

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A DEFINIÇÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS
DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA**

VINICIUS DAMOUS DE MORAES GOMES

Rio de Janeiro

2018 / 1

VINICIUS DAMOUS DE MORAES GOMES

**A DEFINIÇÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS
DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Márcia Cristina Xavier de Souza.**

Rio de Janeiro

2018 / 1

CDD

VINICIUS DAMOUS DE MORAES GOMES

**A DEFINIÇÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS
DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Márcia Cristina Xavier de Souza.**

Data da aprovação: __ / __ / ____

Banca examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018 / 2

RESUMO

Trata-se de trabalho monográfico que busca estudar a definição dos limites subjetivos da cláusula de arbitragem, mediante a vinculação de partes não signatárias pela análise do seu comportamento ao longo da relação contratual. Para realização do presente estudo, a definição dos limites subjetivos da cláusula compromissória foi analisada com base na aplicação, pelo direito nacional e estrangeiro, de três teorias principais: Consentimento Tácito, Grupo de Companhias e Contratos Coligados.

Palavras-chave: Arbitragem; cláusula compromissória; limites subjetivos; Consentimento; Grupo de Companhias; Contratos Coligados.

ABSTRACT

It is a monographic work about the definition of the subjective limits of the arbitration clause, by linking non-signatory parties by analyzing their behavior throughout the contractual relationship. In order to do so, the definition of the subjective limits of the arbitration clause was analyzed based on the application, by national and foreign law, of three main theories: Implied Consent, Group of Companies and Group of Contracts.

Keywords: Arbitration; arbitration clause; subjective limits; Consent; Group of Companies; Group of Contracts.

1 – INTRODUÇÃO	6
2 – ARBITRAGEM: MÉTODO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	10
2.1 – O avanço da arbitragem no Brasil	12
2.2 – O conceito de arbitragem.....	16
2.2 – Arbitrabilidade.....	18
2.3 – A natureza jurídica da arbitragem.....	20
2.4 – Autonomia da vontade: um pilar fundamental para a delimitação das partes na arbitragem	23
3 – A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	28
3.1 Uma distinção importante	28
3.2 Natureza jurídica da cláusula compromissória	29
3.2 Cláusula compromissória cheia e cláusula compromissória vazia.....	31
3.4 Autonomia da cláusula compromissória.....	32
3.5 A necessidade da forma escrita	33
4 – A DEFINIÇÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA À LUZ DO DIREITO COMPARADO.....	41
4.1 Implied Consent	41
4.2 Group of Companies	47
4.3 Group of Contracts.....	53
5 – A DEFINIÇÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	62
5.1 Consentimento Tácito	62
5.2 Grupo de Empresas	67
5.3 Contratos Conexos	75
5 – CONCLUSÃO	83
6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

1 – INTRODUÇÃO

A arbitragem, não é novidade, vem crescendo exponencialmente no cenário mundial ao longo dos anos e, no Brasil, o cenário não é diferente. Diversos foram os avanços do instituto no país nas últimas décadas, que tornaram hoje a Arbitragem o método mais adequado para a resolução de demandas complexas no país.

Isso porque é possível, em um procedimento arbitral, que as partes escolham, de comum acordo, todas as engrenagens que tornarão a máquina arbitral a mais eficiente e eficaz para a solução da demanda posta. Na arbitragem é possível que as partes escolham, de comum acordo, desde o local onde a disputa deve ser resolvida, até a lei que deve ser aplicada e os julgadores que deverão aplicá-la. Via de regra, isso permite que as decisões arbitrais possuam caráter técnico e qualidade muito superiores àquelas proferidas pelo Poder Judiciário.

Não bastasse isso, somam-se ainda, como vantagens do procedimento arbitral, a maior celeridade em comparação ao Poder Judiciário e a confidencialidade inerente ao procedimento.

Em pesquisa realizada recentemente, apurou-se que *"na prática, o tempo médio para solução de um processo arbitral é de um a dois anos"*¹, enquanto que *"o tempo médio de tramitação de processos é de 10 anos, fazendo com que a resolução de conflitos, no Brasil, ocorra de forma tardia e, conseqüentemente, intempestiva"*².

¹ Autor desconhecido. É tempo de evolução no sistema de justiça brasileiro. **Conjur**. 13 de junho de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-13/flavio-caetano-tempo-evolucao-sistema-justica-brasileiro>. Acesso em: 25/06/2018

² CAETANO, Flávio Crocce. Solução de conflitos: conflitos societários e setores de construção e energia lideram busca por arbitragem. **Migalhas**. 6 de março de 2014. Disponível em: www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI196385,31047-Conflitos+societarios+e+setores+de+construcao+e+energia+lideram+busca. Acesso em: 25/06/2018

Muito embora celeridade, sigilo e flexibilidade/especialidade do procedimento³ lhe sejam inerentes, a característica mais marcante da arbitragem, que a distingue em essência da solução judicial, é o consentimento.

Isso porque a via arbitral somente é aberta mediante acordo de vontades nesse sentido, vez que ninguém pode ser obrigado a se submeter a qualquer outro método de solução de conflitos, que não o poder judiciário, se não tiver concordado com isso⁴. Para que a arbitragem seja instaurada é necessário, então, que todas as partes envolvidas na relação conflituosa tenham consentido em submeter a resolução do litígio ao procedimento arbitral, mediante convenção de arbitragem.

O presente trabalho busca, justamente, definir os limites subjetivos desta convenção de arbitragem, mediante a análise da possibilidade de vinculação de partes que não a subscreveram expressamente ao procedimento arbitral dela derivado.

Afinal, com a estrutura cada vez mais complexa das relações empresariais, é cada vez mais comum que pessoas, físicas e jurídicas, participem ativamente da negociação, da execução ou da extinção de um contrato que contém convenção de arbitragem, sem que o tenha assinado diretamente.

A princípio, partes que não assinaram o contrato em que está contida a convenção de arbitragem não poderiam ser vinculadas ao procedimento arbitral. Contudo, isso por vezes acabaria por inutilizar a convenção de arbitragem, pois as verdadeiras partes, assim entendidas aquelas que participaram ativamente da negociação, execução e extinção do contrato, não poderiam ser submetidas ao procedimento arbitral.

³ Essa flexibilidade, típica da arbitragem, vem sendo incorporada pelo judiciário, embora em menor escala, através dos chamados negócios jurídicos processuais.

⁴ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 83.

Esse problema vem há muito sendo enfrentado no meio arbitral, notadamente em cortes e tribunais estrangeiros, onde a arbitragem se encontra consolidada há muito mais tempo. Nos últimos anos, com a consolidação da arbitragem no Brasil e o seu notório crescimento, a problemática da participação de partes não signatárias no processo arbitral vem surgindo em território nacional e já é possível identificar alguns casos onde a jurisprudência pátria se debruçou sobre o tema.

Para se referir à questão, a doutrina, nacional e internacional, não raro utiliza a expressão “extensão” dos limites subjetivos da convenção de arbitragem a “terceiros” não signatários. Neste trabalho, contudo, referida expressão será evitada, pois acaba por transmitir a ideia de que terceiros que não consentiram com a arbitragem poderiam ser forçados a dela participar, quando, em verdade, é exatamente o contrário⁵.

Como se verá, a questão trata justamente de estabelecer, mediante a análise de características particulares de cada caso concreto, as partes que, muito embora não tenham assinado o contrato contendo a convenção de arbitragem, fazem parte da relação controvertida e demonstraram consentimento inequívoco em arbitrar.

Portanto, adota-se no presente trabalho a expressão que o intitulou: “definição dos limites subjetivos da cláusula compromissória”.

⁵ Nesse sentido: “*On the other hand, the widely used concept of “extension” of the arbitration clause to non-signatories is a misleading concept, and moreover, is probably wrong to a large extent since, in most cases, courts and arbitral tribunals still base their determination of the issue on the existence of a common intent of the parties and, therefore, on consent*”. Tradução livre: “*Por outro lado, o termo amplamente utilizado de “extensão” da cláusula compromissória aos não-signatários é um termo enganoso e, além disso, é provavelmente errado, em grande parte porque, na maioria dos casos, cortes e tribunais arbitrais baseiam sua decisão sobre a existência de uma intenção comum das partes e, portanto, sobre o consentimento*” (HANOTIAU, Bernard. Non-signatories in International Arbitration: lessons from thirty years of case law. In: Albert Jan van den Berg (ed), **International Arbitration 2006: Back to Basics?** ICCA Congress Series, v. 13, Kluwer Law International, 2007. p.341).

Diversas foram as teorias surgidas para dirimir a questão, sendo que neste trabalho o foco recairá sobre três, cuja recepção em território nacional foi pouco mais sensível: “*Implied Consent*”, “*Group of Companies*” e “*Group of Contracts*”.

2 – ARBITRAGEM: MÉTODO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Segundo Charles Jarrosson, a arbitragem é a instituição pela qual um terceiro decide o litígio que opõe duas ou mais partes, exercendo a missão jurisdicional que lhe foi conferida por elas⁶.

A arbitragem, como ensina Luiz Antonio Scavone Junior, “é um dos mais antigos meios de composição de conflitos pela heterocomposição, ou seja, a solução do conflito por um terceiro imparcial”⁷.

A Bíblia já fazia menção à arbitragem: ao proibir os cristãos de buscar os tribunais gentis, São Paulo os aconselha que se abstenham de valer-se dos litígios judiciais e busquem compor suas diferenças frente à autoridade de árbitros prudentes⁸.

O costume de se requerer a um terceiro, indicado pelas partes e por elas considerado como pessoa idônea e imparcial, que solucione o litígio de natureza civil entre elas havido foi conservado e persistiu, mesmo após o Estado ter assumido a função jurisdicional de “dizer o direito”⁹. Ensina Juan Cavigioli, ao tratar da arbitragem que:

“este sistema y procedimiento, que se ha desarrollado en diversos climas históricos, tuvo en el derecho romano una caracterización propia, perfeccionada por el Derecho canónico, y que pasó más adelante a los Códigos modernos que han desenvuelto y particularizado sus requisitos”¹⁰.

⁶ JARROSSON, Charles. **La notion d’arbitrage**. Paris: Dalloz, 1987. p. 327

⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. cit. p. 2

⁸ HERNANDEZ, Moreno. **Derecho procesal canonico**. Madrid: Aguilar, 1956. p. 367

⁹ LEÃO, Fernanda de Gouvêa. **Arbitragem e Execução**. 2012. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, São Paulo, 2012

¹⁰ Tradução livre: “Este sistema e procedimiento, que se desenvolveu em vários momentos históricos, teve no direito romano uma caracterização própria, aperfeiçoada pela lei canônica, e que mais tarde passou aos códigos modernos que desenvolveram e particularizaram seus requisitos” (CAVIGIOLI, Juan. **Derecho canónico**. Trad. Ramon Lamas Lourido. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946. p. 517-518)

Contudo, a preponderância do Estado relegou a arbitragem a segundo plano durante muitos anos, até que a mudança do perfil do Estado, com o aumento do comércio e dos investimentos internacionais, a partir da década de da segunda metade do século XX, impulsionou o crescimento na adoção da arbitragem como forma privativa de solução de litígios¹¹.

Ao lado do processo judicial estatal, a arbitragem é método heterocompositivo de solução de controvérsias¹², no qual a sentença, proferida por terceiro (ou terceiros) imparcial(is), escolhido(s) pelas partes é tão vinculante quanto a estatal. Tal aspecto diferencia a arbitragem dos demais meios “alternativos” de solução de controvérsia, como a conciliação e a mediação, nos quais o terceiro não proferirá decisão com efeitos vinculantes, mas sim mera sugestão às partes do encaminhamento da questão, para que estas se componham e cheguem a um acordo para colocar fim à controvérsia.

A arbitragem, por outro lado, decorre de um negócio jurídico celebrado validamente pelas partes, através do qual atribuem o poder de dirimir seus conflitos, atuais ou futuros, relativos a determinado negócio jurídico, a terceiro que não é o Estado-Juiz e profere decisão tão vinculante quanto a deste.

Para que seja aberta a via arbitral, portanto, é necessária a constituição de um negócio jurídico denominado convenção de arbitragem, que, como será visto mais adiante, é gênero do qual são espécies a cláusula compromissória (que trata de litígios futuros) e o compromisso arbitral (que trata de litígios contemporâneos). Aqueles que, no exercício da livre autonomia da vontade, celebram o referido negócio processual, consentindo em submeter seus conflitos a um árbitro, serão as partes da arbitragem. A arbitragem, portanto, é convencional desde a sua origem.

¹¹ STRENGER, Irineu. **Comentários a Lei Brasileira de Arbitragem**, São Paulo: LTr., 1998. p. 10-11.

¹² OPPETIT, Bruno. **Teoría del arbitraje**. Tradução Eduardo Silva Romero. Bogotá: Legis, 2006. p. 45

Assim, temos que a submissão à arbitragem pressupõe a manifestação de vontade dos contratantes, sendo imprescindível o consentimento, que se configura na “*intenção comum das partes em submeter as disputas que surgiram ou vierem a surgir entre elas a um ou mais julgadores privados*”¹³.

2.1 – O avanço da arbitragem no Brasil

Como dito anteriormente, a arbitragem é um dos mais antigos métodos de resolução de conflitos. No caso do Brasil, a arbitragem, que está presente no ordenamento jurídico desde a Constituição Política do Império do Brasil¹⁴ de 25 de março de 1824, em seu artigo 160¹⁵, ganhou maior força e notoriedade com a edição da Lei 9.307/1996. A lei de arbitragem, como é conhecida, foi alvo de muitas críticas, enfrentou grandes dificuldades e precisou passar por muitas modificações para chegar à forma que conhecemos hoje.

¹³ FOUCHARD, Philippe et al. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 481.

¹⁴ À época, Brasil se escrevia com “z”

¹⁵ “*Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes*” (BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. **Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824**. P. 7).

O primeiro obstáculo residia a legislação que vigorava (Código Civil de 1916¹⁶ e Código de Processo Civil de 1973), pois esta não previa a possibilidade das partes inserirem em um contrato a cláusula compromissória, e, não bastasse isso, o artigo 1.097¹⁷ do CPC ainda exigia a homologação judicial do pacto arbitral para que passasse produzisse efeitos análogos aos de uma sentença. Esses óbices acabavam por retirar diversas das vantagens do instituto, notadamente a possibilidade afastamento, quase integral, da justiça comum¹⁸.

Alguns anteprojetos de lei sobre a arbitragem (Anteprojetos de Lei de 1981, 1986 e 1988) foram elaborados buscando modernizar a legislação sobre o tema e eliminar os obstáculos que a lei da época impunha à arbitragem. Contudo, a despeito dos esforços empreendidos pelos envolvidos com a arbitragem à época, os projetos não foram sequer encaminhados ao Congresso Nacional para discussão¹⁹.

Foi então que se percebeu que o que estava faltando era uma iniciativa da própria sociedade no sentido de fazer com que a arbitragem progredisse no cenário nacional. Assim surgiu a operação Arbiter, de iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, que constituiu uma comissão relatora para apresentação de um novo projeto de lei²⁰. A versão final do projeto foi levada para o Congresso Nacional e aprovada, e a Lei de Arbitragem entrou em vigor em 1996²¹.

¹⁶ _____. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei 3.071 de 1916. **Coleção de Leis Brasil**

¹⁷ “Art. 1.097 O laudo arbitral, depois de homologado, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; conteúdo condenação da parte, a homologação lhe confere eficácia de título executivo (artigo 584, número III)” (Idem. lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impresao.htm.

¹⁸ Carmona explica que “o segredo, que costuma cercar a arbitragem, desaparecia; o custo, que as partes querem ver reduzido, sofria acréscimo considerável; e, por fim, a celeridade, que deve caracterizar a arbitragem, ficava prejudicada, já que a morosidade do procedimento homologatório (sujeita que estava a sentença de primeiro grau ao recurso de apelação, aliado à possibilidade de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, interponível sob a alegação de violação ao Código de Processo Civil) faria perdurar a demanda por alguns anos...” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 5).

¹⁹ Ibidem. pp. 4-13

²⁰ Ibidem. pp. 4-13.

²¹ BRASIL. Lei 9.307 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm.

Logo após a entrada em vigor da Lei de Arbitragem, se seguiu a arguição de inconstitucionalidade de seus principais dispositivos perante o Supremo Tribunal Federal²².

Somente em 30 de abril de 2004, “*após estratégia bem pensada que incluiu até aguardar a aposentadoria de ministros contrários à nova lei*”²³ foi publicado no Diário da Justiça da União o Acórdão em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da Lei. Apesar do voto contrário do relator, a constitucionalidade da norma restou decretada por maioria de votos.

Sintetiza bem as razões do julgado o parecer do Procurador-Geral da República à época, Dr. Geraldo Brindeiro:

(...) o que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito. Não estabelece que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àquele das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário²⁴.

A promulgação e a confirmação da validade da lei pelo Supremo Tribunal Federal foram fundamentais para a consolidação da arbitragem no país, que hoje encontra um terreno fértil para seu desenvolvimento.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Sentença Estrangeira nº 5.206. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília. 29/04/2004. **Diário Oficial da União**. Brasília. 30/04/2004. Nesse sentido: MUSSNICH, Francisco Maciel. **A cláusula compromissória no Direito Societário**. In: Arbitragem e mediação (coord. Caio Cesar Vieira Rocha e Luis Felipe Salomão). São Paulo: Atlas, 2017, pp. 127/128.

²³ MELO, Leonardo de Campos (coord); BENEDUZI, Renato Resende (coord). **A Reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 3

²⁴ Parecer juntado aos autos da SE n. 5.206-7 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Sentença Estrangeira nº 5.206. Op. cit.)

Desempenhou papel de destaque nesse processo o artigo 18 da Lei de Arbitragem, que, conforme ensina Luiz Antonio Scavone Junior, “*acabou com a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral e equiparou o árbitro ao juiz togado no desempenho da arbitragem*”²⁵.

Vejamos o que dispõe o artigo 18 da lei 9.307, de 23 de setembro de 1996:

“Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo poder judiciário”

Essa previsão foi fundamental, porque conferiu maior segurança e celeridade ao procedimento arbitral, revestindo a sentença arbitral de autonomia perante o poder judiciário.

Outro marco importante ocorreu em 2002, quando o governo brasileiro ratificou a Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras feita em Nova York em 10 de junho de 1958²⁶.

Apesar desses grandes avanços, a arbitragem continuou a encontrar obstáculos em seu caminho²⁷, vencidos mediante notório empenho da chamada Comunidade Arbitral.

²⁵SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. Cit. p. 2

²⁶ MELO, Leonardo de Campos (coord); BENEDUZI, Renato Resende (coord). Op. Cit. p. 6

²⁷ Para Gustavo Tepedino, “*dentre os fundamentos, por vezes velados e não explícitos, refratários à arbitragem como procedimento alternativo à prestação jurisdicional, destaca-se o receio de que o crescimento da arbitragem decorresse de perspectiva ideológica neoliberal, a retirar do Estado função que lhe é essencial. Tal raciocínio se robustece na experiência brasileira em que, por uma pluralidade de razões históricas, associam-se, na percepção popular, o progresso social e as ideologias progressistas à maciça intervenção estatal, atribuindo-se somente ao Estado, e não à totalidade dos agentes econômicos privados, o dever de neutralizar a desigualdade social e promover as liberdades fundamentais*” (TEPEDINO, Gustavo. **Arbitragem e Autonomia Privada: A Importância da Boa-Fé Objetiva na Delimitação do Consentimento**. Rio de Janeiro: Quaestio Iuris, vol. 9, 2016. p. 605).

Com o avançar dos anos, “*O poder judiciário também foi reconhecendo a importância da arbitragem como método legítimo, eficaz apropriado de resolver disputas, respeitando a vontade das partes que optaram por essa solução extrajudicial*”²⁸. O Superior Tribunal de Justiça desempenhou louvável papel nos últimos dez anos e, “*sob a batuta de ministros estudiosos do tema, passou a ditar jurisprudência de suporte incontestável à solução arbitral*”²⁹.

Somam-se a esses, como motivos para o fortalecimento da arbitragem no Brasil ao longo dos últimos anos, dentre diversos outros:

*“A previsão da extinção do processo sem resolução do mérito pela existência de convenção de arbitragem entre as partes, desde que alegada em preliminar à contestação (CPC, arts. 586, VII e 357,X), bem como a competência absoluta do árbitro, inclusive para decidir sobre a eventual nulidade do contrato que contenha a cláusula arbitral e a nulidade da própria convenção de arbitragem (artigos 8º e 20 da Lei de Arbitragem).”*³⁰

Atualmente, portanto, a arbitragem encontra no Brasil um terreno extremamente fértil. Isso é fato notório diante do inegável aumento do número de disputas anualmente submetidas ao procedimento arbitral.

2.2 – O conceito de arbitragem

Luiz Antonio Scavone Junior nos fornece uma definição atual do conceito de arbitragem, já considerados os diversos avanços do instituto ao longo dos últimos anos:

*“A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida”*³¹

José Eduardo Carreira Alvim, por sua vez, assim conceitua:

²⁸ MELO, Leonardo de Campos (coord); BENEDUZI, Renato Resende (coord). Op. Cit. p. 9

²⁹ MELO, Leonardo de Campos (coord); BENEDUZI, Renato Resende (coord). Op. Cit. p. 9

³⁰ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. Cit. p. 2

³¹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. Cit. p. 2

“A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o ‘julgamento’ de um litígio por uma ‘sentença’ com força de coisa julgada”³².

Carlos Alberto Carmona se opõe à alcunha de “método alternativo” de solução de conflitos, defendendo tratar-se a arbitragem de “método adequado” de solução de conflitos³³. Para o referido Autor, a arbitragem pode ser definida da seguinte maneira:

“A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o ‘julgamento’ de um litígio por uma ‘sentença’ com força de coisa julgada”³⁴.

Contudo, conforme ensina Scavone, *“se não constituísse uma alternativa às partes, seria inconstitucional, posto que haveria imposição da solução por intermédio da arbitragem, o que fere o princípio da inafastabilidade da tutela insculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal”³⁵.*

³² ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamento, 2005. p.14

³³ CARMONA, Carlos Alberto. Op. Cit. p. 31

³⁴ Ibidem. p. 15

³⁵ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. Cit. p. 2

2.2 – Arbitrabilidade

A faculdade de um litígio ser resolvido por arbitragem ou a aptidão de ser objeto de arbitragem é o que se denomina arbitrabilidade. Eduardo Damiano Gonçalves, afirma que o termo arbitrabilidade comporta diversas facetas, sendo principalmente duas, uma ligada à *ratione personae*, a chamada arbitrabilidade subjetiva, e outra referente à *ratione materiae*, a arbitrabilidade objetiva³⁶.

Loukas A. Mistelis assim define arbitrabilidade:

*“arbitrability is one of the issues where the contractual and jurisdictional natures of international commercial arbitration collide head on. It involves the simple question of what types of issues can and cannot be submitted to arbitration and whether specific classes of disputes are exempt from arbitration proceedings. While party autonomy espouses the right of parties to submit any dispute to arbitration, national laws often impose restrictions or limitations on what matters can be referred to and resolved by arbitration. This is referred to in literature as “objective arbitrability.” Certain disputes may involve such sensitive public policy issues that it is felt that they should only be dealt with by the judicial authority of state courts. An obvious example is criminal law which is generally the domain of the national courts: it is undisputed that the sanctioning of criminal activity is in the power of the judiciary”*³⁷.

Como se pode ver, não é toda matéria, portanto, que pode ser arbitrada, e nem são todos que podem ser partes na arbitragem. Nesse sentido, explica Gary Born:

³⁶ GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Arbitrabilidade objetiva**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 9.

³⁷ Tradução livre: “A arbitrabilidade é uma das questões em que as naturezas contratuais e jurisdicionais da arbitragem comercial internacional se chocam. Envolve a simples questão de que tipos de questões podem e não podem ser submetidas à arbitragem e se classes específicas de disputas estão isentas de procedimentos de arbitragem. Embora a autonomia da partes defenda o direito das partes de submeter qualquer disputa à arbitragem, as leis nacionais frequentemente impõem restrições ou limitações sobre quais assuntos podem ser referidos e resolvidos por arbitragem. Isso é referido na literatura como “arbitrabilidade objetiva”. Algumas disputas podem envolver questões tão sensíveis de ordem pública que se considera que elas devem ser tratadas apenas pela autoridade judicial dos tribunais estaduais. Um exemplo óbvio é o direito penal que geralmente é o domínio dos tribunais nacionais: é indiscutível que a sanção da atividade criminosa está no poder do judiciário” (MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros L. (Eds.). **Arbitrability**: international and comparative perspectives. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009. pp. 1–18)

*“under virtually all national laws, certain categories of disputes or claims are “non-arbitrable” – not capable of settlement by arbitration (as opposed to litigation in national courts or before other governmental agencies). The categories of claims that are non-arbitrable vary country to country, but generally involve claims under statutory protections (e.g. competition or antitrust law, employee or consumer protection, security law) or matters of public policy. The New York Convention and other international arbitration conventions recognize and permit these non-arbitrability, at least within limits”*³⁸.

No Brasil, prevê o artigo 1º da Lei de Arbitragem que *“as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”*

Ou seja, sob o aspecto subjetivo, a lei determina que apenas pessoas capazes de contratar poderão ser partes em uma arbitragem. Recorrendo-se ao Código Civil, são capazes aqueles que têm a aptidão de exercer por si os atos da vida civil³⁹.

Desse modo, não poderão instaurar processo arbitral os incapazes, ainda que representados ou assistidos, tampouco aqueles que apenas tenham poderes de administração. Porém, vale ressaltar que nesta última hipótese, havendo autorização judicial (como no caso do inventariante ou síndico da falência) ou de assembleia (como, por exemplo, para o síndico de condomínio) poderão valer-se da arbitragem⁴⁰.

³⁸ Tradução livre: *“em praticamente todas as leis nacionais, certas categorias de disputas ou reivindicações são ‘não arbitráveis’ - não passíveis de solução por arbitragem (em oposição a litígios em tribunais nacionais ou perante outras agências governamentais). As categorias de reivindicações que não são arbitráveis variam de país para país, mas geralmente envolvem reivindicações sob proteções estatutárias (por exemplo, lei de concorrência ou antitruste, proteção de funcionários ou consumidores, leis de segurança) ou questões de política pública. A Convenção de Nova York e outras convenções de arbitragem internacional reconhecem e permitem essa não-arbitrabilidade, pelo menos dentro de certos limites”* (BORN, Gary B., **International commercial arbitration**. New York: Kluwer Law International, 2001. p. 8)

³⁹ Artigo 4º e seguintes do Código Civil de 2002 (BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm).

⁴⁰ LEÃO, Fernanda de Gouvêa. Op. Cit.

No tocante ao aspecto objetivo, a lei estabelece, como critério de arbitrabilidade, que se trate de direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, “*não há uma limitação aos bens materiais, mas uma limitação aos bens jurídicos, que devem ser patrimoniais e passíveis de disposição*”⁴¹.

Os seguintes exemplos de inarbitrabilidade objetiva são apresentados por José Maria Rossani Garcez:

*“envolve interesse de menores ou torna indispensável a interferência do Ministério Público, ou se expressamente se restringe à jurisdição exclusiva do Poder Judiciário brasileiro, em questões, por exemplo envolvendo o estado das pessoas, como casamento ou divórcio, ou ainda, inventário de bens localizados no Brasil ou ainda, se indiretamente essa indisponibilidade temática de direitos for determinada pela jurisprudência dominante ou súmula”*⁴².

2.3 – A natureza jurídica da arbitragem

A questão da natureza jurídica da arbitragem ainda não se encontra pacificada na doutrina, sendo ainda alvo de grandes debates se teria caráter de jurisdição ou contratual/privatista.

Conforme ensina Fabiano Robalinho Cavalcanti:

“os defensores da corrente contratual ou privatista, afirmam que a arbitragem possui natureza eminentemente contratual, uma vez que as partes, utilizando-se da autonomia da vontade, pactuam no sentido de que seus respectivos direitos transigíveis serão decididos por juízo próprio, que não a jurisdição fornecida pelo Estado” ⁴³.

⁴¹ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 43.

⁴² GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 45-46.

⁴³ CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 37

Ainda segundo Robalinho, essa posição é sustentada por diversos autores estrangeiros, como Giuseppe Chiovenda e Salvatore Satta⁴⁴.

Há, contudo, uma inclinação maior a considerar que a arbitragem possui natureza jurídica de jurisdição. Clara, nesse sentido, é a posição de Nelson Nery Junior:

“A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal”⁴⁵

O Código de Processo Civil estabelece paralelamente a jurisdição estatal e a arbitral, adotando o que Luiz Antonio Scavone Junior denomina de “dualidade jurisdicional”⁴⁶, inferência que extrai dos artigos 3º e 42 do diploma:

Art. 3o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1o É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

Scavone assim justifica a natureza jurisdicional da arbitragem:

“A jurisdição compreende a aplicação do direito ao caso concreto com a capacidade de produzir coisa julgada material, o que a sentença arbitral cumpre estritamente nos termos do que prevê a lei de arbitragem nos seus arts. 18 e 31, segundo os quais a decisão final proferida pelo árbitro é sentença da qual não cabe recurso e está equiparada, para todos os efeitos, às sentenças proferidas pelos órgãos do poder judiciário.”⁴⁷

⁴⁴ Ibidem. p. 37

⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 1997. p. 1.300.

⁴⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. Cit. p. 4

⁴⁷ Ibidem. p. 5

Nesse cenário, é importante observar que, apesar de regida por lei própria e de ser tradicionalmente conhecida como um meio alternativo de resolução de controvérsias, a arbitragem nada mais é do que processo. De acordo com Dinamarco, o processo arbitral, apesar das suas peculiaridades, se sujeita aos mesmos ditames do direito processual constitucional⁴⁸.

Isso é reconhecido pelo legislador no art. 21, §2º, da Lei de Arbitragem, que dispõe que “*serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento*”.

Dinamarco explica que a inserção da arbitragem na teoria geral do processo é fundamental para que se possa confiar neste instituto como ciência jurídica:

*“Por essa perspectiva, a inserção da arbitragem na teoria geral do processo constitui uma postura de busca de um equacionamento organizado dos conhecimentos verdadeiramente científicos e portanto confiáveis e que nenhuma ciência jurídica pode prescindir. Essa postura é um penhor da segurança do processo arbitral, capaz de chegar a um indispensável equilíbrio entre o informalismo de seu procedimento e a observância do que há de essencial em todos os setores do exercício da jurisdição, que é a necessária observância da garantia constitucional do due process”*⁴⁹.

Eduardo de Albuquerque Parente esclarece que a arbitragem é processo, como exercício de jurisdição, e não apenas procedimento, tendo em vista que os princípios informativos do processo estão presentes na arbitragem, quais sejam:

*(i) o econômico, voltado à produção do melhor resultado com menor dispêndio de recursos; (ii) o lógico, para a seleção de meios eficazes à descoberta da verdade; (iii) o jurídico, para a igualdade no processo e fidelidade da conclusão ao direito material; e, por fim, (iv) o político, visando a garantia social*⁵⁰.

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 17.

⁴⁹ Ibidem. p. 17.

⁵⁰ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Existiria uma ordem jurídica arbitral? In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 62.

Leciona Carlos Alberto Carmona que o artigo 32 da Lei da Arbitragem, ao estabelecer que a decisão arbitral produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, dispensando homologação posterior pelo judiciário, revela claramente ter o legislador adotado a tese da jurisdicionalidade⁵¹.

Fredie Didier Jr., também defende que o ordenamento jurídico pátrio adotou a tese da jurisdicionalidade, na medida em que o controle judicial exercido sobre a arbitragem não se imiscui no mérito do laudo arbitral, mas, caso provocado, somente analisa seus aspectos formais, não possuindo o juiz estatal poderes para modificar ou revogar seu conteúdo⁵².

Alexandre Freitas Câmara se coloca em uma posição intermediária, negando a natureza jurisdicional da arbitragem, mas conferindo-lhe caráter publicista e de verdadeiro processo, afastando-a também da natureza jurídica puramente contratual ou privatista:

*“Sendo a arbitragem um procedimento que se realiza obrigatoriamente em contraditório (o que, aliás, é determinado de forma cogente pela lei de arbitragem, que impõe a observância de tal princípio no procedimento arbitral), faz-se presente o ‘módulo processual’, devendo-se considerar, pois, que 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. Ademais, não se faz presente na arbitragem a relação jurídica processual jurisdicional, qual seja, aquela que se estabelece entre as partes e o Estado-Juiz. Não há, portanto, como se admitir a natureza jurisdicional da arbitragem, embora não se possa negar o múnus público exercido pelo árbitro, em sua atividade privada, de busca da pacificação social. Com isto, coloco-me numa posição publicista frente à arbitragem, negando a tese de quem vê neste instituto uma figura exclusivamente regulada pelo direito privado”*⁵³.

2.4 – Autonomia da vontade: um pilar fundamental para a delimitação das partes na arbitragem

A despeito das discussões quanto à natureza jurídica da arbitragem, que ainda não possui resposta pacífica, não há dúvidas de que a arbitragem, conforme explica Paulo Osternack Amaral, tem como grande pilar a autonomia da vontade:

⁵¹ CARMONA, Carlos Alberto. Op. Cit. p. 455

⁵² DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 561

⁵³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Arbitragem – Lei nº9.307/96**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2005. p. 15

“A arbitragem, regida pela Lei 9.307/1996, tem como um de seus pilares a autonomia da vontade das partes. Isso permite que elas escolham não apenas o árbitro que solucionará o seu litígio, mas também as regras materiais e processuais que serão aplicadas pelo julgador privado. Também se admite que as partes alterem consensualmente regras procedimentais, definam quais meios de prova serão admissíveis no processo arbitral e em que ordem tais provas serão produzidas”⁵⁴.

António Menezes Cordeiro explica que a existência de uma convenção de arbitragem é o ponto de partida para a instituição da arbitragem, tendo em vista se tratar de *“um acordo pelo qual as partes remetem a composição de eventuais litígios futuros (cláusula compromissória) ou presentes (compromisso), para árbitros”⁵⁵.*

Isso porque o uso da via arbitral depende da vontade das partes, ou seja, ela somente será usada quando existir um acordo de vontades nesse sentido, já que ninguém pode ser obrigado a se submeter a qualquer outro método de solução de conflitos, que não o Poder Judiciário, se não tiver concordado com isso⁵⁶.

Assim, são consideradas partes na arbitragem, *ab initio*, as pessoas (físicas ou jurídicas), que, através de uma convenção de arbitragem, decidiram, de comum acordo, submeter eventuais (ou atuais, a depender do tipo de convenção) disputas a um terceiro (ou mais de um), que as decidirá com base nas regras igualmente acordadas pelas partes.

⁵⁴ AMARAL, Paulo Osternack. Negócio jurídico processual e arbitragem. In: MELO, Leonardo de Campos (coord.); BENEDUZI, Renato Resende (coord.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 270.

⁵⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 86.

⁵⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. Cit.. p. 83.

De acordo com Hermes Marcelo Huck, na arbitragem, por força do princípio da autonomia da vontade, além de escolher o que vai ser julgado, ou seja, o objeto do processo, “*também cabe às partes escolher quem vai julgar (os árbitros), que normas serão aplicadas no julgamento (as regras de direito material) e como o julgamento deverá se desenrolar (o procedimento)*”⁵⁷, observados, obviamente, certos limites estipulados em lei. As partes podem, ainda, optar por arbitragem de direito ou de equidade (art. 2º, caput e §1º, da Lei nº 9.307/96).

Percebe-se, portanto, que a arbitragem resulta de um acordo de vontades das partes envolvidas em uma relação jurídica, mediante o qual optam pela solução arbitral, abdicando da jurisdição estatal.

Sobre a manifestação de vontade nos negócios jurídicos, discorre Caio Mario Da Silva Pereira:

*“Detendo-nos um instante mais sobre o elemento vontade frisamos que o princípio pelo qual se lhe reconhece o poder criador de efeitos jurídicos denomina-se autonomia da vontade, que se enuncia por dizer que o indivíduo é livre de, pela declaração da sua própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contras obrigações”*⁵⁸.

Contudo, ao contrário do poder jurisdicional, os árbitros só podem dirimir os conflitos que forem expressamente submetidos a eles, antes ou durante o procedimento, por partes absolutamente capazes, restando inegavelmente limitado o seu escopo de jurisdição.

A Lei de Arbitragem determina, ainda, que os árbitros estão obrigados a seguir as regras estipuladas pelas partes na cláusula ou compromisso arbitral. O inciso IV do art. 32 da referida lei estabelece que é nula a sentença arbitral que for proferida fora dos limites estabelecidos pelas partes⁵⁹.

⁵⁷ HUCK, Hermes Marcelo. Árbitro – juiz de fato e de direito. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Rio de Janeiro, v. 40, pp. 181 – 192, Jan./Mar. 2014,.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 478/479

⁵⁹ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se : (...) IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem (...)” (BRASIL. Lei 9.307 23 de setembro de 1996. Op. Cit.)

Por outro lado, não se pode falar na autonomia da vontade, que dá azo ao negócio, sem o seu consectário jurídico, consistente na força obrigatória que passa a submeter os contratantes a exatamente aquilo a que se comprometeram (*pacta sunt servanda*).

Como bem salienta Caio Mario da Silva Pereira, “*um dos efeitos do princípio da obrigatoriedade do contrato é, precisamente, a alienação da liberdade dos contratantes, nenhum dos quais podendo romper o vínculo, em princípio, sem a anuência do outro*”⁶⁰.

Ainda segundo Caio Mario:

*A ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar, e dá-lhe a liberdade de escolher os termos da avença, segundo suas preferências. Concluída a convenção, recebe da ordem jurídica o condão de se sujeitar, em definitivo, os agentes. Foram as partes que escolheram os termos de sua vinculação e assumiram todos os riscos. A elas não cabe reclamar e ao juiz não é dado preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação de princípios de equidade, salvo a intercorrência de causa adiante minudenciada.*⁶¹

A jurisprudência dos nossos Tribunais é na mesma direção, prestigiando o respeito às convenções estipuladas pelas partes, a exemplo do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

*Apelação. Ação de obrigação de não fazer c/c reparação de danos movida. (...) Negócio jurídico bilateral que gera direitos e obrigações para os contratantes. Prevalecem os princípios da liberdade em contratar, da autonomia da vontade e do pacta sunt servanda, porquanto o contrato foi firmado por livre e espontânea vontade, anuindo o apelante às suas cláusulas, não podendo agora opor-se a previsões contratuais anteriormente aceitas. Precedentes desta Corte. Sentença que se mantém. Recurso a que se nega seguimento com fulcro no art. 557, caput, do CPC.*⁶²

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. Cit. p. 130

⁶¹ Ibidem. p. 13

⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão. Apelação nº 0004816-95.2004.8.19.0061. Relator: Desembargador Azevedo Pinto. Rio de Janeiro. 31/08/2009 **Diário de Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro. 01.09.2009.

Dessas considerações iniciais, extrai-se que, uma vez identificadas as partes que consentiram em submeter seus conflitos à arbitragem, ficam estas obrigatoriamente submetidas à jurisdição arbitral.

Assim, a convenção de arbitragem, que será detalhadamente abordada no próximo capítulo, é um acordo do qual surgem duas obrigações, uma de não fazer, que significa que as partes não poderão buscar a justiça comum para solucionar eventuais litígios, e outra de fazer, que consiste em levar tais conflitos à solução arbitral⁶³.

Caso, a despeito da existência de convenção de arbitragem, uma das partes busque a via judicial, o juiz precisará extinguir o processo sem resolução do mérito⁶⁴.

Nesse ponto, cumpre observar que a existência de convenção de arbitragem é matéria que deve ser alegada pelo réu na contestação, já que não pode ser conhecida pelo juiz de ofício. Se o réu não o fizer no momento oportuno, o direito estará precluso, pois será considerado que ele tacitamente aceitou a jurisdição estatal⁶⁵ (art. 337, §6º, CPC⁶⁶).

⁶³ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. Cit. p. 83/84.

⁶⁴ Ibidem. p. 83/84. Nesse sentido: “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência” (BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm).

⁶⁵ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. Cit. p. 84.

⁶⁶ “Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) X - convenção de arbitragem; (...) § 5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo” (BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Op. Cit.).

3 – A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

3.1 Uma distinção importante

Como já se viu, o ponto de partida para a instituição da arbitragem é a existência de uma convenção de arbitragem. Aqui, é importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro abarcou duas diferentes formas de submissão ao instituto da arbitragem, conforme se vê pelo artigo 3º da Lei nº 9.307/96:

Art. 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Logo, “convenção de arbitragem” é gênero, do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Essas espécies se distinguem, especialmente, pelo momento em que são convencionadas, conforme muito bem explicado por Alexandre Freitas Câmara:

“O compromisso tem, portanto, como pressuposto, uma controvérsia já surgida entre as partes, ao contrário da cláusula compromissória, a qual é celebrada antes de surgir a lide, e se refere a litígios futuros e eventuais.”⁶⁷

A Lei de Arbitragem assim define o compromisso arbitral:

Art. 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

Como se pode perceber, Através do compromisso arbitral, portanto, as partes pactuam que conflito já existente será remetido para um juízo arbitral. O compromisso arbitral pode ser judicial, quando as partes colocam termo no procedimento judicial em andamento e submetem à arbitragem, ou extrajudicial, firmado depois do conflito, mas antes da propositura da ação judicial⁶⁸.

⁶⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. Cit. pp. 27/28.

⁶⁸ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. Cit. p. 94.

A cláusula compromissória, por sua vez, independentemente de ser contemporânea ou posterior ao contrato, será sempre anterior à existência do conflito⁶⁹. Vejamos a definição adotada pela Lei de Arbitragem:

Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Embora a cláusula compromissória seja prescindível para o início da arbitragem – que pode partir do compromisso arbitral – , Flávio Luiz Yarshell salienta que, “*depois de instaurado o conflito, é realmente mais difícil que se atinja o consenso mínimo exigido para a adoção de tal mecanismo*”, recomendando que, havendo interesse em arbitrar, insira-se cláusula compromissória no contrato.

Feita essa distinção, passaremos agora à análise das principais características da cláusula compromissória, cujos limites subjetivos constituem objeto de estudo do presente trabalho.

3.2 Natureza jurídica da cláusula compromissória

O uso da via arbitral, conforme já dito, depende da vontade das partes, ou seja, ela somente será usada quando existir um acordo de vontades nesse sentido, já que ninguém pode ser obrigado a se submeter a qualquer solução alternativa de conflitos se não tiver concordado com isso⁷⁰.

⁶⁹ Ibidem. p. 89.

⁷⁰ Ibidem. p. 83.

Silvio Rodrigues, Celso Barbi, José Albuquerque Rocha, consideram a cláusula compromissória como uma promessa de contratar, que dependeria de posterior formalização do compromisso arbitral para se concretizar⁷¹. Para os referidos autores, não havendo a formalização da promessa, mediante assinatura de compromisso arbitral, essa se resolveria em perdas e danos⁷².

Contudo, a partir da lei 9.307, de 1996, cláusula compromissória (cheia, conforme será melhor abordado abaixo) e compromisso passaram a ter os mesmos efeitos, isto é, ambos passaram a ser suficientes para excluírem, definitivamente, a controvérsia do conhecimento Justiça Estatal e instituir a Arbitragem⁷³.

A partir de então, restou claro que a cláusula compromissória possui natureza jurídica de negócio jurídico. Ao qualificar a cláusula compromissória como “convenção”, e ainda remeter ao “comprometimento” assumido pelas partes, a própria Lei de Arbitragem sinaliza a natureza da cláusula compromissória como negócio jurídico⁷⁴. Confira-se, nesse sentido, a lição de Carlos Alberto Carmona:

“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)”⁷⁵.

Adepto a esse entendimento, Leonardo Campos de Melo:

⁷¹ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e Convenção Arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 198

⁷² Ibidem. p.198

⁷³ Ibidem. p. 203

⁷⁴ “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (BRASIL. Lei 9.307 23 de setembro de 1996. Op. Cit.).

⁷⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Op. Cit. p. 102

“A cláusula compromissória, portanto, consiste em negócio jurídico, tendo por conteúdo fundamental obrigação de fazer, sujeito a condição suspensiva, segundo o qual os convenientes se obrigam, na hipótese de eventual litígio futuro, a submetê-lo à arbitragem”⁷⁶.

Diante disso, conclui Iara Santos Conrado que aplica-se à cláusula compromissória *“todo o regramento que rege o instituto, positivado nos artigos 104 e seguintes, do Código Civil, além dos princípios e normas gerais inerentes aos negócios jurídicos”⁷⁷.*

3.2 Cláusula compromissória cheia e cláusula compromissória vazia

A cláusula compromissória, também chamada de cláusula arbitral, pode ser classificada em cheia ou vazia. A cláusula arbitral cheia pode ser definida da seguinte forma:

Aquela que contém os requisitos mínimos para que possa ser instaurado o procedimento arbitral (as condições mínimas que o art. 10 da Lei de Arbitragem impõe para o compromisso arbitral), como, por exemplo, a forma de indicação dos árbitros, o local etc., tornando prescindível o compromisso arbitral⁷⁸.

Para a cláusula arbitral vazia, pode ser apresentado o seguinte conceito:

Aquela em que as partes simplesmente se obrigam a submeter seus conflitos à arbitragem, sem estabelecer, contudo, as regras mínimas para desenvolvimento da solução arbitral e, tampouco, indicar as regras de uma entidade especializada, tornando necessário, ao surgir o conflito, que as partes, antes de dar início à arbitragem, firmem, além da cláusula arbitral, um compromisso arbitral⁷⁹.

⁷⁶ MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da Cláusula Compromissória e Grupos de Sociedades**. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Rio de Janeiro, v. 36, pp. 255-278, Jan./Mar. 2013.

⁷⁷ CONRADO, Iara Santos. **A definição dos limites subjetivos da cláusula compromissória sobre partes não signatárias**. Trabalho de Conclusão de Curso (LL.M em Litigation: Novos Desafios dos Contenciosos) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2014, p. 9

⁷⁸ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Op. Cit. p. 89.

⁷⁹ Ibidem. p. 89.

Na hipótese de a cláusula ser vazia, será necessária a formalização de compromisso arbitral. Discordando as partes sobre o compromisso arbitral a ser firmado, que depende fundamentalmente dos requisitos formais do art. 10 da Lei de Arbitragem⁸⁰, caberá execução específica, nos termos do arts. 6º e 7º da referida lei, que dispõem:

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. (...)

No presente estudo, quando falar-se em cláusula compromissória, estar-se-á referindo sempre, salvo aviso em sentido contrário, à cláusula compromissória cheia.

3.4 Autonomia da cláusula compromissória

O princípio da autonomia da cláusula de arbitragem⁸¹ está expresso no *caput* do art. 8º da nossa Lei de Arbitragem. Segundo o mencionado artigo:

“a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória.”

⁸⁰ “Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral” (BRASIL. Lei 9.307/23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set 1996. Op. Cit.).

⁸¹ O referido princípio também é conhecido como *severability, separability, independence ou detachment* da cláusula compromissória (Nesse sentido, MARTINS, Pedro A. Batista. Autonomia da cláusula compromissória. **Net**. Rio de Janeiro, [2018?]. Batista Martins Advogados. Disponível em <http://batistamartins.com/autonomia-da-clausula-compromissoria/>. Acesso em 10 de junho de 2018.

Nessa linha, a jurisprudência nacional é pacífica quanto ao tema. À guisa de exemplo, confira-se excerto da ementa de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob relatoria do Des. Gilberto Rego:

“a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que está incerta, assim perfazendo, em si mesma, um negócio jurídico, cujo destino é indiferente àquele do contrato em que porventura foi estabelecida. Tal autonomia indica que a extinção do contrato principal não induz à ineficácia da cláusula que instituiu a arbitragem como meio de solução pacífica das controvérsias porventura decorrentes das relações regidas pelo mesmo contrato”⁸².

Resta claro, portanto, que a cláusula de arbitragem é um contrato à parte do contrato em que está inserida. Em outras palavras, há dois contratos: o de arbitragem e o principal. Conforme se depreende da lição do co-autor do anteprojeto da Lei de Arbitragem Brasileira, Pedro A. Batista Martins:

“A lei é bastante clara e contundente: a convenção de arbitragem é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, cabendo ao árbitro decidir as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”⁸³.

Tendo-se em mente o conceito de autonomia da cláusula de arbitragem e que a referida cláusula também é um contrato, cumpre, nesse momento, abordar os seus requisitos formais de validade.

3.5 A necessidade da forma escrita

O parágrafo primeiro do artigo 4º da Lei nº 9.703/96 determina que a cláusula compromissória deve, necessariamente, ser estipulada por escrito:

“Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão. Apelação Cível nº 2001.001.28808. Relator: Gilberto Rego, Rio de Janeiro. 30/04/2002. **Diário de Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro. 31/04/2002. No mesmo sentido confira-se também o seguinte julgado: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão. Agravo de Instrumento nº 07839/2003, Relator: Ademir Paulo Pimentel. Rio de Janeiro. 29/10/2003. **Diário de Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro. 30/10/2003.

⁸³ MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 136.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”⁸⁴.

A necessidade da forma escrita também é trazida pelo artigo 37, inciso II do mesmo diploma legal, que ao exigir cópia e tradução da cláusula compromissória em que se baseou a sentença arbitral estrangeira, a pressupõe:

“Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

(...)

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial”⁸⁵.

O requisito da forma escrita é também apontado pelo Artigo II da Convenção de Nova York, que, conforme já dito anteriormente, foi internalizada através do Decreto nº 4.311/2002⁸⁶:

“Artigo II

1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

2. Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”⁸⁷.

⁸⁴ BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Op. Cit.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ BRASIL. Decreto nº 4.311 de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 jul 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm.

⁸⁷ ESTADOS UNIDOS. Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Celebrada em Nova Iorque aos 10 de junho de 1958. Disponível em: <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15466.pdf>.

A lei, contudo, não estabelece outros requisitos quanto à forma, limitando-se a exigir a forma escrita para a validade da cláusula compromissória. Em verdade, o já mencionado Artigo II da Convenção de Nova York confere boa dose de liberdade à forma de materialização da cláusula compromissória, assinalando que compreende-se como acordo escrito não só quando a cláusula compromissória estiver inserta em contrato firmado pelas partes, mas também quando estiver contida em trocas de mensagens.

Ainda a Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL, em sua opção I para a redação do art. 7º (*definition and form of the arbitration agreement*⁸⁸), exige a forma escrita da cláusula arbitral, fornecendo também diretrizes para melhor compreensão do requisito:

⁸⁸ Tradução livre: “*definição e forma da convenção de arbitragem*” (INTERNACIONAL. UNCITRAL Arbitration Rules. New York, 2016. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>).

“The arbitration agreement shall be in writing.

An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.

The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference; “electronic communication” means any communication that the parties make by means of data messages; “data message” means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.

Furthermore, an arbitration agreement is in writing if it is contained in an exchange of statements of claim and defense in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other.

The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract”⁸⁹.

Tal qual a Convenção de Nova Iorque, a norma acima transcrita apresenta uma flexibilização do que se entende da expressão “por escrito”. Todavia, tratando-se de norma mais recente⁹⁰, contempla também *e-mails* e outras formas de comunicação digital.

Carlos Alberto Carmona também se mostra a favor de que o acordo de vontades entre as partes possa ser formalizado por qualquer meio que possa permitir a documentação, por escrito, da convenção de arbitragem:

⁸⁹ Tradução livre: “O acordo de arbitragem deve ser feito por escrito. O acordo de arbitragem tem forma escrita quando o seu conteúdo estiver registado sob qualquer forma, independentemente de a convenção de arbitragem ou contrato terem sido concluídos oralmente, tacitamente ou por qualquer outro meio. O requisito de forma escrita da convenção de arbitragem é preenchido se as comunicações forem electrónicas, desde que a informação nestas contida fique acessível e possa ser utilizada para referência futura; “comunicação electrónica” é toda e qualquer comunicação feita pelas partes utilizando mensagens de dados; “mensagem de dados” é a informação gerada, enviada, recebida ou armazenada por meios electrónicos, magnéticos, ópticos ou similares, incluindo também, mas não apenas, o intercâmbio electrónico de dados (EDI), o correio electrónico, o telegrama, o telex ou a telecópia. A convenção de arbitragem considera-se também escrita quando for incluída nos articulados do demandante e do demandado, se uma das partes alegar a existência da convenção e a outra não a negar. Num contrato, a referência a qualquer documento que contenha uma cláusula compromissória constitui uma convenção de arbitragem escrita, desde que a referência seja feita de modo a tornar a cláusula parte integrante do contrato” (Ibidem).

⁹⁰ A Convenção de Nova York foi celebrada em 1958, tendo os meios de comunicação evoluído significativamente desde então.

“Nada impede, porém, que tal relação jurídica determinada seja preexistente ou mesmo extracontratual, como lembra Redenti, que propõe a possibilidade de celebrarse a cláusula compromissória ligada, por exemplo, a determinada relação de vizinhança ou a exercício de servidão. De fato, não parece que a Lei de Arbitragem tenha a intenção de excluir tais hipóteses e então não seria inválida a cláusula arbitral celebrada através de troca de correspondência entre vizinhos para submeter à arbitragem eventual questão indenizatória que possa decorrer de reparos ou reformas promovidas por um dos lindeiros. (...) Em relação à forma, determina a Lei Brasileira seja a cláusula celebrada por escrito. Tratando-se de contrato, sem formalidade específica a não ser a utilização da escrita, submete-se a cláusula aos mecanismos gerais previstos na lei civil para a celebração dos contratos. Assim, a forma epistolar, com todos os seus inconvenientes, é válida para a pactuação da cláusula de arbitragem, já que o legislador fixou forma rígida apenas para o compromisso (art. 9º da Lei). Não está descartada, igualmente, a contratação por via eletrônica”⁹¹.

Para José Eduardo Carreira Alvim, a forma escrita se mostra importante como instrumento para assegurar às partes o exercício de seus direitos de impor a instituição da arbitragem à parte resistente ou de afastar o juízo estatal, quando a cláusula de arbitragem restar violada:

“a cláusula compromissória, no direito brasileiro, não exige forma solene, contentando-se a lei em que seja estipulada por escrito (art. 4º, § 1º, LA), sendo a prova apenas ad probationem. Pode a cláusula ser convencionalmente mediante troca de correspondência epistolar entre as partes, telex, telegrama, fac-simile, desde que comprovada a proposta de uma das partes e a aceitação da outra”⁹².

A despeito da necessidade da forma escrita, como bem assinala William W. Park, em diversos ordenamentos jurídicos – tal como no brasileiro – não há exigência legal que imponha que a cláusula arbitral assuma a forma de um documento assinado⁹³.

O que é indispensável é o consentimento manifestado pela parte, o qual pode se revelar sob diversas formas, que não necessariamente a assinatura do particular no documento, como se verá mais detalhadamente adiante. Por ora, vale destacar as seguintes considerações de Park sobre o tema:

⁹¹ CARMONA, Calos Alberto. Op. Cit. p. 104

⁹² Alvim, José Eduardo Carreira. Op. Cit. p. 217-218

⁹³ PARK, William W. Non-Signatories and international contracts: an arbitrator’s dilemma. **Net**. Disponível em http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park_joining_non-signatories.pdf. Acessado em 10 de junho de 2018

“Nevertheless, the expression remains potentially misleading, suggesting that a lack of signature in itself reduces the validity of an arbitration agreement. In fact, however, many legal systems impose no requirement that agreements to arbitrate must take the form of signed documents. Some countries enforce arbitration agreements made orally. National arbitration statutes often recognize consent memorialized in unsigned written provisions, as does the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”) Model Law. The New York Convention covers agreements to arbitrate concluded through unsigned exchanges of letters and telegrams, and some courts have read the Convention to permit arbitral jurisdiction derived from unsigned contracts, such as purchase orders”⁹⁴.

Também nesse sentido são os ensinamentos de Luis Fernando Guerrero:

“A forma, por fim, para a utilização da arbitragem não sofrerá nenhuma alteração em relação aos contratos físicos, tendo em vista que tanto lá como nos meios eletrônicos será realizada de modo escrito, como exigido pela lei brasileira. Contudo, há uma tendência de flexibilização do que seja escrito, permitindo-se que meios que podem ser “reduzidos a termo” podem ser utilizados como métodos eficazes de celebração do compromisso arbitral. No direito brasileiro, podem ser colhidos exemplos como os Cadastros de Pessoas Físicas Eletrônicos, que podem ser utilizados como forma clara de manifestação de vontade on line”⁹⁵.

O autor ainda vai além, afirmando que *“a troca eletrônica de mensagens também pode permitir a manifestação de vontade e até mesmo o suprimento válido de lacunas nas convenções de arbitragem “vazias” ou patológicas em sentido geral”⁹⁶*. Para Guerrero:

“Nada impede que as partes tenham celebrado contrato com cláusula compromissória “vazia” e que, posteriormente, via troca de mensagens de e-mail, tenham optado por uma determinada Câmara de Arbitragem ou instituído forma de nomeação dos árbitros. Em situações assim, a troca de mensagens entre as partes é suficiente para se aferir a manifestação de vontade na estruturação da arbitragem”⁹⁷.

⁹⁴ Tradução Livre: *“No entanto, a expressão permanece potencialmente enganosa, sugerindo que a falta de assinatura por si só reduz a validade de um acordo de arbitragem. De fato, no entanto, muitos sistemas jurídicos não impõem a exigência de que os acordos de arbitragem devam assumir a forma de documentos assinados. Alguns países aplicam acordos de arbitragem feitos oralmente. Os estatutos de arbitragem nacional geralmente reconhecem o consentimento registrado em disposições por escrito não assinadas, assim como a Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (“UNCITRAL”). A Convenção de Nova York abrange os acordos de arbitragem concluídos por meio de trocas não-assinadas de cartas e telegramas, e alguns tribunais leram a Convenção para permitir a jurisdição arbitral derivada de contratos não assinados, como pedidos de compra.”* (Ibidem).

⁹⁵ GUERRERO, Luis Fernando. Op. Cit. p. 59

⁹⁶ Ibidem. p. 59-60

⁹⁷ Ibidem. p. 59-60

A Suprema Corte da Suíça, assim como os Tribunais norte-americanos e franceses, conforme destaca Bernard Hanotiau⁹⁸, possuem precedentes que dispensam expressamente a existência de assinatura no documento em que a cláusula compromissória está inserida, exigindo apenas observância à forma escrita. A exigência da forma escrita, explica Bernard Hanotiau⁹⁹, é feita para permitir a abrangência da cláusula compromissória em relação a não signatários em cada caso específico.

O Superior Tribunal de Justiça também possui precedente em que admitiu a validade de cláusula compromissória não assinada, tendo se valido de elementos externos ao contrato em que a cláusula compromissória estava inserida para perquirir a anuência da parte à referida cláusula¹⁰⁰.

Por outro lado, nossa Corte Superior de Justiça possui diversos precedentes de caráter conservador sobre a matéria, em que não se admitiu a eficácia da cláusula sobre partes que não assinaram o documento no qual ela estava inserida.

Contudo, tais julgados se valem unicamente do fundamento de que a parte não signatária impugnou a validade e eficácia da sua sujeição à arbitragem desde a primeira oportunidade que teve para se manifestar, não se imiscuindo na questão do requisito da forma escrita¹⁰¹.

⁹⁸ HANOTIAU, Bernard. Op. Cit. p.341.

⁹⁹ Ibidem. p.341

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. SEC 856/GB. Relator Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília. 18/05/2005. **Diário de Justiça**. Brasília. 27/06/2005.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. SEC 978/GB. Relator: Hamilton Carvalhido. Brasília. 17/12/2008. **Diário de Justiça**. 05/03/2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. SEC 866/GB. Relator: Felix Fischer. Brasília. 17/05/2006. **Diário de Justiça**. Brasília. 16/10/2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. SEC 967/GB, Relator: José Delgado. Brasília. 15/02/2006. **Diário de Justiça**. Brasília. 20/03/2006.

Portanto, como se demonstrará mais adiante, a verificação ou não da obrigatoriedade de a parte se submeter à solução arbitral do litígio não depende da sua assinatura em documento contendo cláusula compromissória. A sujeição à arbitragem decorre de elementos subjetivos, emanados do comportamento da parte, e fatores objetivos da relação jurídica em controvérsia, muito mais complexos do que a simples aposição de assinatura da parte à cláusula compromissória.

Tudo o que foi até agora dito pode ser resumido na célebre frase de William W. Park: “*like consummated romance, arbitration rests on consent*”¹⁰²

Sob esse enfoque, nos próximos capítulos passaremos à análise jurisprudencial e doutrinária, nacional e internacional, dos desafios enfrentados para a definição das partes submetidas ao procedimento arbitral.

¹⁰² Tradução livre: “como um romance consumado, a arbitragem se baseia no consentimento” (PARK, William W. Non Signatories and International Contracts: an Arbitrators Dilemma. In: HOUT, Tjaco T. van den (Org.). **Multiple Party Actions in International Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 3-33).

4 – A DEFINIÇÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA À LUZ DO DIREITO COMPARADO

4.1 Implied Consent

Conforme dito no capítulo anterior, predomina o entendimento de que, mesmo que não a tenha subscrito, a parte pode estar obrigada por uma cláusula de arbitragem, caso sua conduta indique que ela tenha assumido a obrigação de arbitrar¹⁰³.

O “implied consent” é definido pela doutrina como “*consent inferred from one’s conduct rather than from one’s direct expression*”¹⁰⁴. Conforme ensina William W.Park, “*Building on assumptions that permeate most contract law, joinder extends the basic paradigm of mutual assent to situations in which the agreement shows itself in behavior rather than words*”.

William W. Park procura assim exemplificar a teoria:

*“Agreements of all sorts can be inferred from behavior. A couple dining in a fancy restaurant, consuming their lamb cutlets with gusto while sipping a 1982 Cheval Blanc Saint-Emilion, will be bound to pay the chef’s exorbitant prices even without a formal offer and acceptance. Likewise, two business entities might act in a way that reasonable observers construe as a commitment to arbitrate disputes”*¹⁰⁵.

O “implied consent”, diga-se, figura por trás de todos os argumentos que fundamentam o correto dimensionamento dos efeitos da cláusula de arbitragem, de modo a permitir a vinculação de partes não signatárias.

Gary Born delimita a principal questão concernente ao “implied consent”. Confira-se abaixo:

¹⁰³ Nesse sentido: TOWNSEND, John M. Non-signatories in International Arbitration: an American perspective. In: BERG, Albert Jan van den (ed), **International Arbitration 2006: Back to Basics?** ICCA Congress Series, v. 13, Kluwer Law International, 2007. p.359-365.

¹⁰⁴ Tradução livre: “*consentimento inferido da conduta de uma pessoa, e não expresso diretamente*” (GARNER, Bryan A. (ed.). **Black’s Law Dictionary**. Dallas: Thomson West, 2004. p. 323).

¹⁰⁵ Tradução livre: “*Baseando-se em suposições que permeiam a maioria das leis contratuais, o joinder estende o paradigma básico de consentimento mútuo para situações em que o consentimento se mostra em comportamento e não em palavras*” (PARK, William W. Op. Cit).

“The fundamental question in the context of implied consent is whether the parties” objective intention was that a particular entity be a party to the arbitration clause. Although the non-signatory”s intent is often most controversial, the intention of other parties to be bound by the agreement to arbitrate with the non-signatory is also necessary. That is, even if a non-signatory intended to be bound by the arbitration agreement, one must also determine whether the signatory (and other) parties to the agreement accepted it as such: for commercial or other reasons, signatories to an arbitration agreement may wish to extend their obligations to arbitrate only to those entities that have signed the agreement, and not to others”¹⁰⁶.

Ou seja: é necessário o consentimento de todas as partes envolvidas, inclusive daquelas que assinaram efetivamente a cláusula compromissória e estão diante da possibilidade de inclusão de uma parte não signatária no procedimento arbitral.

Diante da numerosidade de situações em que podem emergir as questões relacionadas ao “implied consent”¹⁰⁷, Blaise Stucki pondera que:

¹⁰⁶ Tradução Livre: “A questão fundamental no contexto do consentimento implícito é se a intenção objetiva das partes era que uma determinada entidade fosse uma parte da cláusula de arbitragem. Embora a intenção do não-signatário seja muitas vezes a mais controversa, a intenção de outras partes de serem obrigadas pelo acordo a arbitrar com o não-signatário também é necessária. Ou seja, mesmo que um não signatário pretenda estar vinculado pela convenção de arbitragem, deve-se também determinar se as partes signatárias (e outras) do acordo o aceitaram como tal: por razões comerciais ou outras, os signatários de uma convenção de arbitragem podem desejam estender suas obrigações de arbitrar somente àquelas entidades que assinaram o acordo, e não a outras” (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009. Pp. 1150-1151).

¹⁰⁷ Cf. Ibidem. pp. 1150-1151.

*“It is hardly possible to make a list of situations in which a third party will be deemed to have tacitly consented to an arbitration agreement, i.e. the situations in which consent may be inferred from its conduct. Obviously, a third party suing on the basis of an arbitration agreement will be deemed to have consented to it. On the other hand, one can reasonably consider that, under most national laws, including Swiss law, the active and substantial participation of a third party in the negotiation or performance of a contract containing an arbitration agreement is not, in and of itself, sufficient for the third party to be deemed bound by the arbitration agreement. There must be certain specific circumstances from which the third party’s consent to the arbitration agreement may be inferred. By way of example, one may think of a party, co-defendant in court proceedings, which, together with its co-defendant, relies on the arbitration agreement entered into by the latter the plaintiff to challenge the jurisdiction of the court. If the plaintiff then initiates arbitration proceedings against the two co-defendants, the one that is not a party to the arbitration agreement will be barred from raising this objection to challenge the jurisdiction of the arbitral tribunal”*¹⁰⁸.

O mesmo exemplo acima descrito é também comentado por Bernard Hanotiau, como evidência do “implied consent”:

*“If there is no evidence of an express agreement, courts and arbitral tribunals will often take into consideration the conduct of the party concerned as an expression of implied consent or, as we will see later, as a substitute for consent. For example, if A and B enter into an agreement containing an arbitration clause and subsequently A sues B in court together with C, a non-signatory, but the latter, like B, invokes the existence of the arbitration clause to challenge the jurisdiction of the court, an arbitral tribunal, to which the case is subsequently referred, will be justified in considering that it has jurisdiction over C, inferring C’s consent to arbitration from the fact that it invoked the arbitration agreement in the court proceedings”*¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Tradução livre: “Difícilmente é possível fazer uma lista de situações em que será considerado que um terceiro terá consentido tacitamente com um acordo de arbitragem, ou seja, as situações em que o consentimento pode ser inferido de sua conduta. Obviamente, um terceiro processando com base em uma convenção de arbitragem será considerado como tendo consentido com isso. Por outro lado, pode-se razoavelmente considerar que, de acordo com a maioria das leis nacionais, incluindo a legislação suíça, a participação ativa e substancial de um terceiro na negociação ou execução de um contrato contendo um acordo de arbitragem não é, por si só, suficiente para que o terceiro seja considerado vinculado pela convenção de arbitragem. Deve haver certas circunstâncias específicas a partir das quais o consentimento do terceiro para a convenção de arbitragem pode ser inferido. A título de exemplo, pode-se pensar em uma parte, co-réu em processos judiciais, que, juntamente com seu co-réu, se baseia na convenção de arbitragem celebrada por este último para contestar a jurisdição do tribunal. Se o demandante iniciar um processo de arbitragem contra os dois co-réus, aquele que não for parte da convenção de arbitragem será impedido de levantar essa objeção para contestar a jurisdição do tribunal arbitral.” (STUCKI, Blaise. **Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories**. ASA Below 40 – Conference of September 29, 2006. Geneva, p. 4).

¹⁰⁹ Tradução livre: “Se não houver evidência de um acordo expresso, os tribunais e os tribunais arbitrais, muitas vezes, levarão em consideração a conduta da parte envolvida como uma expressão do consentimento implícito ou, como veremos mais adiante, como um substituto para o consentimento. Por exemplo, se A e B entram em um acordo contendo uma cláusula de arbitragem e subsequentemente A processa B no tribunal junto com C, um não-signatário, mas o segundo, como B, invoca a existência da cláusula de arbitragem para contestar a jurisdição do tribunal, um tribunal arbitral, ao qual o caso é posteriormente submetido, terá motivos justos para considerar que tem jurisdição sobre C, inferindo o consentimento de C para arbitragem do fato de que invocou a convenção de arbitragem no processo judicial” (HANOTIAU, Bernard. Op. cit. p. 36).

Muito embora as decisões proferidas venham admitindo o “implied consent”, os elementos do caso concreto é que permitirão a correta definição dos limites da cláusula compromissória.

Prova disso é que não são raras as decisões conflitantes sobre a matéria, devido às peculiaridades de cada caso analisado. Nesse sentido, confira-se as impressões de Bernard Hanotiau sobre decisão proferida pela Câmara de Comércio Internacional:

“in ICC case no. 6769 of 1991, a contract had been concluded between an African company X and a company Y from Eastern Europe. The contract, which contained an arbitration clause, provided that the materials would be equipped with a part manufactured by Z. Z had initialled the parts of annex 1 to the contract describing the characteristics of the element to be supplied. X alleged the existence of defects in the item manufactured by Z and started arbitration proceedings against Z on the basis of the arbitration clause included in the contract concluded with Y. The arbitral tribunal decided that, in the absence of reciprocal undertakings, the signature of a third party, Z, did not have the effect of making this third party a party to the agreement between X and Y. In this respect, the arbitrators pointed out that under the agreement, X assumed full responsibility for the conformity of the supplies with the agreement and that if payment for the specific item manufactured by Z was to be made directly by X to Z, Y again took full responsibility since the payment could be made only upon its instructions. There was therefore no personal undertaking by Z to X. By initialling the pages relating to the technical characteristics of the item to be manufactured, Z only wanted to confirm to X and Y that it was well aware of the technical elements of the Project. The arbitral tribunal further pointed out that Z had not played a specific role in the conclusion or the performance of the agreement” 110.

Veja-se, agora, os comentários de Hanotiau a respeito de decisão da International Chamber of Commerce – ICC em sentido exatamente contrário, em que restou acatada a teoria do “implied consent” na definição dos limites subjetivos da cláusula compromissória:

¹¹⁰ Tradução livre: “no caso ICC no. 6769 de 1991, foi celebrado um contrato entre uma empresa africana X e uma empresa Y da Europa Oriental. O contrato, que continha uma cláusula compromissória, estabeleceu que os materiais estivessem equipados com um elemento fabricado pela Z. Z havia rubricado as partes do anexo 1 ao contrato descrevendo as características do elemento a ser fornecido. X alegou a existência de defeitos no item fabricado pela Z e iniciou um processo de arbitragem contra a Z com base na cláusula compromissória incluída no contrato celebrado com a Y. O tribunal arbitral decidiu que, na ausência de compromissos recíprocos, a assinatura de um terceiro, Z, não teve o efeito de tornar este terceiro uma parte do acordo entre X e Y. A este respeito, os árbitros salientaram que, nos termos do acordo, X assumiu total responsabilidade pela conformidade dos fornecimentos com o contrato e que se o pagamento para o item específico fabricado por Z fosse feito diretamente por X a Z, Y assumiu novamente a responsabilidade total, uma vez que o pagamento só poderia ser feito mediante instruções. Não havia, portanto, nenhum compromisso pessoal de Z com X. Ao rubricar as páginas relativas às características técnicas do item a ser fabricado, Z queria apenas confirmar para X e Y que estava bem ciente dos elementos técnicos do Projeto. O tribunal arbitral salientou ainda que Z não desempenhou um papel específico na conclusão ou na execução do acordo” (Ibidem. p. 33).

“in ICC case no. 9771 of 2001, a commodities trading company, claimant in the proceedings, negotiated a contract with shipping company A, the second defendant in the arbitration, for the supply of 3000 tons of a raw material. The commodities trading company faxed the contract bearing its signature to the Moscow Office of shipping company A, which signed the contract and faxed it back to the commodities trading company. The following day, the same document bearing the same contract number and date was faxed again to the commodities trading company, but with the signature of shipping company B, the first defendant in the arbitration. The contents of the contract were unchanged except that shipping company’s A name and address had been substituted by that of shipping company D. In addition, a change had been made in the article of the contract regulating the consequences of exceeding one of the quality specifications. The signature on behalf of the shipping company on both documents was the same. The commodities trading company only signed the version of the contract faxed to it by shipping company A. The contract contained an arbitration clause providing for ICC arbitration in Stockholm. It finally appeared that the goods supplied did not meet the specifications. They were therefore rejected by the commodities trading company by a telefax to shipping company D. The claimant claimed breach of contract and reimbursement of the advance payment made to D, as well as compensation for all other costs and damages. Since no amicable settlement could be reached, the commodities trading company instituted arbitration against both shipping companies and a sole arbitrator was appointed. First and second defendants argued that only shipping company D, which had performed the obligations of the seller under the contract, should be a party to the contract. The sole arbitrator found that there was no indication of an express assignment of the contract, as argued by defendants. On the other hand, although the commodities trading company accepted shipping company D also as a contractual party, this did not mean that it released shipping company A from its obligations. The contract had been signed by shipping company D and confirmed by shipping company A. They were therefore both bound by the arbitration clause in the contract”¹¹¹.

¹¹¹ Tradução livre: “no caso ICC no. 9771 de 2001, uma empresa de comercialização de commodities, demandante no processo, negociou um contrato com a empresa de navegação A, segundo réu na arbitragem, para o fornecimento de 3000 toneladas de matéria-prima. A empresa de comércio de commodities enviou por fax o contrato com a assinatura do escritório de Moscou da empresa de transporte A, que assinou o contrato e o enviou por fax para a empresa de comercialização de commodities. No dia seguinte, o mesmo documento com o mesmo número e data do contrato foi enviado novamente por fax para a empresa de comercialização de commodities, mas com a assinatura da empresa de navegação B, o primeiro réu na arbitragem. O conteúdo do contrato permaneceu inalterado, exceto pelo fato de que o nome e o endereço da transportadora haviam sido substituídos pelo da empresa de navegação D. Além disso, havia sido feita uma mudança no artigo do contrato que regulava as consequências de exceder uma das especificações de qualidade.. A assinatura em nome da companhia de navegação em ambos os documentos era a mesma. A empresa de comercialização de commodities assinou apenas a versão do contrato que lhe foi enviada por fax pela companhia de navegação A. O contrato continha uma cláusula de arbitragem que previa a arbitragem da ICC em Estocolmo. Por fim, parece que as mercadorias fornecidas não cumpriam as especificações. Por conseguinte, foram rejeitados pela empresa de comercialização de mercadorias através de fax enviado à empresa de navegação D. O requerente alegou a quebra do contrato e requereu o reembolso do adiantamento efetuado à D, bem como a indenização por todos os outros custos e danos. Como não foi possível chegar a um acordo amigável, a empresa de comercialização de commodities instituiu arbitragem contra ambas as companhias de navegação e um único árbitro foi nomeado. Os primeiro e segundo arguidos alegaram que apenas a empresa de transporte D, que tinha cumprido as obrigações do vendedor nos termos do contrato, deveria ser parte no contrato. O árbitro único considerou que não havia indicação de uma cessão expressa do contrato, conforme argumentado pelos réus. Por outro lado, embora a empresa de comercialização de mercadorias aceitasse a companhia marítima D também como uma parte contratual, isso não significava que ela liberava a companhia de navegação A de suas obrigações. O contrato tinha sido assinado pela empresa de transporte D e confirmado pela companhia de navegação A. Por conseguinte, ambos estavam abrangidos pela cláusula de arbitragem do contrato” (Ibidem).

A análise do “implied consent” deve observar o princípio da boa fé. Nesse sentido, o princípio 1.7 do Unidroit dispõe acerca da boa-fé, aduzindo, em sua primeira parte, que “*cada uma das partes deve comportar-se segundo os ditames da boa-fé no comércio internacional*”¹¹².

A boa-fé no comércio internacional pode ser assim conceituada:

*“Na prática internacional, a obrigação de se comportar de boa-fé não se enquadra em esquemas preestabelecidos, mas corresponde a atitudes, que variam no tempo e no espaço. Diria mais; variam de acordo com a procedência ou com a cultura de cada pessoa, ou com o local onde se vai determinar a distância entre o comportamento de ao ou má-fé, distância essa que abrange vários graus de latitude, ensejando soluções muito nuançadas”*¹¹³.

Na segunda parte do princípio 1.7 do Unidroit, estabelece-se, que “*as partes não podem excluir essa obrigação, ou limitar-lhe o alcance*”¹¹⁴, tornando claro o dever das partes de comportar-se segundo os ditames da boa-fé, já que elas não podem contratualmente excluí-lo ou limitá-lo.

Podemos dizer que as teorias elencadas a seguir buscam demonstrar que as partes da cláusula compromissória consentiram, ainda que implicitamente, com sua existência, com seu objeto e com as contrapartes envolvidas.

¹¹² “ARTICLE 1.7 (...) (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (...)”. Tradução livre: “ARTIGO 1.7 (...) (1) Cada parte deve agir de acordo com a boa fé e com a negociação justa no comércio internacional” (INTERNACIONAL. Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Rome, 2016. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>).

¹¹³ BASSO, Manuel (org.); CARVALHO, Pedro (org.). **Lições de direito internacional – estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 76

¹¹⁴ “ARTICLE 1.7 (...) (2) The parties may not exclude or limit this duty”. Tradução livre: “ARTIGO 1.7 (...) (2) As partes não podem excluir ou limitar esse dever” (INTERNACIONAL. Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Op. cit.).

No que diz respeito ao consentimento dispensado à cláusula compromissória, Fouchard, Gaillard e Goldman, afirmam que “*consent to an arbitration agreement lies in the parties' common intention to submit disputes which have arisen or which may arise between them to one or more private adjudicators*”¹¹⁵.

Tendo isso em vista, passa-se ao estudo de três das mais relevantes teorias em que o princípio do “implied consent” é utilizado para a correta definição dos limites subjetivos da cláusula compromissória.

4.2 Group of Companies

Não se pretende aqui estudar a fundo e de modo extensivo a matéria referente ao grupo de sociedades, mas chamar a atenção para uma característica dos grupos societários que, não raro, leva o árbitro a “estender” o âmbito da cláusula compromissória relativa a contrato subscrito por uma sociedade pertencente a um grupo a outra sociedade do mesmo grupo.

A teoria do *Group of Companies* traduz o método através do qual cortes ou tribunais podem vincular um não signatário, com base em seu relacionamento com outra empresa do seu mesmo grupo econômico e nas ligações existentes entre esta e uma terceira empresa com a qual contrata. Em suma, o resultado é que o tribunal infere intenção comum das partes com base, por exemplo, no envolvimento da empresa não signatária na negociação, no desempenho ou na cessação do contrato que contém o acordo de arbitragem¹¹⁶.

Percebe-se aqui a semelhança com a teoria do *Implied Consent*, cujos preceitos servem de fundamento para a aplicação da teoria do *Group of Companies*.

¹¹⁵ Tradução livre: “O consentimento para um acordo de arbitragem está na intenção comum das partes em submeter disputas que surgiram ou que possam surgir entre elas a um ou mais juízes privados.” (FOUCHARD, Philippe et al. Op. cit. p. 253)

¹¹⁶ BREKOULAKIS, Stavros. **Third Parties in International Commercial Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 11

A questão relativa à extensão da cláusula compromissória entre sociedades de um mesmo grupo societário remonta ao caso paradigmático Dow Chemical vs. Iover Saint Gobain – um verdadeiro leading case –, no âmbito da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional¹¹⁷.

O objeto da discussão foi muito bem traduzido por Carlos Augusto da Silveira Lobo:

Trata-se de pedido de instauração de arbitragem formulado em conjunto por quatro sociedades do Grupo Dow Chemical contra a Iover Saint Gobain, visando à responsabilização desta última por danos causados por defeitos em produtos objeto de contratos de distribuição firmados pela Dow Chemical A.G. e pela Dow Chemical Europe, ambas sediadas na Suíça. A Dow Chemical Company, (E.U.A.) e a Dow Chemical France (França), embora não tivessem subscrito nem o contrato nem a convenção de arbitragem, também requereram figurar como demandantes no pedido de instauração da arbitragem. A Dow Chemical Company (E.U.A) é a sociedade dominante do grupo, titular das patentes sobre os produtos e organizadora do sistema mundial de vendas dos mesmos. A Dow Chemical France (França) efetuou todas as entregas do produto, consoante cláusula contratual que previa a possibilidade de as entregas serem feitas por qualquer sociedade do Grupo Dow Chemical. A Iover Saint Gobain arguiu a ilegitimidade ativa da Dow Chemical Company (E.U.A.) e da Dow Chemical France (França) por não terem firmado a convenção de arbitragem.118

O Tribunal Arbitral, rejeitou, por meio de sentença parcial, a arguição de ilegitimidade, nos seguintes termos:

"irrespective of the distinct juridical identity of each of its members, a group of companies constitutes one and the same economic reality (une réalité économique unique) (...). The arbitration clause accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing [the arbitration] clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise" 119.

¹¹⁷ ICC Award No. 4131, YCA 1984, at 131 et seq. (also published in: Clunet 1983, at 899 et seq .

¹¹⁸ LOBO, Carlos Augusto da Silveira, Cláusula compromissória e grupo de sociedades. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Rio de Janeiro, v. 48, Jan./Mar. 2016.

¹¹⁹ Tradução livre: “Independentemente da identidade jurídica distinta de cada um dos seus membros, um grupo de empresas constitui uma e a mesma realidade econômica (une réalité économique unique) (...). A cláusula compromissória aceita por algumas empresas do grupo deve vincular as demais empresas que, em virtude de seu papel na conclusão, cumprimento ou rescisão dos contratos que contêm cláusulas [de arbitragem], e de acordo com a intenção mútua de todas as partes no processo parecem ter sido verdadeiras partes nesses contratos ou terem sido principalmente afectadas por eles e os litígios a que podem dar origem” (ICC Award No. 4131, YCA 1984, at 131 et seq. (also published in: Clunet 1983, at 899 et seq.)

O laudo parcial foi posteriormente submetido à Corte de Apelação de Paris, a qual rejeitou o pedido de anulação da Isover Saint-Gobain entender que (i) o tribunal se pautou pelo consentimento tácito, entendendo que todas as partes acordaram que as empresas não signatárias deveriam estar vinculadas às cláusulas compromissórias e (ii) a requerida não contestou em nenhum momento a noção de “group of companies”, como norma costumeira de comércio internacional¹²⁰.

Rodrigo de Oliveira Franco e Pedro Lins Conceição de Medeiros esclarecem que, para decidir o caso, o Tribunal Arbitral estabeleceu três requisitos¹²¹:

- i. as empresas do grupo devem formar um grupo de companhias que constitua uma mesma realidade econômica (une réalité économique unique);
- ii. os terceiros devem ter participado, efetiva e individualmente, da conclusão, execução e extinção dos contratos; e
- iii. os terceiros devem, em virtude de seu papel na conclusão, execução e extinção dos contratos que contêm cláusulas arbitrais, e conforme a intenção mútua dos envolvidos no procedimento arbitral, aparentar serem verdadeiras partes desses contratos.

Quanto ao primeiro requisito, veja-se como os árbitros definem o que seria “group of companies”:

¹²⁰ CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Rio de Janeiro, v. 21, jul. 2003.

¹²¹ FRANCO, Rodrigo de Oliveira; MEDEIROS, Pedro Lins conceição de. A extensão da Convenção de Arbitragem a “terceiros” com base na teoria do grupo de companhias: uma análise da lei aplicável, da sua utilização em casos internacionais e da sua recepção pelo ordenamento brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Rio de Janeiro, v. 56, Jan./Mar. 2018.

“group of companies, despite the distinct legal status of each of the companies, represents a single economic reality which the arbitral tribunal must take into account when ruling on its jurisdiction”¹²²

Os professores Berthold Goldman e Michel Vasseur, árbitros que compuseram o tribunal arbitral no caso Dow Chemical, explicam que isso não importa em dizer que sempre que uma empresa assinar uma cláusula de arbitragem, todo o grupo econômico será parte em futura arbitragem:

“The single economic reality” of the group was not in itself sufficient, but was only to be taken into account in order to assess the true intention of the various companies.”¹²³

Ou seja: a mera existência de um grupo de companhias, não obstante essas empresas constituam uma única realidade econômica, não é, per se, elemento suficiente para justificar a extensão da cláusula arbitral. É necessário que o consentimento dos membros do grupo seja revestido de dimensão especial à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto¹²⁴. Trata-se de manifestação da teoria do “implied consent”.

Nesse sentido, confira-se lição de Yves Derains:

“finding out that there is a group of companies does not reveal the intent of its members to be party to an arbitration agreement that they did not sign nor does it reveal the intent of the other parties to the contract to arbitrate with the non-signatories”¹²⁵

¹²² Tradução livre: “Um grupo de empresas, apesar do status jurídico distinto de cada uma das empresas, representa uma realidade econômica única que o tribunal arbitral deve levar em conta ao decidir sobre a sua jurisdição.” (Apud. MAYER, Pierre. Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories Under French Law. In: HOUT, Tjaco T. van den (Org.). *Multiple Party Actions in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 189-199).

¹²³ Tradução livre: “A realidade econômica única do grupo não era em si suficiente, mas apenas devia ser tomada em consideração para avaliar a verdadeira intenção das várias empresas.” (Ibidem)

¹²⁴ HANOTIAU, Bernard. **Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005. p. 51

¹²⁵ Tradução livre: “Descobrir que existe um grupo de empresas não revela a intenção de seus membros de serem parte de um acordo de arbitragem que eles não assinaram nem revela a intenção das outras partes do contrato de arbitrar com os signatários não signatários.” (DERAINS, Yves. **Is There a Group of Companies Doctrine? Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration**. Paris: ICC, 2010. p. 140.)

Esse foi o entendimento do tribunal arbitral no Caso CCI 10.758¹²⁶, em decisão que negou a extensão de cláusula arbitral por considerar que o envolvimento da não signatária na relação comercial não revelava seu consentimento em relação à convenção de arbitragem, apesar de esta deter a integralidade das ações da parte requerida. Ou seja, não havia “implied consent”.

Nesse caso, ressaltou-se que a intenção comum das partes é o que justifica a extensão da convenção de arbitragem ao não signatário, sendo esta apurada por meio da análise da sua participação nas fases contratuais ou da sua conduta perante os contratantes, e não da mera existência de um grupo econômico. Dessa maneira, naquela ocasião afirmou-se que:

“The extension of an arbitration agreement to a non-signatory is not a mere question of corporate structure or control, but rather one of the non-signatory’s participation in the negotiation, execution or performance of the contract, or its conduct (including express or implied representations or bad faith), towards the party that seeks the non-signatory’s inclusion in (or exclusion from) the arbitration” 127.

Isso nos leva diretamente ao segundo requisito.

William W. Park comenta que, embora a expressão usada na decisão tenha sido “*the conclusion, performance, or termination of the contracts*”, inferindo, por meio do uso do disjuntivo “*or*”, que o teste seria alternativo e não cumulativo, trata-se de mero erro tipográfico. Segundo este autor, o conteúdo da decisão deixa claro que todos os três momentos são relevantes¹²⁸.

¹²⁶ Caso CCI 10.758, Final Award, outubro 2000. Em: ICC International Court of Arbitration Bulletin, v. 16, n. 2, p. 87).

¹²⁷ Tradução livre: “A extensão de uma convenção de arbitragem a um não signatário não é meramente uma questão relativa a estrutura ou controle corporativo, mas sim, relacionada à participação do não signatário na negociação, conclusão ou execução do contrato, ou de sua conduta (incluindo manifestações expressas ou implícitas e má-fé) perante a parte que busca integrar o não signatário à (ou excluí-lo da) arbitragem” (Caso CCI 10.758, Final Award, outubro 2000. Em: ICC International Court of Arbitration Bulletin, v. 16, n. 2, p. 87).

¹²⁸ PARK, William W. **Non-Signatories and International Contracts: an Arbitrator’s Dilemma**. Multiple Parties in International Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 20-21.

Brekoulakis explica que a conduta do não signatário deve ser analisada em todos os momentos do contrato, sendo que as negociações seriam o estágio mais importante para o julgamento sobre a vinculação do não signatário à cláusula arbitral¹²⁹.

Para Brekoulakis, estender a um não signatário a vinculação subjetiva ao procedimento arbitral demanda mais que mera intervenção ocasional ou acidental, sendo crucial que o envolvimento seja significativo¹³⁰.

Nesse sentido, esclarecem Rodrigo de Oliveira Franco e Pedro Lins conceição de Medeiros:

*“Somente se o não signatário intervém de maneira particularmente intensa na relação comercial das partes do contrato é razoável inferir que tal interferência equivale à sua concordância em vincular-se à cláusula compromissória. Em outras palavras, a análise do comportamento do não signatário visa verificar a presença de sua intenção em submeter-se ao método de resolução de disputas estipulado no contrato”.*¹³¹

No que toca ao terceiro requisito – a necessidade de aparentar serem verdadeiras partes desses contratos – o tribunal do caso Dow Chemical consignou que:

*“all the entities of the Dow Chemical Group that were involved in the dispute considered themselves to be contractual partners of the distributors and that, similarly, the distributors considered that they had contracted with all of these entities.”*¹³²

¹²⁹ BREKOULAKIS, Stavros. Op. cit. p. 160-161.

¹³⁰ VIDAL, Dominique. The Extension of Arbitration Agreements within Groups of Companies: The Alter Ego Doctrine in Arbitral and Court Decisions. **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, v. 16, n. 2, 2005, p. 69.

¹³¹ FRANCO, Rodrigo de Oliveira; MEDEIROS, Pedro Lins conceição de. Op. Cit.

¹³² Tradução livre: “todas as entidades do Grupo Dow Chemical envolvidas na disputa se consideravam parceiras contratuais das distribuidoras e que, da mesma forma, as distribuidoras consideravam que haviam contratado com todas essas entidades” (MAYER, Pierre. Op. cit. p. 189-199)

A fundamentação da decisão está em linha com o que defende Brekoulakis, defensor da tese de que o tribunal deverá estender a cláusula compromissória a um terceiro, membro do grupo societário de uma de suas signatárias, quando constatar que esta agiu como se estivesse verdadeiramente vinculada ao contrato; e, mais importante, quando a parte adversa genuinamente acreditou estar lidando com um não signatário que pretendia estar vinculado ao contrato¹³³.

Gary Born, contudo, alerta que a análise da existência do consentimento do não signatário deve ser feita dentro do contexto da presunção da autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato que a contém¹³⁴.

Para o Autor, *“it is a party’s implied consent to arbitrate – not to deliver or purchase goods – that is decisive”*¹³⁵.

Assim, o consentimento do não signatário de se vincular ao contrato subjacente à cláusula compromissória importará em seu consentimento de, também, vincular-se a esta última somente se todas as circunstâncias da relação comercial das sociedades envolvidas na controvérsia levarem a esse resultado, e não poderá ser presumido meramente porque o terceiro assumiu certas obrigações conforme o contrato.

4.3 Group of Contracts

Além do envolvimento de diversas empresas do mesmo grupo na execução de um único contrato, outro fato igualmente comum no mundo corporativo é que uma mesma relação seja regulada por uma multiplicidade de contratos, sejam eles simultâneos ou sucessivos.

¹³³ BREKOULAKIS, Stavros. Op. cit. p. 161-163

¹³⁴ FRANCO, Rodrigo de Oliveira; MEDEIROS, Pedro Lins conceição de. Op. cit.

¹³⁵ Tradução livre: *“O consentimento implícito da parte de se submeter à arbitragem – e não o de entregar ou comprar bens – é que será decisivo”* (BORN, Gary B. Op. cit. p. 1152).

Diante desse cenário, ganha importância a análise da extensão dos efeitos da cláusula de arbitragem mediante aplicação da teoria do “group of contracts”.

Confira-se o ensinamento de Ricardo Lorenzetti a respeito da referida teoria:

“Muchos autores han tratado el tema de los contratos coligados señalando que hay una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando em conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitária y compleja. Hay un negocio único que se desmembra em distintos contratos (...). Esta conexión entre los contratos puede darse unilateralmente (contrato accesorio de um principal), recíprocamente (contratos dependientes entre si por uma operación económica). Siguiendo com la tesis de Galgano, se indica que la relevância principal de este instituto es que, si bien contratos mantienen su individualidad, los efectos de uno (invalidez, resolución) pueden repercutir sobre el outro” 136.

A doutrina faz uma importante distinção entre (i) grupos de contratos que coexistem para alcançar um único objetivo (um contrato principal e contratos acessórios, por exemplo)¹³⁷ e (ii) grupos de contratos que consistem em acordos sucessivos entre as mesmas partes, nos quais o segundo se relaciona com o primeiro para aditá-lo ou resili-lo (contrato principal e novação, por exemplo)¹³⁸.

Em relação aos contratos com a mesma finalidade, deve-se traçar, segundo Fouchard, Gaillard e Goldman, duas situações diferentes:

¹³⁶ Tradução livre: “Muitos autores têm lidado com o tema de colidir contratos, ressaltando que há uma pluralidade coordenada de contratos, cada um dos quais responde a uma causa autônoma, embora juntos eles tendem a realizar uma operação econômica complexa e complexa. Existe um negócio único que se desfaz em diferentes contratos (...). Esta conexão entre os contratos pode ser unilateralmente (contrato acessório de um principal), reciprocamente (contratos dependentes uns dos outros para uma operação econômica). Seguindo a tese de Galgano, indica-se que a principal relevância deste instituto é que, embora os contratos mantenham sua individualidade, os efeitos de um (invalidez, resolução) podem afetar o outro.” (LORENZETTI, Ricardo. *Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros*. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 8, out./dez. 1998.)

¹³⁷ HANOTIAU, Bernard. Op. cit. p.102-103.

¹³⁸ Ibidem.

“The first is where only the heads of agreement, or framework agreement, contains an arbitration clause to which the other related contracts refer. This case presents no difficulty. The parties intention is clear: they sought to refer all disputes arising out of the whole set of contracts to arbitration, before a single arbitral tribunal constituted in accordance with the heads of agreement.

The second case is where each of the contracts with the same objective contains its own arbitration clause (...). Once a dispute has arisen, and in the absence of an agreement between the parties on the point, the answer depends on the interpretation of the parties intention at the outset. However, it is generally legitimate to presume that by including identical arbitration clauses in the various related contracts, the parties intended to submit the entire operation to a single arbitral tribunal. In ICC Arbitration, this situation is addressed by Article 4 (6) of the 1998 Rules, which enables the International Court of Arbitration to consolidate arbitrations between the same parties which are in connection with the same ‘legal relationship’” 139.

A despeito do entendimento acima, de que não existiria dificuldade no caso de apenas o contrato principal possuir uma cláusula compromissória, à qual os coligados se referem, a jurisprudência é dividida.

A ICC, no case N° 7453, de 1994, refutou a consolidação de procedimentos arbitrais que se reportavam à mesma cláusula de arbitragem:

¹³⁹ Tradução livre: “A primeira é onde apenas os acordos chefes, ou acordos framework, contém uma cláusula de arbitragem à qual os outros contratos relacionados se referem. Este caso não apresenta dificuldades. A intenção das partes é clara: elas procuraram encaminhar todos os litígios emergentes de todo o conjunto de contratos para arbitragem, perante um único tribunal arbitral constituído de acordo com os acordos chefes. O segundo caso é onde cada um dos contratos com o mesmo objetivo contém sua própria cláusula de arbitragem (...). Uma vez que uma disputa tenha surgido, e na ausência de um acordo entre as partes sobre o ponto, a resposta depende da interpretação da intenção das partes no início. No entanto, é geralmente legítimo presumir que, ao incluir cláusulas de arbitragem idênticas nos vários contratos relacionados, as partes pretendiam submeter toda a operação a um único tribunal arbitral. Na arbitragem ICC, esta situação é abordada pelo Artigo 4 (6) das Regras de 1998, que permite ao Tribunal Internacional de Arbitragem consolidar as arbitragens entre as mesmas partes que estão relacionadas com a mesma ‘relação jurídica’.” (FOUCHARD, Philippe et al. Op. cit. p. 301-302).

“There was only one contract (between A and B) but also an arbitration agreement by implied consent (between B and C). A, the claimant, was the exclusive sales agent in the United States and Canada for first defendant’s (B, a German company) products. The contract contained an arbitration clause providing for ICC arbitration. After termination of the agreement by first defendant, the claimant instituted court proceedings in a United States District Court against B and one of its managing directors, C, the second defendant. The first and second defendants invoked the arbitration clause in the contract and the District Court stayed the proceedings in favour of arbitration. Subsequently, during the arbitration, the second defendant contested the arbitral tribunal’s jurisdiction over him, as he was not a party to the arbitration agreement. The claimant objected, citing the second defendant’s consent to arbitration from the fact that he had invoked the arbitration agreement in the court proceedings. The arbitral tribunal considered that even if it could be so interpreted, the second defendant could not have been joined to the arbitration proceedings without the consent of the first defendant, which the latter was not ready to give. Consequently, any offers made by the second defendant that the claim against him should be subject to an arbitration were a nullity because they were incapable of being given effect. Any consent or concurrence by the claimant to arbitration against the second defendant would therefore be void”¹⁴⁰.

Por outro lado, no caso *Kis France*, a consolidação de procedimentos arbitrais que se reportavam à mesma cláusula de arbitragem foi acolhida:

¹⁴⁰ Tradução livre: “Houve apenas um contrato (entre A e B), mas também uma convenção de arbitragem por consentimento implícito (entre B e C). A, o reclamante, era o agente de vendas exclusivo nos Estados Unidos e no Canadá para os produtos do primeiro réu (B, uma empresa alemã). O contrato continha uma cláusula de arbitragem que previa a arbitragem da ICC. Após a rescisão do acordo pelo primeiro réu, o requerente instaurou um processo judicial em um Tribunal Distrital dos Estados Unidos contra B e um de seus diretores-gerentes, C, o segundo réu. O primeiro e segundo réus invocaram a cláusula de arbitragem no contrato e a Corte Distrital suspendeu o processo em favor da arbitragem. Subsequentemente, durante a arbitragem, o segundo arguido contestou a jurisdição do tribunal arbitral sobre ele, uma vez que não era parte na convenção de arbitragem. O requerente se opôs, citando o consentimento do segundo réu para a arbitragem do fato de que ele havia invocado a convenção de arbitragem no processo judicial. O tribunal arbitral considerou que, mesmo que pudesse ser interpretado dessa forma, o segundo réu não poderia ter ingressado no processo de arbitragem sem o consentimento do primeiro réu, o que este não estava disposto a dar. Consequentemente, qualquer alegação feita pelo segundo réu de que a queixa contra ele deveria estar sujeita a uma arbitragem era nula, porque ineficaz. Qualquer consentimento ou concordância do requerente para a arbitragem contra o segundo arguido seria, portanto, nulo” (HANOTIAU, Bernard.Op. cit.. 109-110).

“Kis France, the manufacturer of new equipment for the quick development and printing of photographs, had set up a system with Société Générale to permit the marketing of this equipment in various countries, including the United States, under the form of leasing and through their respective local subsidiaries. Various conventions had been signed (...). The framework agreement contained an ICC arbitration clause to which an express reference was made in the local agreements and the addenda. Arbitration was initiated by Société Générale, Sogelease Pacific and Sogelease Corporation, two subsidiaries of Société Générale against Kis France, Kis Photo Industrie [subsidiary of Kis USA] and Kis Corporation [subsidiary of Kis France]. The arbitral tribunal considered that it had jurisdiction over all claimants and respondents, as well as jurisdiction to decide all the issues arising under the various agreements. An action to set aside was filed with the Paris Court of Appeals which confirmed the arbitrators’ jurisdiction. According to the Court of Appeals:

The Local Agreement, concluded by the subsidiaries of Société Générale and Kis France, refers to this arbitration clause. We infer from this reference that the arbitrators may decide the disputes concerning the execution of both the Basic and the Local Agreement, but only upon request of the two parent companies. The position of the subsidiaries in this sense is totally subordinate.

In granting the claim filed by Société Générale and its subsidiaries against Kis France and Kis Photo, the arbitrators examined the agreements between the parties and held that the parties’ mutual obligations were inexorably linked and that the parent companies played a dominant role vis-à-vis their subsidiaries, which were bound to abide by the former’s commercial and financial decisions.

The arbitrators inferred from the contractual relationships between the two groups of companies that there was a common intention of the parties to consider Kis France and Kis Photo liable for any amounts owed by them or their subsidiary Kis Corporation. Hence, the arbitrators deemed that the claim filed by Société Générale and its subsidiaries was admissible”¹⁴¹.

¹⁴¹ Tradução livre: “A Kis France, fabricante de novos equipamentos para o rápido desenvolvimento e impressão de fotografias, montou um sistema com o Société Générale para permitir a comercialização deste equipamento em vários países, inclusive nos Estados Unidos, sob a forma de leasing e através de suas respectivas subsidiárias locais. Várias convenções foram assinadas (...). O acordo-quadro continha uma cláusula de arbitragem da ICC à qual foi feita referência expressa nos acordos locais e nos adendos. A arbitragem foi iniciada pela Société Générale, pela Sogelease Pacific e pela Sogelease Corporation, duas subsidiárias da Société Générale contra a Kis France, a Kis Photo Industrie [subsidiária da Kis USA] e a Kis Corporation [subsidiária da Kis France]. O tribunal arbitral considerou que tinha jurisdição sobre todos os requerentes e respondentes, bem como jurisdição para decidir todas as questões decorrentes dos vários acordos. Uma ação para anular foi arquivada no Tribunal de Apelações de Paris, que confirmou a jurisdição dos árbitros. Segundo o Tribunal de Apelações: O Acordo Local, celebrado pelas subsidiárias da Société Générale e da Kis France, refere-se a esta cláusula arbitral. Inferimos a partir desta referência que os árbitros podem decidir as disputas relativas à execução tanto do Acordo Básico quanto do Contrato Local, mas somente mediante solicitação das duas empresas controladoras. A posição das subsidiárias nesse sentido é totalmente subordinada. Ao conceder o pedido apresentado pela Société Générale e suas subsidiárias contra a Kis France e a Kis Photo, os árbitros examinaram os acordos entre as partes e consideraram que as obrigações mútuas das partes estavam inexoravelmente ligadas e que as empresas-mãe desempenhavam um papel dominante suas subsidiárias, que eram obrigadas a respeitar as decisões comerciais e financeiras daquelas. Os árbitros deduziram das relações contratuais entre os dois grupos de empresas que havia uma intenção comum das partes em considerar a Kis France e a Kis Photo responsáveis por quaisquer valores devidos por eles ou sua subsidiária Kis Corporation. Assim, os árbitros consideraram que o pedido apresentado pela Société Générale e suas filiais era admissível” (Ibidem. pp. 112-113).

O problema se agrava quando se trata de grupos de contratos que contém cláusulas compromissórias distintas. A corrente majoritária entende que, devido à natureza contratual da arbitragem, na ausência de um acordo entre as partes, o tribunal ou a instituição que administra o procedimento não seriam legitimados a consolidar diferentes procedimentos arbitrais¹⁴².

Nesse sentido, Fouchard, Gaillard e Goldman asseveram que:

*“The problem is aggravated where the arbitration clause differs from one contract to another. (...) In order to avoid two or more tribunals reaching conflicting decisions, one might be tempted to conclude that the better solution would be to appoint a single arbitral tribunal, or to consolidate the two or more arbitrations. (...) In the absence of an agreement between the parties, neither the arbitral institution, nor the arbitral tribunal constituted on the basis of one or other of the arbitration clauses, will be entitled to resolve the whole dispute. Only where both arbitrations take place in a jurisdiction in which the courts are entitled to consolidate related actions, such as Netherlands or where two proceedings refer to the same arbitration rules allowing consolidation, will be possible to avoid the difficulties associated with having separate arbitral tribunals without further exploring the true intentions of the parties. Otherwise, if an award were made on the basis of the arbitration clause contained in one contract, but concerned issues found in another contract, the decision of the arbitral tribunal could be challenged on the basis that the tribunal ruled, at least in part, in the absence of an arbitration agreement. For the same reasons, where a contract containing a clause attributing jurisdiction to the courts is related to another contract containing an arbitration clause, there can be no extension of the arbitration clause to the first contract”*¹⁴³.

Os autores supracitados apresentam como exemplo de decisão em sede arbitral, acerca da extensão da cláusula de arbitragem a outro contrato que continha cláusula diversa, o ICC Case N° 4392. No referido caso, segundo eles:

¹⁴² Ibidem. p. 107.

¹⁴³ Tradução livre: “O problema é agravado quando a cláusula de arbitragem difere de um contrato para outro. (...) Para evitar que dois ou mais tribunais cheguem a decisões conflitantes, pode-se ficar tentado a concluir que a melhor solução seria nomear um único tribunal arbitral ou consolidar as duas ou mais arbitragens. (...) Na ausência de um acordo entre as partes, nem a instituição arbitral, nem o tribunal arbitral, constituído com base em uma ou outra das cláusulas de arbitragem, terá o direito de resolver todo o litígio. Somente quando ambas as arbitragens ocorrerem em uma jurisdição na qual os tribunais têm o direito de consolidar ações relacionadas, como os Países Baixos ou quando dois processos se referirem às mesmas regras de arbitragem permitindo consolidação, será possível evitar as dificuldades associadas a tribunais arbitrais separados mediante exploração aprofundada das verdadeiras intenções das partes. Caso contrário, se uma sentença fosse proferida com base na cláusula compromissória contida em um contrato, mas questões relacionadas encontradas em outro contrato, a decisão do tribunal arbitral poderia ser contestada com base no fato de que o tribunal decidiu, pelo menos em parte, na ausência de um acordo de arbitragem. Pelas mesmas razões, quando um contrato contendo uma cláusula atributiva de jurisdição aos tribunais estiver relacionado a outro contrato que contenha uma cláusula compromissória, não poderá haver extensão da cláusula compromissória ao primeiro contrato.” (FOUCHARD, Philippe et al. Op. cit. p. 303-304).

*“[the award] rightly refused to extend the scope of an arbitration clause contained in heads of agreement to a related agreement, on the grounds that the related contract referred to general conditions of sale which included a clause attributing jurisdiction to the courts. The arbitral tribunal considered that, irrespective of any implied acceptance of the conditions by the purchaser, the buyer’s intention was clearly incompatible with the extension of the arbitration agreement and had to be complied with”*¹⁴⁴.

Há, ainda, a situação em que existem contratos que possuem cláusulas compromissórias, enquanto outros não possuem nenhuma cláusula de resolução de conflitos. Para Fouchard, Gaillard e Goldman:

*“once again, the problem should be addressed by interpreting the parties’ intentions. Provided that the circumstances reveal that the parties intended, at least implicitly, to empower the arbitral tribunal to resolve all disputes arising out of a single group of contracts, then the tribunal shall have jurisdiction to do so”*¹⁴⁵.

Referidos autores citam exemplos de decisões da Corte de Apelação de Paris e da Corte de Cassação francesa. Observe-se abaixo:

*“The Paris Court of Appeals reached this conclusion in the case of an employment contract annexed to a protocol which had been signed during the sale of a company and which contained an arbitration clause. The French Cour de cassation also allowed an arbitration clause to be extended from one contract to a second aimed at formalizing the existing agreement between the parties”*¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Tradução livre: “[a sentença] recusou-se, e com razão, a estender o âmbito de uma cláusula compromissória contida nos contratos chefes a um contrato relacionado, alegando que o respectivo contrato se referia a cláusulas gerais de venda que incluíam uma cláusula que atribuía competência aos tribunais. O tribunal arbitral considerou que, independentemente de qualquer aceitação implícita das condições pelo comprador, a intenção do comprador era claramente incompatível com a extensão da convenção de arbitragem e tinha que ser cumprida.” (Ibidem. p. 304).

¹⁴⁵ Tradução livre: “mais uma vez, o problema deve ser resolvido interpretando as intenções das partes. Desde que as circunstâncias revelem que as partes pretendem, pelo menos implicitamente, autorizar o tribunal arbitral a resolver todos os litígios emergentes de um único grupo de contratos, então o tribunal terá jurisdição para fazê-lo.” (Ibidem. p. 304)

¹⁴⁶ Tradução livre: “O Tribunal de Apelações de Paris chegou a essa conclusão no caso de um contrato de trabalho anexado a um protocolo que havia sido assinado durante a venda de uma empresa e que continha uma cláusula compromissória. A Cour de cassation francesa também permitiu que uma cláusula de arbitragem fosse estendida de um contrato para outro, com o objetivo de formalizar o acordo existente entre as partes.” (Ibidem. p. 304)

Apesar de algumas divergências, em linhas gerais, pode-se dizer que a Paris Court of Appeal e a Cour de Cassation Francesa reconhecem a teoria do “group of contracts” e, quando constata que existe um grupo de contratos coligados, presume que seria a vontade das partes aplicar a cláusula compromissória contida em um desses contratos para todas as disputas que possam resultar de qualquer um deles, vinculando assim as partes envolvidas em todos os contratos coligados, independentemente da sua assinatura direta no contrato que contém a cláusula arbitral.

Bernard Hanotiau chama atenção ao fato de que, tratando-se especificamente de contratos de garantia, a interpretação da teoria deve ser sempre restritiva:

“The consequence is that in principle, the arbitration clause contained in the letter of guarantee will only cover disputes between the guarantor and the beneficiary, while the clause contained in the underlying agreement will only apply to disputes between the principal and the counterpart (beneficiary)” 147.

No mesmo sentido, a lição do Prof. Stavros Brekoulakis:

“Notwithstanding the above, the prevailing view in international arbitration is that a guarantor will not be bound by the arbitration agreement of the main contract between the debtor and the creditor. Although closely interrelated, the legal status of a guarantor or surety should be clearly distinguished from that of the debtor, with the security contract and the main contract being two separate bilateral agreement rather than one multiparty agreement. Further, the obligations undertaken by the surety and the debtor are different: the surety does not promise to deliver the performance undertaken by the principal; he promises to cover the risk that this performance is not delivered. Therefore, as is generally accepted, no privity exists between the guarantor and the debtor” 148.

¹⁴⁷Tradução livre: “A consequência é que, em princípio, a cláusula compromissória contida na carta de fiança cobrirá apenas os litígios entre o garantidor e o beneficiário, enquanto a cláusula contida no contrato subjacente somente se aplicará a disputas entre o principal e a contraparte (beneficiário).” (HANOTIAU, Bernard. Arbitration and Bank Guarantees: An Illustration of the Issue of Consent to Arbitration in Multicontract-Multiparty Disputes. In: **Journal of International Arbitration**, Alphen aan den Rijn, vol. 16, 1999).

¹⁴⁸ Tradução livre: “Não obstante o acima exposto, a visão prevalecente na arbitragem internacional é que um fiador não estará vinculado pela convenção de arbitragem do contrato principal entre o devedor e o credor. Embora estreitamente inter-relacionado, o status legal de um fiador ou fiador deve ser claramente distinguido do do devedor, com o contrato de fiança e o contrato principal sendo dois acordos bilaterais separados, em vez de um acordo multipartidário. Além disso, as obrigações assumidas pela fiança e pelo devedor são diferentes: a fiança não promete entregar o desempenho assumido pelo principal; ele promete cobrir o risco de que esse desempenho não seja entregue. Portanto, como é geralmente aceito, não existe privação entre o garantidor e o devedor” (BREKOULAKIS, Stavros. Op. cit. p. 93).

Como se pode perceber, a teoria do “group of contracts” apresenta peculiaridades de acordo com as espécies de cláusulas envolvidas e mesmo quanto a matéria tratada nos contratos supostamente coligados.

Assim, é necessário analisar a disputa em questão, para que se verifique a real intenção das partes e se é possível a extensão dos efeitos da cláusula de arbitragem para aquelas partes que não assinaram a referida cláusula.

5 – A DEFINIÇÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

5.1 Consentimento Tácito

Como visto anteriormente, a Lei de Arbitragem brasileira demanda a forma escrita para a celebração da cláusula compromissória, sem, contudo, dispor acerca de forma ou requisito especial para que seja demonstrado o consentimento sobre aquela cláusula escrita.

Há, portanto, espaço no ordenamento jurídico pátrio para que o consentimento ou a manifestação de vontade sejam tácitos, passíveis de demonstração por outros meios, que não apenas a assinatura.

Temos, corroborando esse entendimento, que o artigo 107 do Código Civil dispõe expressamente que “*a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*”¹⁴⁹.

Doutrina e jurisprudência pátrias, assim como a internacional, também admitem largamente o reconhecimento tácito da manifestação de vontade, consubstanciada no consentimento em submeter-se à arbitragem¹⁵⁰.

A possibilidade de reconhecimento tácito do consentimento, permite a vinculação de pessoas, físicas ou jurídicas, que não apuseram suas assinaturas no contrato em que está contida a cláusula compromissória ao procedimento arbitral que dela se derivar¹⁵¹.

¹⁴⁹ BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Op. cit.

¹⁵⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista. **Net**. Rio de Janeiro, [2018?]. Batista Martins Advogados. Disponível em <http://batistamartins.com/arbitragem-capacidade-consenso-e-intervencao-de-terceiros-uma-sobrevista-2/>. Acesso em 10 de junho de 2018.

¹⁵¹ Ibidem.

A verificação do consentimento tácito, naturalmente, deve ser feita caso a caso, mediante a análise das nuances da atuação e da postura da parte não signatária no que se refere ao contrato em torno do qual gira a controvérsia levada à arbitragem.

Vicente Ráo, analisando a questão, assim dispõe:

“Diz-se tácita a declaração de vontade resultante de certos atos, atitudes ou comportamentos incompatíveis, segundo os casos, com certa concordância ou com certa discordância. De um modo voluntário de proceder, revelado como fato exterior, a experiência infere (facta concludentia) que aquele que o pratica, ou mantém, assim manifesta ou declara uma vontade inconciliável, por força do princípio de contradição, com uma vontade oposta. Para a sua apuração (nos casos em que a declaração tácita é admitida) basta observar-se a maneira comum e razoável de apreciação dos fatos humanos, de conformidade com o que, no respectivo meio ambiente, se considera ser a ordem normal das coisas, até se alcançar a convicção honesta de que os fatos examinados equivalem, inequivocamente, à revelação de certa vontade”¹⁵²

Não obstante todo o acima exposto, em um primeiro momento, o STF, quando da análise da Sentença Estrangeira Contestada 6.753-7, interpretou de maneira restritiva a necessidade da forma escrita exigida pela Lei de Arbitragem, e indeferiu a respectiva homologação por reputar ausente *“prova quanto à manifesta declaração autônoma de vontade da requerida de renunciar à jurisdição estatal em favor da particular”*¹⁵³, tendo em vista a ausência de assinatura da requerida.

¹⁵² RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 117.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. SE 6.753-7., Relator: Maurício Corrêa, Brasília. 13/06/2002. **Diário de Justiça**. Brasília. 14/06/2002.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a concordância à convenção de arbitragem deve se dar de “*modo formal e acabado*”¹⁵⁴, não se podendo reconhecer nem a existência, nem o consentimento da parte à cláusula, se ausentes a assinatura da parte no contrato, troca de correspondência ou “*outro modo expresso qualquer*” que pudessem comprovar o seu consentimento¹⁵⁵. Por fim, afirmou, categoricamente, que “*a lei brasileira sobre o tema exige clara manifestação escrita das partes quanto à opção pela jurisdição arbitral*”, não sendo admitida “*convenção de arbitragem tácita, implícita e remissiva*”¹⁵⁶.

A jurisprudência, contudo, logo evoluiu e o Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento de que o consentimento para arbitragem pode ser tácito, considerou válida e suficiente a manifestação de vontade emanada de terceiro não signatário da cláusula compromissória, em submeter-se a arbitragem. No caso, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, entendeu haver o consentimento, não por uma declaração expressa, mas pelo fato de que não houve, durante todo o procedimento arbitral, qualquer impugnação à jurisdição do tribunal arbitral nem alegação de inexistência de cláusula compromissória. *In verbis*:

¹⁵⁴ Ibidem

¹⁵⁵ Ibidem

¹⁵⁶ Ibidem

“A leitura da contestação revela que a argumentação desenvolvida está centrada na inexistência de concordância expressa sobre a cláusula compromissória. Mas, como demonstrado, houve inequívoca aceitação da convenção arbitral, a tanto equivale à participação da empresa requerida no processo, de acordo com carta que ela própria remeteu contendo suas razões de mérito para defender-se. Veja-se com atenção que a contestação procura desqualificar essa correspondência e sua defesa alegando que não nomeou árbitro, permanecendo em silêncio, exatamente porque não reconhecia sua submissão à jurisdição arbitral” (fls. 187), acrescentando que não interpôs recurso de apelação, „mas apenas manifestou-se, por correspondência, sua não concordância com o decisum, mencionando fatos e atos culposos da recorrente, preocupando-se – é lógico – em repor a verdade fática. Ora, tal manifestação não pode ser admitida – é óbvio – como interposição de apelação em seu aspecto formal” (fls. 188). Pretende a requerida raciocinar no sentido de ter sido „induzida a erro, de forma indireta e coercitivamente, a corresponder-se com o juízo arbitral, mas o fez apenas para repor a verdade fática sem ter a intenção de recorrer da decisão” (fls. 188). Com todo o respeito, essa argumentação não pode merecer prestígio. E assim é, porque a parte interessada poderia, desde que tomou conhecimento, ter impugnado a instauração do Juízo arbitral, o que levaria a não ser admitido, porquanto somente se produz se as partes estão de acordo, como, de resto, é usual” 157.

Nesse julgamento, o Ministro Luiz Fux , acompanhando o relator, fez o seguinte comentário, reforçando a validade do consentimento tácito:

“ Sr. Presidente, referendo o brilhante voto do ilustre Ministro-Relator, inclusive na mesma linha do Supremo Tribunal Federal, que considerou a cláusula compromissória tácita; é uma questão do Direito Comercial, em que a formalidade obstativa da homologação não teria o menor sentido. Acompanho integralmente o voto de S.Exa., deferindo o pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira” 158.

Esse posicionamento foi reiterado pela Corte Especial do STJ no julgamento da SEC 866¹⁵⁹. Embora a Corte tenha rejeitado o pedido de homologação por ausência de “elementos seguros” de que a não signatária acordou com a cláusula compromissória, mais uma vez afirmou-se a possibilidade de a aceitação da convenção de arbitragem ser deduzida da conduta das partes, não obstante a inexistência de assinatura¹⁶⁰.

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. SEC n. 856. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília. 18/05/2005. **Diário de Justiça**. Brasília. 19/05/2005.

¹⁵⁸ *Ibidem*

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. SEC 978/GB. Relator: Hamilton Carvalhido. Brasília. 17/12/2008. **Diário de Justiça**. 05/03/2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. SEC 866/GB. Relator: Felix Fischer. Brasília. 17/05/2006. **Diário de Justiça**. Brasília. 16/10/2006

¹⁶⁰ FRANCO, Rodrigo de Oliveira; MEDEIROS, Pedro Lins conceição de. Op. cit.

Apesar desse avanço, o STJ retrocedeu e, em três casos posteriores, voltou à interpretação restritiva do art. 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem adotada pelo STF¹⁶¹. No julgamento das SECs 978, 885 e 11.59368, a Corte Especial decidiu que a cláusula compromissória deve ser assinada para que seja demonstrada a competência do juízo arbitral¹⁶²

Mais recentemente, a Terceira Turma do STJ, por meio de acórdão proferido em 26 de abril de 2016, retornou ao entendimento inicialmente esposado pela Corte Especial – mais alinhado ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial estrangeiro – e reconheceu a possibilidade de consentimento tácito, declarando a inexigibilidade de subscrição da cláusula compromissória para sua validade¹⁶³, *in verbis*:

*Sob o aspecto formal, a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória – em não se tratando de contrato de adesão –, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, seja em documento apartado[...] De se destacar que a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que inserta. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem”*¹⁶⁴.

O Ministro João Otávio Noronha, no voto que proferiu no REsp 1.569.422, asseverou que é “*possível aferir a manifestação de vontade das partes quanto a sua anuência à referida cláusula por quaisquer meios probatórios*”¹⁶⁵.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. SEC 978. Relator: Hamilton Carvalhido, Brasília. 17/12/2008. **Diário de Justiça**. Brasília. 18/12/2008; ¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. SEC 885. Relator: Francisco Falcão, Brasília. 18/04/2012. **Diário de Justiça**. Brasília. 19/04/2012; ¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. SEC 11.593. Relator: Benedito Gonçalves, Brasília. 16/12/2015. **Diário de Justiça**. Brasília. 17/12/2015.

¹⁶³ FRANCO, Rodrigo de Oliveira; MEDEIROS, Pedro Lins conceição de. Op. cit.

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. REsp 1.569.422/RJ. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília. 26/04/2016. **Diário de Justiça**. 27/04/2016.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 42.

O consentimento tácito, portanto, apesar da jurisprudência ainda vacilante, parece alinhar-se ao Direito brasileiro, que admite, inclusive, que o silêncio produza efeitos jurídicos. Conforme dispõe o Código Civil, em seu artigo 111: “*o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa*”¹⁶⁶.

Sobre a produção de efeitos jurídico pelo silêncio, Vicente Ráo esclarece:

*“é incontestável e incontestado que o silêncio possui, na ordem jurídica, certo valor... Na realidade, o silêncio só produz efeitos jurídicos quando, devido às circunstâncias ou condições de fato que o cercam, a falta de resposta à interpelação, ato ou fatos alheios, ou seja, a abstenção, a atitude omissiva e voluntária de quem silencia induz a outra parte, como a qualquer pessoa induziria, à crença legítima de haver o silente revelado, desse modo, uma vontade seguramente identificada”*¹⁶⁷.

Assim como a inferência de consentimento pelo silêncio, a inferência do consentimento mediante o consentimento tácito do não signatário não é ampla e irrestrita, mas antes decorre das particularidades de cada caso.

Conforme aduz Iara Conrado, “*a noção é trazer para a arbitragem as partes que, pela sua real intenção ou pelas consequências lógicas, razoáveis e jurídicas de seu comportamento, devem ser vinculadas à arbitragem*”¹⁶⁸, ainda que não tenham subscrito cláusula de arbitragem.

Diversas teorias surgiram dessa inferência, e nesse estudo duas delas serão abordadas detalhadamente: a teoria do Grupo de Empresas e dos Contratos Coligados

5.2 Grupo de Empresas

A teoria do Grupo de Empresas, conforme já demonstrado, é largamente aplicada ao redor do mundo, sob a alcunha de “Group of Companies”.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Op. cit.

¹⁶⁷ RÁO, Vicente. Op. cit. p. 119-120

¹⁶⁸ CONRADO, Iara Santos. Op. cit. p. 23

Inexistem motivos para que seja descartada a aplicação da teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme bem explica Gustavo Tepedino:

“Na experiência brasileira, igualmente, não há que se afastar, de forma apriorística, a aplicação, no âmbito da arbitragem, da teoria do grupo, cuidando-se de construção que visa a ampliar o conceito de consentimento necessário para a submissão ao procedimento arbitral. Nessa perspectiva, sem desconhecer a autonomia patrimonial de cada sociedade, o compromisso arbitral pode alcançar partes que, por vezes fundamentais para o deslinde da controvérsia, anuíram, mesmo que indiretamente, com a previsão da convenção de arbitragem. A teoria dos grupos societários traduz o fenômeno da unidade de controle de várias sociedades patrimonialmente autônomas” 169.

No Brasil, os grupos de empresas, também chamados de grupos societários, dividem-se em grupos de fato e de direito¹⁷⁰. Para José Edwaldo Tavares Borba, *“O grupo será considerado de direito ou de fato, segundo tenha ou não tenha sido objeto de um ato formal de constituição”* ¹⁷¹

Modesto Carvalhosa esclarece a respeito da distinção entre os grupos de fato e os grupos de direito, respectivamente:

“Estabelece-se, assim, um regime de coordenação entre as sociedades coligadas e de comando entre a controladora e as controladas. Essas unidades formam um grupo econômico, não convencional, com efeitos jurídicos decorrentes do entrelaçamento dos patrimônios dessas mesmas sociedades. Formam, assim, uma entidade econômica de relevância jurídica. Diferentemente do grupo de sociedades, regido pelos arts. 265 a 279, que constitui uma entidade jurídica. A diferença fundamental entre uma e outra forma de concentração é que, no Capítulo XX, ora comentado, as sociedades envolvidas não estão sujeitas a convenção, diferentemente das regidas pelo Capítulo XXI, que se vinculam convencionalmente”

¹⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Arbitragem e Autonomia Privada: A Importância da Boa-Fé Objetiva na Delimitação do Consentimento**. Rio de Janeiro: Quaestio Iuris, vol. 9, 2016. p. 610.

¹⁷⁰ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, vol. 4, tomo II. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 7 a 8.

¹⁷¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 527

Há, portanto, grupo de direito quando as sociedades formalizam a união econômica entre elas existente, seguindo as normas previstas nos arts. 265 a 277 da Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976). Nesses casos, o relacionamento das sociedades coligadas vai além do controle acionário, constando de documento formal e de administração comum¹⁷². Aqui, apesar de conservarem personalidade jurídica autônoma e patrimônios distintos, as sociedades integrantes podem desenvolver empreendimentos conjuntos e empenhar esforços e recursos em comum¹⁷³.

Nos grupos de fato, as relações entre sociedades são marcadas pela informalidade, e se mostram apenas através do controle acionário, o qual implica controle indireto de uma das sociedades no atuar das demais. Veja-se a descrição de Modesto Carvalhosa para os grupos de fato:

*“(...) as sociedades envolvidas mantêm sua identidade, e, assim, sua personalidade jurídica e seu patrimônio individualizado, formando, pela participação relevante no capital das sociedades envolvidas, um grupo societário de fato, e, assim, uma entidade econômica de relevância jurídica”*¹⁷⁴.

Independentemente do tipo de grupo, seja ele de fato ou de direito, eventual extensão de cláusula compromissória firmada por um dos membros do grupo de sociedade deve observar tanto as peculiaridades do grupo a que pertence a signatária, quanto as particularidades do negócio celebrado¹⁷⁵.

É importante sublinhar que as decisões citadas anteriormente, quando se tratou da teoria no âmbito da jurisprudência estrangeira, não utilizaram como parâmetro para definição dos limites subjetivos da cláusula compromissória a simples existência de um grupo de companhias. As particularidades de cada caso foram analisadas minuciosamente para amparar o veredicto.

¹⁷² TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. p. 610

¹⁷³ O art. 265 da Lei 6.404/1975 (Lei das Sociedades por Ações) conceitua grupo de sociedades: “A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns” (BRASIL. Lei 6.004 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 dez 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm).

¹⁷⁴ CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. pp. 11-12

¹⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. p. 611

Isso porque, não basta que se verifique a existência de um grupo de sociedades, sendo igualmente necessário que se possa depreender, da relação havida entre as partes, que todas elas, signatárias ou não, consentiram em arbitrar eventuais disputas dali surgidas. É que “*o critério decisivo para a determinação de quem é vinculado à cláusula arbitral, e que dela também pode se beneficiar, é, pelo contrário, o consentimento, expresso ou implícito, das partes*”¹⁷⁶.

A extensão subjetiva da cláusula compromissória com base na teoria dos grupos societários é compatível com o direito brasileiro, pois a Lei de Arbitragem, conforme demonstrado no capítulo 3.5 acima, não exige a assinatura das partes como pressuposto de validade da convenção de arbitragem e a prova de sua aceitação pelas partes, conforme demonstrado no capítulo anterior, pode se dar por meio do exame da sua conduta durante as fases contratuais.

Tal como no direito estrangeiro e internacional, no ordenamento jurídico pátrio, para que a extensão se justifique, os fatos devem demonstrar a efetiva participação no negócio das outras sociedades do grupo, com a anuência, ainda que tácita, de todas as partes signatárias da cláusula. Assim, é a análise desses fatos, em conjunto com a verificação da unicidade de gestão e controle dos grupos de sociedades, que podem permitir que o Tribunal Arbitral conclua que houve consentimento implícito das sociedades não signatárias em se vincularem à cláusula compromissória¹⁷⁷.

Arnoldo Wald, em síntese precisa, ressalta que, segundo a teoria do grupo, a sociedade não signatária da cláusula compromissória poderá ser atingida pela sua extensão, se, além de pertencer ao mesmo grupo, incidir em pelo menos um dos seguintes requisitos:

¹⁷⁶ FRANCO, Rodrigo de Oliveira; MEDEIROS, Pedro Lins conceição de. Op. cit.

¹⁷⁷ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Op. cit.

“(a) a sociedade tem que ter desempenhado um papel ativo nas negociações, das quais decorreu o acordo no qual consta a cláusula compromissória”;

“(b) a sociedade deve estar envolvida, ativa ou passivamente, na execução do contrato no qual consta a cláusula compromissória”;

“(c) a sociedade tem que ter sido representada efetiva ou implicitamente, no negócio jurídico”¹⁷⁸.

O consentimento tácito, como forma de manifestação de vontade em casos envolvendo grupos de empresas, também foi o fundamento utilizado no emblemático caso Trelleborg¹⁷⁹.

A relação entre as partes girava em torno de dois contratos celebrados pela holding brasileira do grupo sueco Trelleborg Industri, a Trelleborg Brasil, e a Anel para a aquisição de 60% de empresa na qual a Anel e seu sócio diretor eram cotistas, a PAV.

O litígio surgiu quando a Trelleborg Holding, sociedade também controlada pela Trelleborg Industri, adquiriu a AVS, empresa que competia com a PAV no mercado brasileiro e nomeou para administrá-la os mesmos executivos que nomeara para representá-la na administração da PAV.

Segundo a Anel, a aquisição da AVS por empresa do mesmo grupo de sua sócia na PAV inviabilizaria os negócios desta, à medida que aquela era sua principal concorrente no Brasil¹⁸⁰.

Inconformada, a Anel notificou tanto a Trelleborg Brasil quanto a Trelleborg Industri para dar início a arbitragem para dissolução da sociedade comercial que constituíram e apurar as perdas, danos e lucros cessantes, conforme cláusula compromissória contida em ambos os contratos firmados com a Trelleborg Brasil.¹⁸¹

¹⁷⁸ WALD, Arnaldo. Arbitragem, os Grupos Societários e os Conjuntos de Contratos Conexos. **Revista de Arbitragem**, São Paulo, n. 2, mai/ago. 2004

¹⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sentença. Ação Ordinária n. 000.01.060969-5. Juiz Ademir Modesto de Souza. São Paulo. 15/05/2002. **Diário de Justiça**. 16/05/2002.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ Ibidem.

Trelleborg Brasil e Trelleborg Industri se recusaram a dar início à arbitragem, levando a Anel a propor a ação de instituição de arbitragem disciplinada pelo art. 7º da Lei de Arbitragem, perante a Justiça paulista.

Na sentença, o juiz decidiu que:

*“Apesar de a constituição da Trelleborg PAV Indústria e Comércio Ltda. e de os contratos de associação e consultoria referidos na inicial vincularem apenas a Trelleborg do Brasil Ltda. e a Anel – Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda. (f.), é certo que toda negociação que culminou com a celebração dos referidos contratos contou com a participação direta da Trelleborg Industri AB. (...) Além disso, consoante anotou a autora (f.), todos os contratos que vincularam a Anel – Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda. e a Trelleborg do Brasil Ltda. foram redigidos nos idiomas inglês e português, circunstância indicativa de que os negócios por elas celebrados não estavam circunscritos aos interesses das empresas sediadas no Brasil, vinculando, também, à evidência, a sócia majoritária da Trelleborg do Brasil Ltda. (...) Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade de parte passiva ad causam arguida pelas rés na resposta que apresentaram a f., já que manifesta a co-responsabilidade da Trelleborg Industri AB pelas obrigações decorrentes dos contratos firmados entre a autora e a Trelleborg do Brasil Ltda.”*¹⁸².

Inconformadas, Trelleborg Brasil Ltda. e Trelleborg Industri apelaram, reiterando a ilegitimidade da Trelleborg Industri AB para figurar no pólo passivo da demanda, vez que não assinou o contrato contendo a cláusula compromissória.

A Desembargadora Relatora Constança Gonzaga, contudo, manteve a sentença na íntegra, consoante razões abaixo:

*“É o que se vê nos autos, em que não obstante inexistente assinatura da apelante „Trelleborg Industri AB”, é mais do que evidente, face à farta documentação existente, a relação jurídica que há entre as partes, decorrente dos negócios em comum travados, em que se observa participação ativa da apelante Trelleborg Industri AB”*¹⁸³.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão. Apelação n. 267.450.4/6-00. Relator: Desembargadora Constança Gonzaga. São Paulo. 24/05/2006. **Diário de Justiça**. São Paulo. 25/05/2006.

Embora a decisão de 1º grau tenha adotado a teoria do grupo de companhias, Arnoldo Wald e Valeria Galíndez alertam que o principal fundamento do acórdão foi o fato de que a matriz sueca teria “*participado ativamente do procedimento arbitral*” e cumprido, espontaneamente, parte da condenação¹⁸⁴.

O Acórdão não afastou a aplicação da teoria, mas concentrou sua fundamentação no sentido de que a aceitação da cláusula arbitral pode ser demonstrada através da análise do comportamento das partes durante todas as etapas do contrato em torno do qual gira a controvérsia. Ou seja, no momento da negociação, celebração e execução do contrato ou, ainda, no próprio procedimento arbitral. A análise do comportamento das partes foi, portanto, o principal fundamento dos julgados¹⁸⁵.

Em Acórdão recente, o TJSP deixou claro que a existência de grupo de sociedades, por si só, não implica presunção absoluta em relação ao reconhecimento do consentimento de uma companhia não signatária em arbitrar a causa, mas que, à luz dos elementos fáticos e das circunstâncias das negociações contratuais e pré-contratuais, seria possível atestar a real intenção de todos os envolvidos de solucionar controvérsias relacionadas ao contrato por meio da arbitragem¹⁸⁶.

Confira-se, *in verbis*, trecho do julgado:

¹⁸⁴ WALD, Arnoldo; GALINDEZ, Valéria. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira. Contrato Não Assinado. Desnecessidade de Concordância Expressa com a cláusula Compromissória. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 10, p. 243-247, jul./set. 2006.

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ FRANCO, Rodrigo de Oliveira; MEDEIROS, Pedro Lins conceição de. Op. cit.

“Apelação. Direito Comercial/Empresarial. Ação anulatória de sentença arbitral. Alegação de não sujeição das autoras à cláusula compromissória e à sentença arbitral. Afastamento. Discussão sobre a extensão da cláusula compromissória a partes que não firmaram o contrato gerador do litígio. Existência de grupo de sociedades que não implica presunção 'jure et de jure' para o reconhecimento da anuência de sociedade não signatária à convenção de arbitragem. Caso concreto. Vinculação que pode ser reconhecida em razão das circunstâncias negociais. Contrato empresarial precedido de intensa negociação. Consentimento implícito à eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos derivados do negócio entre a GP, suas controladas e os corréus Rodrigo e Fernando. Prestação de garantia, pela GP PARTNERS, do cumprimento de todas as obrigações assumidas pelas controladas no contrato principal. Irregular constituição do Tribunal Arbitral não configurada. Indicação do árbitro realizada em conformidade com o regulamento da CAM/CCBC, escolhido para a regência do procedimento. Concordância com a nomeação e assinatura do termo de arbitragem pelas autoras. Proibição do 'venire contra factum proprium'. (...)” 187.

Entendimento diverso, porém, foi adotado no julgamento de disputa envolvendo, de um lado, a PCBIOS e, de outro, a Itarupar:

A PCBIOS é uma companhia joint venture constituída pela Petrobras e a Mitsui, destinada a participar em projetos relativos à produção de combustível derivado de fontes de energia renovável. Itarupar é uma sociedade de participações, que atua no mesmo ramo. PCBIOS e Itarupar constituíram uma sociedade - CBIOS - para implantar e operar determinado projeto sucroalcooleiro. Com fundamento na cláusula compromissória constante do acordo de acionistas da CBIOS, a Itarupar requereu a instauração de arbitragem contra a PCBIOS, e pretendeu incluir a Petrobras e a Mitsui no polo passivo, embora a convenção de arbitragem não tivesse sido subscrita pelas duas últimas.

O Tribunal Arbitral entendeu que Petrobras e Mitsui, apesar de não terem assinado o contrato em que estava inserida a cláusula compromissória, estariam a ela vinculadas, por terem participado da elaboração do plano de negócios da CBIOS, bem como por terem assumido obrigações compreendidas dentro do objeto do negócio.

Irresignadas, Petrobras e Mitsui propuseram ação anulatória de sentença arbitral, julgada procedente em primeira instância. A decisão de primeira instância foi confirmada pelo TJRJ, que decidiu, por maioria de votos, que a Petrobras e a Mitsui não se vincularam à cláusula compromissória, por não tê-la assinado¹⁸⁸.

¹⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão. Apelação n 0035404-55.2013.8.26.0100. Relator: Manoel Pereira Calças. São Paulo. 26/08/2015. **Diário de Justiça**. São Paulo. 27/08/2015.

¹⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão. Apelação 0329761-15.2011.8.19.0001. Relator: Ferdinando Nascimento. Rio de Janeiro. 29/01/2013. **Diário de Justiça**. Rio de Janeiro. 30/01/2013.

A questão da vinculação de empresas à cláusula compromissória assinada apenas por outra empresa do mesmo grupo econômico veio novamente à tona, recentemente, em disputa travada entre Tianda South America Sistemas Ltda. de um lado e Aeroportos Brasil - Viracopos S/A e Consórcio Construtor Viracopos de outro¹⁸⁹.

Nesta disputa, mais uma vez, o entendimento adotado pelo TJSP foi no sentido de que as circunstâncias negociais permitem concluir que as empresas não signatárias e as empresas signatárias anuíram em submeter a resolução de disputas entre à arbitragem:

*“Apelação Cível - Prestação de serviços - Ação de cobrança - Contratos de prestação de serviços relativos a construção civil em aeroporto - Abrangência subjetiva das cláusulas arbitrais sobre terceiro não signatário dos contratos que as contêm - Terceiro que pretende sua inclusão no âmbito subjetivo da cláusula arbitral, afastando-se a jurisdição estatal - Circunstâncias negociais que permitem concluir que o terceiro e as partes anuíram à resolução de disputas entre si por meio de arbitragem - Precedentes e entendimento doutrinário a respeito - Prevalência da jurisdição arbitral - Afastamento da jurisdição estatal - Ausência de violação aos artigos 4º e 32, inciso IV da Lei de Arbitragem - Dispensa da existência de cláusula arbitral por escrito, conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça - Análise pelo tribunal arbitral de sua própria competência, segundo o princípio da competência-competência consolidado no artigo 8º, parágrafo único da Lei de Arbitragem - Redução equitativa dos honorários advocatícios em vista do valor vultoso da causa, que não guarda proporcionalidade com o trabalho desenvolvido pelos patronos das partes - Sentença reformada em parte - Recurso provido para determinar a redução dos honorários advocatícios em face das circunstâncias do caso concreto”*¹⁹⁰.

Percebe-se, mais uma vez, que a jurisprudência envolvendo a definição dos limites subjetivos da cláusula compromissória em casos que nem todas as partes envolvidas assinaram a cláusula compromissória ainda é vacilante.

5.3 Contratos Conexos

¹⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão. 10135024520178260114 SP 1013502-45.2017.8.26.0114. Relator: Daniela Menegatti Milano. São Paulo. 13/03/2018. **Diário de Justiça**. 09/05/2018

¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão. 10135024520178260114 SP 1013502-45.2017.8.26.0114. Relator: Daniela Menegatti Milano. São Paulo. 13/03/2018. **Diário de Justiça**. 09/05/2018

Outra teoria comumente utilizada para justificar a definição dos limites subjetivos da cláusula compromissória, mediante a vinculação de partes não signatárias, é a Teoria dos Contratos Coligados.

Francisco Marino define os contratos coligados como aqueles “*contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca*”¹⁹¹.

A teoria dos contratos conexos permite que contratos diferentes, muitas vezes firmados por pessoas diferentes e de conteúdo e forma distintos, sejam interpretados em conjunto, podendo ser oponíveis a partes não signatárias. Referida teoria pode permitir até mesmo que disputas oriundas de contratos que, aparentemente, não possuem cláusula compromissória, sejam obrigatoriamente submetidas à arbitragem.

Para que isso ocorra, a doutrina e a jurisprudência, como se verá a seguir, apontam para a necessidade de que, entre os contratos em análise, exista um “nexo finalístico” e uma “autonomia estrutural”.

Francisco Marino esclarece a essência e a distinção dos requisitos supracitados:

*“autonomia estrutural significa, então, que cada um dos contratos coligados conserva a própria estrutura, isto é, a própria forma (ainda que documentalmente unidos) e o próprio conteúdo. Por nexo funcional entende-se que a coligação visa a um determinado resultado econômico-social”*¹⁹².

O nexo finalístico pode ser interpretado como o fim contratual, o resultado ou efeito prático almejado, em conformidade com os interesses concretos das partes¹⁹³.

¹⁹¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenso. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99.

¹⁹² Ibidem. p. 132

¹⁹³ Ibidem. p. 132

Segundo Carlos Nelson Konder, a coligação contratual se configura quando ocorre a utilização de diferentes e diversos negócios jurídicos para a implementação de uma única operação econômica subjacente¹⁹⁴. De acordo com o referido autor, a coligação deve conduzir “*o olhar do intérprete da árvore isolada para perceber a floresta*”¹⁹⁵.

Para se apurar a possibilidade de vinculação de uma parte à cláusula compromissória aposta em contrato coligado àquele que assinou, deve-se ter em mente as palavras de Arnaldo Wald:

“não se trata de apurar a existência de cláusula compromissória remissiva, expressamente aceita pela nossa Lei de Arbitragem, no art. 4º, §1º. Ter-se-á, sim, que analisar, caso a caso, para se verificar a verdadeira vontade de partes e se tal conduz à uma unicidade, inclusive econômica, da relação regida por esses diferentes contratos, sendo indivisível em vista dos efeitos que um exerce sobre o outro”.

A jurisprudência pátria já se debruçou sobre o tema em algumas oportunidades e, na ampla maioria das vezes, recepcionou a tese dos contratos coligados.

Para exemplificar esse entendimento, Felipe Vollbrecht Sperandio traz à baila caso envolvendo disputa relacionada a contratos de fornecimento e distribuição de gás, analisado pelo STJ¹⁹⁶. Confira-se, abaixo, o resumo do caso, nas palavras do referido Autor:

“A distribuidora de gás celebrou dois contratos, um com o fornecedor e outro com o comprador. Ambos os contratos celebrados pela distribuidora continham cláusula compromissória, as quais estipulavam que as partes poderiam cumular pedidos em arbitragem tripartite. Contudo, não havia qualquer contrato celebrado entre a fornecedora e a compradora de gás” 197.

¹⁹⁴ KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 95.

¹⁹⁵ Ibidem. p. 196

¹⁹⁶ SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Transmissão de cláusula compromissória à seguradora por força de subrogação legal In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 823.

¹⁹⁷ Ibidem. p. 823.

Ao julgar o caso, o STJ assim concluiu:

“O efeito disso é o de que não há relação jurídica direta entre Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás [fornecedora] e Tractebel Energia S/A – Tractebel Energia [compradora]; sob esse viés estrito, esta não pode demandar aquela. O encadeamento dos contratos, todavia, parece corresponder melhor à realidade dos aludidos negócios jurídicos, e a adoção da chamada arbitragem tri-partite, a seguir, descrita, é um reconhecimento implícito disso. A integração desses contratos, se por um lado favorece Tractebel Energia S/A – Tractebel Energia [compradora], de outro parece vinculá-la à cláusula de arbitragem estipulada em ambos”¹⁹⁸.

O STJ, portanto, aplicando a teoria dos contratos coligados, entendeu que a compradora, a despeito de não ter assinado cláusula compromissória diretamente com a fornecedora, estaria vinculada àquela celebrada no contrato conexo, firmado entre a fornecedora e distribuidora, por força da coligação entre os contratos.

Em caso distinto, o STJ asseverou que a cláusula compromissória contida no “contrato-mãe” vincula todos os contratos a ele coligados, salvo disposição expressa em sentido contrário contida nesses contratos. Confira-se, abaixo, trecho do denso acórdão:

“Ementa: SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA CONTESTADA. PRETENSÃO HOMOLOGATÓRIA A SER DEFERIDA EM PARTE. REQUISITOS DA LEI ATENDIDOS. VÍCIOS DE NEGAÇÃO INEXISTENTES. AMPLA COMPETÊNCIA PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE OS CONTRATANTES DE JOINT VENTURE. (...)”

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. REsp nº 954065 / MS. Relator: Ari Pargendler. Brasília. 13/05/2008. **Diário de Justiça**. Brasília. 04/06/2008.

Trecho relevante: Sem querer adentrar no âmago da contratação, cuja análise refoge ao procedimento de homologação, a questão deve ser definida pelo propósito das partes, no caso, averiguável para o fim de solver a proposição do primeiro Requerido, por meio da constatação do inequívoco propósito de edificar, com o contrato principal de joint venture, a convenção arbitral através da cláusula compromissória 14.3/14.4, passando tudo a partir dali a ser tributário desse pacto. A despeito de considerar o contrato de joint venture como a célula mãe de todos os outros, afinal, não seria crível pressupor que os contratantes, diante de negócio tão complexo e valioso, indiscutivelmente, representados por especialistas, assumissem uma proposta de convenção arbitral cheia, no sentido de prever alargada competência do Juízo Arbitral, e, logo em seguida, a revogassem sem a mínima referência ao referido pacto. Ademais, nessa espécie de pactuação, já se tem dito que uma vez formalizada, inequivocamente, a submissão a Juízo Arbitral somente convenção em igual teor pode desconstituir a força da convenção, a não ser que se demonstre concretamente haver a parte, ou partes, dela se afastado; o que não me parecer ser a hipótese em análise, que cuida de joint venture perfeitamente enquadrável. Basta notar que houve a previsão de uma parceria entre empresas, as quais mantiveram suas personalidades jurídicas, em que uma deveria transferir tecnologia e produtos de marca a outra, que, por sua vez, se obrigava a cumprir certos compromissos com vistas a garantir a venda dos bens transferidos pela contratante. (...) Por isso que importante interpretar a vontade expressa das partes, in casu, a partir da proposta inicial contida no contrato “mãe”, que dispunha que eventuais controvérsias seriam submetidas à resolução arbitral, sendo a proposição somente superada se acaso existente termo equivalente. (...) Assim, o fato de se prever, em acordo de acionistas subsequente, menor extensão da convenção, ou mesmo de não constar de avença posterior previsão semelhante, não poderia revogar ou tornar sem efeito a cláusula compromissória expressamente querida e aceita pelas partes no contrato padrão, que em qualquer caso deve prevalecer, à exceção de expressa redefinição.¹⁹⁹

Em caso analisado pelo TJSP, a teoria dos Contratos Coligados também serviu de apoio para vincular uma parte não signatária da cláusula compromissória ao procedimento arbitral dela decorrente:

“A disputa envolveu um contrato celebrado por Gol Linhas Aéreas Inteligentes S.A. (Gol), por um lado, e Varig Logística S.A. (VRG) e Volo do Brasil S.A. (duas subsidiárias de MatlinPatterson, um fundo internacional), pelo outro, por meio do qual a Gol adquiriu a VRG. Tal contrato continha uma cláusula arbitral CCI e foi assinado por todas as partes mencionadas, à exceção de MatlinPatterson.

Além do contrato, seis aditivos foram firmados, entre eles o Aditivo 5, assinado por MatlinPetterson, que previa estar “aditando os termos do Contrato”.

Pouco tempo após a conclusão da venda, uma disputa surgiu em relação à alteração no preço de compra e a VRG iniciou procedimento arbitral, nomeando MatlinPatterson como parte. De forma unânime, o tribunal CCI decidiu estender a cláusula arbitral à MatlinPatterson e, subsequentemente, proferiu decisão que a vinculou. MatlinPatterson, irresignada, ajuizou ação anulatória na comarca de São Paulo”²⁰⁰.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. SEC 2007/0156979-5. Relator: Ari Pargendler. Brasília. 19/10/2011. **Diário de Justiça**. Brasília. 20/10/2011

²⁰⁰ FRANCO, Rodrigo de Oliveira; MEDEIROS, Pedro Lins conceição de. Op. cit.

O TJSP, em sede de apelação, entendeu que o tribunal arbitral teria decidido corretamente ao vincular o fundo internacional à cláusula compromissória, tendo em vista que este assinou aditivo contratual, coligado ao principal, onde insere a cláusula compromissória²⁰¹. De acordo com o TJSP, assinando um “Aditivo” ao Contrato, ainda que com escopo limitadíssimo, o fundo inseriu-se na relação contratual inicialmente estabelecida entre as outras demais partes do Contrato, vinculando-se assim à Convenção de Arbitragem nele contida²⁰².

No mesmo sentido:

Ementa: “ARBITRAGEM. Conflito decorrente de contratos de ‘Swap’ coligados a Contrato de Abertura de Crédito com cláusula compromissória. Negócios jurídicos acessórios que tiveram sua causa eficiente bem sedimentada no Contrato de abertura de Crédito que lhes traçou as cláusulas nucleares. Inocorrência da alegada autonomia e independência dos ditos contratos derivativos utilizados para proteção ou possível alavancagem dos ativos da empresa devedora. Submissão da matéria ao tribunal arbitral. Cabimento. Recurso da autora não provido nessa parte. Se o contrato principal de empréstimo reflete verdadeira condição sine qua non da existência daqueles de ‘swap’, que lhe são meros anexos ou acessórios, a cláusula compromissória do contrato principal se estende ao acessório coligado. Assim, se o que se discute é o dever, ou não, de honrar esses instrumentos de pagamento do contrato principal, não se verifica conflito nenhum da arbitragem com a autonomia de vontade das partes expressada na cláusula de eleição de foro judicial pertencente aos Contratos de “Swap”, permanecendo esta preservada e em estado latente, no aguardo de situações específicas que lhe permitam invocação (...)”²⁰³.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro possui decisões conflitantes sobre a matéria. No Agravo de Instrumento nº 2005.002.28435²⁰⁴, o relator, Des. Cláudio de Mello Tavares, entendeu que, sendo a apólice silente sobre a resolução de disputas e inexistindo outro documento contendo convenção de arbitragem especificamente entre o segurador e o segurado, o conflito entre estes não poderia ser submetido à arbitragem, ainda que o contrato de arrendamento conexo possuísse cláusula compromissória expressa.

²⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão. Apelação 0214068-16.2010.8.26.0100. Relator: Roberto Mac Cracken. São Paulo. 16/10/2012. **Diário de Justiça**. São Paulo. 17/10/2012.

²⁰² TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. p. 611

²⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão. 0002163-90.2013.8.26.0100, Relator: Gilberto dos Santos. São Paulo. 03/07/2014. **Diário de Justiça**. São Paulo. 04/07/2014.

²⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão. Agravo de Instrumento 0019820-30.2005.8.19.0000 (2005.002.28435). Relator: Claudio de Mello Tavares. Rio de Janeiro. 26/04/2006. **Diário de Justiça**. Rio de Janeiro. 27/04/2006.

Em sentido contrário, no Agravo de Instrumento nº 0065937-98.2013.8.19.0000, o Tribunal extinguiu o processo sem resolução do mérito, pois entendeu que a matéria deveria ser dirimida em procedimento arbitral. Para tanto, deve-se ressaltar que um dos fundamentos apresentados foi o “contrato acessório segue o principal” e, em virtude disso, o contrato discutido, interligado ao principal, que continha cláusula compromissória, estaria igualmente vinculado ao juízo arbitral:

“Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DEFERIMENTO. COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA MOVIDA PELA AGRAVADA EM FACE DOS AGRAVANTES, NA QUAL O JUÍZO A QUO DEFERIU A REINTEGRAÇÃO DE POSSE DAS SONDAS DESCRITAS NA INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO, PELA INSTITUIÇÃO DE CLÁUSULA ARBITRAL EM CONTRATO DE JOINT VENTURE AGREEMENT. NO OBJETO DO JVA HÁ ESPECÍFICA MENÇÃO AO CONTRATO DE ARRENDAMENTO, CONFORME SE INFERE DA CLÁUSULA 1.1. UMA VEZ ESTABELECIDO EM CONTRATO CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA AMPLA, A SUA DESTITUIÇÃO DEVE VIR ATRAVÉS DE IGUAL DECLARAÇÃO EXPRESSA DAS PARTES, NÃO SERVINDO, PARA TANTO, MERA ALUSÃO A ATOS OU A ACORDOS QUE NÃO TINHAM O CONDÃO DE AFASTAR A CONVENÇÃO DAS PARTES. O CONTRATO ACESSÓRIO SEGUE O PRINCIPAL. APESAR DO ESTABELECIMENTO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO INSTRUMENTO CONTRATUAL, NOS CASOS EM QUE HAJA NECESSIDADE DE ALGUMA MEDIDA CAUTELAR OU DE URGÊNCIA ANTES DA INSTAURAÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL, RESTA CLARO QUE NÃO ESTARÁ IMPEDIDO O SEU ACESSO AO JUDICIÁRIO, EIS QUE O DEMANDANTE PODERÁ PROPOR A MEDIDA CAUTELAR NECESSÁRIA, DESDE QUE PREENCHIDOS OS SEUS REQUISITOS, NA FORMA DO ART. 800 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, O QUE NÃO OCORREU. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, DE OFÍCIO. RECURSO PREJUDICADO.

Trecho relevante: Com efeito, conforme constou na decisão que deferiu o efeito suspensivo, as alegações dos recorrentes mostram-se plausíveis, especialmente em relação à alegada incompetência do Juízo agravado, tendo em vista a cláusula compromissória, constante do “Joint Venture Agreement” (JVA), na qual foi estipulado que, em caso de conflitos oriundos do contrato em questão, seria instituída a arbitragem, (...)Cumprir destacar que no objeto do JVA existe específica menção ao contrato de arrendamento(...) conforme exposto, uma vez estabelecida, em contrato, cláusula compromissória ampla, a sua destituição deve vir através de igual declaração expressa das partes, não servindo, para tanto, mera alusão a atos ou a acordos que não tinham o condão de afastar a convenção das partes. Acrescente-se que a cláusula pactuada estende-se para todas as relações que são reguladas por esse instrumento, eis que o acessório segue o principal, ficando evidente que o contrato de arrendamento só foi pactuado para dar cumprimento ao JVA, que foi ajustado com o objetivo de prestação de serviços junto à Petrobrás”²⁰⁵.

²⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão. AI 0065937-98.2013.8.19.0000. Relator : André Ribeiro. Rio de Janeiro. 25/3/2014. **Diário de Justiça**. Rio de Janeiro. 26/03/2014.

Embora o caso acima verse sobre os limites objetivos da cláusula compromissória, ilustra o posicionamento do TJRJ quanto à teoria dos contratos coligados, admitindo-a.

Ante o exposto neste tópico, percebe-se que a jurisprudência vem se consolidando no sentido de permitir a extensão dos efeitos da cláusula de arbitragem para partes não signatárias mediante a aplicação da teoria dos contratos conexos.

Nota-se, ainda, que tal como ocorre com a Teoria do grupo de Empresas, também a Teoria dos Contratos Coligados está intimamente relacionada com a Teoria do Consentimento tácito.

5 – CONCLUSÃO

Conforme exposto, a arbitragem é consensual por natureza. A própria jurisdição dos árbitros deriva essencialmente do acordo entre as partes de usar a arbitragem como meio de resolver suas disputas e, portanto, só se estende àqueles que estão a par do acordo de arbitragem.

Seria, portanto, inadequado se impor a arbitragem a quem não manifestou seu consentimento quanto à cláusula compromissória e, por consectário lógico, à própria arbitragem. Contudo, como se viu nos capítulos anteriores, referido consentimento não deriva necessariamente de eventual assinatura da cláusula.

Determinar se uma parte está vinculada à arbitragem se resume, basicamente, a determinar se essa parte consentiu ou não com a convenção de arbitragem. E, como já dito, esse consentimento pode ser demonstrado de diversas outras formas que não a assinatura da convenção em si.

A questão ganha relevância no contexto atual, em que são cada vez mais comuns situações em que, para se alcançar um fim comum desejado, um contrato bilateral regularmente assinado por ambas as partes simplesmente não é suficiente. Muitas vezes se demanda, por exemplo, a participação de sujeitos que não subscreveram o contrato ou a pactuação de múltiplos contratos, interligados. Não é à toa que, como se viu, a questão da definição dos limites subjetivos da cláusula compromissória é largamente debatida no cenário internacional e, com o avanço da globalização e o desenvolvimento econômico brasileiro, a questão também vem ganhando cada vez mais relevância no cenário nacional.

Consoante o disposto no art. 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem, não obstante a cláusula compromissória deva ser evidenciada por escrito, o consentimento das partes de a ela se vincular pode ser demonstrado por quaisquer meios probatórios.

Como bem descrito por Blessing, “*the difficulty lies in a proper understanding of the entire mosaic of the particular contractual relationship and its specific and characteristic dynamics*”²⁰⁶.

É necessária extrema cautela na hora de se definir os limites subjetivos da cláusula compromissória, para que não se traga para a arbitragem sujeito que não deveria figurar em tal procedimento, pois com ele não consentiu.

Para superar essas dificuldades e evitar injustiças, doutrina e jurisprudência desenvolveram as teorias estudadas acima, que oferecem diretrizes básicas para definição desses limites e que, como se demonstrou, baseiam-se todas na ideia do consentimento como pressuposto da arbitragem²⁰⁷.

No Brasil, tal como no cenário internacional, a jurisprudência, ao decidir sobre a vinculação à cláusula compromissória, vem se baseando na apuração de elementos que comprovem a existência de consentimento dos envolvidos, através de análise criteriosa da relação entre as partes da relação conflituosa. As decisões, portanto, dependem das circunstâncias do caso concreto e da intenção das partes.

Parece-nos que doutrina e jurisprudência, nacionais e internacionais, vem caminhando bem, buscando garantir aos usuários da arbitragem uma tutela de seus direitos que seja, a um só tempo, previsível e que evite frustração das fundadas expectativas de empresas implicadas em controvérsias oriundas de relações comerciais complexas, em que nem todas as sociedades envolvidas assinaram a convenção de arbitragem.

²⁰⁶ Tradução livre: “*a dificuldade reside em uma compreensão adequada de todo o mosaico da relação contratual particular e de suas dinâmicas específicas e características*” (BLESSING, Marc. *The Law Applicable to the Arbitration Clause. ICCA Congress series*. v. 9, Paris: Kluwer Law International, 1999. p.188)

²⁰⁷ Existem casos em que cortes e tribunais arbitrais obrigarão uma parte a arbitrar apesar de não ter consentido com a convenção de arbitragem, nem expressamente, nem tacitamente. O raciocínio jurídico usado pelos tribunais e tribunais arbitrais para obrigar a arbitragem nesses casos tem nome diferente (Desconsideração da personalidade jurídica, por exemplo). Esses casos, contudo, não foram abordados no presente trabalho, que se atém à análise das questões relacionadas ao consentimento.

O permanente amadurecimento da questão é, contudo, essencial para que sejam mitigadas as divergências ainda encontradas na jurisprudência pátria, trazendo maior segurança para as partes e assim ajudando a consolidar o Brasil ainda mais no cenário arbitral.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Autor desconhecido. Solução de conflitos: conflitos societários e setores de construção e energia lideram busca por arbitragem. **Migalhas**. 6 de março de 2014. Disponível em: www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI196385,31047-Conflitos+societarios+e+setores+de+construcao+e+energia+lideram+busca.

Acesso em: 25/06/2018

ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamento, 2005.

AMARAL, Paulo Osternack. Negócio jurídico processual e arbitragem. In: MELO, Leonardo de Campos (coord.); BENEDUZI, Renato Resende (coord.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BASSO, Manuel (org.); CARVALHO, Pedro (org.). **Lições de direito internacional – estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista**. Curitiba: Juruá, 2008.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei 3.071 de 1916. **Coleção de Leis Brasil**

_____. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. **Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824**, P. 7

_____. Decreto nº 4.311 de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 jul 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm. Acesso em: 25/06/2018

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 25/06/2018

_____. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25/06/2018

_____. Lei 6.004 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 dez 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm. Acesso em: 25/06/2018

_____. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 25/06/2018

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impresao.htm. Acesso em: 25/06/2018

BREKOULAKIS, Stavros. **Third Parties in International Commercial Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Arbitragem – Lei nº9.307/96**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2005.

CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Rio de Janeiro, v. 21, pp. 339-386. jul. 2003.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, vol. 4, tomo II. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

CAVIGIOLI, Juan. **Derecho canônico**. Trad. Ramon Lamas Lourido. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 514-527, 1946.

CONRADO, Iara Santos. **A definição dos limites subjetivos da cláusula compromissória sobre partes não signatárias**. Trabalho de Conclusão de Curso (LL.M em Litigation: Novos Desafios dos Contenciosos) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2016.

DERAINS, Yves. **Is There a Group of Companies Doctrine? Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration**. Paris: ICC, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I. Salvador: JusPodivm, 2007.

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

ESTADOS UNIDOS. **Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras**, Celebrada em Nova Iorque aos 10 de junho de 1958. Disponível em: <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15466.pdf>. Acesso em: 25/06/2018

FOUCHARD, Philippe et al. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

FRANCO, Rodrigo de Oliveira; MEDEIROS, Pedro Lins conceição de. A extensão da Convenção de Arbitragem a “terceiros” com base na teoria do grupo de companhias: uma análise da lei aplicável, da sua utilização em casos internacionais e da sua recepção pelo ordenamento brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Rio de Janeiro, v. 56, pp. 63-93, Jan./Mar. 2018.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARNER, Bryan A. (ed.). **Black’s Law Dictionary**. Dallas: Thomson West, 2004.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

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

HANOTIAU, Bernard. **Arbitration and Bank Guarantees**: An Illustration of the Issue of Consent to Arbitration in Multicontract-Multiparty Disputes. In: *Journal of International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, vol. 16.

HANOTIAU, Bernard. **Complex Arbitrations**: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005.

HANOTIAU, Bernard. **Non-signatories in International Arbitration**: lessons from thirty years of case law. In: Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics?* ICCA Congress Series, v. 13, Kluwer Law International, 2007.

HUCK, Hermes Marcelo. Árbitro – juiz de fato e de direito. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Rio de Janeiro, v. 40, pp. 181 – 192, Jan./Mar. 2014.

INTERNACIONAL. **UNCITRAL Arbitration Rules**. New York, 2016. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>. Acesso em: 25/06/2018

INTERNACIONAL. **Unidroit Principles of International Commercial Contracts**. Rome, 2016. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>. Acesso em: 25/06/2018

JARROSSON, Charles. **La notion d'arbitrage**. Paris: Dalloz, 1987.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LEÃO, Fernanda de Gouvêa. **Arbitragem e Execução**. 2012. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, São Paulo, 2012

LOBO, Carlos Augusto da Silveira, Cláusula compromissória e grupo de sociedades. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Rio de Janeiro, v. 48, pp. 33-52, Jan./Mar. 2016.

LORENZETTI, Ricardo. **Redes contractuales**: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 8, pp. 22-58, out./dez. 1998.)

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e Convenção Arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenso. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista. **Net**. Rio de Janeiro, [2018?]. Batista Martins Advogados. Disponível em <http://batistamartins.com/arbitragem-capacidade-consenso-e-intervencao-de-terceiros-uma-sobrevista-2/>. Acesso em 10 de junho de 2018.

MAYER, Pierre. Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories Under French Law. In: HOUT, Tjaco T. van den (Org.). **Multiple Party Actions in International Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MELO, Leonardo de Campos. Extensão da Cláusula Compromissório e Grupos de Sociedades. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Rio de Janeiro, v. 36, pp. 255-278, Jan./Mar. 2013.

MELO, Leonardo de Campos (coord); BENEDUZI, Renato Resende (coord). **A Reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros L. (Eds.). **Arbitrability: international and comparative perspectives**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 1997.

OPPETIT, Bruno. **Teoría del arbitraje**. Tradução Eduardo Silva Romero. Bogotá: Legis, 2006.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Existiria uma ordem jurídica arbitral? In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017

PARK, William W. Non Signatories and International Contracts: an Arbitrators Dilemma. In: HOUT, Tjaco T. van den (Org.). **Multiple Party Actions in International Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

PARK, William W. Non-Signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma. Net. Disponível em http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park_joining_non-signatories.pdf. Acesso em 10 de junho de 2018

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, João Marçal Rodrigues Martins. **A Extensão dos Efeitos da Cláusula de Arbitragem para Partes Não Signatárias**. 2010. 83 f. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Transmissão de cláusula compromissória à seguradora por força de subrogação legal In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017.

STRENGER, Irineu. **Comentários a Lei Brasileira de Arbitragem**, São Paulo: LTr., 1998.

STUCKI, Blaise. **Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories**. ASA Below 40 – Conference of September 29, 2006. Geneva.

TEPEDINO, Gustavo. **Arbitragem e Autonomia Privada**: A Importância da Boa-Fé Objetiva na Delimitação do Consentimento. Rio de Janeiro: Quaestio Iuris, vol. 9, 2016.

TOWNSEND, John M. Non-signatories in International Arbitration: an American perspective. In: BERG, Albert Jan van den (ed). **International Arbitration 2006: Back to Basics?** ICCA Congress Series, v. 13, Kluwer Law International, 2007.

VIDAL, Dominique. The Extension of Arbitration Agreements within Groups of Companies: The Alter Ego Doctrine in Arbitral and Court Decisions. **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, v. 16, n. 2, 2005.

WALD, Arnaldo. Arbitragem, os Grupos Societários e os Conjuntos de Contratos Conexos. **Revista de Arbitragem**, São Paulo, n. 2, pp. 31-59, mai/ago. 2004.

WALD, Arnaldo; GALINDEZ, Valéria. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira. Contrato Não Assinado. Desnecessidade de Concordância Expressa com a cláusula Compromissória. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 10, pp. 243-247, jul./set. 2006.