

A Convenção de Arbitragem e o Processo de Execução – Aspectos Processuais

Pérsio Thomaz Ferreira Rosa

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela COGEAE (PUC/SP). Mestrando em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem – Cbar. Advogado em São Paulo/SP.

Sumário: I. Introdução – II. O processo de execução e a convenção de arbitragem – III. A competência para se conceder o efeito suspensivo do artigo 739-A, §1º, CPC – III.1. Processo de execução ajuizado antes ou durante a constituição do Tribunal Arbitral – III.2. Processo de execução ajuizado após a constituição do Tribunal Arbitral - IV. Notas conclusivas

Resumo: O presente estudo versa sobre um ponto específico em que a jurisdição estatal e arbitral se interligam, fazendo surgir duas questões pontuais: a primeira, sobre o destino dos embargos à execução, ou seja, havendo convenção de arbitragem, de quem será a competência para apreciar o mérito da ação que o devedor pode promover? A segunda, por sua vez, está ligada ao efeito suspensivo dos embargos do devedor, valendo ressaltar que, nesse aspecto, a Lei nº 11.382/2006 promoveu importante alteração, para que este efeito passasse do regime *ope lege* a *ope iudicis*. Assim, além de analisar a relação de prejudicialidade entre o procedimento arbitral e a ação de execução, há que se analisar de quem será a competência para a apreciação do pedido de efeito suspensivo de que trata o artigo 739-A, §1º, CPC.

Palavras-Chave: *Arbitragem – Cláusula compromissória - Convenção de Arbitragem – Prejudicialidade externa – Competência-Competência – Princípio da confiança – Lei nº 9.307/96 – Embargos à Execução – Boa-Fé contratual - Venire contra factum proprium – Estoppel – Efeito suspensivo.*

I. Introdução:

A questão abordada no presente estudo¹ foi pioneiramente apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça² em setembro de 2007, mas ainda sob o regime antigo, em que os embargos à execução possuíam efeito suspensivo automático ou *ope legis*, haja vista que o caso concreto fora iniciado no início do ano de 2006. Antes, portanto, de entrar em vigor a Lei nº 11.382/2006.

Na Medida Cautelar nº 13.274/SP, acima referida, determinou-se a suspensão da ação de execução até final solução do procedimento arbitral. A decisão recorrida, proferida pela 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Instrumento nº 491.347.4/5-00, Relator Desembargador Osmar Testa Marchi³, julgamento ocorrido em 23.03.2007, acórdão publicado em 27.02.2007) havia reformado anterior decisão da 14ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP (processo nº 2006.157495-7), que, em sede de execução, reconheceu a relação de prejudicialidade entre a ação de execução e o procedimento arbitral, tendo determinado a suspensão do feito com base no artigo 265, inciso IV, *alínea a*, do Código de Processo Civil.

O Tribunal paulista entendeu que a simples existência de procedimento arbitral não inviabilizaria o procedimento da execução, argumentando, ainda, que os argumentos da parte devedora revelariam somente a intenção de fraudar o feito executivo, frustrando o direito dos credores.

¹ A primeira referência que ouvimos a respeito deste tema partiu do Professor Sérgio Seiji Shimura em palestra proferida no primeiro semestre do ano de 2001 no curso de especialização em Direito Processual Civil promovido pelo COGEAE e coordenado pelo Professor Nelson Luiz Pinto;

² 03ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Cautelar Inominada Incidental nº 13.274/SP, Relatora Ministra Fátima Nancy Andrigui, decisão monocrática proferida em 14.09.2007 e publicada em 20.09.2007, disponível no sítio do Superior Tribunal de Justiça sob o parâmetro MC 13274;

³ Vale observar que, neste caso, as partes no Contrato que continha cláusula compromissória litigaram em vários outros feitos. Após a decisão liminar proferida nos autos da aludida Medida Cautelar Inominada Incidental o Desembargador Osmar Testa Marchi alterou sua “jurisprudência”, conforme se extrai do no julgamento do Agravo de Instrumento nº 502.816-4/9-00;

Muito embora nada tenha sido dito relativamente à validade da cláusula compromissória⁴, o acórdão ora referido analisou a matéria sob o viés do abuso de direito, sem atentar, *data maxima venia*, para as peculiaridades do instituto.

Não foi por outra razão que Superior Tribunal de Justiça concedeu a medida liminar em vista da urgência demonstrada pela parte requerente, que tinha direito à suspensão do processo de execução enquanto não decidido o procedimento arbitral, no qual, ao final, foi declarada a inexigibilidade do título executivo.

De fato, a Ministra Relatora, Fátima Nancy Andrigui, determinou que a ação de execução prosseguisse somente até a penhora de bens (única ressalva feita em relação à decisão de primeira instância, e coerente com o regime a que o caso em questão estava submetido), devendo ficar suspensa a partir daí, haja vista que no procedimento arbitral as partes discutiam justamente a exigibilidade do título. Interessante a leitura da ementa da decisão liminar, abaixo transcrita:

“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.

⁴ Cláusula compromissória e compromisso arbitral são espécies de convenção de arbitragem. Trata-se, na definição que a doutrina oferece, de negócio jurídico-processual, o que revela sua natureza contratual, convencional, e daí a denominação que se dá à arbitragem de ser verdadeira Justiça Privada. Neste estudo será utilizado o termo cláusula compromissória por ser a hipótese mais comum praticada no mundo empresarial. Quando há convenção de arbitragem, normalmente já há um litígio concreto diante das partes. A cláusula compromissória, ao revés, simplesmente estabelece que todo e qualquer litígio derivado de determinada relação contratual será dirimida por árbitro(s);

“-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 par a causa, conforme o princípio da *Kompetez-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.”

Como foi dito, atualmente o regime da ação de execução é outro. A citação da parte devedora faz iniciar dois prazos processuais: três dias, para pagamento, e quinze dias, para a apresentação dos embargos. Outrossim, apresentados os embargos a ação de execução pode prosseguir até penhora e avaliação de bens (artigo 739-A, §6º, CPC), ressalvada a hipótese em que o juiz deferir o efeito suspensivo, desde que presentes os requisitos legais.

Nesse sentido, diz o artigo 739-A, *caput*, CPC, que “Os embargos à execução não terão efeito suspensivo”, excepcionando, logo em seguida, no *parágrafo primeiro*, que “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.”

Segue-se, assim, o regime próprio das tutelas antecipadas.

As questões processuais suscitadas a partir do precedente mencionado alhures tendem a ser cada vez mais freqüentes⁵. A convivência entre o processo perante as Cortes do Estado e as Cortes Arbitrais, em lides paralelas e cruzadas⁶, é fenômeno até mesmo de conteúdo social, pois a parte sucumbente, temerosa da rápida e irrecorrível⁷ solução que advém da arbitragem, geralmente procura adotar postura procrastinatória e tumultuária.

Não raro, ao contrário é comum que aconteça, contratos das mais variadas espécies constituem título executivo extrajudicial (artigo 585, II, CPC) e prevêm também que eventuais disputas derivadas deste vínculo obrigacional serão dirimidas pela via arbitral.

Trata-se de mero juízo de constatação, e, assim sendo, frequentemente juízes e advogados se defrontarão com as seguintes questões: Feito o requerimento para a instauração do juízo arbitral, restará obstada a via executiva? Se, ao contrário, iniciar-se a ação de execução antes do procedimento arbitral, quem analisará o mérito da questão, ou das questões controvertidas, o(s) árbitro(s), por vezes sequer nomeado, ou o juiz? Qual o termo *a quo* que se deve seguir em relação à instituição arbitragem, para todos os fins e efeitos de direito, especialmente na hipótese do artigo 806, CPC? Além disso, no que tange o prosseguimento da execução, e considerando que o efeito suspensivo de que trata o artigo 739-A, §1º, CPC, versa sobre autêntica antecipação de tutela, como compatibilizar a urgência demonstrada pela parte com as vicissitudes do procedimento arbitral, em especial o princípio da competência-competência e natureza contratual da arbitragem? Há uma única solução ou várias são as possibilidades? Em que medida a Lei nº 9.307/96 interfere com o direito político de ação – artigo 5º, XXXV, CF?

⁵ O critério a ser seguido é a harmonia e o afastamento de soluções que levem à interferência recíproca destas esferas de jurisdição. A esse respeito, interessante o estudo do Professor Flávio Luiz Yarshell (“Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada de prova na arbitragem”, Revista de Arbitragem e Mediação, Editora Revista dos Tribunais, ano 4 – nº 14, julho-setembro 2007, 2007, São Paulo, capítulo I.7, páginas 52-56. Propõe o processualista que, em vista da possibilidade de se pleitar, em juízo (estatal), a produção antecipada de provas, e, considerando a especial importância que a fase probatória tem sobre o julgamento da lide, seria de se cogitar permitir aos futuros árbitros, acaso possível seja, participar da colheita da prova na qualidade de “terceiros”;

⁶ Em matéria de Direito Arbitral estuda-se, até mesmo em nível de lides em diferentes países, como tratar a litispêndência, o que, invariavelmente, deve ser feito à luz do postulado da competência-competência. Trata-se, ao lado do postulado da confiança, da estrutura de nosso processo arbitral. Significa, em termos singelos, que cabe ao árbitro, única e exclusivamente, decidir sobre a sua própria competência;

⁷ A Lei Brasileira de Arbitragem – 9.306/97, elaborada de acordo com a Lei Modelo UNCITRAL e idealizada entre nós pelos professores Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins e Selma Ferreira Lemes, inovou em um aspecto essencial, que é a irrecorribilidade e desnecessidade de homologação da decisão pelo Poder Judiciário, outrora o maior entrave ao desenvolvimento do instituto no país;

Sobre esse tema poucas são as decisões de nossas Cortes, mas esclarecedoras são as lições doutrinárias a respeito do assunto e proveitosa é a experiência estrangeira, notadamente no âmbito da Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, a CCI.

Sobre o assunto, alguns julgados terão sua ementa citada e ou transcrita, além dos referidos acima, mas fazemos especial menção aos seguintes arestos: 1) Acórdão proferido pela 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/SP no julgamento do Agravo de Instrumento nº 502.816-4/9-00, Relatado pelo Desembargador Osmar Testa Marchi, provido por votação unânime em 15.01.2008; 2) Acórdão proferido pela 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/SP no julgamento do Agravo de Instrumento nº 7.118.935-2, Relatado pelo Desembargador José Roberto dos Santos Bedaque, negado provimento por votação unânime em 08.05.2007 (*muito embora tenha sido improvido o recurso, o voto do Relator deixa claro que há prejudicialidade externa entre o procedimento arbitral e eventuais embargos do devedor, devendo-se aplicar, se fosse o caso, o artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil*) e, por analogia; 3) Acórdão proferido pela 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/SP no julgamento do Recurso de Apelação nº 894.121-3, Relatado pelo Desembargador José Marcos Marrone, provido por votação unânime em 22.03.2006.

Tentaremos, a seguir, dar nossa opinião e propor uma solução para cada um dos problemas propostos.

II. O processo de execução e a convenção de arbitragem:

Como se sabe, é longa a discussão travada pela doutrina e jurisprudência de nossos Tribunais relativamente à prejudicialidade existente entre a ação declaratória e a ação de execução que lhe é conexa, de acordo com o que prescreve o artigo 265, IV, 'a', CPC.

Trata-se de realidade plenamente possível de ocorrer, tanto que o artigo 585, *parágrafo primeiro*, do Código de Processo Civil, estabeleceu que “A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.”

Assim, antecipando-se o devedor em promover ação declaratória relativamente ao título que, depois, é levado à execução pelo credor, deve-se compatibilizar o passo de cada um dos processos, de forma a harmonizar a solução que o sistema prevê para a hipótese.

Conforme ensina *Teresa Arruda Alvim Wambier*⁸, “o Superior Tribunal de Justiça admite que, na medida em que se entenda a ação declaratória anterior como *substitutiva* dos embargos à execução, porque idênticas, poder-se-ia atribuir a tal ação o efeito de *suspender* a execução, *após ter sido realizada a penhora.*”

Seria esdrúxulo impor à parte devedora o ônus de incorrer em litispendência tão somente para se obter, ou tentar obter, o efeito suspensivo de que trata o artigo 739-A, §1º, CPC. Do mesmo modo, para o sistema judiciário seria um contra-senso ter que processar nova demanda por necessitar a parte de um efeito suspensivo.

⁸ “Reflexos das Ações Procedimentalmente Autônomas (Em Que se Discute, Direta ou Indiretamente a Viabilidade da Execução) na Própria Execução”, *in* Processo de Execução, Capítulo XXVII, obra coletiva coordenada por Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, página 728;

Impossível imaginar que o sistema processual, tão moderno e avançado e teorias as mais variadas, não comporte, pela via da interpretação, uma solução mais inteligente. Até mesmo do ponto de vista econômico é de se reclamar uma solução mais consentânea com a realidade.

Outrossim, promover uma lide em busca desta única finalidade implicaria em recolher custas e gerar sucumbência, havendo, no caso da arbitragem, o risco de o juiz interferir na lide arbitral de modo direto ou indireto, em total desrespeito ao postulado da competência-competência e do *pacta sunt servanda*.

Importante referir, por sua importância histórica e para que não se cometa o mesmo equívoco, ao que ocorria em relação ao recurso de agravo antes da Lei nº 9.139/95, o qual, desprovido de efeito suspensivo, reclamava a impetração de mandado de segurança para essa única e exclusiva finalidade⁹¹⁰.

Parece-nos, portanto, que no procedimento arbitral aplica-se o mesmo raciocínio. Processualmente, não depende de maiores esforços a análise deste tema, mas tendo em vista a novidade que a Lei de Arbitragem, de setembro de 1996, ainda representa, é paradigmática a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e necessário o estudo desta matéria.

O tema sob estudo deve ser analisado, também, sob outro prisma, de natureza contratual. A desnecessidade dos embargos deriva da otimização dos institutos processuais e da necessidade de lhes conferir o devido rendimento. O formalismo processual não pode conduzir a soluções absurdas, tampouco pode constituir entrave ao processo.

⁹ No regime revogado do Código de Processo Civil, o recurso de agravo carecia de efeito suspensivo, fazendo com que as partes devessem impetrar mandado de segurança para esse fim. Com as reformas processuais do início da década de noventa essa prática foi extirpada do sistema com a possibilidade de o próprio relator do recurso conceder este efeito. A solução foi dada pelo artigo 558, *caput*, do Código de Processo Civil, posteriormente incorporada ao próprio artigo 527, deste mesmo Codex. A crítica que se fazia era justamente a incoerência de se utilizar um instrumento *heróico*, uma ação nobre e de índole constitucional, com finalidade periférica, tão somente para se agregar o chamado efeito suspensivo, ou ativo, ao agravo;

¹⁰ Necessário frisar que em nossa opinião o uso do mandado de segurança estará vedado às partes, uma vez que o sistema prevê meios processuais próprios e adequados a esse fim. Somente na hipótese de ocorrer algum fato específico que deixe o interessado sem outro remédio célere e eficaz para afastar decisão teratológica é que poderá, então, utilizar a via do *mandamus*;

Nessa medida, se as partes optaram por litigar de acordo com os ditames da LArb (Lei nº 9.307/96), qualquer ameaça a esse preceito constitui ofensa à autonomia privada e à segurança jurídica das convenções.

A atuação das partes no momento da formação do contrato tem por base a intenção de estabelecer laços de deveres recíprocos e a comutatividade está diretamente ligada ao poder e à posição contratual de cada uma. O motor que as conduz é o de firmar um vínculo obrigacional com total liberdade, limitadas somente pela ordem pública.

Entretanto, sobretudo nos contratos de execução diferida, essa realidade altera-se de acordo com o momento, e diante de um conflito de interesses a postura das partes passa a ser antagônica e o litígio, em si, ocupa posição central. É por isso que figuras eminentemente de direito contratual, como o são a reserva mental e o *venire contra factum proprium*, assumem, em arbitragem, especial importância.

Se as partes optaram pela via arbitral, tanto quanto possível (*ver item III.1. infra*) deve ser repelida toda e qualquer medida tendente a frustrar esta expectativa, pois a Lei nº 9.307/96 surgiu justamente para dar maior segurança às partes e previsibilidade no que tange à interpretação dos contratos. Referiu-se acima, nessa senda, que a nota característica desse sistema é a celeridade e a especialização dos julgadores, daí poder se afirmar que a *confiança* é o princípio maior da arbitragem. Se as partes confiam nos árbitros que elegeram para decidir a lide *in concreto*, e também, se confiam nessa instituição de direito, não há que se falar em recurso da decisão¹¹.

¹¹ Ver, em sentido contrário, Giovanni Ettore Nanni, “*Recurso Arbitral: reflexões*”, in Aspectos Práticos da Arbitragem, obra coletiva coordenada por Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, Editora Quartier Latin, primavera de 2006, páginas 162 a 187;

Anota *Rodrigo Garcia da Fonseca*¹² sobre a *confiança* no âmbito do direito arbitral, que “o pacto da convenção de arbitragem – autônomo em relação ao pacto principal – é um ajuste impregnado da noção de boa-fé e de cooperação entre as partes. Eleger o juízo arbitral para a solução de litígios é, em princípio, uma opção feita no interesse de ambos os contratantes, e difere fundamentalmente de outras cláusulas que se caracterizam pelos interesses contrapostos de um e de outro. Enquanto uma cláusula de preço é nitidamente uma cláusula na qual os interesses divergem – (...) – **a convenção de arbitragem não se destina a dar vantagem a um contratante sobre o outro, e normalmente poderá ser uma cláusula mutuamente vantajosa.**”

Prossegue o autor citando *José Emílio Nunes Pinto*, para quem “pode-se afirmar com segurança que a escolha da arbitragem obedece, ainda que não exclusivamente, mas, em grande parte, a considerações de natureza econômica da transação. Esta é a razão pela qual vimos afirmando que a escolha pela arbitragem para a solução de controvérsias contratuais é elemento integrante da equação de equilíbrio econômico do contrato.”

Se o litígio causa o desarranjo de determinada relação contratual, é importante visualizar a conduta das partes de acordo com a boa-fé, princípio que atua nas fases de formação, execução e até mesmo extinção contratual. De acordo com o artigo 422, CC, “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*”

Finalmente, é preciso frisar que a cláusula compromissória possui natureza híbrida, sendo norma de direito material e processual, cuja função liga-se, notadamente em direito contratual, com a intenção de se manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e daí a conveniência de que eventuais litígios sejam julgados por árbitros da *confiança* das partes e especialistas na matéria.

¹²Revista de Arbitragem e Mediação, capítulo 1.21, “*O Princípio da Competência-Competência na Arbitragem – Uma perspectiva brasileira*”, Coordenação Arnaldo Wald, ano 3, volume 9, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, página 294.

Deste modo, é indiferente o momento em que surgiu a ação de execução, o fato é que a coexistência desta com o procedimento arbitral não gera uma relação de litispendência, mas de prejudicialidade (artigo 265, IV, 'a', CPC), de modo que a compatibilização dos processos deve conduzir a uma solução de harmonização.

A instauração do procedimento arbitral, havendo prévio consentimento das partes, passa a ser exigível desde que uma delas assim o queira¹³. Pode até mesmo ocorrer no curso da lide, desde que não exista coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, CF).

Em última análise, a cláusula compromissória não interfere com o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, muito embora a doutrina costume apontar o precedente SE 5.206¹⁴, do Supremo Tribunal Federal, como sendo o grande marco da Lei nº 9.307/96, quando a constitucionalidade deste diploma legal passou pelo crivo de nossa Corte Excelsa e resistiu a teses apaixonadas fundadas em preceitos que pouco, ou nada, têm de real relativamente ao tema sob análise¹⁵.

Em verdade, proibir as partes de decidir como devem compor seus litígios implicaria em ver pela metade o princípio da liberdade contratual, o qual toca diretamente o tema da arbitragem. Tal é a importância deste postulado e a interpretação e rendimento que se lhe deve conferir que temas como arbitragem em matérias de direito do trabalho, por exemplo, devem ser visualizadas sob um outro ponto de vista¹⁶.

¹³ É por esta razão que a existência de cláusula *vazia* autoriza a concessão de tutela específica (artigo 7º, *caput*, da Lei nº 9.307/96), e que o desrespeito à convenção arbitral ou à cláusula compromissória enseja a extinção do processo sem resolução do mérito, forte no artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil;

¹⁴ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 12.12.2001, publicado em 19.12.2001;

¹⁵ É o trecho do parecer da Procuradoria Geral da República, citado o voto do Ministro Maurício Corrêa: “O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a ‘lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.”;

¹⁶ Nesse sentido, ver recentíssimo julgamento proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais/MG – Quarta Turma - Processo nº 00259-2008-075-03-00-2 RO, julgado em 17.12.2008, publicado em 31.01.2009, Relator Desembargador Antonio Alvares da Silva;

Arbitrável não é o direito em si, mas sim seus reflexos, notadamente o econômico. Pensar de forma diversa significaria fechar os olhos para que o fenômeno social da composição de conflitos não está, e nem deveria estar, sob a guarida exclusiva do Poder Judiciário.

O Estado tem o monopólio da coerção, e só ele. Quando os árbitros decidem sobre determinado conflito, a qualidade jurisdicional de seu julgado decorre de autorização legislativa do Estado, que delega às partes, em respeito ao postulado da liberdade, o direito de se auto-compor.

É por esse motivo que, muito embora o exame da constitucionalidade da LArb fosse natural no processo de maturação e desenvolvimento do instituto, ela em nada interfere com o artigo 5º, XXXV, CF. E, na situação sob análise, nem seria justo e razoável que a parte supostamente credora tivesse o controle da cláusula compromissória, neutralizando seus efeitos mediante simples exercício de um direito potestativo que é o direito de ação.

III. A competência para se conceder o efeito suspensivo do artigo 739-A, §1º, CPC:

Defendemos, acima, a tese de que a arbitragem em nada interfere com o artigo 5º, XXXV, CF, haja vista estar lastreada pela autonomia privada e liberdade contratual, bem assim por estar contida dentro do *sistema* jurisdicional. Daí a liberdade que às partes deve ser assegurado de decidir sobre a forma de composição de seus conflitos.

A arbitragem é uma das formas de prestação jurisdicional que o Estado garante aos cidadãos, cuja validade está ligada ao respeito ao devido processo legal e aos preceitos da LArb. Essa é a reserva de *ordem pública*¹⁷ que o Estado determina como obrigatório para que

¹⁷ Tratando deste conceito, Rafael Francisco Alves conclui que “Mesmo na esfera dos direitos disponíveis pode ser necessária a aplicação de normas de ordem pública, sem que isso impeça a utilização da arbitragem (também o árbitro tem o dever de aplicar as normas de ordem pública e as partes de se submeterem a elas). O devido processo legal insere-se justamente neste contexto de imperativos de ordem pública

o procedimento arbitral e a sentença dele emanada sejam reconhecidos como soberanos, válidos e eficazes.

Tal o grau de liberdade que se pode assegurar às partes que podem até mesmo contratar a vedação ao deferimento de liminares¹⁸, tudo em respeito a um conceito de segurança jurídica que resolveram preservar em suas relações contratuais, cuja estabilidade e equilíbrio econômico-financeiro é o que justifica a própria existência do vínculo obrigacional.

Não é o normal. Mais comum é as partes estabelecerem que medidas cautelares serão requeridas diretamente ao juiz estatal, bem assim eleger foro para esse fim, haja vista que é absolutamente insuficiente o critério de competência proposto pelo artigo 22, §4º, da LArb.

Mas o fato a ser aqui considerado é que, se por um lado as partes podem decidir submeter determinada disputa ao crivo de árbitro(s), sem que se possa argüir o falso óbice do artigo 5º, XXXV, CF, por outro lado é também verdadeiro que situações de emergência não podem e não devem ficar desamparadas. Não foi esse o espírito do legislador. A esse respeito, já se decidiu que¹⁹ “(...) Ausente do sistema arbitral a figura das providências cautelares e

situados dentro da esfera de disponibilidade de direitos, como limite ao exercício da autonomia privada.” (“O Devido Processo Legal na Arbitragem”, Editora Quartier Latin, São Paulo, verão de 2008, *In Arbitragem no Brasil – ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES*, obra coletiva coordenada por Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado, páginas 388/389;

¹⁸ Não iremos, nos estritos limites deste estudo, adentrar este tema em específico, mas é importante deixar registrado que essa solução, além de ser prestigiada pela doutrina, parece adequada a casos em que os interesses em jogo reclamam esse tipo de solução. Não se pretende defender este mecanismo como regra geral, ao revés, trata-se de ferramenta útil em algumas situações;

¹⁹ Nesse sentido as ementas que seguem:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO - JUÍZO ARBITRAL - INSTAURAÇÃO. Não obstante a eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos, a ação cautelar de sustação de protesto, se ainda não instaurado o juízo arbitral, poderá ser ajuizada perante juiz estatal, que, comunicado da instauração do juízo arbitral, providenciará a remessa dos autos para a devida apreciação da manutenção ou não da tutela concedida” (TJMG – 4ª Câmara Cível – Acórdão nº 2.0000.00.410.533-5/000 Des. Rel. Alvimar de Ávila – Data do Julgamento : 27/08/2003)

“Lei de Arbitragem – Cláusula Compromissória – Inexistência de formalização do compromisso arbitral – Possibilidade de acesso ao judiciário – Exibição de Documentos – Direito de resposta assegurado no primeiro grau de jurisdição – Inadmissibilidade do agravo. Diante da alegada lesão ao interesse da parte e não instaurado o procedimento arbitral, a simples existência de cláusula compromissória não representa obstáculo para o acesso ao Poder Judiciário, órgão estatal incumbido de pacificar os conflitos surgidos antes da formalização do compromisso arbitral.” (TJMG – 3ª Câmara Cível – Acórdão nº 0273072-3 – Des. Rel. Edilson Fernandes – Data do julgamento: 24/02/1999)

“PROCEDIMENTO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS.COMPROMISSO ARBITRAL. COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. DEVER DE EXIBIRDOCUMENTOS. CARÁTER SATISFATIVO DA MEDIDA. Preliminarmente, é desprovida de qualquer fundamentação jurídica a argüição de competência do Juízo arbitral para a causa face o compromisso arbitral celebrado. O art. 22, §4º da Lei 9.307/96 determina que havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para a causa. Tendo em vista a relação jurídica existente entre as partes no período da vigência contratual, ou seja, 21 de fevereiro de 2005 e 21 de outubro de 2006, o dever de exibir documentos e prestar contas é inerente ao

antecipatórias de tutela, pertinente a análise, pelo Poder Judiciário, de pedido fundado em lesão ou ameaça de lesão.” (TJDF – 1ª Turma Cível – Agravo de Instrumento nº 2002 00 2 007481-2 – Des. Rel. Valter Xavier – Data do Julgamento 21/10/2002)

pacto estabelecido, ex vi arts. 355 e 358 do CPC. Por outro vértice, excepcionalmente, não há necessidade de ajuizamento da ação principal haja vista o caráter satisfativo do procedimento cautelar em análise. DESPROVIMENTO DO RECURSO.” (TJRJ – 9ª Câmara Cível – Acórdão nº 2008.001.40543 – Des. Rel. Roberto de Abreu Silva – Data do Julgamento: 23/09/2008)

“Arrolamento de bens. Procedência do pedido. Presença do interesse de agir e legitimidade do acesso ao Judiciário, mesmo com existência de cláusula compromissória, sem que haja sido instaurado o Juízo Arbitral. Incidência do Art. 51, XXXV da Constituição Federal de 1988. Avaliação dos bens prudentemente autorizada pelo Juiz por decisão irrecorrida não implica violação ao procedimento da medida cautelar de arrolamento. Desprovido.” (TJRJ – 9ª Câmara Cível – Acórdão nº 2003.001.01004 Des. Rel. Ruyz Alcantara – Data do Julgamento: 15/04/2003)

“Juízo Arbitral. Medida Cautelar antes da instauração. Competência da Justiça Comum. Compete à Justiça Comum decretar as medidas cautelares e outras providências urgentes que se fizerem necessárias antes de instruída a arbitragem, as quais não perderam objeto mesmo depois de instaurado o Juízo Arbitral, para dar efetividade às suas decisões. Provedimento do recurso.” (TJRJ – 2ª Câmara Cível – Acórdão nº 200300116879 – Des. Rel. Sérgio Cavaliere Filho – Data do Julgamento: 24/09/2003)

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – REGRA DE ARBITRAGEM – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS LITÍGIOS – TRIBUNAL ARBITRAL I – Admite-se o recurso à justiça estatal apenas quando ainda não instituída a arbitragem, dado o caráter urgente da medida. II – Havendo convenção arbitral, é competente o tribunal arbitral para apreciar o mérito do litígio, cabendo-lhe, igualmente, decidir se antecipa ou não os efeitos da tutela antecipatória. III – Agravo parcialmente provido.” (TRF da 2ª Região – 8ª Turma – Acórdão nº 2003.02.01.010784-5 – Rel. Des. Carreira Alvim – Data do Julgamento: 26/10/2004)

“ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL - Ausência dos requisitos do Artigo 273 do CPC - Não concessão. MEDIDA CAUTELAR - PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS - JUÍZO ARBITRAL - Extinção com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC - Afastamento - Embora haja cláusula compromissória para o estabelecimento de Juízo arbitral, nada obsta possa vir a parte perante o Judiciário requerer as medidas cautelares que evitar cabíveis para evitar possíveis danos, devendo-se ressaltar que o juízo arbitral não tem poder de coerção, como também não está aparelhado para recepcionar medidas preparatórias urgentes, mormente quando ainda não instalado o juízo privado - Efetividade ao Artigo 5o, inciso XXXV, da CF - Recurso provido para anular a sentença extintiva do processo.” (TJSP – 5ª Câmara de Direito Privado – Acórdão nº 431.916.4/3-00 – Rel. Des. Silvério Ribeiro – Data do Julgamento: 11/06/2008)

“Medida cautelar - Tendo em vista a plausibilidade das razões recursais fundadas na possibilidade de o Estado-juiz processar medida cautelar de produção de provas, apesar da cláusula compromissória arbitral do contrato, evidente o *periculum in mora* em não se criar mecanismo que agilize a perícia - Acolhimento da medida cautelar para receber o recurso no efeito suspensivo, determinando que se iniciem os trabalhos da perícia com urgência (...) Não foi instalado o juízo arbitral, e isso quebra a força do principal argumento da r sentença Verifica-se que a convenção de arbitragem representa uma hipótese de cláusula compromissória cheia, porque estão definidos os critérios para nomeação dos árbitros Portanto, não há, em tese, necessidade de ajuizar a ação do art 7o, da Lei 9307/96, o que não impede de afirmar que existe um vácuo temporal até que se instale o juízo arbitral, criando um espaço de risco para situações que reclamam soluções urgentes Exatamente para eliminar os problemas dessa lacuna, a doutrina, com inegável bom senso, admite que a parte recorra ao Judiciário, nos termos do art 800, do CPC” (TJSP- 4ª Câmara de Direito Privado – Acórdão nº 494.408-4/6 – Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani – Data do Julgamento: 28/06/2007)

“Cautelar. Interesse processual. Constituição Federal, art. 5º, XXXV. A existência de processo de arbitragem não exclui da apreciação do Poder Judiciário eventual lesão ou ameaça a direito. Preliminar inconsistente. Seqüestro - Quotas sociais alienadas e não pagas pelos compradores a ensejar, em tese, a aplicação da cláusula resolutória expressa - Presença do "fumus boni iuris" e "periculum in mora" que justificam a concessão da liminar para impedir a alienação a terceiros e garantir a preservação do bem em caso de sucesso na ação principal, evitando-se, ainda, que políticas estratégicas possam ser usadas por eventuais terceiros adquirentes da quotas em litígio - Recurso improvido, prejudicado o regimental.” (TJSP – 2ª Câmara de Direito Privado – Acórdão nº 285.741-4/6 _ Rel. Des. Maria da Cunha – Data do Julgamento: 29/04/2003)

“Agravo de Instrumento — Medida cautelar - Liminar deferida para suspensão dos efeitos de cláusula do acordo de acionistas O r. despacho hostilizado não viola a Lei 9.307/96, porquanto a agravada não tinha outra alternativa senão socorrer-se do Poder Judiciário, uma vez que a arbitragem ainda não havia sido instituída, o que, como é notório, depende de inúmeras providências e demanda, tempo - O próprio regulamento da Corte Internacional de Arbitragem - CCI, eleita pelas partes, permite o acesso ao Judiciário em determinadas circunstâncias, inclusive medidas cautelares ou provisórias – Recurso desprovido.” (TJSP – 9ª Câmara de Direito Privado – Acórdão nº 384.896.4/4-00 Rel. Des. Sérgio Gomes – Data do Julgamento: 03/05/200)

“Agravo de Instrumento - Medida cautelar – Revogação de liminar anteriormente concedida - Sem se adentrar com profundidade ao mérito da instituição da arbitragem nos estatutos da agravada, o que será apreciado por ocasião do sentenciamento, é de se ressaltar que se cuida de estipulação recente e que a agravante não fez anuência expressa, o que, ainda numa análise perfunctória, desobedece ao § 2o do art 4º da Lei de Arbitragem – Além disso, não se pode olvidar do princípio constitucional que nenhuma lesão de direito individual pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, notadamente em situação grave, como é o caso, em que a corretora pode ser impedida de operar no recinto da Bolsa de Valores de São Paulo - Recurso provido” (TJSP – 9ª Câmara de Direito Privado – Acórdão nº 373.141.4/4-00 – Rel. Des. Sérgio Gomes – Data do Julgamento: 22/02/2005)

De outra banda, é necessário respeitar a cláusula contratual, ou o contrato pelo qual as partes decidiram arbitrar determinado conflito de interesses. Mais uma vez há uma situação de “cruzamento” das esferas judicial e arbitral de prestação jurisdicional, sendo necessário estabelecer as condições e formas de convívio harmônico entre elas.

Uma tentativa de se eliminar esse hiato entre a tutela jurisdicional de urgência e o procedimento arbitral, cuja constituição do Tribunal Arbitral consome tempo relativamente longo, foi dada pela Câmara de Arbitragem da CCI ao prever as regras para o procedimento cautelar pré-arbitral.

Em vigor desde janeiro de 1990, as “*Rules for a Pré-Arbitral Referee Procedure*”²⁰ prevêm que as partes podem recorrer a um terceiro, denominado “terceiro ordenador”²¹ (“*referee*”, no original), que não os árbitros (ou qualquer deles), ao qual incumbirá a tarefa de apreciar o pedido “cautelar”.

Mas trata-se de procedimento que, embora saudável, não resolve todos os problemas que a urgência de uma situação qualquer pode trazer, fazendo com que ainda assim seja necessário recorrer ao Poder Judiciário, cujo funcionamento, perene, permitirá livre e rápido

²⁰ Disponível no sítio www.iccwbo.org - <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4424/index.html>, cujo regulamento está disponível inclusive em português e em vários outros idiomas;

²¹ Vários estudos discutem a natureza jurídica do “terceiro ordenador” e sua função. Tendo em vista a natureza contratual da arbitragem, vários arranjos podem ser feitos, tal como indicá-lo previamente, já na fase da formação do contrato, ou prever a forma de sua nomeação. Pode até mesmo ser este “Terceiro Ordenador” o árbitro que vier a atuar na lide arbitral, mas o ideal é que seja alguém cuja função seja apenas e tão somente esta, a de “órgão” constituído pelas partes somente para fins de processar o procedimento cautelar pré-arbitral. Trata-se, como dissemos, de discussão doutrinária e que, reconhecemos, somente à luz do caso concreto poderá ser melhor visualizada, mas de um modo geral e sucinto é essa a nossa opinião. Outrossim, em se tratando de procedimentos regulados pela CCI o ideal é que as partes interfiram somente na medida do necessário, sob pena de o próprio órgão eleito para fins da arbitragem – institucional – cláusula cheia – poder recusar a administração do litígio. Mas é interessante transcrever a introdução do referido regulamento, em que aparece a motivação de sua existência: “Numerosos contratos, especialmente aqueles que se referem a transações de longo prazo, geram problemas que exigem uma ação imediata. Normalmente, é impossível obter, em tempo hábil, uma decisão definitiva de um árbitro ou de um juiz. Em vista disso, a Câmara de Comércio Internacional (CCI) estabeleceu este Regulamento instituindo um procedimento cautelar pré-arbitral a fim de permitir às partes, se assim tiverem convencionado, que recorram imediatamente a uma pessoa (denominada “Terceiro Ordenador”) investida de poderes para determinar medidas tendentes a solucionar um problema urgente, inclusive a preservação ou a conservação de provas. Essa determinação poderá, destarte, proporcionar uma solução provisória para a controvérsia e estabelecer as bases para a sua solução final, por transação ou por qualquer outro meio.”;

O recurso ao procedimento cautelar pré-arbitral não interfere na competência de qualquer jurisdição arbitral ou estatal competente para julgar o mérito da controvérsia.

acesso aos jurisdicionados. Some-se a isso que mais raras são as relações em que as partes expressamente aderiram a um procedimento cautelar pré-arbitral²².

Essa discussão assume relevo na medida em que, muito embora o ponto sob estudo diga respeito exclusivamente ao processo de execução, a nova redação do artigo 739-A, §1º, CPC, dotou o efeito suspensivo dos embargos à execução de um regime próprio das tutelas cautelares *latu sensu*.

Assim sendo, afora os casos em que haja vínculo contratual a um procedimento cautelar pré-arbitral regulado por uma instituição qualquer, antes de ser constituído o Tribunal Arbitral²³ será competente para esse fim o Poder Judiciário.

Como ente estatal permanente, servirá às partes contratantes nessa fase pré-arbitral, devendo, no entanto, zelar para que sua atuação ocorra na exata medida do necessário e sem qualquer interferência com o mérito da lide. Deve haver pleno espírito e dever de colaboração, atentando-se para possíveis riscos²⁴.

²² Mais uma vez é necessário lembrar da natureza contratual da arbitragem, de negócio jurídico-processual. A CCI, tal qual diversas outras entidades no Brasil e no exterior, disponibiliza um serviço de resolução de disputas. Assim em relação à arbitragem, à mediação, ao procedimento cautelar pré-arbitral, aos chamados ADR's (alternative dispute resolution), ao pouco conhecido *Dispute Board*. Portanto, há plena liberdade para regular estes eventos, bem assim para buscar, nas diversas entidades que prestam esse serviço, aquela que melhor pode atender os interesses envolvidos em vista da localidade, expertise e custos;

²³ A arbitragem tem por característica a celeridade e a qualidade da decisão, eis que proferida por especialistas na matéria. Além disso, muitas vezes o procedimento acaba não sendo conduzido do modo adversarial que caracteriza as lides judiciais. Outra importante característica é a sigiliosidade, a qual, embora não decorra da lei, invariavelmente vem prevista nos regulamentos das Câmaras de Arbitragem e ou no contrato quando se tratar de cláusula cheia – artigo 5º, LArb. A celeridade existe no tempo consumido para a solução da lide como um todo. Isolada a fase de instituição do Tribunal Arbitral esse aspecto parece ficar neutralizado, isso em vista da característica especial da arbitragem. Por se tratar de procedimento privado, e no qual o postulado da confiança possui especial relevo, necessário respeitar, durante todo o *iter*, os postulados constitucionais do processo e os ditames da LArb. Nomeação árbitros, prazos para aceitação e impugnação do cargo, redação do Termo de Referência, ou Ata de Missão, designação de data para reunião das partes e assinatura do documento aludido, é tarefa formal, ritual, e que consome alguns meses. Superada essa fase pode-se dizer que todo o restante, como regra geral, flui com a devida celeridade (em termos relativos, é evidente);

²⁴ Sobre este tema ver artigo escrito por Thomaz Clay (“*As medidas cautelares requeridas ao árbitro*”) e publicado na Revista de Mediação e Arbitragem, ano 5, volume nº 18, Editora Revista dos Tribunais, julho a setembro de 2008, páginas 311 a 332;

Verificam-se, basicamente, duas situações: (i) processo de execução ajuizado antes ou durante a constituição do Tribunal Arbitral; (ii) processo de execução ajuizado após a constituição do Tribunal Arbitral²⁵. Analisaremos detidamente cada uma delas:

III.1. Processo de execução ajuizado antes ou durante a constituição do Tribunal Arbitral:

Essa é exatamente a hipótese versada nos autos da aludida Medida Cautelar 13274/SP, tramitada perante o Superior Tribunal de Justiça. Nesta hipótese é evidente a competência do juiz²⁶ para apreciar eventual pedido de suspensão da ação, o que, importante frisar, não significa ofensa à jurisdição arbitral.

Emmanuel Gaillard²⁷, tratando especificamente das “Provisional and Conservatory Measures”, ponderam que “the intervention of the court is not so much an infringement of the jurisdiction of the arbitral tribunal as a means of assisting the tribunal so that its award will be effective as possible. Whenever there appears to be a genuine violation of the jurisdiction of the arbitrators to hear the merits of the dispute, the jurisdiction of the courts will be rejected.”

A urgência decorre do fato de que, citada, a parte devedora terá 03 (três) dias para pagar ou oferecer bens à penhora, e 15 (quinze) dias para apresentar embargos do devedor, quando o juiz analisará os fundamentos de sua “defesa” e decidirá sobre o pedido de efeito suspensivo.

²⁵ Analisaremos a questão jurídica a partir do pressuposto de que inexistente, entre os litigantes, qualquer referência a um procedimento cautelar pré-arbitral, institucional ou não, e que inexistente qualquer fato anormal que impeça o acesso imediato do interessado ao Tribunal Arbitral, tal qual distancia, fuso horário, evento da natureza, doença ou falecimento de árbitro. Pretendemos analisar a questão de forma pura, haja vista que conforme ponderamos acima, qualquer situação que configure justo temor de dano e que revele razoável dificuldade de obter a prestação jurisdicional em tempo célere autorizará o recurso ao Poder Judiciário;

²⁶ Nesse sentido: Luiz Antonio Scavone Junior. Manual de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. página 154; Pedro A. Batista Martins. Apontamentos sobre a lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008. páginas 246/247; e J. E. Carreira Alvim. Direito Arbitral. Forense: Rio de Janeiro, 2007. página 335;

²⁷ *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Edited by Emmanuel Gaillard e John Savage, página 414;

Pretendendo submeter o mérito da controvérsia à jurisdição competente, e desde que ainda não o tenha feito, deverá a devedora requerer a instauração do procedimento arbitral e peticionar ao juiz da execução informando sobre a intenção de fazer valer a cláusula compromissória.

Deverá, ainda, nesta própria petição que será dirigida aos autos do processo de execução, pleitear a concessão do pretendido efeito suspensivo, instruindo seu pedido com os documentos que entender necessários, o qual deverá ser recebido e processado pelo juiz, de acordo com o poder geral de cautela que a lei lhe confere (artigo 798, do CPC).

O artigo 739-A, §1º, CPC, será aplicado somente por via elíptica, pois a parte não apresentará embargos, mas petição devidamente instruída com pedido de suspensão do feito. O juiz, a seu turno, ciente de que sua decisão será efêmera, deverá decidir em vista de um procedimento arbitral que, instituído, daí sim decidirá com fundamento no mencionado dispositivo legal.

Mais apropriado dizer que o juiz estatal, nestes casos, decidirá com apoio no poder geral de cautela (artigo 798, do CPC).

Nossa crítica aos embargos nesta situação específica foi acima explicada. Eventual medida cautelar incidental, a seu turno, não parece ser a medida mais adequada, pois inexistirá ação principal em juízo e a finalidade da ordem judicial será absolutamente efêmera²⁸, posto que constituído o Tribunal Arbitral sua primeira decisão deverá deliberar sobre a manutenção ou revogação da liminar.

²⁸ O prazo para a instalação do juízo arbitral, de outra banda, acaba por sofrer um controle natural quando o interessado optar pela via cautelar, haja vista que o artigo prescreve um comando específico neste sentido. Caso a opção seja por peticionar, o controle também existirá, e de forma ainda mais rigorosa, posto que, segundo entendemos, deverá o juiz, como condição para analisar o pedido de efeito suspensivo, também avaliar a existência de relação de prejudicialidade, quando requererá à parte requerente que comprove, pelo menos, ter requerido a instalação do juízo arbitral;

Some-se que poderia ocorrer a prolação de sentença de extinção do feito por perda superveniente do interesse processual (artigo 267, VI, CPC), com condenação da parte sucumbente ao pagamento das verbas sucumbenciais. A execução desse comando sentencial seria uma lide cruzada, e, muito embora apartada da demanda principal, somente contribuiria para alimentar o litígio. É o que decidiu o Tribunal de Justiça mineiro:

“AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PREPARATÓRIA - CLÁUSULA ARBITRAL - AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO JUÍZO ESTADUAL - POSSIBILIDADE - DEFERIMENTO DA MEDIDA - POSTERIOR AJUIZAMENTO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL - REMESSA DOS AUTOS AO ARBITRO PARA MANUTENÇÃO OU NÃO DA TUTELA CONCEDIDA. Sendo a medida cautelar aviada antes de instaurada a arbitragem é cabível ao juízo estatal a concessão da medida perseguida, devendo, contudo, serem os autos remetidos ao juízo arbitral para que o mesmo aprecie a manutenção ou não da tutela concedida assim que iniciado o procedimento arbitral. De ofício, determinaram a remessa dos autos ao juízo arbitral para manutenção ou não da tutela concedida (...) Contudo, situação sui generis instalou-se nos presentes autos, posto que a medida proposta é urgente, e a sua propositura, conforme se infere da própria documentação colacionada a este instrumento, foi realizada antes de instaurado o juízo arbitral.” (TJMG – 12ª Câmara Cível – Acórdão nº 1.0480.06.083392-2/001(1) – Desembargador Relator Domingos Coelho – Data do Julgamento 14/02/2007)

“AGRAVO INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PREPARATÓRIA - CLÁUSULA ARBITRAL - AJUIZAMENTO NO “JUÍZO ESTADUAL - POSSIBILIDADE - INDEFERIMENTO DA MEDIDA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EFEITO ATIVO CONCEDIDO - CIÊNCIA DA POSTERIOR INSTAURAÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL - INCOMPETÊNCIA SUPERVENIENTE DA JUSTIÇA ESTATAL - REMESSA DOS AUTOS AO ARBITRO PARA MANUTENÇÃO OU NÃO DA TUTELA CONCEDIDA. É da competência plena do juízo arbitral, ao qual se submete o exame da causa, a cognição sobre a oportunidade da medida antecipatória ou acautelatória, ficando apenas sua execução afeta ao juiz estatal, mediante seu poder de

coertio e executio, caso a parte resista em cumpri-la espontaneamente. Hipótese excepcional, que enseja a competência do juízo estatal, todavia, é quando, antes da instauração do Juízo Arbitral, com a aceitação da nomeação pelo árbitro, haja necessidade de alguma dessas medidas cautelares ou de urgência. Nesses casos, admite-se que o requerimento seja feito diretamente ao Juiz togado competente para o conhecimento da causa, sujeitando-se, todavia, à ratificação pelo Juízo Arbitral, assim que instaurado, remetendo-lhe os autos, de forma a preservar a competência plena da Jurisdição privada sobre o litígio.” (TJMG – 14ª Câmara Cível – Desembargador Relator Elias Camilo - Acórdão nº 1.0024.07.600275-7/002(1) – Data do Julgamento: 17/01/2008)

Quanto aos autos, veja-se que a decisão do Tribunal de Justiça mineiro foi a de remetê-los ao juízo arbitral, tão só pela necessidade de documentação.

Nesta específica situação a medida cautelar incidental não parece mesmo ser a solução tecnicamente mais correta, mas é devido um juízo de ponderação: a tutela de urgência não pode e não deve ficar a mercê de posicionamentos ideológicos, e o processo tem um dever, uma finalidade instrumental. Portanto, se a parte optar pelo ajuizamento da ação cautelar incidental, deverá o juiz concluir que há dúvida atual e objetiva, que inexistente ofensa ao princípio do devido processo legal (*notadamente ao contraditório*) e “aceitar” a ação proposta.

O Tribunal Arbitral, ou o árbitro, caso não se trate de arbitragem colegiada, deverá decidir sobre a suspensão da ação de execução e essa decisão substituirá aquela anteriormente proferida pelo juiz, que deverá respeitar, integralmente, a decisão do juízo arbitral. Por essa razão, entendemos ser mais adequado discutir esta questão de forma incidental nos próprios autos do processo executivo.

Tal ocorre, por exemplo, com as exceções e objeções de pré-executividade, que nada mais são do que defesas dentro do processo de execução e que comportam o deferimento de

efeito suspensivo, mesmo que não seguro o juízo. Trata-se de matéria já pacificada em doutrina e jurisprudência, sendo desnecessário sequer citar estas fontes.

III.2. Processo de execução ajuizado após a constituição do Tribunal Arbitral:

Na segunda hipótese, a competência será exclusivamente do Tribunal Arbitral, vedado o recurso ao Poder Judiciário, cuja atuação, além de poder ser reputada inexistente (ofensa ao artigo 267, VII, CPC), ensejará a aplicação da penalidade contratual cabível. Na terceira hipótese, caso a parte pretenda impedir a execução da dívida antes de iniciada, deverá recorrer ao juiz estatal.

Aqui vale referir a um problema que, se intuitivamente parece ser aparente, já foi bastante controverso antes da promulgação da Lei nº 9.307/96.

Enquadrando-se a LArb na moldura do sistema jurisdicional, não há que se questionar a competência dos árbitros para deferir medidas liminares em geral. Quem pode o mais, pode o menos. Se as partes decidiram confiar a solução de sua lide à arbitragem, inquestionável ser incompatível conjugar as funções para cindir as competências: árbitro decide o mérito, inclusive sobre as cautelares, e juiz estatal executa estas medidas (*monopólio do poder coercitivo*).

Parcialmente contrário é o entendimento do ilustre professor e arbitralista José Carlos de Magalhães²⁹ no tocante à antecipação de tutela, para quem este provimento somente pode ser adotado desde que prévia e expressamente previsto “na convenção de arbitral pelas próprias partes ou no regulamento da instituição de arbitragem por elas eleita para regular-lhes a composição da controvérsia.”

²⁹ “A tutela Antecipada no Processo Arbitral”, Revista de Arbitragem e Mediação, Editora Revista dos Tribunais, ano 2 – nº 4, janeiro-março 2005, 2005, São Paulo, capítulo I.1, página 20;

Já o interessante estudo do Ministro Sidnei Beneti³⁰ propõe outra solução. Conclui ser “possível, embora naturalmente, deva ser extraordinário, o deferimento de antecipação da tutela pelo árbitro durante o procedimento arbitral, mas não será admissível esse deferimento pelo juízo estatal – embora a este possível o deferimento de medida cautelar preparatória.”

De fato, é o que ocorre na hipótese em foco, em que, iniciado o processo de execução, a parte necessita recorrer ao juiz da causa para se obter um provimento que, embora antecipatório, servirá tão somente para se suspender o curso da ação.

Importante salientar que a postura do juiz (estatal) não gerará maiores conseqüências. A sua decisão não necessitará estar calcada em elevado grau de verossimilhança e de plausibilidade do direito invocado, tampouco ser extensamente motivada e fundamentada, devendo limitar-se a decidir de modo sucinto e esperar para que o juízo arbitral, esse sim, venha decidir com maior vagar e *liberdade* sobre o efeito suspensivo, podendo manter ou revogar a decisão judicial positiva ou negativa. É a lição de Carlos Alberto Carmona³¹:

“(...) abre-se à parte necessitada a via judicial, sem que fique prejudicada a arbitragem, apenas para que o juiz togado examine se é o caso de conceder a medida cautelar; concedida a medida, cessa a competência do juiz togado, cabendo aos árbitros, tão logo sejam investidos no cargo, manter, cassar ou modificar a medida cedida.”

Apenas nos casos em que for manifesta a intenção protelatória é que o juiz deverá indeferir o pedido antecipatório, sendo mais prudente reservar-se para que sua decisão não seja transformada, ademais, em instrumento de pressão e pretenso precedente para uma das partes.

³⁰ “Arbitragem e Tutelas de Urgência”, publicado na Revista do Advogado, AASP, Ano XXVI, nº 87, Setembro de 2006, páginas 100 a 108;

³¹ Carlos Alberto Carmona. Arbitragem e Processo. São Paulo: Atlas, 2007. página 268;

Em casos tais como o presente também inexistirá um problema inerente às medidas antecipatórias em matéria arbitral e que iremos tão somente apresentar. Em primeiro lugar, haveria cabimento e prazo para ajuizar a ação anulatória do artigo 33, §1º, da LArb? Constituindo essa decisão uma sentença parcial, vale dizer, decisão final sobre *parte* ou *fração* do mérito, qual seria o termo *a quo* para a propositura da ação anulatória? Seria possível o reconhecimento, pelo STJ, de sentença *parcial* estrangeira?

Sobre a resistência doutrinária a respeito do poder dos árbitros de deferir medidas antecipatórias, o que se deve diferenciar é a fase cognitiva da liminar *latu senso* da fase de sua execução. A lei não veda o seu manejo pelo juízo arbitral, muito menos se pode depreender do sistema que tal providencia dependeria de prévia e expressa autorização dos litigantes.

Carlos Augusto da Silveira Lobo e Rafael Moura de Rangel Ney³² apontam, com esteio na lição de Clóvis do Couto e Silva, que essa resistência tem origem no revogado artigo 1.086, do Código de Processo Civil. Notam, ainda, que a referência à expressão medidas cautelares no artigo 22, §4º, da LArb, “explica-se pelo fato de diversas cautelares específicas serem em substância medidas coercitivas, como, por exemplo, o arresto, o seqüestro e a busca e apreensão, as quais, portanto, não prescindirão da cooperação do juízo estatal para sua implementação, caso a parte destinatária da medida a ela não se submeta espontaneamente.”

Uma última e curiosa questão a que iremos referir diz respeito à possibilidade de se manejar os incidentes defensivos (objeção ou exceção de pré-executividade) na ação de execução quando houver cláusula compromissória. É razoável concluir que para não configurar renúncia à via arbitral a parte deverá tratar apenas e tão somente de matérias de ordem pública, as quais, por sua natureza, todos devem respeitar: partes, juízes e árbitros.

³² “Revogação de Medida Liminar Judicial pelo Juízo Arbitral”, Editora Renovar, Rio de Janeiro/2003, *In Arbitragem Interna e Internacional – Questões de Doutrina e da Prática*, obra coletiva coordenada por Ricardo Ramalho Almeida, página 264;

IV. Notas conclusivas:

As considerações e ponderações formuladas ao longo deste estudo permitem-nos retomar as questões formuladas ao fim do tópico introdutório e concluir conforme segue:

- O Juízo arbitral, por si só, não obsta a propositura da ação de execução, haja vista a diversidade de objeto, de competência, bem assim a prescrição do artigo 585, §1º, CPC, e o fato de que o Estado é o titular exclusivo do poder expropriatório;
- A existência de ação de execução, a seu turno, não desloca a competência fixada contratualmente. Será do(s) árbitro(s) a competência para processar a ação de conhecimento, equivalente ao que seriam os embargos do devedor, estabelecendo-se entre execução e procedimento arbitral autêntica relação de prejudicialidade – artigo 265, IV, ‘a’, CPC;;
- Para fins da arbitragem, não tem a parte o dever de instituir o juízo arbitral, tão somente dar início ao procedimento necessário à sua constituição;
- Deve o juiz guardar máxima discricção, para que sua atuação não interfira com o trabalho dos árbitros, devendo deferir o pedido de efeito suspensivo desde que presentes elementos mínimos de plausibilidade do direito invocado;
- Várias são as possibilidades de se suscitar a relação de prejudicialidade e de pleitear a apreciação do pedido de efeito suspensivo, o que deve ser analisado à luz do caso concreto;
- A LArb não interfere com o direito político de ação, na medida em que a arbitragem está contida dentro do sistema jurisdicional e deriva da autonomia privada e da liberdade contratual, preceitos que possuem, igualmente, hierarquia constitucional.