



Volume 375

ANO 100

• SETEMBRO – OUTUBRO DE 2004 •

ISSN 0102-8413

REVISTA

FORENSE

FUNDADA EM 1904

PUBLICAÇÃO NACIONAL DE DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

FUNDADORES

Mendes Pimentel

Estêvão Pinto

IN MEMORIAM

Bilac Pinto

Antonio Pereira Pinto

J. de Magalhães Pinto

José Monteiro de Castro

José de Almeida Paiva

José de Aguiar Dias

Miguel Seabra Fagundes

Caio Mário da Silva Pereira

DIRETORES

Regina Bilac Pinto

José Carlos Barbosa Moreira

Francisco Bilac M. Pinto Filho

Guilherme Pinto Zingoni

Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e imperium. Medidas cautelares e antecipatórias. Civil law e common law. Incompetência da Justiça estatal¹

SUMÁRIO: 1. Exposição do tema. 2. Da arbitragem e sua natureza jurisdicional. 3. Dos poderes conferidos pela lei brasileira ao juízo arbitral. Cognição e coerção. 4. Da interpretação da cláusula onde previstas limitações ao juízo arbitral. Common law e civil law. 5. Juízo arbitral e medidas cautelares e/ou antecipatórias.

1. EXPOSIÇÃO DO TEMA

Em 1998 as empresas “B”, “C” e “D”, na qualidade de acionistas da empresa “A”, celebraram um *Acordo de Acionistas*, cuja cláusula 9.2. determinou que qualquer disputa decorrente do acordo deveria ser submetida à *arbitragem*; ficou ressalvado, contudo, que as partes *poderiam* valer-se da Justiça do Estado do Rio de Janeiro para obter “a execução específica, medidas cominatórias e outras medidas cautelares”.

A aludida cláusula estava assim redigida:

“9.2. Arbitration. The Parties agree that any dispute arising under this Agreement shall, unless otherwise provided herein, be submitted to binding arbitration to be conducted in the English language in London, England in accordance with the arbitration rules and procedures of the ICC; provided, however, that any Party may avail themselves of the judicial courts in Rio de Janeiro in

order to obtain specific performance or other injunctive relief. In the event, more than two parties are involved in any arbitration hereunder, the multiparty ICC arbitration rules shall apply.”²

A cláusula supra foi traduzida nos seguintes termos:

“9.2. *Arbitragem*. As Partes concordam que, salvo disposição diversa aqui contida, qualquer controvérsia decorrente deste acordo será submetida à arbitragem, cuja decisão será obrigatória às partes, a ser conduzida em inglês em Londres, Inglaterra, de acordo com as regras e procedimentos de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, sendo certo, porém, que qualquer das Partes poderá se valer dos tribunais do Rio de Janeiro, Brasil, a fim de obter execução específica, medidas cominatórias e outras medidas cautelares. Caso mais de duas Partes estiverem envolvidas em qualquer processo de arbitragem sob este instrumento, as regras de arbitragem multipartidárias da ICC deverão prevalecer.”

1 Tive em estudo interessante questão a respeito do alcance e eficácia de cláusula compromissória constante do “Acordo de Acionistas” da empresa “A”, tendo em vista a propositura de ação judicial pela acionista “B”, em que a Autora prefacialmente questiona o cumprimento do aludido acordo e a incidência da cláusula.

2 Vale mencionar que a Corte Internacional de Arbitragem é entidade vinculada à Câmara de Comércio Internacional, prestigiosa organização empresarial com sede na França; a Corte não atua, em realidade, diretamente como tribunal arbitral, mas sim “administra” as arbitragens conforme seu regulamento (Horacio Grigera Naón, artigo “*El Funcionamiento de las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Intrnacional*”, in colet. *A Arbitragem na Era da Globalização*, Forense, 1997, pp. 203 e segs.).

Além disso, a cláusula 10.10 do aludido Acordo de Acionistas determina que todas as disposições do dito acordo estarão sujeitas à “execução específica”, a teor do art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas e dos arts. 461, 639, 640 e 641 do Código de Processo Civil, redigida a cláusula nos seguintes termos:

“10.10. Specific performance. *The Parties understand and agree that all terms and conditions herein contained shall be subject to specific performance, as provided in Article 118 of Law n° 6.404 of December 15, 1976 (the “Corporate Law”), and the article 461, amended, and Articles 639, 640 and 641 of the Brazilian Code of Civil Procedure fully apply to the same.*”

Traduzindo:

“10.10. *Execução Específica.* As Partes reconhecem e concordam que todos os termos e condições aqui contidos estarão sujeitos a execução específica, conforme previsto no artigo 118 da Lei n° 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (a Lei das Sociedades anônimas), e o artigo 461, conforme alterado, e artigos 639, 640 e 641 do Código de Processo Civil Brasileiro serão plenamente aplicáveis aos mesmos.”

Surgiu a contenda entre os acionistas, e em consequência foi *instaurado o procedimento arbitral* perante a CCI, com nomeação de árbitros por ambas as partes, tendo tais árbitros escolhido um terceiro para presidente do Tribunal Arbitral.

Todavia, em janeiro do ano corrente a empresa “B” propôs *ação cautelar “inominada”* perante a 4ª Vara Empresarial da comarca do Rio de Janeiro/RJ, *figurando como requeridas as demais interessadas*, ação esta em que pretendeu, adiantemos desde logo, providências de evidente caráter satisfativo, como o seu retorno ao controle da empresa “A”.

Nesta ação cautelar houve contestação e réplica.

Finalmente, em março do corrente ano, a empresa “B” propôs *ação de conhecimento*, pelo rito ordinário e com pedido de *antecipação de tutela*, perante a 4ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, contra as outras empresas, veiculando a mesma pretensão aduzida na ação cautelar, e novamente argüindo que a controvérsia não poderia ser submetida ao juízo arbitral.

Ao mesmo tempo, a empresa “B” *desistiu da ação cautelar*, apenas mantendo o pedido de depósito do preço das ações cuja titularidade pretende retomar.

2. DA ARBITRAGEM E SUA NATUREZA JURISDICIONAL

Tem sido bastante discutido se o instituto da arbitragem reveste-se de caráter jurisdicional, ou se possui natureza marcadamente contratual, tema retomado após a edição da vigente Lei da Arbitragem.

Alexandre Câmara nega ao arbitramento caráter jurisdicional, entendendo que o árbitro, embora exerça função pública, não exerce atividade jurisdicional; a arbitragem é um processo, “não porém um processo jurisdicional, pois a jurisdição é monopólio do Estado, não podendo ser exercida pelo árbitro, o qual é um ente privado” (*Arbitragem*, Lumen Juris, 1997, p. 11).

Eduardo Arruda Alvim vê na arbitragem “um regime substitutivo da jurisdição que, apesar de não ser exercida pelo Estado, visa a obtenção do mesmo fim, a pacificação social”, configurando-se assim como uma “jurisdição privada” (*Curso de Direito Processual Civil*, RT, 1999, vol. 1., pp. 56-57).

José Cretella Neto, reportando-se a José Carlos de Magalhães, sustenta, “como esse autor, que a arbitragem tem natureza mista, *sui generis*, contratual em seu fundamento, e jurisdicional na forma da solução de litígios e nas consequências que provoca no mundo do Direito” (*Curso de Arbitragem*, Forense, 2004, pp. 15-16).

Cândido Rangel Dinamarco considera a arbitragem como “meio alternativo” para a solução de conflitos, processando-se “fora do âmbito do exercício do poder estatal pelo juiz” (*Instituições de Direito Processual Civil*, Malheiros, vol. III, 2001, n° 844).

Teori Zavascki nega peremptoriamente à arbitragem o caráter jurisdicional: “Nem se poderia, mediante lei ordinária, igualar ato privado com ato de jurisdição, já que isso importaria rompimento do monopólio da função jurisdicional, que pertence ao Estado por força da Constituição (art. 5º, XXXV).” E, destarte, considera “inapropriada a inclusão da sentença arbitral entre os títulos executivos judiciais” (*Coment. ao CPC*, 2ª ed., RT, 2003, vol. 8, pp. 165-185).

Outros autores opinam no sentido de que a atividade dos árbitros é verdadeira e própria *atividade jurisdicional*, e não apenas uma atividade “substitutiva”, de caráter marcadamente contratual.

Assim, Joel Dias Figueira Jr. sustenta que não existe impedimento algum a que o Estado atribua a juizes privados o poder de dirimir conflitos em caráter definitivo, salvo nos casos excetuados em lei (*Manual da Arbitragem*, RT, 1997, pp. 96-97):

“Podemos afirmar categoricamente que o juízo arbitral instituído pela Lei nº 9.307/96 apresenta natureza jurisdicional. Está-se, portanto, diante de verdadeira jurisdição de caráter privado. Aliás, o novo microsistema que contempla o juízo arbitral não permite, ao nosso entender, outra conclusão” (*Arbitragem, Jurisdição e Execução*, RT, 1999, p. 157).

Carlos Alberto Carmona, atual Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual (e um dos autores do anteprojeto da vigente Lei da Arbitragem), critica como “idéia tacanha” a de que não possa haver jurisdição fora do âmbito da tutela estatal estrita, afirmando que “o conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para adequar-se a técnica à realidade” (*Arbitragem e Processo*, Malheiros, 1998, pp. 38-39).

E adita que, hodiernamente, poderá dizer-se, “com tranqüilidade, que a cláusula arbitral é um negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos *negativos* em relação ao processo estatal e *positivos* em relação ao processo arbitral (já que com a cláusula atribui-se jurisdição aos árbitros)” (ob. cit., pp. 81-82).

Segundo Nelson Nery Jr., a sentença arbitral é “verdadeiro julgamento”, acobertado pela coisa julgada e que não necessita de homologação judicial para adquirir o atributo da executividade: “O árbitro exerce verdadeira jurisdição estatal, razão porque o processo arbitral não pertence ao direito privado, mas ao processual e, pois, ao direito público” (*RePro*, vol. 101, pp. 117). E adiante refere que constituiria flagrante inconstitucionalidade a exclusão, pela lei, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, o que não é o caso do juízo arbitral, pois

“o que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à Justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional” (ob. cit., p. 119).

Humberto Theodoro Jr. escreve que após a Lei nº 9.307 não mais se pode duvidar que resultou vitoriosa a corrente jurisdicional ou publicística:

“(…) o novo procedimento arbitral, uma vez instaurado, em tudo se equipara à jurisdição oficial, já que nem mesmo o compromisso depende necessariamente de intervenção oficial, nem tampouco a sentença arbitral tem sua eficácia subordinada a qualquer crivo de aprovação em juízo”, e tal natureza revela-se também na inovação introduzida no art. 584, III, do CPC, “que passou a qualificar como título executivo judicial “a sentença arbitral”, independentemente de cláusula de homologação em juízo” (*Curso de Direito Processual Civil*, Forense, v, III, 27ª ed., vol. I, nº 1.472-f).

Aliás, a respeito da denominação “*sentença arbitral*”, observou José Carlos Barbosa Moreira que “*la scelta terminologica ha inteso certamente mettere in risalto l’equiparazione tra gli effetti dei due atti, prendendo in considerazione soprattutto l’attribuzione immediata alla decisione arbitrale di un’efficacia paragonabile a quella della pronuncia del giudice, indipendentemente dall’omologazione*” (“*La nuova legge brasiliana sull’arbitrato*”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, Saraiva, 1997, p. 283).

Se temos uma sentença arbitral, capaz de trânsito em julgado, a etapa antecedente à formação da sentença reveste-se de caráter jurisdicional: “Ora, não há processo administrativo que possa gerar um título executivo judicial como, no caso, a sentença condenatória arbitral; tampouco gerar sentenças declaratórias e constitutivas que adquirem qualidade de coisa julgada formal e material” (João Alberto de Almeida, *Processo Arbitral*, Del Rey, 2002, p. 141). Neste ponto, aliás, revela-se o equívoco de Teori Zavascki ao negar *natureza jurisdicional* ao processo arbitral, eis que a sentença arbitral não pode ser “reformada” pela justiça estatal; se nula, será desconstituída para que nova sentença

arbitral venha a ser proferida (Lei da Arbitragem, art. 33).

Podemos portanto concluir, com J. E. Carreira Alvim (de quem é recomendável a leitura da excelente exposição a respeito) que o atual sistema de arbitragem brasileiro, “por natureza e por definição, tem indiscutível caráter *jurisdicional*, não cabendo mais, depois da Lei nº 9.307/96, falar-se em contratualidade, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes” (*Direito Arbitral*, Forense, 2ª ed., 2004, p. 46).

3. DOS PODERES CONFERIDOS PELA LEI BRASILEIRA AO JUÍZO ARBITRAL. COGNICÃO E COERÇÃO

No Brasil, já o Código Comercial de 1850 instituiu juízo arbitral *obrigatório* nas lides oriundas de locação mercantil (art. 245) e nas alusivas à liquidação de sociedade comercial (art. 294). O arbitramento necessário foi, no entanto, revogado pela Lei nº 1.350, de 14 de setembro de 1866, tendo sido, logo após, pelo Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867, regulamentado o juízo arbitral *facultativo* nas causas comerciais.

No regime dos Códigos Processuais de 1939 e 1973, a cláusula compromissória, o *pactum de compromittendo*, apenas continha promessa de submeter eventuais conflitos à decisão de árbitros; mas tal promessa, simples obrigação de fazer – *nudum pactum* –, não obrigava as partes a firmar o efetivo compromisso quando surgisse real controvérsia entre os contratantes, gerando apenas um dificilmente realizável dever de indenizar.

Consoante a moderna tendência de buscar meios alternativos à solução das lides, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, no dizer de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, “prioriza a autonomia da vontade das partes em sede de direitos disponíveis, meios e instrumentos processuais adequados a permitir sua utilização sem os entraves resultantes da legislação que até então regulava a matéria (arts. 101 e 1.072 a 1.102 do CPC)” (*Arbitragem, a nova lei brasileira e a praxe internacional* [coletânea], LTr, 1996, p. 131).

Pela nova lei, a *convenção de arbitragem* compreende a “cláusula compromissória” e o “compromisso arbitral”.

Pela *cláusula compromissória* – art. 4º – comprometem-se os contratantes “a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Caberá ao árbitro decidir “as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória” (art. 8º, parágrafo único).

Já o art. 9º dispõe sobre o *compromisso arbitral*, que pressupõe uma lide já existente; tal compromisso pode ser *judicial*, celebrado por termo nos autos onde tem curso a demanda já instaurada, ou *extrajudicial*, por escrito particular subscrito por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Alonga-se a lei quanto ao conteúdo do compromisso arbitral, que inclusive poderá conter a autorização para que os árbitros julguem por equidade, e incluir a determinação de qual a lei nacional aplicável (art. 2º, § 1º, art. 11), podendo outrossim as partes reportar-se às regras de órgão arbitral institucional ou entidade especializada (art. 21).

O árbitro, segundo o art. 18, “é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Finalmente, será proferida a sentença arbitral, que entre as partes produzirá “os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” (art. 31).

Sublinhemos ponto relevante da Lei de Arbitragem:

“(…) 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” (art. 22, § 4º) (grifamos).

Com efeito, os árbitros exercem jurisdição plena no plano do *conhecimento e declaração* do direito (“*cognitio*”), com efeitos preponderantemente declaratórios, ou constitutivos, ou condenatórios, ou mandamentais, ou executivos. Assim, havendo convenção de arbitragem válida, a *sentença* será ato exclusivo do juiz privado, com autoridade para compor definitivamente a lide, no “plano do direito” (lide de “pretensão discutida”, no dizer de Carnelutti), com eficácia vinculante e sem necessidade de homologação judicial (art. 31 da Lei da Arbitragem).

Se a pretensão for preponderantemente declaratória, a sentença arbitral dirá em definitivo sobre a existência, inexistência ou modo de existir da relação jurídica (eficácia satisfativa plena); se pretensão constitutiva, a sentença arbitral constituirá ou desconstituirá a relação de direito (eficácia satisfativa plena); se pretensão condenatória, a sentença arbitral impõe-se como título executivo judicial, que servirá de base ao processo de execução perante o juízo togado; se mandamental ou executiva, o árbitro solicitará ao juiz togado a expedição do mandado que couber.

Com didática clareza, escreveu Barbosa Moreira que “nenhuma sentença, seja qual for, é capaz, só por si, de produzir efeitos fora do mundo jurídico; para atingir o mundo dos fatos, necessita sempre de alguma atividade subsequente, que transforme a realidade para conformá-la àquilo que se julgou” (“Sentença Executiva?”, artigo na revista *Direito Civil e Processual Civil*, Síntese, vol. 27/7).

É que a “cognição” se destina a *formular a norma jurídica* que deve disciplinar o conflito de interesses; a “execução”, destina-se a *modificar o estado de fato* em conformidade com a norma que haja sido declarada incidente.

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 Joel Dias Figueira Júnior, referindo-se ao âmbito de atuação dos juizes arbitrais:

“Nesse particular, seus poderes são limitados e não se comparam aos dos juizes 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 4), 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*, 2ª ed., RT, 1999, nº 14, p. 156).

E, ao final, sintetizou o conceituado jurista:

“Na jurisdição arbitral, o julgador limita-se a *dizer o direito das partes*, sem poderes de fazer exercê-lo. A satisfação no plano material do direito do vencedor que obteve sentença arbitral favorável (condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*) estará na dependência da vontade do vencido de cumprir a decisão espontaneamente. Caso contrário, deverá o interessado executar a sentença perante o Poder Judiciário (art. 584, III, do CPC), se condenatória; se mandamental ou executiva em sentido amplo, basta que o árbitro solicite ao poder Judiciário, que seria originalmente competente para julgar a causa, que efetive a medida para satisfação do vencedor no plano material” (ob. cit., nº 45, p. 255).

Com a habitual propriedade, expõe J. E. Carreira Alvim ser forçoso reconhecer “que o árbitro só tem do juiz romano a *jurisdictio*, que importa no poder de conhecer (*cognitio*) e julgar (*iudicium*), enquanto o juiz togado tem, também, o *imperium*, do que resulta o seu poder de executar a sentença, fazendo efetivos atos constritivos da liberdade individual no caso concreto; o que não significa que, faltando ao árbitro o *imperium*, perca a sua atividade o caráter jurisdicional” (*Direito Arbitral*, 2ª ed., Forense, 2004, p. 332).

Conforme explicita Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, uma vez firmada a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral, “em princípio nenhuma das partes, isoladamente, poderá, de forma eficaz, substituir a arbitragem pelo procedimento judicial visando solucionar o litígio”.

A simples existência de convenção de arbitragem *leva à extinção do processo judicial sem o julgamento de mérito*:

“Nenhuma das partes, sem a concordância da outra, poderá arrepender-se da opção anteriormente estabelecida no sentido de que eventuais conflitos sejam dirimidos através do juízo arbitral” (ob. cit., pp. 137-138).

E, diga-se, nada impede que o árbitro, com poderes para decidir sobre o mérito da causa, *possa fazê-lo igualmente quanto às medidas cautelares* que se façam necessárias nos termos do art. 798 do CPC; então, se a parte não cumprir voluntariamente a determinação do juízo arbitral, este solicitará ao juízo togado o cumprimento das determinações que impliquem o exercício do *imperium*.

Aconteceu que, não obstante a cláusula compromissória constante do Acordo de Acionistas, a empresa “B” veio a ajuizar ação cautelar e, após, a ação “principal” (com pedido de antecipação dos efeitos da tutela) perante a Justiça da comarca do Rio de Janeiro, postulando a prestação jurisdicional estatal e veiculando matéria em princípio confiada, pelo Acordo de Acionistas, ao juízo arbitral.

Ao ajuizar a ação cautelar, argüiu a demandante que a hipótese seria de “execução específica”, conforme disposto na cláusula 10.10 do Acordo de Acionistas, no azo postulando lhe fossem “transferidas as ações objeto do call mediante averbação no Livro de Registro de Ações Nominativas” da empresa “A”, devendo constar dessa averbação o caráter provisório e sua condição de bem indisponível até o trânsito em julgado da ação principal.

Ao ajuizar a ação principal, a empresa “B” requereu sua integração no grupo de controle da empresa “A”, e em consequência, no das demais empresas na cadeia descendente, devendo as rés, a teor do art. 461 do CPC, praticar os atos societários neste sentido.

Postulou lhe fosse deferida a antecipação de tutela, comunicando ao juízo, outrossim, a desistência da ação cautelar.

4. DA INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA ONDE PREVISTAS LIMITAÇÕES AO JUÍZO ARBITRAL. COMMON LAW E CIVIL LAW

A empresa “B” ofereceu parecer, subscrito por eminentíssimo jurisperito, em o qual é inclusive afirmada a premissa de que “a invocação do Judiciário poderá ocorrer para todos os casos em que a convenção exclui a arbitragem para determinadas demandas futuras. Também o será para as medidas cautelares ou outras tutelas de urgência, se ainda não instaurado o juízo arbitral, ou quando a solicitação for do tribunal arbitral”.

Correta a premissa, a qual merece integral acatamento. Com efeito, se a convenção exclui a arbitragem para determinadas demandas futuras, por certo que em tais casos a parte poderá postular a tutela pela via estatal.

18. Mas, e aqui o *punctum dolens*, será que no caso ora em exame a cláusula do Acordo de Acionistas, limitativa do juízo arbitral, reveste-se do alcance que lhe atribui a autora?

Com veemência, afirma esta que sim, invocando a cláusula 9.2, em sua parte final, texto na tradução em português:

“(…) qualquer das partes poderá se valer dos tribunais do Rio de Janeiro a fim de obter execução específica, medidas cominatórias e outras medidas cautelares (...)”

Invoca, mais, a cláusula 10.10, traduzida como se segue:

“Execução específica. As partes reconhecem e concordam que todos os termos e condições aqui contidos estarão sujeitos à execução específica, conforme previsto no art. 118 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), e o art. 461, conforme alterado, e os arts. 639, 640 e 641 do Código de Processo Civil Brasileiro, serão plenamente aplicáveis aos mesmos.”

Destas disposições do Acordo de Acionistas, o mencionado parecer extrai a conclusão de que qualquer das partes estaria autorizada a, perante o tribunal judicial, “lançar mão das providências cominatórias (ação cabível para o cumprimento de obrigação de fazer, que admite a antecipação da tutela), e de outras providências cautelares” (sic).

É assim, ponderando a amplitude da tutela estatal (supostamente) autorizada no Acordo de Acionistas, conforme o citado parecer estaríamos diante de um caso de caso de “acordo inoperante”, ou de “cláusula patológica”, uma vez que as exceções seriam tais que restava esvaziado “o conteúdo da cláusula compromissória” (sic).

Daí a conclusão final (sob letra f) a que chegou o eminente parecerista, de que “tão ampla foi a previsão contratual para iniciativas perante a Justiça estatal que a cláusula compromissória pode ser tida como inoperante para todas as ações de adimplemento das obrigações constantes do acordo, e para todas as ações cautelares que se fizerem necessárias” (sic).

Todavia, rogando a vênia devida, entendemos que a cláusula de arbitramento é existente, válida e plenamente eficaz.

A conclusão contrária decorre, em grande parte, de um manifesto equívoco co-

metido pelo tradutor oficial, quando da transposição do idioma inglês para o idioma português, em consequência das diferenças entre os institutos adotados na *common law* e na *civil law* e da consequente e natural dificuldade, e até impossibilidade, em traduzir fielmente para um idioma latino aqueles conceitos peculiares ao direito inglês (em grande parte recepcionados pelo direito norte-americano).

Como aliás constatou Eduardo J. Couture, todo autor, máxime se não é inglês, que se proponha explicar o que é o *common law*, sofre uma natural perplexidade:

“*Se trata de un fenómeno tan complejo, tan excepcionalmente vinculado a los hechos históricos, que los conceptos fundamentales de la exposición se escurren de entre los dedos como si fueran granos de arena*” (*Estudios de Derecho Procesal Civil*, EDIAR, tomo I, 1948, p. 159).

Vejamos onde ocorreu o equívoco na tradução. Ao final da cláusula 9.2, concernente à “*Arbitration*”, estipularam as partes no sentido de que:

“(…) *provided, however, that any Party may avail themselves of the judicial courts in Rio de Janeiro in order to obtain specific performance or other injunctive relief.*”

A tradução à qual apegou-se a autora, assinada por tradutor provavelmente não especializado em matéria processual e em direito comparado, é a seguinte:

“(…) sendo certo, porém, que qualquer das Partes poderá se valer dos tribunais no Rio de Janeiro, a fim de obter *execução específica, medidas cominatórias e outras medidas cautelares*” (grifamos).

Em suma: *specific performance or other injunctive relief* foram incorretamente entendidos pelo tradutor como *execução específica, medidas cominatórias e outras medidas cautelares*.

Neste ponto vale exculpar o tradutor público, lembrando o magistério de René David em sua obra maior, onde sublinhada as totais diferenças de estrutura no confronto do direito inglês com o direito francês (e com os demais direitos da grande família romano-germânica, entre os quais o direito brasileiro). Escreveu o mestre:

“Não correspondendo a qualquer noção do nosso conhecimento, os termos do direito inglês são intraduzíveis na nossa língua, como o são os termos da fauna ou da flora de um outro país. Falseia-se o seu sentido, na maioria das vezes, quando se pretende a todo o custo traduzi-los e a dificuldade não é menor quando a tradução parece não oferecer dúvidas: o *contrat* do direito francês não é o equivalente do *contract* do direito inglês, tal como a *equity* inglesa não é a *équité* francesa; *administrative law* não quer dizer *droit administratif*, *civil law* não significa *droit civil* e *common law* não tem por sinônimo *droit commun*” (*Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, trad. port., Martins Fontes, 1986, nº 290, p. 304).

Exemplificando com as diferenças de “conceitos”, alude a que um jurista francês (ou de outro país do sistema da *civil law*) muitas vezes não encontrará os conceitos familiares ao seu direito, como as noções de personalidade moral de pessoas coletivas, de órgão público, de dolo, de contravenção, as quais não existem no direito inglês:

“Para se exprimirem em termos compreensíveis neste direito é necessário, pelo contrário, que se utilizem conceitos como o de *domicile of origin*, de *indictable offence*, de *perpetuity*, de *charity* ou de *injunction*, que não têm correspondentes no direito francês” (ob. cit., nº 293, p. 306).

E foi o que aconteceu no caso concreto. Vejamos, passo a passo.

A expressão inglesa *specific performance* foi traduzida por “execução específica”. Correto? Vejamos.

Historicamente, em aplicação do *common law* inglês, em ocorrendo o não cumprimento de um contrato o tribunal só podia determinar que a parte inadimplente pagasse pelos danos causados. A ação da *assumpsit*, pela qual são sancionados os contratos, é modelada sobre a ação delituosa do *trespass*, que pode resultar apenas em condenação em perdas e danos. Ora, em muitas situações esta solução não era suficiente, nem a solução mais adequada. Sucedeu então que os tribunais de equidade (os quais somente pelos *Judicature Acts*, em 1873-1875, foram aglutinados com os tribunais da *common law*) desenvolveram os *remedies* de *specific performance* e de *injunction*, baseados no

direito natural (lembramos que a jurisdição de equidade foi desenvolvida na Idade Média pelo Chanceler do Reino, na época o clérigo mais eminente do país, que aplicava medidas inspiradas no “direito divino” e na moral).

Na lição de René David:

“Já na jurisdição do Chanceler, poder-se-á obter uma decisão de execução forçada (*decree of specific performance*), ordenando ao contratante que execute *in natura* a obrigação por ele assumida” (ob. cit., nº 299, p. 310).

A *specific performance* consiste, pois, na ordem judicial que compele o devedor a cumprir suas obrigações contratuais, sob pena de cometer desacato ao juiz e lhe ser imposta multa ou pena de prisão. Não será outorgada tal ordem se o devedor puder ser levado ao cumprimento pelos normais procedimentos executivos; assim, não será expedida a ordem em caso de recusa de entrega de coisa fungível, facilmente encontrável no mercado, ou facilmente indenizável. Todavia, se o bem a ser entregue for infungível, cuidar-se de coisa que só o devedor possua (v.g., uma determinada obra de arte), o vendedor será constringido à entrega mediante a ordem judicial.

Vale salientar, de passagem, que sendo um remédio de equidade, não será outorgada a *specific performance* se a parte que a requer houver agido de má-fé, ainda que nas circunstâncias não seja apropriado o pagamento de indenização; aplica-se o brocardo “*he who comes to equity must come with clean hands*”.

Vale, neste passo, a leitura de René David:

“A maneira como o Chanceler age é sempre a mesma: *Equity acts in personam*: o Chanceler age por ordens, por mandados formais dirigidos ao réu; ele ordena a essa pessoa, ou proíbe-lhe, pelo contrário, que se comporte desta ou daquela maneira, e impõe-lhe, no interesse da salvação de sua alma (o Chanceler é originariamente um clérigo), um comportamento de acordo com as exigências da lei moral e da consciência. O réu, se transgredir a ordem que lhe foi dada pela Chancelaria, irá para a prisão ou terá os seus bens apreendidos e penhorados” (ob. cit., nº 300).

Em suma, a ordem para a *specific performance* é proferida num processo civil para compelir a parte ao exato cumprimento de uma obrigação contratual.

É, portanto, *um procedimento de coerção, de imperium, como se dirá em direito romano, e portanto privativo do magistrado togado*.

Quanto às *injunctions*, podemos dizer que os tribunais do Reino Unido e dos Estados Unidos da América (neste ressalvadas as diversidades legislativas de cada Estado federado) usam a *injunction* para compelir as partes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, sendo cabível classificá-las como *mandatory* (imperativas) ou *prohibitory* (de proibição).

Na verdade, qualquer determinação judicial *in personam*, cuja desobediência é vista como desacato ao tribunal (*contempt of court*), pode ser denominada de *injunction*. Algumas *injunctions* têm natureza permanente: as proferidas ao final do processo, depois do julgamento do mérito, para ter efeito *ex tunc*. Outras, natureza temporária, incluindo, por exemplo (no direito americano), a *temporary restraining order* – TRO e a *preliminary order*.

A *temporary restraining order* consiste em um *mandado liminar*, de natureza emergencial e provisória, que pode ser proferido *inaudita altera parte* e visa a manutenção do *status quo*, até a realização de uma audiência *inter partes* para a análise do pedido de *preliminary injunction*.

No caso *Hughes v. Cristoane* (1980) nos EUA, o tribunal estabeleceu que para os autores obterem a TRO precisam demonstrar que na ausência da medida sofreriam dano irreparável, maior do que aquele causado ao réu pela outorga da *injunction*; provar a verossimilhança de suas alegações, bem como a ausência de prejuízo à sociedade e, ainda, que não haveria outra tutela adequada. Em suma, pressupostos equiparáveis aos previstos, em nosso país, para a concessão da “antecipação dos efeitos da tutela”.

No sistema da *common law*, a ordem de *injunction* pode ser concedida tanto na sentença definitiva ao final do processo ou, o que é mais comum, como uma medida concedida *durante a lide* visando evitar, num contexto freqüentemente emergencial,

que uma (ou mais) das partes venha a sofrer danos irreparáveis antes que uma decisão definitiva de mérito possa ser proferida.

Feita esta digressão em sede de direito comparado, pode-se afirmar que a expressão inglesa "*specific performance*" significa a "execução específica" apenas em sentido estrito, ou seja, significa a expedição de ordem judicial ao réu a fim de que este cumpra, de imediato, as obrigações a seu cargo por via de um contrato.

Como já exposto, a execução de ordem dada a uma das partes, a fim de que adote determinada conduta a bem do cumprimento de obrigação contratual, excede aos limites da *cognitio*, e passa ao domínio do *imperium*, privativo do juiz estatal.

Entretanto, antes da expedição da ordem, há que verificar seu pressuposto, ou seja, se o contratante é titular do direito invocado, e esta constatação, em havendo convenção de arbitragem, será feita no juízo arbitral.

5. JUÍZO ARBITRAL E MEDIDAS CAUTELARES E/OU ANTECIPATÓRIAS

No magistério autorizado de Carlos Alberto Carmona, o que importa é frisar:

"(...) que qualquer decisão relativa a eventual antecipação de tutela somente poderá ser tomada pelo árbitro, cabendo ao juiz togado, se for necessário, as providências para a execução do provimento."

Não poderia ser diferente: o mecanismo sob enfoque permite ao julgador antecipar os efeitos da tutela (ou seja, antecipar os efeitos da sentença arbitral que futuramente será proferida), de tal sorte que o provimento emitido de imediato terá, no máximo, o mesmo conteúdo da decisão arbitral que, a final (e no devido tempo), será proferida. Se apenas o árbitro está autorizado a proferir o provimento final, toca também a ele – e apenas a ele – decidir se antecipará ou não algum, alguns ou todos os efeitos que sua decisão irá produzir!

Havendo necessidade de concurso judicial para a execução do provimento antecipatório, será instado o juiz togado, por ofício, a tomar as providências decididas pelo árbitro, nos mesmos moldes do que fi-

cou consignado para as medidas cautelares" (ob. cit., p. 218).

A respeito, *legem habemus* (Lei da Arbitragem):

"Art. 22. (...)

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, 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."

Valha o grifo:

"(...) os árbitros poderão solicitá-las (...)."

Portanto, no caso concreto, estando em curso o procedimento arbitral regulamentado pela CCI, cabe aos árbitros verificar se concorrem os pressupostos para antecipação dos efeitos da tutela consoante pretendido pela autora; caso positivo, então sim, o juízo arbitral declarará tal ocorrência e solicitará ao juízo estatal, comarca do Rio de Janeiro, o uso do poder de *imperium* e a expedição do mandado.

Prossigamos. A expressão *or other injunctive relief*, constante da referida cláusula 9.2 do Acordo de Acionistas, foi incorretamente traduzida como "medidas cominatórias e outras medidas cautelares". Começa que as "medidas cominatórias", expressão esta sem um sentido preciso, dificilmente poderão ser enquadradas como de natureza "cautelar", sendo pois incompreensível a expressão "e outras".

É possível, ainda, que o tradutor haja entendido no sentido de equiparar as *injunctives* da *common law* às nossas ações cominatórias; mas estas, estando no plano da *cognitio*, nada impedirá sejam as respectivas pretensões julgadas por sentença arbitral, que servirá de título executivo para o cumprimento no juízo estatal!

Impende, portanto, "expungir" da versão em português a expressão "medidas cominatórias", pois simplesmente não consta do texto original em idioma inglês.

Ao fim, o mais relevante é que as *injunctives*, como já exposto, não são simplesmente providências cautelares, mas sim são formas de "tutela de urgência", que podem revestir caráter cautelar ou caráter antecipatório.

Voltemos a Carlos Alberto Carmona:

“Antes mesmo da nova Lei tive a oportunidade de afirmar que o árbitro não tem poder de coerção, mas cabe a ele decretar a medida cautelar, que será executada pelo juiz togado. Havendo necessidade de tutela cautelar, a parte interessada na concessão da medida deverá dirigir-se ao árbitro (e não ao juiz togado), formulando seu pedido fundamentadamente; o árbitro, considerando estarem demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, concederá a medida cautelar. Se a parte em face de quem for decretada a medida conformar-se com a decisão, a ela submetendo-se, não haverá qualquer intervenção do Poder Judiciário; sem, ao contrário, caracterizar-se resistência, o árbitro solicitará o concurso do juiz togado, não para que este determine se é caso ou não de conceder-se a medida pleiteada, mas apenas e tão-somente para concretizá-la (ou executar a medida, na terminologia empregada, atecnicamente, pelo Código de Processo Civil).

(...)

Insisto neste ponto: se as partes concederam poderes ao árbitro para resolver suas pendências acerca de um determinado contrato, *para solucionar uma disputa entre sócios de determinada companhia*, para estabelecer a responsabilidade pela prática de dado ato, estes poderes também envolvem os decorrentes da tutela cautelar (eventual e instrumental)” (ob. cit., pp. 215-216) (grifamos).

Também o prof. Joel Dias Figueira Jr. manifesta-se no sentido de que, *instaurado o juízo arbitral* e caracterizada uma situação de perigo, conjugada com a posição de verossimilhança do direito pleiteado, poderá a parte “pleitear ao árbitro ou tribunal arbitral a concessão da *tutela antecipatória, acautelatória* (típica ou atípica, voluntária ou contenciosa, nominada ou inominada) ou *inibitória*”, e isso porque se o árbitro irá regular definitivamente a questão de mérito, nos limites em que a convenção de arbitragem assim o autoriza, “não se encontra qualquer razão plausível para impedi-lo, nas mesmas condições, de conceder incidentalmente medidas de urgência, de ofício ou a requerimento dos interessados” (ob. cit., nº 37, p. 221). Não cumprida voluntariamente a determi-

nação do juízo arbitral, este oficiará ao juízo estatal, solicitando que dê efetividade à medida já concedida; e o magistrado limitar-se-á, salvo se ocorrer ofensa à ordem pública ou aos bons costumes, “a executar coercitivamente, através da utilização do seu poder de império, a medida deferida pelo árbitro”, salvo se dela decorrer ofensa à ordem pública ou aos bons costumes (*idem*, p. 223).

Claro que *se o juízo arbitral ainda não houver sido instaurado, a tutela de urgência será pleiteada diretamente ao juízo estatal*.

Pelos mesmos argumentos pareceu a Alexandre Freitas Câmara não ser admissível outra conclusão, “a não ser a de que cabe ao árbitro conceder a medida cautelar, devendo ser solicitada ao juízo competente, tão-somente, a atuação da mesma, já que o árbitro não pode usar a força para fazer cumprir suas decisões” (*Arbitragem*, Lumen Juris, 1997, pp. 83-84).

Para Pedro Batista Martins, “cabe ao julgador privado adotar ‘todas’ as providências cabíveis ao efetivo exercício da *jurisdicção*, abrangendo, naturalmente, os remédios cautelares, vez que de natureza incidental acessória, e conseqüentemente, necessários ao justo deslinde da controvérsia” (*Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Forense, 1999, p. 363).

Sergio Bermudes sublinha os casos de necessária cooperação entre a justiça arbitral e a justiça do Estado, referindo que o § 4º do art. 22 (da Lei de Arbitragem), “mostra que aos árbitros, ou árbitro, falta apenas a competência para a efetivação da medida coercitiva, quando ela depender do uso da força. Neste caso só resta ao tribunal arbitral pedir ao juiz togado a providência que assegure o efeito prático da medida determinada. A lei, portanto, é peremptória ao proibir a execução de medidas coercitivas de força pelo tribunal arbitral; não, porém, a decretação delas. O juiz arbitral as decreta. O togado as executa mediante a solicitação daquele” (“Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral”, in *Reflexões sobre arbitragem – “in memoriam” do Des. Cláudio Vianna de Lima*, LTr, 2002, p. 279).

Vale concluir, destarte, que no caso em estudo a empresa “B” poderia requerer

as medidas cautelares e/ou antecipatórias que entendesse de seu interesse, mas deveria fazê-lo *perante o juízo arbitral já instaurado* sob os auspícios de entidade de renome internacional; ao juízo arbitral, no caso de deferimento, cumprirá *solicitar as medidas de efetivação prática ao juízo estatal competente na comarca do Rio de Janeiro*.

Quanto ao disposto na Cláusula 10.10, as partes tiveram em consideração tão-somente o disposto no art. 2º da *Lei de Arbitragem*, máxime o parágrafo primeiro, *verbis*:

“Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão também as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

Cuidando-se de arbitragem confiada a uma entidade de natureza internacional e a ser realizada em Londres, nada mais natural, e necessário, do que as partes dizerem quais as regras de direito incidentes à aplicação e interpretação do Acordo de Acionistas.

Optaram pela lei brasileira. E optando pela lei brasileira, reportaram-se ao disposto no art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), a saber:

“Art. 118. (...)

§ 3º Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas (...).”

Reportaram-se os contratantes, também e em decorrência, ao art. 461 (em sua atual redação) do CPC, posto no Capítulo “Da sentença e da coisa julgada”, pelo qual o magistrado, ao conceder a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, “determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Todavia – e aqui é o que mais importa –, a sentença concessiva da tutela específica e cujo cumprimento dar-se-á de forma específica, consoante manda o art. 461, *esta sentença será resultado de um processo de*

conhecimento, onde o julgador (estatal ou arbitral) apurou da procedência da pretensão exposta pela parte autora.

No caso ora sob análise, o processo de conhecimento foi pelas partes confiado ao juízo arbitral; portanto, uma vez proferida a sentença arbitral (que se constitui em título executivo judicial – CPC, art. 584, VI), então sim, o seu cumprimento, as medidas de coerção, far-se-ão perante o juiz estatal competente, dotado dos poderes de *imperium* (CPC, art. 575, IV).

Quanto à remissão, na cláusula 10.10, aos arts. 639, 640 e 641 (incluídos “heterotopicamente” no livro II do CPC, como refere Araken de Assis – *Comentários ao CPC*, Forense, vol. VI, 1999, nº 192), vemos o seguinte:

a) o art. 639 diz respeito a “pré-contratos”, e assim nada tem a ver com o acordo de acionistas; nos casos de *pactum de contrahendo*, a sentença (judicial ou arbitral) terá força executiva, valendo como título dotado da mesma eficácia do contrato definitivo;

b) o art. 640 contém norma de direito material, a respeito do adimplemento das prestações recíprocas simultâneas a cargo de um e de outro contratante, como pressuposto à sentença de procedência. São questões a serem discutidas durante o processo de conhecimento, e resolvidas na sentença de mérito, que será proferida pelo juízo estatal ou arbitral;

c) o art. 641 dispõe que, “condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”. Mas é óbvio que, antes da sentença, estará logicamente o processo de conhecimento que a ela deu origem, e este processo de conhecimento é de competência do juízo arbitral, se assim foi convencionado.

Porto Alegre, junho de 2004 – Athos Gusmão Carneiro, Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça. Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.