



Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tulio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PIILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHIEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Presidente:

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente:

ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial:

AFRO MARCONDES DOS SANTOS

Diretor de Produção:

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor:

ROBERTO GALVANE

Gerente: KUNJI TANAKA

Assistente: MELISSA TREVIZAN CHIBANE

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433

Digitização e diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

SUMÁRIO

DOCTRINA

- **Minority withdrawal rights and the illiquidity problem; a comparative study between New York and Brazilian law on close corporations** — Flávio R. Bettega 5
- **As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”** — Fábio Konder Comparato 23
- **Execução específica de cláusula arbitral** — Celso Barbi Filho 29
- **A responsabilidade do administrador de instituição financeira, em face da lei bancária** — Luiz Alfredo Paulin 39
- **O direito de recesso na incorporação, fusão ou cisão de sociedades** — Norma Jonssen Parente 67
- **As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais** — José Augusto Fontoura Costa e Ana Maria de Oliveira Nusdeo 76
- **Nota sobre a execução específica da obrigação de contratar** — Fábio Konder Comparato 104

ATUALIDADES

- **Alguns aspectos heréticos da Lei antitruste (Lei 8.884/94)** — João Luiz Coelho da Rocha 108
- **A cédula de produto rural** — Waldirio Bulgarelli 114

JURISPRUDÊNCIA

- **Sigilo bancário — Informações bancárias requisitadas pelo Ministério Público** — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 119

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO

Advogada em São Paulo, Pós-Graduanda da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Econômico.

CELSO BARBI FILHO

Professor Assistente e Mestre em Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFMG; Procurador do Estado de Minas Gerais.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

FLÁVIO R. BETTEGA

Advogado em Curitiba; Mestre em Direito pela Tulane University, EUA.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Prof. Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Internacional Privado.

LUIZ ALFREDO PAULIN

Advogado em São Paulo.

NORMA JONSSSEN PARENTE

Prof.^a da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Procuradora do Estado do Rio de Janeiro; Advogada.

WALDIRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tulio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

EXECUÇÃO ESPECÍFICA DE CLÁUSULA ARBITRAL

CELSO BARBI FILHO

1. Arbitragem e Direito Comercial Contemporâneo — 2. Cláusula arbitral e Compromisso arbitral — 3. Inadimplemento de cláusula arbitral — 4. Posição da jurisprudência sobre a execução específica de cláusula arbitral em face das novas tendências do Direito Processual Moderno — 5. Instituição do Juízo Arbitral através de cláusula compromissória — 6. Noção de execução específica — 7. Natureza jurídica do compromisso arbitral — 8. Natureza e procedimento da execução específica de cláusula arbitral — 9. Conclusão.

1. Arbitragem e Direito Comercial Contemporâneo

A segunda metade do séc. XX trouxe dois fenômenos sob certa medida antagônicos no âmbito das relações comerciais em nosso país. De um lado, tem-se a crescente dinamização, agilização e diversificação das operações mercantis, cada vez mais intensas. De outro, o emperramento da máquina judiciária, que vem se revelando um instrumento ineficaz e insatisfatório na solução dos conflitos surgidos no âmbito das transações comerciais.

Em vista desse quadro, diversos segmentos econômicos começam a buscar, para a solução de controvérsias, alternativas que se mostrem suficientemente versáteis, rápidas e eficientes no atendimento às necessidades da atividade comercial, que evoluiu mais rápido que o próprio Direito.

Curiosamente, a resposta a essa busca tem sido encontrada em um instituto antigo: a arbitragem privada, que se apresenta como mecanismo capaz de funcionar adequadamente na solução dos conflitos decorrentes dos contratos comerciais.

A doutrina francesa mostra que a utilização da arbitragem privada para a

composição de controvérsias negociais se apóia em duas razões, uma de direito e outra de fato.¹ A razão de direito é a faculdade jurídica de utilização do instituto, criada por sua previsão no direito positivo, que, no caso brasileiro, decorre dos arts. 1.037 a 1.048, do CC, e 1.072 a 1.102, do CPC. A razão de fato decorre das vantagens que o procedimento arbitral traz à solução de conflitos. Essas vantagens são, entre outras, rapidez, capacitação técnica dos árbitros para questões específicas, descrição do processo, possibilidade de se contornar os conflitos interjurisdicionais — no caso dos contratos internacionais —² e até a prerrogativa que têm os árbitros de julgarem pela equidade, sem vinculação obrigatória à lei.

Por esses motivos, tem sido cada vez mais comum a inserção nos contratos mercantis de cláusulas prevendo a obrigação das partes de submeterem qualquer controvérsia surgida à solução por árbitros. Paralelamente, vê-se também no Brasil a instalação de diversas comis-

1. Alfred Jauffret. *Manuel de Droit Commercial*, 20.^a ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991, p. 90.

2. Idem. Op. cit.

sões de arbitragem ligadas a entidades do comércio.

Todavia, paradoxalmente, pouca notícia se tem em nosso país da efetiva solução de conflitos comerciais por juízos arbitrais. Esse fenômeno se deve ao sistema criado pelo direito positivo brasileiro para a realização da arbitragem, que induz à utilização de dois institutos distintos que acabam não se interligando: a cláusula arbitral e o compromisso arbitral.

2. Cláusula arbitral e Compromisso arbitral

Há nítida distinção, em nosso sistema jurídico, entre a cláusula arbitral e o compromisso arbitral.

A cláusula arbitral ou compromissória constitui estipulação inserida em um contrato qualquer, através da qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem a solução de eventuais controvérsias surgidas na interpretação e aplicação daquele contrato. Pelo que se nota, a obrigação pactuada é tipicamente de fazer, não instituindo desde logo o juízo arbitral. É de se mencionar também que a cláusula compromissória não é instituto especificamente disciplinado no direito positivo brasileiro, mas simples obrigação contratual criada e firmada no âmbito da autonomia volitiva dos contratantes.

Já o compromisso arbitral é o acordo de vontades pelo qual as partes instituem efetivamente o juízo arbitral, indicando e delimitando o conflito, nomeando os árbitros e fixando as condições em que a arbitragem deverá se processar. O compromisso é que constitui o ato de instituição do juízo arbitral. Ele é uma figura expressamente prevista e disciplinada em nosso ordenamento positivo, nos arts. 1.072 a 1.102, do CPC e 1.037 a 1.048, do CC.

A diferença entre a cláusula e o compromisso arbitral é bem esclarecida

pela lição de Clóvis Bevilacqua: “Muitas vezes, as partes incluem, nos seus contratos, uma cláusula comprometendo-se a submeter as controvérsias que surgirem entre eles à decisão de árbitros. É a cláusula compromissória, que ainda não é o compromisso, mas a obrigação de celebrar. É o *pactum de compromittendo*.”³

O exame conceitual dos dois institutos e das normas legais referidas autoriza a conclusão de que a arbitragem para o legislador brasileiro vem apenas do compromisso e não da conjugação deste com a cláusula arbitral inserida nos contratos mercantis.

Por outro lado, não é possível que se firme desde logo, em um contrato comercial, o próprio compromisso como cláusula disciplinadora de eventual arbitragem, pois ele tem como requisito indispensável a delimitação do litígio que, nesse momento, ainda não ocorreu (art. 1.074, III, do CPC).

Assim, há evidente distinção jurídica separando a cláusula arbitral do compromisso. Enquanto ela é mera promessa, que gera obrigação de instituir o juízo arbitral, ele é o ato dessa instituição. Indaga-se, pois, de que maneira o Direito vincula as duas figuras, com vistas a criar uma automação entre a promessa e a instituição da arbitragem.

3. Inadimplemento de cláusula arbitral

Sendo a cláusula arbitral uma estipulação contratual na qual se pactua a obrigação de firmar compromisso, seu descumprimento significa a não instituição do juízo arbitral como forma de solução da controvérsia surgida.

Mais uma vez, mencione-se a valiosa lição de Clóvis Bevilacqua: “A cláusula

3. Clóvis Bevilacqua. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, IV/191, S. Paulo, Francisco Alves, 1943.

compromissória, no direito pátrio, cria, apenas, uma obrigação de fazer. É um pacto preliminar, cujo objeto é a realização de um compromisso, em dada emergência."⁴

O inadimplemento da cláusula arbitral poderá ser por ação ou omissão. Ele será ativo quando a parte, não aceitando a arbitragem, recorrer diretamente ao Judiciário como meio de solução para o conflito contratual surgido; e será omissivo quando a parte apenas se recusar ao ato de firmar o compromisso arbitral.

Tendo em vista que o ato de celebrar o compromisso é obrigação de fazer, o descumprimento da cláusula arbitral ensejaria duas alternativas para o credor da prestação: a execução específica dessa obrigação de fazer ou o sucedâneo das perdas e danos.

A jurisprudência brasileira tradicional firmou-se no sentido de que, contendo a cláusula arbitral simples obrigação de fazer (firmar o compromisso), seu inadimplemento não enseja execução específica, mas simples reparação por perdas e danos. Como registra Osmar Brina Corrêa Lima, "o CPC não prevê mecanismo para atender à eficácia da cláusula compromissória. E o STF já decidiu que ela não comporta execução específica (RE 58.696-SP, RTJ 42/215)".⁵

Apenas no âmbito dos contratos internacionais, encontra-se a admissibilidade de instituição compulsória da arbitragem por força da cláusula arbitral, independentemente de compromisso. É o que se vê da seguinte decisão do STJ, em que foi relator o Min. Gueiros Leite: "nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo (de Genebra de 1923), a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do com-

promisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral".⁶

Dessa forma, no caso dos contratos nacionais, a cláusula arbitral neles inserida não significará a possibilidade de as partes exigirem o cumprimento efetivo da obrigação pactuada. Conforme já se registrou na doutrina, "não foi conferida à cláusula arbitral o caráter de instituidora do juízo arbitral. Desestimulou-se, com isso, a arbitragem, pela evidente dificuldade de as partes em dissensão celebrarem acordo destinado a dirimir suas pendências".⁷ Assim, pode-se mesmo dizer que o efeito da cláusula compromissória, no que se refere à arbitragem, é apenas moral e patrimonial, pois a obrigação firmada já está convertida, em seu nascedouro, no sucedâneo das perdas e danos.

4. Posição da jurisprudência sobre execução específica de cláusula arbitral em face das tendências do Direito Processual Moderno

Como se disse, os Tribunais brasileiros já firmaram o entendimento de que a cláusula arbitral inserida em contratos internos não admite execução específica da obrigação de fazer nela consignada. Todavia, já é hora de que se comece a repensar essa posição, considerando relevantes argumentos que se apresentam contra a mesma.

Um ponto importante a ser observado é que, se por um lado o direito positivo brasileiro não autoriza expressamente a execução específica de cláusula arbitral, por outro não a proíbe. Ao contrário, as normas dos arts. 639 e 641, do CPC, induzem justamente a conclusão de permissibilidade da execução *in natura* das obrigações de fazer. E, se a arbi-

4. Clóvis Bevilacqua. Op. cit., p. 191.

5. Osmar Brina Corrêa Lima. "Reflexões Sobre a Arbitragem na Solução de Conflitos". RJ 146/16, Porto Alegre, Síntese, 1989.

6. REsp. 616-RJ, DJU 13.8.90.

7. Anais do Congresso Internacional sobre Arbitragem Comercial, Rio, 1985, p. 120.

tragem é mecanismo de solução privada dos conflitos, por que não se lhe aplicar o velho princípio privatista segundo o qual está autorizado tudo aquilo que a lei não proíbe?

O direito processual vem caminhando sempre no sentido de ser cada vez mais instrumento e menos objeto, procurando se prestar como meio de satisfação e não de obstrução de direitos. É o fenômeno da efetividade do processo.

Em recente voto proferido na 3.^a Turma do STJ, relativo a execução específica das obrigações de fazer e não fazer, o Min. Eduardo Ribeiro de Oliveira, manifestou essa preocupação. Disse ele: “Coloca-se em relevo, nos tempos que correm, o equívoco do entendimento, expresso no aforismo *nemo precise ad factum cogi potest*. Certo que não é possível, fisicamente, forçar alguém à prática de um ato que envolva manifestação de vontade. Vários mecanismos existem, porém, tendentes a alcançar a realização do direito. Em certas circunstâncias, substitui-se o fazer do devedor por um terceiro; em outras, por meio das *astreintes*, é exercida pressão psicológica sobre o devedor; em outras, ainda, a sentença supre a manifestação de vontade.”⁸

Essa busca da efetividade do processo, que já era patrocinada por Chiovenda no início do século, ganha mais força a cada dia.⁹ O Prof. Cândido Rangel Dinamarco ressaltou bem esse aspecto em sua tese de concurso para a cátedra de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo, síntese de toda uma vida dedicada ao estudo do processo: “Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas.

8. REsp. 27.517-2-MG, 16.2.93, ainda não publicado.

Quanto a isso, as sentenças constitutivas são de muita eficácia: elas conduzem diretamente às situações desejadas, sem dependência de conduta do demandado. Entre as constitutivas, as substitutivas da vontade do devedor dispensam qualquer manifestação da parte deste e constituem conquista do processo moderno: venceram o dogma da intangibilidade da vontade humana”.⁹

Da mesma forma opina outro grande processualista brasileiro da atualidade de idéias internacionalmente reconhecidas, Prof. José Carlos Barbosa Moreira: “Se o processo constitui instrumento para a realização de direito material, só se pode a rigor considerar plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado.”¹⁰

Assim sendo, quero crer que o direito processual contemporâneo já tem elementos suficientes para que os Tribunais brasileiros reavaliem o problema da execução específica da cláusula arbitral nos contratos internos. A jurisprudência como um todo necessita responder a esse imperativo, já reconhecido pela doutrina, de dar ao processo instrumentalidade e efetividade.

Felizmente, existem algumas manifestações nesse sentido, que, embora isoladas, merecem menção com destaque. É o caso de um acórdão da 3.^a Câmara Cível do TJSP, no qual se concluiu que “a jurisdição arbitral existe desde o momento da instituição da cláusula compromissória no contrato e cuja formação já é suficiente para derrogar desde logo a jurisdição voluntária natural, criando para as partes a obri-

9. Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, 2.^a ed., S. Paulo, RT, p. 426.

10. José Carlos Barbosa Moreira. *Temas de Direito Processual Civil*, 2.^a série, S. Paulo, Saraiva, 1988, pp. 31-32.

gação compulsória de nomear ou de prover a nomeação dos árbitros.”¹¹

Não obstante tudo isso, predomina ainda a solução reparatória para cláusula arbitral descumprida, ficando as hipóteses de execução específica limitadas a circunstâncias especiais, que passarei a identificar na seqüência. Todavia, em face do que se expôs, é de se esperar que esse quadro não perdure por muito mais tempo.

5. Instituição do Juízo Arbitral através de cláusula compromissória

O prof. José Carlos de Magalhães, em estudo sobre arbitragem privada, anota que, no direito brasileiro, há duas circunstâncias em que “a cláusula arbitral pode instituir, desde logo, a arbitragem, independentemente de compromisso. A primeira é a da cláusula arbitral firmada ao amparo do “Protocolo relativo às cláusulas arbitrais” de Genebra, de 1923, vigente no Brasil, após sua ratificação e promulgação pelo Dec. 21.187.” Registra na seqüência que a “outra hipótese de instituição de juízo arbitral independentemente de compromisso é a da cláusula arbitral inserida em acordo de acionistas de sociedade anônima: o art. 118 da Lei 6.404, de 15.12.76, que regula as sociedades anônimas, prevê a execução específica de tais acordos, o que faz supor que a cláusula arbitral neles contida tenha compulsoriedade”.¹²

A conclusão do mestre paulista, bem como as decisões judiciais já referidas, merecem uma análise sob o seu aspecto processual. Não se pode afirmar tecnicamente que a instituição do juízo ar-

bitral se dê apenas pela cláusula compromissória prevista em contrato, independentemente de ato posterior. Isso porque a obrigação contratual de submeter conflito à arbitragem, uma vez descumprida, tem que ser executada coercitiva e especificamente para que se institua compulsoriamente o juízo arbitral. Alcides de Mendonça Lima, ao comentar o art. 639, do CPC, que disciplina a execução específica das obrigações de fazer, lembra que “é evidente que o interessado no contrato definitivo tem de mover ação contra o inadimplente. O instrumento não é executado diretamente, como título extrajudicial. A sentença é que servirá para condenar o réu a prestar a declaração ou, então, servir como sucedâneo da vontade dele.”¹³

Na jurisprudência também se encontra esse entendimento, como se vê de acórdão do TJPA em que se concluiu: “Nos casos do art. 639, do CPC, o instrumento não é executado diretamente como título extrajudicial. O interessado no contrato definitivo tem que mover ação contra o devedor e a sentença é que servirá para condenar o réu a prestar a declaração ou, então, como sucedâneo da vontade dele.”¹⁴

O procedimento de arbitragem, por sua vez, só pode se realizar se atendidos alguns requisitos instrumentais mínimos. Entre eles, mencione-se, com destaque, a delimitação do conflito, a indicação dos árbitros, o prazo de elaboração do laudo e a autorização aos árbitros para julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito. Tais requisitos estão consubstanciados justamente no compromisso. Por isso, a afirmativa de que,

11. *Anais do Congresso Internacional sobre Arbitragem Comercial*, Rio, 1985, p. 120 e RT 293/263.

12. José Carlos Magalhães. “Arbitragem Internacional Privada”. *RF* 279/101, Rio, Forense, 1977.

13. Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 6.ª ed., VI/679, Rio, Forense, 1991.

14. Alexandre de Paula. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, 1.ª ed., VI/235, Rio, Forense, 1984.

no direito brasileiro, só o compromisso pode instituir o juízo arbitral tem um fundamento legal (art. 1.072, do CPC) e outro instrumental. Não é possível, sem um provimento jurisdicional específico, que se extraiam da cláusula arbitral o ato instituidor e todos elementos necessários ao surgimento do juízo arbitral.

Dessa forma, a solução técnico-processual para o cumprimento compulsório da cláusula compromissória inadimplida é a sua execução específica, com vistas ao suprimento judicial da manifestação de vontade necessária à instituição do juízo arbitral. E esse suprimento jurisdicional de vontade é que produzirá o mesmo efeito do compromisso. Em verdade, na instituição compulsória do juízo arbitral, o compromisso, ainda que fictamente, existe, através da sentença que produz os seus efeitos.

Portanto, não há, em nosso sistema positivo, situação em que a cláusula arbitral institua desde logo o juízo arbitral. O que há são hipóteses nas quais é possível a execução específica da obrigação de fazer pactuada nessa cláusula, a fim de obter um provimento judicial que produza o mesmo efeito do compromisso não firmado.

Conforme se viu, duas dessas hipóteses são a da cláusula compromissória inserida em contrato internacional firmado ao amparo do Protocolo de Genebra de 1923 e a daquela inserida em acordo de acionistas de sociedade anônima. Acena-se agora com a admissibilidade de execução específica das cláusulas arbitrais previstas em quaisquer contratos nacionais, através do Anteprojeto de Lei de Arbitragem, recebido pelo Congresso Nacional em 2.6.92, que confere o atributo da execução específica às cláusulas de arbitragem inseridas nos contratos.

Além disso, segundo se demonstrou há pouco, o direito processual moderno tem consistentes elementos para que a

jurisprudência modifique sua orientação quanto à admissibilidade de execução específica da cláusula compromissória.

Cresce, assim, o interesse na definição do que seja a execução específica da cláusula arbitral e na forma de seu processamento. Sabendo-se, como demonstrado, que é através do compromisso que se institui o juízo arbitral no nosso sistema positivo, a execução específica da cláusula arbitral será a obtenção, por via do Judiciário, da celebração compulsória desse compromisso. E, para se compreender como tal procedimento se dará, é necessário que se identifique a noção de execução específica e a própria natureza jurídica do compromisso.

6. Noção de execução específica

A origem da execução judicial forçada é a obrigação descumprida. A satisfação dessa obrigação poderá ser por uma indenização equivalente ou pelo seu efetivo cumprimento. Daí existirem dois tipos principais de execução forçada, a por reparação e a específica.

No caso das obrigações de fazer e não fazer, a execução por reparação muitas vezes se revela um remédio inadequado e insatisfatório para a violação de direito. Nela, a satisfação da prestação devida se faz por outra equivalente, de caráter patrimonial. E isso nem sempre atende ao credor, que precisa e deseja o cumprimento *in natura* do pactuado. Esse é precisamente o problema vivido atualmente no direito obrigacional brasileiro, em virtude do entendimento jurisprudencial de que a cláusula arbitral inserida nos contratos internos se resolve em perdas e danos quando descumprida.

A execução específica surgiu em resposta a necessidades dessa natureza, pois, dentro de uma concepção ideal, o processo deve ter por finalidade assegurar às partes exatamente aquilo

que, fora dele, teriam direito de obter. O Prof. Humberto Theodoro Júnior, apoiando-se na lição de Allorio, anota que no processo civil moderno “a idéia do ordenamento jurídico como um conjunto de normas obrigatórias e indispensáveis à convivência em sociedade, e a dos contratos como a lei das partes, protegida e assegurada pela lei do Estado, tudo isto leva à conclusão de que, se o negócio jurídico é válido e eficaz, é a execução específica que: “oferecerá la solución más sensata del problema jurídico creado por el incumplimento”.¹⁵

Na execução específica, a solução não é compensatória. A composição da lide não se traduz em reparações, de suposta equivalência patrimonial, mas sim em assegurar o cumprimento em espécie do pactuado.¹⁶ A tutela jurisdicional pretendida é, no caso, a substituição do ato jurídico que o devedor se recusa a praticar, pela decisão judicial que supra a vontade não manifestada.

O descumprimento da cláusula arbitral inserida em contrato é um inadimplemento de obrigação de fazer. A execução específica desse tipo de obrigação está prevista nos arts. 639 e 641, do CPC, que estabelecem, respectivamente: “Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado. Art. 641 — Condenado o

devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.”

Cabe então definir a natureza jurídica do compromisso, a fim de verificar se ele se adequa à fórmula de execução específica trazida em nosso ordenamento adjetivo.

7. Natureza jurídica do compromisso arbitral

Bastante debatida na tradicional doutrina civilista, a natureza jurídica do compromisso tem sido alvo de acirrada controvérsia. Existem basicamente duas correntes. Uma que nega ao instituto o caráter contratual e outra que lhe atribui essa natureza.

Entre os que não aceitam o compromisso como contrato alinham-se Clóvis Bevilacqua, Carvalho de Mendonça, Washington de Barros Monteiro e Caio Mário da Silva Pereira. Sustentam esses autores que o compromisso não pode ter natureza contratual, uma vez que ele não se destina a criar, modificar ou extinguir direitos, mas sim a dirimir questões. Para essa corrente, o compromisso é apenas o ato jurídico pelo qual as partes, em vez de recorrerem ao Judiciário, escolhem juízos e árbitros para decidirem suas questões.

De outro lado, nomes de peso como Espínola, Serpa Lopes e Sílvio Rodrigues argumentam que o compromisso é ato volitivo bilateral, capaz de criar relações na órbita do direito, nascendo de um acordo de vontades, e que caracteriza inequivocamente negócio jurídico. Esclarecedoras sobre essa natureza contratual do compromisso as palavras do próprio Prof. Sílvio Rodrigues: “Ele se ultima pelo consenso de duas ou mais vontades que indicam árbitros. Portanto, trata-se de ato jurídico bilateral que cria obrigações para cada um dos participan-

15. Humberto Theodoro Júnior. “A Garantia do Processo Legal e o Grave Problema do Ajuste dos Procedimentos aos Anseios de Efetiva e Adequada Tutela Jurisdicional.” *Atualidades Jurídicas*, 1.ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1992, p. 32.

16. José Alexandre Tavares Guerreiro, “Execução Específica do Acordo de Acionistas”, *RDM* 5/41, S. Paulo, RT, p. 45.

tes. Ora, isso é contrato, e como tal deve ser conceituado.”¹⁷

Mais recentemente, José Carlos de Magalhães anotou que o compromisso constitui contrato de direito privado que se destina a regular a instituição do juízo arbitral, uma relação jurídica de direito público em face de sua finalidade jurisdicional.¹⁸

Coloco-me ao lado daqueles que defendem a natureza contratual do compromisso, pois não vejo como se negar o acordo de vontades que está na base de sua formação e nem os direitos e obrigações que são por ele criados e modificados.

Tendo o compromisso natureza contratual, a parte que ajusta cláusula compromissória está na realidade assumindo obrigação de celebrar contrato para instituição do juízo arbitral. A particularidade desse contrato — o compromisso — reside na circunstância de que ele só poderá ser celebrado após o surgimento do conflito, cuja delimitação é o seu requisito fundamental.

Assim, quem descumpre cláusula arbitral viola obrigação de contratar, a qual se sujeita a execução específica nos termos do já referido art. 639, do CPC.

8. Natureza e procedimento da execução específica da cláusula arbitral

Demonstrado que a execução específica da cláusula arbitral equivale ao cumprimento compulsório de obrigação de contratar, prevista no art. 639, do CPC, cumpre investigar a natureza e o procedimento dessa ação.

Primeiro aspecto relevante a ser observado é que essa ação tem natureza cognitiva, não obstante a denominação “execução específica” e sua previsão na parte do CPC relativa ao Processo de

Execução. Com efeito, ao contrário do que ocorre na execução por reparação, o que se busca na execução específica não é a prática de atos materiais destinados à satisfação do direito do credor, mas sim o suprimento judicial do ato de vontade que a parte se recusa a realizar.¹⁹

Assim sendo, a ação visa à obtenção de uma sentença de mérito que reconheça o direito do autor e produza o mesmo efeito da prestação devida pelo réu. Daí poder-se dizer que a ação não é “de” execução específica da cláusula arbitral, mas “para” essa execução.

No caso da cláusula arbitral, a obrigação é firmar um contrato, o compromisso. Portanto, a sentença visada com a ação vai produzir o mesmo efeito do compromisso, instituindo o juízo arbitral. Sob esse aspecto, pode-se afirmar que a cláusula arbitral tem, em si própria, a natureza de contrato preliminar ou pré-contrato.

Essa sentença é constitutiva e substitutiva, pois, ao mesmo tempo que contém uma declaração de certeza sobre a relação jurídica tornada litigiosa, cria uma nova relação,²⁰ um estado jurídico novo, ao substituir a vontade não declarada, instituindo a arbitragem.

19. Acórdão das Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Mato Grosso (3.3.77): “Objetivando o autor, com fundamento nos arts. 639 a 641 do CPC, diante da alegada inadimplência do vendedor, a obtenção de uma sentença que produza o mesmo efeito da declaração não emitida, o processo adequado é o de conhecimento, pois o determinado no art. 639 interessa ao juízo de cognição. O aparente erro de sistemática na colocação da matéria no CPC, inserindo no Livro II (Processo de Execução), os referidos artigos, encontra justificativa no caráter de execução específica da obrigação de fazer.” (Alexandre de Paula, op. cit., p. 234).

20. Rogério Lauria Tucci. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, 1.ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1989, p. 67, e também Cândido Rangel Dinamarco, op. cit., p. 426.

17. Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, 11/295, 3.ª ed., S. Paulo, Max Limonad, 1968.

18. José Carlos Magalhães, op. cit., p. 102.

Como a sentença valerá pelo compromisso não firmado, instituindo o juízo arbitral, necessário será que nela constem os elementos indispensáveis à realização da arbitragem, relacionados nos arts. 1.073 e 1.075, do CPC. Pode acontecer que a própria cláusula arbitral que está sendo executada contenha esses elementos. Mas se não contiver, isso não inviabilizará o provimento jurisdicional, pois a doutrina tem se firmado por uma maior independência formal entre o ajuste preliminar e o definitivo.²¹

Nesse caso, os elementos que forem imprescindíveis à constituição do juízo arbitral e que não estiverem contidos na cláusula compromissória, tais como a delimitação do conflito, a indicação dos árbitros, o prazo para que seja proferido o laudo etc. Deverão ser apresentados pelo autor. Ao réu cabe impugnar aqueles elementos dos quais discorde, justificadamente, indicando os que lhe pareçam próprios.

Sob esse aspecto, nada impede, por exemplo, que o réu sucumba quanto ao pedido de suprimento da vontade não manifestada, mas que, apesar disso, prevaleça o prazo que ele indicou na contestação para a conclusão do laudo, ou que não se aceite, por alegação sua, o nome de um árbitro impugnado por suspeição. Assim, o réu pode contestar não só a pretensão principal — o provimento da execução específica — como também os elementos indicados pelo autor para a instituição do juízo arbitral.

O pedido, endereçado a um juízo cível, será fundado no art. 639, do CPC, sendo formulado em ação de natureza cognitiva, proposta “para” execução específica de cláusula arbitral. O rito será ordinário e a ação de conhecimento,

pois, em nosso direito positivo atual, o pré-contrato, consubstanciado na cláusula compromissória, não constitui título executivo extrajudicial.²² A eficácia executiva do provimento está na sentença obtida que vale pelo contrato que não se firmou voluntariamente.

Ainda na fase de instrução, os árbitros indicados deverão ser intimados para aceitarem ou não a incumbência, nos termos do art. 1.085, do CPC.

A sentença deverá decidir sobre todos os requisitos necessários à instituição da arbitragem, pois, a teor do art. 639, do CPC, ela produzirá o mesmo efeito do contrato. Assim, a decisão de mérito transitada em julgado valerá pelo compromisso, constituindo-se no ato instituidor do juízo arbitral. Não será necessário que se lavre outro contrato após a sentença, posto que ela, “por si só, produzirá os efeitos que aquele haveria de produzir”.²³

Instituído o juízo, os árbitros desenvolverão normalmente sua função a partir daí, com vistas à elaboração do laudo.

9. Conclusão

O presente estudo não pretende abarcar todo o tema e muito menos apresentar de maneira completa e definitiva o que seria o procedimento para execução específica da cláusula arbitral nos contratos mercantis.

Como se referiu, a possibilidade dessa execução há muito tem sido repelida pela jurisprudência. Mas, tendo-se em

22. Sydney Sanches, op. cit., p. 35. Vale mencionar que o anteprojeto elaborado pela Comissão de Revisão do Código de Processo Civil, coordenada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, atribui aos contratos que têm por escopo obrigação de fazer a qualidade de título executivo extrajudicial.

23. Sydney Sanches, op. cit., pp. 35-36. Em sentido contrário, Alcides de Mendonça Lima, op. cit., p. 680.

21. Sydney Sanches. *Execução Específica*, 1.ª ed., S. Paulo, 1978, p. 30, apoiando-se em Pontes de Miranda, e também Alcides de Mendonça Lima, op. cit., p. 678.

vista as tendências do direito processual moderno, que recomendam uma mudança nesse entendimento, bem como a crescente e concreta possibilidade de que o instituto venha a ser expressamente autorizado pelo direito positivo pátrio, é importante que se comece a investigar

o assunto em seu aspecto técnico-processual, a fim de que se revelem as dúvidas e polêmicas mais significativas a respeito.

Se este trabalho tiver conseguido ao menos suscitar algumas dessas dúvidas e polêmicas, terá atingido seu objetivo.