



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

OS EMBARGOS À EXECUÇÃO NA EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL DE
CONTRATO COM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Debora Alves de Sousa Silva

Cursando Especialização em Direito Processual Civil na PUC-SP. Graduação em Direito na PUC-SP. Advogada. debora.alves22@outlook.com

Resumo: O presente estudo aborda o cabimento da ação de execução fundada em título executivo extrajudicial, cujo contrato possui uma cláusula compromissória. Admitida a propositura da ação de execução, examina-se a competência para processar e julgar os embargos à execução, diante das possíveis matérias de defesa.

Palavras-chave: Contrato - Título executivo extrajudicial - Cláusula compromissória - Cabimento de ação de execução por título executivo extrajudicial - Competência para processar e julgar embargos à execução – Matérias de defesa

Abstract: The article approaches the applicability of an executory action grounded on an extrajudicial executive instrument which contract bears a commitment clause. The executory action being admitted, the competence to process and judge the stays of execution, in view of the possible defense matters.

Keywords: Contract - Extrajudicial executive instrument - Commitment clause - Applicability of executory action by extrajudicial executive instrument - Competence to process and judge stays of execution – Defense matters.

Introdução:

O procedimento arbitral origina-se em convenção de arbitragem por meio da qual as partes, voluntariamente, renunciam à jurisdição estatal para solução de determinada controvérsia. A este respeito é importante ressaltar que não se trata de ofensa ao princípio da inafastabilidade, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (art. 5.º, XXXV da Constituição Federal de 1988), mas sim de uma opção de partes capazes em eleger um árbitro para definir conflitos que digam respeito a direitos disponíveis.

Ocorre que, embora a Arbitragem seja uma forma de jurisdição autônoma e independente, não detém poder coercitivo, que é exclusivo do Estado. Assim, como é

sabido, a execução no âmbito da arbitragem – seja da sentença arbitral, seja do contrato com cláusula arbitral – depende da atuação do Poder Judiciário.

A respeito da execução da sentença arbitral, por meio de cumprimento de sentença, não residem muitas controvérsias. Isto porque, já havendo uma decisão a respeito do mérito do litígio, a defesa do executado, por meio de impugnação ao cumprimento de sentença, é mais restrita e possui hipóteses mais exíguas.

No entanto, no que toca especificamente a possibilidade de ajuizamento de execução de título extrajudicial de contratos com cláusula arbitral, as controvérsias residem justamente nas possibilidades de defesa do executado. Isto porque, em casos como este, não é autorizado ao Poder Judiciário adentrar no mérito da controvérsia e do contrato, já que questões como essa somente podem ser decididas pelo Tribunal Arbitral, se assim as partes estabeleceram. Não é qualquer situação, porém, que atrai a competência do Tribunal Arbitral para a análise dos embargos à execução apresentados em sede de execução de contrato que contém cláusula arbitral.

Assim, o presente estudo objetiva tratar dessas e de outras questões polêmicas concernentes à execução e a defesa do executado no âmbito de demandas que possuem alguma intersecção com o procedimento arbitral.

1. Execução de título extrajudicial e os embargos à execução

O processo executivo foi idealizado para efetivar, de modo célere e eficaz, direito do credor sobre o qual não existem controvérsias jurídicas, seja por conta de anterior pronunciamento jurisdicional que declarou e/ou constituiu tal direito (o que se denomina de título executivo judicial), seja em razão da existência de documento pré-constituído, elaborado com vistas a determinados critérios legais, que transmite prévia certeza sobre o direito do credor ao órgão executor (o que se denomina de título executivo extrajudicial).

No primeiro caso, a norma foi concebida como resultado de prévia cognição pelo Poder Judiciário (ou por árbitros), após o devido trâmite do procedimento de

conhecimento; no segundo, é desnecessária a certificação jurisdicional, pois a norma concreta, materializada em documento, transmite a mesma convicção ao julgador sobre o direito do credor (que é sendo expressão da autonomia privada da vontade). Nas hipóteses dessa segunda espécie de execução, é pressuposto que esteja lastreada em *“documentos que possam induzir, com razoável grau de certeza, a sua efetiva existência, de modo que se possa ter como pouco provável a contestação do devedor. Certeza com tal grau de razoabilidade é que justifica, em nome da efetividade e da economia processual, a outorga desde logo ao credor da pretensão à tutela jurisdicional executiva”*¹.

É o caso, por exemplo, dos documentos previstos no art. 784 do Código de Processo Civil, que, como mencionado, necessitam vir acompanhados dos critérios de certeza, liquidez e exigibilidade, cuja definição merecem destaques doutrinários:

Toda execução, nos termos do dispositivo em análise, deve se fundar em título de obrigação certa, líquida e exigível. Tais atributos devem ser verificados no momento em que instaurada a execução e ao longo de todo o processo. Não precisam estar preenchidos, contudo, por ocasião da formação do título executivo, sendo evidência óbvia de tal assertiva a questão relativa ao termo. (...) **6.1.** Obrigação certa é aquela expressa no título executivo, explicitando os seus elementos objetivos (espécie de obrigação) e subjetivos (quem é o credor e o devedor), e sobre a qual há um mínimo de segurança quanto à sua existência. (...) **6.2.** Liquidez refere-se à expressa determinação do objeto da liquidação, em seus aspectos qualitativos (por exemplo, individualização da coisa a ser entregue ao exequente) e quantitativos (delimitação do quantum debeat da obrigação de pagar quantia certa). (...) **6.3.** Exigível, por fim, é a obrigação que não se encontra sujeita a termo ou a condição. Como esse requisito (exigibilidade) deve ser examinado a todo tempo, é possível que ele desapareça supervenientemente. (DELLORE, Luiz. Comentários ao Código De Processo Civil – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021, pág. 1.067).

A este respeito, *“é importante firmar que a função executiva é substancialmente diversa da função cognitiva e que, nos atos e decisões que a ela correspondem, a cognição é sumária e instrumental, porque não destinada a gerar a certeza do direito material das partes, mas simplesmente a viabilizar a concretização dos atos coativos voltados para a satisfação do crédito do exequente, limitada à simples verificação dos pressupostos (em sentido lato) de admissibilidade da própria execução”*².

¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, págs. 274/275.

² GRECO, Leonardo. **Comentários ao Código de Processo Civil – artigos 797 a 823: das diversas espécies de execução - v. XVI** – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

Em resumo, o título executivo deve transmitir ao órgão judicial a certeza de que o direito do credor é correto e exigível, de modo que por meio da simples leitura do documento se possa aferir a executividade, pouco importante a existência de controvérsia entre as Partes a respeito da dívida.

Embora os títulos extrajudiciais, passíveis de cumprimento direto sem a necessidade do processo de conhecimento, não estejam contidos, exclusivamente, no Código de Processo Civil, um dos objetos mais comuns desse tipo de execução é o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas (art. 784, III do Código de Processo Civil). Aliás, a leitura conjunta dos artigos 787, 798, inciso I, letra “d”, 803, inciso I, e 917, § 2º, inciso IV, todos do Código de Processo Civil, esclarece a estrutura formal e substancial para a caracterização dessa espécie de título executivo extrajudicial: de um lado, o documento particular deve estar assinado por duas testemunhas (requisito formal); de outro, a obrigação deve ser certa, líquida e exigível (requisito substancial). A generalidade desses dispositivos permite que a ampla maioria dos tipos de contratos seja um título extrajudicial passível de execução, quando inadimplido em alguma medida.

No entanto, deve-se ressaltar que a possibilidade de execução imediata do título não afasta os constitucionais princípios do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF), já que o próprio Código prevê a possibilidade de resposta ao processo executivo, por meio da ação autônoma de embargos à execução (art. 914, Código de Processo Civil). A necessidade de oposição dos embargos à execução, surge, portanto, quando *“houver necessidade de formular algum juízo de certeza sobre o direito material das partes”*³.

Ao analisar os embargos à execução, Cassio Scarpinella Bueno leciona que: *“(…) trata-se da forma pela qual o executado argui as matérias, de direito processual e de direito material, com o objetivo de obstaculizar ou de vedar, total ou parcialmente, a*

³ Idem.

satisfação do direito reclamado pelo exequente a partir do título executivo extrajudicial".⁴

Assim, os embargos à execução nada mais são do que uma espécie de contestação, transvestida de ação autônoma para que, por meio dela, possa o executado apresentar todas as alegações de defesa permitidas pelo direito, sem que o processo executivo seja, necessariamente, obstado. Daí a necessidade de um procedimento apartado para a defesa do executado.

Conforme estampado no art. 917 do Código de Processo Civil, as possibilidades de defesa do executado são as mais variadas e vão desde a mera impugnação do valor da execução até qualquer matéria que poderia ser deduzida no âmbito do processo de conhecimento.

Nesse sentido, a controvérsia reside na possibilidade de ajuizamento de execução de título extrajudicial (art. 784 do Código de Processo Civil) consubstanciada em contrato com cláusula compromissória (art. 4º, LArb), cuja pretensão seja líquida, certa e exigível. E, ainda, sobre a competência para processamento e julgamento dos embargos na hipótese de uma execução com essas características, sobretudo considerando essa permissibilidade de que, nessa sede, seja aduzida qualquer matéria atinente ao processo de conhecimento.

2. Breves comentários sobre o procedimento arbitral e a convenção de arbitragem

Como já dito, o procedimento arbitral decorre convenção arbitral, por meio da qual as partes, voluntariamente, renunciam à jurisdição estatal para solução de determinada controvérsia. Institucionalizada por meio da Lei nº 9.307/96, a Arbitragem, segundo a definição de José Antônio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro, *“é um método de heterocomposição de conflitos em que o árbitro, exercendo a cognição nos limites da convenção de arbitragem livremente estabelecida pelas*

⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

*partes, decide a controvérsia com autonomia e definitividade*⁵. Desta forma, esse meio de solução de conflitos, que pressupõe a renúncia à jurisdição do Estado, constitui uma alternativa aos jurisdicionados em face dos inúmeros problemas que envolvem o Poder Judiciário.

Essa renúncia à jurisdição estatal pode ser feita pelas partes tanto previamente a existência do litígio – com a estipulação de cláusula compromissória no instrumento firmado – quanto no momento posterior à existência da lide. A este respeito, cumpre destacar os comentários do Ilustríssimo Professor Carlos Alberto Carmona à Lei de Arbitragem:

Até o advento da Lei 9.307/96, somente o compromisso arbitral teria o condão de instituir o juízo arbitral. Exceção feita às hipóteses tratadas na Convenção de Genebra,¹ a cláusula compromissória, sempre tida entre nós como mero *pacto de contrahendo*, não servia para afastar a competência do juiz togado, e muito menos tinha o condão de instituir o juízo arbitral: quando muito, serviria para obrigar a parte renitente a celebrar o compromisso arbitral, daí seu inafastável caráter de pré-contrato, que para muitos não gerava efeito algum.

A nova lei pôs fim a este estado de coisas, tratando num mesmo capítulo – e sob a mesma rubrica – tanto a cláusula como o compromisso. A mudança não foi apenas formal, como se percebe, pois a partir de 1996 tanto a cláusula como o compromisso são aptos a afastar a jurisdição estatal e a instituir a arbitragem, sendo de insistir que não há mais obrigatoriedade de firmarem os litigantes um compromisso arbitral; e isto apesar da redação conservadora – e em certa medida ambígua – do art. 7º da Lei, que continua a amparar-se no binômio cláusula-compromisso como se aquela devesse necessariamente desembocar neste. O art. 5º, porém, faz desaparecer qualquer dúvida sobre o tema, mostrando que da cláusula pode imediatamente passar à instauração do juízo arbitral (o que ocorre com a aceitação pelos árbitros de sua nomeação, conforme dispõe o art. 19).

É preciso insistir que a arbitragem não tem – como parece a alguns – como pressuposto necessário o compromisso. A esta conclusão chegam apenas aqueles que não interpretam sistematicamente o art. 5º e o art. 19 da Lei, fixando-se tão somente nos termos do art. 7º, que se refere a situação isolada e específica, qual seja, a execução específica de cláusula compromissória vazia (ou à execução de cláusula compromissória que não contenha mecanismo de atuação imediata para nomeação de árbitros). Fique claro, pois, que a intenção da Lei não foi outra senão a de adotar o mesmo mecanismo que já nos idos de 1932, com a promulgação, no Brasil, do Pacto de Genebra, integra o ordenamento jurídico pátrio, a saber, a arbitragem pode prescindir completamente do compromisso arbitral. (CARMONA, Carlos Alberto Arbitragem e processo: um comentário à Lei no 9.307/96 – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009, pág. 77).

⁵ FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER. Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. Teoria geral da arbitragem – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Com a disseminação do uso da arbitragem, a utilização de cláusulas compromissórias – por meio da qual as partes antecipam a decisão de que eventual litígio oriundo daquele instrumento será solucionado por um Tribunal Arbitral –, em instrumentos de vultosos valores e grande complexidade tem sido cada vez mais comum. Nesses casos, por estipulação expressa dos contratantes, somente ao Tribunal Arbitral caberá conhecer e decidir a respeito das questões envolvendo o mérito da controvérsia e do contrato.

Isto porque, imperioso lembrar que a arbitragem consiste sempre e inevitavelmente na instauração de processo de conhecimento. Não serve o processo arbitral para tutela satisfativa, seja de títulos judiciais, seja de títulos extrajudiciais. A jurisdição arbitral não é dotada de poder de império (poder-dever do juiz de executar as próprias decisões), de modo que ao árbitro cabe resolver, com exclusividade, as questões litigiosas atinentes ao contrato em que a cláusula compromissória se insere.

Daí porque diversas questões envolvendo instrumento com a previsão de cláusula compromissória são submetidos ao Judiciário, seja antes da constituição do Tribunal Arbitral (arts. 22-A e 22-B da Lei 9.037/96), seja após a prolação a sentença arbitral final (art. 33 da Lei 9.037/96; art. 515, VII do Código de Processo Civil).

3. A intersecção das jurisdições: onde o judiciário e a arbitragem se encontram

Como mencionado, a própria Lei nº 9.307/96 (“Lei de Arbitragem”) previu hipóteses em que a atuação do Judiciário é necessária, ainda que as partes tenham estipulado uma convenção de arbitragem para solução dos seus litígios, a exemplo das situações em que seriam necessárias a atuação do Poder Judiciário, ou quando o procedimento arbitral não pôde ser prontamente instaurado (arts. 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem), ou, ainda, quando é necessária a efetivação de comandos de forma coercitiva. Assim, é evidente que as jurisdições estatal e arbitral não são, necessariamente, excludentes, mas muitas vezes, complementares.

Segundo o que ressalta o I. Doutrinador Cândido Rangel Dinamarco é *“característica fundamental da jurisdição arbitral [...] sua limitação às atividades cognitivas, jamais tendo o árbitro o poder de realizar qualquer ato de constrição sobre pessoas ou coisas*

*(execução forçada, efetivação de medidas coercitivas etc.). A ordem jurídica reputa contrária à cláusula constitucional do due process of law a outorga de poderes dessa ordem a quem não seja juiz*⁶. Assim, a efetivação de medidas constritivas ditadas pelo árbitro no curso do processo arbitral depende da expedição de uma carta arbitral ao juiz estatal competente, para que ele realize o que o árbitro não pode realizar (art. 22-C da Lei de Arbitragem).

Não é correto afirmar, portanto, que a adoção de convenção de arbitragem pelas partes tem o condão de excluir por completo a atuação do Poder Judiciário em eventual conflito que seja instaurado. Pelo contrário: nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco “*isso significa que o poder de proporcionar o acesso à justiça é menos amplo na arbitragem do que no processo civil estatal, uma vez que aquela in sola notione consistit*”⁷.

Mas não é só. Após prolatada a sentença arbitral final, podem as partes estar sujeitas à atuação do Poder Judiciário, seja em razão da ausência de cumprimento voluntário da obrigação, o que resulta na necessidade de ajuizamento do cumprimento de sentença (art. 515, VII do Código de Processo Civil), seja na hipótese de anulação da sentença arbitral (art. 33 da Lei de Arbitragem).

Esses e outras hipóteses deixam claro que o procedimento arbitral, muitas vezes, é indissociável da atuação do Poder Judiciário, pela própria natureza dos comandos que são emanados das respectivas jurisdições. Por outro lado, insta salientar, que essa questão não pode ser utilizada como meio de uma das partes se escusar do procedimento que foi por ela própria escolhido – embora essa prática tenha sido muito observada nos últimos anos, muito em razão dos altos custos do procedimento arbitral e da característica de irrecorribilidade das decisões.

Nesse contexto, não há óbice na existência de uma cláusula compromissória em um documento que se configura como título executivo extrajudicial. Não existirá conflito

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: volume I** – 8ª edição – São Paulo: Malheiros, 2016 – pág. 490.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: volume I** – 8ª edição – São Paulo: Malheiros, 2016 – pág. 491.

entre a natureza executiva do título e os efeitos da cláusula arbitral, que permite a instauração do processo arbitral e o afastamento da jurisdição estatal. Isto porque, a existência da cláusula compromissória inserida em título executivo extrajudicial não retira a vocação executiva do documento (ou do crédito documentado), cujos requisitos e pressupostos são legais. Do mesmo modo, a cláusula compromissória não perde seus efeitos (positivos e negativos) por estar inserida no título executivo. Isto porque, os árbitros não têm competência para conhecer das questões de natureza processual relativas ao processo de execução, assim como o juiz togado não tem jurisdição para conhecer das defesas de mérito atinentes à formação da relação obrigacional subjacente ao título.

3.1. A execução de cláusula específica do contrato com cláusula arbitral e a defesa do executado: os embargos à execução são sempre arbitrais?

É sabido que o art. 8º da Lei de Arbitragem dispõe que *“a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”*. Portanto, a cláusula compromissória é impeditiva da atuação da justiça estatal e motivo de extinção do processo sem apreciação do mérito, uma vez que é expressão da livre vontade das partes, consubstanciada em ato jurídico perfeito.

No entanto, não é possível afirmar que a mera existência de cláusula compromissória em um instrumento particular assinado por duas testemunhas (título executivo extrajudicial) é suficiente para afastar por completo a atuação do judiciário, pois, não necessariamente os institutos possuem caráter mutuamente excludente.

Conforme tratado no tópico anterior, deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título, seja porque não se exige que todas as controvérsias oriundas de um contrato sejam submetidas à solução arbitral, seja

porque 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.

Significa dizer, portanto, que a força executiva do título não é sumariamente exterminada pela existência de cláusula compromissória, já que é plenamente possível que haja obrigação exequível de plano, sem que haja a necessidade de um juízo cognitivo a respeito do tema.

A este respeito, leciona o Professor Carlos Alberto Carmona que “[p]arece razoável deduzir que, havendo cláusula compromissória – e tratando os embargos de matéria de fundo (validade, eficácia e extensão do título executivo) -, caberá levar tais questões aos árbitros, tocando ao juiz togado apenas o julgamento de embargos que tratem de questões processuais”⁸.

Nesses casos, portanto, a competência para processamento do pedido é do ente estatal, pois, como já visto, a jurisdição arbitral não é dotada de força executiva e cogente.

Nesse campo específico, importante ainda distinguir embargos de mérito dos embargos atinentes exclusivamente à matéria processual. Sobre esse fenômeno, necessário destacar as lições de Cândido Rangel Dinamarco:

Questão subsequente a essa é a da competência para processar e julgar eventuais embargos de mérito à execução por título extrajudicial, ou seja, embargos que veiculem matéria referente ao direito subjetivo material posto em execução (existência, inexistência, valor da obrigação). Como se sabe, os embargos à execução podem também ter por objeto uma pretensão relacionada somente com o processo executivo, ou mesmo com a ação executiva, como nos casos de ausência de título executivo, iliquidez do crédito, excesso de execução, vícios de penhora etc. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 745, incs. I-IV). Nesses casos eles serão processados e julgados pelo próprio juiz estatal da execução (a) porque a eficácia da cláusula arbitral não se estende a tais temas estranhos às obrigações assumidas pelas partes no contrato onde esta se estipulou e (b) também porque o que se decidir nesses embargos não interferirá no reconhecimento, negação ou dimensionamento

⁸ CARMONA, Carlos Alberto, Considerações sobre a cláusula compromissória e a cláusula de eleição de foro in Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes e Pedro Batista Martins [coord.], Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in Memoriam, São Paulo: Atlas, 2007.

da relação jurídico-material que as partes convencionaram pôr sob a jurisdição dos árbitros. Mas, dispondo o Código de Processo Civil que ao embargar pode também o executado deduzir 'qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento' (art. 745, inc. V), incluem-se nessa previsão todas as defesas que tiver com relação à própria obrigação abrangida pela cláusula. A consequência será que tais embargos de mérito serão processados e julgados em sede arbitral, instaurando-se a arbitragem com esse escopo quando chegar o momento adequado. [...] Não se pode atribuir ao juiz togado a competência para julgar também os fundamentos de mérito, sob pena de comprometer a autonomia da arbitragem. Também não seria legítimo investir o árbitro do poder de apreciar os fundamentos relacionados com a própria execução, pois isso o erigiria à condição de um censor do Poder Judiciário. A única solução será o desmembramento, para que cada uma das jurisdições se pronuncie sobre a matéria que lhe é afeta⁹.

Não por outro motivo, já decidiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo pelo não acolhimento de exceção de pré-executividade apresentada sob a mera fundamentação da existência de cláusula compromissória no título executado:

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Exceção de pré-executividade – Pedido de extinção da execução fundado na presença de cláusula arbitral no contrato executado – Indeferimento – Admissibilidade – Convivência dos institutos da arbitragem e da executividade aos quais se submetem o contrato executado – Competência do juízo arbitral para dirimir as questões relativas à causa subjacente que não impedem a execução do título executivo extrajudicial – Exegese do art. 784, III, do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – Precedentes – Inaplicabilidade do art. 485, VII, do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – Manutenção da rejeição da exceção de pré-executividade – Recurso desprovido.¹⁰

A este respeito, o I. Des. Francisco Loureiro, brilhantemente, consignou que “*afigura-se perfeitamente cabível a execução de título extrajudicial fundada em contrato com cláusula compromissória, até porque o Juízo arbitral não é dotado de poderes para promover atos executórios, assim como também se mostra possível a análise pelo Judiciário dos embargos à execução eventualmente opostos pelo devedor, desde que circunscritas a temas processuais, como, por exemplo, a regularidade da penhora. O que não se admite apenas é a análise pela Justiça estatal das exceções de direito material, porventura opostas pelo executado em seus embargos, pois referentes ao*

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pp. 105/106.

¹⁰ TJSP; Agravo de Instrumento 2166287-21.2020.8.26.0000; Relator (a): Álvaro Torres Júnior; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/08/2021; Data de Registro: 24/08/2021.

mérito da causa, e o exame deste foi reservado ao juízo arbitral por convenção das próprias partes.”¹¹.

O STJ há muito sedimentou entendimento nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. CONFISSÃO DE DÍVIDA. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. JURISDIÇÃO ESTATAL. POSSIBILIDADE. 1. Trata-se, na origem, de embargos à execução de título extrajudicial, aparelhada em contrato com cláusula compromissória. 2. Mesmo em contrato que preveja a arbitragem, é possível a execução judicial de confissão de dívida certa, líquida e exigível que constitua título executivo nos termos do art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil, haja vista que o juízo arbitral é desprovido de poderes coercitivos. Precedente do STJ. 3. A existência de título executivo extrajudicial prescinde de sentença arbitral condenatória para fins de formação de um outro título sobre a mesma dívida. 4. Recurso especial provido (REsp 1373710/MG, Terceira Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07/04/2015).

Assim, no que toca o processo de execução, não restam dúvidas da viabilidade do ajuizamento, independentemente da existência de convenção de arbitragem entre as partes, uma vez que é possível a convivência da cláusula compromissória com a natureza executiva do título.

O mesmo tratamento, no entanto, não necessariamente pode ser dado aos embargos à execução – meio de defesa do executado no âmbito do processo de execução de título extrajudicial.

Obviamente, o executado não pode ser privado do exercício do contraditório e da ampla defesa, por decorrência lógica do que prevê a própria Constituição Federal (art. 5º, LV). Porém, a controvérsia reside na competência para julgamento dos embargos à execução nas hipóteses em que o instrumento particular que está *sub judice* possui cláusula compromissória.

Não se pode olvidar que o art. 917, VI do Código de Processo Civil, prevê que “*nos embargos à execução, o executado poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito*

¹¹ TJSP; Apelação Cível 1064344-08.2016.8.26.0100; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 44ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/08/2017; Data de Registro: 03/08/2017

deduzir como defesa em processo de conhecimento". Parece óbvio que não se admitiria a distribuição de embargos à execução ao juízo estatal, se as matérias de defesa deduzidas pela parte são atinentes ao processo de conhecimento – já que a competência do juízo arbitral seria inafastável nesse caso.

Todavia, outras hipóteses previstas no art. 917 do Código de Processo Civil poderiam atrair a atuação do Juízo Estatal, caso tratassem da higidez do título exequendo ou de questões formais relacionadas ao próprio processo executivo – e a este respeito não haveria que se falar em atuação dos árbitros. Sobre o assunto é necessário ressaltar o entendimento do STJ:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EMBARGOS DO DEVEDOR. MÉRITO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. (...) 1. A cláusula arbitral, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal. 2. No processo de execução, a convenção arbitral não exclui a apreciação do magistrado togado, haja vista que os árbitros não são investidos do poder de império estatal à prática de atos executivos, não tendo poder coercitivo direto. **3. Na execução lastreada em contrato com cláusula arbitral, haverá limitação material do seu objeto de apreciação pelo magistrado. O Juízo estatal não terá competência para resolver as controvérsias que digam respeito ao mérito dos embargos, às questões atinentes ao título ou às obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito) e às matérias que foram eleitas para serem solucionadas pela instância arbitral (kompetenz e kompetenz), que deverão ser dirimidas pela via arbitral.** 4. **A exceção de convenção de arbitragem levará a que o juízo estatal, ao apreciar os embargos do devedor, limite-se ao exame de questões formais do título ou atinentes aos atos executivos (v.g., irregularidade da penhora, da avaliação, da alienação), ou ainda as relacionadas a direitos patrimoniais indisponíveis, devendo, no que sobejar, extinguir a ação sem resolução do mérito.** 5. Na hipótese, o devedor opôs embargos à execução, suscitando, além da cláusula arbitral, dúvidas quanto à constituição do próprio crédito previsto no título executivo extrajudicial, arguindo a inexistência da dívida pelo descumprimento justificado do contrato. Destarte, deve-se reconhecer a derrogação do juízo togado para apreciar a referida pretensão, com a extinção do feito, podendo o recorrido instaurar procedimento arbitral próprio para tanto. (...)” (*grifos não originais*) (STJ, 4ª Turma, REsp 1.465.535-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, unânime, j. 21.06.16).

Analisando situação semelhante, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela manutenção do trâmite do processo executivo:

EXECUÇÃO - ARBITRAGEM - EXCEÇÃO DE PRÉEXECUTIVIDADE - Execução por quantia certa contra devedor solvente fundada em contrato contendo cláusula

compromissória - Cláusula compromissória que não inibe o credor de promover a execução perante o Poder Judiciário - Competência do Juízo Arbitral reservada à matéria de mérito suscitada em sede de embargos - Competência do juízo da execução para o exame dos aspectos formais do título - Doutrina e jurisprudência - Execução fundada em "Oferta Vinculante" e "Contrato de Compra e Venda de Ações" - Título que preenche os requisitos do art. 585, II do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - Cláusula contratual prevendo a concessão de empréstimos à devedora - Título que em princípio preenche os atributos da liquidez, certeza e exigibilidade (art. 586 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) - Exceção de pré-executividade rejeitada - Demais questões que devem ser discutidas e decididas nos embargos já ajuizados, inclusive a eficácia ou não da sentença arbitral em relação à executada - Sentença reformada - RECURSO PROVIDO (Apelação Cível nº 0169860-10.2011.8.26.0100, Rel. Alexandre Marcondes, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 03/02/2015).

Daí porque, há hipóteses em que a impugnação da parte pode ser processada e julgados no Juízo Estatal, ainda que o instrumento objeto da demanda contenha cláusula compromissória, sobretudo quando as matérias dizem respeito a higidez e aspectos formais do título e desde que não haja discussão a respeito da matéria de fundo, que ensejou a formação do título.

Os incisos I a V do art. 917 do Código de Processo Civil referem-se às defesas de natureza instrumental que podem ser arguidas em sede de embargos à execução, enquanto o inciso VI do art. 917 do Código de Processo Civil trata das defesas de direito material.

Diante disso, quando ajuizada a execução do título executivo extrajudicial, cabe ao juiz togado averiguar se o exequente apresentou com a petição inicial um documento (ou crédito documentado) que a lei descreva como título executivo, ou seja, se o título executivo ostenta os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação; e, se estiver, caberá a ele realizar o direito. A discussão sobre o acerto da obrigação instituída no documento é de competência do árbitro, a quem as partes escolheram para decidir as questões relativas sobre o modo de ser das obrigações contratuais.

Assim, *grosso modo*, compete ao Estado processar e julgar os embargos à execução quando o embargante/executado alegar defesas processuais (art. 917, incisos I a V do Código de Processo Civil) e de nulidade do próprio processo executivo¹², não

¹² Deve-se ressaltar que o art. 803 do Código de Processo Civil dispõe que é nula a execução se: **(i)** o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível; **(ii)** o executado não for regularmente citado; e (ou) **(iii)** for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo.

obstante a existência da cláusula compromissória no contrato; enquanto a cláusula compromissória confere ao juízo arbitral a jurisdição para processar e julgar os embargos à execução quando o embargante sustentar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento (defesa de direito material).

3.2. Os efeitos das decisões proferidas na arbitragem e o trâmite do processo executivo: as regras processuais para deferimento do efeito suspensivo aos embargos

Antes de tudo, cumpre esclarecer que a Lei de Arbitragem confere ao árbitro poderes para decidir sobre o emprego de medidas coercitivas e de cunho cautelar, sendo certo que a sua efetivação deve ser solicitada ao Poder Judiciário (art. 22, §4º da Lei de Arbitragem). Além disso, a mencionada legislação estabelece a condição do árbitro de “juiz de fato e de direito”, não ficando a sua decisão sujeita a reexame pelo Poder Judiciário (art. 18 da Lei de Arbitragem).

Como se sabe, os embargos à execução não têm, em regra, efeito suspensivo (art. 919 do Código de Processo Civil), de modo que a paralização de um processo executivo depende de requerimento da parte e de um comando judicial (ou arbitral, como se verá) nesse sentido. Para formular tal requerimento é necessário (i) demonstrar a presença dos requisitos da tutela de urgência (art. 300 do Código de Processo Civil), de probabilidade do direito e perigo de dano e (ii) acautelar o Juízo com garantia suficiente e idônea (art. 919, §1º do Código de Processo Civil).

Ocorre que, como visto, existe a possibilidade de oposição de embargos à execução arbitrais ou judiciais – a depender da hipótese –, podendo ambos ser necessários, inclusive, simultaneamente.

Além disso, de acordo com o art. 917, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, há excesso de execução quando: (I) o exequente pleiteia quantia superior à do título (obrigação de pagar quantia certa); (II) ela recai sobre coisa diversa daquela declarada no título (obrigação de entrega de coisa certa); (III) ela se processa de modo diferente do que foi determinado no título (obrigação de fazer ou de não fazer); (IV) o exequente, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da prestação do executado (obrigações bilaterais); e quando (V) o exequente não prova que a condição se realizou (obrigação sujeita a condição).

Não por outro motivo, a própria Lei de Arbitragem, em seus artigos 22-A e 22-B, incluídos pela Lei n. 13.129/2015, previu hipóteses de concessão de tutela cautelar ou de urgência, conforme abaixo transcrito:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

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

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

Desta forma, a própria legislação prevê hipóteses de concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução tanto pelo Tribunal Arbitral quanto pelo Juízo Estatal, devendo-se ressaltar que, na segunda hipótese, “o *Judiciário terá sua atuação [...] limitada à apreciação da tutela de urgência, impedida a análise do mérito da causa*”¹³.

Diante disso, “*competete ao Estado-juiz a cognição sobre a concessão de efeito suspensivo, se este se fundar numa defesa de direito processual, e compete ao juízo arbitral a análise da concessão de efeito suspensivo, caso o argumento seja a defesa de direito material, dada a competência de cada juízo (estatal e arbitral) para julgar os embargos à execução, por conta do respectivo fundamento alegado (defesa de direito processual ou defesa de direito material). Excepcionalmente, se ainda não instituída a arbitragem, pode-se pleitear, em juízo, a concessão de efeito suspensivo, sendo certo que a decisão proferida pelo Poder Judiciário se submeterá à revisão do juízo arbitral, que poderá mantê-la, modificá-la ou revogá-la*”¹⁴.

Nem poderia ser diferente, já que também para análise de eventual pleito de atribuição de efeito suspensivo aos embargos, não poderia o Judiciário invadir a competência

¹³ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 8ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

¹⁴ ARAÚJO. Luciano Vianna. **Competência para julgar os embargos à execução cujo título executivo extrajudicial consiste num contrato com cláusula compromissória**. RT Online: Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 6/2018 | Revista de Processo | vol. 272/2017 | p. 189 - 211 | Out / 2017 | DTR\2017\5934.

do Juízo Arbitral, até mesmo por conta do que pressupõe o princípio kompetenz-kompetenz¹⁵.

4. CONCLUSÕES

A forma de resolução dos conflitos da sociedade desde os primórdios é motivo de discussões, já que o litígio é inerente ao ser humano e ao convívio social. Não por outro motivo os anos trouxeram o aprimoramento das técnicas de resolução de conflitos, a fim de adequar as formas de disputa à evolução da sociedade.

A Arbitragem é uma das traduções da evolução dessas técnicas de resolução de conflitos, consubstanciada na autonomia privada das partes e representa uma gigantesca evolução, considerando a tradicionalidade que envolve a detenção do poder do Estado na atuação como mediador dos conflitos sociais.

No entanto, como se viu ao longo do presente estudo, ainda que a Arbitragem represente uma evolução dos meios de solução de conflitos, o procedimento não pode ser completamente dissociado da atuação dos órgãos estatais, tendo em vista as diversas situações em que o Poder Judiciário necessita ser acionado.

Nesse contexto, como visto, é plenamente factível a existência de instrumento particular com cláusula compromissória, que seja também dotado de executividade específica, de modo que deve ser plenamente aceito o ajuizamento de execuções desse tipo. E, ainda nesta seara e considerando a impossibilidade de afastamento do contraditório, deve ser admitido também a oposição de embargos à execução, arbitrais ou judiciais, a depender das alegações da parte executada.

¹⁵ Conforme leciona o Ilustre Professor Francisco Cahali “*Na verdade, embora se traduza como princípio da competência-competência, e assim se refira a doutrina ao identificar esta regra, como antes referido, se contém neste princípio a essência da jurisdição que, in abstracto, é inerente ao árbitro, pois se atribui a ele, in concreto, o poder de avaliar o litígio a ele submetido e concluir pela inviabilidade de sua apreciação no seu próprio juízo arbitral, ou seja, diz o árbitro que a matéria não é arbitrável, e assim, impossível de ser por ele apreciada. Desta forma, a regra confirma uma vez mais a opção legislativa de outorgar jurisdição ao juízo arbitral. Neste caminho a doutrina, à qual nos filiamos, diz que o princípio da competência- competência deveria ser da "jurisdição- jurisdição"* (CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 8ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020).

Não se sabe se a evolução da técnica caminha no sentido de que as jurisdições (arbitral e judicial) sejam completamente autônomas – momento em que o ente privado, de alguma forma, seria dotado de poder cogente –, fato é que a Constituição Federal e a atual legislação brasileira não permitem que as formas de resolução de conflito aqui mencionada estejam dissociadas.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**, 18ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ARAÚJO. Luciano Vianna. **Competência para julgar os embargos à execução cujo título executivo extrajudicial consiste num contrato com cláusula compromissória**. RT Online: Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 6/2018 | Revista de Processo | vol. 272/2017 | p. 189 - 211 | Out / 2017 | DTR\2017\5934.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 8ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CARMONA, Carlos Alberto, Considerações sobre a cláusula compromissória e a cláusula de eleição de foro in Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes e Pedro Batista Martins [coord.], **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**, in Memoriam, São Paulo: Atlas, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei no 9.307/96** – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: volume I** – 8ª edição – São Paulo: Malheiros, 2016.

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

FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER. Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem** – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação** – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRECO, Leonardo. **Comentários ao Código de Processo Civil – artigos 797 a 823: das diversas espécies de execução - v. XVI** – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEODORO, Viviane Rosolia. **Princípios da Arbitragem: o princípio do kompetenz-kompetenz e suas consequências**. RT Online: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 51/2016 | p. 221 - 248 | Out - Dez / 2016 | DTR\2016\24736.

TIMM, Luciano Benetti. LIMA, Felipe Esbroglio de Barros. **Dos efeitos da convenção de arbitragem no processo de execução**. RT Online: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 31/2011 | p. 17 - 33 | Out - Dez / 2011 | DTR\2011\5126.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução: parte geral**, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (20ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento 2166287-21.2020.8.26.0000. Relator (a): Álvaro Torres Júnior. Data do Julgamento: 24/08/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Recurso de Apelação Cível 1064344-08.2016.8.26.0100. Relator (a): Francisco Loureiro. Data do Julgamento: 02/08/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial 1373710/MG. Relator (a) Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data do Julgamento: 07/04/2015.