

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

FERNANDO YUJI RIBEIRO SUZUKI

**EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL SUBMETIDO À CONVENÇÃO
ARBITRAL**

Curitiba

2016

FERNANDO YUJI RIBEIRO SUZUKI

**EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL SUBMETIDO À CONVENÇÃO
ARBITRAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial a obtenção do título de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart.

Curitiba

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDO YUJI RIBEIRO SUZUKI

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL SUBMETIDO À CONVENÇÃO ARBITRAL

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

PROF. DR. SÉRGIO CRUZ ARENHART, Professor Associado do Departamento de Direito Civil e Processual Civil da Universidade Federal do Paraná

PROF. DR. VICENTE DE PAULA ATAIDE JÚNIOR Professor Substituto do Departamento de Direito Civil e Processual Civil da Universidade Federal do Paraná

PROF. MESTRE DANIEL FERNANDO PASTRE, Professor do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL

Curitiba, 25 de novembro de 2016

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a hipótese de execução forçada de título executivo extrajudicial que conetenha (ou esteja submetido a) uma convenção de arbitragem. Para tanto, buscar-se-á delinear o escopo e os limites do processo executivo e da convenção arbitral, a fim de validar os fundamentos empregados pela doutrina e jurisprudência quando da defesa da possibilidade de se operar a execução forçada do título em detrimento de procedimento arbitral prévio. Ainda, será analisada a relação entre o juízo da execução e o juízo arbitral no que se refere ao julgamento das alegações de defesa do executado, bem como à eventuais pedidos provisórios de suspensão da execução.

Palavras-chave: execução de título extrajudicial; convenção arbitral; execução forçada; defesa do executado; pedido de efeito suspensivo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO I	9
I.1. PROCESSO DE EXECUÇÃO	9
I.2. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL	12
I.3. MEIOS DE DEFESA NA EXECUÇÃO.....	15
CAPÍTULO II	21
II.1. CONVENÇÃO ARBITRAL.....	21
II.2. EFEITOS DA CONVENÇÃO ARBITRAL.....	23
II.3. LIMITES DA COMPETÊNCIA ARBITRAL.....	26
CAPÍTULO III	29
III.1. EXECUÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL SUBMETIDO A CLÁUSULA ARBITRAL.....	29
III.2. DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA.....	35
III.3. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO E OUTRAS MEDIDAS DE URGÊNCIA	39
CONCLUSÃO.....	45
BIBLIOGRAFIA	47

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a análise do procedimento de execução de títulos extrajudiciais submetidos à convenção arbitral. Busca-se delimitar os contornos da relação, cada vez mais frequente, entre a competência arbitral e a tutela jurisdicional executiva do Estado, por meio da identificação de seus respectivos escopos e eventuais áreas de sobreposição entre eles.

Na redação original do art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), para que o documento particular assinado por duas testemunhas constituísse um título executivo extrajudicial, deveria constar nele uma obrigação de pagar quantia determinada ou de entregar coisa fungível. Com a promulgação da Lei nº 8.953/94, a exigência acerca da obrigação foi retirada, tornando todo documento particular assinado por duas testemunhas pode constituir título executivo extrajudicial, desde que cumprido o requisito de certeza, liquidez e exigibilidade aplicável a todo e qualquer título desta natureza.

Esta alteração, ratificada pelo art. 784, inciso III, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) traduz uma tendência do legislador no sentido de ampliar o acesso dos particulares à tutela jurisdicional executiva, possibilitando a movimentação do aparato sancionador do Estado sem necessidade de um prévio processo de cognição. Entretanto, ao mesmo tempo em que se ampliou o rol de títulos executivos extrajudiciais, principalmente após a promulgação da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), também cresceu o número de contratos prevendo a arbitragem como meio de resolução de conflitos, gerando um conflito entre o acesso à tutela executiva e o afastamento da jurisdição estatal decorrente da convenção arbitral. Explica-se.

É cediço que, ao inserir uma cláusula arbitral em determinado contrato, as pessoas limitam o seu direito de procurar o judiciário para dirimir litígios decorrentes ou relacionados àquele contrato. Isto porque, se reconhece que a escolha pelo arbitramento dos litígios, por um lado, tem o condão de atribuir competência ao juízo arbitral; mas, por outro, obriga as partes a se absterem de procurar o Estado para solução de suas lides.

Assim, quando um contrato com cláusula arbitral - assinado por duas testemunhas e contendo uma obrigação certa e líquida - é inadimplido, o direito do credor de ajuizar a ação executiva conflita, ainda que de modo aparente, com o seu dever de submeter à arbitragem os litígios que decorram daquela relação contratual.

Isto é, de um lado o exercício do direito à ação executiva direta enfraquece o caráter obrigacional da convenção arbitral, tendo em vista que relativiza o dever da parte contratante de não se socorrer da jurisdição estatal. De outro lado, o prevalecimento do dever gerado pela convenção arbitral acaba por anular o direito à tutela jurisdicional executiva, pois torna o procedimento cognitivo arbitral a única opção do credor para se defender do inadimplemento da parte contrária.

Veja-se que a solução deste conflito tem profundos reflexos no cotidiano contratual. Usualmente, o ônus de dar início à arbitragem recai sobre a parte prejudicada pelo inadimplemento do contrato, tendo em vista que este é o único meio para forçar a parte contrária ao cumprimento do contrato. Neste cenário, o credor de uma obrigação abrangida por uma cláusula arbitral só dará início a arbitragem se o ônus financeiro da arbitragem for inferior o prejuízo causado pelo inadimplemento, caso contrário, o benefício do procedimento arbitral é menor do que seu próprio custo.

Entretanto, se reconhecido o direito do credor ajuizar a ação executiva direta, o ônus de ingressar com o processo arbitral é translada para a parte inadimplente, pois é ela quem deve provocar o juízo arbitral para justificar o não cumprimento do contrato. Por consequência, não só o credor deixa de se ver forçado a absorver os prejuízos do inadimplemento, como a parte que deseja inadimplir o contrato só o fará se a vantagem obtida pelo inadimplemento superar os custos iniciais da arbitragem.

Como se verá adiante, assentou-se na doutrina e na jurisprudência que, nestes casos, deve prevalecer o direito da parte à ação executiva, de modo que o referido conflito, em tese, já encontrou uma solução adequada. Entretanto, o relacionamento entre o juízo da execução e o juízo arbitral ainda suscita dúvidas, principalmente no que diz respeito à defesa do executado e à concessão de medidas provisórias destinadas à suspensão da execução.

Nesse aspecto, o presente estudo visa, em um primeiro momento, estudar os fundamentos e limites do processo de execução e do procedimento arbitral, a fim de identificar seus respectivos escopos e eventuais áreas de sobreposição entre eles. Para tanto, realizar-se-á no Capítulo I a análise do (i) processo de execução; (ii) do título executivo; e (iii) dos meios de defesa do executado; e, no Capítulo II, serão estudadas (i) a convenção arbitral; (ii) os efeitos da convenção arbitral; e (iii) os limites da competência arbitral.

Em seguida, com base nas informações obtidas nos Capítulos I e II, buscar-se-á, em um segundo momento, no Capítulo III: (i) analisar e fundamentar o

entendimento pela possibilidade de execução direta do título executivo extrajudicial submetido à convenção arbitral; (ii) identificar a forma e os limites do exercício do direito de defesa pelo executado; e (iii) identificar o juízo competente para a concessão de efeito suspensivo à defesa do executado.

CAPÍTULO I

I.1. PROCESSO DE EXECUÇÃO

O Direito Processual e a Ciência do Direito Processual, nos moldes contemporâneos, foram concebidos e desenvolvidos por meio do estudo doutrinário de três elementos fundamentais: ação, jurisdição e processo. Foi a definição desses três fundamentos, denominada por Ramiro Podetti como a *trilogia estrutural da Ciência do Processo Civil*¹, que permitiu a visão do processo como relação processual, iniciada e continuada através do exercício do direito de ação, na qual o Estado exerce seu poder jurisdicional, na qualidade de terceiro imparcial².

A visão de que o Estado dá cumprimento ao direito de ação das partes por meio do exercício da jurisdição, expõe caráter finalístico e teleológico do processo, e demonstra que, mesmo resguardando sua autonomia, ele continua sendo um instrumento³. Sua compreensão (e, por subsunção lógica, do processo de execução), portanto, depende da identificação da sua *telos*, vale dizer, do fim perseguido pelas partes no exercício de seu direito de ação e pelo Estado no exercício da função jurisdicional.

O conceito de jurisdição, ou a finalidade da função jurisdicional, foi por muito tempo objeto de debate na doutrina (e ainda hoje o é). Todavia, é seguro dizer que os dois posicionamentos mais influentes, no que se refere à processualística brasileira, foram defendidos por Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti. De forma geral, Giuseppe Chiovenda defendia que a finalidade da jurisdição é a atuação da vontade

¹ Expressão consagrada por J. Ramiro Podetti que veio a compor o título de um artigo publicado por ele denominado Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil. PODETTI, J. Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil: y Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: Ediar, 1963.

² Nas palavras de Podetti: “*Todo el derecho processual gira alrededor de três intituciones básicas: la jurisdicción, la acción y el proceso. (...) Si bién como conceptos, la acción, la jurisdicción y el proceso pueden ser especulativamente aislados, em la experiencia jurídica se encuentran unidos em forma inescindible. (...) Pero no hay duda de que la jurisdicción ha nacido para assegurar la satisfacción de los intereses protegidos por el ordenamento jurídico, mediante el debido proceso legal; que la potestade que constituye el decho de acción, solamente puede ejercitarse em um processo y ante la jurisdicción y que el proceso presupone la existência de ambas potestades o funciones*”. PODETTI, J. Ramiro. **Derecho procesal civil, comercial y laboral**. v. 1: Tratado de la competência. Buenos Aires: Ediar, 1954. p. 13-15.

³ Nos termos de José Frederico Marques: “O que há de real no processo é o sentido finalístico, a sua teleologia, a sua *causa finalis*. O processo, como forma de composição de litígios, tem por finalidade propiciar a resolução de conflitos de interesses dando cada um o que é seu e garantindo o triunfo da justiça e da liberdade”. MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. vol. 1. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 30-31.

da lei⁴, enquanto Francesco Carnelutti aduzia que a jurisdição se destina à promoção da justa composição da lide⁵.

Nesse sentido, Chiovenda entendia que a solução para os conflitos de interesses que surgem na sociedade reside nos mandamentos instituídos na lei, bastando ao juiz proferir a vontade da lei para que a lide fosse dirimida. Já Carnelutti entendia que a lei não contém todos os elementos necessários para solucionar os litígios entre os particulares, de modo que somente mediante a atuação do juiz, transformando a norma abstrata e genérica em lei particular entre as partes, é que se faz dirimido o conflito das partes⁶.

De todo modo, percebe-se que, em ambos os posicionamentos, o fim último buscado pela jurisdição (e, por consequência, pelo processo) é a resolução dos conflitos de interesses. A diferença reside, portanto, na crença ou não na suficiência da lei para a composição da lide e, conseqüentemente, na visão do papel do juiz na promoção da composição da lide (se meramente declaratório ou se constitutivo)⁷. Nesse sentido, em ambos os casos, *prima facie*, a solução dos conflitos de interesses se ultimaria pela prolação de um juízo, seja como uma declaração da vontade da norma, seja como elaboração da norma específica.

Entretanto, é cediço que, a eficácia obrigatória da norma advém da previsão e da concretização de uma sanção para o seu descumprimento. Isto é, o Direito, via de regra, prescreve comportamentos através da norma e, a fim de garantir que o

⁴ “Pode definir-se jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares e de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torna-la, praticamente, efetiva” CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. 2. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1943. p. 11.

⁵ “Desta forma, ao lado da lei, coloca-se o *juízo* como um os institutos fundamentais do direito. Em vez de juízo, a ciência modera preferir falar em processo”. “Conforme o modo comum de pensar, o processo civil serve, entre dois litigantes, para dar razão a quem tenha. Isso significa, em linguagem técnica, para decidir uma *litis*, isto é, um conflito de interesses, no qual um dos interessados coloca a sua pretensão e o outro resiste a ela”. CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. 4ª ed. 2ª tiragem. Campinas: Russel Editores, 2010. p. 50-51.

⁶ “De qualquer maneira, a fórmula da “composição da lide” também pode ser analisada a partir da ideia, que está presente no sistema de Carnelutti, de que a lei é, por si só insuficiente para compor a lide, sendo necessária para tanto a atividade do juiz. A sentença nessa linha, integra o ordenamento jurídico, tendo a missão de fazer concreta a norma abstrata, isto é, a lei. A sentença, ao tornar a lei particular para as partes, comporia a lide”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 36.

⁷ “As concepções de “justa composição da lide”, de Carnelutti, e de “atuação da vontade concreta do direito”, elaborada por Chiovenda, são ligadas a uma tomada de posição em face da teoria do ordenamento jurídico, ou melhor, a função da sentença diante do ordenamento jurídico. Para Chiovenda, a função da jurisdição é meramente declaratória; o juiz declara ou atua a vontade da lei. Carnelutti, ao contrário, entende que a sentença torna concreta a norma abstrata e genérica, isto é, faz particular a lei para os litigantes”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2014. p. 36.

indivíduo se comporte de acordo com o preceito normativo, prevê uma respectiva sanção para o caso de descumprimento⁸. Em verdade, a sanção constitui um pressuposto do dever jurídico extraído na norma, na medida em que a vinculação de um indivíduo a uma conduta prescrita só ocorre quando foi prevista uma sanção aplicável à conduta contrária⁹.

A execução forçada, neste contexto, é a sanção que o ordenamento jurídico prevê, a fim de mitigar os efeitos decorrentes do ato ilícito (seja pela realização da obrigação por outros meios, seja pela imposição de uma compensação) e de coagir o devedor ao cumprimento da obrigação, como instrumento de pressão psicológica¹⁰. Por consequência, é somente por meio de seu exercício é que se garante que o indivíduo cumpra com o dever prescrito na norma.

Veja-se que sob a ótica da composição da lide, tem-se que o atingimento desta finalidade depende, também, da garantia de que o comportamento previsto na norma, declarada ou constituída, seja observado pelo reclamado. Isto é, se a norma contida no juízo prescreve um comportamento a ser adotado pelo reclamado, tem-se

⁸ Nas clássicas lições de Hans Kelsen: “Se o Direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o Direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado. Atos de coerção são atos a executar mesmo contra a vontade de quem por eles é atingido e, em caso de resistência, com o emprego da força física. Como ressalta da investigação precedente, devem distinguir-se duas espécies de atos de coação: Sanções, isto é, atos de coerção que são estatuidos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, como por exemplo, a pena de prisão prevista para o furto; e atos de coerção que não tem este caráter (...). As sanções no sentido específico desta palavra aparecem – no domínio das ordens jurídicas estatais – sob duas formas diferentes: como pena (no sentido estrito da palavra) e como execução (execução forçada). Ambas as espécies de sanções consistem na realização compulsória de um mal ou – para exprimir o mesmo sob a forma negativa – na privação compulsória de um bem (...).” KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martin Fontes, 1987. p. 121.

⁹ Conforme prescreveu Hans Kelsen: “A conduta de um indivíduo prescrita por uma ordem social é aquela a que este indivíduo está obrigado. Por outras palavras: um indivíduo tem o dever de se conduzir de determinada maneira quando esta conduta é prescrita pela ordem social. Dizer que uma conduta é prescrita e que um indivíduo é obrigado a uma conduta, que é seu dever conduzir-se de uma certa maneira, são expressões sinônimas. Visto a ordem jurídica ser uma ordem social, a conduta a que um indivíduo é juridicamente obrigado é uma conduta que – imediatamente ou mediamente – tem de ser realizada em face de outro indivíduo. Se o direito é concebido como ordem coercitiva, uma conduta apenas pode ser considerada objetivamente prescrita pelo Direito e, portanto, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção”. KELSEN, Hans. *Ibid.*, 1987. p. 128;

¹⁰ “Daí a razão das sanções, que são as medidas, cuja imposição é estabelecida pelas leis como consequência da inobservância dos imperativos jurídicos. Sua finalidade é dupla: de um lado elas procuram restabelecer o equilíbrio perturbado pelo comportamento ilícito da pessoa obrigada, através da consecução por outros meios do mesmo resultado prático visado pelo imperativo primário que não foi estabelecido, ou através da realização de alguma medida que represente uma compensação jurídica da transgressão; de outro lado a existência das sanções opera como meio de pressão psicológica para induzir as pessoas obrigadas a cumprir espontaneamente suas obrigações”. LIEBMAN, Enrico Tulio. **Processo de execução**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 2.

que a lide só estará extinta após a concretização deste comportamento; de modo que se o cumprimento se der forma espontânea, tem-se como resolvida a lide; caso contrário, faz-se necessária a aplicação da respectiva sanção.

Não obstante, em função da própria natureza da sanção, que pressupõe o exercício de um ato contra a vontade do sujeito por ele atingido, tem-se que a atuação do juízo no processo executivo se diferencia da sua atuação no processo cognitivo. Isto porque, a atividade executiva, por visar a modificação da realidade fática, se dá por meio do uso da força em desfavor do executado, ou seja, por meio da prática de uma agressão (legítima) do Estado à esfera individual do devedor.

O processo de execução, neste contexto, pode ser identificado como o instrumento pelo qual o Estado, no exercício do poder de *imperium* (poder de executar suas próprias decisões), atua na realidade fática a fim de concretizar a sanção prevista na norma no caso de violação do direito que se pretende tutelar¹¹. Para tanto, faz-se o uso da força, seja na substituição da vontade do devedor (técnica de sub-rogação), seja na coação do devedor para que cumpra a determinação da norma (técnica de coação)¹².

I.2. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

O exercício da atividade executiva pelo Estado tem, por natureza, um caráter muito gravoso, haja vista que pressupõe a agressão da esfera individual do devedor para, às custas dele, realizar o direito do credor. Para que o Estado realize esta

¹¹ Nos termos de Araken de Assis: “Tem o ato executivo de peculiar, distinguindo-o, destarte, dos demais atos do processo e dos que do juiz se originam, a virtualidade de provocar alterações no mundo natural. Objetiva a execução, através de atos deste jaez, adequar o mundo físico ao projeto sentencial, empregando a força do Estado”; e “Em verdade, a natureza jurisdicional da execução deriva do *imperium*, que constitui o núcleo dos atos executivos, executados pelos magistrados”. ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2007. p. 88 e 113.

¹² Não se ignora aqui a existência de posição doutrinária de que a execução, propriamente dita, só abrange as técnicas de sub-rogação que pressupõe a agressão à esfera patrimonial do executado (Vide: LIEBMAN, Enrico Tulio. *Op. Cit.*, 1986. p. 5-6). No entanto, adota-se a posição defendida por Eduardo Talamini, segundo o qual: “Não parece inadequado reputar a execução indireta como verdadeira forma de execução. Primeiro, porque através dela há uma verdadeira atuação de sanção. Os que negam essa tese abraçam o entendimento de que a sanção jamais se realiza com a colaboração da atividade voluntária do inadimplente. Não há, todavia, o que justifique essa percepção. Reconhece-se, na teoria geral do direito, a figura da sanção intimidatória, ou seja, o estabelecimento de medidas que desencorajem o sujeito a violar (ou continuar violando) a lei. Nessa hipótese, haverá atividade voluntária do executado, mas não espontânea. Sua conduta terá sido decorrência direta da atuação da sanção intimidatória por parte do Estado”. TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. v. 2: execução. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p. 49.

atividade, portanto, é necessário haver uma significativa certeza acerca do direito do credor, sob pena de se sancionar o devedor injustamente¹³.

A doutrina, em geral, aponta que já no Direito Romano se exigia que o credor de uma obrigação obtivesse uma decisão declaratória de seu direito (um título executivo), para só então pleitear a execução deste direito, através da chamada *actio iudicati*¹⁴. Ocorre que, ainda que houvesse a certeza do direito declarada pelo juízo de cognição, na *actio iudicati* a parte executada ainda poderia exercer plenamente sua defesa, de modo que a execução, praticamente, só seria realizada após o reconhecimento do direito do exequente pelo executado¹⁵. Nesse sentido, ainda no Império Romano, extinguiu-se a necessidade do ajuizamento da *actio iudicati*, permitindo-se que o credor pedisse a execução do devedor por simples requerimento ao juízo de cognição, o qual, mesmo sem ouvir o réu, dava início aos atos executivos¹⁶.

A adoção de um processo único para a cognição e a execução perdurou por vários séculos e foi adotada na maior parte da Europa. Todavia, visando atribuir maior segurança e celeridade para as operações comerciais, surgiu no direito germânico a possibilidade da execução de algumas espécies de títulos extrajudiciais, sem prévio

¹³ “A doutrina menos recente entre nós ao cogitar do título executório, acreditava salientar-lhe suficientemente as características afirmando, (...), a necessidade de um título executório a fim de se poder proceder à execução. Inspiravam-se os direitos modernos na tendência a garantir que, na medida do possível, não se deite a mão nos bens de uma pessoa senão para a satisfação de um direito efetivamente existente”. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 139.

¹⁴ “Nas origens do direito de tradição romanística, só se chagava à prestação jurisdicional executiva depois de acertado o direito do credo por meio da sentença. Esta autorizava a intromissão do credor no patrimônio do devedor, mas isto reclamava o exercício de uma nova ação – a *actio iudicati*. O exercício do direito de ação fazia-se, primeiramente, perante o *praetor* (agente detentor do *imperium*), e prosseguia em face do *iudex* (um jurista, a quem o *praetor* delegava o julgamento da controvérsia – *iudicium*). A sentença do *iudex* dava solução definitiva do litígio (*res iudicata*), mas seu prolató não dispunha de poder suficiente para dar-lhe a execução. (...) Dentro deste panorama, somente por meio de outra ação se tornava possível obter a tutela da autoridade pública (*imperium*) para levar a cabo a execução do crédito reconhecido pelo *iudex*, quando o devedor não se dispunha a realizá-lo voluntariamente”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal**. vol. III. 48ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 7.

¹⁵ “Quer dizer que, mesmo depois de proferida a sentença condenatória, era dada ao devedor a oportunidade de impedir a execução quando pudesse lançar mão de bons argumentos para combater sua procedência, como seja, a nulidade da sentença condenatória, ou o pagamento da dívida depois de proferida a condenação. A execução nunca podia ser feita sem que constasse previamente a sua plena legitimidade”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. Cit.*, 1986. p. 10.

¹⁶ “Mais tarde, já na era cristã, o Império Romano se afastou pouco a pouco a ordem judiciária privada e, sob a denominação de *extraordinária cognitio*, instituiu uma Justiça Pública, totalmente oficializada, tal como hoje se vê no Poder Judiciário dos povos civilizados. O processamento dos litígios passou a ser feito apenas perante o *praetor*, e seus auxiliares permanentes e especializados, de sorte que a sentença já era ato emanado do próprio detentor do *imperium*, visto que este, então, enfeixava em suas mãos, também, o *iudicium*”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, 2016. p. 8.

pronunciamento jurisdicional¹⁷. Tratava-se de uma solução legislativa com o intuito de se permitir a realização do direito da parte credora sem que houvesse um procedimento cognitivo prévio tão somente para atestar a existência deste direito¹⁸.

Todavia, considerando a diferença entre o grau de certeza decorrente da decisão judicial e do documento extrajudicial, boa parte dos ordenamentos jurídicos da Europa central e ocidental e o ordenamento brasileiro instituíram processos de execução distintos para os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Isto significa dizer que, embora ambos os títulos tenham o efeito de autorizar a atividade executiva jurisdicional a fim de concretizar o direito do credor, no caso da execução de títulos extrajudiciais se deve franquear ao executado um exercício do direito de defesa de forma mais ampla, haja vista que a certeza exprimida pelo título é menor, decorrente de uma presunção legal¹⁹.

Deve-se pontual que, no âmbito doutrinário, muito se discutiu a natureza do título executivo. Classicamente, Francesco Carneluti considerava o título como documento ao qual a lei atribui o efeito de prova integral do crédito²⁰, enquanto Enrico Tullio Liebman considerava que o título constituía um ato ao qual a lei atribuía a eficácia de autorizar a realização da vontade sancionatória²¹. Todavia, entende-se

¹⁷ “A sistemática de um processo único para acertar e realizar o direito da parte vigorou durante vários séculos na Europa. Já no final da Idade Média e nos princípios da Idade Moderna, o incremento do intercâmbio comercial fez surgir os títulos de crédito, para os quais se exigia uma tutela judicial mais expedita que a do processo comum de cognição. Foi então que se ressuscitou a *actio iudicati* romana, por meio da qual se permitia uma atividade judicial puramente executiva, dispensando-se a sentença do processo de cognição. Para tanto, se adotou o mecanismo de equiparar a força do título de crédito à da sentença, atribuindo-lhe, tal como esta, a *executio parata*”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ibid...*, 2016. p. 9.

¹⁸ A conveniência de rápida realização de algumas categorias de créditos, estipulados com observância de formalidades especiais, fez com que a legislação estatutária das cidades, em que o comércio florescente mal suportava as delongas do processo ordinário, reconhecesse a eficácia da execução aparelhada aos instrumentos de dívida lavrados perante o tabelião (*instrumenta guarentigiata*). (...) Assim, o resultado a que se chegou foi a equiparação, para os efeitos executivos, do instrumento à sentença; esses instrumentos gozavam da mesma execução aparelhada da própria sentença”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. Cit.*, 1986. p. 11.

¹⁹ “Durante vários séculos coexistiram as duas formas executivas: a *executio per officium iudicis*, para as sentenças condenatórias, e a *actio iudicati*, para os títulos de crédito. Prevalecia para o título judicial uma total singeleza executiva, visto que, estando apoiado na indiscutibilidade da *res iudicata*, não cabia ao devedor praticamente defesa alguma. Para o título extrajudicial, porém, era necessário assegurar mais ampla discussão, visto que, mesmo havendo equiparação de forças com a sentença, não lhe socorria a autoridade da coisa julgada. Por isso, embora os atos executivos fossem desde logo franqueados ao credor do título extrajudicial, era necessária dotar o devedor do meio de defesa adequado”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, 2016. p. 9-10.

²⁰ “A teoria propugnada por Carnelutti considera o título executivo como **documento**, servindo, pois, de **prova legal**; ou seja, a função do título executivo é fornecer a *prova do crédito*. A lei deu ao título o caráter e a força de prova legal do crédito, ou seja, do *direito substancial*” SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. 2ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Método, 2005. p. 116.

²¹ “O título executivo é um ato jurídico que incorpora a *sanção*, ou seja, que exprime a vontade concreta do Estado de que se proceda a uma determinada execução; tem, portanto, eficácia *constitutiva*, já que

atualmente, que sua natureza é mista, sendo que ora o título se demonstra como documento (devendo atender a forma legal), ora o título se demonstra como ato (devendo conter uma obrigação certa, líquida e exigível)²².

Isto, no entanto, não altera o fato de que a atribuição de eficácia executiva a títulos extrajudiciais é uma decisão legislativa, voltada tão somente a atribuir celeridade e segurança para as operações comerciais²³. No direito brasileiro, por exemplo, isto se demonstra pelo próprio alargamento do rol dos títulos extrajudiciais durante a vigência do CPC/73, hoje presente no art. 784 do CPC/2015.

Assim, a despeito da natureza que se atribua ao título executivo, é possível se concluir que a caracterização de determinado ato, público ou particular, como título executivo extrajudicial, decorre de definição legal nesse sentido e não da natureza da obrigação nele contida²⁴. Em outras palavras, são títulos executivos extrajudiciais, tão somente, os atos jurídicos aos quais a lei, expressamente, atribuiu a eficácia de autorizar a atividade executiva do Estado²⁵.

I.3. MEIOS DE DEFESA NA EXECUÇÃO

O processo de execução, cujo fim preponderante é a realização dos atos materiais necessários para a realização do direito do credor, tem, naturalmente, uma

faz nascer a ação executiva, dando ao credor o direito de a promover, sujeitando o devedor a sofrê-la” SHIMURA, Sérgio. *Ibid.*, 2005. p. 119.

²² “No conceito de título executivo, refletem-se as duas ideias, podendo distinguir-se um título executivo **processual**, como documento, e um título executivo **substancial**, como negócio jurídico documentado. Na verdade, o título que se reclama como pressuposto da execução forçada é tanto *título-documento* como *título-direito*. Isso porque há de se considerarem os requisitos *formais* e os requisitos *substanciais*: quer dizer, o título há de satisfazer a uma certa forma e ter um certo conteúdo. Não é só prova, nem só documento, mas sim um “fato complexo””. SHIMURA, Sérgio. *Ibid.*, 2005. p. 137.

²³ “Constitui, pois, problema de política legislativa o da determinação dos atos que podem em caso concreto proporcionar garantia de tal espécie. O primeiro lugar corresponde naturalmente às sentenças *definitivas* de condenação; mas, com a intenção de facilitar o caminho do credor e de tornar mais rápida e expedita a satisfação de seu direito, a lei ampliou a categoria dos títulos executórios, abrangendo nela numerosos atos diversos da sentença definitiva”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. Cit.*, 1952. p. 139.

²⁴ “Não é a natureza da obrigação que qualifica um título como executivo, mas sim a inclusão do mesmo entre os títulos executivos por disposição legal expressa. O que importa é a catalogação legal feita pelo Código de Processo Civil ou por lei extravagante”. SHIMURA, Sérgio. *Op. Cit.*, 2005. p. 362.

²⁵ “Título executivo é cada um dos atos jurídicos que a lei reconhece como necessários e suficientes para legitimar a realização da execução, sem qualquer nova ou prévia indagação acerca da existência do crédito, em outros termos, sem qualquer nova ou prévia cognição quanto a legitimidade da sanção cuja determinação está veiculada no título. Só será título executivo – só autorizará a ocorrência de execução – aquele ato jurídico que a lei qualificar como tal”. TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. Cit.*, 2014. p. 70.

significativa limitação no que se refere à atividade jurisdicional cognitiva²⁶. A ampliação das atividades cognitivas no processo executivo, tem o condão de se mitigar a autoridade do título executivo (visto que lhe retira o atributo de certeza), bem como de obstar a realização de um direito que já fora reconhecido. A experiência romana com a *actio iudicati* é um perfeito exemplo de que o processo executivo com amplo exercício do contraditório está fadado ao fracasso, haja vista a falta de efetividade deste em cumprir seu propósito primordial, a saber, a realização do direito do credor²⁷.

Nesse aspecto, a exclusão das atividades de cognição do processo executivo fez com que as oposições que o réu, eventualmente, desejasse alegar fossem relegadas a uma ação de conhecimento autônoma. Trata-se de uma consequência da autonomia conferida ao título executivo, reforçando a certeza atribuída pelo legislador pela requisição de uma ação própria para sua desconstituição²⁸.

Assim, de um lado, a exigência de ação autônoma para oposições de mérito, em especial, no caso dos títulos executivos extrajudiciais, tem o condão de reafirmar a eficácia atribuída ao título de afastar a necessidade de um processo cognitivo para que o credor promova a realização de seu direito²⁹. De outro lado, a garantia de que o devedor possa se opor a execução por via de uma ação autônoma também tem a

²⁶ “(...) no processo de execução realizam-se preponderantemente atividades materiais, para a aplicação da sanção. A cognição é rarefeita, limitada ao exame dos pressupostos gerais e específicos da ação e do processo executivo, dos aspectos (de ordem pública) da validade dos atos processuais, e à solução de específicos incidentes diretamente vinculados ao andamento da máquina executiva (definição do bem para penhora e sua avaliação, concurso singular de credores, etc.). O exame do crédito do exequente fica excluído do âmbito interno da execução”. TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ibid.*, 2014. p. 464.

²⁷ “Quando surgiu a **actio iudicati**, em moldes da intervenção do Estado para realizar concretamente o direito reconhecido pela Justiça, a execução forçada era só viável com base em sentença condenatória e tinha lugar depois de decorrido o **tempus iudicti**, que era o prazo concedido ao devedor para a satisfação voluntária da obrigação. Mas este remédio processual importava reabertura da contenda judicial, com discussões infundáveis e possibilidade de novas e sucessivas execuções, tornando-o expediente imperfeito e inadequado ao fim a que se destinava”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004. p. 36.

²⁸ “A lei, criando o instituto do título executório e subordinando-lhe a admissibilidade do processo de execução, tornou estranha ao sistema deste qualquer questão sobre a existência do crédito. Pode esta surgir, apenas, em limites bem determinados, quando verdadeira ação lhe introduz um processo que viva por si próprio dentro do organismo mais amplo da execução”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. Cit.*, 1952. p. 187.

²⁹ “A eficácia de título executório atribuída a um ato contratual tem propriamente a função e o resultado de permitir ao credor que *evite* (e não que *suspenda*) o processo de cognição para alcançar diretamente a execução. (...) Em fase estritamente executória terá o título a costumada eficácia, e ao devedor, que a quiser contestar, tocará agir com a oposição de mérito; dentro, somente, do processo de oposição (se o devedor quiser propô-lo) é que terá importância a natureza diferente do ato em questão. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Ibid.*, 1952. p. 186.

função de impedir o afastamento do direito processual em relação ao material, vale dizer, que se promova a execução de um direito inexistente com base tão somente na existência do título executivo³⁰.

Os embargos do executado, nesse sentido, são, por excelência, o instrumento pelo qual o executado se opõe à execução de título extrajudicial, visto que tem o condão de garantir o exercício do contraditório pelo executado perante o juízo da execução³¹. Entretanto, por possuir natureza de ação cognitiva autônoma, mais do que representar uma simples resistência do executado, os embargos do executado, constituem um verdadeiro ataque à execução³². Neles, o executado passa de réu para autor, buscando a tutela jurisdicional a fim de obter a desconstituição do título ou a extinção da execução³³.

Considerando que os embargos à execução podem atacar o título e a execução, é possível que, de um lado, o executado queira obstar a execução por meio da desconstituição da obrigação contida no título. Todavia, de outro, também é possível que o executado queira se opor quanto a vícios procedimentais da execução, defeitos formais do título, em fim, matérias que, apesar de não versar sobre o mérito da obrigação executada, têm o condão de obstar ou questionar a atividade executiva

³⁰ “Isso explica de que modo acontece que as entidades formais criadas para a realização dos efetivos interesses podem em certo momento voltar-se contra o objetivo para o qual foram gerados e transformar-se em armas perigosas, capazes de violentar em vez de proteger aquela realidade material que constitui a vida jurídica dos homens. Manifestação relevante, senão típica, desse fenômeno proporciona-a o possível contraste entre o direito substancial e o direito processual, isto é, a possibilidade de que o processo estenda a tutela a quem não tem direito, e o exemplo saliente dessa possibilidade encontra-se exatamente no título executório”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Ibid.*, 1952. p. 189-190.

³¹ “Embora hoje se autorize – de forma excepcional – a dedução de algumas defesas dentro do próprio processo de execução, o princípio geral de que o processo executivo se presta para a realização do direito e não para a sua discussão e reconhecimento permanece íntegro. A verdadeira via de defesa do executado, nas execuções de títulos extrajudiciais, é a ação de conhecimento autônoma e incidente ao processo de execução, a que a lei denomina *embargos à execução*. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 463.

³² Em todos estes casos, a defesa do executado não se dá, propriamente, através de instrumentos de simples resistência – como é a impugnação à execução de títulos judiciais ou a contestação no processo de conhecimento. O executado se protege da execução *atacando-a*, seja por aspectos viciados de seu procedimento, seja por defeitos do título apresentado, seja ainda sustentando a insubsistência do crédito afirmado pelo exequente. Assim, a defesa se faz por via de *ação*, movida pelo devedor em face do credor. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Ibid.*, 2013. p. 464.

³³ “Não são os embargos uma simples resistência passiva como é a contestação no processo de conhecimento. Só aparentemente podem ser tidos como resposta do devedor ao pedido do credor. Na verdade, o embargante toma um posição ativa ou de ataque, exercitando contra o credor o direito de ação à procura de uma sentença que possa extinguir o processo ou desconstituir a eficácia do título executivo”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, 2004. p. 426.

jurisdicional. Todas estas matérias, em tese, podem e devem (caso a parte queira alega-las) ser objeto de embargos à execução³⁴.

Contudo, apesar de ser o principal meio de defesa do executado, os embargos não constituem o único meio pelo qual o devedor pode se opor à execução. A atual sistemática processual, ainda, permite que o executado apresente algumas matérias de defesa dentro do próprio processo de execução em algumas hipóteses excepcionais por meio do que se passou a chamar de exceção de pré-executividade.

O desenvolvimento da exceção de pré-executividade na doutrina e na jurisprudência, deveu-se, em muito, a necessidade de garantia da execução para fins de ajuizamento dos embargos do devedor. Isto porque, entendia-se, por um lado, que o direito de defesa do executado não poderia ser de todo privado tão somente pelo motivo deste não possuir meios de garantir a execução; e, por outro, que questões de ordem pública e de imediata demonstração, por economia processual, não justificavam o ajuizamento de uma ação declaratória autônoma³⁵.

Nesse sentido, possibilitou-se ao executado o exercício do direito de defesa no âmbito intraprocessual, consagrando-se pela Súmula 393 do STJ que: “a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias cognoscíveis de ofício que não demandem dilação probatória”. Não obstante a redação da súmula, pacificou-se também o entendimento pelo cabimento da exceção de pré-executividade nos processos executivos em geral³⁶.

³⁴ “Nos embargos aos atos executivos, o devedor contesta a regularidade formal do título, do preceito, da citação, ou de algum ato sucessivo do processo, ou na sua oportunidade (...) Podem ser subdivididos em: a) embargos de ordem, os que visam a anulação do processo, como os que tratam da impropriedade da forma, a falta do direito de postular em juízo, a ausência do título executivo etc.; e b) embargos elisivos, supressivos ou modificativos dos efeitos da execução, como os que tratam da impenhorabilidade, do benefício de ordem, do excesso de penhora, da litispendência, do direito de retenção, etc. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ibid.*, 2004. p. 427.

³⁵ “Pois bem, nas situações em que se mostram evidentes a ilegalidade e a impertinência da demanda executiva, não é justo permitir-se a invasão ao patrimônio do devedor, para somente então se abrir a possibilidade do contraditório e à defesa do executado (...). Afigura-se injusto e mesmo odioso submeter o devedor aparente a uma violenta constrição patrimonial por tempo indefinido, conquanto curial o abuso do sedizente credor. O depósito da coisa ou a penhora, como *conditio sine qua non* do remédio dos embargos, às vezes é inútil, já que pode acarretar uma terrível e fatal paralização das atividades econômicas do devedor e produzir consequências imprevisíveis. Nessas hipóteses, mostra-se viável a oposição do devedor ao processo de execução fundada nos pressupostos processuais da chamada “objeção de pré-executividade”, porque fulmina no nascedouro o *praeceptum* e o ato executivo de constrição. SHIMURA, Sérgio. *Op. Cit.*, 2005. p. 97-98;

³⁶ “Retratando a sedimentação do entendimento jurisprudencial e doutrinário, a Súmula 393 do STJ afirma a possibilidade de o executado formular defesas dentro da própria execução (...). É bem verdade que a Súmula refere-se apenas à execução fiscal (...) e estabelece limites que, como se vê adiante, não são de todo adequados para o emprego da medida (...). Mas o que importa é sua explícita consagração em sede jurisprudencial”. TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. Cit.*, 2014. p. 527.

Ocorre que, o objeto da exceção de pré-executividade se assemelha ao objeto dos embargos à execução, haja vista que as questões, hoje, passíveis de serem apresentadas por simples petição no âmbito da execução, eram, originalmente, alegadas quando da oposição dos embargos à execução³⁷. Em verdade, atualmente, grande parte do objeto da exceção de pré-executividade continua sendo objeto dos embargos à execução³⁸.

Isto, de certa forma, é reconhecido pelo CPC/15, na medida em que, por meio dos art. 803 e 917, acaba por possibilitar ao executado apresentar, na própria execução ou via embargos à execução, defesa alegando a inexistência dos pressupostos processuais da execução e a invalidade de inadequação dos atos executivos³⁹. Logo, até mesmo a divisão realizada com relação as matérias alegáveis em sede de embargos à execução (oposição de mérito e oposição de forma) se aplica ao objeto da exceção de pré-executividade, haja vista que há matérias atinentes à admissibilidade da atuação executiva que, no campo material, relacionam-se ao mérito da execução).⁴⁰

³⁷ Prova disto é que, quando da extinção da exigibilidade de penhora para oposição dos embargos à execução, parte da doutrina cogitou do fim da exceção de pré-executividade: “Com a eliminação da existência de prévia penhora para a oposição de embargos de executado (art. 736, alterado pela Lei 11.382/2006), já houve quem sustentasse que a objeção na execução (“exceção de pré-executividade”) desapareceria. A justificativa para tanto seria a de que, se o executado não se submete ao ônus de ter um bem seu penhorado para poder embargar, faltar-lhe-ia interesse processual para a objeção na própria execução, pois lhe bastaria promover os embargos. Em outras palavras, eis o argumento dos que preconizam haver desaparecido a figura em exame: para que promover uma medida atípica (objeção na execução), se é perfeitamente cabível a medida típica (embargos ou impugnação, conforme a natureza do título)?”. TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ibid.*, 2014. p. 532.

³⁸ Diz-se “em grande parte” porque o CPC/15, em seus artigos 887 e 903, implicitamente, dispõe que eventuais impugnações à adjudicação e à arrematação do bem penhorado devem ser apresentadas no bojo do processo (via exceção de pré-executividade), de modo que estas questões, em tese, podem ser consideradas fora do escopo dos embargos à execução.

³⁹ “Nos embargos, o executado poderá alegar matérias relativas a: (a) inexistência dos pressupostos da própria tutela executiva (p. ex., inexigibilidade da obrigação contida no título executivo); (b) invalidade e inadequação dos atos executivos (p. ex., penhora incorreta ou avaliação errônea); (c) ausência de obrigação (p. ex. pagamento, nulidade do contrato etc.). Os termos referidos nos itens a e b podem ser arguidos pelo executado por simples petição, no curso do próprio processo de execução e independentemente de embargos (cf. §1º do art. 917 e, também, art. 803, parágrafo único do CPC/2015; a respeito, cf. comentário infra)”. MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015. p.1219.

⁴⁰ Sérgio Shimura exemplifica tal fato com a possibilidade de reconhecimento da prescrição no âmbito da execução, dispondo que “por opção legislativa, portanto, na linha do sistema processual pátrio, a prescrição constitui fundamento de defesa de *mérito*, a teor dos arts. 269, IV, 741, VI e 745, CPC. (...) Não desconhecemos que so embargos se apresentam como sede própria para a alegação e discussão da prescrição. No entanto, por ilustração, se o juiz verificar que já se passaram mais de sete meses da data de emissão do cheque, fustigado por petição do devedor, não vemos como não possa o magistrado reconhecer tal defesa, independentemente e até antes da realização da penhora. SHIMURA, Sérgio. *Op. Cit.*, 2005. p. 106.

Por fim, é também possibilitado ao executado discutir o mérito das obrigações constantes no título executivo mediante o ajuizamento de ação de conhecimento autônoma, previa ou posteriormente ao ajuizamento da ação executiva. Essa ação, por vezes, faz às vezes dos embargos à execução, haja vista que se volta, também, a obtenção de declaração judicial desconstituindo o título ou a obrigação executada, podendo, inclusive, incidir em litispendência entre si.

Todavia, diferentemente dos embargos à execução, a ação declaratória autônoma, via de regra, se volta tão somente ao ataque do mérito da obrigação executada, não podendo versar acerca dos atos processuais da execução. Isto é, à exceção da hipótese do art. 903, §4º, do CPC/15, que possibilita ao executado invalidar a carta de arrematação, a ação declaratória promovida pelo executado poderá versar, tão somente, a respeito do mérito da obrigação executada.

Assim, tem-se que a defesa do executado pode se dar de forma intraprocessual (exceção de pré-executividade); de forma incidente ao processo (embargos à execução); ou de forma heterotópica (ação cognitiva autônoma). Nas duas primeiras hipóteses, é facultado ao devedor apresentar objeções de forma e de mérito, enquanto na terceira só é possível atacar o mérito da execução.

CAPÍTULO II

II.1. CONVENÇÃO ARBITRAL

A arbitragem, em suma, pode ser definida como um método de resolução de disputas onde as partes, no exercício da sua autonomia da vontade, elegem um terceiro (ou um grupo de terceiros) para julgar, definitivamente, o litígio entre elas instaurado⁴¹. Nesse aspecto, a compreensão do escopo do processo arbitral e seus limites dependem, fundamentalmente, do estudo da natureza e efeitos da escolha das partes, sendo que a convenção arbitral, por excelência, é o meio pelo qual as partes escolhem arbitrar disputas decorrentes ou relacionadas a uma determinada relação jurídica.

Anteriormente à promulgação da Lei de Arbitragem, realizava-se uma distinção de natureza e efeitos entre a cláusula arbitral e o compromisso arbitral. No caso, entendia-se que a cláusula arbitral, deferentemente do compromisso, não tinha o condão de afastar a competência estatal e obrigar as partes a submeter seus conflitos à arbitragem. A interpretação dada era de que a cláusula arbitral constituía uma promessa de firmar o compromisso arbitral após o surgimento do litígio, de modo que a cláusula arbitral constituía um pré-contrato e o compromisso arbitral um contrato propriamente dito⁴².

Todavia, com o advento da Lei de Arbitragem, embora tenha sido mantida certa diferenciação entre a cláusula arbitral e o compromisso arbitral, é certo que esta distinção não mais diz respeito à natureza e aos efeitos de ambas⁴³. Isto é,

⁴¹ Ou, nos termos de Carlos Alberto Carmona, arbitragem é o “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 30.

⁴² Antes do advento da Lei de Arbitragem, era corrente em nosso país a ideia de que a cláusula compromissória criava apenas uma obrigação de fazer, constituindo-se em pacto preliminar – como disse Clóvis Bevilacqua – “cujo objeto é a realização de um compromisso, em dada emergência”. Generalizou-se também – antes da Lei – a ideia de que o *pacto de compromittendo* não teria efeito vinculativo, caracterizando-se como verdadeiro *pactum nudum*, de tal sorte que, na melhor das hipóteses, seu descumprimento geraria direito a indenização. A jurisprudência era pacífica sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 no sentido de negar à cláusula compromissória o efeito de impedir o acesso à justiça estatal. Consequentemente, só o compromisso constituía óbice à regular formação do processo e a cláusula compromissória (simples promessa, dependente de novo acordo dos contratantes) não impedia que as partes pleiteassem seus direitos perante as cortes estatais. CARMONA, Carlos Alberto. *Ibid.*, 2009. p. 100.

⁴³ Portanto, hoje, não há grande diferença teleológica entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, embora o segundo possa ser utilizado para complementar a primeira quando

atualmente, tanto o compromisso arbitral quanto a cláusula arbitral obrigam as partes ao arbitramento de suas demandas e são prontamente exequíveis, com a única diferença de que o primeiro diz respeito a litígio já existente e o segundo a demanda futura e incerta⁴⁴.

Ocorre que, embora seja, atualmente, reconhecido que a convenção arbitral, em qualquer das suas modalidades, tenha o condão de obrigar as partes ao arbitramento de seus litígios, na prática, isto só ocorrerá, de forma imediata, se houverem elementos suficientes na convenção para instauração da arbitragem. Isto é, a instauração da arbitragem, sem posterior manifestação de vontade das partes, só é possível se a convenção arbitral indicar os elementos mínimos para a realização da arbitragem, tais como, a qualificação das partes, o número e a indicação dos árbitros (diretamente, através da sua qualificação; indiretamente, pela indicação de uma câmara competente para fazê-lo), a lei aplicável e o local da arbitragem⁴⁵.

De todo modo, salvo a hipótese acima tratada, a convenção arbitral, em qualquer das suas formas, tem reconhecida sua natureza contratual e sua pronta exequibilidade, de modo que dela exsurge a obrigação das partes arbitrarem seus conflitos. Nesse sentido, desde a assinatura da convenção arbitral é possível se extrair, também, seus efeitos enquanto negócio jurídico processual, qual seja, a capacidade de afastar a competência do juízo estatal sobre os litígios por ela abrangidos⁴⁶, conforme se tratará a seguir.

esta dor do tipo “vazia”. (...) O que se conclui é que a convenção de arbitragem é a forma pela qual se institui o juízo arbitral, sendo suas duas espécies modos distintos de visualização do mesmo fenômeno, ou seja, a obrigatoriedade ou vinculação das partes à arbitragem, sem que haja diferença fundamental de objetivo ou de eficácia entre estas espécies”. GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009. p.10.

⁴⁴ “Com efeito, após o advento da Lei, cláusula e compromisso podem, indistintamente, instituir a arbitragem, deixando a primeira de ser promessa para celebrar o segundo, de modo que uma e outro são acordos mediante os quais renuncia-se à solução estatal de conflitos, em prol da atuação do juiz escolhido pelos litigantes: se na celebração do compromisso tem-se em mira um conflito atual, já existente, definido, na cláusula aponta-se para um litígio futuro, eventual, definível”. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, 2009. p. 102.

⁴⁵ “Por isso, considera-se que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual que pode possuir eficácia plena ou limitada de acordo com a sua forma (“cheia” ou “vazia”), possuindo, na primeira hipóteses, um contrato de organização. A cláusula compromissória “vazia” é convenção de arbitragem, mas com eficácia limitada, porque as partes estarão vinculadas à solução do conflito via arbitragem, porém será necessária a celebração de um compromisso arbitral para definir as regras de instauração e desenvolvimento da arbitragem. Esta cláusula será um negócio jurídico processual, mas depende de um outro ato para produzir plenamente os seus efeitos ou, se necessário, sua celebração por meio de sentença judicial (art. 7º, § 7º, da Lie de Arbitragem). GUERRERO, Luis Fernando. *Op. Cit.*, 2009. p.14.

⁴⁶ “Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão

II.2. EFEITOS DA CONVENÇÃO ARBITRAL

Considerando que se encontra pacífico o caráter contratual da convenção arbitral, é consequente dizer que este instrumento tem por principal consequência a vinculação (obrigação) das partes ao arbitramento de suas disputas. A doutrina, de forma geral, subdivide este efeito em dois aspectos principais: o efeito positivo, que é a obrigação das partes ao arbitramento propriamente dita; e o efeito negativo, que é o óbice à submissão de disputas ao Poder Judiciário.

Ainda que muito se discuta acerca do caráter jurisdicional ou não da arbitragem, é de certo modo pacífico que a manifestação da vontade das partes pelo arbitramento de seus litígios é vinculante entre elas. Isto é, seja entendendo que o árbitro exerce uma função jurisdicional, seja entendendo que a função do árbitro corresponde a um equivalente jurisdicional, o fato é que se atribuiu às partes a prerrogativa de escolher pelo arbitramento (ou não) de suas controvérsias e a esta escolha se atribuiu um caráter vinculante⁴⁷.

Nesse aspecto, é evidente que a convenção arbitral possui um efeito positivo que corresponde justamente a vinculação das partes a vontade por elas manifestada, qual seja, atribuir competência ao juízo arbitral para o julgamento de seus litígios. Este efeito, em verdade, constitui uma pressuposição lógica do procedimento arbitral, visto que de nada adiantaria as partes escolherem pela arbitragem se de sua escolha não decorresse o direito e o dever de arbitrar⁴⁸. Ao mesmo tempo, a criação deste dever

ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submentendo as partes à jurisdição dos árbitros". CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, 2009. p. 79.

⁴⁷ Marinioni, por exemplo, entendendo pelo caráter não jurisdicional da arbitragem, dispôs que: "O princípio da inafastabilidade, ao afirmar que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (CF, art. 5º, XXXV), evidentemente não proíbe que pessoas capazes possam excluir a possibilidade de o Poder Judiciário rever conflitos que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis. Portanto, não há qualquer cabimento em pensar em lesão ao princípio da inafastabilidade quando as partes, usando livremente da vontade, optam pela arbitragem. Nesse caso, como é óbvio, não se exclui direito algum do cidadão ou se retira qualquer poder do Estado, pois os litigantes, quando se definem pela arbitragem, *exercem uma faculdade que está em suas mãos como corolário do princípio da autonomia da vontade*". MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, 2014. p. 158-159.

⁴⁸ "Com a convenção de arbitragem, os árbitros passam a ser dotados de jurisdição outorgada pelas partes e com competência para a solução dos conflitos por ela determinados. O árbitro será capaz de julgar aplicando o direito ao caso concreto, mas estará limitado à disposição das partes, sendo competente para situações específicas indicadas no compromisso arbitral ou no requerimento de arbitragem, ou petição inicial, decorrente de relação jurídica que contenha cláusula compromissória. Assim, o efeito positivo da convenção de arbitragem tem o escopo de garantir que ela seja eficaz e utilizada pelas partes para a solução de conflitos sem a possibilidade de arrependimento posterior unilateral ou discussões acerca da pertinência da sua utilização". GUERRERO, Luis Fernando. *Op. Cit.*, 2009. p. 124.

não teria eficácia se, a qualquer momento, as partes pudessem recorrer ao Poder Judiciário, pois, neste caso, a escolha pela via arbitral deixaria de ser uma escolha (e, por conseguinte, uma renúncia) e passaria a constituir uma mera manifestação de vontade⁴⁹.

Atenta a este problema, a Lei de Arbitragem acolhe duas soluções já há muito adotadas no contexto internacional, quais sejam, o reconhecimento da autonomia da cláusula compromissória e o princípio *kompetenz-kompetenz*. A autonomia da cláusula arbitral tem por efeito a blindagem desta em relação aos vícios que venham a comprometer a relação jurídica na qual ela está inserida, como restou determinado no caput do art. 8º da Lei de Arbitragem. O princípio da *kompetenz-kompetenz*, por sua vez, tem por efeito a atribuição de competência ao árbitro para decidir a respeito de questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção arbitral, afastando das partes à faculdade de unilateralmente procurar o Poder Judiciário para alegar vícios da própria convenção arbitral⁵⁰.

O CPC/2015, nesse sentido, estipula em seu art. 42 que *as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei*. Ato contínuo, no inciso VII do art. 485 restou determinado que o juiz não resolverá o mérito da causa quando *acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral*

⁴⁹ Esse, inclusive, como apontado no tópico anterior, era o problema envolvendo a cláusula arbitral antes da promulgação da Lei de Arbitragem, visto que, apesar de prever um acordo das partes pela arbitragem de seus litígios, a cláusula compromissória não tinha o condão de impedir que as partes se socorressem do Poder Judiciário quando entendessem conveniente.

⁵⁰ “Em virtude deste princípio da autonomia – princípio dominante no âmbito do comércio internacional -, a convenção de arbitragem é separável do contrato principal ao qual ela está vinculada, mesmo se, como acontece frequentemente, ela esteja contida formalmente neste contrato. Consequentemente, a partir do momento em que a validade do contrato principal é colocada em questão, a convenção de arbitragem que dele é independente não é atingida pela crítica, e o árbitro, cuja qualidade não é colocada em dúvida, não é paralisado por essa crítica; logo, ele pode conhecer da questão da validade do contrato principal. Para impedi-lo e evitar a arbitragem, é necessário redirecionar o ataque contra a própria convenção de arbitragem. Se ela for realmente nula ou não existir, ou for caduca ou inoperante, o suposto árbitro não tem mais nenhum título e não pode conhecer do fundo do litígio. É aqui que aparece a regra de competência-competência em seu efeito positivo: ela vem responder à questão que se põe em caso de contestação da convenção de arbitragem por uma das partes, que é de saber se o árbitro tem competência para conhecer da validade do acordo de arbitragem – que é o único que fundamenta sua própria competência. Questão semelhante não se apresentaria se não houvesse a dissociação da cláusula de arbitragem do contrato principal. É a autonomia da cláusula que isola a questão do poder do árbitro de apreciar sua própria competência. No entanto, a autonomia não diz mais nada; ela não diz principalmente em qual sentido deve ser respondida a questão que ela coloca: ela obriga desta forma a pesquisar externamente o fundamento da competência-competência”. ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da competência-competência. In: **Revista brasileira de arbitragem**, ano II, v. 6, abr./maio/jun. 2005, Thompson IOB e Cbar.

reconhecer sua competência. Isto significa que a convenção arbitral, ainda que viciada, produz o efeito de atribuir competência ao juízo arbitral e impedir o juízo estatal de conhecer previamente de assuntos a ela relativos.

Assim, não há dúvidas de que, além da obrigação de arbitrar, a Lei atribui à convenção arbitral um efeito negativo, que corresponde a impossibilidade das partes se socorrerem do Poder Judiciário para o julgamento do mérito de seus conflitos. Isto é, se reconhece que a escolha das partes pelo arbitramento da lide importa também no afastamento da competência do Poder Judiciário de apreciar a matéria, a fim de se evitar o esvaziamento do conteúdo obrigacional da convenção arbitral⁵¹.

Impende ressaltar que este efeito decorre da convenção arbitral e não da competência do árbitro, propriamente dita. Isto se confirme pelo inciso X do art. 337 do CPC/2015, o qual, no caput, estabelece que incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar a existência de convenção de arbitragem e, nos parágrafos 5º e 6º, dispõe que o juízo não poderá conhecer de ofício a existência de convenção arbitral (e de incompetência relativa) e que a ausência de alegação a esse respeito, em sede de contestação, implica a aceitação do juízo estatal e a renúncia ao juízo arbitral. Isto é, neste caso, não ocorre uma prorrogação da competência do juízo estatal, antes, tem-se uma nova manifestação de vontade das partes, ainda que tácita, revogando aquilo que havia sido acordado na convenção arbitral.

Por estas disposições, o Código acaba por reforçar que tanto a atribuição de competência ao árbitro, quando o afastamento da competência do juízo estatal tem por fundamento a convenção arbitral. Isto porque, se é da vontade expressa na convenção de arbitragem que se retiram os efeitos positivos e negativos acima explicitados, nada mais natural que a vontade das partes também seja fator suficiente para retirar a competência do juízo arbitral e reestabelecer a competência do Poder Judiciário.⁵²

⁵¹ “O efeito negativo é aquele que faz com que o efeito positivo seja oponível ao juiz togado, impondo a este abster-se de conhecer e julgar a questão antes da sua apreciação pelo árbitro”. PITOMBO, Eleonora C. Os efeitos da convenção de arbitragem – adoção do princípio *kompetenz-kompetenz* no Brasil. In.: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 331.

⁵² “O juiz togado jamais reconhecerá de ofício a existência de uma convenção de arbitragem com o efeito de extinguir sem julgamento de mérito um processo iniciado perante o Poder Judiciário (CPC, art. 247, inc. VII), pois “nada impede que as partes, mesmo com a existência de uma convenção de arbitragem, tenham a ela *renunciado* e recorrido ao Poder Judiciário por meio de propositura de demanda judicial” (Luis Fernando Guerreiro. A não arguição da preliminar por um dos signatários da convenção, associada à propositura da demanda perante o Poder Judiciário pelo outro deles, produz

Neste contexto, é inegável que a vontade das partes, expressa na convenção de arbitral, produz, de um lado, o efeito de atribuir competência ao juízo arbitral sobre litígios atinentes ao mérito da relação jurídica das partes. De outro, fica também evidenciado que a convenção de arbitragem tem o condão de afastar a competência do Poder Judiciário sobre os litígios abrangidos pela competência arbitral.

II.3. LIMITES DA COMPETÊNCIA ARBITRAL

Ainda que o ordenamento jurídico permita e reforce a escolha das partes pelo arbitramento de seus litígios, evidentemente que, em função das consequências atribuídas a esta escolha, a lei estabelece alguns limites quanto à contratação da convenção arbitral. Estes limites, naturalmente, refletem-se no procedimento arbitral e nos poderes do árbitro, haja vista que ambos, em última instância, têm como origem e fundamento a vontade das partes expressa na convenção arbitral.

Já no primeiro artigo da Lei de Arbitragem o legislador estipula duas restrições quanto ao uso da arbitragem na resolução de conflitos, às quais a doutrina costumou denominar arbitrabilidade subjetiva e objetiva. A arbitrabilidade subjetiva, de certo modo óbvia, é a exigência de que a arbitragem só possa ser escolhida por pessoas capazes de contratar, haja vista que a opção pelo arbitramento de disputas significa, em última instância, dispor do bem jurídico a que se está discutindo⁵³. A arbitrabilidade objetiva, por sua vez, é a restrição da arbitragem aos litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Trata-se de uma limitação recorrente no direito internacional e que tem por fundamento principal a impossibilidade, de certa forma também

no sistema o mesmo efeito de uma *renúncia bilateral* e explícita à arbitragem. É dos sujeitos preferindo ir ao juiz togado, e outro aceitando a jurisdição deste apesar da existência de uma convenção de arbitragem ajustada entre os dois". DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 92.

⁵³ "A arbitrabilidade é uma condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem, e vem previsto no art. 1.º da Lei Especial: "As *pessoas capazes* de contratar poderão valar-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*". (...) A capacidade das partes ao firmarem a convenção é *conditio sine qua non* para a utilização da arbitragem – *arbitrabilidade subjetiva*. Capacidade, como se sabe, é a aptidão da pessoa para ser titular de um direito, e vem genericamente estabelecida pelo art. 1.º do CC/2002. (...) Em qualquer das situações acima (limitação de exercício ou entes despersonalizados), a ressalva à utilização da arbitragem não se encontra na capacidade de firmar a convenção, pois podem contratar se assistidos ou representados. A restrição à instituição do juízo arbitral decorre da indisponibilidade do direito que se vê nestas situações. CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação; conciliação; resolução CNJ 125/2010**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 133-134.

evidente, de que as partes possam dispor de direitos que, por força de lei, não estão à sua disposição⁵⁴.

A inadmissão de arbitramento de litígios envolvendo direitos indisponíveis ou litígios envolvendo pessoas incapazes de contratar, em verdade, resultam do próprio dever do Estado de tutelar estes direitos e da conseguinte impossibilidade de se afastar a competência do Poder Judiciário para realizar esta tutela⁵⁵. Isto, de certa forma, se expressa no fato de que o artigo 2º da Lei de Arbitragem estipula uma terceira limitação, prevendo que, embora as partes possam livremente convencionar as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, esta escolha não poderá constituir uma violação aos bons costumes e à ordem pública. Em verdade, talvez, esta regra sequer constitui uma terceira limitação propriamente dita, visto que ela apenas confirma a impossibilidade de as partes disporem daquilo que lhes é indisponível.

Por fim, embora a Lei não expresse esta limitação literalmente, existe um quarto limite à arbitragem que é a impossibilidade de o árbitro realizar atividades executivas. A ausência de previsão expressa na Lei de Arbitragem, no entanto, não significa que esta limitação seja uma construção tão somente doutrinária ou jurisprudencial. Pelo contrário, é a própria Lei que estabelece que a execução das decisões arbitrais só pode ser realizada pelo Poder Judiciário⁵⁶.

⁵⁴ “Para atender à *arbitrabilidade objetiva*, exige-se que o objeto do litígio diga respeito a um direito patrimonial disponível, como diz a literalidade da norma. (...) Logo, necessário terem as partes o poder de autorregulamentação dos interesses submetidos à arbitragem, podendo dispor sobre eles pelas mais diversas formas dos negócios jurídicos; são, pois, interesses individuais, passíveis de negociação, ou seja, podem ser livremente exercidos pelas partes”. CAHALI, Francisco José. *Ibid.*, 2015. p. 134-135.

⁵⁵ “Há um estreito paralelismo entre a possibilidade ou impossibilidade da disposição de direitos e a admissibilidade ou inadmissibilidade da renúncia à jurisdição estatal. As mesmas razões de *ordem pública* conducentes à indisponibilidade de direitos no plano jurídico-material conduzem de igual modo à inadmissibilidade da arbitragem em relação aos direitos havidos como indisponíveis, porque optar por esta significa abrir mão da segurança jurídica inerente à estrita *legalidade* pela qual se rege o exercício da jurisdição pelos juízes togados e da possibilidade de acesso aos órgãos superiores do Poder Judiciário. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, 2013. p. 75-76.

⁵⁶ Ora, o juiz arbitral não detém os poderes inerentes ao *imperium*, ou seja, para ordenar ou efetuar modificações no *plano dos fatos*, e assim o diz, talvez com alguma impropriedade textual, o citado art. 22, § 4º, da Lei da Arbitragem. Como bem expõe José Dias Figueira Jr. Referindo-se ao âmbito de atuação dos juízes arbitrais: “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, originariamente, 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 ao art. 584, III, do CPC)”. (*Arbitragem, jurisdição e execução*, 2. ed., São Paulo: RT, 1999, n. 14, p. 156)”. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Arbitragem e execução. Cognição e imperium. Medidas cautelares e antecipatórias. Civil law e common law*. In: BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da nova Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 4. p. 58

Para além da Lei de Arbitragem, esta restrição decorre de um aspecto basilar do Estado moderno e contemporâneo que é o monopólio do uso da força. Como visto anteriormente, a atividade executiva é, por excelência, o meio pelo qual o Estado faz uso da força (que ele monopoliza), no intuito de conformar a realidade à previsão da norma. A atividade executiva, neste aspecto, é a expressão do poder de *imperium* do Estado, correspondente à prerrogativa exclusiva do emprego da força para fazer valer sua vontade⁵⁷.

Nesse aspecto, assim como não é possível que as partes acordem pelo arbitramento de litígios envolvendo direitos indisponíveis, também não lhes é permitido afastar a competência do juízo estatal no que se refere à realização de atos executivos. A um, porque, diferentemente da atividade cognitiva, a Lei não confere aos árbitros o poder de realizar atos executivos. A dois, porque a prerrogativa estatal sobre os atos executivos é questão de ordem pública, e, portanto, não é suscetível a afastamento pela vontade das partes⁵⁸.

⁵⁷ “A atividade jurisdicional de satisfação do direito de forma prática e concreta é exclusiva do Estado, exercida através do poder Judiciário, sendo certo que o árbitro não detém tal poder de força direta. Pode justificar esta assertiva porque o uso da força física pelos órgãos privados desfiguraria, por completo, o instituto da arbitragem, visto que o árbitro, *ad hoc* ou integrante de um Tribunal Arbitral, além de julgar, passaria a ter a preocupação de organizar aparatos de força, ao passo que o Estado é o que melhor e mais adequadamente administra tais serviços, sob o comando do Poder Judiciário. Aliás, o poder de força, distintamente do poder jurisdicional, é que constitui o monopólio do Estado em nosso sistema (art. 345 do CP)”. COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do árbitro: de acordo com a Lei 9.307/96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 94.

⁵⁸ “Outro problema, se fosse conferido o poder de força ao árbitro, seria a descentralização desse poder em mãos de árbitros distintos, campo fértil para criação de situações caóticas e, ainda, seria de fácil violação à ordem pública e aos bons costumes, acarretando a preponderância dos interesses particulares sobre os interesses públicos, sendo certo que a Lei da Arbitragem adotou princípio inverso (art. 2º, § 1º, da Lei 9.307/96)”. COSTA, Nilton César Antunes da. *Ibid.*, 2002. p. 95.

CAPÍTULO III

III.1. EXECUÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL SUBMETIDO A CLÁUSULA ARBITRAL

Uma hipótese, não rara, na prática empresarial corrente é a possibilidade de um título executivo extrajudicial contenha ou esteja submetido à uma cláusula compromissória. Como anteriormente introduzido, trata-se de uma consequência do amplo rol de títulos executivos previsto na lei processual que, por exemplo, atribui efeitos executivos aos instrumentos particulares assinados por duas testemunhas, situação que abrange a maior parte dos contratos empresariais⁵⁹.

Nessas hipóteses, surge no âmbito normativo um conflito, ainda que aparente, entre os efeitos da convenção de arbitragem e o caráter executivo do título a que ela se refere. Vale dizer, enquanto a cláusula compromissória tem o condão de afastar a competência do juízo estatal, o título executivo tem justamente o efeito oposto, qual seja, o de permitir ao credor o pronto acesso ao Poder Judiciário em busca da tutela jurisdicional executiva de seu direito.

A questão que se impõe, portanto, é a de se a presença da cláusula compromissória tem ou não o efeito de impedir que o credor se socorra do Poder Judiciário sem a prévia realização do procedimento arbitral. A resposta para esta questão, por sua vez, pressupõe a realização dos seguintes questionamentos: a convenção arbitral tem o efeito de retirar a qualidade executiva do título a que ele se

⁵⁹ Em artigo comentando precedente jurisprudencial acerca do tema, Rodrigo Garcia da Fonseca afirma: "A hipótese – um título executivo extrajudicial ostentando cláusula compromissória – pode parecer rara ou pouco usual, mas certamente não é. Embora tais casos ainda sejam escassos na jurisprudência pátria, é bastante plausível que venha a proliferar no futuro. Conforme se verifica do art. 585 do CPC, a definição legal dos títulos executivos extrajudiciais é ampla. Inclui escrituras ou documentos públicos assinados pelo devedor, ou documentos particulares firmados pelo devedor e por duas testemunhas (inc. II), vários tipos de contratos, como hipoteca, penhor, anticrese, caução ou certos tipos de seguros (inc. III), os créditos decorrentes de aluguel (inc. IV), bem como quaisquer outros títulos aos quais, a lei atribuir força executiva (inc.VII), como é o caso da CPR, em virtude da Lei 8.929/94. Ora, na medida em que aumenta o emprego das convenções de arbitragem nas várias relações contratuais, o que vem nitidamente ocorrendo no Brasil nos últimos anos, serão cada vez mais frequentes situações como a ocorrida no caso de originou o acórdão comentado". FONSECA, Rodrigo Garcia. Cláusula compromissória: execução de título de executivo extrajudicial: embargos à execução : inexistência de obrigatoriedade de submissão do conflito à arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 1, n. 2, p. 279-286, maio/ago. 2004. p. 282.

refere⁶⁰? Ou ainda, a competência jurisdicional do Estado em relação as ações executivas pode ser abrangida pelo efeito negativo da convenção de arbitragem⁶¹?

No que se refere ao primeiro questionamento, cumpre lembrar aqui da origem da qualidade executiva do título extrajudicial. Como visto anteriormente, a característica executiva do título extrajudicial decorre da previsão legal neste sentido e não da natureza da obrigação nele contida. Sob esta perspectiva, não haveria como a convenção arbitral retirar o caráter executivo do título, haja vista que este decorre de um fator externo, alheio ao conteúdo das obrigações previstas no título⁶².

Ainda seria possível questionar-se acerca da perda de um dos elementos fundamentais do título executivo em função da convenção arbitral, em especial, da exigibilidade da obrigação. Por esta linha de raciocínio, a obrigação prevista no título, ainda que certa e líquida, não seria exigível, na medida em que a parte credora só poderia exigir o cumprimento da obrigação em juízo após a realização de procedimento arbitral⁶³.

No entanto, essa argumentação também não merece prosperar. Isto porque, o compromisso das partes em arbitrar suas disputas nada tem com as obrigações decorrentes da relação jurídica de base. Veja-se que, a exigibilidade da obrigação decorre da ausência de termo ou condição para seu adimplemento (ou da ocorrência destes), sendo que a arbitragem não é, e nem poderia ser, um dos dois⁶⁴. Caso

⁶⁰Esta é a reflexão feita pelo Min. Nancy Andrighi quando do julgamento do **Recurso Especial nº 944.917**, oportunidade em que consignou: “Por outro lado, deve-se observar que o sistema legal brasileiro revela peculiaridade de admitir uma vasta gama de títulos executivos aptos a iniciar um juízo de execução forçada, de satisfação sem prévia cognição. (...) Dessa forma, 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”.

⁶¹Esta questão, por exemplo, foi enfrentada pelo Min. Luis Felipe Salomão no julgamento do Recurso Especial nº 1465535, quando da seguinte afirmação: “É de se ter, no entanto, que, apesar da referida convenção arbitral excluir a apreciação do juízo estatal, no tocante ao processo de execução forçada não incide tal restrição, haja vista que os árbitros não são investidos do poder de império estatal à prática de atos executivos, não tendo poder executivo direto”.

⁶² “Em outro dizer, a manifestação das partes, no sentido de sujeitar ou excluir determinado ato jurídico ao processo executivo, é ineficaz. Se o documento apresentado mostra-se encaixilhável em algum dos suportes do art. 585, cpc, trata-se de título executivo extrajudicial, pouco importando a vontade das partes”. SHIMURA, Sérgio. *Op. Cit.*, 2005. p. 363.

⁶³ Juvêncio Vasconcelos Viana, em artigo sobre o tema, exemplifica esta situação com um caso concreto, em que a parte executada alegava que “o contrato que embasa a execução não poderia ser considerado título executivo, pois depende da demonstração da realização de determinada condição, que para ela é a necessidade de que o exequente recorra previamente a justiça privada”. VIANA, J. V. *Convenção de Arbitragem e Título Executivo Extrajudicial*. In: **Revista dialética de direito processual**, n. 124, p. 56-62, jul. 2013. p. 61.

⁶⁴ Em resposta a alegação de que a cláusula compromissória retira a exigibilidade do título, Juvêncio Vasconcelos Viana diz que: “A exigibilidade do título ocorre a partir do momento em que a obrigação. Prevista no título, passa a ser “exigível” (perdoe-nos a redundância), ou seja, quando o cumprimento desta não está sujeito a termo, condição ou qualquer outra limitação. (...) Portanto, vencida a obrigação,

contrário, chegar-se-ia a conclusão absurda de que a parte devedora só está obrigada ao adimplemento do contrato após a realização da arbitragem.

Ademais, dizer que a realização da arbitragem constitui um óbice à exigibilidade do título, é o mesmo que dizer que a existência de um litígio acerca do dever de cumprimento de uma obrigação afasta a exigibilidade desta. Neste particular, a própria legislação processual afasta este raciocínio, na medida em que, não só permite a execução de títulos cuja obrigação seja atacada pelo devedor, como, via de regra, dispõe que o ajuizamento de ação própria discutindo o mérito da obrigação do título não tem o condão de suspender a execução⁶⁵.

Já no que se refere à segunda questão, impõe-se a retomada da origem e da abrangência do efeito negativo da convenção arbitral. Como visto anteriormente, o efeito negativo da convenção arbitral, em suma, é o afastamento da competência do Poder Judiciário para apreciar as matérias submetidas pelas partes à competência do juízo arbitral.

O efeito negativo, nesse sentido, está estritamente ligado ao efeito positivo da convenção arbitral, isto é, à atribuição de competência ao juízo arbitral. Isto porque, o afastamento da competência do juízo estatal tem a mesma extensão da atribuição de competência ao juízo arbitral, de modo que, pela convenção arbitral, as partes só renunciam à tutela do Poder Judiciário sobre aquilo que acordaram submeter ao procedimento arbitral⁶⁶.

e não tendo o devedor cumprido a prestação devida, tem o credor a necessidade da tutela jurisdicional executiva, único meio hábil a permitir a satisfação do seu direito". VIANA, J. V. *Ibid.*, 2013. p. 61.

⁶⁵ "A parte contratante de boa-fé não pode ter frustrada a sua legítima expectativa executiva, em razão da simples existência de um futuro litígio. Primeiramente, pois, sendo o título considerado como executivo, não há necessidade de o credor socorrer-se de um processo, arbitral que seja, para que seja proferido um juízo de certeza sobre o seu direito. Por segundo, tanto os títulos executivos extrajudiciais que contenham a previsão da convenção de arbitragem, como aqueles que não tenham esta previsão, são passíveis de discussão dos seus termos, quer seja da integralidade do seu cumprimento, ou de apenas parte – a simples existência de convenção de arbitragem não pode obstar a execução pois, existindo ou não a convenção, os termos do contrato podem ser objeto de discussão, a única diferença é se essa discussão se dará perante o árbitro ou o juiz togado". TIMM, Luciano Benetti; LIMA, Felipe Esbroglio de Barros. Dos efeitos da convenção de arbitragem no processo de execução. In: **Revista de arbitragem e mediação**, ano 8, vol. 31, p. 17-33, out-dez, 2001. p. 26.

⁶⁶ "De fato, a chamada eficácia negativa da convenção de arbitragem produz o efeito de desprezar a jurisdição ordinária em prol da jurisdição privada. Contudo, a simples existência da convenção de arbitragem não pode ser considerado obstáculo *ab initio* para propositura da ação de execução de título extrajudicial, quando se está diante de uma obrigação líquida, certa e exigível. Como é cediço, a arbitragem é atividade jurisdicional, em que os árbitros atuam como juízes privados, seguindo determinados procedimentos e cumprindo certos requisitos para proferir uma decisão vinculatória que tem a mesma força executiva de uma sentença judicial. Assim, um árbitro tem a *juridictio*, que representa o poder de apreciar (*cognitio*) e julgar (*judicium*), enquanto o juiz togado, além desses poderes, é investido também no *imperium*, ou seja, o poder de executar as decisões, por meio de coerção. Destarte, apesar de todos os poderes conferidos ao árbitro, este não é dotado de poder

Sob esta perspectiva, tem-se que o limite do efeito negativo se vincula aos limites da própria convenção arbitral. Como visto no Capítulo anterior, a convenção arbitral, além dos limites subjetivos e objetivos de arbitrabilidade, está submetida ao limite do próprio poder dos árbitros, no caso, a impossibilidade destes realizarem atos executórios⁶⁷. Isto significa dizer que, ainda que fosse desejo das partes impedir o acesso ao Poder Judiciário no que diz respeito à tutela executiva de direitos, esta opção não está à sua disposição⁶⁸.

Assim, é de se concluir que a competência jurisdicional do Estado sobre as ações executivas não é, nem poderia ser, afastada pela convenção de arbitragem. A um, porque a atividade executiva é de monopólio do Estado, não tendo o árbitro poderes suficientes para realiza-la. A dois, decorrência lógica da primeira razão, porque a competência sobre as atividades executivas é matéria de ordem pública, de modo que as partes não tem autonomia para atribuir esta competência ao juízo arbitral ou afasta-la do juízo estatal por intermédio da convenção arbitral.

Neste contexto, é imperiosa a conclusão de que inserção da convenção arbitral em um título executivo extrajudicial não constitui óbice para que o credor ajuíze a ação de execução, a despeito da realização de procedimento arbitral. Este é o

coercitivo para executar suas decisões”. ABDALLA, Letícia Barbosa e Silva. Execução de título extrajudicial: existência de cláusula compromissória; exceção de pré-executividade. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 4, n. 15, p. 217-224, out./dez. 2007. p. 222-223.

⁶⁷ “Se o contrato configura, por si só, e por suas garantias, um título executivo extrajudicial, o credor não fica inibido de executá-lo judicialmente, mesmo existindo convenção de arbitragem. É que não se insere nos poderes dos árbitros a atividade executiva, mas apenas a de acerto. Assim, não se pode exigir que todas as controvérsias oriundas de um contrato sejam submetidas à solução arbitral, se, como no caso da execução, a via da arbitragem se revela impotente” THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. São Paulo: Universitária de Direito, 2014. p. 146.

⁶⁸ “Mas talvez o principal argumento seja o de que foi objeto de cláusula compromissória são as disputas de mérito, ou seja, de fundo atinente ao negócio jurídico, ficando de fora direitos líquidos, certos e exigíveis de imediato que não precisem ser instrumentalizados em decisão jurisdicional (privada). Ou dito de outro modo, o que foi objeto de cláusula arbitral foi o processo de conhecimento e não o processo de execução, que, como tal, seria irrenunciável (já que a coerção ainda é ato exclusivo do Estado)”. TIMM, Luciano Benetti; LIMA, Felipe Esbroglio de Barros. *Op.c Cit*, out-dez, 2001. p. 26-27.

entendimento que tem sido reiteradamente consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça⁶⁹ e defendido também no âmbito da doutrina⁷⁰.

Um ponto recorrente na fundamentação utilizada pela jurisprudência e pela doutrina é o de que a ação de execução não só é um direito da parte credora, como também é a via mais adequada e útil em relação à sua necessidade, no cenário em questão. Isto é, além de ser a ação executiva estar à disposição do credor, tem-se que o interesse de agir deste é maior na ação executiva do que no ajuizamento da demanda arbitral⁷¹.

⁶⁹ No que se refere a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem-se que a decisão que inaugurou as discussões a este respeito na Corte Superior foi proferida no (REsp 944.917/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 03/10/2008), que restou assim ementado: “*PROCESSO CIVIL. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DE TÍTULO QUE CONTÉM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE AFASTADA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DEVIDA. Deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título. Não se exige que todas as controvérsias oriundas de um contrato sejam submetidas à solução arbitral. Ademais, não é razoável exigir que o credor seja obrigado a iniciar uma arbitragem para obter juízo de certeza sobre uma confissão de dívida que, no seu entender, já consta do título executivo. Além disso, é certo que o árbitro não tem poder coercitivo direto, não podendo impor, contra a vontade do devedor, restrições a seu patrimônio, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens. São devidos honorários tanto na procedência quanto na improcedência da exceção de pré-executividade, desde que nesta última hipótese tenha se formado contraditório sobre a questão levantada. Recurso Especial improvido. Não obstante, nas diversas vezes que instado a se manifestar acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou o entendimento relatado pela Min. Nancy Andrighi, conforme se comprova pelas decisões proferidas nos seguintes casos: REsp 1465535/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016; AgRg nos EDcl no REsp 1556779/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016; REsp 1373710/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 27/04/2015; REsp 1277725/AM, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 18/03/2013”.*

⁷⁰ Carlos Alberto Carmona adverte: “Antes de mais nada, convém chamar a atenção para o fato de que pode causar algum mal-estar a existência de cláusula compromissória em título executivo extrajudicial. 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”. Exemplificando com a hipótese de um contrato assinado por duas testemunhas, em que foram inseridas convenção arbitral e cláusula de eleição de fora, continua o autor “(...) A vontade dos contratantes resulta clara: se houver alguma controvérsia sobre o contrato (que também constitui título executivo), não deverão os contratantes recorrer ao Poder Judiciário, mas sim aos árbitros; para resolver eventual crise de inadimplemento, as partes já têm título executivo, de maneira que a via adequada é o processo de execução (e os árbitros não têm naturalmente competência para medidas satisfativas, que será capitaneado pelo juiz estatal da comarca previamente eleita pelas partes (eleição de foro)”. CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a cláusula compromissória e a cláusula de eleição de foro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 43.

⁷¹ Ainda no artigo baseado em caso concreto da temática em questão, Juvêncio Vasconcelos Viana dispõe: “Visto isso, vamos, mais uma vez, ao caso problema: (a) a busca da tutela executiva se fazia *necessária*; afinal, o credor não poderia satisfazer seu crédito com as próprias mãos (vedação à autotutela); ao credor, munido de título extrajudicial, ante o inadimplemento puro e simples da parte devedora, caba pugnar provimento executivo (tutela executiva); (b) a via do processo de execução

No que se refere à necessidade do credor, tem-se que, quando da ocorrência de inadimplemento, é de seu interesse a prestação de uma tutela jurisdicional capaz de forçar a contraparte ao adimplemento da obrigação ou ao pagamento de montante equivalente. Assim, a necessidade do credor corresponde à realização de atos materiais no sentido de vencer ou substituir a vontade do devedor a fim de se satisfazer o direito a que ele faz jus⁷². Já quanto à utilidade e adequação da via processual, tem-se que a tutela jurisdicional só será útil e, por conseguinte, adequada, se for capaz suprir a necessidade da parte. Logo, se é certo que a realização dos atos materiais supracitados é feita mediante o processo executivo, tem-se que a via mais útil e adequada ao interesse do credor é a ação de execução de título extrajudicial⁷³.

Ademais, seguindo a lógica contrária, o provimento obtido por intermédio do procedimento arbitral, sob a perspectiva do credor, não é necessário ou útil. Isto porque, se o instrumento devido pelo credor já constitui um título executivo, não há interesse dele em constituir outro título executivo; antes, lhe importa tão somente fazer cumprir aquilo que já restava consagrado no primeiro. Considerando que o procedimento arbitral se destina, por definição, à formação de um título executivo judicial, tem-se que sua realização não traz proveito ao credor⁷⁴.

trabalha com a eventualidade da *execução forçada*, o que não poderia advir no juízo arbitral e no processo que ali se instaura; tudo isso a demonstrar o viés interesse-adequação; (c) a tutela executiva, necessária e adequada, precisa de medidas executivas – medidas de força – que o árbitro não é capaz de efetivar; e (d) *ad argumentandum*, tivesse o credor buscado a via arbitral, essa redundaria, ao final, em algo que o mesmo já possui: um título executivo. Não haveria interesse-utilidade então”. VIANA, J. V. *Op. Cit.*, jul. 2013. p. 60.

⁷² “Nesse seguimento, se a parte dispõe de um título executivo para iniciar o processo satisfativo de execução e demanda através do de conhecimento, há manifesta inutilidade da via eleita, porque a duplicação de processo com prévia cognição e posterior execução revelam-se desnecessárias diante do documento que o exequente possui. (...) Se a parte que possui um título executivo extrajudicial não tem interesse para promover processo de conhecimento, devendo passar diretamente para o processo de execução, é razoável afirmar que o mesmo se deve se dar com a arbitragem; possuindo título executivo extrajudicial, o credor deve instaurar diretamente a execução em juízo, sem passar previamente pela arbitragem, como decidiu o TJES no acórdão ora comentado”. FONSECA, Rodrigo Garcia. *Op.cit.*, maio/ago. 2004. p. 283-284.

⁷³ Comentando o caso concreto, Juvênia Vasconcelos Viana chega a conclusão de que: “Claro que, já possuindo as partes título executivo, não há porque buscar a constituição de outro (sentença arbitral) numa “justiça privada”, para só muito depois, recorrer-se ao Poder Judiciário para executá-lo. Assim, o necessário, útil e adequado meio que o credor possuía para ver a tutela *jus-satisfativa* de seu crédito era (é) a ação de execução, que foi adequadamente proposta perante o Poder Judiciário, única instância capaz de prestar-lhe tal tipo de provimento. Preserva-se o interesse de agir quando a ação proposta dá-se pelo caminho correto e idôneo que a parte possui pra ver seu direito material tutelado, exatamente o que ocorreu no caso em tela”. VIANA, J. V. *Op. Cit.*, jul. 2013. p. 60.

⁷⁴ “Situação muito peculiar na disciplina da arbitragem é a da existência de um *título executivo extrajudicial* associado ao contrato portador de cláusula compromissória ou representado por ele próprio (CPC, art. 585, inc. II). Indaga-se se nessa situação deve prevalecer a convenção, devendo os sujeitos ir aos árbitros, ou se o título executivo prevalece, sendo então imperioso optar pela execução perante o Poder Judiciário. Sistemáticamente correta é a *opção pela via executiva*, porque o contrário significaria obrigar o credor, que já dispõe de um título hábil à execução forçada, a ir buscar um outro

Veja-se que, sob a vigência do CPC/73 parte da doutrina sustentava que, se a obrigação inadimplida fosse objeto de título executivo extrajudicial, faltaria ao credor interesse de agir na propositura de ação de conhecimento. A justificativa para tal posicionamento reside, justamente, na falta de atendimento ao binômio necessidade-utilidade (ou ao trinômio, necessidade-utilidade-adequação), haja vista que o resultado do provimento jurisdicional da ação cognitiva seria um direito a que o autor já era titular, qual seja, o direito à ação executiva⁷⁵.

Todavia, este entendimento restou afastado com a entrada em vigor do CPC/15, tendo em vista que seu art. 785 introduziu o seguinte dispositivo: “A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial”. Nesse sentido, se antes a opção pela via executiva podia ser tida como imperiosa, agora, por força de lei, ela passou a ser facultativa.

Não obstante, ainda que facultativa, impende ressaltar que esta é uma opção do credor, sujeita, portanto, ao seu juízo de conveniência. Isto é, a faculdade que o art. 785 prevê, assim como o direito à ação executiva, é uma prerrogativa do credor, cujo exercício depende de tão somente da sua análise acerca dos riscos e benefícios envolvido no manejo da ação executiva e da ação de cognição⁷⁶.

Desta sorte, ainda que não seja a única opção disponível ao credor, tem-se que é perfeitamente possível o ajuizamento direto da ação de execução de título extrajudicial submetido a convenção arbitral, sendo que, inclusive, esta é a via mais adequada para a defesa de seu interesse.

III.2. DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA

título (agora, judicial) perante os árbitros, percorrendo ali todos os trâmites de um desnecessário processo de conhecimento”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, 2013. p. 104.

⁷⁵ “Ressalte-se, outrossim, que a jurisprudência é uníssona em reconhecer a falta de interesse de agir do autor que propõe uma ação de conhecimento visando à constituição de título executivo, quando já possui título executivo extrajudicial, motivo pelo qual entendemos que não existe razão para que tal posição não seja adotada também para a arbitragem”. ABDALLA, Leticia Barbosa e Silva. *Op. Cit.*, out./dez. 2007. p. 223.

⁷⁶ “Assim, cabe ao credor avaliar o caminho processual que se apresenta mais seguro para o exercício de sua pretensão. Uma das características do processo moderno é justamente a das chamadas “tutelas diferenciadas”, cuja existência faculta à parte escolher aquela que melhor se adapte às características do litígio a compor em juízo”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, 2016. p. 220.

Se é certo que é plenamente possível a execução direta de título executivo extrajudicial submetido a convenção arbitral, também é certo que o direito de defesa do executado em relação à execução haverá de ser garantido. Isto porque, mesmo neste cenário, ainda subsiste o risco da realização de um direito inexistente ou de atos executórios injustos.

Ocorre que, como foi acima pontuado, o exercício do direito de defesa do executado, por excelência, é exercido por intermédio dos embargos à execução; e estes, por sua vez, correspondem a uma ação de conhecimento, autônoma em relação à própria execução. Apenas em caráter excepcional o executado pode arguir questões de ordem pública no bojo da execução, por intermédio da exceção de pré-executividade.

Não obstante, tem-se que o ajuizamento da ação executiva não representa uma renúncia à arbitragem e, por consequência, não afasta os efeitos positivos e negativos da convenção arbitral. Isto porque, como visto anteriormente, a tutela executiva não está no escopo dos efeitos da convenção arbitral, haja vista a impossibilidade de o juízo arbitral prestar esta tutela e a impossibilidade de se afastar a competência do juízo estatal para prestar esta tutela.

Nesse sentido, poderia se chegar à conclusão de que a apresentação dos embargos à execução perante o juízo estatal restaria obstada pela convenção arbitral, em função da natureza cognitiva desta ação; restando possível tão somente a apresentação da exceção de pré-executividade, visto que esta caracteriza uma defesa intraprocessual. Por consequência, dir-se-ia que o juízo arbitral é competente para processar os embargos à execução e o juízo estatal é competente para conhecer da exceção de pré-executividade. Todavia, tal posicionamento, embora lógico, não está de todo correto. Explica-se.

Embora a convenção de arbitragem tenha o efeito de atribuir competência ao juízo arbitral e afastar a competência do juízo estatal, é fato que estes efeitos não abrangem todo e qualquer litígio que surja entre as partes. Em primeiro lugar, porque, como se demonstra pela própria hipótese ora trabalhada, existem limites que condicionam a convenção arbitral (arbitrabilidade e atividade executiva). Em segundo lugar, porque a convenção arbitral não abrange toda e qualquer relação das partes,

mas tão somente aquela relação ou matérias que as partes expressamente acordaram em submeter à arbitragem⁷⁷.

De outro lado, como visto anteriormente, tanto os embargos à execução, quanto a exceção de pré-executividade, podem ter por objeto oposições de mérito e oposições de forma. As oposições de mérito se relacionam ao conteúdo do título, enquanto as oposições de forma se relacionam ao exercício da atividade executiva; de modo que somente as primeiras têm vínculo com o mérito da relação jurídica originária das partes.

Nesse sentido, admitindo-se que o juízo estatal não poderia, em hipótese alguma, conhecer dos embargos à execução, admitir-se-ia que eventuais objeções quanto aos atos por ele realizados ou determinados não poderiam ser apresentadas pelo executado. Isto porque, por óbvio, estas questões não poderiam ser submetidas ao juízo arbitral, seja porque não dizem respeito à relação jurídica submetida à convenção arbitral, seja porque o procedimento arbitral se equivale à ação autônoma declaratória da parte, na qual é defeso ao executado apresentar oposições de forma.

Do mesmo modo, entendendo-se que o juízo estatal poderia, em qualquer situação, conhecer da exceção de pré-executividade, estaria a se admitir que o juízo estatal conhecesse de temas relativos ao mérito do título, em detrimento da expressa opção das partes pelo arbitramento dessas questões. Ressalta-se que o fato de a exceção de pré-executividade poder versar sobre questões de ordem pública, isto, por si só, não tem o condão de atribuir competência ao juízo estatal, pois é plenamente possível que algumas questões de ordem sejam conhecidas no âmbito da arbitragem, como, por exemplo, a caracterização de prescrição ou decadência de direito.

⁷⁷ Tratando, especificamente, da hipótese da apresentação de embargos na temática em questão, Cândido Rangel Dinamarco defendeu que: “Questão subsequente a esta é a da competência para processar e julgar eventuais embargos de mérito à execução por título extrajudicial, ou seja, embargos que veiculem matéria referente ao direito substantivo material posto em execução (existência, inexistência, valor da obrigação). Como se sabe, os embargos à execução podem também ter por objeto uma pretensão relacionada somente com o processo executivo, ou mesmo com a ação executiva, como nos casos de ausência de título executivo, iliquidez do crédito, excesso de execução, vícios da penhora, etc. (CPC, art. 745, incs. I-IV). Nesses casos eles serão processados e julgados pelo próprio juiz estatal da execução (a) porque a eficácia da cláusula arbitral não se estende a tais temas estranhos às obrigações assumidas pelas partes no contrato onde esta se estipulou e (b) também porque o que se decidir nesses embargos não interferirá no reconhecimento, negação ou dimensionamento da relação jurídico-material que as partes convencionaram pôr sob a jurisdição dos árbitros. Mas, dispondo o Código de Processo Civil que ao embargar pode também o executado deduzir “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento” (art. 745, inc. V), incluem-se nessa previsão todas as defesas que tiver relação à própria obrigação abrangida pela cláusula (infra, n. 110). A consequência será que tais embargos de mérito serão processados e julgados em sede arbitral, instaurando-se a arbitragem com esse escopo quando chegar o momento adequado”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, 2013. p. 105-106.

Assim, há de se admitir que o cabimento ou não dos embargos à execução e da exceção de pré-executividade perante o juízo estatal não está relacionado à sua natureza processual, mas, antes, ao conteúdo da alegação por eles apresentada. Nesse aspecto, em certa medida, aplica-se aqui a lógica instituída no § 2º do art. 914 do CPC/15, atinente à apresentação de embargos nas execuções por carta, que atesta a competência do juízo deprecante, salvo nos casos em que os embargos versem *unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, da avaliação ou da alienação dos bens efetuadas no juízo deprecado*.

Ou seja, se pertinente ao mérito do título ou da obrigação nele contida, tem-se que o juízo estatal não deve conhecer da defesa da parte embargante (salvo se a parte embargada anuir, implícita ou explicitamente, com a submissão desta matéria ao juízo estatal). Doutro lado, se pertinente aos atos executivos ou à forma da execução, tem-se que o juízo estatal é plenamente competente para conhecer e decidir a matéria⁷⁸.

⁷⁸ Tal entendimento foi consagrado no recente julgamento do Recurso Especial nº 1465535/SP, o qual restou assim ementado: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EMBARGOS DO DEVEDOR. MÉRITO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. QUESTÕES FORMAIS, ATINENTES A ATOS EXECUTIVOS OU DE DIREITOS PATRIMONIAIS INDISPONÍVEIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA. LEI NOVA. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. 1. A cláusula arbitral, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal. 2. No processo de execução, a convenção arbitral não exclui a apreciação do magistrado togado, haja vista que os árbitros não são investidos do poder de império estatal à prática de atos executivos, não tendo poder coercitivo direto. 3. Na execução lastreada em contrato com cláusula arbitral, haverá limitação material do seu objeto de apreciação pelo magistrado. O Juízo estatal não terá competência para resolver as controvérsias que digam respeito ao mérito dos embargos, às questões atinentes ao título ou às obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito) e às matérias que foram eleitas para serem solucionadas pela instância arbitral (kompetenz e kompetenz), que deverão ser dirimidas pela via arbitral. 4. A exceção de convenção de arbitragem levará a que o juízo estatal, ao apreciar os embargos do devedor, limite-se ao exame de questões formais do título ou atinentes aos atos executivos (v.g., irregularidade da penhora, da avaliação, da alienação), ou ainda as relacionadas a direitos patrimoniais indisponíveis, devendo, no que sobejar, extinguir a ação sem resolução do mérito. 5. Na hipótese, o devedor opôs embargos à execução, suscitando, além da cláusula arbitral, dúvidas quanto à constituição do próprio crédito previsto no título executivo extrajudicial, arguindo a inexistência da dívida pelo descumprimento justificado do contrato. Dessarte, deve-se reconhecer a derrogação do juízo togado para apreciar a referida pretensão, com a extinção do feito, podendo o recorrido instaurar procedimento arbitral próprio para tanto. 6. O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015. 7. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de esta Corte Superior reformar o acórdão recorrido após a vigência do novo CPC, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior. 8. Recurso especial provido. (**REsp**

III.3. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO E OUTRAS MEDIDAS DE URGÊNCIA

Uma vez estabelecido que é possível a execução direta de título extrajudicial submetido a convenção arbitral e que eventuais objeções de mérito da parte executada devem ser apresentadas no âmbito da arbitragem, resta esclarecer ainda a possibilidade e a forma da prestação de tutelas provisórias, voltadas à suspensão da execução ou de atos executivos.

Antes da reforma do CPC/73 em 2005, os embargos à execução tinham efeito suspensivo automático, a fim de impedir que se realizassem atos de executivos sem que houvesse certeza acerca da justeza do dano a ser causado ao executado. Entretanto, com a reforma do CPC/73, restou previsto no art. 739-a, §1º, que os embargos não terão efeito suspensivo automático, podendo o juiz, *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*. O CPC/15, por sua vez, ainda que mantendo a exclusão do efeito suspensivo automático dos embargos à execução, passou a prever no art. 919, §1º, que *o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes*.

Percebe-se que, com a alteração do Código, houve uma ampliação das hipóteses de suspensão da execução, uma vez que, antes, a concessão do efeito suspensivo era condicionada ao cumprimento dos requisitos da medida cautelar, enquanto, agora, o efeito suspensivo pode ser concedido sob a veste de qualquer tutela provisória. Isto significa dizer que, na atual sistemática, por um lado, confirma-se o entendimento de que a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução depende da concessão de uma tutela provisória. Não obstante, por outro, o efeito suspensivo deixa de ter natureza exclusivamente cautelar; podendo ser concedido, inclusive, em sede de tutela de evidência, fato que implica na dispensabilidade da

comprovação de risco de dano irreparável ou de perigo de demora na prestação jurisdicional.

Ocorre que a prestação de tutelas provisórias em casos envolvendo procedimento arbitral é um tema que só há pouco tempo se assentou na doutrina e na jurisprudência. A dificuldade apresentada pelo tema, em suma, diz respeito, por um lado, à ausência de poder de império do juízo arbitral para fazer cumprir suas próprias decisões; mas, por outro, pela própria imprecisão da dicção original do art. 22, § 4º, Lei de Arbitragem, dispondo que *havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que, seria, originalmente, competente para julgar a causa*⁷⁹.

Como já tratado anteriormente, a convenção arbitral tem o efeito de atribuir competência ao juízo arbitral sobre o mérito das discussões envolvendo a relação jurídica das partes. Nesse sentido, tem-se que, com relação à tutela provisória, a análise da verossimilhança das alegações da parte que busca a tutela provisória, sem dúvida, está abrangida pela competência do juízo arbitral, induzindo-se a conclusão de que a concessão de tutelas provisórias seria de competência do juízo arbitral.

Entretanto, considerando que os pedidos de tutelas provisórias, em sua maior parte, envolvem situações de urgência, tem-se que o afastamento da competência do juízo estatal para prover medidas urgentes, em tese, pode ocasionar a perda da utilidade da provisão, bem como contrariar o poder geral de cautela do Estado. Isto porque, o árbitro, embora competente para conhecer do mérito da tutela provisória, não tem poderes para forçar a outra parte ao cumprimento da medida concedida, de modo que a negativa de acesso ao Poder Judiciário poderia impedir que a parte prejudicada obtivesse uma tutela tempestiva e adequada a fim de impedir a materialização ou o agravamento do dano.

⁷⁹ A este respeito Nilton César Antunes da Costa explica a controvérsia em torno do referido artigo e já adverte que o tema, até então, não havia sido resolvido de forma suficiente na doutrina: “O art. 22, § 4.º, da Lei 9.307/96, foi bastante tímido ao dispor sobre as medidas coercitivas ou cautelares, dispondo que os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originalmente, competente para julgar a causa. A norma, pois, deixa dúvida quanto ao *ato de solicitar* a medida cautelar ou coercitiva, pois não esclarece se tal solicitação é para que o Poder Judiciário materialize a ordem coercitiva antecipatória ou cautelar deferida pelo árbitro ou se é para que a jurisdição estatal aprecie o pedido formulado pelo julgador privado para deferir ou não a medida coercitiva (antecipatória ou cautelar). Em outras palavras, a cognição e o consequente deferimento ou não da tutela de urgência que envolva medida coercitiva compete ao árbitro ou ao juiz estatal? A matéria é bastante divergente na doutrina nacional, que ainda tateia sem muita profundidade o tema em questão”. COSTA, Nilton César Antunes da. *Op. Cit.*, 2002. p. 102-103.

Neste contexto, a solução encontrada pela doutrina⁸⁰ e pela jurisprudência⁸¹ foi a de que o juízo arbitral é competente para conceder medidas urgentes, sendo o juízo estatal competente para executá-las. Este entendimento, inclusive, foi consagrado pela Lei nº 13.129 de 2015, que inseriu no parágrafo único do art. 22-B da Lei de Arbitragem a seguinte disposição “Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros”.

Assim, uma vez concedido o efeito suspensivo pelo juízo arbitral, tem-se que, pela sistemática introduzida pela Lei nº 13.129 de 2015 e o CPC/15, caberia ao juízo arbitral informar a decisão ao juízo da execução, por meio da carta arbitral, a fim de que este promova a suspensão da execução. Por consequência, em sendo a análise dos requisitos para a concessão da tutela provisória de competência do juízo arbitral, cabe ao juízo da execução tão somente dar cumprimento à decisão, fazendo, ao máximo, um juízo sumário em relação à competência do juízo arbitral, aos aspectos formais da decisão e aos eventuais outros vícios de nulidade absoluta em que ela possa incorrer⁸².

⁸⁰ Athos Gusmão Carneiro, após fazer um extenso cotejo dos posicionamentos doutrinários sobre o assunto, conclui que: “Vemos, portanto, que à parte será lícito postular as medidas cautelares e/ou antecipatórias que entenda de seu interesse, mas deve fazê-lo *perante o juízo arbitral já instaurado*; ao juízo arbitral, no caso de deferimento, cumprirá solicitar as providências de efetivação prática ao *juízo estatal competente*”. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. Cit.*, 2008. v. 4. p. 64.

⁸¹ O tema foi analisado pela primeira vez pelo STJ no Recurso Especial nº 1.297.974/RJ, que restou assim ementado: “*DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. 1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. 5. Recurso especial provido. (REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012)”*

Este entendimento foi mantido posteriormente no julgamento (AgRg na MC 19.226/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012); (AgRg no CC 116.395/RO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 17/06/2013); (CC 111.230/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014); (REsp 1325847/AP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 31/03/2015).

⁸² É importante ressaltar que, por vezes, o procedimento arbitral, por escolha das partes, não será regido pelas normas do Código de Processo Civil, sendo possível que a regra indicada pelas partes

Por fim, é importante ressaltar que existem três situações excepcionais à concessão de tutela provisória de suspensão da execução pelo juízo arbitral. A primeira hipótese trata do cenário em que a parte executada necessite, com urgência, da suspensão do processo executivo antes da constituição do tribunal arbitral⁸³. Neste caso, já quando da definição da competência do juízo arbitral para concessão de medidas cautelares, o STJ firmou o entendimento de que o juízo estatal possuirá competência provisória e precária para conceder tais medidas, antes da instauração do tribunal arbitral⁸⁴.

Não obstante, tal entendimento também foi consagrado pela Lei nº 13.129 de 2015, ao introduzir no art. 22-A da Lei de Arbitragem a previsão de que a competência para conceder medidas cautelares antes da instauração da arbitragem é do juízo estatal. Nesse sentido, em razão da evidente prevenção do juízo da execução, haja vista a prejudicialidade dos temas, tem-se que a competência para processar o pedido cautelar de suspensão recairia sobre o próprio juízo da execução.

Ressalta-se que, nestes casos, em função do parágrafo único do mesmo artigo, a manutenção dos efeitos da medida cautelar está condicionada à comprovação de apresentação do pedido de instauração de arbitragem, no prazo de 30 dias, a contar da efetivação da decisão. Pontua-se, ainda, que a decisão do juízo estatal, justamente em razão do caráter precário e provisório da competência estatal nestes casos, poderá ser revista pelo juízo arbitral após instaurada a arbitragem.

preveja outros requisitos para a concessão de tutelas provisórias que não àquelas acima mencionadas. Não obstante, entende-se que o cumprimento da decisão pelo juízo estatal deve se dar da mesma forma, haja vista que a sua competência para análise do mérito das questões que levaram à concessão da cautela se encontra afastada e que a opção pela não aplicação do CPC no âmbito processo é um negócio processual válido, admitido pela Lei de Arbitragem.

⁸³ Eduardo Talamini adverte que: “As medidas urgentes, sejam conservativas ou antecipatórias, haverão de ser pleiteadas diretamente ao Poder Judiciário. Se há perigo iminente de danos graves, não há como se aguardar todo o procedimento de constituição do tribunal arbitral e o início da arbitragem. É necessária uma intervenção imediata. Diante da impossibilidade absoluta de recorrer-se ao árbitro, nesse momento, fica franqueada – sob pena de inviabilização do acesso à justiça – a possibilidade de demanda urgente na jurisdição estatal. A competência para a medida urgente, em princípio, recairá sobre o órgão judiciário que seria competente para o julgamento da própria causa, se não houvesse convenção de arbitragem. Essa orientação também é assente na doutrina”. TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada: Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. v. 4. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016. p. 165.

⁸⁴ Veja-se que, já no Recurso Especial nº 1.297.974/RJ, restou pontuado que “Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem”, entendimento este que foi reiterado no julgamento dos recursos: (AgRg na MC 19.226/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012); e (REsp 1325847/AP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 31/03/2015).

A segunda hipótese, de certo modo recente, é a cada vez mais comum previsão de procedimentos de urgência pré-arbitrais nos regulamentos das câmaras de arbitragem e nas convenções arbitrais. Trata-se da possibilidade de se indicar, previamente, um ou mais sujeitos competentes para julgar, especificamente, medidas de urgência antes da instauração do tribunal arbitral.

Nesses casos, entende-se que estes sujeitos se revestem dos mesmos poderes dos árbitros, de modo que a concessão e o cumprimento das medidas de urgência, nestes casos, se dão da mesma maneira que no procedimento arbitral⁸⁵. Todavia, é importante ressaltar que, a maior parte dos regulamentos que preveem essa possibilidade, também permite que as partes possam, sem prejuízos, recorrer diretamente ao Poder Judiciário⁸⁶.

Deste modo, caso a parte escolha por se utilizar do procedimento pré-arbitral de urgência, a concessão do efeito suspensivo (e seu respectivo cumprimento) se dão da mesma forma prevista para o juízo arbitral. Caso contrário, em entendendo a parte pela conveniência de pleitear a suspensão do processo executivo diretamente no Poder Judiciário, a concessão da tutela se dá da mesma forma que a relatada na hipótese anterior.

Ainda, a terceira e última hipótese trata de situações em que, mesmo instituído o procedimento arbitral, as circunstâncias do caso não permitam que a parte espere pela concessão da medida no tribunal arbitral, para só então obter sua execução no juízo estatal. São situações raras, mas que, em princípio, autorizam a parte a se socorrer diretamente no Poder Judiciário para obter a tutela de urgência, sob pena de se inviabilizar o próprio direito de ação da parte. Nesta hipótese, entende-se que a parte estaria autorizada a pleitear a suspensão do processo executivo diretamente no juízo da execução⁸⁷.

Conclui-se que, no que diz respeito a suspensão do processo executivo, a regra é a de que a competência para concedê-la é do juízo arbitral, cabendo ao juízo

⁸⁵ Eduardo Talamini, após analisar o regulamento de algumas câmaras arbitrais que preveem esse procedimento emergencial, conclui que: “Se não cumprida espontaneamente, a decisão concessiva da tutela urgente deverá ser executada no Poder Judiciário, tal como na hipótese da medida concedida já pelo tribunal arbitral no curso da arbitragem principal”. TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.*, 2016. p. 171.

⁸⁶ Vide TALAMINI, Eduardo. *Ibid.*, 2016. p. 170-171.

⁸⁷ “Mesmo quando já instituída a arbitragem, o Judiciário pode ser legitimamente acionado para a concessão de medida urgente, se o tribunal arbitral não estiver disponível para decidir a questão em tempo compatível com a urgência da situação. Trata-se de hipótese absolutamente excepcional, extremamente incomum na prática, inclusive por conta das modernas tecnologias de comunicação. Mas não pode ser de todo descartada. TALAMINI, Eduardo. *Idem*, 2016. p. 168.

da execução tão somente o cumprimento da decisão. Entretanto, é, sim, possível que, em hipóteses excepcionais, o juízo estatal ou o árbitro de emergência concedam a medida suspensiva, ressalvando-se que, nestes casos, a competência de ambos é precária e provisória, de modo que o juízo arbitral, posteriormente, pode, a qualquer tempo, revisar, modificar ou extinguir a medida concedida.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível afirmar que resta assente a possibilidade de se executar diretamente um título extrajudicial que contenha em si (ou esteja submetido a) uma convenção arbitral. Em linhas gerais, essa possibilidade é respaldada nas premissas de que: (i) a realização da execução é restrita ao juízo estatal; (ii) a convenção arbitral não tem o condão de retirar a natureza executiva do título; e (iii) o efeito negativo da convenção arbitral não abrange a jurisdição executiva do Poder Judiciário.

A primeira premissa decorre da constatação de que a prerrogativa de realizar os atos executivos decorre do poder de império do Estado, isto é, da autoridade exclusiva que o Estado detém para fazer uso da força com vistas a concreção da sua própria vontade. A segunda premissa resulta da verificação de que a convenção arbitral não constitui um óbice para a certeza, liquidez e exigibilidade do título, de modo que, nestes casos, permanece hígida a eficácia executiva atribuída pela lei ao título extrajudicial. A terceira premissa, por fim, advém do entendimento de que, por um lado, as partes não detém autonomia para afastar a jurisdição executiva do Estado e, por outro, o juízo arbitral não tem poderes para realizar a execução de suas próprias decisões.

Não obstante, embora se reconheça a competência do juízo estatal para promover a execução forçada do título executivo extrajudicial submetido à convenção arbitral, tem-se que a competência para apreciar as alegações de defesa do executado, via de regra, é do juízo arbitral. Isto porque, o ajuizamento da ação executiva não revoga a competência do juízo arbitral para conhecer das questões atinentes ao mérito do título executado, de modo que, mesmo sob a forma de defesa, tais questões devem ser apresentadas no âmbito da arbitragem. Contudo, excetuam-se desta regra as defesas voltadas à impugnação da forma da execução, haja vista que tais matérias não estão abrangidas pela convenção arbitral, permanecendo competente o juízo da execução. Nesse sentido, conclui-se que a parte executada deverá apresentar suas objeções de mérito junto ao juízo arbitral e suas objeções de forma perante o juízo da execução.

A competência para atribuição de efeito suspensivo à defesa do executado, por fim, segue esta mesma regra, pressupondo que o juízo competente para conhecer

do mérito da alegação é também competente para lhe atribuir efeito suspensivo. Todavia, há de que se ressaltar que tal competência pode ser alterada, ainda que de forma precária, a depender do momento que se fizer necessária a suspensão do procedimento executivo, bem como da urgência de tal provimento.

Tratam-se das hipóteses em que o pleito de suspensão da execução, mesmo fundado em alegação de mérito, possa vir a ser concedido pelo juízo estatal ou por um árbitro de emergência. Com relação ao juízo estatal, este poderá conhecer do pedido suspensivo sempre que o juízo arbitral não tenha sido constituído ou que a urgência da medida não permita que a parte espere o provimento pelo juízo arbitral. Já com relação ao árbitro de emergência, este será competente para conhecer do pedido suspensivo caso haja previsão na convenção arbitral ou no regulamento da câmara competente lhe atribuindo competência para concessão de medidas provisórias antes da instauração da arbitragem. De todo modo, as medidas provisórias concedidas pelo juízo estatal ou pelo árbitro de emergência, em razão do caráter precário e provisório da competência destes, podem ser, posteriormente, mantidas, modificadas ou revogadas pelo juízo arbitral.

BIBLIOGRAFIA

ABDALLA, Letícia Barbosa e Silva. Execução de título extrajudicial: existência de cláusula compromissória; exceção de pré-executividade. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 4, n. 15, p. 217-224, out./dez. 2007.

ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da competência-competência. In: **Revista brasileira de arbitragem**, ano II, v. 6, abr./maio/jun. 2005, Thompson IOB e Cbar.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação; conciliação; resolução CNJ 125/2010**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

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

_____. Considerações sobre a cláusula compromissória e a cláusula de eleição de foro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. 4ª ed. 2ª tiragem. Campinas: Russel Editores, 2010. p. 50-51.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Arbitragem e execução. Cognição e imperium. Medidas cautelares e antecipatórias. *Civil law e common law*. In: BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da nova Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. 2. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1943. p. 11.

COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do árbitro: de acordo com a Lei 9.307/96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FONSECA, Rodrigo Garcia. Cláusula compromissória: execução de título de executivo extrajudicial: embargos à execução: inexistência de obrigatoriedade de submissão do conflito à arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 1, n. 2, p. 279-286, maio/ago. 2004.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martin Fontes, 1987

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Processo de execução**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Embargos do executado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1952.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. vol. 1. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1962

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

PODETTI, J. Ramiro. **Derecho procesal civil, comercial y laboral**. v. 1: Tratado de la competencia. Buenos Aires: Ediar, 1954.

_____. **Teoría y técnica del proceso civil: y Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: Ediar, 1963

PITOMBO, Eleonora C. Os efeitos da convenção de arbitragem – adoção do princípio kompetenz-kompetenz no Brasil. In.: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada: Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. v. 4. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**, v. 2: execução. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal**. vol. III. 48ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Processo de execução**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004.

_____. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. São Paulo: Universitária de Direito, 2014.

TIMM, Luciano Benetti; LIMA, Felipe Esbroglio de Barros. Dos efeitos da convenção de arbitragem no processo de execução. In: **Revista de arbitragem e mediação**, ano 8, vol. 31, p. 17-33, out-dez, 2001.

SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. 2ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Método, 2005.

VIANA, J. V. Convenção de Arbitragem e Título Executivo Extrajudicial. In: **Revista dialética de direito processual**, n. 124, p. 56-62, jul. 2013