

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

**DEFESAS DO EXECUTADO NA EXECUÇÃO FUNDADA
EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL COM PREVISÃO DE
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM**

GIOVANNA DE ALMEIDA RIZZO

**SÃO PAULO
2014**

GIOVANNA DE ALMEIDA RIZZO

**DEFESAS DO EXECUTADO NA EXECUÇÃO FUNDADA
EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL COM PREVISÃO DE
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM**

Trabalho de monografia apresentado à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE/PUC-SP e à Coordenação Acadêmica do Curso de Especialização Direito Processual Civil como exigência para conclusão do curso de pós-graduação lato sensu, sob orientação do Prof. Rafael Motta e Correa.

SÃO PAULO
2014

DEFESAS DO EXECUTADO NA EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL COM PREVISÃO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Trabalho de monografia apresentado à
Coordenadoria Geral de Especialização,
Aperfeiçoamento e Extensão –
COGEAE/PUC-SP e à Coordenação
Acadêmica do Curso de Especialização
Direito Processual Civil como exigência
para conclusão do curso de pós-
graduação lato sensu.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Rafael Motta e Correa
Pontifícia Universidade Católica

Prof.
Pontifícia Universidade Católica

Prof.
Pontifícia Universidade Católica

Aos meus pais e marido, por todo carinho, companheirismo, incentivo e apoio constante.

RESUMO

O presente trabalho aborda as defesas que podem ser apresentadas pelo executado nas Execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais que contenham convenção de arbitragem para solução de eventuais controvérsias existentes entre as partes sobre aquela relação jurídica-base. Em primeiro lugar, foi realizada uma análise da atual sistemática adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro para satisfação de um direito previamente reconhecido estampado em um título executivo, que demonstra uma obrigação certa, líquida e exigível. Em seguida, o trabalho trata da convenção de arbitragem e sua previsão em títulos executivos, bem como de seus efeitos. Por fim, são apresentadas as possibilidades de defesa a serem utilizadas pelo executado de acordo com a situação e a competência para sua apreciação, bem como os procedimentos a serem seguidos em cada caso.

Palavras-chave: defesas do executado, execução de título extrajudicial, convenção de arbitragem.

ABSTRACT

This paper approaches the defensive measures available to a debtor in a lawsuit that seeks the enforcement of an extrajudicial executive title that stipulates an arbitration clause as a means of conflict resolution. Firstly, it was performed an analysis of the expedited collection proceeding and the necessity of the obligation owed to be quantified, certain and enforceable. In addition to that, this paper deals with the existence of an arbitration agreement in the executive instrument and its effects. Lastly, the possible defenses of the debtor regarding the collection proceeding of an extrajudicial executive instrument are presented, as well as the jurisdiction responsible to resolve the conflict and the proceedings to be followed in each case.

Keywords: defense mechanisms available to the debtor, enforcement of extrajudicial executive title, stipulation of arbitration clause.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. A EXECUÇÃO	9
2.1. Considerações iniciais	9
2.2. O título executivo e seus requisitos.....	11
2.3. Execução de título extrajudicial	15
3. A PREVISÃO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL	18
3.1 Considerações iniciais.....	18
3.2. A arbitragem como processo de conhecimento.....	21
3.3. A convenção de arbitragem e seus efeitos.....	23
3.4. Aparente conflito entre cláusula compromissória e título executivo extrajudicial	26
4. OS MEIOS JUDICIAIS DE DEFESA DO EXECUTADO NA EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL	30
4.1. A exceção de pré-executividade.....	30
4.2. Os embargos à execução	33
5. A ARBITRAGEM COMO MEIO DE DEFESA DO EXECUTADO.....	37
6. CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	45

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da relação entre a Execução e a Arbitragem no direito brasileiro, especialmente a Execução fundada em título executivo extrajudicial e as consequências que decorrerão quando as partes tiverem nele previsto convenção de arbitragem, analisando a interação desses dois institutos como forma de atingir os fins do processo.

A Execução – *“atividade jurisdicional voltada à satisfação do direito tal qual reconhecido, a prestação concreta da tutela jurisdicional executiva”*¹ – sofreu grandes mudanças recentemente em razão da reforma do Código de Processo Civil: primeiro, foi alterada pela Lei nº 11.232/05, que acabou com a necessidade de um processo autônomo para certas hipóteses de títulos executivos judiciais; e, em seguida, a Lei nº 11.328/06, mais relevante para o desenvolvimento do tema objeto deste trabalho, alterou o procedimento da Execução dos títulos executivos extrajudiciais, visando dar maiores garantias aos credores e tornar esse tipo de processo mais prático e com resultados mais satisfatórios ao jurisdicionado.

A Arbitragem, por sua vez, regulamentada no país há aproximadamente 18 anos, constitui *“um modo extraordinário de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão um tribunal arbitral”*². O instituto tem sua prática consolidada e vem adquirindo prestígio e importância como forma de solução mais adequada a determinadas controvérsias, decorrente de suas conhecidas vantagens: especialidade, tecnicidade, celeridade e confidencialidade.

Apesar da aparente incompatibilidade, a inserção da cláusula compromissória no título executivo extrajudicial não retira a possibilidade de que, presentes os requisitos legais, seja ajuizada Execução diretamente no juízo estatal, uma vez que tal cláusula não desconstitui o caráter executivo do título.

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*, 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 32.

² LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 59.

Assim, o que se pretende neste estudo é examinar a abordagem dada pela doutrina e jurisprudência nos casos em que houver a Execução de títulos que contenham a estipulação de cláusula arbitral e as possibilidades de defesa a serem apresentadas pelo executado quando houver o suposto descumprimento de suas obrigações.

Neste sentido, como forma de viabilizar a realização da análise em questão, necessário se faz o exame prévio do processo de Execução no sistema processual brasileiro, bem como dos meios de defesa conferidos ao devedor.

2. A EXECUÇÃO

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo civil brasileiro proporciona ao direito material, em situações de conflito, dois tipos de tutela: “*uma de acerto e definição e outra de realização ou satisfação*”³.

Na primeira, a atividade de conhecimento destina-se à formulação de uma regra concreta, dizendo respeito à atividade jurisdicional voltada ao reconhecimento de direitos, à declaração da real situação das partes acerca do litígio existente, sendo logicamente antecedente à atuação prática⁴.

Já na segunda, a atividade jurisdicional está voltada precipuamente à satisfação de um direito previamente conhecido, transformando esse comando em modificação prática no mundo externo.

Em outras palavras, a medida que, no processo de conhecimento, o juiz examina a lide a fim de “*descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso*”, na Execução, realiza “*as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo que se realize a coincidência entre as regras e os fatos*”⁵.

Importa dizer que, no processo de conhecimento, o juiz julga (decide), enquanto, na Execução, ele executa (realiza), ou seja, “*o processo de conhecimento é processo de sentença*”, ao passo que “*o processo executivo é processo de coação*”⁶.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução e cumprimento de sentença*. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2007. p.33.

⁴ TUDA, Claudio Takeshi. *Aproximação entre cognição e Execução e a repercussão na classificação das tutelas* in *Aspectos polêmicos da nova Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 104.

⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo, Bestbook Editora Dis, 2004. p. 79.

⁶ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil, vol. IV*. Campinas: Millenium, 2003. p. 11.

Desta forma, a Execução constitui “*método destinado à obtenção da tutela satisfativa, normalmente precedida de outra – a cognitiva – condenatória. Não é ele meio próprio à cognição da situação de direito material, com fundamento em que se pretende a tutela*”⁷.

Como forma de viabilizar a admissibilidade da Execução forçada, necessária a conjugação de dois requisitos, quais sejam: o inadimplemento do devedor, nos termos do art. 580 do Código de Processo Civil; e o título executivo, judicial ou extrajudicial (arts. 614, I e 745, I, do CPC).

Na hipótese de o devedor não cumprir por iniciativa própria a obrigação pactuada, e com manifestação da irresignação do credor diante de uma situação que lhe desagrada, caberá a intervenção do Estado em seu patrimônio para tornar efetiva a sua vontade sancionatória, realizando, a custa do devedor, sem ou contra sua vontade, o direito do credor⁸.

A esse respeito, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁹ ensina que:

atua o Estado, na Execução, como substituto, promovendo uma atividade que competia ao devedor exercer: a satisfação da prestação a que tem direito o credor. Somente quando o obrigado não cumpre voluntariamente a obrigação é que tem lugar a intervenção do órgão judicial executivo, daí a denominação de Execução forçada, adotada pelo Código de Processo Civil, no art. 566, à qual se contrapõe a ideia de “cumprimento voluntário” (adimplemento) da prestação.

Nesse sentido, o processo de Execução cria para o devedor uma situação ou estado de sujeição, ficando seu patrimônio à mercê da vontade do Estado, para obtenção do bem devido ou do valor a que tem direito o credor¹⁰.

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo in Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 358.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 191.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.* p. 56.

¹⁰ REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução*, vol. I. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982. p. 9.

Desta forma, com a Execução forçada busca-se realizar, sem o concurso de vontade do devedor, “o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”¹¹.

A Execução foi objeto das recentes reformas pelas quais passou o Código de Processo Civil, tendo sido alterada, nos últimos anos, pela Lei nº 11.232/05, que instituiu o “cumprimento de sentença” como incidente de todo e qualquer processo de conhecimento em que haja condenação a realizar prestações obrigacionais (de fazer, não fazer, entrega de coisa ou quantia certa), e pela Lei nº 11.382/06, que promoveu substanciais mudanças “no modo de prestação da tutela jurisdicional executiva pelo Estado-juiz quando rompida a sua inércia por alguém munido com um título executivo extrajudicial”¹².

Todas essas inovações demonstram, de forma clara, o esforço legislativo de reforçar a eficiência do processo de Execução, atribuindo-lhe mecanismos de promoção concreta de resultados capazes de satisfação do direito das partes, como forma de alcançar o processo justo, eficiente e acessível, a serviço de metas não apenas legais, mas, também, sociais e políticas.

2.2. O TÍTULO EXECUTIVO E SEUS REQUISITOS

Toda Execução pressupõe um título executivo. Desde que a obrigação contida em um título executivo não seja cumprida pelo devedor, nasce o interesse na promoção da Execução, ou seja, na provocação do Estado-juiz para prestar a chamada “tutela jurisdicional executiva”.

Sobre o título executivo, CASSIO SCARPINELLA BUENO¹³ ensina que:

¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo, Bestbook Editora Dis, 2004. p. 110.

¹² BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil, vol. 3*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. XXVII.

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva, 3*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 71.

Ele é, de acordo com doutrina amplamente vencedora, pressuposto necessário e suficiente para autorizar a prática de atos executivos. Necessário porque, sem título executivo, não há Execução, aplicação do princípio “*nulla executio sine titulo*” [...]. Suficiente porque, consoante o entendimento predominante, basta a apresentação do título para o início dos atos executivos pelo Estado-juiz, independentemente de qualquer juízo de valor expresso acerca do direito nele retratado.

O título executivo fixa os limites da Execução, “*estipulando com precisão o conteúdo da obrigação do devedor, tal como o montante que se deve pagar, a coisa que se deve entregar, a natureza e as características do fato que o devedor está obrigado a prestar*”, de modo que, “*estes limites da obrigação, comprovados pelo título, são justamente os limites da Execução*”¹⁴.

Importa dizer que o título executivo documenta a obrigação, que, conforme dispõe o art. 580 do CPC, deve ser “*certa, líquida e exigível*”, sendo certo que “*tais características dizem respeito ao direito que subjaz ao título executivo e não ao título em si mesmo*”¹⁵.

Certeza diz respeito à precisa definição dos elementos da obrigação, isto é, os sujeitos, a natureza e o objeto da relação jurídica sobre o qual incidirá a Execução. *Liquidez* consiste na determinação da mensuração do bem em razão do qual se realizarão os atos executivos e a *exigibilidade* está relacionada à atualidade da dívida, que não poderá estar sujeita a termo condição ou quaisquer outras limitações temporais¹⁶.

Para o exame da tutela jurisdicional executiva, importa saber se o título executivo possui origem judicial, de acordo com o art. 475-N do CPC, ou extrajudicial (art. 585 do CPC), pois, a depender de sua origem, os atos jurisdicionais executivos serão, de alguma forma, diferentes uns dos outros, não só na forma, mas também no conteúdo da manifestação do executado.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.* p. 63.

¹⁵ WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 53.

¹⁶ WAMBIER, Luis Rodrigues. *Curso Avançado de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 64.

Os títulos executivos judiciais são “*aqueles atos ou fatos jurídicos que, ao autorizar a prática de atos jurisdicionais voltados à satisfação de um direito, têm origem jurisdicional, ou, quando menos, por uma ficção (ou equiparação legislativa), é como se tivessem*”¹⁷.

Previstos no art. 475-N do CPC – um rol taxativo – os títulos executivos judiciais são: (i) a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; (ii) a sentença penal condenatória transitada em julgado; (iii) a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; (iv) a sentença arbitral; (v) o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; (vi) a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; e (vii) o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

Em comum, todos os títulos arrolados em tal dispositivo têm a autoridade da coisa julgada, que torna seu conteúdo imutável e indiscutível, limitando substancialmente o campo de eventuais impugnações à Execução, que deverão obedecer ao disposto no art. 475-L do CPC.

Tais títulos, e a Execução deles decorrente, no entanto, não são objeto deste estudo, razão pela qual não será aprofundada qualquer discussão a seu respeito.

Os títulos executivos extrajudiciais, por outro lado, são fundamentais para o desenvolvimento do tema proposto no presente trabalho, estando previstos no art. 585 do CPC, sendo eles: (i) a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; (ii) a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; (iii) os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida; (iv) o

¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*, 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 78.

crédito decorrente de foro e laudêmio; (v) o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; (vi) o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial; (vii) a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; e (viii) todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO define os títulos executivos extrajudiciais como *“atos da vida privada aos quais a lei processual agrega tal eficácia e assim também são as inscrições de dívida ativa”*¹⁸.

Na mesma linha, JOSÉ ALBERTO DOS REIS¹⁹, de forma clara e precisa, explica que:

Quando as circunstâncias são de molde a fazer crer que o direito de crédito existe realmente, quando o instrumento de obrigação se encontra revestido de formalidades que dão a garantia de que a Execução movida com base nele não será injusta, atribui-se ao título eficácia executiva e poupa-se ao credor o dispêndio de atividade, tempo e dinheiro que representa o exercício da ação declarativa.

Note-se que o rol previsto no art. 585 do CPC é exemplificativo, prevendo que qualquer outro título ao qual a lei atribuir força executiva configurará título executivo extrajudicial, assim como qualquer documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas.

É evidente, portanto, a preocupação do legislador no sentido de ampliar as vias de acesso à Execução, como forma de viabilizar ao credor a satisfação de seu crédito num curto espaço de tempo.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 248.

¹⁹ REIS, José Alberto *apud* JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Op. cit.* p. 122.

2.3. A EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

O art. 587 do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.328/06, prevê que é definitiva a Execução fundada em título executivo extrajudicial, tendo como principal característica não possuir qualquer restrição na prática de atos tendentes à satisfação do exequente²⁰.

No entanto, a segunda parte do dispositivo, que dispõe que “*é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos Embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739)*”, altera substancialmente o entendimento tanto da doutrina quanto da jurisprudência que já estava consolidado em sentido contrário.

Tanto é que, sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, em 05.10.2005, editou a Súmula nº 317, com o seguinte teor: “*é definitiva a Execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os Embargos*”.

Atualmente, portanto, tem-se que a Execução será provisória e observará os ditames do art. 475-O do CPC até que seja julgado o competente recurso interposto contra sentença que tiver julgado improcedentes os Embargos opostos pelo devedor, desde que estes tenham sido recebidos e processados com efeito suspensivo.

Ocorre que, com as alterações decorrentes da referida lei, os Embargos à Execução passaram a ser recebidos, em regra, sem efeito suspensivo, de acordo com o art. 739-A do CPC, razão pela qual poderá o exequente, desde logo, requerer lhe sejam adjudicados os bens eventualmente penhorados ou que sejam alienados por sua própria iniciativa²¹.

²⁰ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: Execução*, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 210.

²¹ WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.* p. 60.

Ao que tudo indica, o legislador, ao definir como provisória a Execução na pendência de apelação interposta contra sentença que rejeitou os Embargos, pretendeu, “*com a prestação de caução pelo exequente, amenizar o maior rigor dos atos executivos que, com a reforma da Lei 11.382/2006, passaram a pesar sobre o patrimônio do executado*”²².

Pois bem. Atualmente, após ter sido ajuizada Execução pelo credor, o executado, nos termos do art. 652 do CPC, é citado para, no prazo de 3 dias, pagar a dívida (e não mais para nomear bens à penhora, como admitido pela legislação anterior), sendo facultado ao exequente, na própria petição inicial, indicar bens à penhora.

Caso não seja realizado o pagamento, o executado poderá, conforme disposto no art. 738 do CPC, apresentar Embargos à Execução no prazo de 15 dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação. No mesmo prazo, o executado poderá requerer o parcelamento da dívida (art. 745-A do CPC).

Os Embargos do devedor poderão ser ajuizados independentemente de ter havido a garantia do juízo (art. 736 do CPC), mas, em regra, não terão efeito suspensivo, a não ser que o juiz, presentes os requisitos do art. 739-A, atribua-lhes tal efeito.

Não sendo recebidos os Embargos com efeito suspensivo, tem seguimento a Execução, com a realização de atos de constrição de bens do executado.

Após a realização da penhora, passa-se a realização de atos de transferência forçada do bem penhorado, que poderá se dar de formas distintas: (i) transferência judicial do bem para o próprio exequente (adjudicação – art. 685-A do CPC); (ii) alienação por iniciativa particular (art. 685-C do CPC); (iii) alienação em hasta pública (art. 686 do CPC); e (iv) transferência judicial do direito de receber os frutos que o bem ou imóvel produzir, por meio do usufruto (art. 716 do CPC)²³.

²² WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.* p. 61.

²³ WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.* p.22/23.

Em síntese, é esse o trâmite de uma Execução fundada em título executivo extrajudicial, que tem demonstrado ser eficaz como mecanismo de satisfação do crédito perseguido no processo pelo exequente.

Existem, contudo, algumas circunstâncias que podem alterar a estrutura apresentada acima, como no caso de haver, no título executivo, previsão de convenção de arbitragem, tema central desenvolvido neste trabalho.

Em razão disso, a seguir será abordada a previsão de convenção de arbitragem no título executivo extrajudicial e seus efeitos, a fim de demonstrar a compatibilidade entre a cláusula compromissória e a executividade atribuída ao título judicial.

3. A PREVISÃO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A arbitragem figura entre os meios alternativos postos pela ordem jurídica para solução de controvérsias, o que significa “*que constitui um desvio autorizado às partes, com renúncia ao caminho ordinário representado pelo recurso à jurisdição estatal*”, sendo “*uma das técnicas da heterocomposição, a saber, composição dos conflitos por obra de um terceiro não envolvido nos interesses dos conflitantes*”²⁴

Como ensina EDUARDO ARRUDA ALVIM, a arbitragem é “*um regime substitutivo da jurisdição que, apesar de não ser exercida pelo Estado, visa a obtenção do mesmo fim, a pacificação social, configurando-se como uma jurisdição privada*”²⁵.

Já para JOSÉ CRETELLA NETO, a arbitragem tem natureza mista, *sui generis*, contratual em seu fundamento, e jurisdicional na forma da solução de litígios e nas consequências que provoca no mundo do direito²⁶.

CARLOS ALBERTO CARMONA, por sua vez, entende que “*a arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial*”²⁷.

A arbitragem não é novidade, e sim um meio antigo de resolução de controvérsias. Na época em que não existia o Estado, como poder político e centro natural de solução de litígios, os conflitos de interesses eram resolvidos pelos próprios litigantes ou pelos grupos a que pertenciam, sendo a transposição dessa

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 201. p. 31.

²⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil - vol. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 56/57.

²⁶ NETO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15/16.

²⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15.

modalidade de justiça privada para a justiça pública produto de uma lenta evolução²⁸.

Nesse sentido, é também a lição de JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES²⁹:

A arbitragem é meio privado de solução de controvérsias dos mais antigos e é surpreendente que tenha sido abandonada por tanto tempo, em todo o mundo. Esse abandono coincide com a preponderância do papel do Estado centralizador e dotado de poder jurisdicional para resolver todas as controvérsias surgidas no âmbito da população.

A partir de então, foi cultivada por vários séculos a ideia do monopólio da jurisdição estatal, relegando a arbitragem ao segundo plano, até que, com a mudança do perfil (e a crise) do Estado e com o aumento do comércio e dos investimentos internacionais³⁰, houve o crescimento da adoção da arbitragem como forma de solução de conflitos no país, sedimentada com o advento da Lei nº 9.307/96.

Tal lei, conhecida como “Lei de Arbitragem”, regulamentou o instituto como forma de “*dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”³¹, atribuindo força vinculante à convenção arbitral³² e prevendo a desnecessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, equiparando-a à estatal, ao prever que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” (art. 18 da Lei nº 9.307/96).

Apesar da inicial resistência dos mais ferrenhos conservadores, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em 12.12.2001, reconheceu, por maioria, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, ao julgar o Agravo Regimental em

²⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 14.

²⁹ MAGALHÃES, José Carlos. *A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil* in *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 3, nº 9, abr./jun. 2006, p. 165-172.

³⁰ STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998. p. 10/11.

³¹ Art. 1º da Lei nº 9.307/96: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

³² Art. 3º da Lei nº 9.307/96: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

Sentença Estrangeira nº 5.206-7, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF (“*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”)³³.

Nesse contexto, “*os juízes perceberam – como não poderia deixar de acontecer – que a somatória de esforços para vencer a maré montante de pleitos e demandas trouxe benefícios para todo o país*”, com a inevitável conclusão de que “*a ajuda que os meios alternativos (entre eles a arbitragem) é valiosa e não pode ser descartada*”³⁴.

PEDRO BATISTA MARTINS³⁵, ao combater o monopólio judiciário da jurisdição, exalta a consciência da legitimidade social e política da arbitragem, destacando os valores da democracia participativa e afirmando que “*não há, no Estado de direito moderno, lugar para a exclusividade de poder do Estado no que tange à concretização da justiça*”.

Além disso, é socialmente mais conveniente resolver os conflitos mediante um prévio entendimento entre as partes, que se dispõem a aceitar a solução fornecida por um sujeito de escolha de ambas, uma vez que, conforme observa CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO³⁶, convencionar a realização de uma arbitragem é assumir uma atitude menos belicosa do que recorrer desde logo ao Judiciário:

As vantagens geralmente atribuídas à arbitragem incluem a celeridade, a economia, o conhecimento específico do prolator da decisão, a privacidade, a maior informalidade e a definitividade da decisão sem possibilidade de recurso – e a tais vantagens é imperioso acrescer a do menor grau de agressividade ou *beligerância* esperada das partes na arbitragem, as quais são estritamente vinculadas por um superlativo dever de *boa-fé*, ou de

³³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo254.htm>. Acesso em 22.02.2014.

³⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.* p. 2.

³⁵ MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 28.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 32.

lealdade processual, de maior intensidade que o dever de lealdade inerente aos processos judiciais.

Vale ressaltar, ainda, que, na arbitragem, há, efetivamente, uma relação jurídica processual, sendo-lhe aplicados todos os princípios gerais capazes de prestar às partes garantia de um julgamento justo, como o do contraditório, o da igualdade e o do livre convencimento e imparcialidade do árbitro.

3.2. A ARBITRAGEM COMO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Com efeito, os árbitros exercem jurisdição plena no âmbito do conhecimento e declaração do direito, com efeitos preponderantemente declaratórios, constitutivos, condenatórios, mandamentais ou executivos, proferindo sentença com autoridade para compor definitivamente a lide, no plano do direito, com eficácia vinculante e sem necessidade de homologação judicial para configurar título executivo.

No entanto, segundo JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *“nenhuma sentença, seja qual for, é capaz, só por si, de produzir efeitos fora do mundo jurídico; para atingir o mundo dos fatos, necessita sempre de alguma atividade subsequente, que transforme a realidade para conformá-la àquilo que se julgou”*³⁷.

Como já exposto no capítulo anterior, *“‘cognição’ se destina a formular a norma jurídica que deve disciplinar o conflito de interesses”*, ao passo que *“a ‘Execução’ destina-se a modificar o estado de fato em conformidade com a norma que haja sido declarada incidente”*³⁸.

³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Sentença executiva?* In *Revista de Processo* n° 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 150.

³⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Arbitragem e Execução. Cognição e imperium. Medidas Cautelares e Antecipatórias. Civil Law e common law in Aspectos polêmicos da nova Execução.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008. p. 57.

Ocorre que o processo arbitral será sempre de conhecimento e jamais de Execução, haja vista que o juiz arbitral não detém os poderes inerentes ao *imperium*³⁹, isto é, para ordenar ou efetuar modificações no plano dos fatos, realizando atos constritivos de invasão da esfera jurídica das partes:

Nesse particular, seus poderes são limitados e não se comparam aos dos juízes togados. Tanto é que as medidas coercitivas ou cautelares que se fizerem necessárias serão solicitadas pelo órgão julgador privado ao Poder Judiciário que seria, originalmente, competente para julgar a causa (art. 22, §§ 2º e 4º), assim como a Execução forçada da sentença arbitral constitui título executivo judicial (art. 41, que confere nova redação art. 584, III, do CPC)⁴⁰.

Ou seja, como defende JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR⁴¹:

Na jurisdição arbitral, o julgador limita-se a dizer o direito das partes, sem poderes de fazer exercê-lo. A satisfação no plano material do direito do vencedor que obteve a sentença arbitral favorável (condenatória, mandamental ou executiva lato sensu) estará na dependência da vontade do vencido de cumprir a decisão espontaneamente. Caso contrário, deverá o interessado executar a sentença perante o Poder Judiciário (art. 584, III, do CPC), se condenatória; se mandamental ou executiva em sentido amplo, basta que o árbitro solicite ao Poder Judiciário, que seria originalmente competente para julgar a causa, que efetive a medida para satisfação do vencedor no plano material.

Desta forma, o árbitro possui a *jurisdictio* – o poder de conhecer – e de julgar, enquanto que o magistrado togado possui, além desses, o de *imperium*, ou seja, o poder de fazer cumprir a sentença mediante atos concretos de alteração do mundo dos fatos⁴².

Segundo PEDRO ANTÔNIO BATISTA MARTINS:

³⁹ MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Da ausência de poderes coercitivos e cautelares dos árbitros in Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 360.

⁴⁰ JÚNIOR, Joel Dias Figueira. *Arbitragem, jurisdição e Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 156.

⁴¹ _____ . *Op. cit.* p. 255.

⁴² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. cit.* p. 58.

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.

Assim, a tutela jurisdicional plena também é oferecida no processo arbitral pela sentença que julga o mérito da demanda, que, conforme o caso, será declaratória, constitutiva ou condenatória, não se cogitando uma tutela jurisdicional executiva em sede arbitral⁴³ porque a jurisdição não vai além das atividades e decisões inerentes ao processo de conhecimento:

Em casos de crise de adimplemento, nos quais o autor necessita de uma tutela condenatório-executiva, as atividades se cindem porque a condenação será da competência do árbitro, mas a Execução, exclusivamente, do juiz togado⁴⁴.

Na mesma linha é a lição de NELSON NERY JUNIOR e ROSAMARIA DE ANDRADE NERY⁴⁵: *“a arbitragem não ofende os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle judicial, nem do juiz natural. A Lei de Arbitragem deixa a cargo das partes a escolha, isto é, se querem ver sua lide julgada por juiz estatal ou por juiz privado”*.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, em 14.08.2006, o Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 11.308/DF, de Relatoria do Ministro LUIZ FUX, entendeu que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. (...)

15. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente

⁴³ Art. 22, § 4º, da Lei nº 9.307/96: *“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”*.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, vol. I*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 153/156.

⁴⁵ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosamaria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1392.

cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o 'risco' de serem derrotadas na arbitragem. (...)

16. Deveras, uma vez convenionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.

17. Outrossim, vige na jurisdição privada, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência.”

Evidente, portanto, que a arbitragem, apesar de não ter poder para realizar atos de constrição na esfera jurídica das partes, proporciona, tanto quando o processo judicial, o acesso à justiça garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao oferecer a adequada solução do conflito.

3.3. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS

Quando o Estado permite que as partes interessadas se valham do juízo arbitral, o faz desde que sejam observados determinados princípios e condições na formulação deste juízo, reconhecendo-o legítimo, no mesmo pé de igualdade do Poder Judiciário, mas admissível apenas para apreciar determinadas hipóteses: conflitos que envolvam direitos patrimoniais e disponíveis.

As partes, ao optarem por solucionar eventuais controvérsias decorrentes dos negócios jurídicos firmados entre elas por meio de arbitragem, o fazem mediante convenção arbitral, a fim de que seja conferida ao(s) árbitro(s) escolhido(s) pelas partes competência para conhecer e julgar tais disputas^{46/47}, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.307/96.

⁴⁶ SPYRIDES, Katherine. *Da importância da comunicação entre o Poder Judiciário e o Juízo arbitral para a efetividade da arbitragem* in *Arbitragem nacional e internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 91.

⁴⁷ Art. 3º da Lei nº 9.307/96: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

Segundo JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM⁴⁸, a convenção de arbitragem é a expressão da vontade das partes interessadas, manifestadas numa mesma direção, de se socorrerem da arbitragem para solução de seus litígios:

Em outros termos: uma via jurisdicional concorrente com a estatal, posta pela lei à disposição das partes para resolverem seus conflitos, em sede privada, com igual extensão e eficácia à efetivada pelos órgãos do poder judiciário.

A convenção de arbitragem é verdadeiro gênero de duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, possuindo um duplo caráter, nas palavras de CARLOS ALBERTO CARMONA⁴⁹:

Como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19).

Por meio da previsão de cláusula compromissória (art. 4º da Lei de Arbitragem) em contrato firmado entre as partes, estas se comprometem a “*submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato*”, cabendo ao árbitro decidir “*as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória*” (art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem).

Já o compromisso arbitral (art. 9º da referida Lei) pressupõe uma lide já existente, podendo ser judicial, quando celebrado por termo nos autos da demanda instaurada, ou extrajudicial, por instrumento público ou particular assinado por duas testemunhas.

⁴⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 207.

⁴⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.* p. 79.

Assim, a cláusula compromissória traduz um acordo relativo a litígios futuros, ao passo que o compromisso arbitral, um acordo relativamente a litígios atuais, sendo certo que a arbitragem nasce com a convenção e a convenção dá vida ao juízo arbitral.

A disciplina procedimental da arbitragem, assim como a opção por essa forma de solução de litígios, também prestigia a autonomia de vontade das partes, deixando a seu critério o procedimento a ser seguido, desde que sejam respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional.

Apesar de prestigiar a autonomia de vontade das partes e dar a elas liberdade para definir seu conteúdo, a cláusula arbitral é bastante técnica e merece cuidados no momento de sua redação, inclusive para a escolha da câmara arbitral, sendo um erro deixar para discutir essa cláusula no momento final da negociação, quando as partes já estão exaustas, o que se convencionou chamar de *midnight clause*⁵⁰.

Vale ressaltar que o processo arbitral, assim como o processo judicial de conhecimento, tem por objetivo a constituição de um título executivo (sentença ou laudo arbitral), a fim de reconhecer o direito líquido, certo e exigível do credor.

A sentença arbitral deve conter basicamente os mesmos requisitos da decisão final proferida pelo juiz estatal: haverá um relatório, seguido da motivação e, por fim, o dispositivo, não estando, contudo, sujeita a recurso algum, produzindo efeitos imediatamente, sem espera pelo trânsito em julgado.

Nesse sentido, a sentença arbitral, embora não emane de um órgão do Estado, “*produzirá os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo*” (art. 31 da Lei de Arbitragem), pois participa do mesmo caráter imperativo desta e possui a autoridade da coisa julgada.

⁵⁰ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-fev-05/arbitragem-brasil-consolidada-meio-empresarial-justica>. Acesso em: 02.03.2014.

A equiparação entre a sentença arbitral e a estatal faz com que ambas produzam os mesmos efeitos, de modo que, além da extinção da relação jurídica processual e da decisão da causa, a decisão de mérito fará coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando ou prejudicando terceiros⁵¹.

Os poderes dos árbitros se esgotam ao ser proferida a sentença arbitral, classificada pelo art. 475-N do Código de Processo Civil como título executivo judicial, e não extrajudicial, uma vez que, como exposto nos tópicos anteriores, “*é um ato jurisdicional – seja pelo critério formal (o processo utilizado), seja pelo material (existência de contestação, finalidade da sentença e sua irrevogabilidade) – porque é produto da jurisdição*”⁵².

Por fim, é importante esclarecer que a simples existência de convenção de arbitragem – que visa o afastamento da intervenção estatal para resolução do litígio – em um contrato, leva à extinção, sem resolução de mérito, de processo judicial movido a fim de discutir questões relativas ao negócio jurídico em questão (art. 267, VII, do CPC), pois nenhuma das partes, sem a anuência da outra, poderá se arrepender da opção anteriormente estabelecida no sentido de que eventuais conflitos sejam dirimidos pelo juízo arbitral⁵³.

3.4. APARENTE CONFLITO ENTRE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

Uma questão bastante interessante relativa ao tema proposto neste trabalho diz respeito à aparente incompatibilidade entre a existência de cláusula arbitral em contrato que configure título executivo extrajudicial.

⁵¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.* p. 393.

⁵² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Op. cit.* p. 411.

⁵³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. cit.* p. 58.

Nessa situação, questiona-se se deveria prevalecer a convenção de arbitral, com a consequente instauração de processo arbitral para solução da controvérsia existente, ou a Execução do título em questão, buscando a satisfação da obrigação líquida, certa e exigível ali prevista.

No entanto, não há, de fato, qualquer incompatibilidade entre a exequibilidade do título e a existência de cláusula arbitral, uma vez que, havendo o inadimplemento do débito representado pelo título, *“correta é a opção pelo título executivo, porque o contrário significaria obrigar o credor, que já dispõe de um título hábil à Execução forçada, a ir buscar um outro título (agora judicial) perante os árbitros, percorrendo ali todos os trâmites de um desnecessário processo de conhecimento”*⁵⁴.

A arbitragem, como meio de solução de conflitos, tem por objetivo a constituição de um título que permita ao credor o reconhecimento e a satisfação do seu direito em razão de inadimplemento de obrigações pela parte contrária.

Obrigar o credor a enfrentar um processo de conhecimento quando este já dispõe de um título executivo extrajudicial reconhecendo seu direito não é razoável, principalmente porque a convenção de arbitragem produz o chamado *“efeito negativo”*⁵⁵ (exclusão da jurisdição do Estado) apenas quanto ao processo de conhecimento, e não de Execução.

A questão da exequibilidade de contrato em que haja previsão de convenção arbitral foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, pela Terceira Turma, do Recurso Especial nº 944.917/SP, de Relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, realizado em 18.09.2008:

“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

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 201. p. 104.

⁵⁵ Disponível em: <http://cbar.org.br/site/jurisprudencia/efeito-negativo-da-clausula-compromissoria-e-arbitragem-internacional>. Acesso em 02.03.2014.

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.”

No acórdão, o STJ ressaltou que *“o sistema legal brasileiro revela a peculiaridade de admitir uma vasta gama de títulos executivos aptos a iniciar um juízo de execução forçada, de satisfação sem prévia cognição”,* de modo que *“a inclusão de uma cláusula arbitral em documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas pode suscitar dúvidas sobre a permanência do caráter executivo do título”.*

Contudo, deixou claro seu entendimento de que *“a solução não aponta, no entanto, para o caráter mutuamente excludente destes institutos. Ao contrário, deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título”.*

A melhor doutrina também compartilha deste entendimento, conforme ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁵⁶:

A convenção de arbitragem, que impede a tutela jurisdicional cognitiva por via judicial (art. 267, inc. VII, do CPC), não é impeditiva da execução 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.

⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 83.

Na mesma linha, CARLOS ALBERTO CARMONA⁵⁷ também deixa claro que não há incompatibilidade entre a convenção de arbitragem e a existência de um título executivo:

Não há, porém, incongruência alguma entre a existência de um título executivo e a possibilidade de arbitragem, mas a correlação entre os temas deve ser bem compreendida: se houver alguma dúvida sobre o título (ou sobre as obrigações ali consignadas), tal crise de certeza deve ser dirimida pela via arbitral; mas se houver inadimplemento, o credor socorrer-se-á desde logo da via judicial, propondo demanda de execução, sem que haja espaço para a arbitragem.

Outro ponto importante que embasou a decisão do STJ foi que o art. 267, VII, do CPC (“*extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VII - pela convenção de arbitragem*”) rege a extinção do processo de conhecimento, ao passo que, à execução, como se sabe, aplicam-se as causas de extinção previstas no art. 794 do CPC, não havendo, dentre tais hipóteses, a previsão de cláusula arbitral no título executivo.

Desta forma, não há qualquer incompatibilidade entre a estipulação da convenção de arbitragem e o acesso ao Poder Judiciário para a Execução de títulos extrajudiciais, sendo certo que a existência de um processo de conhecimento e outro de Execução não é contraditória, pelo contrário: ambos se complementam, integrando a função jurisdicional.

⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Considerações sobre a cláusula compromissória e a cláusula de eleição de foro* in *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 33/46.

4. OS MEIOS JUDICIAIS DE DEFESA DO EXECUTADO NA EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL

Conforme exposto no Capítulo 2, caso o credor esteja munido de título executivo extrajudicial e não haja o adimplemento da obrigação ali prevista, poderá se valer do processo de Execução para buscar bens do devedor para satisfação de seu crédito.

Nesse caso, caberá ao devedor defender-se da Execução, o que pode ser feito essencialmente de duas formas: Exceção de Pré-Executividade e Embargos à Execução.

4.1. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A chamada “exceção de pré-executividade” é um mecanismo de defesa do executado criado pela doutrina e jurisprudência pátrias para suprir uma lacuna da legislação processual, não contando, portanto, com previsão ou disciplina em lei alguma.

Sendo uma defesa intraprocessual, a exceção de pré-executividade dispensa o uso de ação e se dá por simples petição, no processo de Execução, sem o formalismo dos Embargos, tratando de matérias que poderiam ter sido objeto de pronunciamento pelo juiz de ofício, tais como a iliquidez da obrigação, prescrição, excesso de Execução, etc.

Para EDSON RIBAS MALACHINI⁵⁸, são necessários dois requisitos para que seja admissível a utilização da exceção de pré-executividade, que devem ocorrer concomitantemente:

⁵⁸ MALACHINI, Edson Ribas. *A defesa intraprocessual no processo de Execução (“exceção de pré-executividade”)* in *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.312.

O critério fundamental sempre foi, e continua sendo, o da *cognoscibilidade de ofício* da matéria pelo juiz (ao lado de outro, mais restrito, do inc. II do art. 303 – o de haver “expressa autorização legal” para as alegações serem “formuladas em qualquer tempo e juízo”); mas, para que nessas hipóteses – e exclusivamente nelas – a defesa possa ser exercida no próprio processo de Execução (e não pelo modo normal dos Embargos), é preciso que a esse requisito básico se some outro: o da suficiência da prova documental já existente nos autos ou apresentada com a petição.

Assim, as matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, “*mas também os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem a necessidade de dilação probatória*”⁵⁹.

A esse respeito, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que se posiciona no sentido de que “*o critério definidor das matérias que podem ser alegadas em objeção de pré-executividade é o fato de ser desnecessária a dilação probatória, afastando-se a distinção fincada, exclusivamente, na possibilidade de conhecimento de ofício pelo juiz*”⁶⁰.

Criada antes das reformas decorrentes das Leis nº 11.232/05 e 11.328/06, quando ainda estava em vigor a necessidade de garantia do juízo para oferecimento dos Embargos à Execução (que serão objeto do próximo tópico), o expediente garantia ao executado, de forma eficaz, voltar-se aos atos executivos independentemente de qualquer oneração ao seu patrimônio com a penhora ou depósito da coisa devida.

Com a alteração do art. 736 do CPC⁶¹, muito tem se falado sobre a utilidade e necessidade do executado valer-se da exceção de pré-executividade como forma de defesa em execuções fundadas em título executivo extrajudicial, uma vez que, para opor Embargos, não é mais necessário garantir o juízo.

⁵⁹ Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial nº 740.025/RJ, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 12.05.2005.

⁶⁰ Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial nº 769.768/MG, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 20.09.2005.

⁶¹ Art. 736 do CPC: “*O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à Execução por meio de Embargos*”.

Já com relação ao cumprimento de sentença, vale lembrar que a impugnação ainda depende de prévia garantia do juízo e tempestividade de sua apresentação (art. 475-J, § 1º, do CPC), o que basta para garantir a pertinência do uso da exceção de pré-executividade.

Embora não exista procedimento específico para as exceções de pré-executividade no CPC, sua apresentação e resolução devem observar o “*modelo constitucional do processo civil*”⁶².

Quando apresentada, a parte contrária deverá ser intimada a ser manifestar sobre ela, cabendo ao juiz fixar o prazo que entender razoável para tanto, de acordo com o caso concreto, sendo certo que, no silêncio, prevalece a regra genérica do art. 185 do CPC.

Após, o juiz deve se manifestar, rejeitando ou acolhendo a exceção. A decisão que rejeitar, total ou parcialmente, a Execução, possui natureza interlocutória, pois prosseguirá a Execução, de modo que o recurso cabível, no caso de inconformismo, é o agravo de instrumento. Por outro lado, na hipótese de acolhimento da exceção, a decisão terá o condão de extinguir o processo, cabendo, contra ela, o recurso de apelação.

Frise-se que, embora a nova sistemática imprimida aos Embargos à Execução tenha aparentemente transformado a exceção num expediente inócuo com relação à Execução de título extrajudicial, o expediente continua sendo utilizado pelo devedor quando há vício grave a macular o regular processamento do processo executivo, uma vez que não é conveniente que isso se faça somente por meio de Embargos à Execução, que possuem formalidades legais não aplicáveis a uma mera defesa incidental relativa a questões de ordem pública.

⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*, 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 570/571.

Para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁶³, “*não se pode, todavia, esquecer que o manejo dos Embargos está sujeito à preclusão temporal e a respectiva propositura corresponde a uma nova ação, com ônus, encargos e riscos que se podem evitar, tornando mais singela a via processual para objetar-se à Execução ilegal ou incabível*”. E continua:

Basta lembrar que nos Embargos, além da tramitação pesada e inevitável de uma ação de conhecimento, haverão as partes de suportar os encargos de eventual sucumbência, inclusive com a imposição de novos honorários advocatícios acumuláveis com os da ação de Execução ou da ação principal. A impugnação por simples petição, não passando de mero incidente, favorece a parte excipiente, uma vez que não terá que enfrentar nova verba sucumbencial caso a decisão lhe seja adversa.

Não obstante, a exceção de pré-executividade também é de fundamental importância para defesa do executado nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial que contenham previsão de arbitragem, haja vista que, havendo questões de ordem pública que obstem o prosseguimento da Execução, tais matérias podem ser deduzidas diretamente ao juiz competente para processamento da Execução, não sendo necessária a instauração de processo arbitral para tanto, conforme se demonstrará no próximo capítulo.

4.2. OS EMBARGOS À EXECUÇÃO

JOSÉ ALBERTO DOS REIS ensina que “*para que o direito à ação executiva se extinga, é necessário anular o título, fazê-lo cair, e para conseguir tal fim, tem o executado de mover uma verdadeira ação declarativa, ou de cognição, que são os Embargos do devedor*”⁶⁴.

⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução e cumprimento de sentença*. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2007. p.402.

⁶⁴ REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução, vol. I*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982. p. 109.

Assim, os Embargos à Execução são a forma pela qual o executado se volta contra a Execução fundada em título executivo extrajudicial, configurando verdadeira ação de conhecimento movida pelo executado contra o exequente.

Como ação que são, os Embargos dão origem à formação e desenvolvimento de um outro processo, autônomo e incidental à Execução, apto a possibilitar o desenvolvimento amplo e profundo da cognição jurisdicional, a fim de desconstituir a obrigação jurídica líquida e certa objeto do título⁶⁵.

Em que pese autores renomados, como CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, defenderem que os Embargos à Execução são, na verdade, “*defesa do executado em face do exequente. Não ação*”, fica bem claro que, independentemente de sua natureza jurídica, os Embargos “*são a forma pela qual o executado se volta à Execução que lhe é promovida pelo exequente*”⁶⁶:

Seja para questionar amplamente o que dá fundamento àquela Execução desde o plano material, o título executivo extrajudicial, seja para questionar a formação e a regularidade do próprio “processo de Execução”, seja, mais pormenorizadamente, para questionar a prática dos atos executivos, são os Embargos o *mecanismo* que a lei reserva para o executado voltar-se contra a pretensão que lhe é dirigida pelo exequente. É a *forma* pela qual o executado pede para si a tutela jurisdicional que, de acordo com o título executivo, será prestada ao exequente.

Distribuída a Execução de título extrajudicial (Execução por quantia certa contra devedor solvente – arts. 646 e seguintes do CPC), o executado será citado para, no prazo de três dias, pagar a dívida⁶⁷, ou, em 15 dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação, oferecer Embargos à Execução⁶⁸.

⁶⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 143.

⁶⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*, 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 506/507.

⁶⁷ Art. 652 do CPC: “O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida”.

⁶⁸ Art. 738 do CPC: “Os Embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação”.

Os Embargos à Execução independem da prévia realização de penhora, depósito ou qualquer caução⁶⁹, sendo distribuídos por dependência ao juízo da Execução e autuados em apartado.

Tais Embargos, nos termos do art. 739-A do CPC, não terão efeito suspensivo, prosseguindo-se a execução e a realização da prática de atos executivos. No entanto, “o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, 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” (art. 739-A, § 1º, do CPC).

Os “*relevantes fundamentos*” dos Embargos e a circunstância de o “*prosseguimento da execução manifestamente poder causar dano grave de difícil ou incerta reparação ao executado*” correspondem ao que, em geral, é entendido, respectivamente, como “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”, autorizadores do poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC.

Contudo, a atribuição de efeito suspensivo aos Embargos à Execução depende, também, de o juízo da Execução estar garantido por penhora, depósito ou caução suficientes para cobrir o valor da obrigação reclamada pelo exequente⁷⁰.

Assim, a segurança do juízo, em lugar de condição de procedibilidade, passou a ser requisito do efeito suspensivo, quando pleiteado pelo embargante.

Apesar de serem uma ação de conhecimento, a Lei nº 11.382/2006, em razão de sua “incidentalidade”, não prevê a citação do exequente e nem atribui a sua resposta a denominação de contestação, havendo sua simples intimação, na pessoa do advogado, com a abertura do prazo de quinze dias para se manifestar⁷¹.

⁶⁹ Art. 736 do CPC: “O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos”.

⁷⁰ WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 213.

⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.* p.416.

Em seguida, o processo segue as mesmas fases que caracterizam o procedimento de cognição: saneamento, instrução e sentença (na hipótese de acolhimento dos Embargos, e decisão interlocutória no caso de sua rejeição ou acolhimento parcial).

Vale ressaltar que, não sendo recebidos os Embargos com efeito suspensivo, tem seguimento a Execução, com a realização de atos de constrição de bens do executado.

Havendo favorável julgamento ao embargante, a expropriação de seus bens não será desfeita, devendo ser ele indenizado pelo valor de tais bens, nos termos do art. 694, § 2º, do CPC, a não ser que tenham sido adjudicados pelo exequente, hipótese em que o executado terá o direito de reavê-los, com a sua consequente devolução pelo exequente.

O julgamento dos Embargos pode ensejar a formação de coisa julgada formal ou material, sendo certo que, nos casos em que a decisão dos Embargos enfrentar o mérito com cognição suficiente, ela terá “o caráter de imutabilidade desejado pelo sistema desde o princípio da segurança jurídica, típico da ‘coisa julgada material’”⁷².

⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. Cit.* p. 544/545.

5. A ARBITRAGEM COMO MEIO DE DEFESA DO EXECUTADO

No decorrer este trabalho, foi demonstrada a plena exequibilidade dos títulos executivos extrajudiciais que contenham previsão de arbitragem como meio de solução de conflitos⁷³:

A convenção de arbitragem, que impede a tutela jurisdicional cognitiva por via judicial (art. 267, inc. VII), não é impeditiva da execução 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 de convenção de arbitragem, porque do contrário a eficácia do título seria reduzida a nada.

Assim, é conferido ao credor o direito de valer-se do Poder Judiciário para obter a constrição e a alienação dos bens do devedor a fim de satisfazer seu crédito, ainda que o título executivo traga em seu bojo uma cláusula arbitral.

Ao comentar o julgamento do Recurso Especial nº 944.917/SP, no qual o STJ colocou uma pá de cal sobre a aparente incompatibilidade entre os institutos, RAFAEL FRANCISCO ALVES concluiu que, além de não haver comprometimento da executividade do título em que foi inserida a cláusula arbitral, o eventual efeito que a instauração da arbitragem terá sobre o curso da Execução dependerá da relação existente entre o objeto da Execução e o da arbitragem⁷⁴.

Nesse sentido, ainda que haja convenção de arbitragem no título no qual está fundamentada a Execução, o executado pode tanto apresentar exceção de pré-executividade quanto Embargos à Execução ao juiz estatal da Execução quando sua pretensão estiver relacionada apenas com o processo executivo, ou mesmo com a ação executiva, como nos casos previstos no art. 745, I a IV, do CPC, como a ausência de título, iliquidez do crédito, excesso de execução, vícios de penhora, etc.

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 83.

⁷⁴ ALVES, Rafael Francisco. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 21, jan/fev/mar 2009, p. 205.

Isso porque a eficácia da cláusula arbitral não se estende a tais temas, que são estranhos às obrigações assumidas pelas partes no contrato em que foi estipulada, sendo certo que “*o que se decidir nesses Embargos não interferirá no reconhecimento, obrigação, negação ou dimensionamento da relação jurídico-material que as partes convencionaram pôr sob a jurisdição dos árbitros*”⁷⁵.

Por outro lado, qualquer defesa que tiver relação com a própria obrigação abrangida pela cláusula de arbitragem, veiculando matéria relativa ao direito subjetivo material posto em Execução (existência, inexistência, valor da obrigação)⁷⁶, deverá ser apresentada, processada e julgada em sede arbitral, por se tratar de “*Embargos de mérito*”:

Os embargos de mérito podem ser opostos perante o Poder Judiciário com o requerimento de remessa a uma corte arbitral, o que será determinado pelo juiz. Se isso não for requerido, poderá o exequente-embargado suscitar a *preliminar de arbitragem*, o que também resultará naquela remessa. Se o executado-embargante nada requerer ao opor os embargos e o embargado também silenciar, os embargos de mérito prosseguirão perante o juiz estatal. Exigir que desde logo o executado oponha os embargos perante uma corte arbitral poderia criar o risco de retardamento e conseqüente inobservância do prazo para embargar, o qual, em caso de execução por quantia, é de “*quinze dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação*” (CPC, art. 738). Mas não haverá irregularidade alguma se eles forem opostos diretamente perante os árbitros, cabendo ao embargante a avaliação dessa conveniência.

Contudo, na visão de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁷⁷:

Problema maior haverá em caso de possíveis embargos que ao mesmo tempo questionem o crédito por fatos ocorridos depois da prolação do laudo (*impugnação de mérito*) e cumulativamente arguam fundamentos relacionados com a própria execução (excesso de execução, iliquidez do título, incompetência do juízo etc). Não se pode atribuir ao juiz togado a competência para julgar também os

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 201. p. 105/106.

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Embargos de mérito. Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 778/780.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 201. p. 106.

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 afeita.

Verifica-se, portanto, que caso o devedor, em sua defesa, pretenda invocar qualquer matéria atinente ao direito subjetivo material da relação jurídica existente entre as partes, deverá se valer da Arbitragem, que funcionará como “Embargos à Execução” (ação de conhecimento), produzindo os mesmos efeitos.

Como exposto no capítulo anterior, a suspensão da Execução pelo ajuizamento de Embargos à Execução deixou de ser regra com as recentes reformas processuais (art. 739-A do CPC), sendo necessário, para tanto, a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, além da garantia integral do juízo (art. 739-A, § 1º, do CPC).

No caso de haver previsão de compromisso arbitral no título executivo, a instauração da Arbitragem também não suspenderá automaticamente a Execução, o que ocorrerá, apenas, se e quando cumpridos os requisitos previstos no art. 739-A, § 1º, do CPC, tal qual como seria com os Embargos à Execução.

Tanto a questão da competência para decidir as questões de mérito relativas a contrato com previsão de convenção de arbitragem quanto sobre a concessão de efeito suspensivo foram analisadas pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento da Medida Cautelar nº 13.274/SP, de Relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, realizado em 13.09.2007:

“Processo civil. Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Contrato de compra e venda de ações de companhia. Estipulação de preço variável e inclusão de cláusula arbitral. Ausência de pagamento do preço variável, pela alegação, da compradora, de que as condições para tanto não se implementaram. Propositura, pela credora, de ação de execução. Instauração, pela devedora, de procedimento arbitral. Suspensão da execução.

- É competente para decidir as questões de mérito relativas a contrato com cláusula arbitral, a câmara eleita pelas partes para fazê-lo. Tal competência não é retirada dos árbitros pela

circunstância de uma das partes ter promovido, antes de instaurada a arbitragem, a execução extrajudicial do débito, perante juiz togado.

- Tendo em vista a competência da câmara arbitral, não é cabível a oposição, pela devedora, de embargos à execução do débito apurado em contrato. Tais embargos teriam o mesmo objeto do procedimento arbitral, e o juízo da execução não seria competente para conhecer das questões neles versadas.

- A câmara arbitral é competente para decidir a respeito de sua própria competência para a causa, conforme o princípio da Kompetenz-Kompetenz que informa o procedimento arbitral. Precedente.

- Estabelecida, pela câmara arbitral, sua competência para decidir a questão, a pendência do procedimento equivale à propositura de ação declaratória para a discussão das questões relacionadas ao contrato. Assim, após a penhora, o juízo da execução deve suspender seu curso, como o faria se embargos do devedor tivessem sido opostos. Precedentes.

Medida liminar deferida.”

Na referida Medida Cautelar, foi reconhecida a *“prejudicialidade externa entre a ação de execução e o procedimento que se desenvolve perante a Câmara Arbitral”*, pois *“a decisão que será proferida pelos árbitros diz respeito exatamente ao débito que é perseguido na execução”*, concluindo que, *“ao menos em princípio, o resultado do procedimento arbitral produzirá efeitos diretos sobre o prosseguimento da ação de execução”*.

Além disso, ressaltou-se que *“a executada, diante da cláusula arbitral, não tem a faculdade de submeter a questão ao juízo togado, mediante embargos do devedor”*, uma vez que *“não é dele a competência para decidir sobre o mérito da questão”*, deixando claro que *“a única opção que tinha, portanto, mesmo após o ajuizamento da execução, seria submeter sua irresignação à Câmara de Arbitragem”*.

Por fim, foi determinada a suspensão da Execução, por entender que *“a hipótese é de todo equivalente àquelas em que há uma ação declaratória em trâmite, e a posterior propositura de ação de execução para cobrança do débito discutido”*, esclarecendo que *“é firme a jurisprudência no sentido de ser possível, nesses casos, atribuir à prévia ação declaratória a eficácia de embargos do devedor, com a consequente suspensão da execução, após a penhora”*.

Embora tenha sido reconhecida a relação de prejudicialidade entre a Arbitragem e a Execução, razão pela qual esta foi suspensa até o julgamento definitivo daquela, a decisão, ao determinar que seja garantido o juízo para suspensão da Execução, o fez com base no disposto no art. 739-A, § 1º, do CPC, equiparando a Arbitragem aos Embargos à Execução.

O mérito da questão controvertida, por sua vez, será discutido e decidido na seara arbitral, voltando-se o credor, na hipótese de improcedência da Arbitragem, ao Poder Judiciário (juízo da Execução) para avaliação e alienação dos bens penhorados.

Frise-se que, para que seja suspensa a Execução defendida por meio de Arbitragem, é necessária a cooperação, complementaridade e harmonização com o Poder Judiciário⁷⁸, uma vez que a análise dos requisitos previstos no art. 739-A, § 1º, do CPC depende de ambos os órgãos.

Nesse sentido, caberá ao Tribunal Arbitral a análise de mérito da questão, verificando se há, no caso, tanto a relevância dos fundamentos apresentados pelo executado quando a possibilidade de o prosseguimento da Execução lhe causar dano grave de difícil ou incerta reparação.

Já o Poder Judiciário será o responsável por avaliar se a Execução está garantida por penhora, depósito ou caução, tomando as medidas necessárias para que a garantia oferecida seja suficiente para satisfazer integralmente o objeto da demanda.

Assim, com a atuação colaborativa do juízo estatal e do arbitral e presentes os requisitos do art. 739-A, § 1º, do CPC, fica suspensa a Execução até o julgamento da Arbitragem⁷⁹.

⁷⁸ SPYRIDES, Katherine. *Da importância da comunicação entre o Poder Judiciário e o Juízo arbitral para a efetividade da arbitragem* in *Arbitragem nacional e internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 89.

⁷⁹ TIMM, Luciano Benetti; LIMA, Felipe Esblogo de Barros. *Dos efeitos da convenção de arbitragem no processo de execução* in *Revista de Arbitragem e Mediação nº 31, out/dez 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 23.

6. CONCLUSÃO

Conforme todo o exposto, é pacífico o entendimento tanto da doutrina quanto da jurisprudência no sentido de coexistência harmônica entre a Execução de título executivo extrajudicial e a arbitragem.

Nesse sentido, este trabalho demonstrou que a previsão de cláusula compromissória no título executivo extrajudicial não desconstitui o caráter executivo do título, de modo que, presentes os requisitos legais, fica mantida a possibilidade de propositura de Execução diretamente no juízo estatal.

Ficou claro, também, que o árbitro possui plena competência para conhecer e dirimir as controvérsias que lhe são submetidas em razão da convenção de arbitragem, faltando-lhe, apenas, em comparação aos juízes togados, os poderes coercitivos, reservados apenas ao Estado, nos termos do art. 22, § 4º, do CPC.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à impossibilidade do executado, diante de uma Execução de título executivo extrajudicial no qual esteja prevista cláusula arbitral, valer-se de Embargos à Execução para discussão do mérito da questão, uma vez que o Poder Judiciário é incompetente para tanto, em razão do efeito negativo da convenção de arbitragem.

Em tais Embargos à Execução, o executado poderia apenas atacar aspectos processuais e requisitos do título executivo, ou seja, matérias que não possuem relação com a própria obrigação abrangida pela cláusula de arbitragem, que também poderiam ser arguidas por meio de exceção de pré-executividade.

Por outro lado, ao utilizar a Arbitragem como meio de defesa da Execução, o executado pode (e deve) alegar qualquer matéria de defesa que tiver relação com a própria obrigação abrangida pela cláusula arbitral (direito subjetivo material).

Por fim, este trabalho buscou demonstrar que a atuação harmônica entre o Poder Judiciário e os órgãos arbitrais é necessária para obtenção da tutela jurisdicional plena, fundamental para obtenção da adequada solução dos conflitos.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Rafael Francisco. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 21, jan/fev/mar 2009.
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil - vol. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo in Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil, vol. 3*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva, 3*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Considerações sobre a cláusula compromissória e a cláusula de eleição de foro in Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Arbitragem e Execução. Cognição e imperium. Medidas Cautelares e Antecipatórias. Civil Law e common law in Aspectos polêmicos da nova Execução*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, vol. I*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosamaria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo, Bestbook Editora Dis, 2004.

MAGALHÃES, José Carlos. *A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil* in *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 3, nº 9, abr./jun. 2006.

MALACHINI, Edson Ribas. *A defesa intraprocessual no processo de Execução (“exceção de pré-executividade”)* in *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.312.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: Execução*, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil, vol. IV*. Campinas: Millenium, 2003.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Sentença executiva?* In *Revista de Processo* nº 114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução, vol. I*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.

SPYRIDES, Katherine. *Da importância da comunicação entre o Poder Judiciário e o Juízo arbitral para a efetividade da arbitragem* in *Arbitragem nacional e internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução e cumprimento de sentença*. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2007.

TUDA, Claudio Takeshi. *Aproximação entre cognição e Execução e a repercussão na classificação das tutelas* in *Aspectos polêmicos da nova Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER. Luis Rodrigues. *Curso Avançado de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TIMM, Luciano Benetti; LIMA, Felipe Esblogo de Barros. *Dos efeitos da convenção de arbitragem no processo de execução* in *Revista de Arbitragem e Mediação* nº 31, out/dez 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo254.htm>. Acesso em 22.02.2014.

Site: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-05/arbitragem-brasil-consolidada-meio-empresarial-justica>. Acesso em: 02.03.2014.

Site: <http://cbar.org.br/site/jurisprudencia/efeito-negativo-da-clausula-compromissoria-e-arbitragem-internacional>. Acesso em 02.03.2014.