis  
Correção: Lucia Ferreira

Imprensa Régia  
Livros de Safra Ltda  
fone: 11 3081-2510  
www.livrosdesafra.com.br

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CPI)**  
Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil

Arbitragem no Brasil. - São Paulo Imprensa Régia 2010 - 1 ed São Paulo  
Vários autores

1. Arbitragem (Direito)

10-04018

CDU 347.918

Índices para catálogo sistemático:

1. Arbitragem: Direito processual

347.918

## Sumário ✓

Apresentação.....	7
Prefácio .....	9
<b>A Extensão da Cláusula Compromissória a Partes não Signatárias no Direito Brasileiro</b>	
Flávio Pereira Lima e Daniel Calhman de Miranda .....	13
<b>Arbitragem e Novo Mercado</b>	
Eduardo Secchi Munhoz .....	27
<b>Execução de Título Extrajudicial e Arbitragem</b>	
Paulo Bezerra de Menezes Reiff.....	41
<b>Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil</b>	
Fabio Teixeira Ozi e Carlo de Lima Verona.....	61
<b>Arbitragem e Insolvência</b>	
Raphael Nehin Corrêa.....	81
<b>Transação em Matéria Tributária: de Promessa à Realidade</b>	
Gláucia Maria Lauletta Frascino.....	97

# Execução de Título Extrajudicial e Arbitragem

Paulo Bezerra de Menezes Reiff

## 1. Introdução

O presente trabalho trata da questão da coexistência harmônica e pacífica de cláusulas arbitrais estipuladas em contratos que, por definição, e desde que atendidos alguns requisitos previstos no Código de Processo Civil Brasileiro<sup>1</sup>, são considerados títulos executivos extrajudiciais, que permitem a adoção do processo de execução para o cumprimento de obrigações nele previstas.

Longe de procurar esgotar a discussão sobre o tema, o que se pretende por meio do presente estudo é uma análise sobre a abordagem que vem sendo dada pela doutrina e jurisprudência pátrias nas hipóteses em que haja a execução de contratos e de suas garantias no bojo dos quais tenha havido a estipulação de cláusula arbitral, assim como lançar alguns questionamentos de forma a que, de um lado, a adoção de execuções pelo credor não se revele um mecanismo de se furtar à convenção de arbitragem, ao mesmo tempo em que a instituição da arbitragem pelo devedor não se caracterize como medida protelatória ao exercício do direito pela parte credora, de outro.

---

<sup>1</sup> Segundo o art. 535, II, do CPC, o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas é considerado título executivo extrajudicial.

Resta-nos saber como proceder à defesa do devedor quando houver suposto descumprimento de suas obrigações que tenham ensejado a promoção pela outra parte de execução de título extrajudicial, seja do próprio instrumento particular, seja de suas garantias acessórias ou oriundas da própria relação jurídica.

Para tanto, será necessário uma prévia abordagem sobre o processo de execução de título executivo extrajudicial no sistema processual Brasileiro e dos meios de defesas conferidos ao devedor.

## 2. A Execução de Título Executivo Extrajudicial

A sentença judicial transitada em julgado constitui-se, por excelência, título executivo por meio do qual o credor procurar satisfazer o seu direito, concretizando e tornando efetiva a prestação jurisdicional. O art. 585, do Código de Processo Civil Brasileiro, por outro lado, enumera os documentos que são considerados títulos executivos extrajudiciais, fazendo, ainda, remissão, no inciso VIII, a todo e qualquer título a que, por disposição expressa, qualquer lei lhe atribua força executiva.

Dentre esses, cumpre destacar os seguintes, por serem de maior relevância e estarem normalmente atrelados às negociações em que há estipulação de cláusula compromissória: letra de câmbio, nota promissória, duplicata, debênture, cheque, escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor, contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução e especialmente o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas.

Percebe-se, facilmente, a gama de títulos e documentos a que a legislação brasileira confere natureza executiva, autorizando a adoção pelo credor da ação de execução. Entre eles, evidentemente, vale ressaltar o documento assinado pelo devedor e por duas testemunhas, forma essa comumente adotada nos contratos celebrados no Brasil ou que envolvam

partes brasileiras, e os outros títulos normalmente atrelados ou utilizados como garantia nessas operações.

Valendo-se, portanto, de um título executivo extrajudicial, poderá o credor automaticamente iniciar o processo de execução forçada, uma vez não satisfeita a obrigação pelo devedor.<sup>2</sup> Portanto, para que o credor possa se valer da via executiva, dever estar munido dos seguintes requisitos: o inadimplemento da obrigação pelo devedor e o título executivo. No que concerne ao inadimplemento propriamente dito, a obrigação inadimplida deve ser líquida, certa e exigível. A ausência de qualquer um desses elementos descaracteriza a natureza executiva do título.<sup>3</sup>

A grande característica do processo de execução é permitir a adoção de medidas constritivas de bens do devedor em curto espaço de tempo, especialmente quando se trata de execução de dívidas pecuniárias. De fato, uma vez citado o devedor, ele terá o prazo de 3 dias para efetuar o pagamento da dívida. Não realizado o pagamento da dívida pelo devedor, poderá o credor dar início a penhora de bens do devedor. A penhora consiste em gravar bens do devedor que possam satisfazer a dívida cobrada em Juízo.<sup>4</sup>

Importa mencionar as recentes mudanças havidas no processo de execução, todas elas tendentes a conferir maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional. Dentre elas devemos destacar o fato de que passou a caber ao credor a possibilidade de indicação dos bens do devedor que pretende

2 Dispõe o art. 580 do Código de Processo Civil Brasileiro: "Art. 580. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo." E o art. 586 prevê que: "Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível."

3 "Para se ter, entretanto, como cabível a execução forçada, a obrigação insatisfeita tem de se sujeitar a três exigências: tem de ser **certa**, de modo que, em face do título do credor, não se tenha dúvida quanto à sua **existência jurídica**; tem que ser **líquida**, isto é, o título tem de revelar com suficiente precisão o **objeto** da obrigação (o que e quanto se deve); tem finalmente a obrigação de ser **atual**, ou seja, para se mostrar **exigível** é preciso que a obrigação esteja vencida." (JR, Humberto Theodoro, in A Reforma da Execução do Título Extrajudicial, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, pág. 15)

4 "A penhora é ato pelo qual o órgão judiciário submete a seu poder imediato determinados bens do executado, fixando sobre eles a destinação de servirem à satisfação do direito do exequente. Tem pois natureza de ato executório" (LIEBAMN, Enríco Túlio, Processo de Execução, Saraiva, pag. 193); "A verdadeira essência da penhora corresponde ao ato de apreensão e depósito de bens do executado, destinados à satisfação do credor" (SILVA, Ovídio A. Baptista da, Curso de Processo Civil, vol. II, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1990, pág. 59).

sejam penhorados, o que na regra anterior só cabia ao credor se o devedor deixasse de fazê-lo ou o bem indicado fosse rejeitado pelo credor ou pelo Juízo.

Nesse particular, cabe destacar a ordem de preferência estabelecida para a penhora prevista no art. 655 do CPC, que indica em primeiro lugar a penhora de dinheiro em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira. Considerando os vários convênios assinados pelo Banco Central do Brasil e os Tribunais Superiores e dos Estados da Federação, a penhora de valores dos devedores ficou muito facilitada. Conhecido como sistema *Bacen-Jud*, ele elimina a necessidade de o Juiz enviar ofícios e requisições na forma de papel para o Banco Central, toda vez que necessita quebrar sigilo bancário ou ordenar bloqueio de contas-correntes de devedores em processo de execução<sup>5</sup>. É o que expressamente dispõe o caput do art. 655-A do CPC.<sup>6</sup>

Além disso, a regra do processo de execução passou a ser a não suspensão da execução pela oposição dos Embargos do Devedor, que constitui o meio de defesa conferido ao devedor e tem a natureza de ação incidental autônoma de conhecimento. Este tema será melhor explorado no tópico abaixo.

O fato é que deixando de ser regra a suspensão da execução com a oposição dos Embargos do Devedor, como ocorria na anterior sistemática da le-

gislação processual e, considerando que uma das características da execução de título executivo extrajudicial é o seu caráter definitivo, isso implica a possibilidade da alienação dos bens penhorados ou sua adjudicação pelo credor, bem como o levantamento dos valores bloqueados em contas bancárias ou em aplicação financeira, a execução constitui, sem sombra de dúvidas, um grande elemento de pressão ao devedor por poder implicar-lhe grave dano de difícil ou incerta reparação.

Assim, a rigor, se o credor estiver munido de um título executivo extrajudicial e entender que o devedor não cumpriu a obrigação expressa no título ou por ele garantida, poderá se valer da ação de execução e, conseqüentemente, buscar bens do devedor, para satisfazer a obrigação reputada não cumprida. Nesse caso, caberá ao devedor defender-se da execução, o que, no Brasil, pode ser feito essencialmente de duas formas: (a) Exceção de Pré-executividade; e (b) Embargos de Devedor.

### 3. Execução – os Meios Judiciais de Defesa do Executado

#### 3.1. Exceção de Pré-executividade

A exceção de pré-executividade é um meio de defesa do devedor que é fruto da criação da doutrina e da jurisprudência pátrias como meio de suprir lacuna da legislação processual. De fato, não estavam previstos no Código de Processo Civil os meios de se impedir a penhora (sob a égide da legislação processual anterior, o interesse de agir para a oposição de Embargos do Devedor somente surgiria após a garantia do Juízo). Para melhor compreensão da questão, é importante mencionar que só se previa a possibilidade de o devedor se opor à execução por meio dos Embargos do Devedor (art. 736 e 737 do CPC), os quais, pela legislação anterior só eram admissíveis desde que garantido o Juízo<sup>7</sup>, pela penhora. Isso implica dizer

<sup>7</sup> Entende-se por garantia do Juízo a constrição judicial de tantos bens quanto bastem para a satisfação do crédito objeto da execução.

<sup>5</sup> “As requisições são feitas através de site próprio na Internet, onde o Juiz tem acesso por meio de senha que lhe é previamente fornecida. Em espaço próprio do site, o Juiz solicitante preenche uma minuta de documento eletrônico, onde coloca informações que identificam o devedor e o valor a ser bloqueado. A requisição eletrônica é enviada diretamente para os bancos, que cumprem a ordem e retornam informações ao Juiz. Ou seja, o sistema apenas permite que um ofício que antes era encaminhado em papel seja enviado eletronicamente, através da Internet, racionalizando os serviços e conferindo mais agilidade no cumprimento de ordens judiciais no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.” (FILHO, Demócrito Reinaldo, in *A Penhora Online: a utilização do sistema BacenJud para a constrição judicial de contas bancárias e sua legalidade*).

<sup>6</sup> “Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.”

que ainda que o devedor apresentasse sua defesa através dos Embargos do Devedor, se não estivesse garantido o Juízo, eles não eram processados.

Vale lembrar que o prazo para oposição de Embargos do Devedor só começava a fluir da intimação do devedor da penhora efetivada, e não da citação da ação de execução.

O fato é que, como demonstrado acima, a grande característica do processo de execução consiste na possibilidade de constrição de bens do devedor visando à satisfação do crédito do credor por meio da penhora. Diante dessa ameaça, a doutrina e jurisprudência pátrias passaram a admitir a chamada exceção de pré-executividade como defesa prévia, a fim de evitar o ato extremo de invasão do patrimônio do devedor pelo Estado através da penhora. Tal defesa passou a ser admitida em hipóteses em que a execução apresentava vícios que não autorizariam o seu processamento, muito menos o ato de constrição de bens. Tratava-se, pois, de conferir ao devedor a possibilidade de arguir matérias anteriores e prejudiciais à penhora<sup>8</sup>.

A atual redação do art. 736 do Código de Processo Civil dispensa a penhora, depósito ou caução, como requisito de procedibilidade dos Embargos do Devedor, o que levou a parte da doutrina a acreditar que não haveria mais espaço à exceção de pré-executividade na prática forense.

A nosso ver, entretanto, a exceção de pré-executividade não foi extinta em razão da dispensa da penhora como requisito de procedibilidade dos Embargos do Devedor pois, embora a referida exceção visasse precipuamente evitar a penhora, por meio dela poderiam ser reconhecidos vícios graves do processo de execução, tais quais aqueles calcados em matéria de ordem pública e relacionado às condições da ação, que poderiam conduzir à sua extinção.

8 "Diante deste vácuo legal, doutrina e jurisprudência vão, pouco a pouco, espancando todas as dúvidas existentes sobre a matéria, superando a natural resistência que a prática cotidiana de juízes, advogados e serventuários oferece, e afastando o entendimento de que é indispensável a efetivação da penhora para que o devedor possa, só então, através de embargos, opor-se à execução, mesmo quando pretende arguir matérias anteriores e prejudiciais da penhora." (ROSA, Marcos Valls Feu, Exceção de Pré-Executividade, Matérias de Ordem Pública no Processo de Execução, 2ª Edição, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, pág. 21)

Como se vê, o devedor, logicamente, ainda tem o interesse de estancar a execução o quanto antes (ou mesmo após o julgamento dos Embargos do Devedor) quando houver vício grave a macular o regular processamento do processo executivo, daí não ser necessário nem conveniente que isso se faça somente por meio dos Embargos do Devedor, que possuem formalidades legais não aplicáveis a uma mera defesa incidental atinente a questões de ordem pública.

Dê fato, o art. 618 do Código de Processo Civil diz ser nula a execução se o título executivo extrajudicial não corresponder a uma obrigação certa, líquida e exigível, fazendo expressa remissão ao art. 586 do mesmo diploma legal. Assim, sendo possível demonstrar de plano a ausência de alguns desses requisitos necessários ao processamento da execução, será possível o manejo da exceção de pré-executividade diretamente ao Juiz que conduz a execução<sup>9</sup>. Como se vê, as matérias que podem ser deduzidas são bastante restritas, não se permitindo por meio da exceção discussão que se atrele ou conduza à análise de mérito.

### 3.2. Embargos do Devedor

Nos ensinamentos de Humberto Theodoro Junior, os Embargos do Devedor são "obstáculos ou impedimentos que o devedor procura ante- por à execução proposta pelo credor"<sup>10</sup>. Assim, enquanto ação própria, os Embargos do Devedor buscam desconstituir a natureza executiva do título que não corresponder a uma obrigação certa, líquida e exigível.

Tanto que, nos termos do artigo 745, V, do Código de Processo Civil, o devedor poderá opor Embargos do Devedor para discutir "qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento".

9 Este é aspecto bastante relevante que terá repercussão nas medidas a serem tomadas pelo devedor, especialmente a quem competirá decidir sobre determinadas matérias quando estiver envolvido execução de títulos executivos extrajudiciais vinculados a contratos em que estipulada a cláusula compromissória, quando não o próprio contrato for o título a respaldar a execução.

10 P. 398.

Como já se pacificou na doutrina, os Embargos do Devedor nada mais são do que uma ação autônoma visando desconstituir a natureza executiva do título objeto da execução. Seguindo a melhor doutrina, Humberto Theodoro Junior nos ensina que “sua natureza jurídica é a de uma ação de cognição incidental de caráter constitutivo, conexa à execução por estabelecer, como ensina Chiovenda, uma *“relação de causalidade entre a solução do incidente e o êxito da execução. (...) Por visar a desconstituição da relação jurídica líquida e certa retratada no título é que se diz que os embargos são uma ação constitutiva, uma nova relação processual, em que o devedor é o autor e o credor o réu”* <sup>11</sup>.

Portanto, os Embargos do Devedor acabam por seguir o rito ordinário, próprio do processo de conhecimento.

O prazo para o devedor apresentar sua defesa por meio da ação incidental de Embargos do Devedor é de 15 dias contados da data da juntada aos autos do processo do mandado de citação.

Dadas as recentes alterações na legislação processual que visaram dar maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, a oposição dos Embargos do Devedor não determina a imediata suspensão do processo de execução como ocorria na sistemática anterior. Nos termos do art. 739-A introduzido no Código de Processo Civil brasileiro por meio da Lei 11.382/2006, os embargos não terão mais efeito suspensivo, que somente será atribuído a eles se requerido pelo devedor e, sendo relevantes os seus fundamentos, se der evidências de que o prosseguimento da execução possa causar a ele grave dano de difícil ou incerta reparação.

Embora, como visto acima, não mais seja requisito de procedibilidade dos Embargos do Devedor a garantia do Juízo pela penhora, depósito ou caução, a garantia do Juízo passou a ser também uma das condições para que se atribua o efeito suspensivo à execução, que hoje deixou de ser a regra e passou a ser a exceção <sup>12</sup>.

11 Humberto Theodoro Júnior, “Curso de Direito Processual Civil, Vol. II, 43ª edição, Forense, p. 398.

12 “Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. §1º O Juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando,

Em se tratando de uma ação autônoma, os Embargos do Devedor terão processamento em autos distintos do processo de execução. Ainda assim, os Embargos do Devedor deverão ser endereçados ao mesmo Juízo da Execução, que se torna prevento, na medida em que competirá a ele o julgamento e processamento tanto da Execução quanto dos Embargos a ela opostos <sup>13</sup>.

No que concerne às matérias dedutíveis em Embargos do Devedor, fica o devedor autorizado não só à discussão de questões preliminares ou relativas às condições da ação de execução, mas a toda e qualquer matéria de defesa, inclusive de mérito. Assim, em sede de Embargos de Devedor, confere-se maior amplitude às matérias de defesa do devedor em comparação àquelas que são admissíveis em exceção de pré-executividade, residindo aí a grande diferença entre um e outro meio de defesa conferido ao devedor.

Se a arguição de qualquer matéria de defesa tiver estrita relação com questão de mérito da relação jurídica submetida a Juízo, esta necessariamente deverá se dar mediante a oposição de Embargos do Devedor. Se deduzidas em sede de exceção de pré-executividade, o Juiz da execução certamente deixará de conhecê-la e direcionará o devedor à oposição dos competentes Embargos do Devedor.

Essa questão torna-se de suma relevância e não se limita a discussões meramente acadêmicas, gerando importantes efeitos na prática forense e no manejo das corretas medidas judiciais na defesa dos interesses das partes, notadamente se considerarmos o fracionamento da jurisdição arbitral que não tem o poder de impor medidas coercitivas e cautelares.

sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.”

13 “Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos. Parágrafo único. Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado, e instruídos com cópias (art. 544, §1º, in fine) das peças processuais relevantes.”

#### 4. A Arbitragem como Meio de Defesa do Executado

O esboço até aqui apresentado a respeito do processo de execução de título executivo extrajudicial e possíveis defesas do devedor teve a finalidade de assentar as premissas básicas para o melhor entendimento das questões que envolvem a exequibilidade de títulos executivos extrajudiciais oriundos de relações jurídicas que tenham estipulado a arbitragem como meio de solução de conflito, primeiramente para demonstrar a sua plena compatibilidade e depois para apontar os mecanismos de defesa conferido ao devedor.

A arbitragem, como meio de solução de conflito, visa precipuamente à busca de um título que permita ao credor o reconhecimento e a satisfação do seu direito em razão de inadimplemento de obrigações pela parte contrária.

É intuitivo, portanto, que a estipulação da cláusula compromissória, como meio de solução de conflitos, é orientada em razão dos princípios que norteiam o procedimento arbitral, notadamente o da especialidade – via de regra ausente no Poder Judiciário –, por conferir maior credibilidade à definição daquelas possíveis questões que possam ser objeto de controvérsia entre as partes.

Por outro lado, as particularidades da execução de título executivo extrajudicial, que autorizam atos de constrição e invasão do patrimônio do devedor imediatamente após a sua citação, exercem sobre o devedor inquestionável elemento de pressão ao cumprimento de suas obrigações, e sempre estiveram à disposição das partes em nosso ordenamento.

Assim, é conferido ao credor o direito de valer-se do Poder Judiciário para obter a constrição e alienação dos bens do devedor a fim de satisfazer seu crédito, ainda que o título executivo traga em seu bojo uma cláusula arbitral. Vedar o acesso do credor aos meios de coerção conferidos pelo Estado, que detém em caráter exclusivo o poder de coerção, em razão da convenção de arbitragem, constituiria verdadeiro contra-senso.

Em voto da eminente Ministra Nancy Andrighi<sup>14</sup>, do Superior Tribunal de Justiça, essa questão foi muito bem abordada, constituindo importante precedente de nossos tribunais. Ficou lá consignado que “A solução não aponta, no entanto, para o caráter mutuamente excludente destes institutos [cláusula compromissória e execução do título]. Ao contrário, deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título. Em primeiro lugar porque não se exige que todas as controvérsias oriundas de um contrato sejam submetidas à solução arbitral. O que equivale a admitir que algumas questões se sujeitem à arbitragem e outras não. Ademais, não é razoável exigir que o credor seja obrigado a iniciar uma arbitragem para obter juízo de certeza sobre uma confissão de dívida que, no seu entender, já consta do título executivo.”

Assim, não há qualquer incompatibilidade entre a estipulação da convenção arbitral e o acesso ao Judiciário para a execução de títulos extrajudiciais, seja o próprio contrato assim considerado ou as garantias a ele acessórias.

Realmente, não é difícil imaginar a estipulação de cláusula compromissória em contratos complexos, não raras vezes com a previsão de multiplicidade de obrigações recíprocas, muitas delas sem qualquer relação de interdependência, sendo parcela delas previamente definidas entre as partes contratantes – bastando, por isso, o mero decurso do tempo ou o implemento da condição contratualmente prevista para sua exigibilidade (porque líquida e certa) – e outras de natureza mais complexa e passíveis de maiores controvérsias, que certamente determinam e conduzem, na celebração do contrato, à convenção de arbitragem, por requererem mais especialidade daquele que tiver que dirimir o eventual conflito que dela possa surgir.

Pensar de outra forma implicaria em retirar do contrato em que convencionada a arbitragem, e/ou de seus acessórios a sua eficácia executiva, conforme assinala Cândido Rangel Dinamarco<sup>15</sup>, citado no referido julgado, ao afirmar que “A convenção de arbitragem, que impede a tutela jurisdicional cognitiva por via judicial (art. 267, inciso VII), não é impeditiva da execução

14 Recurso Especial nº 944.917/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, 18/09/2008, v.u.

15 O eminente jurista é citado no acórdão do julgamento do Recurso Especial nº 944.917/SP.

*forçada, porque os árbitros jamais podem ser investidos do poder de executar; existindo um título executivo extrajudicial, é lícito instaurar o processo executivo perante a Justiça estadual, apesar da existência da convenção de arbitragem, porque do contrário a eficácia do título seria reduzida a nada.*"<sup>16</sup>

Comentando o julgamento do Recurso Especial nº 944.917/SP, Rafael Francisco Alves<sup>17</sup> extrai dele duas conclusões: (i) o não comprometimento da executividade do título em que inserida a cláusula compromissória; (ii) o eventual efeito que a instauração da arbitragem terá sobre o curso da execução dependerá da relação existente entre o objeto da arbitragem e o objeto da execução.

Assim, desconsiderando a hipótese de ausência de qualquer relação entre o objeto de uma e de outra (arbitragem e execução), a questão que se suscita é: quais os meios de defesa que estariam ao alcance do devedor para fazer frente à execução de título executivo extrajudicial em que foi inserida cláusula compromissória?

O art. 22, §4º, da Lei de Arbitragem brasileira consagra a regra do fracionamento do Juízo arbitral - como mencionado na introdução deste trabalho - na medida em que afasta dos árbitros a imposição das medidas coercitivas ou cautelares, que competirá ao órgão do Poder Judiciário<sup>18</sup>:

*A doutrina é assente nesse sentido. Segundo Pedro A. Baptista Martins, "o sistema legal brasileiro não veda ao julgador privado a ordenação de medidas da espécie, apenas não confere a seu ato imposição legal. Nesse setor da arbitragem, somente o poder de império é que deverá ser exercitado pelo Estado, dado o fracionamento da jurisdição arbitral."*<sup>19</sup>

16 DINAMARCO, Cândido Rangel, Instituições de Direito Processual Civil, São Paulo, Malheiros, vol. IV, 2004, p. 83.

17 ALVES, Rafael Francisco, Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 21, jan/fev/mar 2009, pág. 205. Nos referidos comentários, faz-se ainda remissão a julgados de Tribunais Estaduais na esteira do entendimento adotado no julgamento do Recurso Especial nº 944.917/SP.

18 "Art. 22. §4º Ressalvado o disposto no §2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria originariamente, competente para julgar a causa."

19 MARTINS, Pedro A. Batista, Da Ausência de Poderes Coercitivo e Cautelares, in Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, pág. 363. No

Considerando a particularidade de nosso sistema processual, em que os embargos devem ser dirigidos ao Juízo da execução, que se torna prevento, nos termos do parágrafo único do art. 736 do Código de Processo Civil, caberá ao mesmo Juiz o julgamento de ambos.

E essa particularidade, à primeira vista sutil e insignificante, gera importantes reflexos quando envolve a execução de título executivo extrajudicial em que inserida a cláusula compromissória, já que, para a crise de certeza existe o processo cognitivo ou de conhecimento (arbitragem ou processo judicial) e para a crise de satisfação e de adimplemento existe tão-somente o processo judicial, em razão do poder de *imperium* do Estado<sup>20</sup>.

Com isso, o devedor só poderá se dirigir ao Juiz enquanto condutor do processo de execução, restringindo-lhe a análise àquelas matérias próprias da exceção de pré-executividade, que devem conduzir à extinção da execução por ausência dos pressupostos de desenvolvimento válido do processo e violação ao art. 618 do Código de Processo Civil.

Para invocar validamente qualquer outra matéria em sua defesa, o devedor teria que se valer dos Embargos do Devedor - ação autônoma e de conhecimento que é - e estaria obstado o seu conhecimento em razão da cláusula compromissória. Mesmo em se tratando do mesmo Juiz, em razão da prevenção, ele não poderá conhecer dos Embargos opostos e deverá remeter as partes à via arbitral para a solução do conflito.

Sabe-se que a suspensão da execução pela oposição de Embargos deixou de ser a regra pelas recentes mudanças do Código de Processo Civil, que foram orientadas pelos princípios da celeridade e efetividade. E conforme leciona Luiz Rodríguez Wambier<sup>21</sup>, "a concessão de efeito suspensivo

mesmo sentido manifesta-se Carlos Alberto Carmona: "Com a arbitragem não poderia acontecer de modo diverso: é do árbitro a competência para decidir demanda cautelar encetada por qualquer dos litigantes acerca da matéria sujeita à decisão arbitral." (CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e Processo, Editora Atlas, São Paulo, 2009, 3ª edição, pág. 325).

20 ALVES, Rafael Francisco, op. cit., pág. 206

21 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.



*aos embargos tem natureza de uma providência acautelatória: a suspensão da execução, quando presentes os requisitos mencionados, destina-se a resguardar a eficácia do provável resultado final dos embargos.*"

Nessa mesma linha de orientação, assinala Cândido Rangel Dinamarco que *com redações inteiramente coincidentes dizem os arts. 475-M e 739-A, § 1º, que, embora em princípio o recebimento da impugnação ou dos embargos não tenha efeito suspensivo sobre a execução, poderá o juiz atribuir-lhes tal efeito "desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestadamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação". Essa é uma autêntica antecipação de tutela ao executado, cabendo ao juiz avaliar caso a caso a seriedade das alegações contidas na oposição e os riscos a que o prosseguimento da execução poderá expô-lo, sem também desprezar os males que a própria suspensão causaria ao exequente - tudo mediante aplicação dos critérios de ordem geral estabelecidos no art. 273 do Código de Processo Civil, que constitui o estatuto da antecipação de tutela.*<sup>22</sup>

Além do receio de gerar grave dano de difícil ou incerta reparação, a concessão deve ter por base a relevância dos fundamentos arguidos nos Embargos do Devedor<sup>23</sup>, constituindo, pois, uma antecipação da análise de seu mérito. Fica evidente, nesse sentido que, em havendo cláusula compromissória, a análise da questão deve se dar pelos árbitros e não pelo Juiz togado.

Se já instituída a arbitragem, o processo de execução poderá ser suspenso se estiverem preenchidos os requisitos previstos no parágrafo único do art. 739-A do Código de Processo Civil, inclusive a garantia do Juízo.

A mera comprovação da instituição da arbitragem, a nosso ver, não é suficiente a que o devedor possa obter o propalado efeito suspensivo. Deve-se analisar, de forma criteriosa, a existência de relação entre o objeto da arbitragem e o da execução, assim como a presença dos demais requisitos

22 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Malheiros. 2005

23 ASSIS, Araken de. Manual da Execução, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, pág. 1.148

acima mencionados, de forma a não esvaziar a força coercitiva do título executivo extrajudicial, especialmente se se verificar espírito emulativo e intuito protelatório na instituição da arbitragem pelo devedor.

Cabe lembrar que na Medida Cautelar nº 13.274/SP, de relatoria da eminente Ministra Nancy Andriighi, reconheceu-se que a relação de prejudicialidade externa entre a ação de execução e o procedimento arbitral seria suficiente a determinar a suspensão da execução.

Questão tormentosa diz respeito à necessidade de se conferir efeito suspensivo à execução quando o Tribunal arbitral ainda não estiver constituído. Sendo os prazos para pagamento da dívida e oposição de Embargos do Devedor muito exíguos (respectivamente 3 dias - sob pena de penhora - e 15 dias, após a citação), certamente não haveria tempo hábil para a instituição da arbitragem para a tentativa de obtenção do referido efeito suspensivo por meio de requerimento dirigido aos árbitros.

Vimos que essa análise não pode se dar em sede de Embargos do Devedor. Não restará ao devedor senão a propositura de ação cautelar, dirigida ao Juízo da execução, visando atribuir efeito suspensivo à execução de título executivo extrajudicial até que a arbitragem possa ser instituída, quando então a matéria poderá ser revista ou ratificada pelos árbitros.

Parece-nos não haver alternativa, ainda que se reconheça a tendência no direito processual pátrio de se afastar do apego às formas. É que, na realidade, tratar-se-á de pedido específico aquele a ser formulado na ação cautelar, próprio daquela espécie de provimento, visando resguardar o resultado útil da arbitragem a ser instituída - e, portanto, a ele preparatório - , que fará as vezes dos Embargos do Devedor, e que não poderia ser deduzido em simples petição em sede de execução, até pela necessidade de atendimento dos requisitos previstos no art. 282 do Código de Processo Civil brasileiro.

Essa a opinião de Carlos Alberto Carmona ao discorrer sobre a necessidade de adoção de medidas de urgência antes de instituída a arbitragem:

*“Dito de outro modo, as regras de competência podem ser desprezadas se houver algum obstáculo que impeça a parte necessitada de tutela emergencial de ter acesso ao juízo originariamente competente, o que aconteceria na hipótese de a parte interessada não poder requerer a medida cautelar ao árbitro (como deveria) pelo simples fato de não ter sido ainda instituída a arbitragem (os árbitros ainda não aceitaram o encargo, art. 19 da Lei). Diante de tal contingência, abre-se à parte necessitada a via judicial, sem que fique prejudicada a arbitragem, apenas para que o juiz togado examine se é caso de conceder a medida cautelar; concedida a medida, cessa a competência do juiz togado, cabendo aos árbitros, tão logo sejam investidos no cargo, manter, cassar ou modificar a medida concedida.”<sup>24</sup>*

Além de ser preparatória à arbitragem a ser instituída – é dirigida ao Juízo da execução somente em razão do §4º, do art. 22 da Lei 9.307/96, da Lei de Arbitragem brasileira -, a ação cautelar, à toda evidência, deverá especificar os termos e os fundamentos da arbitragem a ser instituída (art. 801, III, do Código de Processo Civil) e ser evidenciado nos autos que foram promovidas as medidas necessárias à instituição da arbitragem. A jurisprudência entende que basta a referida demonstração, já que a constituição do Tribunal arbitral poderá tomar mais tempo que o prazo previsto na legislação processual.

De fato, impõe o Código de Processo Civil, nos termos do art. 806, o prazo de 30 dias à parte para propor a ação principal cujo resultado útil a cautelar visa resguardar (entenda-se o pedido de instituição de arbitragem), contados da efetivação da medida cautelar, sob pena de cessação da eficácia da liminar que a tiver deferido (art. 808, I, do Código de Processo Civil).

Nesse particular, e por medida de cautela, entendemos que a comprovação da promoção da instituição da arbitragem pela parte interessada seja feita no prazo de 15 dias a contar da juntada do mandado de citação aos autos ou da data em que o devedor comparecer espontaneamente aos autos (o que ocorrer primeiro), porque o prazo próprio para a oposição dos

24 CARMONA, Carlos Alberto, op. cit., pág. 327.

Embargos do Devedor, evitando-se, com isso, a alegação de preclusão ao direito de defender-se validamente.

Seria recomendável a demonstração no pedido para concessão da medida liminar dos requisitos para a concessão do efeito suspensivo à execução previstos no §1º, do art. 739-A, do Código de Processo Civil. Assim, a nosso ver, para a sua concessão, poderia não se afastar a prestação de caução, prevista no art. 804, do Código de Processo Civil, que serviria e faria as vezes da necessária garantia do Juízo, pela penhora, caução ou depósito, até que a referida decisão pudesse ser revista pelos árbitros.

Mas é somente conhecendo dessas especificidades da legislação processual brasileira que se permite dirimir nas execuções de títulos executivos extrajudiciais os estritos limites de competência do Juiz togado e os poderes conferidos aos árbitros pelas partes nos contratos em que estipulada a cláusula compromissória.

## 5. Conclusão

Como visto acima, o entendimento doutrinário é pacífico no sentido da coexistência harmônica entre a execução de título executivo extrajudicial e a arbitragem.<sup>25</sup> Fica evidente que o árbitro possui plena competência para dirimir as controvérsias que lhe são submetidas em razão da con-

25 “O árbitro dispõe de iurisdictio, que lhe permite fazer justiça em nome do Estado, mas não do imperium, que lhe garanta os poderes necessários para adentrar a esfera de liberdade das partes, executando suas próprias decisões” – (Carreira Alvim, Livro 2, pp. 124-128, apud MARTINS, Pedro A. Batista. Aportamentos sobre a Lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 248).

“Com efeito, os árbitros exercem jurisdição plena no plano do conhecimento e declaração do direito (cognitio), com efeitos preponderantemente declaratórios (...). É que a ‘cognição’, se destina a formular a norma jurídica que deve disciplinar o conflito de interesses; a ‘execução’ destina-se a modificar o estado de fato em conformidade com a norma que haja sido declarada incidente. Ora, o juiz arbitral não detém poderes inerentes ao imperium, ou seja, para ordenar ou efetuar modificações no plano dos fatos, e assim o diria, talvez com alguma impropriedade textual, o citado art. 22, § 4º da Lei de Arbitragem.” – (GUSMÃO CARNEIRO, Athos. Arbitragem e execução. Cognição e imperium. Medidas cautelares e antecipatórias. Civil law e common law. In Aspectos polêmicos da nova execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008).

venção arbitral (*iurisdictio*), faltando-lhe, no entanto, poderes coercitivos (*imperium*), que fica reservado ao Estado (Poder Judiciário), nos termos do art. 22, §4º, do Código de Processo Civil.

A jurisprudência de nossos tribunais não destoa desta orientação<sup>26</sup>, notadamente a do Superior Tribunal de Justiça<sup>27</sup>, a quem compete o controle e a aplicação da Lei 9.307/96, a Lei de Arbitragem brasileira.

"(...) A segunda parte do § 2º do art. 22 mostra que aos árbitros, ou árbitro, falta apenas a competência para a efetivação da medida coercitiva, quando ela depender do uso da força. Nesse caso, só resta ao tribunal arbitral pedir ao juiz togado a providência que assegure o efeito prático da medida determinada. A lei, portanto, é peremptória ao proibir a execução de medidas coercitivas de força pelo próprio tribunal arbitral; não, porém, a decretação delas. O juízo arbitral as decreta. O togado as executa mediante solicitação daquele. Quanto à competência do juiz togado, aplicar-se-á, *mutatis mutandis*, o quanto acima se disse acerca da condução de testemunhas." – (BERMUDES, Sérgio, pp. 278-280 apud Pedro A. Batista. Aparentamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 248).

ABDALLA, Letícia Barbosa e Silva. Execução de título extrajudicial, existência de cláusula compromissória, exceção de pré-executividade. Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 4, N. 15, out/dez 2007, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

26 TJ/RJ: "Execução de título extrajudicial. Alegação de emissão de duplicata relativa a serviços de fornecimento, instalação e manutenção de andaimes em navio. Foi apresentada objeção de pré-executividade, sob o fundamento de que: a) há cláusula compromissória de arbitragem; b) mera locação de bem móvel não autoriza emissão de cambial (...). Por outro lado, sendo matéria de ordem pública, a despeito de não apreciada pelo juízo a quo, o fato é que a cláusula compromissória avençada não se aplica ao processo de execução, diante da inexistência de coercitividade da tutela arbitral. Precedentes da corte. Equívoco da sentença que acolhe objeção de pré-executividade. Recurso provido para anular a sentença e determinar o prosseguimento da execução" - TJRJ, Apelação Cível 200.001.26956, Sexta Câmara Cível, Des. Luis Felipe Salomão, j. 13/12/2006.

27 "Processo civil. Possibilidade de execução de título que contém cláusula compromissória. Exceção de pré-executividade afastada. Condenação em honorários devida. Deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título. Não se exige que todas as controvérsias oriundas de um contrato sejam submetidas à solução arbitral. Ademais, não é razoável exigir que o credor seja obrigado a iniciar uma arbitragem para obter juízo de certeza sobre uma confissão de dívida que, no seu entender, já consta do título executivo. Além disso, é certo que o árbitro não tem poder coercitivo direto, não podendo impor, contra a vontade do devedor, restrições a seu patrimônio, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens. São devidos honorários tanto na procedência quanto na improcedência da exceção de pré-executividade, desde que nesta última hipótese tenha se formado contraditório sobre a questão levantada. Recurso especial improvido. - REsp nº. 944.917-SP, Terceira Turma, Ministra Relatora Nancy Andrighi, j. 18.09.2008.

Nesse sentido, nas execuções de títulos executivos extrajudiciais em que estipulada cláusula compromissória, aos árbitros caberá o desempenho de papel fundamental, já que a eles competirá, primordialmente, a identificação sobre ser ou não arbitrável a obrigação supostamente descumprida e objeto de execução, porque relacionada à crise de certeza<sup>28</sup>, obstando, dessa forma, a pretensão do credor de se furtar à convenção arbitral pela execução direta do título executivo extrajudicial.

De outro lado, em se verificando que a controvérsia envolve mera crise de inadimplemento, não se afigura razoável obstar aos árbitros o pleno exercício, pelo credor, da satisfação de sua obrigação por meio da execução do título executivo de que já dispõe, especialmente porque revelaria caráter nitidamente postergatório a instituição de arbitragem para essa finalidade.

Com isso os árbitros farão aplicar na sua integralidade o art. 422 do Código Civil que dispõe que "*os contratantes são obrigados a guardar, assim na sua conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fe.*"

Ao Judiciário, por sua vez, caberá papel fundamental na observância da correta aplicação do instituto, especialmente no reconhecimento e cumprimento das decisões que forem emanadas dos árbitros, assim como visando a evitar prejuízos que porventura pudessem ser causados ao executado, notadamente se ainda não instituída a arbitragem.

Tomando essa linha de orientação como parâmetro, evitar-se-á a criação de barreiras que dificultem a execução do título executivo extrajudicial e a satisfação do direito pelo credor<sup>29</sup>, o que poderia gerar um efeito adverso na estipulação da convenção arbitral.

28 CARMONA, Carlos Alberto, apud ABDALLA, Letícia Barbosa e Silva, op. cit., pág. 223/224.

29 ALVES, Rafael Francisco, op. cit., pág. 206.