

A Arbitragem e o Poder Judiciário – Questão pontual sobre a harmonia entre as duas jurisdições

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. Sócio-titular de Ferreira Rosa Sociedade de Advogados.

Resumo: O presente ensaio versa sobre um tema que, recentemente analisado pelos Tribunais pátrios já reclama uma atualização, isso porque a Lei nº 11.382/2006 alterou o regime dos embargos à execução para que o efeito suspensivo que antes era inerente a esta ação judicial passasse a seguir o regime próprio das tutelas antecipadas. Assim, além de analisar a relação de prejudicialidade entre o procedimento arbitral e a ação de execução, na hipótese em que a cláusula compromissória esteja contida em um instrumento ao qual se refira uma convenção de arbitragem, há que se analisar de quem será competência para a concessão do efeito suspensivo que atingirá, ou não, a ação de execução.

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

Recentemente foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça questão bastante interessante, envolvendo a Lei nº 9.307/96. Trata-se da Medida Cautelar nº 13.274/SP¹, na qual foi deferida a medida liminar para o fim de se determinar a suspensão de ação de

¹ Nesse mesmo sentido, ver também: 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*); 3) Decisão monocrática proferida pelo Juízo de Direito da 14ª Vara Cível do Foro Central da Capital/SP, Dr. Airton Pinheiro de Castro, em 1º de novembro de 2006, nos autos da Ação de Execução nº 2006.157495-7; e, por analogia; 4) 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;

execução até final solução de um procedimento arbitral. Na origem da discussão, havia pedido da parte que resistia à instauração do procedimento arbitral, no sentido de que o prévio ajuizamento da ação de execução afastaria a força obrigatória e vinculante da cláusula compromissória.

Em verdade, a Ministra Relatora, Fátima Nancy Andrigui, determinou que a ação de execução prosseguisse somente até a penhora de bens, devendo ficar suspensa a partir daí, haja vista que no procedimento arbitral as partes discutiam justamente a exigibilidade do título no qual estava embasada a ação executiva. Em tempo, importante mencionar que a Lei nº 11.382/2006 não estava em vigor ao tempo da citação da parte executada.

Reconheceu-se, com isso, a relação de prejudicialidade existente entre o procedimento arbitral e o processo de execução, forte nos artigos 791, inciso II e 265, inciso IV, *alínea a*, do Código de Processo Civil. Importante transcreve a ementa da decisão liminar:

“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 par 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 á 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.”

A ação de execução de onde se originou o processo cautelar incidental ao Recurso Especial foi promovida antes de promulgada a Lei nº 11.382/2006, de sorte que o prazo para os embargos à execução apenas fluiria a partir da penhora. Hoje, como se sabe, a citação da parte devedora no processo de execução gera dois prazos processuais, sendo um, mais curto, de três dias, para pagamento e, outro, mais longo e de quinze dias, para a apresentação de “defesa”.

No entanto, a questão que se extrai da mencionada medida cautelar não foi alterada pelas modificações imprimidas pela Lei nº 11.382/2006 ao processo de execução de título extra-judicial.

O ponto abordado pelo Superior Tribunal de Justiça atina com o efeito da cláusula compromissória em uma situação específica e que, acreditamos, tende a ser cada vez mais presente da realidade das lides arbitrais e judiciais. Por isso que no título referimo-nos à convivência *harmônica* entre estas duas esferas de jurisdição.

Ora, promovendo uma das partes a execução de um título extra-judicial, como proceder com os embargos do devedor considerando que as partes firmaram cláusula compromissória a respeito de eventuais disputas relativas à avença *sub judice*?

Em nosso entender, a questão não suscita maiores indagações. 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.

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*², “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*.”

De fato, não é de se imaginar, como propõem alguns estudiosos do assunto, que o efeito suspensivo seja obtido mediante a apresentação de novos embargos, pelo só fato de que a parte não pode ser obrigada a produzir litispendência, propor nova demanda, com todas as suas características, para não ser julgada, tão somente para se obter um efeito suspensivo.

Nessa ordem de fatores, a se admitir essa forma de solução estar-se-ia cometendo, aqui, o mesmo equívoco que havia em relação ao “antigo” recurso de agravo, quando as

² “Reflexos das Ações Procedimentalmente Atônomas (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;

partes impetravam a segurança para a única e exclusiva finalidade de se obter a concessão de efeito suspensivo ou ativo³.

Vale observar, ainda, que a discussão acerca da necessidade de se apresentar embargos para o fim de se obter a suspensão do processo de execução foi superada pela reforma introduzida pela Lei nº 11.382/2006. O sistema anterior dispunha que a simples apresentação dos embargos do devedor impunha ao juiz o dever de suspender a execução.

Era o que se chamava de efeito suspensivo *ope lege*. A nova reforma, mais preocupada com a celeridade do processo e afinada com o preceito contido no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, outorgou ao juízo da execução o dever-poder de analisar, à luz do caso concreto, a necessidade de se suspender o feito (*ope iudices*).

O efeito suspensivo segue, atualmente, o mesmo sistema das medidas cautelares *lato sensu*. A suspensão apenas será deferida se forem relevantes os fundamentos suscitados pelos embargantes e se o prosseguimento do processo executivo puder lhe causar danos de difícil ou incerta reparação. É o que consta do artigo 739-A, *parágrafo primeiro*, do Código de Processo Civil.

Surge aqui mais uma questão, a de se saber de quem será a competência para apreciar a possibilidade de suspensão da ação de execução: Juiz ou árbitro? Entendemos que a solução ocorrerá caso a caso, dependendo do *status* da relação jurídica que une as partes de um contrato.

³ 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;

Antes de ser constituído o Tribunal Arbitral, ou seja, caso não tenha havido ainda a requisição⁴ para a sua constituição, ou enquanto não efetivadas todas as providências necessárias neste sentido, será competente, no mais das vezes, o Poder Judiciário. Nas arbitragens cuja sede seja o território nacional parece-nos que nesta parte seria inafastável o princípio do acesso à jurisdição contido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Em verdade, a arbitragem não é limitada pela cláusula constitucional do acesso à justiça, mas sim animada pela liberdade de contratar e pela autonomia privada. São estes os postulados que asseguram às pessoas o direito de remeter suas lides à jurisdição arbitral. Pelo adjetivo utilizado vê-se, também, que a arbitragem está dentro do sistema jurisdicional, e esse fato que nos leva a crer que a parte contratante não pode ficar exposta à lesão ou ameaça de lesão por força de cláusula contratual⁵.

Assim é que o Poder Judiciário, como ente estatal permanente, serve 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 riscos⁶.

Fouchard, Gaillard e Goldman⁷, 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

⁴ Caso as partes tenham convencionado uma cláusula cheia, aquela referida no artigo 5º, da Lei nº 9.307/96, a requisição efetiva-se mediante pedido dirigido à instituição eleita pelas partes. De outra banda, caso tenham acordado a chamada cláusula *ad hoc*, conforme artigo 6º, *caput*, da Lei Brasileira de Arbitragem, daí a requisição será realizada mediante manifestação, “por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação”, à parte contrária;

⁵ Não iremos, no espaço dedicado ao tema, abordar a questão da liberdade que as partes têm de impedir os árbitros de conceder liminares nas lides relativas às suas relações contratuais (nesse sentido, o artigo 23, “1”, do Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Importante somente apontar que se trata de um direito exercitável e que, havendo cláusula nesse sentido, deverá ser respeitada pelas partes e pelos juízes e árbitros;

⁶ Sobre este tema ver artigo escrito por Thomaz Clay (“*As medidas cautelares requeridas ao árbitro*”) e recentemente 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;

⁷ *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Edited by Emmanuel Gaillard e John Savage, página 414;

of the jurisdiction of the arbitrators to hear the merits of the dispute, the jurisdiction of the courts will be rejected.”

Contudo, se a ação de execução já estiver em curso, e previamente à instauração do Tribunal Arbitral, a discussão ganha outros contornos. 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.

Nesses casos, entendemos que será conveniente à parte devedora requerer a instauração do procedimento arbitral e peticionar ao juiz da execução informando sobre a intenção de fazer valer a cláusula compromissória e o efeito negativo que dela decorre, consoante regra do artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil⁸.

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 necessário, 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 Código de Processo Civil).

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 efêmera, posto que constituído o Tribunal Arbitral sua primeira decisão deverá ser deliberar sobre a manutenção ou revogação da liminar.

⁸ Importante frisar que essa solução é a que nos parece ser a mais adequada do ponto de vista técnico. Pragmaticamente, é o advogado que deve ter a sensibilidade de adotar a melhor e mais eficaz medida em defesa de seu cliente e de sua causa, haja vista que o processo não se presta para a mera discussão de teses acadêmicas;

Nesse diapasão, se a opção adotada for a medida cautelar incidental, deverá o juiz, após decisão dos árbitros, extinguir o feito sem a resolução do mérito, posto que cumprida estará a sua finalidade⁹.

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 incidental nos autos do processo executivo.

Vale mencionar, por fim, outro detalhe bastante relevante e que altera todo o panorama acima referido. Algumas instituições de arbitragem, como a Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, dispõe de um procedimento cautelar pré-arbitral, ao qual as partes podem aderir mediante expressa referência em seu contrato (*e daí, também, a necessidade cada vez mais premente de as partes atentarem para a redação da cláusula compromissória e para a eleição da instituição que irá “gerir” e sediar o procedimento arbitral*).

Apesar de haver discussão doutrinária sobre a natureza jurídica desse procedimento e do “terceiro ordenador” (seria ou não um árbitro?), o fato é que havendo acordo relativamente ao procedimento cautelar pré-arbitral, impossível será o recurso ao Poder Judiciário.

Voltando ao tema em foco, isso tudo nos leva à conclusão de que a suspensão da ação de execução deverá ser determinada, preferencialmente, pelo árbitro ou pelo Tribunal Arbitral regularmente constituído. Quando assim não ocorrer, deverá o juízo arbitral manifestar-se

⁹ Duas observações importam nesta situação: a primeira, já mencionada, é a de que a medida cautelar incidental não parece mesmo ser a solução tecnicamente mais correta; a segunda, e aqui fazemos um juízo de ponderação, é a de que 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, 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;

acerca da liminar concedida por outro que não o juiz natural eleito pelas partes na primeira oportunidade que houver.

Portanto, pleitear providência cautelar dessa espécie perante o juízo da execução é medida extrema e de exceção, somente podendo ocorrer no caso de ser impossível requerer essa tutela perante o Tribunal Arbitral ou ao árbitro eleito pelas partes, ou ainda à instituição eleita em contrato para conduzir a arbitragem.

De um modo geral percebe-se que o Poder Judiciário tem respaldado a Lei nº 9.307/96, mas há casos isolados. A seu turno, as regras processuais permitem sempre interpretações elásticas e por isso é preciso conter paixões que levem ou possam levar, sob o palio do falso processualismo e da proteção ao *due process of law*, à usurpação da competência dos árbitros e ao desrespeito à autonomia privada das partes.

De outra banda, vê-se que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça é importante não apenas por seu conteúdo processual, mas também em vista dos aspectos de direito material que dela se depreendem.

Como sustentamos acima, a questão sobre o “destino” dos embargos, no caso de haver prévia ação de execução no cerne de um contrato contendo cláusula compromissória, é simples. Processualmente, acreditamos que não depende de maiores esforços a sua análise, 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.

Essa decisão tem a ver com a boa-fé nas relações contratuais, com termos eminentemente de direito contratual, como o são a reserva mental e o *venire contra factum proprium*. Em arbitragem, com o que é chamado por princípio *estoppel*.

Ao dar esse verdadeiro *enforcement* à cláusula compromissória, o Superior Tribunal de Justiça impediu que o contrato fosse descumprido em razão de detalhes de natureza processual. Deveras, se uma das partes pudesse, por via reflexa, impedir que a cláusula produzisse efeitos mediante a propositura de prévia ação de execução, o sistema perderia estabilidade e segurança jurídica.

A Lei nº 9.307/96 surgiu justamente para trazer maiores e melhores luzes aos negócios jurídicos, possibilitando às partes a utilização de mecanismos privados para a solução de seus conflitos. A nota característica desse sistema é a celeridade e a especialização dos julgadores, trazendo maior segurança e equilíbrio entre as partes contratantes.

Não é por outra razão que os estudiosos do assunto apontam ser o postulado da *confiança* o princípio maior da arbitragem. Se as partes confiam nos árbitros que elegeram para decidir a lide *in concreto*, e se confiam, sobretudo nessa instituição de direito, não há que se falar em recurso da decisão¹⁰.

Depurando o conceito da *confiança* no âmbito da cláusula compromissória, *Rodrigo Garcia da Fonseca*¹¹ anota 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.**”

¹⁰ Há doutrina autorizada que defende a liberdade das partes em estabelecer possibilidade de recurso dentro da esfera arbitral. Ver, por todos, 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;

¹¹Revista de Arbitragem e Mediação, capítulo 1.21, “*O Princípio da Competencia-Competencia na Arbitragem – Uma perspectiva brasileira*”, Coordenação Arnaldo Wald, ano 3, volume 9, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, página 294.

Esse mesmo autor menciona, ainda, que a escolha da arbitragem traz uma “vantagem informacional” para a solução do litígio, e transcreve a lição do ilustre *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.”

O fato de uma das partes, e até mesmo um juiz estatal, resistir à instituição do Tribunal Arbitral, revela uma nítida ofensa (dentre outros) ao artigo 422, do Código Civil, pelo qual “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*”

A inteligência e função da cláusula compromissória não podem encontrar óbices em questões processuais aparentemente controvertidas, nem tampouco em manobras dos contratantes, sob pena de desprestigiar instituto tão importante e, mais, em permitir que a instauração da arbitragem fique ao alvedrio de apenas uma das partes.

É cediço que a cláusula compromissória deve valer tanto quanto (*apenas*) uma das partes deseje submeter o litígio ao crivo dos árbitros. Não é por outra 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.

A questão deve, em suma síntese, ser visualizada sob o prisma da natureza mista da cláusula compromissória. Sendo cláusula que gera um direito obrigacional pela qual uma das

partes tem a faculdade de manifestar interesse em que a causa siga o “rito” da Lei nº 9.307/96, nasce daí o dever de o magistrado respeitar esse direito.

Imprescindível não se esquecer de outro importante postulado que governa o direito arbitral. Trata-se da competência-competência, ou Kompetenz-Kompetenz, pelo qual o árbitro é que é o juiz de sua própria competência, sendo descabida qualquer manobra, das partes ou do juiz estatal, no sentido de se alterar essa realidade.

Vale repetir, portanto, que a cláusula compromissória possui natureza híbrida, sendo norma de direito material e processual, cuja função liga-se, notadamente em direito contratual, diretamente com a intenção das partes de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ao permitir que eventuais litígios sejam julgados por árbitros especialistas na matéria.

Finalmente, importa somente concluir que a decisão do Superior Tribunal de Justiça é extremamente positiva e acaba por ser um passo à frente na constante evolução da Lei nº 9.307/96 em nosso país.