**PAULA BUTTI CARDOSO**

# LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Dissertação apresentada como exigência parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Doutor Carlos Alberto Carmona

**FACULDADE DE DIREITO DA USP**
**SÃO PAULO**
**2013**

**BANCA EXAMINADORA:**

Orientador: _____

Professor Doutor Carlos Alberto Carmona

Professor Arguidor:_____

Professor Arguidor:_____

*Aos meus pais, cujo apoio, sempre incondicional, foi imprescindível para a conclusão de mais esta etapa.*

# RESUMO

A convenção de arbitragem pode possuir uma abrangência subjetiva maior do que aquela que aparentemente lhe é conferida pelo contrato no qual está inserida. Podem ser partes sujeitos que a ela não aderiram expressamente, o que não contraria a autonomia da vontade, pois o fato de não terem consentido por escrito não impede que o tenham feito de maneira tácita. Dessa forma, é possível que não signatários sejam partes da convenção de arbitragem. A prática arbitral identificou algumas situações que frequentemente colocam os julgadores diante da missão de determinar se há consentimento por parte de não signatários: a existência de um grupo de sociedades ou de um grupo de contratos; a incorporação por referência; a estipulação em favor de terceiro; a existência de representação; a transferência de um contrato por meio de cessão ou sucessão e a sub-rogação; e o desvio da personalidade jurídica, que pode levar à sua desconsideração. Além disso, os tribunais norte-americanos se utilizam da teoria chamada *estoppel,* de acordo com a qual um sujeito, sob determinadas circunstâncias, fica impedido de negar a aplicabilidade da cláusula compromissória. Os limites subjetivos da convenção de arbitragem são objeto de estudo no meio arbitral há bastante tempo, mas não faz muitos anos que a questão começou a ser debatida no Brasil. A análise da Lei de Arbitragem brasileira demonstra que muitas das lições aprendidas no cenário internacional podem ser aproveitadas no país.

**Palavras-chave:** arbitragem, convenção de arbitragem, consentimento, extensão, abrangência, signatários, não signatários, limites subjetivos, partes, grupos de sociedades, grupos de contratos, incorporação por referência, estipulação em favor de terceiro, representação, *estoppel*, desconsideração da personalidade jurídica, cessão contratual, sucessão contratual, sub-rogação.

## ABSTRACT

The arbitration agreement may have a larger subjective scope than the one that is actually conferred to it by the agreement in which it operates. Individuals who have not adhered expressly to the arbitration agreement may be subject to it, and such situation does not imply that referred arbitration agreement is against their free will, since the fact that they have not consented in writing does not mean that they have not done so tacitly. Thus, it is possible that non-signatories are parties to the arbitration agreement. The arbitral practice identified several situations in which judges and arbitrators often have to determine whether there is a consent by non-signatories: the existence of a group of companies or a group of contracts; incorporation by reference; the stipulation in favor of third party; the existence of representation; the transfer of an agreement by assignment or succession and subrogation; and the abuse of legal personality, which can lead to the piercing of the corporate veil. Moreover, U.S. courts make use of a theory called estoppel, according to which an individual, under certain circumstances, is estopped from denying the enforceability of the arbitration clause. The limits of the arbitration agreement have been object of study in the arbitration scene for a long period of time, but only recently the question began to be discussed in Brazil. Analysis of the Brazilian Arbitration Law demonstrates that many of the lessons learned in the international arena may be applicable in Brazil.



**Key words:** arbitration, arbitration agreement, consent, extension, scope, signatories, non-signatories, limits, parties, groups of companies, groups of contracts, incorporation by reference, third party beneficiary, representation, estoppel, piercing the corporate veil, assignment, succession, contractual subrogation.

# SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO** ..... 10

**PRIMEIRA PARTE**
**PRESSUPOSTOS PARA A DETERMINAÇÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM**

**I. CARÁTER CONSENSUAL DA ARBITRAGEM** ..... 14

**II. DESNECESSIDADE DE CONSENTIMENTO EXPRESSO** ..... 18

**III. DISTINÇÃO ENTRE PARTES NÃO SIGNATÁRIAS E TERCEIROS** ..... 27

**SEGUNDA PARTE**
**DETERMINAÇÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM**

**I. GRUPOS DE SOCIEDADES** ..... 32
1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA ..... 32
2. CONCEITO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DOS GRUPOS DE SOCIEDADES ..... 33
3. LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM DIANTE DE UM GRUPO DE SOCIEDADES ..... 36
3.1. Casos CCI n. 1434 e n. 2375, de 1975 ..... 37
3.2. Caso CCI n. 4131 de 1982 (*Dow Chemical*) ..... 40
3.3. Casos CCI n. 4402 de 1984 e n. 4504 de 1985-86 ..... 42
3.4. Caso *Société Sponsor A.B. vs. Lestrade* ..... 43
3.5. Principais aspectos dos precedentes analisados ..... 46
4. A TEORIA DOS GRUPOS DE SOCIEDADES E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... 50
4.1. Disciplina dos grupos de sociedades na Lei n. 6.404/1976 ..... 50
4.2. Determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem diante de grupos de fato e grupos de direito ..... 53

4.3. Inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como instrumento para vincular não signatários à convenção de arbitragem ..... 55
4.4. Determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem diante de um grupo de sociedades e a Lei n. 9.307/1996 ..... 58
4.4.1. Consentimento das partes e forma escrita como pressupostos de validade da convenção de arbitragem ..... 58
4.4.2. Competência para decidir acerca dos limites subjetivos da convenção de arbitragem ..... 58
4.4.3. Vinculação de sociedades não signatárias ao compromisso arbitral? ..... 63
4.5. O caso *Trelleborg* ..... 64

**II. GRUPOS DE CONTRATOS** ..... 70
1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA ..... 70
2. CONCEITO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DOS GRUPOS DE CONTRATOS OU CONTRATOS COLIGADOS ..... 72
3. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS GRUPOS DE CONTRATOS À ARBITRAGEM ..... 81
3.1. Contratos com cláusulas de resolução de controvérsias idênticas ou compatíveis ..... 81
3.2. Contratos com cláusula de resolução de controvérsias e contratos sem cláusula de resolução de controvérsias ..... 87
3.3. Contratos com cláusulas de resolução de controvérsias incompatíveis ..... 92
3.4. Principais aspectos dos precedentes analisados ..... 95
4. A TEORIA DOS GRUPOS DE CONTRATOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... 99
4.1. Determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem diante de um grupo de contratos e a Lei n. 9.307/1996 ..... 99
4.2. Aplicação da teoria dos grupos de contratos à arbitragem na jurisprudência nacional ..... 101

**III. INCORPORAÇÃO POR REFERÊNCIA** ..... 106
1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA ..... 106
1.1. Distinção entre os grupos de contratos e a incorporação de um contrato por referência ..... 106
2. LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM INCORPORADA POR REFERÊNCIA ..... 107

2.1. Possibilidade de definição dos limites subjetivos em decorrência da redação da convenção de arbitragem ..... 111
2.2. Incorporação por referência e princípio da autonomia da convenção de arbitragem ..... 114
3. A INCORPORAÇÃO POR REFERÊNCIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... 117
3.1. Limites subjetivos da convenção de arbitragem incorporada por referência e a Lei n. 9.307/1996 ..... 117
3.2. Incorporação por referência da convenção de arbitragem na jurisprudência nacional ..... 119

**IV. ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO** ..... 121
1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA ..... 121
2. LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM ESTIPULADA EM FAVOR DE TERCEIRO ..... 122
2.1. Estipulação em favor de terceiro e princípio da autonomia da convenção de arbitragem ..... 123
3. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM ESTIPULADA EM FAVOR DE TERCEIRO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... 124

**V. REPRESENTAÇÃO** ..... 126
1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA ..... 126
2. LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM FIRMADA PELO REPRESENTANTE/REPRESENTADO ..... 126
3. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM FIRMADA PELO REPRESENTANTE/REPRESENTADO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... 130

**VI. *ESTOPPEL*** ..... 133
1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA ..... 133
2. LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E APLICAÇÃO DO *ESTOPPEL* ..... 135
2.1. *Direct-benefit estoppel* ..... 135
2.2. *Equitable estoppel* ..... 137
2.3. *Concerted-misconduct estoppel* ..... 146
3. O *ESTOPPEL* E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... 147

**VII. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA** ..... 149
1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA ..... 149
2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM ..... 149
3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ARBITRAGEM E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... 154

**VIII. CESSÃO DE CONTRATO, SUCESSÃO CONTRATUAL E SUB-ROGAÇÃO** ..... 156
1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA ..... 156
2. TRANSMISSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS LIMITES SUBJETIVOS ..... 157
3. TRANSMISSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... 161

**CONCLUSÃO** ..... 167

**REFERÊNCIAS** ..... 170

# INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto o estudo dos limites subjetivos da convenção de arbitragem em situações nas quais esta possui uma abrangência maior do que aquela que aparentemente lhe é conferida pelo contrato no qual está inserida, ou seja, situações em que são partes da convenção sujeitos que a ela não aderiram expressamente. Em geral, afirma-se que o caráter contratual da arbitragem limita a jurisdição do Tribunal Arbitral às partes signatárias, de forma que os seus limites são aqueles estabelecidos no contrato que a ela deu origem. A princípio, não signatários do contrato, que não anuíram expressamente com o afastamento da jurisdição estatal e com a escolha da jurisdição arbitral para solução de litígios, ficam excluídos do procedimento e não são atingidos pelos efeitos da sentença arbitral. Não obstante, situações há em que deve ser considerada a vontade manifestada por meio do comportamento das partes. Com isso, afasta-se a regra que estabelece apenas serem submetidos à jurisdição arbitral aqueles sujeitos que efetivamente subscreveram a convenção de arbitragem.

A doutrina, tanto nacional como estrangeira, se utiliza frequentemente da expressão *extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a partes* ou *a terceiros não signatários* para se referir a essa questão. Essa expressão, entretanto, proporciona uma ideia equivocada, pois faz parecer que se trata de submeter à arbitragem sujeitos que com isso não consentiram, quando não é isso que acontece. Por isso, muito embora seja bastante difundida, a sua utilização é evitada nesta dissertação.

A autonomia da vontade e, consequentemente, o consentimento das partes, é um dos fundamentos do instituto da arbitragem. Mas a interpretação da Lei de Arbitragem brasileira permite concluir que não é necessário que o consentimento seja expresso e escrito para que um sujeito seja parte de uma convenção de arbitragem. Conforme será demonstrado, há situações em que são efetivamente partes sujeitos que não são signatários. O fato de não terem consentido expressamente, por escrito, com a convenção, não impede que o tenham feito de maneira tácita. O consentimento é tácito quando é identificável, de maneira inequívoca, a partir de comportamentos, atos e manifestações de vontade que não teriam lugar se quem os pratica não tivesse a intenção de consentir, e pode ser revelado em qualquer etapa da vida da cláusula compromissória. Ocorre que o consentimento tácito é mais difícil de ser identificado do que o expresso, motivo pelo qual haverá situações em

que caberá aos julgadores proceder a uma investigação e declarar se determinado não signatário é ou não parte.

A abrangência subjetiva da convenção de arbitragem é objeto de estudo no meio arbitral há bastante tempo. Diversos trabalhos a respeito já foram publicados no cenário internacional, havendo ainda abundante jurisprudência. Mas não faz muitos anos que a questão começou a ser debatida no Brasil, visto que a prática da arbitragem só foi retomada entre nós com o advento da Lei n. 9.307/96 e esta é uma discussão que demanda o amadurecimento do instituto. O principal objetivo deste trabalho é, portanto, apresentar como a questão é encarada nos países em que a arbitragem já está definitivamente consolidada, analisar se podemos aproveitar, de alguma forma, essas lições e, com isso, contribuir para o debate a respeito deste que é um assunto tão importante para a prática arbitral. Afinal, muito embora não sejam abundantes os julgados, nossos tribunais já tiveram algumas oportunidades de decidir sobre os limites subjetivos da convenção de arbitragem, o que prova que o número e o grau de complexidade das arbitragens com sede no Brasil, ou das quais resultarão obrigações a serem adimplidas no Brasil, está crescendo.

A prática arbitral internacional identificou algumas situações que frequentemente colocam os julgadores diante da missão de determinar as partes da convenção de arbitragem. A doutrina internacional se utiliza da expressão *teorias* quando menciona algumas dessas situações, pois, para cada uma delas, foi desenvolvido algo como uma fórmula para determinar se o não signatário é ou não parte da convenção, ou seja, um método para determinar se há ou não consentimento. São essas situações: a existência de um grupo de sociedades (*group of companies*) ou de um grupo de contratos (*group of contracts*); a incorporação por referência (*incorporation by reference*); a estipulação em favor de terceiro (*third-party beneficiary*); a existência de representação (*agency*); a transferência de um contrato por meio de cessão, sucessão ou sub-rogação (*transfer*; *assignment*; *sucession*; *subrogation*); e o desvio da personalidade jurídica, que pode levar à sua desconsideração (*disregard of the legal entity*; *piercing the corporate veil; alter ego*). Há ainda o *estoppel,* teoria norte-americana fundamentada na boa-fé e na vedação do *venire contra factum proprium.*

Cada uma dessas situações será analisada individualmente nesta dissertação. Por ora, basta afirmar que a prática mostra que as fórmulas apresentadas para cada uma delas, muito embora úteis, não são infalíveis, principalmente em decorrência da quantidade de variantes que podem se apresentar no caso concreto. Dessa forma, os julgadores não

poderão se furtar, em qualquer circunstância, de analisar os aspectos particulares do caso a fim de aferir a existência ou não de consentimento. Se, pelo estudo da situação os julgadores se convencerem que não há consentimento, seja por parte dos não signatários, seja por parte dos signatários (que podem não ter anuído, sequer tacitamente, em submeter à arbitragem seus litígios com o não signatário), os primeiros não serão partes da convenção de arbitragem, que não poderá ser executada por eles ou contra eles.

Toda essa problemática se justifica na medida em que há negócios jurídicos dotados de tamanha complexidade, que negar a qualidade de parte a determinados não signatários equivaleria a inutilizar por completo a convenção de arbitragem. Se os efeitos da convenção tivessem que ser sempre limitados aos seus signatários, muitas arbitragens sequer seriam iniciadas ou, uma vez iniciadas, seriam acompanhadas de processos judiciais paralelos e dariam causa a sentenças ineficazes, pois as verdadeiras partes não poderiam participar do procedimento arbitral. A arbitragem é um meio de resolução de controvérsias que merece ser prestigiado, seja diante da incapacidade do poder judiciário de fazer frente ao número e à complexidade dos litígios, seja em decorrência da sua adequação para a resolução de controvérsias no âmbito empresarial, no qual encontra sua maior aplicação. Isso tudo, é claro, desde que exista consentimento por parte dos sujeitos envolvidos. Não é possível vincular à convenção de arbitragem sujeitos que com ela não anuíram, sequer tacitamente.

Apresentado o objeto do trabalho, dois pontos devem ser esclarecidos. Quando se discute os limites subjetivos da convenção de arbitragem não necessariamente se adentra no âmbito das arbitragens multipartes. Isso pode acontecer, mas não ocorrerá sempre. É possível que a parte não signatária pretenda demandar, ou seja demandada, apenas contra/por um dos signatários, o que resulta em uma arbitragem padrão, com duas partes. A questão da abrangência subjetiva da convenção tampouco se confunde com a problemática da intervenção de terceiros. Trata-se de partes não signatárias, não terceiros. Claro que pode ocorrer de uma parte não signatária pleitear o seu ingresso em procedimento já instaurado. Mas se isso acontecer, questões referentes à integração da parte ao procedimento serão solucionadas depois de os julgadores decidirem se o não signatário possui ou não a qualidade de parte. Por esses motivos, e também por serem temas bastante complexos, merecedores de estudo a eles apenas voltados, essas questões não são objeto desta dissertação.

# PRIMEIRA PARTE

# PRESSUPOSTOS PARA A DETERMINAÇÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Qualquer estudo que tenha por objeto determinar os limites subjetivos da convenção de arbitragem deve, necessariamente, considerar determinados pressupostos. Em primeiro lugar, não se pode jamais esquecer que a arbitragem é, acima de tudo, uma forma consensual de resolução de controvérsias. Em segundo lugar, deve ser observado que a Lei de Arbitragem brasileira não exige que o consentimento das partes seja expresso. E, em terceiro lugar, é preciso saber que o não signatário será parte da convenção de arbitragem se com ela consentiu. Boa parte dos assuntos que permeiam os três pressupostos apresentados acima são clássicos quando se trata do estudo da arbitragem, havendo sobre eles vasta bibliografia. Dessa forma, esta primeira parte do trabalho será desenvolvida de maneira bastante objetiva. A proposta é que ela apresente as questões mais importantes e comuns às discussões desenvolvidas na segunda parte.

# I. CARÁTER CONSENSUAL DA ARBITRAGEM

Muito já se discutiu sobre a natureza jurídica da arbitragem. Anteriormente à Lei n. 9.307/96, a Lei de Arbitragem brasileira, adeptos de uma concepção privatista negavam à arbitragem caráter jurisdicional em decorrência da necessidade de homologação do laudo arbitral (como outrora era chamada a sentença arbitral) pelo poder judiciário. Essas discussões perderam a razão de ser com o advento da Lei de Arbitragem, que confere à sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença judicial. Atualmente, é possível afirmar que a arbitragem tem, sim, caráter jurisdicional[1].

Ocorre que, a despeito de seu caráter jurisdicional, é inegável que a opção válida pela arbitragem demanda, necessariamente, a existência de um negócio jurídico livremente pactuado pelas partes, sem o qual a jurisdição do árbitro sequer existiria. Esse negócio jurídico é a convenção de arbitragem que, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, pode assumir a forma de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral. A convenção vincula aqueles que com ela consentiram, obrigando-os a recorrer ao juízo arbitral na superveniência de litígios, e investe os árbitros de poderes para julgar as demandas por ela abrangidas, afastando a possibilidade de recurso ao poder judiciário[2].

Dessa forma, a arbitragem tem caráter jurisdicional, mas, ao mesmo tempo, origem contratual[3]. Por isso, a aplicação da convenção de arbitragem é limitada, de um

---

[1]CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 26. FURTADO, Paulo. *Juízo arbitral*. 2. ed. Salvador: Nova Alvorada Edições, 1995. p. 39-45.

[2]Ressalte-se que, antes da superveniência da Lei n. 9037/1996, a legislação brasileira não conferia à cláusula compromissória eficácia suficiente para, por si só, vincular os signatários. Apenas o compromisso arbitral era dotado dessa eficácia vinculante. Nos termos do regramento anterior à Lei de Arbitragem, portanto, as partes, mesmo tendo inserido cláusula compromissória no contrato, apenas afastavam definitivamente a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário após a superveniência do litígio, com a pactuação do compromisso arbitral. Isso retirava qualquer utilidade da pactuação de uma cláusula compromissória. Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96, cit., p. 4.

[3]"É de se ressaltar sempre que a justiça desempenhada pela arbitragem é originariamente uma justiça privada instituída pelos contratantes para excluir seus litígios da jurisdição pública. São eles, os contratantes, que afastam, nos termos do contrato, a função estatal e a substituem pela *jurisdicitio* de particulares que, nas circunstâncias negociais, assumem a missão de julgar." THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 373, out./dez. 2001. "Diz-se em doutrina arbitral que a arbitragem é convencional em sua fonte e jurisdicional em seu desenvolvimento. Portanto, por ser convencional na fonte, a arbitragem, dentro do escopo para esta definida (direitos patrimoniais disponíveis), funda-se na autonomia privada e se manifesta, primordialmente, pela celebração da convenção de arbitragem – cláusula compromissória ou compromisso, conforme seja o caso (...)". PINTO, José Emílio Nunes. Homologação de sentença estrangeira. Descabimento. Ausência de manifestação expressa da parte requerida para eleição do juízo arbitral. Ofensa a princípio de ordem pública. Inexistência de omissão e contradição. Correção de erro material. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 203, abr./jun. 2007. Ainda sobre o caráter jurisdicional e a origem contratual da arbitragem: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um

lado, ao negócio jurídico que motivou sua instituição e, de outro, às partes desse negócio jurídico, que consentiram com o afastamento da jurisdição estatal e com a submissão de eventuais conflitos decorrentes do negócio à arbitragem[4]. Dessa forma, a arbitragem tem como um de seus principais fundamentos o fato de ser consensual. Para que haja convenção de arbitragem válida, é imprescindível que as partes tenham com ela consentido[5].

O caráter consensual da arbitragem já foi, inclusive, objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (*STF*), quando do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7[6]. Naquela oportunidade, a suprema corte analisou a compatibilidade de determinados artigos da Lei de Arbitragem (mais especificamente, dos artigos 6º, § único, 7º, 41 e 42 da Lei de Arbitragem, que conferem exequibilidade à cláusula compromissória), com os princípios da universalidade e da inafastabilidade da jurisdição, previstos no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. A partir dessa

---

comentário à Lei 9.307/96, cit., p. 268. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 58-68. CHILLÓN MEDINA, José María; MERINO MERCHÁN, José F. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1978, p. 91-104. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 152-158.

[4]"Para a concretização da arbitragem é exigida uma convenção particular, pela qual as partes concordam em submeter a decisão do litígio a um árbitro. Observa-se, destarte, que a convenção de arbitragem é delimitada, sob o aspecto subjetivo, pelas pessoas que firmam a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral." CRUZ E TUCCI, José Rogério. G*arantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral*. Disponível em: <http://www.fiepr.org.br/caiep/uploadAddress/artigo-arbitragem-TUCCI 2006[35546][13121].pdf>. Acesso em: 02 out. 2012. "Em função dessa origem contratual, a jurisdição arbitral não pode alcançar quem não a convencionou. Configurando a arbitragem uma opção voluntárias das partes contratantes de afastar a jurisdição estatal – garantida a todos pela Constituição Federal – para se valerem de um método privado de solução de litígios, restaria inócua qualquer tentativa de se trazer à arbitragem, contra sua vontade e/ou contra a vontade de qualquer das partes, quem não participou do acerto contratual que originou essa verdadeira renúncia à jurisdição do Estado." GIUSTI, Gilberto. A arbitragem e as partes na arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 121-122, abr./jun. 2006.

[5]"(...) [A] correta identificação da vontade dos contratantes é de suma importância em matéria de arbitragem, na medida em que a liberdade contratual das partes de submeter – ou não! – suas disputas à solução arbitral é o pilar fundamental da instituição arbitral. O ordenamento jurídico brasileiro não admite arbitragens obrigatórias, de modo que é o consentimento das partes que cria a jurisdição dos árbitros. Sem ele, o julgamento torna-se ilegítimo, sujeitando a decisão nacional à anulação protagonizada ex art. 32 da Lei de Arbitragem; se estrangeira a decisão espúria, o Poder Judiciário brasileiro há de negar-lhe eficácia em território pátrio, recusando-lhe homologação." CARMONA, Carlos Alberto. Contrato de jointventure. Contratos-satélites que absorvem as previsões constantes do contrato-base. Revogação tácita e revogação expressa de cláusula compromissória. Propositura de demanda perante o poder judiciário brasileiro. Revogação parcial de cláusula compromissória. Manifestação de vontade no sentido de restringir os limites da cláusula compromissória. Autonomia da vontade das partes. Impossibilidade de homologar sentença arbitral estrangeira. Art. 38, II, da Lei de Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 19, p. 156, out./dez. 2008.

[6]AgRg na SE 5.206-7, DJU 19.12.2001 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 08 maio 2011).

análise, foi declarada a constitucionalidade dos referidos dispositivos e, consequentemente, da opção pela via arbitral[7].

Em outras palavras, foi reconhecida pelo STF a possibilidade de os particulares optarem por submeter ao juízo arbitral a solução de litígios derivados de uma determinada relação jurídica contratual, concernentes a direitos patrimoniais disponíveis[8]. O STF deixou claro, entretanto, que a manifestação de vontade das partes é fundamento do instituto da arbitragem, de forma que apenas na presença de consentimento é que será autorizado o afastamento da jurisdição estatal[9]. Em havendo consentimento, portanto, de acordo com o entendimento do STF, não há violação à garantia constitucional de acesso à justiça quando as partes optam por submeter seus litígios à instância arbitral[10].

Assim, é incontroverso que, para que seja plenamente válida e vincule os contratantes, a convenção de arbitragem deve decorrer da livre manifestação de vontade das partes. Na ausência de consentimento, a convenção de arbitragem deverá ser afastada, pois a ninguém deve ser imposto, contra a sua vontade, o dever de arbitrar. A existência de clara e inequívoca vontade das partes em se submeter à arbitragem é indispensável, sob pena de a sentença arbitral não ser reconhecida pela justiça estatal brasileira, em

---

[7]Para um comentário sobre a constitucionalidade dos referidos artigos da Lei de Arbitragem: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Da constitucionalidade dos artigos 6º, 7º, 41 e 42 da lei de arbitragem (9.307/96) – a questão da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 61-64, jun. 1998.

[8]O Ministro Nelson Jobim declarou, nesse sentido, que "(...) [o] art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sob esta perspectiva, impede o legislador de restringir o acesso à jurisdição, mas não impede os particulares de, por sua própria vontade, optarem por submeter ao juízo arbitral a solução de litígios derivados de uma determinada relação jurídica contratual, concernentes a direitos patrimoniais disponíveis."

[9]Bastante representativo do entendimento firmado pelo STF é o trecho a seguir reproduzido, destacado do voto-vista do Ministro Néri da Silveira: "(...) diante do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição, parece fora de dúvida que nem a cláusula compromissória nem o compromisso arbitral, enquanto modalidades de convenção de arbitragem, podem ser impostos pela lei, eis que conduzem a soluções de litígios subtraídas ao Poder Judiciário, o que, para tanto, há de resultar da expressa vontade das partes e jamais da imposição da lei. Com efeito, não caberá instaurar-se juízo arbitral senão com o consenso das partes no sentido de sujeitar o litígio à decisão definitiva de um juízo particular, extrajudicial, constituído pela vontade das partes interessadas e segundo a convenção celebrada. O instituto da arbitragem está, assim, baseado, fundamentalmente, na vontade das partes.".

[10]O STF se manifestou outras vezes a respeito do caráter consensual da arbitragem. O fez, por exemplo, SEC 6.753-7, j. 13.6.2002 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 08 maio 2011): "a convenção de arbitragem é a fonte ordinária do direito processual arbitral, espécie destinada à solução privada dos conflitos de interesses e que tem por fundamento maior a autonomia de vontade das partes. Estas, espontaneamente, optam em submeter os litígios existentes ou que venham a surgir nas relações negociais à decisão de um árbitro, dispondo da jurisdição estatal comum. Tal possibilidade, aplicável aos conflitos envolvendo interesses disponíveis, traduz-se, na realidade, em exclusão da jurisdição estatal. Deve, por isso mesmo, diante de sua excepcionalidade e importância, revestir-se de expressa e manifesta vontade dos contratantes, na forma do que estabelecem os artigos 4º, 5º e 6º da Lei de Arbitragem".

decorrência da violação dos princípios constitucionais do acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF).

O caráter consensual da arbitragem é o primeiro aspecto que deve ser considerado quando da análise dos limites subjetivos da convenção de arbitragem. O que determina a condição de parte é o consentimento. Por isso, o fato de um sujeito não ser um signatário, no sentido exato da expressão, não impede que seja parte, desde que com isso tenha consentido, mesmo que tacitamente. Em outras palavras, o não signatário poderá ser parte da convenção de arbitragem embora não tenha manifestado expressamente, por escrito, sua vontade de se vincular a ela, desde que o tenha feito por meio de atos e comportamentos que demonstrem de forma inequívoca o seu consentimento[11].

[11]"O consentimento reflete a intenção da parte na adoção da arbitragem para solucionar os conflitos que possam surgir de determinada relação ou negócio jurídico. O consentimento pode ser expresso ou tácito, e ainda, resultar na vinculação de terceiros formalmente desvinculados do contrato. (...) No âmbito da arbitragem, afirmam os estudiosos que o consentimento pode ser inferido, no caso concreto, por força de peculiaridades na atuação, postura, posição ou ação do terceiro frente ao negócio jurídico cujos termos e condições resultaram na disputa arbitral." BATISTA MARTINS, Pedro. Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista. Disponível em: <www.batistamartins.com/artigos/arbcapcon.htm>. Acesso em: 08 maio 2011.

## II. DESNECESSIDADE DE CONSENTIMENTO EXPRESSO

A fim de conferir maior segurança aos indivíduos e assegurar que a jurisdição estatal não será afastada com relação àqueles que com isso não consentiram, a Lei n. 9.307/96 exige, para que seja válida a convenção de arbitragem, que esta seja escrita. Nesse sentido, o §1º do art. 4º da referida lei estabelece que a cláusula compromissória, convenção por meio da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato, deve ser estipulada por escrito[12]. O art. 37, II, por sua vez, determina que a apresentação do original da convenção, ou cópia devidamente certificada, acompanhado de tradução oficial, é documento necessário que deve ser anexado ao pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira[13]. Os artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 9.307/1996, também em prol da segurança dos contratantes, estabelecem alguns requisitos para o compromisso arbitral, como a assinatura de duas testemunhas no caso do compromisso celebrado por escrito particular.

Note-se, entretanto, que a Lei de Arbitragem exige que a cláusula compromissória seja celebrada por escrito, mas não exige que seja, necessariamente, assinada pelas partes[14]. Essa conclusão é possível a partir da análise do §1º do art. 4º, em conjunto com outros dispositivos.

O §2º do mesmo art. 4º estabelece, para os casos em que o contrato que contém convenção de arbitragem seja de adesão, que esta convenção apenas terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar, de maneira expressa, com a sua instituição. Essa concordância, por sua vez, deve ser manifestada por escrito,

---

[12]"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. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira."

[13]"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."

[14]"A cláusula deve ser formulada por escrito, justamente, para permitir ao interessado o exercício de seus direitos de impor a instituição da arbitragem ao recalcitrante ou de afastar o juízo comum, quando violada a cláusula compromissória. Serve o escrito, pois, para que a cláusula possa exprimir todos os seus efeitos de direito. Deve, preferencialmente, estar assinada pelas partes contratantes. Entretanto, será válida mesmo se não for aposta a assinatura dos interessados no contrato, bastando para isso que se instrumentalize, de alguma forma, a concordância dos envolvidos." BATISTA MARTINS, Pedro. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 78.

com assinatura ou visto especialmente para esta cláusula[15]. Ora, se o legislador não fez tais exigências para os contratos em geral, que não se encaixam na categoria de contrato de adesão, é porque, à vista da experiência internacional sobre a matéria, entendeu que exigir assinatura ou visto específicos para a pactuação de toda e qualquer convenção de arbitragem não seria compatível com a aplicação do instituto no âmbito comercial, onde não há necessidade de proteger partes hipossuficientes[16].

Além disso, o §1º, *in fine*, do referido art. 4º, estabelece que a cláusula compromissória poderá estar inserta no próprio contrato ou em um documento apartado, que faça referência a ele. Em decorrência dessa autorização legal, tem-se admitido que a cláusula compromissória seja pactuada por meio de quaisquer documentos escritos, por exemplo, por meio de correspondências e documentos eletrônicos (*e-mail*). Para que seja válida a cláusula assim pactuada, a melhor doutrina declara que basta que seja comprovada a proposta de uma das partes no sentido de submeter eventuais litígios decorrentes do negócio à arbitragem e a aceitação das demais, ou seja, basta que fique clara a manifestação de consentimento das partes, por qualquer forma admitida em lei[17]. Dessa forma, a própria Lei de Arbitragem admite a existência de cláusulas compromissórias válidas e eficazes, mesmo que não estejam contidas nos contratos aos quais se referem e, portanto, mesmo que não exista consentimento expresso, por escrito (assinatura), com relação a elas[18].

---

[15]"Art. 4º, § 2º. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula".

[16]CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96, cit., p. 106.

[17]"Não poucos países permitem, para a cláusula compromissória, a forma epistolar, concretizando-se o negócio jurídico processual através da troca de fac-símiles, cartas ou telegramas. Nestes casos, há de ser apresentado o conjunto de documentos – todos eles traduzidos e consularizados – que denote aceitação pelas partes do pacto arbitral". CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96, cit., p. 105. "Em atenção à cultura em que imersa a arbitragem comercial internacional, portanto, a expressão acordo por escrito deve ser interpretada de forma abrangente, não adstrita apenas à convenção arbitral contida em instrumento contratual assinado por ambas as partes. (...) O importante, a fim de que se tenha por preenchido o requisito do acordo por escrito, de que fala o art. II, é a existência de clara e livre manifestação de vontade das partes no sentido de submeterem-se à arbitragem, demonstrável por meio de documentos – ainda que desprovidos da assinatura dos convenentes." ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 143. No mesmo sentido: CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado geral da arbitragem*, cit., p. 217.

[18]"Quanto ao requisito da forma, a lei civil prescreve que os negócios jurídicos devem ter forma prescrita ou não defesa em lei. A regra geral é de que podem ser livremente celebrados (art. 107), sendo que apenas para poucos e determinados negócios jurídicos a lei impõe a adoção de forma específica, como requisito de validade do ato. (...) De outro lado, vige a regra geral da ausência de forma específica, autorizando-se inclusive que contratos sejam celebrados verbalmente, sem qualquer problema quanto à sua eficácia (ainda que tais contratos tragam dificuldades potenciais quanto à prova da sua realização). A convenção de arbitragem encontra-se em situação intermediária, pois, ao mesmo tempo em que a lei exige forma escrita, não impõe quaisquer outros requisitos ou formalidades, nem mesmo exige que a convenção seja inserida necessariamente no mesmo contrato." APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 116, p. 181, 2012.

Note-se que também no cenário internacional foi reconhecida a necessidade de ampliar o conceito de *acordo escrito* contido no artigo II da Convenção de Nova Iorque (*CNY*)[19], visando adequá-lo à realidade do comércio internacional. Aliás, foi com esse escopo que a Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional do Comércio – UNCITRAL[20] aprovou, em 2006, resolução a respeito da interpretação do referido artigo[21] e alterou a redação de sua Lei Modelo para Arbitragem Comercial Internacional. A partir de então, a Lei Modelo passou a dispor que se considera convenção de arbitragem escrita: (i) aquela contida em quaisquer comunicações eletrônicas, conferindo à expressão *comunicações eletrônicas* uma extensão ampla, para abranger *e-mails*, telegramas, fax, entre outros; (ii) aquela declarada em peças processuais, cuja existência não é contestada pela parte contrária; (iii) aquela celebrada por referência; e (vi), mais importante para o que ora se discute, aquela cujo conteúdo está registrado por qualquer meio, independentemente da forma como foi pactuada, admitindo-se o consentimento tácito em decorrência da conduta das partes *([a]n 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*).[22]

---

[19]Convenção de Nova Iorque sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, incorporada pelo direito brasileiro por meio do Decreto n. 4.311/02. Referido dispositivo dispõe: "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." UNCITRAL. Convention on the Recoginition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Disponível em <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html>.

[20]UNCITRAL - United Nations Comission on International Trade Law.

[21]UNCITRAL. General Assembly resolution 61/33 (2006). Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/a61-33-e.pdf>.

[22]O texto integral da Lei Modelo da Uncitral está disponível em 1985 - UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>. Acesso em: 27 set. 2012. É o seguinte o texto integral do artigo 7: "Article 7. Definition and form of arbitration agreement (As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006). (1) *Arbitration agreement* is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement. (2) The arbitration agreement shall be in writing. (3) 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. (4) 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. (5) Furthermore, an arbitration agreement is in writing if it is contained in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other. (6) The reference in a contract to any document

Assim, nos termos da disciplina da Lei de Arbitragem, principalmente em decorrência da regra estatuída pelo §1º do art. 4º, em sua parte final, a expressão *por escrito* deve ser entendida simplesmente como qualquer configuração que estabeleça um registro da convenção de arbitragem[23]. O consentimento das partes com relação à convenção, por sua vez, não precisa ser expresso, por escrito. Isso significa, em última análise, que não signatários poderão ser partes da convenção estipulada por escrito desde que consintam com ela por qualquer forma admitida em nosso ordenamento jurídico: expressamente (por escrito ou verbalmente), ou tacitamente (quando seu comportamento importar em concordância ou anuência)[24]. Essa é a interpretação da Lei de Arbitragem mais condizente com o desenvolvimento do instituto e sua crescente utilização[25].

---

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." Sobre a tendência internacional de interpretar a expressão *agreement in writing* de maneira mais ampla: MUNIZ, Joaquim de Paiva; PRADO, Maria da Graça Almeida. Agreement in writing e requisitos formais da cláusula de arbitragem: nova realidade, velhos paradigmas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 26, p. 59-75, jul./set. 2010.

[23]"La regla general del derecho civil es que cuando se exija la forma escrita en un contrato, los documentos correspondientes deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. El Nuevo Texto establece que ello no tiene que tener lugar. Tan sólo tiene que existir un registro del acuerdo arbitral". GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria del consensualismo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 12, p. 82, out./dez. 2006.

[24]"Tratando-se de ato jurídico [a cláusula compromissória], sua existência depende de manifestação de vontade. A vontade, como ocorre em qualquer ato jurídico, tem de se manifestar de maneira a não deixar dúvidas quanto à sua existência, seja implícita ou explicitamente e, deve estar formulada segundo disponha a lei. (...) O ensinamento de Clóvis Bevilacqua nos seus *Comentários ao Código Civil*, ainda é atual e de valor: 'O modo pelo qual se manifestam as partes não tem forma rigorosa, em geral. Qualquer que seja a forma, o contrato gera obrigações, salvo se a lei exige forma especial, ou as partes convencionaram estabelecê-la. É o que nos diz o art. 1079. *A manifestação da vontade pode ser tácita, quando a lei não exige que seja expressa*. A expressa poderá constar de algum escrito, de palavra ou de gesto. Qualquer, porém, que seja o modo de manifestar a vontade, nos contratos, deve ser inequívoco. O consentimento não se presume. É tácito, quando se induz claramente, de atos, que não seriam praticados, sem o ânimo de aceitar a situação criada pelo contrato.'" BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 117. "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." RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 121.

[25]"A cláusula arbitral, obrigatoriamente escrita, pode abranger quem não foi signatário. Isso ocorre em virtude de um consentimento tácito da pessoa em questão, o qual indica sua inequívoca adesão à cláusula. Esse tipo de consentimento (tácito) decorre de atos do sujeito os quais indicam a sua adesão ao contrato que contém a cláusula, ou que indicam a aceitação da obrigação de arbitrar. É um exemplo alguém intervir espontaneamente num procedimento arbitral." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*, cit., p. 118. "A aceitação da cláusula compromissória não deve, portanto, ser necessariamente demonstrado (*sic*) pela assinatura das partes. A prova da sua existência pode se dar (...) por meio do exame da conduta das partes em todas as etapas da relação contratual, isto é, no momento da negociação, celebração e execução do contrato, ou, ainda, na própria arbitragem." WALD, Arnoldo; GALÍNDEZ, Valéria. Jurisprudência comentada. Caso Trelleborg. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 10, p. 245, jul./set. 2006. Ainda sobre a desnecessidade de consentimento expresso para a validade da convenção de arbitragem: BATISTA MARTINS, Pedro. Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista, cit.; LIMA, Flávio Pereira; MIRANDA, Daniel Calhman. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito brasileiro. In: MATTOS FILHO;

De forma a atender às necessidades práticas daqueles que se valem da arbitragem para resolução de controvérsias, tanto o STF quanto o Superior Tribunal de Justiça (*STJ*) já se posicionaram no sentido de não ser necessário consentimento expresso das partes para que uma convenção de arbitragem seja válida. A ausência de assinatura é irrelevante diante da existência de consentimento, mesmo que manifestado de maneira tácita. Nesse sentido, referidos tribunais já declararam que determinada parte consente com a convenção de arbitragem sempre que tenha participado ativamente do procedimento arbitral, sem apresentar qualquer resistência à competência dos árbitros no momento adequado (qual seja, na primeira oportunidade de fazê-lo). Objeções tardias à convenção e à competência do tribunal arbitral apresentadas pela parte sucumbente em ação de anulação de sentença arbitral ou nos autos de requerimento de homologação de sentença arbitral estrangeira não devem produzir nenhum efeito.

A título de exemplo, pode ser mencionada a SEC 856/EX[26]. Nesse caso, o STJ deferiu, por unanimidade, a homologação da sentença estrangeira, declarando a aceitação tácita da convenção de arbitragem, mesmo diante de situação em que, no entendimento do tribunal, não havia sequer cláusula compromissória nos contratos firmados entre as partes (que tampouco haviam sido assinados)[27]. O STJ declarou que é prática no comércio internacional a submissão de litígios à arbitragem, prática esta que *deve ser sempre relevada*, e que, nesse contexto, o parcial cumprimento do contrato, a apresentação de

---

VEIGA FILHO; MARREY JR.; QUIROGA (Coords.). *Arbitragem no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Impressão Régia, 2010. p. 19; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. The Agreement to Arbitrate. In: BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 85-161.

[26]Caso L'Aiglon, DJ 27.6.2005, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 maio 2011). Sobre o caso, vide trabalho forense publicado na Revista de Arbitragem e Mediação: FIGUEIREDO, Lúcia Maria de. Homologação de sentença arbitral estrangeira – cláusula compromissória cheia – contrato não assinado – desnecessidade de concordância expressa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 6, p. 315-320, jul./set. 2005. A autora afirma que "[n]o mais, a Lei 9.307/96 não exige em momento algum a assinatura das partes como pressuposto de validade da cláusula compromissória, exigindo, tão somente, que seja estipulada expressamente por escrito." Vide também WALD, Arnoldo; GALINDEZ, Valeria. Homologação de sentença arbitral estrangeira. Contrato não assinado. Desnecessidade de concordância expressa com a cláusula compromissória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 6, p. 238-245, jul./set. 2005.

[27]O acórdão é assim ementado: "Sentença arbitral estrangeira. Cláusula compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos. 1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória. 2. Descabe examinar o mérito da sentença estrangeira no presente requerimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Homologação deferida."

defesa e a ausência de impugnação à competência do tribunal arbitral em momento oportuno deveriam ser entendidos como consentimento tácito[28-29].

Outro caso a ser mencionado é a SEC 866-EX[30]. Neste caso, o contrato havia sido celebrado verbalmente pelas partes e não havia outros documentos referentes ao caso contendo ou fazendo referência à convenção de arbitragem, o que, a princípio, torna o precedente parecido com aquele da SEC 856/EX. Mas, diferentemente do que ocorreu na SEC 856/EX, a parte que contestava a convenção havia, desde o início, se oposto à jurisdição do tribunal arbitral. Diante desse cenário, o STJ denegou o pedido de homologação, declarando o entendimento da corte no sentido de que *a participação de empresa requerida no processo arbitral implica aceitação da convenção de arbitragem, desde que esta não apresente impugnação sobre a ausência de cláusula compromissória*. Ressalte-se que o entendimento do STJ é totalmente condizente com entendimento anterior do STF, manifestado na SEC 6.753-7, antes de ser transferida para o STJ a competência para homologação de sentenças arbitrais estrangeiras (art. 105, I, "i" da CF)[31]

---

[28]"Ora, sabido que no comércio internacional a prática é a de submeter os conflitos decorrentes da execução dos contratos ao regime da arbitragem, sendo certo que, no caso da compra e venda de algodão, a Liverpool Cotton Association, Ltd. é entidade própria, com tradição em arbitragem nesse mercado especializado. Se o contrato foi parcialmente cumprido, se dos autos consta a indicação precisa de que a parte requerida efetivamente manifestou defesa sobre o mérito da controvérsia, sem impugnar a instauração do Juízo arbitral, não me parece razoável acatar a impugnação apresentada na contestação. Ademais, se a empresa requerida, tomando conhecimento da instauração do Juízo arbitral, não apresentou impugnação sobre a ausência da convenção arbitral, mas, ao contrário, apresentou sua defesa, não se pode negar que houve o reconhecimento da cláusula arbitral. 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 a participação da empresa requerida no processo, de acordo com carta que ela própria remeteu contendo suas razões de mérito para defender-se."

[29]A decisão do STJ é resumida de maneira bastante clara por José Emílio Nunes Pinto: "Se, no julgamento da SEC 856, o Superior Tribunal de Justiça veio a conceder o exequatur, fê-lo em razão de ter sido sobejamente demonstrado, no juízo de homologação, que, a despeito da inexistência de adesão por Têxtil União à cláusula compromissória, esta aderiu voluntariamente ao procedimento arbitral, tendo praticado todos os atos nele previstos e, sobretudo, por jamais haver apresentado exceção de incompetência do tribunal arbitral formado. Dessa forma, diante de prova de manifestação inequívoca de vontade de Têxtil União de participar do procedimento, o Superior Tribunal de Justiça veio a homologar a sentença arbitral, entendendo que *tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória*". PINTO, José Emílio Nunes. Homologação de sentença estrangeira. Descabimento. Ausência de manifestação expressa da parte requerida para eleição do juízo arbitral. Ofensa a princípio de ordem pública. Inexistência de omissão e contradição. Correção de erro material, cit., p. 202.

[30]Caso Oleaginosa Moreno, DJ 16.10.2006, de relatoria do Ministro Félix Fischer (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 maio 2011).

[31]SEC 6.753-7, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, j. 13.6.2002 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 08 maio 2011). Nesse caso a homologação foi denegada pelo SFT, pois, conforme consta do acórdão, além de a parte ter contestado, desde o início, a competência do tribunal arbitral, não havia nos autos qualquer prova da celebração da convenção de arbitragem. Nos termos do relato do Supremo, não havia nos contratos apresentados pela parte que requereu a homologação

Com isso, fica bastante claro o posicionamento dos nossos tribunais superiores no sentido de privilegiar a arbitragem sempre que da conduta das partes seja possível concluir que houve consentimento, o que não ocorre quando a parte objeta, desde o início, à competência dos árbitros para decidir o litígio. Esta posição é coerente com o nosso ordenamento jurídico na medida em que privilegia o princípio da eventualidade da defesa. Mesmo a parte que contesta a competência dos árbitros preserva o direito de se defender das acusações a ela dirigidas, não podendo o exercício desse direito implicar na conclusão de que anuiu com a convenção de arbitragem[33]. Configurar-se-ia situação diferente caso a parte que contesta a jurisdição arbitral apresentasse pedidos contrapostos ou reconvenção. Nesse caso, haveria um posicionamento contraditório que autorizaria o reconhecimento do consentimento, em decorrência das demandas apresentadas perante o juízo arbitral[34].

Diante desses julgados, que constituíram paradigmas para os julgados posteriores, percebe-se que os nossos tribunais superiores não consideram o consentimento expresso, por escrito, necessário para que a convenção de arbitragem seja perfeitamente válida e eficaz. Deve ser privilegiado o consentimento manifestado pelas partes por meio de seus atos até mesmo diante de ausência de cláusula compromissória escrita, se assim permitirem as circunstâncias do caso concreto (na SEC 856/EX o tribunal concluiu que não havia cláusula compromissória, o que não impediu os julgadores de declararem a

---

disposição elegendo a arbitragem como forma de resolução dos litígios deles decorrentes e tampouco foi possível deduzir de outros documentos relacionados ao caso ou da conduta da parte brasileira, em face da qual foi ajuizado o pedido de homologação, que esta teria concordado com a submissão do litígio à arbitragem. Por isso, a apresentação de defesa na arbitragem pela parte brasileira não era suficiente para concluir pelo seu consentimento. Para um comentário sobre o julgado, vide: GALÍNDEZ, Valéria. Sentença arbitral estrangeira. Inexistência de convenção de arbitragem. Incompetência do juízo prolator da sentença. Ofensa à ordem pública nacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 18, p. 359-376.

O caso foi reapresentado pela parte interessada ao STJ, que manteve o mesmo entendimento na SEC 967, de relatoria do Ministro José Delgado, DJ 20.6.2006 (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 maio 2011). Sobre a SEC 967, importante destacar o parecer do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, que opinou pela possibilidade de homologação da sentença estrangeira: ALMEIDA, Edson Oliveira de. Cláusula compromissória inserida em contrato não assinado pelas partes. Validade. Inexistência de exigência legal. Comprovação do consentimento incondicional da parte requerida com o contratado. Prática internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 241-245, jan./mar. 2006.

[33]Nesse sentido, dispõe o art. 20 da Lei n. 9.307/1996: "Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. (...) § 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei."

[34]PINTO, José Emílio Nunes. Homologação de sentença estrangeira. Descabimento. Ausência de manifestação expressa da parte requerida para eleição do juízo arbitral. Ofensa a princípio de ordem pública. Inexistência de omissão e contradição. Correção de erro material, cit., p. 205.

existência de consentimento[35]). Ao integrar o procedimento arbitral sem contestar a competência dos árbitros para julgar o litígio, a parte infunde na outra uma certeza de que não haverá contestação da decisão do tribunal arbitral. Se houver, haverá comportamento contraditório, o que deve ser repelido pelo poder judiciário. O comportamento das partes deve ser pautado pela boa-fé objetiva, princípio geral de direito com aplicação direta às relações contratuais[36].

Note-se que, em decorrência do caráter consensual da arbitragem, não basta o consentimento do não signatário. É preciso consentimento de todos os envolvidos, ou seja, que cada parte tenha consentido em submeter seus litígios com a outra à via arbitral. Ou seja, para que o não signatário seja parte é imprescindível que exista consentimento também da parte contrária nesse sentido, já que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico bilateral. Assim como o consentimento do não signatário, o consentimento da parte poderá ser manifestado expressa ou tacitamente. Nos julgados nacionais mencionados acima, a existência de consentimento de ambas as partes é incontroversa diante da existência de ação judicial visando à execução da sentença arbitral (o consentimento do não signatário foi aferido em decorrência de seu comportamento e o da parte contrária com o ajuizamento da demanda).

Também no cenário internacional tem-se entendido que, a partir do comportamento da parte, que participa voluntariamente do procedimento arbitral sem manifestar – nem antes nem durante o mesmo – objeção alguma à convenção, é possível concluir pela existência de uma clara intenção de submeter a disputa à arbitragem. Dessa

---

[35]"No caso concreto, a requerente juntou os contratos nºs 4447.00 (fls. 18 a 22) e 5158.01 (fls. 25 a 29), não assinados pela ora requerida, Têxtil União S.A., e nos quais constam, apenas, "Normas & Arbitragem – The Liverpool Cotton Association, Ltd" (fls. 21 e 28). Nada mais foi acostado aos autos a respeito dos termos da arbitragem, aí incluído os limites e regras para efetivação da cláusula compromissória."

[36]"A expressão boa-fé indica, fundamentalmente, um posicionamento psicológico. Tata-se de um estado mental direcionador da conduta. Quando se diz que alguém agiu de boa-fé, sabemos intuitivamente que a pessoa agiu sem a intenção de causar dano ou desconforto a outrem. Ou agiu tomando como pressuposto que o outro também não lhe causaria dano ou desconforto. Trata-se de uma conduta psicologicamente motivada e que se inclina em determinada direção, no campo da confiança. A boa-fé é uma qualidade da motivação no agir. É o agir sem a intenção preestabelecida de fazer ao outro algo que o outro não deseja sofrer. (...) O fato é que o Direito atual reconhece a boa-fé como um elemento fundamental das relações jurídicas. Não se trata de um elemento acessório. Trata-se de elemento essencial tanto na constituição quanto na interpretação do negócio jurídico. (...) [A] liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade." MORI, Celso Cintra. A boa-fé no direito civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 116, p. 53-57, 2002. Ainda sobre a probidade, boa-fé e lealdade na arbitragem vide: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Doze anos da lei de arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional*: 12 anos da Lei 9.307 de 1996. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 28-32. PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 4, p. 34-47, 2004.

forma, mesmo diante da ausência de consentimento expresso, ou seja, mesmo diante da ausência de assinatura, o não signatário será parte se sua conduta indicar que assumiu a obrigação de arbitrar. Daí a expressão usualmente utilizada para se referir a esse tipo de situação: *assumption of consent by conduct*[37].

Portanto, a convenção de arbitragem prescinde de consentimento expresso por escrito das partes, ou seja, de assinatura, para ser válida, para vincular as partes e para afastar a jurisdição estatal para a resolução dos litígios abrangidos em seu escopo. Esse entendimento pode ser considerado pacificado entre nós, nos termos da jurisprudência do STF e do STJ. O consentimento é pressuposto fundamental da arbitragem, mas pode ser tácito, e aferido de forma inequívoca a partir da conduta das partes. Consequentemente, um não signatário, entendendo-se por não signatário aquele que não consentiu por meio de sua assinatura, será parte desde que este tenha manifestado consentimento por qualquer forma admitida pelo nosso ordenamento. Foi exatamente essa a solução abraçada nos julgados mencionados. Note-se que, muito embora tenha sido objeto de análise a conduta das partes após a instauração do procedimento arbitral, nada impede que o mesmo entendimento seja aplicado a casos em que o consentimento é manifestado no curso do relacionamento das partes e da execução do contrato, conforme tem sido feito recorrentemente no cenário internacional[38].

---

[37]Nesse sentido foi decidido o caso *Thomson-CSF, SA v. American Arbitration Association* (64 F.3d 773; 1995 U.S. App. LEXIS 24146. LexisNexis Academic. Web. Date Accessed: 2012/01/17): "in the absence of a signature, a party may be bound by an arbitration clause if its subsequent conduct indicates that it is assuming the obligation to arbitrate." BORN, Gary. *International commercial arbitration*: commentary and materials. Deventer: Kluwer Law International, 2001; HOSKING, James M. The third party non-signatory's ability to compel international comercial arbitration: doing justice without destroying consent. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, v. 4, p. 469-587, 2003-2004. E também o caso *Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc.* (933 F.2d 1100; 1991 U.S. App. LEXIS 10445; 137 L.R.R.M. 2534; 118 Lab. Cas. (CCH) P10,750. LexisNexis Academic. Web. Date Accessed: 2012/01/17). EISEN, Charles Lee. What arbitration agreement? Compelling non-signatories to arbitrate. *Dispute Resolution Journal American Arbitration Association*, v. 56, p. 40-45, May/July 2001. HOSKING, James M. Non-signatories and international arbitration in the United States: the quest for consent. *Arbitration International*, Kluwer Law International, v. 20, n. 3, p. 289-303, 2004. HUI, Alexandra Anne. Equitable estoppel and the compulsion of arbitration. *Vanderbilt Law Review*, v. 60, p. 722, 2007.

[38]"Como se ha dicho, el carácter voluntario del arbitraje impide que alguien sea obligado a someterse a la jurisdicción de los árbitros si no ha prestado su consentimiento para ello. La línea de pensamiento que ha ido desarrollándose en el derecho comparado no reniega de ese principio. Más bien lo ratifica. En lo que esta interpretación puede considerarse *innovadora* es en hacer flexible la parte formal del principio: a la vista de ciertas circunstancias de hecho particulares priorizando el fondo, la realidad, por sobre la forma o la mera apariencia, considera que la firma puesta en el instrumento no es la única forma de prestar el consentimiento para someterse a arbitraje. Estas doctrinas, en definitiva, permiten concluir que ha existido conformidad respecto del arbitraje, que se há consentido en él, dadas ciertas conductas o situaciones de hecho, aun en ausência de una expresa y formal aceptación." CAIVANO, Roque J. *Arbitraje y grupos de sociedades: extensión de losefectos de unacuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*. Arbitration, Lima, n. 1, 2006, p. 160-161.

# III. DISTINÇÃO ENTRE PARTES NÃO SIGNATÁRIAS E TERCEIROS

A complexidade das relações jurídicas no plano do direito material invariavelmente reflete no direito processual. Por vezes, a tutela obtida por meio de uma sentença de mérito acaba por atingir a esfera de interesses de outrem, terceiro à relação jurídico-processual da qual se originou a decisão. É claro que a sentença apenas faz coisa julgada entre as partes do processo e que, portanto, não prejudicará eventuais direitos de terceiro, a quem sempre será admitido discutir o direito de que é titular em ação autônoma[39]. Todavia, pode ser conveniente a intervenção imediata do terceiro no processo pendente[40]. Daí a disciplina, pelo Código de Processo Civil (*CPC*), de diversas modalidades de intervenção de terceiros[41].

A intervenção de terceiros privilegia a economia processual e a segurança jurídica, possibilitando a solução de questões sem que haja a necessidade de se iniciar um novo processo e evitando, a depender do caso, a superveniência de decisões contraditórias. Por isso é que foi iniciado um debate a respeito da necessidade/possibilidade de admitir a intervenção de terceiros no procedimento arbitral[42]. A doutrina estrangeira utiliza as

---

[39]"A sentença na causa entre as partes não o atingiria [o terceiro] nos seus efeitos, porquanto a sentença faz coisa julgada entre as partes, não em relação a terceiros: *res inter alios iudicata aliis nec prodest, nec nocet*". SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 2, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 42.

[40]"[De fato (por um motivo econômico, digamos) pode convir ao terceiro uma imediata afirmativa de suas pretensões sobre a coisa ou o direito controvertidos entre autor e réu; e também pode ser-lhe conveniente, de jure, agir, sem mais delongas, para interromper, por exemplo, o prazo de prescrição de seu alegado direito." CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 87.

[41]Para o tema intervenção de terceiros no processo civil: ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O conceito de terceiro no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 99, p. 849-886, jan./dez. 2004. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Arts. 1º a 153. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 234 e ses. BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 219 e seguintes. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* 6. ed. São Paulo, Malheiros Ed., 2009. v. 2., p. 390 e seguintes. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

[42]"A utilização cada vez mais frequente da arbitragem acaba provocando a necessidade de solucionar problemas que o legislador mal intuía no início dos anos 1990, quando o anteprojeto da Lei 9.307/96 foi redigido. A intervenção de terceiros na arbitragem é um destes problemas, e apresenta múltiplas facetas. De um lado, é preciso equacionar as hipóteses de necessidade de integração do contraditório (litisconsórcio necessário); de outro, é preciso verificar como – e até que ponto – se pode permitir a intervenção de terceiros provocada por alguma das partes; por último, faz-se mister compreender como o processo arbitral reage à intervenção voluntária de terceiros." CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96, cit., p. 303-310.

expressões *joinder*[43] ou *third-party intervention* para designar as situações em que um terceiro é integrado (*joind*) ao procedimento arbitral pendente. Trata-se de questão bastante delicada, cujo estudo começa a ser aprofundado no cenário nacional[44].

A admissibilidade de intervenção de terceiros na arbitragem é controversa. O terceiro é um sujeito que não consentiu, de qualquer forma, expressa ou tacitamente, com a convenção. Em decorrência da ausência de consentimento, a integração de terceiros ao procedimento arbitral, em regra, não será possível. Se a participação do terceiro for imprescindível ao desenvolvimento do procedimento, este deverá ser extinto pelo árbitro[45]. A intervenção do terceiro na arbitragem apenas será possível a título de exceção, se com isso consentirem todos, terceiros, partes e árbitros, no momento em que se pleitear a intervenção.

Por outro lado, aqueles que consentem com a convenção de arbitragem são partes. Daí a impropriedade da expressão *extensão dos efeitos da convenção de arbitragem*

---

[43]"The term joinder is commonly used in the context of multi-party arbitration. In more recent literature, the term is limited to situations where a third party is asked to join an already pending arbitral proceeding. More precisely, the term joinder (...) covers a situation where a notice of arbitration, which determined the *original* parties to the arbitration, has already been filed. A request for joinder exists when the respondent wants to file a counterclaim either against the claimant and a third party, or solely against a third party (counterclaim or a claim against a third party). A joinder can also cover a situation in which the claimant decides at a later stage of the proceedings that a third party should become an additional respondent. A joinder is primarily a procedural issue and deals with the question of who can participate in a given arbitration. It does not, per se, provide for any answers to the separate issue of whether or not there is a valid arbitration agreement." VOSER, Nathalie. Multi-party disputes and joinder of third parties. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *International council for commercial arbitration congress series n. 14 – 50 years of the New York Convention*. The Hague: Kluwer Law International, 2009. p. 346-347.

[44]Trabalho completo a respeito do assunto foi redigido por Nathália Mazzonetto (*Partes e terceiros na arbitragem.* 2012. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012). Da mesma autora: MAZZONETTO, Nathália. Uma análise comparativa da intervenção de terceiros na arbitragem sob a ótica dos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 14, p. 44-59, abr./jun. 2007.

[45]"[S]endo imprescindível a presença na arbitragem de um terceiro que não firmou o compromisso ou que não celebrou o contrato em que se insere a cláusula compromissória, já se sabe que o processo arbitral não pode prosseguir, devendo ser providenciado o envolvimento do terceiro sob pena de o árbitro ter que extinguir o processo arbitral sem julgar o mérito." CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96, cit., p. 304. "Pouco importa, portanto, seja necessário ou facultativo o litisconsórcio. Sua formação só será admissível, de forma cogente, entre os que celebraram a convenção arbitral. Assim, se todos os que devem ser litisconsortes são aderentes à convenção arbitral, tudo se desenvolverá naturalmente dentro da força contratual. Se, contudo, o terceiro, que se deseja incluir no processo, não firmou o ajuste, sua inserção no litisconsórcio, ainda que necessário, somente se tornará possível se ele consentir em aderir ao compromisso. Havendo, pois, recusa de sua parte, o árbitro não terá força para submetê-lo à relação processual. Se o caso for de litisconsórcio facultativo, o procedimento da arbitragem terá de prosseguir só com as partes vinculadas à convenção arbitral. Se for necessário o litisconsórcio, *só restará ao árbitro encerrar o procedimento sem julgamento de mérito, por falta de integração da convenção de arbitragem*. Proferirá sentença terminativa na esfera arbitral, para que a lide possa ser resolvida pelo Poder Judiciário." THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 357-386, out./dez. 2001.

*a terceiros não signatários*[46]. A determinação dos limites subjetivos não tem como escopo estender – no sentido de ampliar – o alcance da convenção de arbitragem a um terceiro, mas determinar a sua extensão – como sinônimo de abrangência[47]. Por isso, a eventual integração de partes não signatárias ao procedimento arbitral pendente não constitui intervenção de terceiro. Os árbitros apreciarão requerimentos nesse sentido à luz de aspectos do caso concreto, verificando a pertinência, a necessidade e a utilidade da medida[48]. Isto, é claro, desde que tenham analisado a questão e decidido que os não signatários são, de fato, partes[49-50]. Ressalte-se, entretanto, que diferentemente do que ocorre nos casos de intervenção de terceiros, a determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem não demanda necessariamente uma relação multipartes ou um processo pendente. Pode ser necessária no âmbito de uma relação bilateral, como, aliás, foi o caso dos julgados mencionados anteriormente.

Dessa forma, a problemática da intervenção de terceiros no procedimento arbitral não se confunde com a determinação dos limites subjetivos da convenção de

---

[46]Não obstante, tal expressão é bastante utilizada pela doutrina. A título de exemplo, menciona-se: BATISTA MARTINS, Pedro. Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista, cit. ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. *Os terceiros em relação à convenção de arbitragem:* tentativa de sistematização sob a perspectiva do direito privado brasileiro. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 67.

[47]CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 358, jul./set. 2003. JABARDO, Cristina Saiz. *Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional*: o caso dos grupos societários. 2009. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 69-71.

[48]"There is no doubt that a tribunal taking into account *all circumstances* deemed relevant and applicable will certainly consider the stage the proceedings have reached as well as the intensity of the relationship of the third party and the object of the contract, and the links between the already pending claim(s) and the claim(s) made against the third party. The type of procedure and the substantive law applicable to the various claims will also be relevant. It is important to remember that the decision to cause a third party to join the arbitral proceedings (with or without consent) remains at the discretion of the tribunal." BAMFORTH, Richard. MAIDMENT, Katerina. "All join in" or not? How well does international arbitration cater for disputes involving multiple parties or related claims? *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, v. 27, n. 1, p. 13, 2009.

[49]"Arbitral proceedings, whatever institutional rules or national law applies to them, are simply the implementation of a contract, namely the arbitration agreement. One party to the arbitral proceedings, claimant or defendant, is always entitled to request other parties to participate in the proceedings, as long as it can prove that they are indeed parties, not to the proceedings, but to the arbitration agreement. Either there is agreement on the parties to the arbitration agreement and there will be no disagreement on the parties to the arbitration. Or there is no agreement on the determination of the parties to the arbitration agreement: it will be for the arbitral tribunal to decide upon this difficulty." HANOTIAU, Bernard. Complex–multicontract - multiparty–arbitrations. *Arbitration International*, Kluwer Law International, v. 14, n. 4, p. 369-394, 1998.

[50]"Thus, the threshold question should not be whether the parties or the third party agree to the joinder, but whether they have agreed to arbitrate. This means that if there were objections to the joinder, either from one of the parties or from the third party sought to be joined, the arbitrators would have to decide the core issue of whether the third party is a party to the arbitration agreement." ROOS, Cristián Conejero. Multi-party arbitration and rule making: same issues, contrasting approaches. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *International council for commercial arbitration congress series n. 14 – 50 years of the New York Convention*. The Hague: Kluwer Law International, 2009. p. 429-430.

arbitragem. A parte não signatária, mesmo que fique de fora do procedimento, poderá ser a ele integrada sem que exista qualquer violação da autonomia da vontade.

# SEGUNDA PARTE

# DETERMINAÇÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A crescente complexidade e o dinamismo dos negócios jurídicos fazem com que, muito frequentemente, os julgadores tenham que identificar as partes de uma convenção de arbitragem. Nem sempre serão partes somente aqueles que dela foram signatários. Poderão ser partes sujeitos que com ela consentiram apenas tacitamente. Para determinar os limites subjetivos da convenção de arbitragem os julgadores não poderão se furtar de analisar determinados aspectos do caso concreto, em prol de apurar o consentimento dos envolvidos. Mas poderão se valer da experiência decorrente da prática arbitral, da qual resultaram determinadas regras que podem subsidiá-los nessa tarefa.

# I. GRUPOS DE SOCIEDADES

## 1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA

Muitos dos contratos celebrados no cenário nacional e internacional contam com a participação de sociedades pertencentes a um grupo, forma de organização societária que cresce, a cada dia, em número e complexidade. Não raro, várias sociedades integrantes de um grupo tomam parte da negociação e execução de determinado contrato que, não obstante, é firmado por apenas uma delas, seja por motivos financeiros, tributários ou comerciais. É possível, ainda, que o contrato em questão seja firmado por uma sociedade que sequer participou da sua negociação e que não participará de sua execução. Ou seja, quando um dos polos do contrato é ocupado por uma sociedade pertencente a um grupo, nem sempre haverá identidade entre a sociedade ou sociedades signatárias do contrato e aquelas que o executaram. E isso sem que se possa identificar, nessa forma de atuação das sociedades integrantes do grupo, um viés fraudulento[51].

Ao mesmo tempo, é cada vez mais frequente a opção feita pelas partes de submeter eventuais litígios surgidos entre elas à arbitragem. A arbitragem apresenta-se hoje como meio mais adequado à solução de controvérsias no âmbito comercial e empresarial, ao oferecer vantagens não proporcionadas aos litigantes pelo poder judiciário, como especialidade, sigilo e celeridade, entre outras[52]. Alguns doutrinadores chegam a afirmar que constitui uma visão obsoleta considerar que as convenções de arbitragem devem ser interpretadas restritivamente por afastar a jurisdição estatal, ou seja, por afastar

---

[51]CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 351. JABARDO, Cristina Saiz. *Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional*: o caso dos grupos societários, cit., p. 28.

[52]"Rapidez, economia e segredo: eis os três motivos que levariam o litigante a utilizar o juízo arbitral ao invés do recurso ao juiz togado, segundo parcela considerável da doutrina. (...) Os motivos que levam as partes a escolher a solução arbitral parecem portanto não ser exatamente aqueles tradicionais, mas sim a ausência de formas solenes, a possibilidade de julgar por equidade ou de escolher livremente a lei a ser aplicada e ainda a neutralidade dos árbitros na solução de litígios envolvendo partes de nacionalidades diferentes, além da especialização técnica dos julgadores." CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 1993, p. 71-75. Ainda sobre as vantagens da utilização da arbitragem: PINTO, José Emílio Nunes. Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem e de meios extrajudiciais de solução de controvérsias. In: Batista Martins, Pedro; Lemes, Selma Ferreira; Carmona, Carlos Alberto (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 314-323; PINTO, José Emílio Nunes. Arbitragem e desenvolvimento econômico. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 20, jan./mar. 2009, p. 71-72. WALD, Arnoldo. A arbitragem e os contratos empresariais complexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.2, n. 7, p. 11-20, out./dez. 2005.

o *juiz natural*. A arbitragem não poderia mais ser vista como um método alternativo para a solução de conflitos, mas sim como um método mais adequado para certas categorias de disputas, necessário diante do esgotamento da capacidade do poder judiciário. A arbitragem seria, assim, o novo *juiz natural* das sociedades que atuam no comércio internacional[53].

Dessa forma, é natural que cresça o debate a respeito da possibilidade de vincular à convenção de arbitragem sociedades que não anuiram expressamente com ela, mas que fazem parte do mesmo grupo de sociedades de que é parte a signatária. Essa vinculação tem sido admitida, sob determinadas circunstâncias, em decorrência de especificidades do comportamento das sociedades que se organizam em grupo. No grupo existe uma realidade dual, composta, de um lado, pela individualidade jurídica de suas integrantes e, de outro, por uma unidade econômica, resultado de uma direção unitária que determina, em maior ou menor grau, o comportamento de cada uma das integrantes do grupo. Essa dinâmica diferenciada gera consequências sobre a forma como as sociedades integrantes do grupo manifestam a sua vontade, o que pode ser determinante para verificar o consentimento de sociedades não signatárias com a convenção de arbitragem.

## 2. CONCEITO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DOS GRUPOS DE SOCIEDADES

O grupo é uma unidade empresarial resultante da organização de diversas sociedades independentes e autônomas do ponto de vista jurídico. De acordo com a doutrina mais autorizada, os grupos de sociedades tomaram o lugar da sociedade isolada como principal técnica de organização da empresa[54]. Esse fenômeno, explica-se, decorre da maior capacidade do grupo de atender às exigências da economia globalizada, na qual apenas sobrevivem e alcançam o sucesso empresas de porte, flexíveis e diversificadas.

---

[53]HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration*: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions. The Hague: Kluwer Law International, 2006. p. 5. CUNIBERTI, Gilles. Beyond contract - the case for default arbitration in international commercial disputes. *Fordham International Law Journal*, v. 32, p. 417, 2008-2009.

[54]MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos de sociedades. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional*: 12 anos da Lei 9.307 de 1996. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 150; COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 355; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4, t. 2, p. 278.

Os grupos de sociedades se organizam de múltiplas formas e apresentam diversas facetas. Isso dificulta o trabalho da doutrina de estabelecer uma definição jurídica definitiva para eles. Mesmo assim, parece ser pacífico o reconhecimento de que o elemento central dos grupos societários é a existência de uma direção econômica, ou direção unitária, que implica em uma confusão organizacional e patrimonial entre as sociedades que fazem parte do grupo, e na subordinação dos interesses dessas sociedades aos interesses de uma sociedade controladora ou aos interesses do grupo como um todo. Não obstante, há incerteza quanto à própria definição jurídica de direção unitária. A dificuldade estaria em definir qual seria o grau mínimo de concentração da decisão empresarial nas mãos de uma sociedade que seria suficiente para caracterizar a direção unitária e, portanto, a relação grupal. Há concepções estritas, que reconhecem a existência da direção unitária diante de uma gestão financeira unificada, e concepções mais amplas, que entendem que, além da área financeira, é necessário, para caracterizar o grupo, que exista um poder de direção central sobre alguma outra área funcional das sociedades, de forma que a sociedade isolada perca a sua individualidade econômica[55].

A variedade de formas de organização também dificulta o trabalho da doutrina de classificar os grupos. Em linhas gerais, é possível distinguir entre os grupos de subordinação e os grupos de coordenação. Os grupos de subordinação são unificados pelo controle. Nesses, as sociedades integrantes perdem quase ou totalmente sua autonomia de gestão empresarial, já que a controladora é a responsável pela tomada das decisões mais importantes, sempre no sentido de alcançar os objetivos do grupo, mesmo que isso signifique sacrificar os interesses individuais das integrantes[56]. Os grupos de coordenação são dirigidos de forma unitária, mas sem que exista, necessariamente, subordinação de uma sociedade à outra. Ou seja, não há unidade de controle, mas há direção unitária, de forma a harmonizar a política empresarial do grupo e o relacionamento entre as suas integrantes[57]. Essa classificação não é absoluta, pois pode haver variação de estruturas organizacionais,

---

[55]MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos de sociedades, cit., p. 158.

[56]"(...) [E]ssa perda da autonomia de gestão empresarial traduz-se, frequentemente, senão sempre, pelo sacrifício dos interesses de cada sociedade ao interesse global do grupo." O autor cita, entre outros exemplos que ilustram a submissão de interesses, casos em que uma sociedade filiada "é obrigada a se especializar em determinada linha de produção, sem possibilidade de ampliar a sua atividade, a fim de se evitar a concorrência entre empresas componentes do grupo" e casos em que, em se tratando de um grupo multinacional, "a sociedade controlada, com sede em determinado país, pode ver proibida, pela direção central do grupo no estrangeiro, a exportação de seus produtos, a fim de não criar obstáculos aos negócios internacionais de outra filial, ou a uma política geral de repartição do mercado mundial". COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 287.

[57]COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 98; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, cit., v. 4, t. 2, p. 253.

de níveis de concentração de poder e de integração empresarial. Existem grupos extremamente centralizados, nos quais há controle total, por uma sociedade, das atividades desenvolvidas pelas demais, e há grupos mais descentralizados, nos quais as sociedades integrantes mantêm boa parte de sua autonomia jurídica e econômica.

As vantagens de organização em grupos são, logicamente, econômicas. No âmbito do grupo, o patrimônio é formado por um conjunto de ativos e passivos transferidos livremente entre os seus membros e segundo os interesses do grupo[58]. Isso leva a uma dissociação entre o patrimônio e os riscos do negócio. Dessa forma, o grupo se beneficia das vantagens econômicas da livre transferência de recursos e, ao mesmo tempo, da limitação da responsabilidade a cada unidade jurídica e patrimonial que o compõe[59]. A organização em grupo garante a unidade de comando sobre diferentes patrimônios e, dessa forma, o controle e o poder sem os riscos e ônus da propriedade[60]. Daí as afirmações no sentido de que os grupos de sociedades são caracterizados pela coexistência, em seu interior, de uma dualidade constituída por diversidade jurídica e unidade econômica[61]. A diversidade jurídica está presente por conta da autonomia jurídica de cada sociedade integrante do grupo. A unidade econômica está presente por conta da centralização das decisões, ou seja, a concentração do poder empresarial[62]. Essa coexistência, encontrada no

---

[58]COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 356.

[59]MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos de sociedades, cit., p. 170; COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 15, n. 23, p. 92, 1976. Este último autor relaciona outros benefícios da organização em grupo: "Em primeiro lugar, a expansão do poder de dominação econômica (...). Em segundo lugar, o aperfeiçoamento da gestão empresarial (...). Em terceiro lugar, a colaboração entre empresas e grupos independentes (...). Por último e de não menor importância, a exploração empresarial simultânea em diferentes países com unidade de direção e adaptação formal à legislação respectiva."

[60]"(...) [E]sse processo de concentração capitalística (...) acabou por suscitar, a partir de certo nível, um fenômeno de mutação qualitativa (...). As grandes massas empresariais explodiram em múltiplos satélites, gravitando em torno do núcleo inicial. Doravante, a macroeconomia passava a ser substituída pelo grupo de empresas, assegurando, como no mistério da Santíssima Trindade, a unidade na diversidade (...). A técnica jurídica forneceu os instrumentos indispensáveis à obtenção desse resultado, com a personalidade coletiva e a participação acionária. Graças à primeira, assentou-se a autonomia patrimonial e a multiplicação dos centros de imputação das relações jurídicas. Com a segunda, garantiu-se a unidade de comando sobre os diferentes patrimônios. Em suma, obteve-se o controle sem os ônus da propriedade, o poder se o risco." COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações, cit., p. 92.

[61]COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 92. MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos de sociedades, cit., p. 159.

[62]Modesto Carvalhosa, em sentido contrário, afirma que não há essa dicotomia, pois ainda que a sociedade participante do grupo se mantenha formalmente autônoma, substancialmente é despersonificada. Afirma que o patrimônio das sociedades organizadas em grupo é afetado, na medida em que há (na maioria dos casos) integração de resultados, seja a favor da controladora, seja para a repartição de resultados entre as sociedades integrantes do grupo, seja para a formação de um caixa único, seja para compensar os recursos entre sociedades prósperas e deficitárias. Isso sem falar na submissão da administração das sociedades integrantes às normas e regulamentos do grupo. Dessa forma, a organização em grupo afetaria a estrutura organizacional e o próprio patrimônio social das integrantes, do que resultaria a descaracterização da

interior dos grupos, não se encaixa no modelo societário clássico, fundado na personalidade jurídica, na autonomia e na existência de estruturas organizacionais e patrimoniais próprias.

Portanto, para que fique caracterizado o grupo societário, deve haver uma política geral que discipline a atividade econômica dos membros do grupo, afetando, em maior ou menor grau, a independência das sociedades que o integram. Em outras palavras, deve haver um poder mais ou menos centralizado, responsável por definir a linha de atuação dos membros do grupo e por garantir a obediência a essa orientação. As decisões mais importantes sobre a atuação e vida das sociedades passam a ser tomadas no âmbito da sociedade dominante, que exerce a direção unitária. As sociedades são peças da estratégia geral, ou seja, tornam-se meio de realização das finalidades do grupo[63].

Com isso, cai por terra o conceito de interesse social, entendido no modelo societário clássico como as diretrizes a serem necessariamente seguidas pelo controlador e administradores da sociedade individual, em seu benefício[64]. Surge em seu lugar uma forma de manifestação de vontade coletiva. Dessa forma, quanto mais centralizado o grupo, maior a tendência de a vontade das suas integrantes se confundirem com a vontade do grupo, manifestada pela controladora para a consecução do interesse comum. É esse aspecto da organização dos grupos de sociedades que interessa quando da análise dos limites subjetivos da convenção de arbitragem, diante de situação em que as não signatárias pertencem ao mesmo grupo de sociedades das signatárias.

## 3. LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM DIANTE DE UM GRUPO DE SOCIEDADES

Neste item serão analisados precedentes arbitrais e judiciais em que foram determinados os limites subjetivos da convenção de arbitragem diante de um grupo de sociedades. O estudo de precedentes é fundamental para que se compreenda como a teoria dos grupos de sociedades, ou teoria da unidade econômica dos grupos, é aplicada à

---

personalidade jurídica de cada uma. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, cit., v. 4, t. 2, p. 266-268.

[63]JABARDO, Cristina Saiz. *Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional*: o caso dos grupos societários, cit., p. 25. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, cit., v. 4, t. 2, p. 274.

[64]MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos de sociedades, cit., p. 168-169.

arbitragem. As primeiras decisões que versaram sobre a matéria são originárias da França, e até hoje são consideradas paradigmas na matéria[65].

### 3.1. Casos CCI n. 1434 e n. 2375, de 1975

Os casos do centro de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI n. 1434 e n. 2375, de 1975, se destacam por terem sido os primeiros em que foram analisados os limites subjetivos da convenção de arbitragem diante de um grupo de sociedades. Tornaram-se, posteriormente, paradigmas para o famoso caso *Dow Chemical*[66], que será comentado adiante.

No primeiro (caso CCI n. 1434[67]), a sociedade "B" iniciou uma arbitragem em decorrência de contratos celebrados com determinadas sociedades do "Grupo A" e com o "Sr. A". Tais contratos eram parte de uma rede interligada de contratos firmados para a realização de uma empreitada. Ocorre que "B" incluiu no polo passivo da arbitragem sociedades do "Grupo A" que não eram signatárias dos contratos que continham a convenção de arbitragem.

Analisando os fatos, os árbitros decidiram que as não signatárias eram partes da convenção de arbitragem. Os árbitros decidiram nesse sentido porque constataram que as integrantes do "Grupo A" eram designadas para a realização de obrigações pertinentes aos contratos de maneira flexível e sem formalidades. O "Grupo A" decidia a forma de melhor alocar as sociedades integrantes do grupo para desempenhar as obrigações que

---

[65]Além dos casos mencionados no corpo do trabalho, foram analisados os seguintes: *Holiday Inn v. Morocco*, ICSID, 1973; *G.D. Searle & Co. Ltd. vs. Roussel-Uclaf*, Inglaterra, 1977; *Map Tankers Inc. vs. Mobil Tankers, Ltd.*, New York Maritime Arbitration Society, caso n. 1510, 1980; caso CCI n. 3493, 1983 (*Plateau dês Pyramides*); caso CCI n. 3879, 1984 (*Westland*); caso CCI n. 7626, 1985; caso CCI n. 4727, 1987 (*Swiss Oil*); *Société Kis France vs. Société Générale*, Corte de Apelação de Paris, 1987; *Kornas Marma vs. Durant-Auzias*, Corte de Apelação de Pau, 1988; caso CCI n. 4972, 1989; *Societé Ofer Brothers vs. The Tokio Marine and Fire Insurance Co Ltd*, Corte de Apelação de Paris, 1990; *Orri vs. Sociétés de Lubrifiantes Elf Aquitaine*, Corte de Apelação de Paris, 1990; caso CCI n. 5721, 1990; caso CCI n. 6519, 1991; caso CCI n. 6, 1992; caso CCI n. 7155, 1993; *Pritzker v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith*, EUA, 3rd Circuit, 1993; *Kaplan v. First Options of Chicago*, EUA, 3rd Circuit, 1994; caso CCI n. 8035, 1995; *Caparo Group*, Inglaterra, 1998; caso CCI n. 9517, 2000; *Peterson Farms*, Inglaterra, 2004; *Sarhank Group v. Oracle Corporation*, EUA, 2nd Circuit, 2005; *Cadbury Adams Middle East, S.A.L. vs. Chupa Chups S.A.*, Espanha, 2007.

[66]Caso CCI n. 4131, 1982.

[67]JARVIN, Sigvard; DERAINS, Yves. *Collection of ICC arbitral awards*: 1974-1985 = Recueil des sentences arbitrales de la CCI. Deventer: Kluwer Law, 1990. p. 262- 273; JABARDO, Cristina Saiz. *Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional*: o caso dos grupos societários, cit., p. 36-39; HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration*: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions, cit., p. 72; CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 346.

assumira perante “B”, de modo que as não signatárias haviam participado ativamente do projeto. Além disso, havia diversas referências ao “Grupo A” nos documentos relacionados ao caso (correspondência e contratos), de forma a demonstrar que todo o “Grupo A” contratara com “B”, e não apenas as sociedades signatárias.

Em outras palavras, os árbitros identificaram a existência de um grupo de sociedades em um dos polos da relação contratual. As sociedades do “Grupo A” atuavam de acordo com os interesses do grupo, nunca de acordo com os seus próprios interesses. Havia direção unitária e havia uma única vontade direcionada para a consecução das obrigações assumidas perante “B”, de forma que as sociedades do “Grupo A” se comportavam como sendo uma só. Não foi à toa que o tribunal entendeu, diante dos fatos, que a individualização das empresas do “Grupo A” no contrato não era relevante, e que “B” contratara com todo o “Grupo A”, representado pelo “Sr. A”.

Os julgadores ressaltaram que é comum, em negociações com grupos de sociedades, que o grupo, por razões de ordem interna, confira a execução da operação a uma ou várias sociedades, existentes ou a serem constituídas para esse propósito específico, e que aquele que contrata com o agrupamento não tem interesse em se envolver nas questões de ordem interna do grupo, desde que lhe seja garantido o cumprimento das obrigações contratadas. Dessa forma, declararam os julgadores, nenhuma companhia do grupo poderia se esconder por trás de uma interpretação literal dos contratos, isolada do contexto, a fim de evitar a aplicação da convenção de arbitragem.

É importante ressaltar que a existência do grupo de sociedades não foi o único fundamento utilizado pelos julgadores para proferir a sua decisão. Os árbitros entenderam que determinadas sociedades do “Grupo A” manifestaram tacitamente seu consentimento ao participar da execução dos contratos que deram origem ao conflito, sem contestar as convenções de arbitragem neles contidas. Note-se que o tribunal arbitral declarou que eram partes da convenção de arbitragem apenas aquelas sociedades do “Grupo A” que efetivamente participaram do negócio. Isso demonstra a preocupação dos julgadores com a personalidade jurídica distinta de cada uma das sociedades integrantes do grupo e com o consentimento manifestado por cada uma delas. As sociedades do grupo, não signatárias,

que não se envolveram no negócio, não foram consideradas partes pois, quanto a estas, não teria sido possível aferir consentimento[68].

No segundo caso (CCI n. 2375[69]), a empresa francesa "Y", antiga subsidiária da empresa "X", iniciou arbitragem em Paris contra duas integrantes do mesmo grupo, a subsidiária espanhola "B" e a controladora "A", para a cobrança de valores referentes a determinado projeto. Ocorre que o contrato que continha a cláusula compromissória fora firmado apenas entre as controladoras "X" e "A". Por esse motivo, as demandadas "A" e "B" contestaram a competência do tribunal arbitral com relação às empresas "Y" e "B", não signatárias.

A fim de decidir acerca da sua competência, os árbitros analisaram os fatos. Constataram, dessa forma, que "X" tinha reservado sua parte do projeto à "Y"; que havia uma carta, integrada ao contrato, enviada por "B" à "Y", que deixava claro que "B" pertencia ao Grupo "A"; que o capital da sociedade de propósito específico a ser constituída para a consecução do projeto deveria ser repartido entre "B" e "X"; que a direção da sociedade de propósito específico seria formada por membros nomeados por "B" e "X", e que seria feito reembolso de despesas com estudos prévios a "Y".

Dessa forma, os árbitros entenderam que as circunstâncias específicas do caso serviam de suporte para que fosse privilegiada a realidade econômica unitária dos grupos. De acordo com o entendimento dos árbitros, controladoras e controladas de ambos os grupos estavam vinculadas ao projeto, de tal forma que tornava impossível isolar a aplicação da cláusula compromissória apenas às controladoras signatárias. Note-se que o tribunal levou em consideração a realidade das empresas à época dos fatos, de forma que o fato de "Y" ter deixado de ser subsidiária de "X" não impediu o reconhecimento do vínculo existente entre as empresas[70].

---

[68]Além de analisar aspectos referentes ao grupo e ao envolvimento das empresas no projeto, o tribunal arbitral identificou a existência, no caso, de um *mandato aparente*: a participação do "Sr. A", principal dirigente do "Grupo A", teria feito com que "B" acreditasse, legitimamente, que ele agia em nome e por conta de todo o agrupamento. Frequentemente, a decisão que determina os limites subjetivos da convenção de arbitragem tem mais de um fundamento. Os aspectos dos limites subjetivos da convenção de arbitragem diante de uma relação de representação são estudados no Capítulo V.

[69]JARVIN, Sigvard; DERAINS, Yves. *Collection of ICC arbitral awards*: 1974-1985 = Recueil des sentences arbitrales de la CCI, cit., p. 257-261; JABARDO, Cristina Saiz. *Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional*: o caso dos grupos societários, cit., p. 34-36; HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration*: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions, cit., p. 92; CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 340 e 352.

[70]Além de analisar aspectos referentes ao grupo e ao envolvimento das empresas no projeto, o tribunal declarou que houve, no caso, estipulação em benefício de terceiro: as duas controladoras, ao celebrar o contrato, teriam contratado em seu próprio benefício e no de suas subsidiárias. Frequentemente, a decisão

### 3.2. Caso CCI n. 4131 de 1982 (*Dow Chemical*)

O Caso CCI n. 4131 de 1982[71], sediado em Paris, envolveu as sociedades Isover Saint Gobain e Dow Chemical. Tornou-se referência no que se refere à determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem na presença de um grupo de sociedades. Isso se justifica pela riqueza de detalhes do caso, que possibilitaram aos julgadores (Berthold Goldman, Michel Vasseur e Pieter Sanders, os dois primeiros franceses e o último holandês, nomeado presidente do tribunal arbitral) explorar diversos aspectos fáticos e proferir uma decisão bem fundamentada.

Nesse caso, a empresa Dow Chemical Venezuela, celebrou contrato com Isover Saint Gobain. Em seguida, transferiu o contrato para Dow Chemical A.G., subsidiária de Dow Chemical Company, de origem americana. Três anos depois, Dow Chemical Europa, subsidiária de Dow Chemical A.G., celebrou segundo contrato com Isover Saint Gobain. Ambos os contratos continham convenção de arbitragem. Surgido o conflito, Dow Chemical A.G., Dow Chemical Europa (signatárias dos contratos), Dow Chemical França e Dow Chemical Company notificaram a Isover Saint Gobain para dar início a uma arbitragem. Esta alegou incompetência do tribunal arbitral com relação às empresas Dow Chemical França e Dow Chemical Company, e requereu que os pleitos formulados fossem indeferidos em decorrência de ausência de interesse de Dow Chemical A.G. e Dow Chemical Europa.

Para decidir acerca de sua competência, os árbitros recorreram aos aspectos do caso concreto e, principalmente, à análise da vontade das partes, depreendida do seu

---

que determina os limites subjetivos da convenção de arbitragem tem mais de um fundamento. Os aspectos dos limites subjetivos da convenção de arbitragem diante da estipulação em favor de terceiro são estudados no Capítulo IV.

[71]WALD, Arnoldo. A teoria dos grupos de sociedades e a competência do juízo arbitral. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 101, p. 22, jan./mar. 1996; WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 33, maio/ago. 2004; JARVIN, Sigvard; DERAINS, Yves. *Collection of ICC arbitral awards*: 1974-1985 = Recueil des sentences arbitrales de la CCI, cit., p. 146-152; JABARDO, Cristina Saiz. *Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional*: o caso dos grupos societários, cit., p. 40-43; HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration*: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions, cit., p. 93; MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos de sociedades, cit., p. 161; CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 347. ALVES, Rafael Francisco. Corte internacional de arbitragem da CCI. Sentença parcial n. 4.131, de 23 de setembro de 1982. Dow Chemical v. Isover Saint Gobain. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 20, p. 197-206, out./dez. 2008, p. 197-206. LAUGIER, Thierry. Multiparty arbitration and national laws. *International Business Law Journal*, n. 8, 1989, p. 986.

comportamento durante a negociação, execução e rescisão dos contratos objeto do litígio e no curso do processo arbitral.

O tribunal arbitral analisou os contratos, correspondências e demais documentos relativos ao caso. Com isso, verificou que os contratos previam que as entregas contratadas deveriam ser feitas por Dow Chemical França ou por qualquer subsidiária de Dow Chemical Company, ou seja, não havia formalismo ou especificidade quanto à definição das sociedades do grupo encarregadas da execução dos contratos. Mais do que isso, os árbitros constataram que Dow Chemical França efetuara as entregas previstas nos contratos. Além disso, Dow Chemical França frequentemente se correspondia com Isover Saint Gobain, referindo-se ao contrato como sendo do Grupo Dow Chemical, sem alusão a sociedades específicas do grupo. Dow Chemical França, ainda que não tivesse assinado os contratos que deram origem ao litígio, havia executado importante papel na negociação, execução e rescisão dos contratos.

O tribunal arbitral verificou também que Dow Chemical Company era a sociedade que mais se comunicava com Isover Saint Gobain; que fora a Dow Chemical Company que efetivamente negociara os termos dos instrumentos contratuais; e que as relações contratuais não poderiam ter se aperfeiçoado sem o envolvimento de Dow Chemical Company, já que não havia sido firmado qualquer contrato para uso das marcas que seriam usadas nos produtos a serem disponibilizados nos termos dos contratos, cuja proprietária era Dow Chemical Company.

Assim, o tribunal arbitral entendeu que o grupo Dow Chemical se comportava como um verdadeiro agrupamento. A controladora distribuía as tarefas necessárias à execução dos contratos conforme os interesses do grupo e exercia controle absoluto sobre todas as subsidiárias que participaram do negócio. Os árbitros declararam que, apesar da personalidade jurídica distinta de cada integrante do grupo, este representava uma realidade econômica única, que deveria ser considerada pelo tribunal para decidir sobre a sua competência.

Adicionalmente, o tribunal ficou convencido de que era indiferente, tanto para o grupo Dow Chemical como para Isover Saint Gobain, quais sociedades de Dow Chemical eram signatárias dos contratos. Todas as sociedades de Dow Chemical envolvidas no negócio se comportavam como verdadeiras contratantes. O tribunal arbitral se convenceu ainda que Isover Saint Gobain contratara com o grupo Dow Chemical, e não

com sociedades específicas do grupo. Havia, portanto, consentimento de todos os envolvidos em submeter à arbitragem os litígios surgidos entre eles[72].

Dessa forma, o tribunal arbitral declarou seu entendimento no sentido de que a convenção de arbitragem, da qual determinadas sociedades do grupo foram signatárias, deveria vincular as demais sociedades que participaram da conclusão e desenvolvimento dos contratos, pois estas, de acordo com o consentimento de todas as partes envolvidas no negócio, eram verdadeiras partes dos contratos[73]. Posteriormente, a Corte de Apelação de Paris, em 21 de outubro de 1983, rejeitou recurso interposto pela Isover Saint Gobain visando à anulação da sentença arbitral, mantendo a decisão dos árbitros, a qual considerou pertinente e isenta de contradições[74].

### 3.3. Casos CCI n. 4402 de 1984 e n. 4504 de 1985-86

Em sentido contrário, ou seja, declarando que as sociedades não signatárias não eram partes da convenção de arbitragem firmada por sociedades integrantes do mesmo grupo societário, destacam-se os casos CCI n. 4402 de 1984 e n. 4504 de 1985-86[75]. No caso CCI n. 4402, o tribunal arbitral se recusou a vincular a controladora à cláusula compromissória que havia sido firmada pela subsidiária, especialmente constituída para o

---

[72]"(…) neither the 'Sellers' nor the 'Distributors' attached the slightest importance to the choice of the company within the Dow Group that would sign the contracts. (…) In reality all the entities of the Dow Group involved in distribution in France understood themselves to be contracting with the distributor or distributors in France and likewise, it was with the aggregate of these entities that the present defendant's predecessors understood themselves to be contracting."

[73]O tribunal arbitral concluiu seu posicionamento com a seguinte "fórmula", que é repetida sempre que se trata dos limites subjetivos da convenção de arbitragem na presença de um grupo de sociedades: "the arbitration clause expressly 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 said clauses, and in accordance with 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".

[74]"Following an autonomous interpretation of the agreement and the documents exchanged at the time of their negotiation and termination, the arbitrators have, for pertinent and non-contradicted reasons, decided, in accordance with the intention common to all companies involved, that Dow Chemical France and Dow Chemical Company have been parties to these agreements although they did not actually sign them and that therefore the arbitration clause was applicable to them as well."

[75]JARVIN, Sigvard; DERAINS, Yves. *Collection of ICC arbitral awards*: 1974-1985 = Recueil des sentences arbitrales de la CCI, cit., p. 153-156; JARVIN, Sigvard; DERAINS, Yves; ARNALDES, Jean-Jacques. *Collection of ICC arbitral awards*: 1986-1990 = Recueil des sentences arbitrales de la CCI. Deventer: Kluwer Law, 1994. p. 279-292; CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 350-351 e 359; HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration*: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions, cit., p. 56 e 70; WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos, cit., p. 37.

projeto que deu origem à disputa. Os árbitros declararam, dentre outros pontos, que a arbitragem é uma jurisdição de exceção e que a convenção de arbitragem deveria ser objeto de documento escrito, assinado pelas partes. Na ausência de consentimento expresso, por escrito, inexistiria consentimento, sem o qual ninguém poderia ser submetido à jurisdição arbitral. Dessa forma, a controladora, não sendo signatária, não era parte. No caso CCI n. 4504, os árbitros, apesar de reconhecerem a interferência da sociedade não signatária na execução do contrato, declararam que isso não era suficiente para vinculá-la à cláusula compromissória firmada por sociedade do mesmo grupo.

Note-se que, não obstante o entendimento bastante conservador a respeito da necessidade de consentimento expresso e por escrito para que se tenha uma convenção de arbitragem válida, nos casos acima relatados as decisões foram acertadas. A criação de uma subsidiária especificamente para atuar no projeto que originou a disputa parece demonstrar a vontade da controladora de não se envolver diretamente no projeto. E a mera interferência de uma sociedade na execução do contrato firmado por outra integrante do mesmo grupo não pode autorizar, por si só, a vinculação da sociedade não signatária à convenção de arbitragem, se de outros elementos do caso concreto não é possível aferir o seu consentimento. Quando o comportamento das sociedades envolvidas e os documentos referentes ao caso não permitem aos julgadores determinar, de forma segura, o consentimento tácito das não signatárias com a convenção de arbitragem, a sua vinculação à convenção não poderá ser admitida. O consentimento é imprescindível para que seja afastada a jurisdição estatal. Mesmo o consentimento tácito deve ser passível de reconhecimento pelos julgadores a partir de elementos do caso concreto.

### 3.4. Caso *Société Sponsor A.B. vs. Lestrade*

A decisão da Corte de Apelação de Pau, datada de 26 de novembro de 1986, no caso *Société Sponsor A.B. vs. Lestrade*[76], foi posterior àquela proferida no caso Dow Chemical.

---

[76]JABARDO, Cristina Saiz. *Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional*: o caso dos grupos societários, cit., p. 52; HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration*: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions, cit., p. 55; CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 362-363. LAUGIER, Thierry. Multiparty arbitration and national laws. *International Business Law Journal*, n. 8, 1989, p. 988.

A sociedade Sponsor AB, controladora do grupo sueco Sponsor, realizou negócio com o grupo francês Lestrade para a aquisição de duas empresas deste último. Para titularizar as ações das empresas que seriam adquiridas do grupo Lestrade, a sociedade Sponsor AB criou a subsidiária francesa Sponsor S.A. Então, o grupo Lestrade transferiu 80% do capital das empresas negociadas para a subsidiária Sponsor S.A., que firmou com o grupo Lestrade contrato com promessa de compra das ações remanescentes, contendo cláusula compromissória.

Quatro anos depois, o grupo Lestrade acionou a subsidiária Sponsor S.A. para que adquirisse as ações remanescentes. Não havendo resposta por parte da subsidiária Sponsor S.A., o grupo Lestrade notificou a Sponsor S.A. e sua controladora, Sponsor AB, com o intuito de dar início a uma arbitragem para resolver a questão. Diante de nova omissão da Sponsor S.A. e da Sponsor AB, o grupo Lestrade acionou o judiciário francês, para que fossem nomeados árbitros e viabilizado o início da arbitragem. Após decisão do judiciário indicando os árbitros a fim de possibilitar o início da arbitragem, Sponsor AB recorreu para a Corte de Apelação de Pau, opondo-se à jurisdição arbitral.

Utilizando-se do entendimento consolidado no Caso Dow Chemical, a Corte de Apelação de Pau decidiu que a controladora Sponsor AB era parte do negócio, com papel ainda mais relevante que o de Sponsor S.A. A Corte declarou que a controladora Sponsor AB constituíra a subsidiária Sponsor S.A. com o único objetivo de adquirir as empresas de propriedade do grupo Lestrade e desempenhara papel relevante durante todo o negócio, da conclusão da promessa de compra ao descumprimento do acordo. A Corte de Apelação destacou ainda que, apesar da personalidade jurídica distinta de cada empresa pertencente ao grupo, sua realidade econômica única deveria ser levada em consideração.

O peso que a decisão em comento conferiu para a mera existência do grupo, dela presumindo o consentimento das partes, rendeu-lhe críticas por parte da doutrina. As críticas têm como fundamento entendimentos no sentido de que nenhum elemento do histórico das relações contratuais entre Lestrade, Sponsor S.A. e Sponsor AB permitia concluir pela existência de consentimento de Sponsor AB com a convenção de arbitragem pactuada entre Lestrade e Sponsor S.A[77]. De fato, a mera participação de uma sociedade não signatária no negócio firmado por sociedade integrante do mesmo grupo de sociedades

[77]"In so doing, the Court undoubtedly went too far. There can be no general rule that an arbitration agreement signed by one or more group companies can be extended to other companies within the group. The extension of each arbitration agreement instead depends on the intentions of the parties, which can only be deduced from all the circumstances of the case". GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 288.

não pode autorizar a sua vinculação à arbitragem contra a sua vontade. Para que uma não signatária seja vinculada à arbitragem deve haver consentimento de todos os envolvidos, inclusive da não signatária que se pretende incluir na arbitragem.

E esse consentimento parece não existir no caso concreto, cuja análise demonstra que a controladora Sponsor AB participara do negócio exclusivamente até o momento em que constituiu a subsidiária Sponsor S.A. para que ela, individualmente, firmasse o contrato com Lestrade. Não consta qualquer intromissão da controladora Sponsor AB nos negócios firmados entre Sponsor S.A. e Lestrade após a assinatura do contrato, não sendo possível argumentar a existência de uma unidade econômica que leva as sociedades a agirem como se fossem uma só, em prol da consecução de objetivos comuns. O papel de Sponsor S.A. no caso foi bem definido e separado do papel de Sponsor AB, e Lestrade tinha ciência disso. Se uma sociedade cria uma filial para adquirir determinados ativos, parece evidente que recorre a esse mecanismo para não celebrar, ela própria, o contrato, vontade essa que não poderia ter sido desrespeitada, pois conhecida e aceita pela parte contrária[78].

A apresentação, por Lestrade, de requerimento de arbitragem contra Sponsor AB foi ilegítima, assim como foi equivocada a decisão dos julgadores de admitir a vinculação dessa sociedade não signatária à convenção de arbitragem. A decisão ignora a necessidade de consentimento para que seja afastada a jurisdição estatal e desrespeita a personalidade jurídica individualizada das sociedades integrantes do grupo.

Conforme já exposto, as vantagens de organização em grupos são econômicas. Quando sociedades se organizam em forma de grupo, há uma dissociação entre o patrimônio e os riscos do negócio, de forma que o grupo se beneficia das vantagens econômicas da livre transferência de recursos e, ao mesmo tempo, da limitação da responsabilidade a cada unidade jurídica e patrimonial que o compõe. A organização em grupo garante a unidade de comando sobre diferentes patrimônios e, dessa forma, o controle e o poder sem os riscos e ônus da propriedade. Dessa forma, a individualidade das sociedades do grupo deve prevalecer em determinados casos e sob determinadas circunstâncias, sob pena de esvaziar todos os motivos pelos quais sociedades se organizam em grupos, como ocorreu nesse caso em concreto.

---

[78]CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 363.

### 3.5. Principais aspectos dos precedentes analisados

Os precedentes analisados mostram que a determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem na presença de um grupo de sociedades demanda a apreciação de aspectos do caso concreto. Devem ser levados em consideração a estrutura e conteúdo dos contratos, os documentos relacionados e o comportamento das sociedades envolvidas com relação à contratação, execução e rescisão do contrato. A identificação de um grupo de sociedades, por sua vez, é um fator importante na medida em que, se há um grupo, há direção unitária e unidade econômica. A presença dessas características tem como conseqüência o alinhamento da vontade e do comportamento das sociedades integrantes com a vontade e o comportamento do grupo. A vontade que se manifesta é, em regra, a vontade do grupo, e não a de uma ou outra sociedade isolada. Por exemplo, em grupos de subordinação, que são unificados pelo controle, a tomada de decisões é centralizada pela controladora, sempre no sentido de alcançar os objetivos do grupo, mesmo que isso signifique sacrificar os interesses individuais das integrantes. Quanto mais centralizado o grupo de sociedades, mais fácil será identificar a existência dessa vontade unificada e direcionada e, consequentemente, o consentimento das não signatárias com a convenção de arbitragem.

A simples existência de um grupo de sociedades, portanto, não é suficiente para a determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem[79]. Não pode haver uma presunção de que sociedades não signatárias, simplesmente por pertencerem ao grupo, consentiram com a convenção firmada por outras integrantes. Não obstante, a existência do grupo facilitará a identificação das partes da convenção, na medida em que no grupo há uma tendência de haver uma única vontade direcionada para a consecução de objetivos comuns. A sociedade não signatária será parte da convenção de arbitragem na medida em que adere à vontade do grupo de se sujeitar à arbitragem[80]. Em última análise, o que

---

[79]"Pensamos que a presença de um grupo constitui um elemento de fato entre outros, o qual deve ser levado em consideração na apuração das vontades, mas que não pode, de ofício, servir de indício, ou, *a fortiori*, de presunção para a "extensão" da cláusula de arbitragem. Como uma realidade que não tem contornos precisos poderia produzir tais consequências? O grupo não é, com efeito, um conceito claramente definido. De fato, nos casos que ensejaram a jurisprudência sobre a "extensão" das cláusulas arbitrais, a existência de um grupo nunca foi, ela própria, objeto de contestações, uma vez que a relação de grupo entre as sociedades em questão era evidente. Essa existência poderia, entretanto, criar um problema. Como julgar então sociedades que mantêm relações muito estreitas sem estarem vinculadas por participações financeiras, mas que seriam, por exemplo, dirigidas por uma mesma pessoa?" CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 364.

[80]MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos de sociedades, cit., p. 164; WALD, Arnoldo. A teoria dos grupos de sociedades e a competência do juízo arbitral, cit., p. 22. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 285.

demonstrará que a não signatária de fato aderiu à vontade do grupo e definirá a possibilidade de vinculá-la à convenção de arbitragem é a existência de consentimento, aferido de maneira segura a partir da apreciação do seu comportamento, do comportamento das outras sociedades integrantes do grupo e de outros elementos do caso concreto[81]. Por isso é que, nos julgados analisados, foram declaradas partes apenas as sociedades não signatárias integrantes do grupo que se envolveram na execução dos contratos, pois esse envolvimento, adicionado a outros aspectos do caso concreto, convenceram os julgadores da existência de consentimento[82].

Note-se que a convenção de arbitragem não pode ser pactuada de forma unilateral. Para que uma sociedade seja parte da convenção de arbitragem não basta o seu consentimento. É necessário que as demais sociedades envolvidas no negócio a considerem parte[83]. Quando um grupo de sociedades está presente em um dos polos da relação contratual, deve ficar claro que a parte contrária contratara com o grupo, e não com uma ou

---

[81]O recurso à busca do consentimento das partes não é isento de críticas: "Convém notar, entretanto, que essa concepção de *extensão* da cláusula de arbitragem a sociedades que não foram formalmente partes foi objeto de críticas severas na doutrina. Eminentes autores denunciaram, assim, o caráter artificial dessa apuração das vontades, estimando que, muito frequentemente pelo recurso a verdadeiros "subterfúgios", a jurisprudência descobriu vontades mais ou menos implícitas. Para o Prof. Fouchard, *o que é perigoso na motivação de uma sentença que estende a cláusula compromissória nos grupos de sociedades não é tanto a lex mercatoria, nem mesmo qualquer outra regra de direito extraída em ordens jurídicas internas ou internacionais, mas, pelo contrário, o recurso à interpretação da vontade das sociedades dos membros do grupo*". CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 339. Também discorrendo sobre as críticas tecidas sobre a interpretação da vontade das partes: JABARDO, Cristina Saiz. *Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional*: o caso dos grupos societários, cit., p. 81.

[82]Karim Youssef critica a busca do consentimento e discorre sobre os riscos de contextualizar a sua identificação, como pode ocorrer nos grupos de sociedades e nas demais situações analisadas no decorrer deste trabalho: "Analysis of case law also shows that the rule of consent applies less per se and more in context. Every search for implicit consent is contextual by nature, and the general context of the dispute is normally taken into account when ascertaining the existence and scope of consent to arbitrate. But, in some cases, the specific context of the jurisdictional inquiry (for example, the existence of an economic group, or the involvement of non-signatories in the contract containing the arbitration clause) would exercise a distorting effect on the process of searching for consent, and the intellectual process of decision-making is modified. The contextual elements would play a role which goes beyond merely ascertaining consent, and contribute directly to the decision to extend or not to extend. A tribunal or court may take these elements not merely as indication of consent, but as self-standing elements that feed, in their own right, the decision to extend or not to extend, within a larger context of complication of the process of ruling on jurisdiction. YOUSSEF, Karim. The present – commercial arbitration as a transnational system of justice: universal arbitration between freedom and constraint: the challenges of jurisdiction in multiparty, multi-contract arbitration. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.), *Arbitration: The Next Fifty Years*, ICCA, Kluwer Law International, 2012, p. 107. (Congress Series, v. 16). Em outra obra, o autor reflete acerca do declínio da importância do consentimento como requisito da arbitragem: YOUSSEF, Karim. The right or obligation to arbitrate of non-signatories in groups of companies: the limits of consent. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 25, p. 224-236, abr./jun. 2010.

[83]WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos, cit., p. 36. MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos de sociedades, cit., p. 163.

outra sociedade do grupo individualmente[84]. Por isso é que o requerimento de uma sociedade não signatária para que ela mesma seja admitida na arbitragem deve ser analisado sob os mesmos fundamentos que o pedido emanado de uma sociedade signatária para incluir na arbitragem aquela que não é. Não há que se falar em maior facilidade de se aferir o consentimento nesses casos. A manifestação expressa de consentimento por parte da não signatária de nada adiantará se não puder ser apurado que a parte contrária a considerava parte da convenção de arbitragem[85].

Note-se ainda que o fato de a não signatária ter desempenhado papel relevante durante as fases de contratação, execução e rescisão do contrato também não é suficiente para considerá-la parte. E isso pelos mesmos motivos acima expostos: desse fato isolado não é possível aferir consentimento[86]. Neste ponto, é necessário ressaltar que a doutrina nacional já chegou a se posicionar em sentido contrário, afirmando que, na presença de um grupo de sociedades, seria suficiente para vincular a não signatária à convenção de arbitragem o fato de essa sociedade ter desempenhado papel ativo nas negociações que culminaram no contrato objeto do litígio ou o envolvimento dessa sociedade na execução do contrato no qual consta a cláusula compromissória[87]. Não obstante, nos termos dos precedentes analisados, tais aspectos constituem apenas indícios da existência de consentimento. Não justificam a

---

[84]"The group of companies theory has been used to bring a parent company or a subsidiary under an arbitration agreement which has not been signed by it, but by other members of the group. The theory may be summarized as requiring (1) that the legally distinct company being brought under the arbitration agreement is part of a group of companies that constitutes one economic reality (*une réalité économique unique*), (2) that the company played an active role in the conclusion and performance of the contract and (3) that including the company under the arbitration agreement reflects the mutual intention of all parties to the proceedings. This concept has been applied in a number of arbitrations (e.g. those carried out under the auspices of the International Chamber of Commerce) and has met the approval of some courts". UNCITRAL. *Settlement of commercial disputes* - Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V00/505/77/PDF/V0050577.pdf?OpenElement>. Acesso em: 17 nov. 2012.

[85]CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 360.

[86]Em decisão proferida no caso CCI n. 2138 de 1974, por exemplo, os árbitros, instados a se manifestarem sobre a possibilidade de vinculação da não signatária "X" à convenção de arbitragem, decidiram de forma negativa, declarando que embora resultasse dos elementos dos autos que a negociação da transação e sua conclusão foram conduzidas pela sociedade "X", não ficou de forma alguma estabelecido que se ela própria tivesse assinado o contrato, teria aceitado a cláusula compromissória. CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 345.

[87]A título de exemplo, Arnoldo Wald já chegou a afirmar que, na presença de um grupo de sociedades, "para a ampliação dos efeitos da cláusula, há de ser atendido um dos seguintes requisitos: (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". WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos, cit., p. 36.

vinculação se o consentimento não puder ser aferido diante de outros aspectos do caso concreto.

Por fim, ressalte-se que a determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem em um contexto de grupo de sociedades não tem como objetivo a punição das não signatárias pela pratica de atos fraudulentos[88] ou garantir a execução da sentença arbitral. Sua finalidade é simplesmente garantir a participação no processo arbitral de todas as sociedades que, muito embora não tenham manifestado consentimento expresso, são partes da convenção. E isso independentemente de essas sociedades ocuparem o polo ativo ou o polo passivo do procedimento. A título de exemplo, no caso *Dow Chemical*, que constitui o precedente mais importante na matéria, as não signatárias, integrantes do grupo de sociedades, integravam o polo ativo da arbitragem.

É claro que nem todas as decisões analisadas seguiram o entendimento exposto acima. O caso *Société Sponsor A.B. vs. Lestrade* (*item 3.4*), por exemplo, é alvo de críticas na medida em que os julgadores fundamentaram sua decisão de vincular uma sociedade não signatária à convenção de arbitragem firmada por outras sociedades pertencentes ao grupo, exclusivamente na existência do grupo de sociedades. Nesse caso, os julgadores não conferiram a importância necessária ao consentimento das não signatárias e à individualidade jurídica das sociedades que integram o grupo. Por outro lado, foram analisados casos em que, corretamente, na ausência de elementos suficientes para determinar o consentimento das não signatárias envolvidas, foi negada a sua vinculação à arbitragem (casos CCI n. 4402 de 1984 e 4504 de 1985-86, *item 3.3*).

---

[88]"No entanto, nem todo grupo é criado para fins fraudulentos. Grupos societários são um mecanismo de organização da atividade empresarial válidos e permitidos pelo ordenamento pátrio. E se, como visto, a principal característica dos grupos de fato é a direção unitária, natural que as empresas do grupo atuem *sob unidade gerencial, laboral e patrimonial*." MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades.* 2011. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. FERRARIO, Pietro. The group of companies doctrine in international commercial arbitration: is there any reason for this doctrine to exist? *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 26, n. 5, p. 669-670, 2009. CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 365.

# 4. A TEORIA DOS GRUPOS DE SOCIEDADES E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

## 4.1. Disciplina dos grupos de sociedades na Lei n. 6.404/1976

No ordenamento jurídico brasileiro é a Lei n. 6.404, de 1976, que apresenta a disciplina dos grupos de sociedades. A referida lei dispõe, em seus capítulos XX e XXI, respectivamente, a respeito dos chamados grupos de fato e grupos de direito. Muito embora essas expressões "grupo de fato" e "grupo de direito" não constem da lei, são úteis para a compreensão da disciplina dos grupos conforme ditada pelo legislador[89].

O núcleo do tratamento dos grupos de fato é o art. 245 da Lei n. 6.404/76. É interessante notar que, nesse dispositivo legal, a lei sequer fala em grupos. O critério utilizado pelo legislador para que seja reconhecida a figura retratada no art. 245 é a existência de coligação e controle.

Esse tipo de agrupamento é caracterizado pela absoluta independência e autonomia das sociedades que o integram. Não é admitida a submissão dos interesses de uma sociedade aos de outra ou às diretivas emanadas de outra. Dessa forma, a lei estabelece um tipo de proteção para as companhias controladas ou coligadas contra atos de abuso do poder. O art. 245 da Lei n. 6.404/76 dispõe nesse sentido, determinando que os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado.

Pelo teor do art. 245, portanto, a atuação do grupo como um conjunto, em que cada sociedade trabalha em prol do interesse geral ou do interesse da controladora e em detrimento do seu interesse individual, fica totalmente impossibilitada. A lei exalta a dupla autonomia, jurídica e econômica, de cada sociedade, não obstante a existência de coligação ou controle acionário. A lei estabelece, ainda, que os administradores respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto no

[89]COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações, cit., p. 94.

art. 245. E, no art. 246, estabelece a responsabilidade da sociedade controladora por abuso de poder[90].

Nos grupos de fato disciplinados pelo nosso ordenamento jurídico, portanto, o tratamento jurídico conferido às empresas do grupo é o mesmo tratamento conferido às empresas individuais. Há um grupo, mas formado por sociedades absolutamente independentes e autônomas.

Ocorre que, como já comentado, a existência de subordinação de interesses é da natureza de um conjunto de empresas organizadas em grupo. Como consequência do distanciamento da lei da realidade econômica, há um ostensivo descumprimento, pelas empresas organizadas em grupos sob as regras da lei brasileira, do mandamento legal que estabelece a primazia da independência e da autonomia e a ausência de qualquer subordinação. Dessa forma, é perfeitamente possível encontrar grupos de sociedades organizados sob a forma de grupo de fato, nos quais o titular do poder de controle não se contenta em exercê-lo de forma isolada em cada sociedade controlada[91]. É comum o exercício do poder de controle visando atingir a coordenação das sociedades controladas, quando o controlador influencia as suas respectivas administrações, seguindo uma estratégia unificada para o conjunto de sociedades[92].

---

[90]"Pela regra do art. 245, torna-se, em tese, impossível a atuação do grupo societário como um conjunto em que cada sociedade trabalha no interesse geral, ou no da controladora, e não no seu próprio interesse. A lei sublinha a autonomia econômica – e não apenas jurídica – de cada sociedade, não obstante a existência de coligação acionária ou de submissão ao controle de outra, ao declarar que *os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado*". COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações, cit., p. 95-97. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, cit., v. 4, t. 2, p. 30-31 e 267.

[91]"Ocorre, porém, que é função econômica específica dos grupos a atuação das sociedades segundo uma direção unitária, na busca de um interesse comum. Nesse contexto, nos grupos de fato da lei brasileira, os administradores ficam diante de uma difícil escolha: descumprir o comando legal, ficando sujeitos à responsabilização civil, ou cumpri-lo à sua plenitude, ficando expostos ao risco de destituição, pela inobservância das diretrizes emanadas dos administradores da sociedade dominante do grupo. Não se tem dúvida em afirmar que, na maioria das vezes, preferem os administradores a segunda escolha, pois, enquanto a ameaça de destituição é concreta e iminente, a apuração de sua responsabilidade civil é menos provável. Nessa matéria, parece claro que a lei societária preconiza uma solução incompatível com os imperativos da ordem econômica." MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos de sociedades, cit., p. 169.

[92]"O elemento ulterior que diferencia a mera relação de controle do grupo existe quando o controlador tem interesses que extrapolam o simples exercício do poder de controle, buscando benefícios outros do que aqueles auferidos como sócio. Seguindo esse raciocínio, os grupos societários existem quando, em uma relação de dependência entre sociedades, o conjunto forma um todo no qual se pode observar a ligação que vai além do simples exercício do controle. Nos grupos, o controlador não tem apenas o interesse de obter os direitos relacionados com a sua posição de sócio, mas também os exerceria de forma a coordenar as atividades de todas as empresas para atingir o melhor resultado global. A unidade origina-se assim como uma fórmula peculiar de organização do controle e, por consequência, como o grupo de sociedades". PRADO, Viviane Muller; TRONCOSO, Maria Clara. Análise do fenômeno dos grupos de empresas na jurisprudência do STJ. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 105-106, abr./jun. 2008.

Os grupos de direito, por sua vez, são objeto de disciplina nos arts. 265 a 277 da Lei n. 6.404/76. São constituídos por um conjunto de sociedades vinculadas umas às outras com a finalidade de combinar recursos ou esforços para a realização de objetivos comuns. Nesse sentido, o art. 265 autoriza a constituição de grupos de sociedades pela sociedade controladora e suas controladas, 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. Há duas espécies de grupos de direito: de subordinação e de coordenação. O elemento unificador do primeiro é o controle; o do segundo é a direção[93].

O grupo de direito é criado por meio de uma convenção aprovada pelas assembleias gerais de todas as suas integrantes e obedece, grosso modo, aos mesmos princípios de registro e publicidade relativos às sociedades por ações. A convenção do grupo é considerada o estatuto do grupo de direito e estabelecerá normas básicas de constituição, administração e extinção, nos termos dos arts. 269 a 271 da Lei n. 6.404/76. Apenas esse conjunto de sociedades está legalmente autorizado a usar a designação de "grupo de sociedades" ou "grupo" (art. 267).

O grupo pode ter uma administração própria, com órgãos colegiados e diretores, cabendo a representação de cada sociedade integrante aos seus respectivos órgãos. Os administradores de cada empresa podem, ainda, ficar subordinados aos administradores do grupo, devendo observar a orientação geral estabelecida e as instruções dadas, desde que não contrariem a lei e não violem a convenção do grupo, tudo nos termos dos arts. 272 a 274 da Lei n. 6.404/76. A lei permite, dessa forma, seja retirada a autonomia das sociedades controladas, de forma que a sua atividade empresarial passa a ser exercida no interesse do grupo ou da controladora[94].

Ocorre que, muito embora o grupo de direito possa ser constituído para a consecução de empreendimentos comuns, o art. 266 da Lei n. 6.404/76 determina que cada sociedade conservará personalidade jurídica e patrimônios distintos. O grupo de direito não

---

[93]Note-se que, nos termos do *caput* do art. 265 e do seu §1º, apenas são admitidos grupos de subordinação, envolvendo sociedade controladora e controladas. A disciplina do grupo de coordenação fica por conta do Capítulo XXII, art. 278, da Lei n. 6.404, que permite a celebração de consórcios societários pelas companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, para executar determinado empreendimento. A esse respeito, COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações, cit., p. 95.

[94]COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações, cit., p. 99.

tem personalidade jurídica própria[95] e não há presunção de responsabilidade solidária entre as empresas do grupo[96]. Essa autonomia jurídico-patrimonial é incompatível com a natureza e estrutura dos grupos[97]. Além disso, a doutrina cita como um dos problemas da disciplina dos grupos de direito a pouca proteção estabelecida aos sócios ou acionistas não controladores, presente apenas no momento da constituição do grupo, quando lhes é assegurado o direito de retirada[98].

Esses aspectos da disciplina legal dos grupos de direito, somado às poucas vantagens advindas da sua utilização e à facultatividade da sua criação, torna essa modalidade de organização societária bastante desinteressante aos olhos dos empresários, desencorajando a sua utilização. Todos esses aspectos fizeram da disciplina dos grupos de direito letra morta no nosso ordenamento jurídico[99].

## 4.2. Determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem diante de grupos de fato e grupos de direito

O grupo de fato, como visto, é caracterizado pela absoluta independência e autonomia das sociedades que o integram, não sendo admitida a submissão dos interesses de uma sociedade aos de outra ou às diretivas emanadas de outra. Não é admitida para os grupos de fato uma organização onde as sociedades trabalhem em prol do interesse geral ou do interesse da controladora e em detrimento do seu interesse individual. Nos grupos de fato, a lei privilegia a individualidade econômica e jurídica. Por isso, não é possível vislumbrar em um grupo de fato a existência de unidade econômica e direção unitária, que têm como consequência o alinhamento da vontade e do comportamento das sociedades pertencentes ao grupo com a vontade e comportamento do grupo como um todo.

---

[95]COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações, cit., p. 98; JABARDO, Cristina Saiz. *Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional*: o caso dos grupos societários, cit., p. 71; CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 354; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, cit., v. 4, t. 2, p. 268.

[96]COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações, cit., p. 105-106; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, cit., v. 4, t. 2, p. 273.

[97]CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, cit., v. 4, t. 2, p. 274.

[98]COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações, cit., p. 99-100; MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos de sociedades, cit., p. 175.

[99]COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações, cit., p. 99-100; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, cit., v. 4, t. 2, p. 262. Este último comenta que alguns grupos empresariais, à época da edição da lei, como o Grupo Cindumel e o Grupo Pão de Açúcar, tentaram se organizar como grupo de direito, mas desistiram e voltaram ao sistema de grupo de fato.

Ocorre que são as características próprias do grupo de sociedades, unidade econômica e direção unitária, que, ao determinar a forma peculiar de manifestação de vontade no âmbito do grupo, facilitam a tarefa dos julgadores de identificar o consentimento das sociedades envolvidas com a convenção de arbitragem. Por isso, não faz sentido falar em aplicação da teoria do grupo de sociedades em arbitragens que envolverem grupos de fato, organizados conforme os mandamentos da Lei n. 6.404/76 (que confere às sociedades organizadas dessa forma o mesmo tratamento jurídico conferido às sociedades individuais), pois a identificação de um grupo de fato em nada auxiliará os julgadores na determinação do consentimento das sociedades envolvidas[100].

Nos grupos de direito a situação poderia ser diferente. Isso porque, nesses casos, a lei autoriza a criação de uma dinâmica na qual cada sociedade trabalha em prol do interesse geral ou do interesse da controladora para a consecução de objetivos comuns, em detrimento do seu interesse individual. No grupo de direito é estabelecida uma relação de subordinação ou dependência, sob a direção única do grupo, exercida pela controladora[101]. O problema que se apresenta aqui é que os grupos de direito não são encontrados na realidade empresarial brasileira, o que nos remete à modalidade que é utilizada na prática, qual seja, os grupos de fato.

Por outro lado, a existência de subordinação de interesses é da natureza de um conjunto de empresas organizadas em grupo. Há, dessa forma, um ostensivo descumprimento, pelas empresas organizadas em grupos de fato sob as regras da lei brasileira, do mandamento legal que estabelece a primazia da independência e da autonomia e a ausência de qualquer subordinação. Na maioria dos casos há unidade econômica entre as empresas integrantes dos grupos de fato e o estabelecimento, pela controladora, de uma política uniforme a ser observada por todas elas. Em outras palavras, há, mesmo em grupos de fato, unidade econômica que quase sempre resulta em algum grau

---

[100]No mesmo sentido: HUCK, Hermes Marcelo. *O terceiro no processo arbitral*. Disponível em: <http://www.direitoaoponto.com.br/dap/artigos/artigos.aspx?id=122>. Acesso em: 02 out. 2012: "Desfiando essa linha de raciocínio contra o pano de fundo do direito brasileiro, é caso de se indagar até onde a extensão de jurisdição arbitral poderia ser aplicada ao grupo de sociedades previsto em nossa legislação. O tema exige certa cautela. Desde logo, o grupo, nos termos da Lei das Sociedades Anônimas, deverá sê-lo de direito, ou seja, aquele constituído por contrato. Não basta apenas o grupo de fato, decorrente da conjunta atuação econômica e empresarial das sociedades. A realidade econômica do grupo de empresas não é suficiente se não houver sua consolidação jurídica, através da relação contratual, conforme exigência da lei. A partir dessa interpretação, a decisão adotada pelo Tribunal Arbitral e ratificada pela Justiça francesa no caso Dow Chemical, fundada no grupo econômico de fato, não teria amparo no direito brasileiro."

[101]CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, cit., v. 4, t. 2, p. 267.

de subordinação dos interesses das sociedades controladas ao interesse do grupo, embora esta realidade não seja considerada pela Lei n. 6.404/76[102].

Ou seja, na prática, o julgador frequentemente se deparará com estruturas que, muito embora organizadas sob a forma de grupo de fato, apresenta os elementos característicos de uma organização grupal, quais sejam, unidade econômica e direção unitária. O não reconhecimento, pela Lei n. 6.404/76, da unidade econômica do grupo, que se sobrepõe à individualidade jurídica de suas integrantes, e da existência de uma direção unitária no âmbito do grupo, não impedirá que o julgador identifique esses aspectos no caso concreto, quando deparado com grupos que, muito embora organizados na forma de grupo de fato, se organizem como um verdadeiro grupo de sociedades.

Constatada a existência de unidade econômica e direção unitária no âmbito de um grupo, qualquer que seja a sua denominação, será legítimo ao julgador considerar esses aspectos a fim de desvendar qual é a verdadeira vontade das sociedades envolvidas. E uma vez identificado o consentimento das sociedades não signatárias com a convenção de arbitragem será reconhecida a sua posição de parte. Com isso, é possível afirmar que a aplicação da teoria dos grupos de sociedades à arbitragem, mesmo diante do regramento da Lei n. 6.404/76, é perfeitamente possível.

### 4.3. Inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como instrumento para vincular não signatários à convenção de arbitragem

Alguns autores sugerem a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua forma objetiva, ou seja, a desconsideração da personalidade jurídica tão somente em decorrência da constatação de confusão patrimonial, diante da existência de um grupo de fato, a fim de possibilitar a vinculação de sociedades não signatárias, pertencentes ao grupo de sociedades, à convenção de arbitragem firmada por outras sociedades do grupo[103].

Lembre-se que o grupo de fato é caracterizado pela independência e autonomia das sociedades que o integram, não sendo admitida pela lei a submissão dos interesses de

---

[102]MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades,* cit.
[103]MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos de sociedades, cit., p. 175. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, cit., v. 4, t. 2, p. 276.

uma sociedade aos de outra ou às diretivas emanadas de outra. Nos grupos de fato a lei privilegia a individualidade econômica e jurídica. Ocorre que esta independência entre as sociedades integrantes dos grupos de fato na realidade não existe. Na maioria dos casos há unidade econômica entre as empresas integrantes dos grupos de fato e o estabelecimento, pela controladora, de uma política uniforme a ser observada por todas elas.

O reconhecimento de personalidade jurídica visa proporcionar à sociedade autonomia patrimonial e limitação ou supressão de responsabilidades individuais. A separação patrimonial é entendida como sendo a causa da criação da pessoa jurídica. Mas nos grupos de sociedades a descaracterização da autonomia da pessoa jurídica, do ponto de vista patrimonial e organizacional, é de sua natureza. A organização em grupo transforma os patrimônios das diversas sociedades integrantes em uma massa que circula livremente entre elas e em instrumento para a realização dos interesses do grupo, distinto do interesse individual.

A transformação do patrimônio de cada sociedade membro em instrumento da estratégia grupal afeta o princípio da autonomia patrimonial, gerando desvio de função. Dessa forma, em situações onde não exista separação patrimonial, limitação de responsabilidade e um centro de interesses autônomo, como ocorre nos grupos de fato, seria possível desconsiderar a personalidade jurídica em decorrência de desvio de função do instituto. E isso independentemente de dolo ou culpa[104].

Por meio da utilização do viés objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, portanto, os árbitros poderiam vincular à convenção de arbitragem as sociedades integrantes do grupo, superando, dessa forma, a personalidade jurídica autônoma, que dentro do grupo não pode ser levada às suas últimas consequências em decorrência do aspecto econômico unitário. Trata-se, assim, de um instrumento interessante que possibilitaria o reconhecimento da unidade econômica que prevalece no grupo, mas que foi negligenciada pelo legislador.

Ocorre que aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica apenas com a finalidade de permitir a vinculação de não signatários à convenção de arbitragem não é justificável. Tal medida se mostra desnecessária diante da possibilidade de os julgadores reconhecerem a qualidade de parte das não signatárias que consentiram

---

[104]COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 284. MUNHOZ, Eduardo Sechi. Desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 29-30, abr./jun. 2004. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, cit., v. 4, t. 2, p. 276-277.

com a convenção. Conforme já ressaltado, a tarefa dos julgadores de identificar a vontade das partes é facilitada pela existência do grupo, a qual constitui um forte indício de convergência da vontade das sociedades integrantes no sentido de submeter os litígios decorrentes do relacionamento com a parte contrária à solução via arbitragem. Assim, não é necessário ir tão longe, desconsiderando a personalidade jurídica das sociedades integrantes do grupo para assegurar a efetividade do procedimento arbitral. Essa efetividade será alcançada sempre que os julgadores puderem identificar quem são as verdadeiras partes da convenção de arbitragem, de forma a permitir a sua participação no processo.

Portanto, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos grupos de sociedades deve ser reservada para casos em que a existência do grupo seja prejudicial aos credores das sociedades integrantes, ou seja, deverá ser reservada para um segundo momento, relacionado à execução das obrigações das partes, caso isso seja necessário. Por exemplo, quando houver perda da disponibilidade autônoma de recursos e resultados das sociedades integrantes do grupo a favor da controladora, responsável por administrar tais recursos e resultados em prol da consecução dos objetivos do grupo, e essa indisponibilidade repercutir na capacidade das sociedades do grupo de honrar seus compromissos, caberá a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, de forma a suprir a ausência de solidariedade entre as sociedades integrantes do grupo e permitir que os credores tenham acesso ao patrimônio do grupo[105]. Por ser medida destinada a assegurar a execução da sentença arbitral, a desconsideração da personalidade jurídica será de competência do poder judiciário, não dos árbitros[106].

---

[105]CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, cit., v. 4, t. 2, p. 266-277. O autor explica que, em regra, a controladora do grupo será responsável por administrar os recursos e resultados originados da atividade empresarial de cada integrante do grupo, patrimônio esse destinado à consecução dos objetivos do grupo, o que se traduz em perda da disponibilidade autônoma de recursos e resultados a favor da controladora. Por outro lado, as sociedades integrantes do grupo continuam sendo individualmente responsáveis por suas obrigações, de forma que aos seus credores não é conferido direito sobre o patrimônio comum no caso de inadimplência. Dessa forma, caberá a desconsideração da personalidade jurídica sempre que bens da sociedade devedora não sejam suficientes para ressarcir o credor. Assim, se os negócios praticados por integrante do grupo visam o interesse do grupo, e não da sociedade integrante individualmente, e se desse negócio decorreu dano a terceiro, a desconsideração assegurará que não apenas os benefícios do negócio, mas também os prejuízos dele advindos sejam repartidos pelo grupo.

[106]CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96, cit., p. 83. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. 2009. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 298.

## 4.4. Determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem diante de um grupo de sociedades e a Lei n. 9.307/1996

### 4.4.1. Consentimento das partes e forma escrita como pressupostos de validade da convenção de arbitragem

Conforme analisado na primeira parte deste trabalho, a Lei de Arbitragem brasileira exige que a convenção de arbitragem seja escrita, mas não exige que o consentimento da parte seja expresso e por escrito, isto é, não exige assinatura. É perfeitamente possível, portanto, que o consentimento seja manifestado de maneira tácita, e depreendido do comportamento das partes e de outros aspectos do caso concreto. Se é assim, as sociedades pertencentes a um grupo de sociedades, não signatárias da convenção firmada por escrito por outras integrantes do grupo, mas que consentiram tacitamente com ela, são partes (desde que com isso consintam, mesmo que tacitamente, as demais partes envolvidas)[107]. O reconhecimento da qualidade de parte dessas não signatárias está de acordo com a Lei de Arbitragem brasileira, pois são atendidos todos os requisitos necessários para que haja uma convenção de arbitragem válida: forma escrita e consentimento.

### 4.4.2. Competência para decidir acerca dos limites subjetivos da convenção de arbitragem

A Lei n. 9.307/96, em seu artigo 8º, atribui aos árbitros a competência para decidir, de ofício ou por provocação das partes, acerca da existência, validade e eficácia da

[107]"Conclui-se, por conseguinte, que a previsão de forma escrita para a convenção arbitral não constitui óbice à sua extensão a partes não signatárias no âmbito do grupo de sociedades. Primeiramente, porque, nestes casos, haverá previsão, em regra, escrita, de cláusula compromissória. O que se discute é sua força vinculante em relação a outras sociedades, que só se mostra possível quando demonstrado de forma indubitável o consentimento de quem se pretende alcançar. Nesta perspectiva, outros elementos, tais como a participação da sociedade não signatária ao longo da contratação, possuem maior peso que a simples assinatura da cláusula. Assim sendo, verificados os pressupostos de aplicação da teoria, não há óbice normativo para a sua incidência. A conclusão não se choca com o espírito da Lei de Arbitragem, já que a extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias se justifica, repita-se à exaustão, somente quando demonstrada implicitamente a vontade de levar ao tribunal arbitral os futuros conflitos de interesses." TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 903, p. 24, jan. 2011.

convenção de arbitragem[108]. Adicionalmente, a Lei de Arbitragem determina, em seu artigo 20, que a parte que pretender arguir questões relativas à competência dos árbitros, nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura de demanda judicial para a anulação da sentença arbitral, conforme autoriza o artigo 33 da Lei n. 9.307/96[109].

A determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem consiste em identificar as sociedades que consentiram com ela, ou seja, em aferir a sua existência com relação às não signatárias. Portanto, nos termos do artigo 8º, a Lei de Arbitragem determina que é competência dos árbitros decidir a esse respeito. Essa decisão deverá ser tomada logo no início do procedimento, de ofício ou a requerimento dos interessados[110]. Note-se que pode ter interesse na decisão dos árbitros tanto a signatária (que visa submeter à arbitragem seus litígios com a não signatária que, por sua vez, nega a sua condição de parte da convenção de arbitragem) como a não signatária (que visa submeter à arbitragem seus litígios com a signatária que, por sua vez, nega a condição de parte da não signatária)[111].

---

[108]"Em sede de arbitragem institucional competirá à instituição arbitral efetuar a apreciação *prima facie* da existência e validade da cláusula compromissória, a fim de que a arbitragem seja impulsionada, mas, em seguida será atribuição do tribunal arbitral instituído ou do árbitro único avaliar quanto à sua competência e jurisdição, advinda de cláusula arbitral válida e eficaz, consoante deflui do princípio denominado da *competência-competência*, previsto no art. 8 º, parág. único da Lei n. 9.307/96, que determina que o árbitro de ofício ou por provocação das partes decidirá acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória." LEMES, Selma Maria Ferreira. *Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes*. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri32.pdf>. Acesso em: 01 out. 2012.

[109]"Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. § 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa. § 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei."

[110]MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos de sociedades, cit., p. 178.

[111]Se a arbitragem for institucional, pode ocorrer de o regulamento atribuir à câmara de arbitragem competência para fazer uma análise *prima facie* desses aspectos, como ocorre com a Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional: "What does the Court look for when deciding whether a case shall proceed? It first of all seeks to determine whether an arbitration agreement under the ICC Rules may exist. This may be necessary, for example, when it has been argued that an agreement does not exist; that there is no written evidence of an agreement; that a draft agreement, although initialled, was never signed; or that there was merely an exchange of documents but no signed agreement. The Court also looks to ensure that,

Entretanto, a decisão dos árbitros não ficará imune ao controle do poder judiciário, na medida em que a própria Lei de Arbitragem assegura às partes a possibilidade de requerer a anulação da sentença arbitral quando for nula a convenção ou quando a sentença arbitral for proferida fora dos seus limites, nos termos dos artigos 32[112] e 33 da Lei n. 9.307/96[113]. Dessa forma, caso a sentença arbitral seja submetida ao controle do poder judiciário e este decida em sentido diverso daquele decidido pelos árbitros, ou seja, no sentido de que as não signatárias não eram partes da convenção de arbitragem, a sentença arbitral será anulada (art. 32, I e 33, §2º, I da Lei de Arbitragem) ou, se puder ser em parte mantida, será devolvida ao tribunal arbitral para que profira nova sentença, dessa vez restrita às signatárias da convenção (art. 32, IV e 33, §2º, II da Lei de Arbitragem).

Ressalte-se que, não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem e não chegando as partes a um consenso a esse respeito, a parte que tem interesse na instauração da arbitragem deverá ajuizar ação judicial para tanto, com base no artigo 7º da Lei de Arbitragem[114]. Nesses casos, e também quando o réu, ao contestar uma demanda, arguir a existência de convenção de arbitragem, caberá ao poder judiciário lidar com a questão da sua existência, validade e eficácia. Isso em prol da economia processual,

---

prima facie, an agreement under the ICC Rules may exist as concerns the entities that have been named in the matter." WHITESELL, Anne Marie. Non-signatories in ICC Arbitration. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics?* 2006. Kluwer Law International, 2007. p. 367. (ICCA Congress Series, v. 13). Para mais informações sobre a questão: KOCH, Christopher. Judicial activism and the limits of institutional arbitration in multiparty disputes. In: Matthias Scherer (Ed.). *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, v. 28, n. 2, p. 380-391, 2010.

[112]"Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I – for nulo o compromisso; II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei."

[113]"Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. § 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento. § 2º A sentença que julgar procedente o pedido: I – decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII; II – determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses. § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial."

[114]"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, tocaria 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."

já que, ao final, caberá ao juiz togado enfrentar a questão da validade da convenção de arbitragem, questionada por meio da ação judicial prevista no artigo 32 da Lei de Arbitragem[115].

Ocorre que a identificação das partes da convenção de arbitragem não será, na maioria das vezes, tarefa simples. Demandará, em regra, a investigação de aspectos do caso concreto, que demonstrem, de maneira segura, que a parte, muito embora não tenha sido signatária da convenção de arbitragem e, portanto, muito embora não tenha consentido com ela de maneira expressa, o fez por meio do seu comportamento, de maneira tácita. Diante disso, questiona-se se o juiz togado seria dotado de competência para proceder a uma investigação tão profunda, ou se a lei de arbitragem apenas teria reservado ao juiz togado competência para declarar vícios reconhecíveis de imediato, ou seja, que não demandem dilação probatória.

A Lei de Arbitragem brasileira não fornece qualquer solução para esse problema, de forma que caberá à doutrina e à jurisprudência indicar qual caminho deverá ser seguido. Ainda estamos muito longe de uma definição. De um lado, há importantes manifestações doutrinárias no sentido de que a competência do juiz togado seria restrita à declaração de vícios reconhecíveis *prima facie*. Dessa forma, não poderia o juiz togado, em decorrência do princípio da competência-competência[116], determinar o prosseguimento da instrução probatória para verificar se a não signatária consentiu tacitamente com a convenção de arbitragem[117]. De outro lado, já existe exemplo de caso concreto em que o juiz, ao se deparar com uma ação ajuizada para a instauração da arbitragem contra uma não signatária, realizou uma breve investigação dos fatos para determinar se a não signatária

---

[115]CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96, cit., p. 176.

[116]Sobre o princípio da competência-competência: "competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral." CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96, cit., p. 175.

[117]"A doutrina, de qualquer forma, ainda não tem posicionamento firme no sentido de identificar com exatidão quais os limites dos poderes investigativos do juiz acerca da invalidade da convenção de arbitragem. Emmanuel Gaillard sugere que o juiz só possa declarar a invalidade da convenção arbitral quando o vício for reconhecível *prima facie*, ou seja, de pronto, sem necessidade de maior exame. Parece que o ilustre professor parisiense tem razão, já que a limitação da cognição do juiz apenas a aspectos que desde logo pode detectar, sem maiores indagações (cognição sumária, portanto), harmoniza-se com o princípio da Kompetenz-Kompetenz adotado pela Lei. Se assim for, poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito a uma questão de direito indisponível; mas não poderia determinar o prosseguimento da instrução probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contratantes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral." CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96, cit., p. 177.

era, ou não, parte da convenção de arbitragem, reconhecendo, por fim, o seu consentimento[118].

A posição adotada pela jurisprudência parece ser a mais adequada. Em primeiro lugar, porque se o juiz togado não puder decidir a respeito do consentimento da não signatária nos casos em que as partes não acordaram previamente sobre a forma de instituir a arbitragem, a convenção de arbitragem pactuada não produzirá nenhum efeito. Em segundo lugar, porque uma decisão proferida, desde logo, no âmbito do poder judiciário, a respeito de quem são as partes da convenção, evita que a sentença arbitral seja posteriormente questionada com base no artigo 33 da Lei de Arbitragem[119]. A decisão proferida pelo poder judiciário privilegia a eficiência e a economia processual, ao evitar que novo processo seja instaurado para discutir exatamente o mesmo ponto. Note-se que nos autos de ação ajuizada para a anulação da sentença arbitral não poderá o juiz se furtar

---

[118]Trata-se do caso *Trelleborg* (*item 4.5.*). A sentença foi assim fundamentada: "Apesar de a (*sic.*) 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 a negociação que culminou com a celebração dos referidos contratos contou com a participação direta da Trelleborg Industri AB. De fato, foi a Trelleborg Industri AB quem manifestou a intenção de se associar à Anel – Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda., oportunidade em que atribuiu a si o direito de designar qualquer sociedade componente de seu grupo para conduzir e concluir as negociações de associação (f.), sendo inconstestável que a empresa que, afinal, concluiu as negociações e celebrou com a autora os contratos de constituição da Trelleborg PAV, Indústria e Comércio Ltda. (f.), de associação (f.) e consultoria (f.), tem como sócia majoritária a Trelleborg Industri AB (f.). 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., sediada na Suécia. Aliás, tanto a Trelleborg Industri AB está vinculada aos negócios conduzidos e concluídos pela Trelleborg do Brasil Ltda. e a Anel – Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda. que as cláusulas compromissórias contidas nos contratos de associação e consultoria exigem que todos os procedimentos e conferências atinentes à arbitragem, bem como todos os documentos apresentados durante esses procedimentos sejam redigidos em idiomas português e inglês (f.), o que evidencia o envolvimento direto da empresa estrangeira nos negócios celebrados com a autora, daí decorrendo sua corresponsabilidade pelo cumprimento dos respectivos contratos. Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade de parte passiva *ad causam* arguida pelas rés na resposta que apresentaram a f., já que manifesta a corresponsabilidade da Trelleborg Industri AB pelas obrigações decorrentes dos contratos firmados entre a autora e a Trelleborg do Brasil Ltda." Processo n. 000.01.060969-5, 13ª Vara Cível da Comarca da Capital – SP, j. 15.5.2002. Sentença disponível na Revista de Arbitragem e Mediação, n. 1, janeiro-abril de 2004, p. 236.

[119]"El tribunal que por naturaleza resulta competente para resolver la cuestión bajo análisis es el próprio tribunal arbitral. Ello es así por cuanto, en principio, son los mismos árbitros quienes determinam y deciden su propria competência en el caso concreto. Este principio – hoy generalmente aceptado – tiene su nacimiento en la jurisprudência alemana bajo la doctrina del *kompetenz-kopetenz*. Pese a esto, no deberían descartarse supuestos donde los tribunales competentes de la sede del arbitraje sean quienes terminen dirimiendo la procedencia (o no) de incluir a un tercero no signatário al arbitraje. Esta posibilidad estaría justificada por el hecho que, siendo los jueces de la sede del arbitraje los únicos competentes para entender en el eventual proceso de anulación del laudo arbitral, cualquiera de las partes podría solicitar su intervención en el arbitraje para dirimir esta cuestión previa a fin de – justamente – evitar tramitar todo un proceso para finalmente obtener un laudo que será considerado nulo por los proprios magistrados del lugar de la sede." DEYÁ, Frederico S. Incorporación de partes no signatárias al arbitrage. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 161-162, out./dez. 2005.

de confirmar se os envolvidos são partes da convenção de arbitragem. Melhor, então, que essa análise seja feita na primeira oportunidade possível[120].

### 4.4.3. Vinculação de sociedades não signatárias ao compromisso arbitral?

A Lei de Arbitragem disciplina, no mesmo capítulo, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, espécies do gênero convenção de arbitragem[121]. Ambos são dotados de eficácia para afastar a jurisdição estatal e vincular as partes, que deverão submeter os litígios por eles abrangidos ao tribunal arbitral. Entretanto, são utilizados em contextos diferentes.

Mediante a inserção, em um contrato, de uma cláusula compromissória, as partes convencionam resolver, por meio de arbitragem, controvérsias que venham a surgir entre elas, relacionadas ao contrato pactuado. Como a cláusula compromissória diz respeito a conflitos futuros e incertos, é nela que se fixam as atenções quando se discute os limites subjetivos da convenção de arbitragem. Isso porque outros sujeitos podem se envolver na relação jurídica durante a execução do contrato e, se consentirem com a cláusula compromissória anteriormente pactuada, serão a ela vinculados.

Com celebração do compromisso arbitral, por outro lado, as partes objetivam estabelecer que um litígio concreto, já existente, seja solucionado por meio de arbitragem[122]. Como nesses casos as partes são, em regra, identificadas no compromisso, é

---

[120] Em sentido contrário: TIBURCIO, Carmem. O princípio da kompetenz-kompetenz revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (Bundesgerichtshof). In: Batista Martins, Pedro; Lemes, Selma Ferreira; Carmona, Carlos Alberto (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 435. PITOMBO, Eleonora C. Os efeitos da convenção de arbitragem – adoção do princípio kompetenz-kompetens no Brasil. In: BATISTA MARTINS, Pedro; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 335-336. Esta última autora afirma que "alguns acreditam que tal análise a priori seria vantajosa como medida de economia processual, vez que caberá, de toda forma, ao Judiciário, ao final, apreciar a validade da convenção. (...) Como já mencionado em capítulos anteriores, discordamos de tal opinião, eis que acreditamos que a admissão dessa premissa seria conceder métodos procastinatórios para partes de má-fé que se valeriam da morosidade do Judiciário para inviabilizar o desenvolvimento do procedimento arbitral."

[121] "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."

[122] "A cláusula compromissória distingue-se por ser genérica, objetivando resolver número não definido de divergências enquanto o compromisso arbitral é específico, visando à solução de uma ou mais controvérsias, já existentes e definidas. É o futuro condicional, em oposição ao presente." BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*, cit., p. 95. "Para a validade da cláusula basta que as partes mencionem as relações jurídicas por ela abarcadas, o seja, é suficiente reportar-se a determinado contrato, às relações societárias relativas aos integrantes de determinada empresa, a certos serviços, sem maior

menos provável a existência de partes não signatárias[123-124].

Mesmo se surgirem discussões a respeito da possibilidade de vincular uma sociedade não signatária ao compromisso arbitral, com fundamento no fato de a não signatária pertencer ao mesmo grupo de sociedades das signatárias do compromisso, a vinculação não poderá ser admitida. Já tendo tomado forma o litígio antes da pactuação do compromisso arbitral, é perfeitamente possível às partes definir quem deverá participar da futura arbitragem. Se, por qualquer motivo, uma sociedade, pertencente ao mesmo grupo de sociedades de que fazem parte as sociedades signatárias do compromisso, for impedida de participar dele, isso decorrerá da vontade de todos os envolvidos no conflito, vontade essa que não poderá ser contrariada posteriormente. Assim, a vinculação de uma sociedade não signatária do compromisso arbitral à arbitragem dele decorrente apenas será possível se com isso posteriormente concordarem todos os interessados, inclusive o tribunal arbitral.

### 4.5. O caso *Trelleborg*

O caso *Trelleborg* é famoso e frequentemente mencionado pela doutrina como sendo a prova de que a determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem mediante a aplicação da teoria dos grupos de sociedades é possível no Brasil. Teve início com o ajuizamento, por *Anel – Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda.* ("Anel"), de ação para instauração de arbitragem contra *Trelleborg Industri AB*

---

preocupação em especificar os litígios que poderão decorrer do relacionamento contratual mantido pelas partes. Daí dizer-se que o compromisso trata de litígio determinado, enquanto a cláusula refere-se a litígios determináveis." CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96, cit., p. 103.

[123]CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 341.

[124]Aqui, cabe mencionar importante ponderação de Edoardo Flavio Ricci: "Outra utilidade do compromisso formado pelo juiz é deduzível do §7º do art. 7º da Lei 9.307/96, segundo o qual, *a sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral* estipulado pelas partes. O compromisso seria capaz, por si mesmo, de eliminar o poder decisório do juiz, atribuindo-o ao árbitro, também na ausência de cláusula. Uma vez estipulado o compromisso pelas partes, é superado qualquer problema sobre a existência, validade e eficácia da mesma cláusula, bem como qualquer problema sobre sua aplicabilidade no caso concreto. A cláusula pode ser desconsiderada e perde sua importância em face da lide identificada e proposta no compromisso. Isso deve ser considerado na interpretação do art. 8º, par. ún., da Lei 9.307/96, que atribui aos árbitros a tarefa de decidir sobre sua própria competência e sobre a validade da cláusula compromissória. Na ausência de compromisso, a inexistência, invalidade, ineficácia ou inaplicabilidade da cláusula provoca a inadmissibilidade da arbitragem e, ao mesmo tempo, a incompetência dos árbitros. Inevitável, portanto, é a avaliação dos árbitros sobre essas questões. Mas a presença do compromisso simplifica o conjunto das questões a serem solucionadas. Quanto à lide nele identificada, a cláusula pode ser, mais uma vez, desconsiderada." RICCI, Edoardo Flavio. Presente e futuro da cláusula compromissória. In *Lei de arbitragem brasileira*: oito anos de reflexão: questões polêmicas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 103-140.

("Trelleborg Industri") e *Trelleborg do Brasil Ltda.* ("Trelleborg Brasil"), ambas integrantes do Grupo Trelleborg[125].

A Anel alegou que, após longa negociação com a Trelleborg Industri, constituiu com a Trelleborg Brasil sociedade chamada *Trelleborg PAV Indústria e Comércio Ltda.* ("Trelleborg PAV"). Alegou ainda que a *Trelleborg Holding AB*, também integrante do Grupo Trelleborg, mera extensão da Trelleborg Industri e também controladora da Trelleborg Brasil, adquiriu empresa chamada *AVS Brasil Getoflex Ltda.* Alegou, por fim, que a *AVS Brasil Getoflex Ltda.* é a principal concorrente da Trelleborg PAV, o que inviabilizaria os negócios dessa última e configuraria concorrência desleal. Esclareceu que notificou as rés para dar início ao processo de dissolução da sociedade comercial e apurar perdas por meio de arbitragem, conforme cláusula compromissória prevista nos contratos firmados, mas que as rés se recusaram a dar início ao procedimento.

O juízo de primeira instância, ao deparar-se com a resistência da Trelleborg Industri em participar da arbitragem, declarou que, apesar de a constituição da Trelleborg PAV e dos contratos de associação e consultoria firmados vincularem apenas a Trelleborg Brasil e a Anel, era claro que toda a negociação que culminou com a celebração dos referidos contratos contou com participação direta da Trelleborg Industri. Frisou que a Trelleborg Industri era sócia majoritária da Trelleborg Brasil e que foi a Trelleborg Industri que manifestou a intenção de se associar à Anel, atribuindo-se o direito de designar qualquer sociedade competente de seu grupo para conduzir e concluir as negociações de associação, o que acabou sendo designado à Trelleborg Brasil.

Anotou, ainda, que todos os contratos que vinculam a Anel e a Trelleborg Brasil foram redigidos nos idiomas inglês e português, e que a convenção de arbitragem determinava que todos os procedimentos referentes à eventual arbitragem fossem realizados também nos dois idiomas. Isso indicaria que os negócios celebrados não estavam circunscritos aos interesses das empresas sediadas no Brasil, mas também aos interesses da Trelleborg Industri, sediada na Suécia. Com isso, declarou que a Trelleborg Industri era co-responsável pelo cumprimento dos contratos firmados entre a Anel e a Trelleborg Brasil, rejeitando preliminar de ilegitimidade passiva apresentada pela Trelleborg Industri e determinando a sua submissão ao procedimento arbitral.

---

[125]Processo n. 000.01.060969-5, 13ª Vara Cível da Comarca da Capital – SP, j. 15.5.2002. Sentença disponível na *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, p. 234-239, jan./abr. 2004.

A decisão foi objeto de recurso[126], ao qual foi negado provimento. O tribunal afastou a alegação de ilegitimidade passiva face às provas produzidas, que teriam demonstrado o envolvimento da Trelleborg Industri nas negociações que deram origem ao litígio. Considerou, também, em sua decisão, o fato de a Trelleborg Industri ter participado ativamente no processo arbitral (que se desenvolveu por determinação do juízo de primeira instância e que, à época do julgamento do recurso, já havia sido finalizado) e ter pagado os valores correspondentes à sua condenação na arbitragem. Esses fatos, no entendimento do tribunal, constituíam comportamento que demonstrava o consentimento tácito da Trelleborg Industri com a convenção de arbitragem[127].

Feita a exposição do caso, necessário tecer sobre ele alguns comentários. Ressalte-se que, muito embora as decisões proferidas em primeira e segunda instâncias tenham sido importantíssimas para o desenvolvimento da arbitragem no cenário nacional, pois estimularam um debate praticamente inédito a respeito da possibilidade de vincular sociedades não signatárias à convenção de arbitragem pactuada por sociedades integrantes do mesmo grupo de sociedades – sendo por isso festejadas[128] –, seu conteúdo não é isento de críticas.

O juízo monocrático parece ter se valido dos fundamentos da teoria do grupo de sociedades para vincular a sociedade controladora à cláusula compromissória firmada por sua controlada. Isso fica evidenciado pela fundamentação da sentença, que indica que *toda negociação que culminou com a celebração dos referidos contratos contou com a participação direta da Trelleborg Industri AB*, que *foi a Trelleborg Industri AB quem manifestou a intenção de se associar à Anel*, que ela *atribuiu a si o direito de designar*

---

[126]Apelação n. 267.450-4/6-00, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 24.5.2006. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <www.tjsp.gov.br>. Acesso em: 14 jun. 2011.

[127]Trecho extraído do acórdão, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <www.tjsp.gov.br>: "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 observa participação ativa da apelante Trelleborg Industri AB".

[128]WALD, Arnoldo; GALÍNDEZ, Valéria. Jurisprudência comentada. Caso Trelleborg, cit., p. 246. Afirmam que o acórdão "adota uma posição construtiva, considerando que não há exigência de assinatura, pela holding, do contrato no qual se convencionou a cláusula compromissória para sujeitá-la à arbitragem, quando comprovado que colaborou ativamente no negócio jurídico, desde a sua negociação até a sua execução." Também apresentando comentário sobre o caso: GIUSTI, Gilberto. MARQUES, Ricardo Dalmaso. As partes na arbitragem internacional: direito brasileiro, UNIDROIT e CISG – "Extensão" dos efeitos da cláusula compromissória. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (Coords.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT , CISG e direito brasil*eiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 258-261. BORJA, Ana Gerdau de. Comverse Inc. v. American Telecomunication do Brasil Ltda.: adesão à cláusula compromissória a posteriori. Representação, ônus da prova e lei aplicável – comentários à SEC 3.709-US. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 34, p. 378-379, jul./set. 2012.

*qualquer sociedade componente de seu grupo para conduzir e concluir as negociações*, e que a exigência do uso do inglês *evidenciava o envolvimento direto da empresa estrangeira nos negócios celebrados com a autora*.

Conforme já mencionado, é perfeitamente possível (e até desejável) que o julgador identifique aspectos do caso concreto para apurar a existência de consentimento da não signatária com a convenção de arbitragem. Assim procedeu o juízo monocrático, o que merece aplausos, já que essa prática não é comum entre os magistrados nacionais. Entretanto, nenhum dos elementos identificados neste caso permite concluir pelo consentimento da controladora em ser parte do contrato firmado por sua controlada e muito menos da convenção de arbitragem nele contida. Note-se que essa conclusão decorre da análise do conteúdo da sentença e do acórdão proferidos, únicos documentos relacionados ao caso concreto disponíveis para consulta pelo público em geral.

O fato de Trelleborg Industri ter designado Trelleborg Brasil para firmar contrato com Anel indica que Trelleborg Industri não queria se envolver diretamente nesse negócio. Aqui é possível, até mesmo, fazer um paralelo com o caso *Société Sponsor A.B. vs. Lestrade* (*item 3.4.*), no qual, de maneira semelhante, a controladora Sponsor AB participara do negócio exclusivamente até o momento em que constituiu a subsidiária Sponsor S.A. para que ela, individualmente, firmasse o contrato com Lestrade. Além disso, o fato de a controladora ter participado da negociação que culminou com a celebração dos contratos não permite, por si só, concluir que havia vontade da controladora de ser parte do contrato. Note-se que após a sua celebração não houve qualquer interferência da controladora no negócio firmado pela controlada (pelo menos não há informação na sentença a respeito). Quanto às exigências de utilização do inglês, permitem inferir apenas que as controladoras tinham o desejo de acompanhar o negócio, o que é bastante lógico, diante da existência de um grupo de sociedades, mas nunca a sua vontade de ser parte do negócio. Portanto, a mera existência de um grupo não poderia ter dado causa à vinculação da controladora à convenção de arbitragem, diante da ausência de consentimento.

Muito diferente desse caso é o caso *Dow Chemical* (*item 3.2*), paradigma mencionado pela doutrina nacional e internacional quando se discute os limites subjetivos da convenção de arbitragem diante de um grupo de sociedades. Neste caso, os contratos previam entregas a serem feitas por qualquer subsidiária do grupo; não havia formalismo quanto à definição das sociedades do grupo encarregadas da execução dos contratos; havia correspondências trocadas entre as partes contendo referência aos contratos como sendo do

grupo, sem alusão a sociedades específicas; havia distribuição das tarefas necessárias à execução dos contratos pela controladora conforme os interesses do grupo, o que nunca foi motivo de protestos da parte contrária, cujo comportamento indicava claramente que tinha plena ciência de que contratara com o grupo, e não com sociedades específicas dele. Ou seja, no caso *Dow Chemical*, não apenas havia um grupo de sociedades. As sociedades integrantes do grupo atuavam como se fossem uma só, de forma que sequer interessava à parte contrária qual das integrantes do grupo estava na outra ponta do negócio.

A solução dada ao caso *Trelleborg*, portanto, não está de acordo com a jurisprudência internacional. O mesmo pode ser dito a respeito da decisão proferida em segunda instância, na qual o Tribunal seguiu o entendimento declarado em primeiro grau de jurisdição para declarar 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'*. Ou seja, a decisão colegiada manteve o entendimento esposado pelo juízo monocrático, no sentido de que a Trelleborg Industri deveria ser considerada parte da convenção de arbitragem em decorrência de elementos que demonstravam algum vínculo desta com o negócio firmado pela sua controlada.

A decisão de segunda instância é passível de críticas também com relação a outros fundamentos. A 7ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo declarou que o fato de a Trelleborg Industri ter participado da arbitragem e inclusive pagado a condenação que lhe fora imposta pelos árbitros deveria ser considerada como manifestação tácita de vontade da Trelleborg Industri, que assim teria consentido com a convenção de arbitragem.

Ocorre que não é possível considerar que a atuação da Trelleborg Industri na arbitragem implica no seu consentimento tácito com a convenção. A Trelleborg Industri havia interposto recurso de apelação contra a decisão que determinou a instituição da arbitragem, o que demonstra sua resistência à jurisdição dos árbitros. Não é correto declarar a existência de convenção se a Trelleborg Industri estava apenas exercendo seu direito de defesa e agido de boa-fé, acreditando que estaria resguardada pela existência do recurso interposto, cuja decisão poderia inclusive ter determinado a devolução dos valores pagos[129]. Nossos tribunais superiores já firmaram sua jurisprudência no sentido de que não

[129]Em sentido contrário, afirmando constituir importante fundamento do acórdão o fato de a Trelleborg Industri ter "participado da arbitragem, praticando uma série de atos que implicavam o reconhecimento de sua responsabilidade pelo negócio realizado pela sua subsidiária brasileira", WALD, Arnoldo; GALÍNDEZ, Valéria. Jurisprudência comentada. Caso Trelleborg, cit., p. 246.

há consentimento tácito quando a parte apresenta objeção à competência dos árbitros para decidir o litígio, mesmo que depois disso participe normalmente do procedimento arbitral[130].

Portanto, a solução conferida ao caso *Trelleborg* não parece adequada à luz dos precedentes internacionais que trataram sobre o mesmo assunto. Entretanto, isso não retira em nada a extrema importância do caso que, em decorrência da fundamentação – inovadora no cenário nacional – de que lançaram mão os julgadores para resolvê-lo, impulsionou as discussões a respeito da possibilidade de, à luz da legislação brasileira, vincular sociedades não signatárias à convenção de arbitragem firmada por outras sociedades integrantes do mesmo grupo de sociedades.

[130]Note-se que o caso em comento difere em muito de outros casos que ganharam repercussão, como a SEC 856 (Caso L'Aiglon, DJ 27.6.2005) e a SEC 866 (Caso Oleaginosa Moreno, DJ 16.10.2006), comentados no Capítulo II da Primeira Parte deste trabalho. No primeiro caso, o STJ declarou a aceitação tácita da convenção de arbitragem em decorrência da completa ausência de impugnação à competência do juízo arbitral pela parte, que participou ativamente da arbitragem e apenas apresentou resistência ao juízo arbitral após sua sucumbência. No segundo, o STJ negou o pedido de homologação, declarando entendimento da corte no sentido de que "a participação de empresa requerida no processo arbitral implica aceitação da convenção de arbitragem, desde que esta não apresente impugnação sobre a ausência de cláusula compromissória". A diferença entre os casos é clara na medida em que, no caso *Trelleborg*, houve resistência à instauração do juízo arbitral e manifestação de inconformismo mediante a interposição de apelação contra a sentença que determinou a instituição da arbitragem.

# II. GRUPOS DE CONTRATOS

## 1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA

É prática já reiterada no âmbito comercial a utilização de diversos instrumentos contratuais para implementar um negócio jurídico único, porém complexo. Boa parte das transações comerciais envolve múltiplos contratos, seja porque os tipos contratuais existentes não são capazes de corresponder à variedade e complexidade dos negócios, seja em decorrência do avanço da tecnologia e da especialização das partes. São recorrentes, por exemplo, situações em que as partes firmam um contrato-quadro, contendo disposições gerais a respeito da empreitada e, em seguida, diversos outros contratos, envolvendo ou não outras sociedades, voltados para a execução das etapas já determinadas pelo primeiro contrato.

Há, dessa forma, cenários em que múltiplos contratos, firmados ou não pelas mesmas partes, se destinam, além da consecução de seus próprios objetivos, à consecução de um objetivo maior e comum a todos eles, no caso do exemplo, a realização da empreitada. Se todos os instrumentos contratuais têm um objetivo comum, e se todos se influenciam reciprocamente, nada mais natural que eventuais disputas decorrentes de um ou de alguns deles sejam resolvidas por meio de um mesmo procedimento, do qual participem todos os sujeitos interessados, sejam eles ou não signatários de cada um dos contratos.

Ocorre que, muito embora relacionados, esses contratos são instrumentos independentes. Dessa forma, nem sempre tais contratos terão disposições homogêneas a respeito da forma de resolução de controvérsias eleita pelas partes, que poderão ter incluído cláusula de eleição de foro em alguns, convenção de arbitragem em outros e ainda terem se omitido a respeito nos demais. Diante disso, a questão que se coloca, em caso de conflito originado desses contratos, é se será ou não possível decidir de forma conjunta todas as questões controvertidas, ou ainda, a participação de todos os sujeitos interessados nesse procedimento único, sejam eles signatários de todos ou apenas de alguns dos instrumentos contratuais.

Em outras palavras, quando diversos contratos são firmados para o desenvolvimento de um único empreendimento ou negócio, mas apenas alguns deles contêm convenção de arbitragem, poderão surgir dúvidas a respeito da vontade das partes

de submeter ou não, ao procedimento arbitral, eventuais controvérsias decorrentes dos contratos que não contêm cláusula de resolução de controvérsias. A mesma dúvida surgirá quando as partes firmarem contratos com convenção de arbitragem e outros com cláusula de eleição de foro ou com convenções de arbitragem incompatíveis, todos relacionados ao mesmo empreendimento ou negócio.

Nesses casos, os julgadores, invariavelmente, serão obrigados a decidir sobre a abrangência objetiva da convenção de arbitragem, de forma a determinar a competência de árbitros e juízes estatais para decidir acerca das controvérsias decorrentes da relação contratual complexa que as partes constituíram. Por exemplo, em havendo um primeiro contrato com convenção de arbitragem, um segundo com cláusula de eleição de foro e um terceiro sem cláusula de resolução de controvérsias, todos relacionados, os julgadores deverão decidir em que medida as partes optaram por afastar a convenção de arbitragem para a resolução de controvérsias decorrentes do segundo, mas mantê-la eficaz para a resolução de controvérsias decorrentes do terceiro.

Além disso, quando os contratos foram pactuados por partes diferentes, os julgadores deverão lidar também com a questão dos limites subjetivos da convenção de arbitragem. Ou seja, em havendo litígio decorrente de diversos contratos, todos firmados para a consecução de um único empreendimento ou negócio, será necessário determinar quais são as partes da convenção de arbitragem incluída em um dos contratos, ou seja, determinar se são partes apenas aquelas signatárias do contrato ou também aquelas que firmaram outros contratos referentes ao negócio, mas que contêm convenção de arbitragem com conteúdo diverso ou não contêm convenção.

Este capítulo está voltado para a análise de como as questões apresentadas acima têm sido solucionadas na prática arbitral. Antes disso, para melhor compreender as soluções encontradas pelos julgadores, será analisada a teoria dos grupos de contratos ou contratos coligados. Essa teoria tem sido frequentemente utilizada para a determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem. Por fim, será possível chegar a uma conclusão a respeito da compatibilidade, ou não, dos métodos utilizados no cenário internacional com o ordenamento jurídico brasileiro.

Note-se que, muito embora o objeto desse estudo seja os limites subjetivos da convenção de arbitragem, esse capítulo compreenderá também a análise de casos que envolveram apenas a questão da sua abrangência objetiva (múltiplos contratos, mas firmados pelas mesmas partes), pois essa análise se mostrou essencial para a compreensão

dos casos que envolveram a questão da abrangência subjetiva (múltiplos contratos firmados por múltiplas partes, sem que todas elas sejam signatárias de todos os contratos).

## 2. CONCEITO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DOS GRUPOS DE CONTRATOS OU CONTRATOS COLIGADOS

A estruturação de negócios por meio da utilização de múltiplos contratos é consequência direta da complexidade e da plurilateralidade das operações econômicas estabelecidas na atualidade. Negócios que há algumas décadas podiam ser inteiramente contemplados em apenas um instrumento contratual demandam, atualmente, a pactuação de diversos contratos, pois um único contrato já não é mais suficiente para regulamentar todos os direitos e obrigações decorrentes do desenvolvimento tecnológico, da especialização das empresas e das novas necessidades do mercado. Pode-se dizer que há uma demanda por novos tipos contratuais que não é atendida satisfatoriamente pelos tipos contratuais clássicos.

Dessa forma, são bastante usuais situações em que as partes firmaram diversos contratos individuais, utilizando-se, por vezes, de tipos contratuais de uso consagrado, como a compra e venda e a locação, visando alcançar, por meio deles, uma finalidade diversa da finalidade do instrumento contratual considerado individualmente. Há uma atuação coordenada dos contratos e das partes signatárias em prol de um interesse comum. Isso ocorre, por exemplo, quando há subcontratação (muito comum em empreitadas), em contratos de garantia (como a fiança ou o seguro), em contratos de financiamento para consumo, em contratos de distribuição (como os de distribuição de combustíveis), no *leasing* e em muitos outros casos[131].

A questão não é recente. A doutrina italiana dos *contratti collegati* se desenvolveu de maneira mais significativa e encontrou sua consagração entre as décadas de 1930 e 1970. Essa doutrina apresenta como elementos essenciais para a existência de uma coligação contratual a pluralidade de contratos (não necessariamente celebrados entre

---

[131]MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 210 e ss. ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 46, n. 145, p. 99, jan./mar. 2007. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

as mesmas partes), a autonomia dos instrumentos contratuais coligados e o nexo funcional ou econômico existente entre eles. Ou seja, de acordo com a doutrina italiana, os contratos coligados ou conexos são caracterizados pelo fato de serem instrumentos autônomos, com objeto e até mesmo partes diversas, mas que se prestam a um objetivo comum, que não se confunde com o objetivo individual de cada um dos contratos. A destinação dos contratos a um objetivo comum, por sua vez, pode se dar ou em decorrência da vontade das partes de atribuir a eles um escopo unitário, ou em decorrência do próprio conteúdo dos contratos, que acaba por refletir a vontade das partes[132].

Já a doutrina francesa dos *groupes de contrats* surgiu e se desenvolveu de modo independente da doutrina italiana. De acordo com ela, os grupos de contratos devem ser classificados em cadeias contratuais e conjuntos contratuais. As cadeias contratuais são caracterizadas pela identidade de objeto[133] e formadas pela conclusão sucessiva de contratos, como ocorre com as cadeias de vendas sucessivas de um determinado bem. Os conjuntos contratuais são caracterizados por serem contratos pactuados de forma contemporânea (e não sucessiva) para a consecução de uma finalidade comum (identidade de causa[134]), como ocorre com os contratos integrantes de uma operação complexa. De acordo com essa doutrina, os contratos em grupo devem ser interpretados uns em função dos outros, sendo imprescindível a análise do conjunto como um todo. Além disso, aponta-se para a existência de obrigações entre partes que não têm uma relação contratual direta, de forma que haveria uma nova leitura do princípio da relatividade contratual e da noção de terceiro[135].

Percebe-se que italianos e franceses, partindo de premissas diversas, denominaram também de forma diversa o fenômeno do agrupamento de contratos. Os italianos utilizam as expressões *contratos coligados* ou *contratos conexos*. Os franceses, as

---

[132]MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 43 e 52 e ss. ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos coligados. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 42, n. 132, p. 114, out./dez. 2003.

[133]Por objeto do contrato entende-se "a coisa ou o direito que o contrato transfere a outra parte, ou a prestação que uma parte se obriga a executar a favor da outra", ou seja, o conteúdo do contrato. ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 92.

[134]A noção de causa contratual é controvertida. "A primeira conceituação define a *causa* como a função econômico-social do contrato; a segunda, como resultado jurídico objetivo que os contratantes visam obter quando estipulam o contrato; e a terceira, como razão determinante da ação que move as partes a celebrar determinado contrato." ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 91. Orlando Gomes ensina que predomina entendimento no sentido de que a causa tem sentido objetivo, devendo ser entendida como a função econômico-social do contrato. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 54.

[135]LÔBO, Paulo. *Direito civil*: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 109-112. ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos coligados, cit., p. 115. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 76 e ss.

expressões *grupo de contratos*, *cadeias contratuais* e *conjuntos contratuais*. Ressalte-se que as diferenças entre a doutrina italiana e a francesa não se restringem à denominação. A doutrina francesa é mais ampla do que a doutrina italiana, classificando como grupos de contratos agrupamentos contratuais que podem ou não ter identidade de causa. Ou seja, de acordo com os franceses, são espécies de grupos de contratos também os agrupamentos que se caracterizam pela mera identidade de objeto, cujos contratos individualmente considerados não visam a uma finalidade comum. Daí por que, ainda hoje, a doutrina brasileira, com base nos ensinamentos da doutrina estrangeira, faz distinção entre as diferentes formas de organização de um agrupamento de contratos[136].

A classificação feita pela doutrina francesa, que contrapõe, dentro da espécie grupo de contratos, cadeias contratuais (identidade de objeto) e grupos contratuais (identidade de causa), não é a mais adequada para os fins do presente trabalho. Conforme será demonstrado adiante, a finalidade comum aos contratos, que a doutrina usualmente denomina supracontratualidade ou finalidade negocial supracontratual, é o elemento levado em consideração pelos julgadores para decidir a respeito dos limites subjetivos da convenção de arbitragem. Por esse motivo, o mais adequado seria adotar as denominações oriundas da doutrina italiana, *contratos coligados* ou *contratos conexos*, por estarem ligadas diretamente à noção de identidade de causa dos contratos. Por outro lado, deve ser relevado que a expressão que se consagrou no âmbito da arbitragem foi a oriunda da doutrina francesa, *grupo de contratos*, o que justifica a sua utilização neste trabalho, em paralelo às demais.

Com base nos ensinamentos da doutrina estrangeira, assentou-se entre nós a ideia de que o fenômeno dos contratos coligados ou conexos se traduz pela união de uma pluralidade de contratos individualizados, que se prestam a uma única finalidade, ou melhor, à realização de uma única operação econômica. Os contratos continuam a possuir um objeto individual e conservam a sua estrutura, aplicando-se-lhes o conjunto de regras próprias do tipo a que se ajustam, mas o objetivo final a ser alcançado pelas partes apenas será atingido pela consecução do objeto de todos os contratos em conjunto, ou seja, os contratos visam à realização de uma operação complexa, porém unitária. O contrato passa a ser um instrumento para a realização de um negócio mais amplo visado pelas partes – há

---

[136]ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 86-87. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 96-97. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*, cit., p. 146.

uma finalidade negocial supracontratual – de forma que a existência desses contratos não se explica senão em decorrência dessa finalidade comum[137].

Em outras palavras, verifica-se a coligação toda vez que as partes, no exercício de sua autonomia negocial, dão vida a diversos contratos distintos[138], os quais, caracterizando-se cada um em função da própria causa e conservando a individualidade própria de qualquer tipo negocial são, todavia, concebidos e queridos como funcionalmente coligados entre si e postos em relação de recíproca dependência, ou seja, um contrato teve sua origem no outro, é um complemento do outro ou é uma consequência necessária para a execução de atividades previstas de maneira genérica no outro. É possível afirmar inclusive que há um negócio único que se desmembra em distintos contratos, os quais podem ou não ter sido pactuados pelas mesmas partes.

No que diz respeito à classificação dos contratos coligados, a doutrina faz distinção entre coligação ocasional, *ex lege*, natural, necessária e voluntária. A ocasional não é uma coligação propriamente dita, pois configurada por uma pluralidade de contratos que estão unidos pelo mero acaso, ou seja, contratos que mantêm sua completa independência, mas que possuem, por exemplo, partes em comum (aqui é possível encaixar a união meramente externa de contratos, que ocorre quando dois ou mais contratos perfeitamente individualizados e independentes são unidos no mesmo instrumento contratual)[139]. A coligação *ex lege* é aquela em que o vínculo contratual vem expressamente estipulado em lei, a qual prevê desde logo os seus efeitos. A coligação natural é a que tem origem na natureza acessória de um dos contratos coligados, ou seja, aquela em que o tipo contratual pressupõe um ou mais contratos a ele relacionados. A coligação necessária é a que não decorre da autonomia da vontade das partes, senão da própria natureza dos contratos, da sua estrutura ou da lei (é, portanto, uma categoria que engloba a coligação *ex lege* e a natural). Por fim, a coligação voluntária é aquela

---

[137]GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 121-122. ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos coligados, cit., p. 113. ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 88 e 91. LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 28, p. 22-58, out./dez. 1998. LÔBO, Paulo. *Direito civil*: contratos, cit., p. 109-112. LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoria sistêmica del contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. 71, jan./mar. 2000.

[138]A doutrina atenta para o fato de que a autonomia estrutural dos contratos que formam a coligação não implica necessariamente que os contratos sejam documentalmente individualizados. Mas essas hipóteses fogem do objeto deste trabalho, na medida em que não haverá discussão acerca dos limites subjetivos da convenção de arbitragem se houver um único instrumento contratual. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit.,. 119 e ss. ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 93.

[139]ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 88-89. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*, cit., p. 123.

decorrente da vontade das partes, e poderá ser expressa (quando há cláusula contratual que expressamente estabeleça a coligação) ou implícita (a ser deduzida a partir da finalidade dos contratos e de outros aspectos do caso concreto)[140].

De acordo com as formas de coligação apresentadas pela doutrina, a interdependência entre os contratos será, na coligação *ex lege*, natural e necessária, desvinculada da vontade expressa ou implícita das partes. Entretanto, parece correto afirmar que a manifestação volitiva das partes sempre estará presente em qualquer caso de coligação, na medida em que são as partes que optam pelos tipos contratuais de que se valerão para a consecução dos seus objetivos. Ou seja, mesmo que seja possível afirmar que uma coligação é necessária, terão sido as partes que optaram por utilizar o tipo contratual que implica automaticamente na coligação. Dessa forma, qualquer coligação contratual tem origem na manifestação volitiva das partes.

A doutrina distingue ainda os contratos coligados com dependência recíproca ou bilateral e aqueles com dependência unilateral. Na coligação com dependência bilateral, os contratos, embora autônomos, condicionam-se reciprocamente, em sua existência e validade. Cada qual é a causa do outro, formando uma unidade econômica. A intenção das partes é que um não exista sem o outro e, por conta dessa interdependência, a dissolução de um implica a dissolução do outro. A coligação com dependência unilateral verifica-se quando não há reciprocidade. Um só dos contratos é que depende do outro. Tal coligação requer a subordinação de um contrato a outro, na sua existência e validade. Ambos os contratos permanecem, no entanto, individualizados[141].

Quando diante de contratos coligados, as partes envolvidas detêm mais direitos e deveres do que aqueles decorrentes de cada um deles. Possuem direitos e deveres próprios do grupo contratual, conforme os princípios de honestidade, probidade e boa-fé. Trata-se dos deveres laterais de conduta, assim denominados porque existem paralelamente aos direitos e deveres decorrentes das relações contratuais individualmente consideradas. Note-se que a doutrina reconhece que os de deveres laterais de conduta permeiam todos os

---

[140]GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 121-122. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 104-108. ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 88-89. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 832, p. 103, fev. 2005.

[141]GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 121-122. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 59. ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 90. LÔBO, Paulo. *Direito civil*: contratos, cit., p. 109-112. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*, cit., p. 124. Há ainda outras formas de classificação: ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos coligados, cit., p. 116-117.

tipos de negócio jurídico[142]. Aqueles que surgem no âmbito de uma coligação contratual, entretanto, possuem características próprias.

De acordo com os deveres laterais de conduta, as partes terão o dever de contribuir para preservar a coligação, sendo-lhes vedado comportar-se de forma atentatória à coligação e aos contratos individualmente considerados, mesmo que tal conduta lhes seja permitida pelo contrato de que são signatárias. As partes possuem também o dever de colaborar para a consecução do fim comum, de maneira que é vedada às partes a prática de condutas contrárias aos objetivos buscados pela execução dos contratos. Enfim, as partes não podem agir egoisticamente, estritamente nos termos de um contrato individualmente considerado, causando prejuízos aos demais integrantes do grupo e inviabilizando o atingimento da finalidade global perseguida[143].

As partes sujeitas a tais deveres laterais de conduta serão todos os sujeitos que participam de, pelo menos, um dos contratos que formam a coligação, desde que, além de serem partes do contrato individualmente considerado, sejam também partes da própria coligação. Assim, não importa se esses sujeitos possuem ou não relação contratual direta com todos os demais sujeitos signatários dos demais contratos, desde que visem à consecução da operação econômica unitária, finalidade última da conexão. Com relação às partes da coligação, a doutrina reconhece até mesmo o direito de ação direta, mesmo que estas não sejam signatárias do mesmo contrato (caso do tomador de serviços em face do subcontratado, por exemplo)[144].

Note-se que se, por um lado, é possível vislumbrar casos em que, muito embora nem todas as partes possuam vínculo contratual direto, todas são efetivamente

---

[142]"A boa-fé objetiva se estende da fase pré-contratual à pós-contratual, criando deveres entre as partes, como o de informar, o de sigilo e o de proteção. Na fase contratual propriamente dita, esses deveres passam a existir paralelamente ao vínculo contratual; são deveres anexos ao que foi expressamente pactuado." AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, p. 116, abr. 1998.

[143]LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*, cit., p. 149-153. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, cit., p. 104. LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros, cit., p. 30 e 36. ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 101-103. ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos coligados, cit., p. 123. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 209.

[144]ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos coligados, cit., p. 122-123. LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros, cit., p. 29. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 142. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*, cit., p. 208. ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 92.

partes da coligação, também é possível vislumbrar casos em que alguns sujeitos, apesar de figurem em determinados contratos, permaneçam alheios à coligação. Esse será o caso, por exemplo, de um sujeito contratado exclusivamente para fabricar uma peça específica, que será utilizada para a montagem de determinado maquinário que, por sua vez, está inserido na consecução do negócio global. A esses sujeitos, que não são partes da coligação, interessa apenas o objeto do contrato de que são efetivamente partes, e não o objeto complexo dos contratos coligados. Este último é de interesse exclusivo daquele com quem o sujeito alheio à coligação contratou, ou seja, os contratos firmados com sujeitos que não são partes da coligação serão coligados apenas do ponto de vista de uma das partes da coligação.

Dessa forma, o simples fato de ser parte de um contrato coligado não torna o sujeito parte da coligação. Quando isso ocorre, e determinados sujeitos ficam alheios à coligação, a doutrina questiona a existência de uma operação econômica unitária. Por isso, obrigações decorrentes dos contratos coligados não poderão, via de regra, ser opostas a esses sujeitos alheios à coligação, mas tão somente àqueles que, como partes dela, têm ciência dos negócios desenvolvidos no âmbito do grupo de contratos. Apenas as partes da coligação possuem deveres laterais de conduta no âmbito da coligação, como o dever de preservar a operação única visada pelas partes e de colaborar para a sua consecução. O sujeito alheio à coligação não tem esses deveres, pois, em sua ótica, não há vínculo entre os contratos[145].

Por fim, resta tecer alguns comentários a respeito da propagação de efeitos em contratos coligados. Pelo menos a princípio, a invalidade e a ineficácia de um contrato afetam os contratos a ele coligados, dando causa à invalidade ou ineficácia[146] superveniente desses contratos. Isso em decorrência da finalidade comum a que todos os contratos coligados se voltam: se a consecução do objeto querido pelas partes se torna impossível em decorrência da invalidade ou ineficácia de um dos contratos, os demais contratos não prevalecerão, pois de nada valem isoladamente. Apenas quando essa

---

[145]MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 31, 143 e 209.

[146]LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*, cit., p. 181 e ss. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 194 e 197. Este último autor declara que "a invalidade de um contrato não acarreta a invalidade do contrato a ele coligado. Este não possui um vício simultâneo à formação, que dê causa à sanção de invalidade. O que há é a perda de um fator de eficácia. A autonomia estrutural entre os contratos impõe seja vista a invalidade de um deles como circunstância extrínseca a do outro." Em seguida, anuncia que excepcionalmente pode haver casos em que a invalidade de um contrato levará à invalidade do outro (por exemplo, quando o contrato inválido for uma locação, causa pressuposta de um contrato de sublocação) ou à anulabilidade do outro (em virtude do erro quanto à validade do contrato inválido).

finalidade, esse objetivo comum não for comprometido pela invalidade ou ineficácia de um dos contratos é que os demais poderão ser mantidos[147]. Aqui é possível se valer da classificação apresentada pela doutrina, que distingue entre contratos com dependência unilateral e contratos com dependência bilateral. Em sendo bilateral a dependência, dificilmente um dos contratos sobreviverá.

Também no que diz respeito ao inadimplemento de obrigação específica prevista em um dos contratos coligados é necessário levar em consideração a importância da prestação inadimplida para a consecução do objetivo perseguido pela coligação. Se, por conta do inadimplemento de uma obrigação contratual, as demais obrigações estabelecidas no âmbito da coligação se tornarem inúteis, de forma a inviabilizar a finalidade econômica supracontratual, poderá haver a resolução de todos os contratos por inadimplemento[148].

A situação assume aspectos peculiares quando, no âmbito da coligação, nem todas as partes são partes de todos os contratos coligados, ou ainda, quando nem todas as partes dos contratos coligados são partes da coligação. Em que medida a invalidade ou ineficácia de um contrato coligado poderá repercutir sobre outro contrato coligado quando esses possuem partes distintas, ou ainda sujeitos que, embora partes do contrato individualmente considerado, não são partes da coligação? O mesmo problema se apresentará em caso de inadimplemento de um dos contratos. Note-se que, se por um lado, ao sujeito alheio à coligação importa apenas a validade, eficácia e adimplemento do contrato de que é signatário, por outro, a invalidade, ineficácia ou inadimplemento desse contrato específico poderá repercutir sobre os demais contratos coligados.

Aqui valem as mesmas premissas já colocadas a respeito dos deveres laterais de conduta das partes dos contratos coligados. As partes da coligação, ao mesmo tempo em que suportarão danos decorrentes da invalidade, ineficácia e inadimplemento de alguns dos contratos coligados, poderão responsabilizar e ser responsabilizadas pelas demais partes da coligação. Conforme já comentado, a doutrina reconhece que as partes da coligação têm direito de ação direta contra todas as demais, mesmo não tendo relação direta com elas. Mas as partes dos contratos coligados alheias à coligação, pelo menos em regra, não

---

[147]RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p. 37-38. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 85. LÔBO, Paulo. *Direito civil*: contratos, cit., p. 109-112. ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 101. ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos coligados, cit., p. 125-126.

[148]MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 200. ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 102.

podem ser atacadas nem atacar as partes da coligação, pois entre elas não há qualquer vínculo.

De qualquer forma, uma resposta definitiva apenas poderá ser dada após a investigação dos aspectos do caso concreto. A interpretação dos contratos coligados em conjunto, além de ser essencial para obter o real significado das cláusulas contratuais inseridas em cada um deles[149], é necessária para o reconhecimento da existência e para a definição do alcance e intensidade da própria coligação[150]. Essa interpretação deverá considerar fatores como o tempo e o lugar da conclusão e da execução dos contratos, as partes envolvidas, o relacionamento estabelecido entre elas e o seu comportamento desde as tratativas até a execução do contrato, as circunstâncias da operação econômica visada pelas partes, a finalidade da coligação e dos contratos individualmente considerados, a existência de expectativa legítima das partes, entre outros[151].

A depender do resultado da investigação e interpretação dos contratos, até mesmo o sujeito que se supunha alheio à coligação poderá ser responsabilizado por eventuais danos causados às demais partes. Isso poderá ocorrer, por exemplo, quando ficar demonstrado que a forma como o negócio foi estruturado conferia às partes da coligação uma legítima expectativa de que o sujeito era também parte da coligação e, portanto, assim como elas, deveria cumprir com os seus deveres. Ao contrário, o sujeito alheio à coligação não poderá responder perante a coligação quando os fatos demonstrarem que o negócio de que participou era, pelo menos do seu ponto de vista, limitado a ele e à sua contraparte. Deverão sempre ser considerados, quando da interpretação do caso concreto, a boa-fé objetiva e os costumes do negócio.

O tema dos contratos coligados, portanto, poderá representar exceção ao clássico princípio da relatividade contratual, de acordo com o qual os efeitos do contrato devem ser limitados às partes signatárias do contrato. Como os contratos coligados

---

[149]"[O] contrato coligado atua na própria construção do conteúdo contratual, pois muitas cláusulas contratuais somente poderão ser compostas a partir de elementos presentes nos textos de todos os contratos envolvidos." MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 224.

[150]O Código Civil argentino, em dispositivo bastante elogiado pela doutrina, dispõe que os contratos que estão vinculados entre si, celebrados em decorrência de uma operação econômica global, devem ser interpretados uns por meio dos outros, devendo ser atribuído a eles o sentido apropriado ao conjunto da operação: "*Artículo 1.030. Grupo de contratos. Los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global son interpretados los unos por medio de los otros, y atribuyéndoles el sentido apropriado al conjunto de la operación"*. ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos coligados, cit., p. 126. ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 98.

[151]MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 208. ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 95.

irradiam efeitos uns sobre os outros, as partes da coligação podem passar a ser responsáveis por obrigações decorrentes de contratos do grupo que não foram por elas pactuados diretamente, em prol dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, ou ainda ser afetadas diretamente pela conduta dos demais sujeitos, como no caso de resolução ou inadimplemento de um dos contratos coligados que repercuta diretamente nos demais. Isso tudo é consequência direta da supracontratualidade dos contratos coligados. E ainda, a depender do resultado da interpretação dos contratos, até mesmo o sujeito alheio à coligação poderá ser responsabilizado por eventuais danos causados às partes da coligação, também em decorrência da boa-fé objetiva.

## 3. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS GRUPOS DE CONTRATOS À ARBITRAGEM

Considerados os pressupostos da teoria dos grupos de contratos ou teoria dos contratos coligados, neste item serão analisados precedentes judiciais e arbitrais nos quais tal teoria teve aplicação, auxiliando os julgadores na tarefa de definir os limites subjetivos da convenção de arbitragem. Os julgados podem ser divididos em três grupos: casos em que foi inserida a mesma cláusula de resolução de controvérsias em todos os contratos (ou, ao menos, cláusulas de resolução de controvérsias compatíveis); casos em que foi inserida cláusula de resolução de controvérsias apenas em alguns dos contratos (enquanto outros contratos foram omissos a respeito), e casos em que foram inseridas nos contratos cláusulas de resolução de controvérsias incompatíveis (como convenções de arbitragem com conteúdos diversos ou convenções de arbitragem e cláusulas de eleição de foro). Em quaisquer dessas hipóteses, ainda é possível distinguir entre os casos em que, muito embora existam múltiplos contratos, a partes são idênticas em todos eles, e os em que, além de múltiplos contratos, são múltiplas as partes e nem todas são signatárias de todos os contratos.

### 3.1. Contratos com cláusulas de resolução de controvérsias idênticas ou compatíveis

Essa análise casuística será iniciada com a hipótese mais simples: apesar da existência de múltiplos contratos, todos eles foram firmados exatamente pelas mesmas

partes, que neles inseriram exatamente a mesma cláusula de resolução de controvérsias (ou, ao menos, cláusula de resolução de controvérsias compatíveis).

Para ilustrá-la, foi selecionado o caso CCI n. 5989, de 1989[152]. Nesse caso, uma determinada sociedade desejava reorganizar a sua rede de distribuição e, para tanto, firmou com outra sociedade um contrato-base e diversos outros contratos destinados a especificar as obrigações contratuais das partes no decorrer do relacionamento. Uma arbitragem foi instituída com fundamento nas convenções de arbitragem contidas no contrato-base e em um contrato secundário firmado entre as partes. Ambas as convenções de arbitragem determinavam que eventuais conflitos entre as partes deveriam ser solucionados por meio de arbitragem administrada pela CCI, em Genebra.

O tribunal arbitral declarou sua competência para julgar, em um único procedimento, todas as demandas decorrentes de todos os contratos firmados. Para tanto, levou em consideração a vontade inequívoca das partes de submeter eventuais litígios surgidos entre elas à arbitragem, o fato de as partes serem as mesmas em todos os contratos, o fato de os contratos conterem convenções de arbitragem idênticas e a existência de um negócio jurídico unitário entre as partes, ou seja, o tribunal arbitral reconheceu a existência de uma verdadeira coligação contratual. O fato de as partes terem estabelecido, em cada um dos contratos, procedimentos diferentes para tentativa de conciliação, anteriores à instituição da arbitragem, não alterou o entendimento do tribunal arbitral, que declarou irrelevante essa distinção uma vez que as partes já haviam tentado a conciliação, que restara infrutífera[153].

Em hipóteses como a do caso descrito acima, ou seja, contratos coligados firmados por partes idênticas e contendo a mesma convenção de arbitragem, ou pelo menos compatíveis (como aconteceu no caso mencionado, em que, apesar de idênticas, remetiam as partes a procedimentos pré-arbitrais distintos), é em geral legítimo presumir que as

---

[152]HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues. *Journal of International Arbitration,* Kluwer Law International, v. 18, n. 3, p. 321, 2001. LEBOULANGER, Philippe. Multi-contract arbitration. *Journal of International Arbitration,* Kluwer Law International, v. 13, n. 4, p. 79, 1996.

[153]O tribunal arbitral declarou que "[i]t is beyond doubt that the parties intended to have their disputes settled by arbitration, that both the arbitration clauses and the parties are identical and that the claims are connected in such a manner that in the context of an international arbitration we must find that their joint examination is admissible in the light of the intention of the parties, as expressed in the arbitration clauses. In fact, the purchase contract has been concluded in application (…) of the basic agreement. Thus (…) the mere fact that a new arbitration clause has been included does not show the unequivocal intention of the parties to rule out the arbitral proceedings provided for in the basic agreement. On the contrary, the purchase contract falls squarely within the contractual provisions of the basic agreement." HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 321.

partes desejam submeter eventuais disputas decorrentes do negócio ou empreendimento, considerado como um todo indivisível, a um mesmo tribunal arbitral[154]. Foi essa a conclusão alcançada pelos julgadores no caso CCI n. 5989, de 1989, conforme demonstrado. E é essa a conclusão que melhor atende aos princípios da celeridade, efetividade e economia processuais, principalmente em se tratando de contratos coligados.

Conforme já analisado, a teoria dos contratos coligados reconhece a existência de um objetivo que não se confunde com o objetivo individual dos contratos que formam a coligação. É o que a doutrina denomina supracontratualidade. Esse objetivo supracontratual é buscado pelas partes como fim último. A elas não interessa o objeto dos contratos individualmente considerados, mas tão somente aquele que os contratos serão capazes de realizar em conjunto. Como um contrato individualmente não se presta a realizar o negócio ou empreendimento final ambicionado pelas partes, não será eficiente resolver litígios dele decorrentes de forma isolada dos demais contratos coligados. Isso poderá gerar desde problemas menos preocupantes, como o aumento de custo para as partes em decorrência da utilização de mais de um procedimento, até problemas mais sérios, como a superveniência de decisões contraditórias ou inefetivas, pois incompatíveis com o objetivo da coligação. A prestação jurisdicional apenas será efetiva se levar em consideração a causa supracontratual.

Na ausência de coligação, a solução adotada pelos julgadores seria a mesma? Ou seja, na presença de múltiplos contratos, firmados pelas mesmas partes, contendo a mesma cláusula de resolução de controvérsias, mas ausente o objeto supracontratual, ainda assim o tribunal arbitral teria resolvido por julgar, em um mesmo procedimento arbitral, os litígios decorrentes dos diferentes contratos? A resposta correta parece ser negativa. Em havendo múltiplos contratos não coligados, o simples fato de as partes terem neles incluído a mesma cláusula de resolução de controvérsias não autoriza uma conclusão imediata no sentido de que os litígios decorrentes desses contratos devem ser resolvidos de forma conjunta. Para chegar a uma resposta definitiva, os julgadores deverão considerar aspectos do caso concreto, como o histórico do relacionamento das partes, os motivos que as levaram a firmar os diversos contratos e a existência de algum tipo de relacionamento entre eles, de forma a identificar qual é a verdadeira vontade das partes[155]. Em regra, se não

---

[154]GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 302.

[155]Nesse sentido, Fouchard, Gaillard e Goldman afirmam que "[e]ven where the parties have simply reiterated the same arbitration clause in each contract, there may be a difficulty. Should a single tribunal be

houver uma verdadeira coligação, deverão ser instaurados procedimentos arbitrais distintos.

E nos casos em que há partes distintas, ainda assim seria encontrada a mesma resposta? Para ilustrar essa hipótese, de múltiplos contratos contendo a mesma cláusula de resolução de controvérsias, mas firmados por partes distintas, foram selecionados dois casos que ganharam repercussão no cenário internacional: o caso CCI n. 3879, de 1984 (*Westland*)[156] e o caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, em 1987, *Société Kis France vs. Société Générale*[157]. Muito embora o caso *Westland* seja frequentemente citado pela doutrina como exemplo de caso em que Estados não signatários foram vinculados à convenção de arbitragem, também possui aspectos interessantes para a análise da aplicação da teoria do grupo de contratos à arbitragem. O caso *Société Kis France vs. Société Générale*, por sua vez, se destaca por ser um caso que envolveu a aplicação combinada da teoria do grupo de contratos e da teoria do grupo de sociedades à arbitragem.

No caso *Westland*, a AOI (*Arab Organization for Industrialization*, formada pelos países Emirados Árabes Unidos, Arábia Saudita, Quatar e Egito) firmou contrato com Westland, por meio do qual constituíram a sociedade ABH (*Arab British Helicopters Company*). Ato contínuo, Westland firmou diversos contratos com ABH. Disputas surgiram decorrentes dos contratos firmados entre Westland e AOI e Westland e ABH. Como todos os contratos continham convenções de arbitragem compatíveis, embora redigidas de forma ligeiramente diversa, Westland iniciou uma única arbitragem contra a AOI e ABH, a despeito de AOI e ABH não terem pactuado, entre elas, contrato contendo convenção de arbitragem.

O tribunal arbitral declarou sua competência com relação às duas requeridas. Ressaltou que as partes haviam demonstrado, no caso concreto, o seu consentimento, de

---

constituted to resolve all disputes arising from the contractual ensemble, or should there instead be a different arbitral tribunal for each contract? 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." GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 302. No mesmo sentido, LEBOULANGER, Philippe. Multi-contract arbitration, cit., p. 78.

[156]HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 275 e 306. DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. *A guide to the new ICC Rules of Arbitration*. Kluwer Law International, 1998. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 290.

[157]JABARDO, Cristina Saiz. *Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional*: o caso dos grupos societários, cit., p. 56-58. HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 306. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 288.

forma que, em havendo controvérsias, um único procedimento arbitral deveria ser instaurado envolvendo todas as partes. Para chegar a essa conclusão, o tribunal arbitral considerou a compatibilidade das convenções de arbitragem e a forte conexão existente entre os contratos, que formavam, na concepção dos árbitros, um todo indivisível, ou seja, uma verdadeira coligação contratual.

No caso *Société Kis France vs. Société Générale*, as sociedades firmaram um contrato objetivando a divulgação de determinado equipamento destinado à impressão de fotografias. O contrato, que assumiu a forma de um *contrato-quadro*, e por meio do qual as partes declararam agir em seu próprio nome e em nome de suas controladas, continha convenção de arbitragem. Foram firmados outros acordos locais, relacionados ao acordo principal e visando a sua implementação, envolvendo as duas empresas e algumas de suas subsidiárias. Todos os contratos faziam referência expressa à convenção de arbitragem contida no primeiro contrato, incorporando-a. Em função de conflito, a Société Générale e duas de suas subsidiárias iniciaram arbitragem junto à CCI contra a Kis France e duas de suas subsidiárias.

O tribunal arbitral, constatando a existência de operação econômica única entre dois grupos de sociedades, deu seguimento ao processo, declarando a sua competência para julgar demandas envolvendo todas as requerentes e requeridas, muito embora nem todas as partes do conflito tivessem uma relação contratual direta, ou seja, muito embora não houvesse convenção de arbitragem firmada de maneira direta entre todas elas. A Corte de Apelação de Paris confirmou a sentença arbitral, declarando que a decisão dos árbitros foi fundamentada na interpretação da vontade das partes, depreendida do seu comportamento, e da redação dos contratos. A Corte ressaltou também a relação de subordinação das subsidiárias em relação às controladoras, de forma que a teoria do grupo de sociedades e a do grupo de contratos foram aplicadas de maneira conjunta.

Percebe-se, então, que, quando as partes dos diversos contratos coligados são distintas, outros aspectos da teoria dos contratos coligados ganham relevância para a definição dos limites subjetivos da convenção de arbitragem. Conforme já exposto, de acordo com essa teoria, partes da coligação são aqueles sujeitos que, sendo parte de um ou alguns dos contratos coligados, têm interesse no objeto supracontratual. Não importa se todos esses sujeitos possuem ou não uma relação contratual direta. Serão partes da coligação desde que busquem a consecução da operação econômica unitária, que é o objeto da coligação. Dessa forma, se os litígios decorrentes de contratos coligados devem ser

resolvidos de maneira unitária, em um único procedimento, em decorrência da existência da supracontratualidade, nada mais natural do que permitir a participação, nesse procedimento, de todas as partes que são interessadas diretamente no objeto supracontratual, ou seja, de todas as partes da coligação, sejam elas ou não signatárias de todos os contratos coligados.

Nessa linha, em ambos os casos, *Westland* e *Société Kis France vs. Société Générale*, os julgadores entenderam que a existência de uma verdadeira coligação, bem como a existência de convenções de arbitragem idênticas (ou compatíveis, como ocorreu no caso *Westland*) nos diversos contratos coligados, autorizava não apenas a realização de um único procedimento arbitral, mas também a participação, nesse mesmo procedimento, de todas as partes da coligação. Isso tudo a despeito de não existir relação contratual direta entre elas. Os julgadores entenderam, de maneira correta, que, sendo partes da coligação, todas estavam vinculadas à convenção de arbitragem padrão incluída nos contratos coligados. Dessa forma, a existência de coligação somada à existência de convenções de arbitragem idênticas ou compatíveis foram fatores considerados pelos julgadores como reveladores da vontade das partes de submeter conflitos decorrentes de todos os contratos coligados a um procedimento arbitral único, que envolvesse todas as partes da coligação.

A *contrario sensu*, na ausência de coligação contratual, não será possível resolver, em um mesmo procedimento arbitral, controvérsias decorrentes de diferentes contratos firmados entre partes distintas, mesmo que eles contenham a mesma cláusula de resolução de controvérsias e estejam, de alguma forma, relacionados. Um caso submetido a um tribunal arbitral constituído sob o regulamento da Câmara de Arbitragem Nacional e Internacional de Milão, de 2 de fevereiro de 1996[158], ilustra bem essa afirmação. Nesse caso, o tribunal arbitral declarou sua incompetência para decidir conflitos entre B e C em arbitragem iniciada por A e B contra C, pois não havia convenção de arbitragem pactuada entre B e C. O tribunal arbitral entendeu irrelevante o fato de as convenções de arbitragem contidas nos contratos firmados entre A e B e entre A e C serem idênticas, e também o fato de os contratos serem ambos voltados ao desenvolvimento de um mesmo produto farmacêutico, pois, analisando aspectos do caso concreto, entendeu que não havia coligação, mas sim diferentes negócios jurídicos firmados entre partes diversas. Dessa

[158]HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 305.

forma, ausente a supracontratualidade, nada levava a crer pela existência de vontade das partes de resolver disputas oriundas dos diferentes contratos de maneira conjunta.

Portanto, a existência de convenções de arbitragens idênticas, ou pelo menos compatíveis, em contratos coligados, será importante indício da vontade das partes de resolver todas as disputas decorrentes dos diferentes contratos em um mesmo procedimento arbitral, independentemente de as partes serem ou não signatárias de todos os instrumentos contratuais coligados, ou seja, de as partes serem idênticas ou diferentes nos diversos contratos. A reconhecida existência de um objeto supracontratual, no qual todas as partes da coligação têm interesse, e a existência de convenções de arbitragem idênticas ou compatíveis das quais todas as partes são signatárias, autoriza conclusão dos árbitros no sentido de que controvérsias decorrentes dos contratos coligados devem ser decididas de maneira unitária, devendo participar desse procedimento único todas as partes da coligação. Dessa forma, ao determinar a abrangência objetiva e subjetiva da convenção de arbitragem na presença de um grupo de contratos, os julgadores deverão se pautar menos nos contratos individualmente considerados e mais na coligação, com seu objeto supracontratual.

## 3.2. Contratos com cláusula de resolução de controvérsias e contratos sem cláusula de resolução de controvérsias

A segunda hipótese a ser analisada contempla casos em que os julgadores se depararam com múltiplos contratos, mas nem todos eles continham cláusula de resolução de controvérsias, ou seja, as partes, idênticas ou não, incluíram cláusula de resolução de controvérsias compatíveis ou idênticas em alguns instrumentos contratuais, mas deixaram de fazê-lo em outros. Para ilustrar hipóteses em que as partes eram idênticas, foram selecionados dois casos, um administrado pela câmara de arbitragem do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* - ICSID, em 1992, e outro julgado pela Corte de Apelação de Paris, em 1995. Como exemplo de casos com partes diversas foram selecionados os casos CCI n. 6829, de 1992, um julgado da Corte de Cassação Francesa, de 22 de novembro de 1977 e um julgado da Suprema Corte Federal Suíça, de 2008.

A ICSID administrou, em 1992[159], uma arbitragem iniciada pela sociedade *Soabi* contra a *República do Senegal*, em decorrência de três contratos, dois deles sem cláusula de resolução de controvérsias e o último (o *Establishment Agreement*) contendo convenção de arbitragem. A *República do Senegal* contestou a competência dos árbitros, alegando que a ausência de convenção nos dois primeiros contratos era prova da vontade das partes de submeter eventuais litígios deles decorrentes à jurisdição estatal senegalesa, e que essa vontade não havia sido alterada em decorrência da convenção contida no *Establishment Agreement*. *Soabi*, por sua vez, alegou que o *Establishment Agreement* era o contrato definitivo, de forma que a convenção de arbitragem nele contida abrangia os outros dois contratos, que eram preliminares.

Nesse caso, o tribunal arbitral acolheu as alegações de *Soabi* e declarou sua competência para decidir a disputa. Ressaltou que as partes haviam definido, por meio dos três contratos, a totalidade do projeto que pretendiam desenvolver. A vontade das partes, portanto, era no sentido de desenvolver um único projeto consistente em duas etapas intimamente relacionadas, sendo a primeira, objeto do *Establishment Agreement*, condição para a implementação da segunda, objeto dos dois primeiros contratos. Dessa forma, o tribunal arbitral entendeu que os dois contratos, que não tinham cláusula de resolução de controvérsias, e o *Establishment Agreement* eram coligados e que, portanto, a convenção de arbitragem contida no último deveria ser aplicada às controvérsias decorrentes de quaisquer deles.

A decisão do tribunal arbitral nesse caso segue a mesma linha das decisões analisadas no item anterior. A existência de coligação entre contratos firmados pelas mesmas partes autoriza entendimento no sentido de que disputas decorrentes desses contratos devem ser resolvidas de maneira conjunta. O fato de as partes terem sido omissas a respeito da forma de resolução de controvérsias em alguns dos contratos coligados não é suficiente para ilidir esse entendimento. Isso porque, conforme já explicado, quando há uma coligação, o objeto dos contratos individualmente considerados é realizado para alcançar o objetivo supracontratual da coligação. Em decorrência da supracontratualidade, a resolução de controvérsias decorrentes de contratos coligados de maneira conjunta é de interesse das partes, já que a utilização de procedimentos diversos pode levar a decisões contraditórias e ineficazes do ponto de vista da coligação. Por isso, em casos como este, é

[159]HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 315-316.

legítimo concluir que as partes desejavam a resolução de controvérsias de maneira unitária, o que leva os julgadores a declarar que a convenção de arbitragem contida em um dos contratos abrange os demais contratos que não dispunham sobre qualquer forma de resolução de controvérsias[160].

Ainda na mesma linha das conclusões do item anterior, a ausência de coligação contratual no caso concreto levará a solução no sentido contrário, ou seja, restará desautorizada a resolução de controvérsias provenientes de diferentes contratos em um mesmo procedimento arbitral, mesmo quando firmados pelas mesmas partes. A fim de ilustrar essa afirmação, destaca-se um caso apreciado pela Corte de Apelação de Paris, datado de 8 de março de 1995[161]. Nesse caso, X e Y firmaram contrato de franquia que não continha cláusula de resolução de controvérsias. Em seguida, firmaram outro contrato, este com convenção de arbitragem, que dispunha a respeito da transferência de ações entre as partes no caso de inadimplemento de obrigações decorrentes do contrato de franquia. Ocorre que a opção de transferência de ações já havia expirado quando se instaurou conflito entre as partes. A Corte de Apelação de Paris declarou que disputas referentes à execução do contrato de franquia não poderiam ser abrangidas pela convenção de arbitragem contida em contrato que já havia expirado.

No exemplo citado, a convenção de arbitragem fora inserida pelas partes em um contrato bastante específico, que havia perdido o objeto quando do advento da disputa. Percebe-se que não havia um objeto único a ser realizado, em conjunto, por ambos os contatos. O contrato que continha a convenção constituía uma garantia no caso de inadimplemento do contrato de franquia, garantia esta que já não era mais válida ao tempo em que surgiu a controvérsia proveniente do contrato principal, do que decorre que não era essencial para o desenvolvimento do negócio firmado entre as partes. Em razão das circunstâncias do caso, que demonstravam a ausência de um objetivo supracontratual, os julgadores entenderam que a convenção contida em um dos contratos não podia ser aplicada ao outro, pois nada no caso concreto levava a crer que a vontade das partes era no

---

[160]No mesmo sentido foram decididos os seguintes casos: Caso n. 60 de 1980, Corte de Arbitragem da Câmara de Indústria e Comércio de Sofia, Alemanha; caso CCI n. 3493, 1983 (*Plateau dês Pyramides*); caso CCI n. 4367, 1986; caso CCI n. 5117, 1986; caso CCI n. 7929, 1995; caso *Mississippi Phosphates Corp. v. Unitramp Ltd.*, 1996, EUA; e vários casos submetidos às cortes francesas, entre eles os casos *Sté. Dês Transports de Pétrole de l'estsaharien TRAPES v. Mobil Producing Sahara Inc.*, 1970; *Pepratx v. Fichou*, 1991; *Freyssinet International v. Renardet*, 1992; *Société Firma Waibel v. Kauffer*, 2000.

[161]HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 314.

sentido de resolver por arbitragem eventuais conflitos decorrentes do contrato de franquia, que não continha qualquer cláusula de resolução de controvérsias.

Em resumo, os julgadores decidiram que, diante da ausência de coligação, não é possível submeter, a um mesmo procedimento arbitral, controvérsias decorrentes de diferentes contratos que, muito embora firmados pelas mesmas partes e de alguma forma relacionados, não foram contemplados com a mesma cláusula de resolução de controvérsias (pois as partes foram omissas a esse respeito em alguns deles). Se assim não fosse, poderia haver contrariedade à vontade das partes em determinadas ocasiões, o que é inadmissível quando se trata da submissão de controvérsias à arbitragem, em decorrência do caráter estritamente consensual do instituto. A convenção de arbitragem, contida em um contrato, apenas poderá ser aplicada a contratos que não contêm cláusula de resolução de controvérsias quando houver coligação contratual ou outros elementos que demonstrem que a vontade das partes é no sentido de resolver as controvérsias decorrentes de todos os contratos em conjunto. Caso contrário, a sua aplicação aos demais contratos não poderá ser admitida.

A questão se complica um pouco quando o cenário é composto de múltiplos contratos, alguns contendo a mesma cláusula de convenção de controvérsias e outros não, por serem omissos a esse respeito, que apesar de estarem relacionados de alguma forma, foram firmados por partes distintas. No caso CCI n. 6829, de 1992[162], três partes – A, B e C firmaram dois contratos relacionados a uma mesma empreitada. O contrato firmado entre A e B continha convenção de arbitragem e o subcontrato firmado entre B e C não dispunha sobre a forma de resolução de controvérsias. O tribunal arbitral declarou que o fato de os contratos firmados entre A e B (este contendo convenção de arbitragem) e B e C (este sem cláusula de resolução de controvérsias) serem coligados (o segundo sendo um subcontrato vinculado ao primeiro), não era suficiente para autorizar a aplicação da convenção contida no primeiro ao segundo[163]. Isso porque a sociedade ou indivíduo,

---

[162]HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 324. LEBOULANGER, Philippe. Multi-contract arbitration, cit., p. 50.

[163]Muito embora o tribunal arbitral tenha se declarado incompetente para julgar as demandas fundadas no contrato que não continha convenção de arbitragem, ressaltou que poderia levar em consideração o conteúdo do contrato que escapava de sua competência, de forma a melhor interpretar o contexto da relação das partes. Essa distinção feita pelo tribunal arbitral, entre apreciar as demandas provenientes do contrato que não lhe atribuía competência e levar em consideração o conteúdo desse contrato para julgar as demandas das quais fora incumbido, é de extrema relevância. Isso porque apresenta uma saída para casos em que a decisão sobre questões decorrentes de um contrato só é possível à luz de outro contrato (por exemplo, quando uma parte se recusa a cumprir suas obrigações originadas de um determinado contrato em decorrência do descumprimento, pela contraparte, de obrigações decorrentes de um outro contrato), e ambos contêm cláusulas de resolução de controvérsias distintas, sem possibilidade de consolidação de procedimentos. Se não fosse por essa distinção, que permite a um órgão analisar o conteúdo do documento

mesmo sendo parte de uma coligação, não poderá ser submetido a um procedimento arbitral contra a sua vontade. E, nesse caso, C, parte do subcontrato, não era parte da convenção de arbitragem contida no contrato principal.

Da mesma forma decidiu a Corte de Cassação Francesa, em julgado de 22 de novembro de 1977, ao declarar que, em havendo um contrato principal com convenção de arbitragem, esta não alcança o contrato de garantia firmado por uma das partes com um terceiro[164]. No que se refere à questão das garantias, merece destaque também um julgado da Suprema Corte Federal Suíça[165], que decidiu caso em que a controladora de uma das partes garantiu a execução de contrato de empreitada. O tribunal arbitral declarara sua incompetência para julgar demandas que envolvessem a controladora, decisão esta que foi confirmada pela Suprema Corte. O entendimento foi no sentido de que uma convenção de arbitragem inserida em um contrato não vincula a parte que apenas garantiu o cumprimento de obrigações dele decorrentes. Esta apenas será submetida à arbitragem se no contrato que constitui a garantia houver convenção de arbitragem ou cláusula fazendo referência àquela contida no contrato principal ou, ainda, se manifestar, expressa ou tacitamente, por meio de sua conduta, consentimento com a convenção contida no contrato principal[166]. O fato de a garantidora e a garantida pertencerem ao mesmo grupo de sociedades foi considerado insuficiente para justificar a vinculação da garantidora à convenção de arbitragem.

Portanto, é possível concluir que, no que se refere a contratos com partes iguais, independentemente de haver nos múltiplos contratos convenções de arbitragem idênticas, compatíveis ou de não haver cláusula de resolução de controvérsias em determinados contratos, em decorrência da omissão das partes, chegaremos às mesmas conclusões. Na presença de uma coligação contratual, as controvérsias decorrentes de todos os contratos poderão ser submetidas a um procedimento arbitral único. Isso, como

---

que foge de sua competência, seria impossível resolver controvérsias desse tipo, diante da impossibilidade de qualquer dos órgãos eleitos (seja ele um tribunal estatal, seja ele um tribunal arbitral) resolver a disputa como um todo. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 302.

[164]HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 308-309.

[165]Decisão de 19 de agosto de 2008, 4A-128/2008. SCHERER, Matthias. Bank and parent company guarantees in international arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 22, p. 150, jul./set. 2009.

[166]Outros julgados no mesmo sentido: caso CCI n. 3896, 1982; caso CCI n. 5721, 1990 e *SMABTP & Autres c/ soc. Statinor & Autre*, 1995, Corte de Apelação de Paris. HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 308-309. SCHERER, Matthias. Bank and parent company guarantees in international arbitration, cit., p. 150.

consequência direta da supracontratualidade e também porque, sendo as partes as mesmas, todas elas são, efetivamente, partes da convenção de arbitragem. Já na ausência de coligação contratual, as controvérsias decorrentes dos diferentes contratos não poderão ser solucionadas de maneira conjunta, devido à ausência da supracontratualidade, a não ser que outras circunstâncias do caso concreto demonstrem que, a despeito da ausência de coligação, a vontade das partes é no sentido de resolver todas as controvérsias em um mesmo procedimento.

Por outro lado, no que se refere a contratos com partes distintas, haverá suas soluções possíveis. Quando as convenções de arbitragem inseridas nos múltiplos contratos são idênticas ou compatíveis, a existência de uma coligação autorizará os julgadores a decidir, em um mesmo procedimento, todas as controvérsias decorrentes dos diferentes contratos coligados, como decorrência direta da supracontratualidade (na ausência de coligação, apenas poderá haver um procedimento único se outros aspectos do caso concreto indicarem que essa é a vontade das partes). Isso porque, nesses casos, todas as partes serão, obrigatoriamente, partes das convenções de arbitragem contidas nos contratos. Quando as partes são distintas, e deixam de incluir cláusula de resolução de controvérsias em determinados contratos, a presença de uma coligação contratual não será suficiente para autorizar a aplicação da convenção de arbitragem contida em um dos contratos aos demais. A não ser que outros aspectos do caso concreto levem a crer que as partes não signatárias eram partes da convenção de arbitragem. As partes não poderão ser submetidas à arbitragem contra a sua vontade.

### 3.3. Contratos com cláusulas de resolução de controvérsias incompatíveis

A terceira e última hipótese a ser discutida se refere a múltiplos contratos com cláusulas de resolução de controvérsias incompatíveis. Esses casos são configurados quando as partes incluem nos contratos convenções de arbitragem incompatíveis (elegendo regulamentos de câmaras de arbitragem distintas ou estabelecendo regras específicas que, de alguma forma, inviabilizam a resolução de controvérsias por meio de um único procedimento), ou quando incluem convenções de arbitragem em determinados contratos e

cláusulas de eleição de foro em outros contratos relacionados com os primeiros[167]. Foram selecionados dois casos a fim de ilustrar a questão: uma arbitragem administrada pela ICSID em 1983, na qual as partes eram idênticas, e um caso apreciado pela Corte de Apelação de Paris, em 1979, conhecido pela denominação de uma das reclamantes, *Sofidif*, no qual as partes dos contratos eram diversas.

Na arbitragem ICSID[168], iniciada pela sociedade *Klöckner* contra a República dos Camarões, os árbitros tiveram que lidar com a existência de três contratos, todos firmados pelas mesmas partes, relacionados à construção e posterior administração de uma unidade industrial (coligados, portanto), mas contendo convenções de arbitragem incompatíveis. A arbitragem foi iniciada pela *Klöckner* junto à ICSID, mas a reconvenção apresentada pela República dos Camarões tinha como fundamento obrigações decorrentes do contrato que remetia as partes à CCI. O tribunal arbitral constituído junto à ICSID declarou sua incompetência para julgar a reconvenção, reconhecendo que a competência para tanto seria de um tribunal arbitral a ser constituído sob o regulamento da CCI.

No caso julgado pela Corte de Apelação de Paris[169], três diferentes sociedades francesas iniciaram uma arbitragem CCI contra duas organizações iranianas voltadas para a exploração de energia nuclear. Os contratos objeto do litígio eram todos relacionados à cooperação entre Irã e França em um projeto de enriquecimento de urânio, mas haviam sido firmados entre partes diferentes e continham diferentes convenções de arbitragem. A Corte de Apelação de Paris anulou a sentença do tribunal arbitral, que havia reconhecido sua competência, declarando que uma arbitragem única apenas poderia ser realizada, a despeito da existência de diferentes convenções de arbitragem, se houvesse consentimento de todas as partes envolvidas.

---

[167]Note-se que não se discute aqui a inclusão de ambas, cláusula de eleição de foro e cláusula compromissória no mesmo contrato. Nesses casos, conforme a lição de Carlos Alberto Carmona, "não há incompatibilidade entre a cláusula compromissória e a cláusula de eleição de foro. As duas avenças têm áreas de abrangência diferentes, não sendo razoável imaginar que a presença de uma invalide a eficácia da outra. Enganam-se, portanto, aqueles que vêem alguma patologia por conta da inserção, num mesmo contrato, das duas cláusulas: a convivência de ambas é pacífica, não havendo necessidade de conceber artifícios interpretativos, muito menos de investigar eventuais intenções das partes para excluir uma ou outra avença." CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: Batista Martins, Pedro; Lemes, Selma Ferreira; Carmona, Carlos Alberto (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 33-46.

[168]HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 320. LEBOULANGER, Philippe. Multi-contract arbitration, cit., p. 50.

[169]HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 308. DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. *A guide to the new ICC Rules of Arbitration*, cit. SCHWARTZ, Eric A. Multi-party arbitration and the ICC – in the wake of Dutco. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 5, n. 2, p. 5-19, 1993.

Percebe-se que, independentemente de haver ou não identidade de partes, a convenção de arbitragem inserida em determinado contrato não será aplicável aos demais contratos que contenham cláusulas de resolução de controvérsias incompatíveis. A forma que as partes elegeram para resolver eventuais controvérsias decorrentes de determinado contrato não poderá ser desconsiderada, mesmo que exista coligação entre os contratos e a resolução de controvérsias deles decorrentes por meio de procedimentos distintos possa ser inconveniente[170].

Não obstante, há julgados em sentido contrário. A Corte de Apelação de Paris, em 29 de novembro de 1991, constatando a existência de coligação, determinou a aplicação da convenção de arbitragem inserida em um dos contratos coligados aos demais para solucionar controvérsias decorrentes, inclusive, daqueles que continham cláusula de eleição de foro. Conforme relata a doutrina, o julgamento da corte foi no sentido de que, na presença de contratos coligados, a convenção inserida no contrato-base é expressão da vontade das partes no sentido de submeter disputas decorrentes dos contratos coligados à arbitragem. Portanto, deve abranger todas as disputas, decorrentes de todos os contratos coligados, excluindo a competência das cortes judiciais. A Corte declarou ainda que a cláusula de eleição de foro inserida em determinados contratos coligados tão somente indicaria eventual competência territorial[171].

Decisões como essas são, entretanto, a minoria. O entendimento geral é mesmo no sentido de que, se as partes optaram por uma cláusula de resolução de controvérsias distinta das incluídas nos demais contratos coligados, afastaram a forma de resolução de conflitos inicialmente adotada para aquele contrato específico. Seguindo a mesma linha de raciocínio, prevalece também entendimento no sentido de que, quando contratos mais

---

[170]Foram julgados no mesmo sentido os seguintes casos envolvendo partes idênticas: caso CCI n. 4392, 1983; *G.I.E. Acadi v. Thomson-Answare*, 1987, Corte de Apelação de Paris; *Compagnie Honey well Bull S.A. v. Computacion Bull de Venezuela C.A.*, 1990, Corte de Apelação de Paris. Também foram julgados no mesmo sentido os seguintes casos envolvendo partes diversas: caso CCI n. 2745, 1977; caso CCI n. 2762, 1977; Caso n. 69, 1987, Corte de Arbitragem da Polônia; Caso n. 1491, 1992, Câmara de Arbitragem de Milão.

[171]Conforme relato de Bernard Hanotiau, o julgamento da corte foi no sentido de que "[i]n the presence of a protocol constituting the basic agreement between the parties and lease management contracts signed in performance of this framework agreement and in accordance with the terms and conditions it had laid down, it is worth pointing out that such agreements constitute a contractual whole, a group of contracts, in which the lease management appears as a mean of implementing the protocol. The arbitration clause, which reveals the common will of the parties to the contract, concerns all disputes pertaining thereto and in particular those relative to the consequences of the termination of the lease-management contracts concluded in performance of said protocol. The scope of the arbitration clause as an expression of the will of the parties is far wider than that of a jurisdiction clause, in that it has the effect of vesting the arbitrators with the power to judge, thereby excluding the intervention of State courts, whereas the jurisdiction clause only designates the court which is territorially competent to decide the disputes." HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 315.

recentes possuem o mesmo objeto dos anteriores, substituindo-os, mas cláusula de resolução de controvérsia distinta daquela inicialmente pactuada, as partes substituíram de maneira definitiva a cláusula de resolução de controvérsias, de forma que a antiga não mais terá aplicação[172]. Dessa forma, caberá aos julgadores aplicar aquela vigente para o contrato em questão, de acordo com a manifestação de vontade das partes no caso concreto.

### 3.4. Principais aspectos dos precedentes analisados

Conforme já demonstrado (*item 2*), haverá um verdadeiro coligamento contratual quando há uma pluralidade de contratos individualizados que se prestam à concretização de uma operação complexa, porém unitária. O contrato passa a ser um instrumento para a realização de um negócio mais amplo visado pelas partes, o que a doutrina usualmente denomina supracontratualidade ou finalidade negocial supracontratual, pois transcende o objetivo de cada um dos contratos considerados individualmente. Na coligação, a existência de cada um dos contratos não se explica senão em decorrência dessa finalidade comum.

É em decorrência da supracontratualidade que a doutrina reconhece a existência de partes da coligação, em oposição às partes dos contratos coligados. São partes da coligação aquelas que, sendo partes signatárias de um ou alguns dos contratos coligados, têm interesse na causa supracontratual, independentemente de terem ou não relação jurídica contratual direta com todas as demais partes dos contratos coligados. As partes da coligação têm dever lateral de conduta que, no âmbito da coligação, se traduz no dever de contribuir para a preservação dos contratos e para a consecução do fim comum, sendo-lhes vedada a prática de condutas que causem prejuízos aos demais integrantes do grupo e inviabilizem a consecução da finalidade global perseguida.

---

[172]"However, where despite the prior practice of the parties a subsequent contract contains either a clause conferring jurisdiction on the courts or an arbitration clause that differs from the previous clauses, the parties' later choice constitutes sufficient grounds on which to reject any suggestion that the earlier clause has been tacitly renewed (…). Where a more recent contract concerns the same subject-matter as earlier contracts, but contains a different arbitration clause, it can usually be inferred that the parties agreed to amend the arbitration clause". GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 306. "Naturally, at the time of their conclusion, the parties may renounce the initial arbitration clause and adopt other means for settling their future disputes, for example, if the contracts for the implementation of the agreement contain a clause which is incompatible with that in the framework agreement. Their silence, however, militates in favour of the coming in to play of the arbitral clause". HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 327.

Também em decorrência da supracontratualidade é que, pelo menos a princípio, a invalidade e a ineficácia de um contrato afetam os contratos a ele coligados, dando causa à invalidade ou ineficácia superveniente desses contratos. Isso é lógico na medida em que, se a consecução do objeto querido pelas partes se torna impossível, em decorrência da invalidade ou ineficácia de um dos contratos coligados, os demais contratos não prevalecerão, pois de nada valem isoladamente. Na mesma linha, o inadimplemento de obrigação prevista em um dos contratos coligados, se inviabilizar a finalidade econômica supracontratual, poderá dar causa à resolução de todos os demais contratos.

A supracontratualidade e suas implicações são os aspectos da teoria dos contratos coligados que interessam quando da determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem. Diante de contratos coligados, os julgadores estarão também diante de um forte indício de que a vontade das partes é no sentido de resolver todas as disputas decorrentes dos contratos coligados de forma unitária. Isso porque às partes da coligação não interessa o objeto dos contratos individualmente considerados, mas tão somente o objeto que os contratos serão capazes de realizar em conjunto, ou seja, o objeto supracontratual. Dessa forma, a prestação jurisdicional apenas será efetiva se levar em consideração que os contratos coligados existem dentro de um contexto que fundamenta a sua existência, o que justifica a aplicação da convenção de arbitragem inserida em um dos contratos coligados aos demais, em determinadas hipóteses.

Portanto, em havendo coligação, será legítimo aos julgadores, na maioria dos casos, declarar sua competência para decidir as controvérsias decorrentes dos contratos coligados, sempre que estes tiverem sido contemplados com a mesma convenção de arbitragem. Isso, independentemente de as partes da coligação serem ou não signatárias de todos os contratos coligados. Se todos os sujeitos envolvidos no conflito são partes da coligação, e se os litígios decorrentes de contratos coligados devem ser resolvidos de maneira unitária, em um único procedimento, em decorrência da existência da supracontratualidade, nada mais natural do que permitir a participação, nesse procedimento, de todas as partes que são interessadas diretamente no objeto supracontratual.

Note-se que, sendo idênticas ou compatíveis as convenções de arbitragem contidas nos contratos coligados, todas as partes da coligação, independentemente de serem ou não signatárias de todos os contratos coligados, serão signatárias da mesma convenção de arbitragem, o que permite a resolução de controvérsias provenientes dos

contratos coligados em um único procedimento. O mesmo pode ser dito a respeito de situações em que alguns dos contratos coligados sejam omissos a respeito da forma de resolução de controvérsias. Havendo convenções de arbitragem compatíveis em alguns dos contratos coligados, será legítima a sua aplicação aos demais, de forma a submeter a um mesmo procedimento os conflitos deles decorrentes, sempre que as partes dos contratos coligados forem idênticas, pois todas serão signatárias da convenção.

Na ausência de coligação, entretanto, os julgadores não estarão autorizados a aplicar a convenção de arbitragem contida em um contrato aos demais, pelo menos em regra. Isso porque, ainda que as partes sejam as mesmas, e tenham inserido em seus contratos a mesma cláusula de resolução de controvérsias, sua vontade pode ter sido no sentido de resolver conflitos provenientes dos diferentes contratos individualmente. Ausente a coligação, os julgadores deverão investigar a vontade das partes a partir de outras circunstâncias do caso concreto, por exemplo, o fato de haver ou não alguma relação entre os contratos. Apenas dessa forma poderão concluir pela possibilidade ou impossibilidade de julgar de maneira conjunta todas as controvérsias decorrentes dos múltiplos contratos. Note-se que a ausência de coligação não significa que os julgadores estarão definitivamente impedidos de resolver as disputas de forma unitária. Significa apenas que estarão privados de um importante indício da vontade das partes nesse sentido, e que por isso deverão empreender maiores esforços na investigação. A união de procedimentos será sempre possível, desde que fique demonstrada a vontade das partes nesse sentido.

Isso tudo deve ser aplicado, com mais propriedade, a situações em que as partes dos múltiplos contratos são distintas. Note-se que, conforme já comentado, há casos em que alguns sujeitos, muito embora sejam partes de determinados contratos da coligação, permanecem alheios à coligação propriamente dita. Nesses casos, os contratos serão relacionados, mas não serão coligados, pelo menos do ponto de vista do sujeito alheio à coligação, que não foi envolvido na operação econômica global que se pretende concretizar. Esses sujeitos, que não são partes da coligação, não têm interesse no objetivo complexo a ser alcançado pelos contratos coligados, mas tão somente na consecução do objetivo do contrato do qual são efetivamente partes. Por isso, em regra, não será possível vinculá-los a obrigações decorrentes dos contratos de que não participaram. Mesmo que as cláusulas de resolução de controvérsias contidas em todos os contratos sejam idênticas, esses sujeitos, alheios à coligação, não deverão ser envolvidos em procedimento para a

resolução de controvérsias entre as partes da coligação, a menos que outras circunstâncias demonstrem que a vontade das partes era no sentido contrário.

A existência de coligação, entretanto, perde a relevância na medida em que as partes incluem nos contratos coligados cláusulas de resolução de controvérsias incompatíveis. Nesses casos, os julgadores deverão aplicar a cláusula de resolução de controvérsias eleita pelas partes para cada um dos contratos em questão. E isso, mesmo que a utilização de procedimentos distintos possa acarretar danos para as partes. Os julgadores terão, sim, o dever de alertar as partes a respeito dos benefícios decorrentes da resolução das controvérsias em conjunto. Mas não poderão agir contrariamente à vontade das partes que, mesmo alertadas, resolverem assumir os riscos da utilização de procedimentos diversos para a resolução de controvérsias provenientes de cada contrato coligado. Em casos como esses, ou as partes entram em um acordo a respeito da utilização de um único procedimento, seja arbitral, seja judicial, ou deverão suportar possíveis prejuízos, como o maior dispêndio de custos, demora e possíveis decisões contraditórias.

Portanto, a aplicação da teoria dos grupos de contratos à arbitragem, a fim de definir os limites subjetivos da convenção de arbitragem, não fornece aos julgadores uma regra absoluta e tampouco de aplicação automática. Uma resposta a esse respeito deverá sempre ser fornecida caso a caso, pois dependerá da investigação de diversos aspectos do caso concreto. De qualquer forma, a existência de coligação se apresenta como um forte indício de que a vontade das partes é no sentido de atribuir a um único tribunal arbitral competência para julgar todas as disputas decorrentes de todos os contratos firmados entre elas, principalmente quando contêm convenções de arbitragem idênticas ou compatíveis ou quando alguns forem omissos a respeito da cláusula de resolução de controvérsias (nesse último caso, desde que as partes sejam as mesmas). Nessas hipóteses, é possível afirmar que a presença de uma coligação contratual autorizará a aplicação da convenção de arbitragem contida em um dos contratos aos demais[173-174].

---

[173]"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." GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 302, 304-305.

[174]Para um panorama sobre o assunto na Câmara de Comércio Internacional: GREENBERG, Simon; FERRIS, José Ricardo; ALBANESI, Christian. Consolidação, integração, pedidos cruzados (cross claims), arbitragem multiparte e multicontratual. A recente experiência na Câmara de Comércio Internacional (CCI). *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 28, p. 85-108, 2011.

# 4. A TEORIA DOS GRUPOS DE CONTRATOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

## 4.1. Determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem diante de um grupo de contratos e a Lei n. 9.307/1996

Muito embora a matéria dos contratos coligados não tenha sido disciplinada pelo legislador brasileiro, a existência das coligações contratuais não foi ignorada pela melhor doutrina nacional. Trataram do assunto Pontes de Miranda[175], Barbosa Moreira[176] Orlando Gomes[177], Silvio Rodrigues[178] e, mais recentemente, José Virgílio Lopes Enei[179], Rodrigo Xavier Leonardo[180], Francisco Paulo de Crescenzo Marino[181], Francisco Rosito[182] e Judith Martins Costa[183], entre outros, cujos ensinamentos já foram apresentados neste trabalho (*item 2*). A matéria também não é desconhecida da jurisprudência, aparecendo em julgados desde a década de 1970[184]. Portanto, é possível afirmar que, a despeito da inexistência de um regramento legal sobre a matéria, a doutrina dos grupos de contratos é reconhecida e tem aplicação entre nós, sendo sua utilização bastante frequente, uma vez que o fenômeno dos contratos coligados se faz presente em praticamente todas as

---

[175]PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 3.

[176]BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Unidade ou pluralidade de contratos – contratos conexos, vinculados ou coligados. Litisconsórcio necessário e litisconsórcio facultativo – "comunhão de interesses", "conexão de causas" e "afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 817, p. 753-762, nov. 2003.

[177]GOMES, Orlando. *Contratos*, cit.

[178]RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., v. 3.

[179]ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos coligados, cit., p. 111-128.

[180]LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*, cit. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, cit., p. 100-111.

[181]MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Contratos coligados e qualificação contratual em algumas decisões recentes do STJ. *Revista do IASP*, São Paulo, n. 19, p. 142-152, jan./jun. 2007. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit.

[182]ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação, cit., p. 85-106.

[183]MARTINS-COSTA, Judith. O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 26, p. 213-249, abr./jun. 2006.

[184]A exemplo do agravo de Instrumento n. 62.684, da 1ª turma do STF, j 18.3.1975, STF, relator Ministro Aliomar Baleeiro, onde se lê: "[j]ungido a uma promessa de compra de mercadorias do comodante, celebrado por outro instrumento no mesmo dia, o comodato não pode ser cindido, porque ambos os contratos integram um negócio jurídico complexo, legítimo, em face da autodeterminação individual de ambos os contratantes."

operações econômicas de maior complexidade e também em operações que envolvem contratos de consumo, conforme já mencionado.

Dessa forma, não há qualquer impedimento para a aplicação da teoria dos contratos coligados à arbitragem no cenário nacional. A matéria está estreitamente vinculada com a interpretação contratual (pois é a partir dela que se identifica a presença de uma coligação), atende aos princípios contratuais vigentes em nosso ordenamento jurídico, como a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a vedação à lesão e à onerosidade excessiva, além de não ser contrária às regras que disciplinam os contratos no Código Civil.

Mais do que isso, a sua aplicação não atenta contra a regra da Lei de Arbitragem brasileira que exige que a cláusula compromissória seja escrita. Sempre há convenção escrita em algum dos contratos do agrupamento. Quando ao consentimento, é interessante ressaltar que, conforme demonstrado por meio dos casos analisados, a teoria dos grupos de contratos, na maioria das vezes, terá aplicação para a determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem quando as partes forem signatárias das convenções contidas nos contratos coligados (em outras palavras, quando houver consentimento expresso). E mesmo se não fosse assim, já foi explicado que a Lei n. 9.307/96 não demanda consentimento expresso das partes para que a convenção seja válida e eficaz.

Caso as partes se submetam à jurisdição arbitral por via do compromisso, a solução é a mesma daquela apresentada para a questão dos grupos de sociedades[185]. Nesses casos, via de regra, as partes e o objeto que será submetido à arbitragem são precisamente identificados no compromisso, sendo menos provável que surjam discussões a respeito dos limites subjetivos da convenção de arbitragem[186]. E mesmo que surjam, a teoria dos grupos de contratos não poderá ser aplicada, sob pena de atentar contra a vontade das partes. Já tendo tomado forma o litígio, é perfeitamente possível às partes definir quem deverá participar da arbitragem e quais as matérias que serão submetidas aos árbitros no momento da assinatura do compromisso arbitral. A não inclusão de qualquer das partes da coligação no compromisso decorrerá da vontade de todos os envolvidos no conflito, vontade essa que não poderá ser contrariada posteriormente.

---

[185]Capítulo I, item 4.4.3.
[186]CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades, cit., p. 341.

Também com relação à competência para determinar os limites subjetivos da convenção de arbitragem a solução é a mesma[187]. Esta é, a princípio, dos árbitros, a quem a Lei de Arbitragem confere, em seu artigo 8º, competência para decidir a respeito da existência, validade e eficácia da convenção. Mas poderá ser, em determinados casos, principalmente quando do ajuizamento da ação prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem, do juiz togado, que deverá decidir a esse respeito desde logo, em prol da economia processual, da eficiência e da celeridade da prestação jurisdicional, mesmo que, para tanto, deva proceder à investigação de aspectos do caso concreto.

## 4.2. Aplicação da teoria dos grupos de contratos à arbitragem na jurisprudência nacional

Apesar de não ser alto o número de julgados nacionais que aplicaram, ou deixaram de aplicar a teoria dos grupos de sociedades à arbitragem, a fim de determinar se determinados litígios deveriam, ou não, ser submetidos a um juízo arbitral, é possível encontrar decisões específicas sobre o tema. Algumas delas, mesmo sem mencionar a teoria dos grupos de contratos ou sem se aprofundar muito na fundamentação, apresentaram resultado compatível com as conclusões apresentadas nos itens anteriores.

Em um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ)[188], *Lagos Empreendimentos* firmou contrato com *M.A.* para aquisição de imóvel por este último. O contrato de compra e venda não continha convenção de arbitragem. Ocorre que M.A. ofereceu materiais de construção como forma de pagamento pela aquisição do imóvel. Para tanto, foi firmado um segundo contrato, de fornecimento de materiais, este sim, contendo convenção de arbitragem. M.A. não quitou sua dívida com Lagos Empreendimentos, que ajuizou demanda judicial para rescindir o contrato de compra e venda. M.A. requereu, então, a extinção da ação sem julgamento do mérito, em decorrência da existência de convenção de arbitragem (aquela contida no contrato firmado para o fornecimento de materiais). Alegou que o contrato de compra e venda não existiria

[187]Capítulo I, item 4.4.2.

[188]TJRJ. Apelação n. 2007.001.22946. Des. Rel. André Andrade. 7ª Câmara Cível. Julgado em 15.8.2007. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2012.

sem o contrato de fornecimento de materiais, uma vez que a forma de pagamento do preço estipulado no primeiro era disciplinada pelo segundo.

Levada a discussão ao TJRJ, este rejeitou a alegação de M.A. Considerou que o contrato de compra e venda era totalmente independente do contrato de fornecimento de materiais, que havia sido celebrado apenas com o fim de proporcionar a quitação da obrigação de M.A. decorrente do contrato de compra e venda. O inadimplemento do contrato de fornecimento de materiais, aos olhos do tribunal, em nada prejudicaria o contrato de compra e venda ou o direito de Lagos Empreendimentos de receber o preço acordado. Além disso, Lagos Empreendimentos pleiteava em juízo a rescisão do contrato principal, que não continha convenção de arbitragem.

Muito embora não seja possível aferir a correção do julgado, pois isso apenas seria possível mediante a análise do conteúdo dos contratos firmados entre Lagos Empreendimentos e M.A., parece que o TJRJ perdeu uma boa oportunidade de aplicar a teoria dos grupos de contratos, a fim de remeter o julgamento da demanda ao juízo arbitral. No caso, as mesmas partes firmaram contratos aparentemente voltados para um mesmo propósito e fizeram constar, no segundo contrato, convenção de arbitragem. Ou seja, ambas eram signatárias de ambos os contratos e da convenção. Ao que parece, havia no caso um pequeno grupo de contratos a autorizar entendimento no sentido de que todas as partes da coligação, tendo sido signatárias da convenção de arbitragem, consentiram em submeter os litígios decorrentes de ambos os contratos à arbitragem.

Em outro caso, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, (TJRS)[189] *Brasil Telecom* e *E.T.E* firmaram contrato de empreitada contendo convenção de arbitragem. Em seguida, E.T.E. e *Consórcio Cosate* firmaram contrato de subempreitada com cláusula de eleição de foro. Consórcio Cosate ajuizou ação contra E.T.E., com fundamento no contrato de subempreitada, que foi extinta, sem julgamento de mérito. O juiz monocrático entendeu que a convenção contida no contrato de empreitada deveria ser aplicada subsidiariamente ao contrato de subempreitada.

O TJRS deu provimento à apelação interposta por Consórcio Cosate, com fundamento, principalmente, na redação do contrato de subempreitada. Este previa a

[189]TJRS. Apelação n. 70016974636. Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann. 10ª Câmara Cível. Julgado em 22.3.2007. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2012. Comentários sobre o caso podem ser encontrados em: COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/pesquisa-fgv-cbar> e <http://cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

aplicação subsidiária do contrato principal apenas quando o contrato de subempreitada fosse omisso com relação a direitos e obrigações das partes e que as regras do primeiro não prevaleceriam quando conflitantes com os termos do segundo. Como no contrato de subempreitada havia cláusula de eleição de foro, não poderia ser aplicada a ele a cláusula compromissória contida no contrato principal.

Parece correta a decisão do TJRS. Consórcio Cosate não era signatária do contrato de empreitada e, portanto, não era signatária da convenção de arbitragem. Tampouco manifestou intenção no sentido de ser parte dela. Não é possível aplicar à disputa a cláusula compromissória importada de um contrato firmado por uma só das partes com um terceiro contratante quando se observa que o contrato de subempreitada continha cláusula de eleição de foro, evidenciando que as partes não pretenderam aplicar a ele a convenção de arbitragem contida no contrato de empreitada.

Em outro precedente, também do TJRJ[190], foi negado provimento a agravo de instrumento interposto pela seguradora *Adress Seguros* contra decisão que determinou o prosseguimento da ação de cobrança ajuizada pela beneficiária do seguro, *Nuclep*. A seguradora pleiteava a extinção do processo sem julgamento do mérito em decorrência da existência de convenção de arbitragem no contrato de arrendamento para administração de terminal portuário firmado entre a beneficiária Nuclep e a tomadora do seguro *TMC*.

A decisão do TJRJ foi no sentido de que, existindo dois contratos distintos, um celebrado entre a Nuclep e a TMC para o arrendamento do terminal portuário, e outro firmado entre a TMC e a seguradora para a instituição do seguro-garantia, não era possível a aplicação da convenção de arbitragem prevista no primeiro ao segundo. Correto o entendimento do tribunal, na medida em que não havia convenção de arbitragem firmada entre a seguradora e a beneficiária. O fato de a seguradora ter manifestado consentimento com a convenção durante o trâmite da ação de cobrança (ao impugnar a decisão que afastou a sua aplicação) não muda em nada o fato de a segurada jamais ter consentido em resolver por arbitragem eventuais demandas contra a seguradora[191].

---

[190]TJRJ. Agravo de Instrumento n. 2000.002.28435. Des. Rel. Cláudio de Mello Tavares. 11ª Câmara Cível. Julgado em 29.3.2006. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2012.

[191]"No caso da arbitragem, diferentemente da jurisdição estatal, a regra é que a mesma somente se torna obrigatória se houver cláusula arbitral. O princípio é de que a arbitragem só pode nascer consensualmente, da vontade das partes. É a vontade das partes que se sobrepõe às regras gerais sobre a jurisdição estatal, como permitido na legislação específica no Brasil, notadamente na Lei 9.307/96. No silêncio da apólice sobre o tema, e como salientado na decisão comentada, sem qualquer outro documento no qual se vislumbrasse a existência de uma convenção de arbitragem entre o segurador e o tomador ou o segurado, o

Por fim, destaque deve ser conferido ao julgado proferido em sede de agravo de instrumento, pelo TJRJ[192]. *Chaval Navegação* celebrou contrato para a construção de um navio de carga com *Emaq Engenharia*. Esta última, com a anuência de Chaval Navegação, cedeu os direitos e obrigações decorrentes de tal contrato para *Velrome*, que, então, firmou contrato com a empresa *Liebherr* para fornecimento de três guindastes para movimentação de carga, que seriam instalados no navio. Todos os contratos continham convenção de arbitragem. Com o início das operações do navio, contudo, foram detectados vários problemas no funcionamento dos guindastes. Chaval Navegação ajuizou ação judicial contra Liebherr, com o objetivo de obter reparação pelos prejuízos econômicos sofridos em decorrência do funcionamento deficiente dos guindastes. Liebherr, por sua vez, requereu a extinção do feito sem análise do mérito em preliminar de contestação, em decorrência da convenção de arbitragem inserida nos contratos.

O TJRJ, ao conhecer da matéria, determinou a extinção do processo sem julgamento do mérito, reconhecendo a existência de convenção de arbitragem firmada entre as partes, Chaval Navegação e Liebherr, muito embora não houvesse relação contratual direta entre elas. O tribunal considerou que os contratos firmados entre Chaval Navegação e Velrome, de um lado, e Velrome e Liebherr, de outro, deveriam ser interpretados de forma conjunta, privilegiando o aspecto relativo à simbiose obrigacional entre eles.

Muito embora não seja possível aferir, pelo texto do acórdão, se as convenções de arbitragem inseridas nos contratos eram idênticas ou compatíveis, a decisão do TJRJ parece correta. O tribunal levou em consideração a existência de uma coligação contratual. Os julgadores entenderam que, sendo partes da coligação, Chaval Navegação e Liebherr

---

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que não podia estender ao seguro-garantia os efeitos da cláusula compromissória cujo objeto se limitava ao contrato de arrendamento. (...) É verdade que, se o tomador pretender questionar o inadimplemento alegado pelo segurado, a arbitragem é obrigatória entre eles, e a resolução desta controvérsia pode ser prejudicial da demanda de cobrança do seguro-garantia. Caberia aí a suspensão da ação judicial até a solução da arbitragem, nos termos do art. 265, IV, a, do CPC. O problema é complexo, como já observado anteriormente, e a solução pode parecer pouco prática, mas tudo resulta da falta de uniformidade nas cláusulas de resolução de controvérsias empregadas pelas partes nos seus contratos conexos, ou grupos de contratos." FONSECA, Rodrigo Garcia da. Contratos conexos. Contrato de arrendamento. Seguro-garantia. Cláusula compromissória inserida apenas no contrato principal. Silêncio da apólice. Convenção de arbitragem restrita à relação juridical de arrendamento, não se estendendo ao seguro-garantia. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, 10, p. 226-233, jul./set. 2006.

[192]TJRJ. Agravo de Instrumento n. 2000.002.14895. Des. Rel. José Mota Filho. 15ª Câmara Cível. Julgado em 9.10.2002. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2012. Este caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, mas o Recurso Especial não foi conhecido, de modo que prevaleceu o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*. Trata-se do Recurso Especial nº 653.733/RJ, acórdão publicado em 30.10.2006 em julgamento proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sendo Relatora a Ministra Fátima Nancy Andrigui.

estavam vinculadas à convenção de arbitragem padrão incluída nos contratos coligados. E isso a despeito de não existir relação contratual direta entre Chaval Navegação e Liebherr. Dessa forma, a existência de coligação, somada à existência de convenções de arbitragem que, supõe-se, eram idênticas ou compatíveis, demonstravam vontade das partes de submeter conflitos decorrentes de todos os contratos coligados a um procedimento arbitral único, que envolvesse todas as partes da coligação[193].

A partir dos julgados colacionados é possível concluir que, muito embora os tribunais brasileiros já tenham aplicado a teoria dos grupos de contratos com a finalidade de determinar os limites subjetivos da convenção de arbitragem, isso não tem sido feito de maneira absolutamente consciente e fundamentada, ou até mesmo de maneira homogênea. De qualquer forma, a apreciação pelos nossos tribunais de casos em que havia múltiplos contratos e o reconhecimento da existência de uma coligação contratual com o fim de declarar a existência de convenção entre duas partes é, sem dúvida, um indício de que a prática arbitral está amadurecendo no cenário nacional.

[193]Ainda sobre jurisprudência envolvendo arbitragem e grupos de contratos: MIRANDA, Isabel Alves de Melo. Cláusulas compromissórias conflitantes inseridas em contratos relacionados – comentários ao AgIn 0002546-67.2010.805.0000-0 do TJBA. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 29, p. 285-309, 2011. CONVENÇÃO de arbitragem. Reconhecimento de legitimidade passiva. Caso ICC n. 15372 JRF. VRG Linhas Aéreas vs. MartlinPatterson – laudo parcial e voto divergente de Pedro A. Batista Martins. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 32, p. 421-452, jan./mar. 2012. BARROS, Vera Cecília Monteiro de. Anulação de sentença arbitral: vinculação de parte não signatária à cláusula compromissória e aplicação do princípio *iura novit curia* à arbitragem. Comentários à sentença 583.00.2010.214068-4 da 8ª vara cível do foro central da comarca de São Paulo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 32, p. 309-328, jan./mar. 2012.

# III. INCORPORAÇÃO POR REFERÊNCIA

## 1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA

A técnica denominada incorporação por referência (*incorporation by reference*) é frequentemente utilizada e consiste, simplesmente, em fazer com que o novo contrato incorpore, por meio de referência expressa, dispositivos de outros contratos, firmados ou não entre as mesmas partes, ou de documentos padronizados, elaborados por associações vinculadas a um determinado seguimento comercial ou industrial.

Ocorre que não são poucas, principalmente no âmbito comercial, as situações em que o documento incorporado pelo novo contrato contém convenção de arbitragem. Situações como essas são bastante frequentes em matéria de transporte internacional de mercadorias, quando o conhecimento de embarque (*bill of landing*), que contém a convenção de arbitragem, é incorporado aos contratos firmados com transportadores não signatários do conhecimento de embarque.

Nesses casos, poderão surgir controvérsias a respeito da vinculação das partes signatárias do novo contrato à convenção de arbitragem contida no contrato incorporado, principalmente quando o novo contrato incorporou o anterior fazendo referência a ele de forma genérica, sem especificar se houve ou não incorporação da convenção nele contida.

### 1.1. Distinção entre os grupos de contratos e a incorporação de um contrato por referência

Antes de passar a analisar mais detidamente as consequências da incorporação por referência de uma convenção de arbitragem, é necessário deixar claro que a incorporação, por um contrato, de dispositivos de outro, não faz, necessariamente, surgir um grupo de contratos. O que caracteriza a incorporação por referência é o aproveitamento, pelas partes, de dispositivos existentes em outros instrumentos contratuais ou em documentos padrão, como aqueles elaborados por associações comerciais ou industriais. O novo contrato faz referência a contrato ou documento já existente, incorporando seus dispositivos.

Diferentemente, o que caracteriza um grupo de contratos é a existência de diferentes instrumentos contratuais voltados para a consecução de um único negócio jurídico complexo. A existência de um grupo de contratos prescinde que os instrumentos contratuais façam referência uns aos outros ou que haja qualquer tipo de incorporação de dispositivos contidos em um instrumento contratual por outro. Ressalte-se, entretanto, que essa distinção não impede que exista, em um mesmo caso concreto, um grupo de contratos e, dentro desse grupo, contratos incorporados por referência[194].

## 2. LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM INCORPORADA POR REFERÊNCIA

A incorporação por referência de uma convenção de arbitragem possui regulamentação específica em alguns países, como a Inglaterra e a Alemanha, que adotaram em suas leis de arbitragem dispositivos com redação semelhante à sugerida pela Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL[195]. A Lei Modelo considera válida a convenção de arbitragem quando esta é incorporada a um instrumento contratual diferente daquele em que foi redigida, equiparando-a àquela estipulada por escrito, desde que, em decorrência da incorporação, ela se torne, de forma inequívoca, parte integrante do novo contrato[196].

A Lei de Arbitragem brasileira não contém regra específica sobre a matéria. Tampouco a Convenção de Nova Iorque se preocupou com o assunto. Note-se que o art. 4º, §1º da Lei de Arbitragem, ao dispor que a cláusula compromissória pode estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira, não apresenta, propriamente, uma regra a disciplinar a incorporação de uma convenção de arbitragem por referência. Tal técnica consiste em fazer com que o novo contrato incorpore, por meio de referência expressa, dispositivos de outros contratos, enquanto o referido dispositivo legal tão somente admite que a convenção seja pactuada em documento diverso do contrato. É preciso, portanto, buscar no direito comparado as informações necessárias para verificar se,

---

[194]Os grupos de contratos são objeto do Capítulo II.

[195]GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 278.

[196]"Article 7. Definition and form of arbitration agreement. (6) 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."

mesmo na ausência de dispositivo legal expresso, nosso ordenamento admitiria esse procedimento.

Os precedentes arbitrais e judiciais internacionais a respeito do assunto podem ser divididos em duas categorias: casos em que o novo contrato faz referência expressa à convenção de arbitragem contida em outro instrumento contratual, incorporando-a, e casos em que, não obstante a incorporação, não há referência expressa à convenção. No primeiro caso, não há dúvidas de que a convenção de arbitragem incorporada vincula as partes signatárias do novo contrato. Esse entendimento prevalece na medida em que as partes, ao fazerem referência direta à convenção, consentiram expressamente em se vincular a ela[197]. A controvérsia surge quando o novo contrato incorpora os dispositivos de outro instrumento de forma genérica, não fazendo referência especificamente à incorporação da convenção de arbitragem nele contida. Nesses casos, prevalece o entendimento de que a determinação dos seus limites subjetivos dependerá de aspectos específicos do caso concreto.

Ilustrando essa última hipótese, destaca-se o caso *Bomar Oil N.V. v. Enterprise Tunisienne d'Activités Pétrolières*[198]. Nesse caso, Enterprise Tunisienne d'Activités Pétrolières (*ETAP*), uma sociedade tunisiana, vendeu petróleo bruto para a Bomar Oil N.V. (*Bomar*), sociedade holandesa. A venda foi concluída por meio de troca de mensagens, as quais faziam referência às condições gerais do contrato padrão da ETAP, que continha convenção de arbitragem. Surgiu conflito entre as partes a respeito de cláusula contratual que estabelecia a renegociação do preço em caso de significativas alterações das condições

---

[197]Nesse sentido foram julgados os seguintes casos: *McAllister Bros. v. A & S Transp. Co.*, 621 F.2d 519, 523 (2nd Cir. 1980), EUA; *V.S.K. Electronics v. Sainrapt et Brice International*, 1988, Corte de Apelação de Paris; *Ganitalia v. Agenzia Marittima Sorrentini*, 2000, Corte de Cassação italiana; *Cont'l Insur. Co. v. M/V "Nikos N"*, No. 00-7985, 2002 WL 530987, at 5 (S.D.N.Y. Apr. 9, 2002), EUA. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. cit., p. 278; LAMM, Carolyn B.; AQUA, Jocelyn A. Defining the party – whois a proper party in an international arbitration beforethe American Arbitration Association and other international institutions. *George Washington International Law Review*, v. 34, p. 711-741, 2002-2003; DI PIETRO, Domenico. Incorporation of arbitration clauses by reference. *Journal of International Arbitration,* Kluwer Law International, v. 21, n. 5, p. 439-452, 2004.

[198]*Bomar Oil (Netherlands Antilles) v. Enterprise Tunisienne d'Activites Petrollieres (ETAP) (Tunisia)*, Cour de Cassation [Supreme Court] 1994 Rev. Arb. 108 (Nov. 9, 1993). GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 274. DI PIETRO, Domenico. Incorporation of arbitration clauses by reference, cit., p. 444. HOSKING, James M. The third party non-signatory's ability to compel international comercial arbitration: doing justice without destroying consent, cit., p. 543. LAMM, Carolyn B.; AQUA, Jocelyn A. Defining the party – who is a proper party in an international arbitration before the American Arbitration Association and other international institutions, cit., p. 728-729. VAN HOUTTE, Vera. Consent to arbitration through agreement to printed contracts: the continental experience. *Arbitration International*, Kluwer Law International, v. 16, n. 1, p. 5, 2000.

de mercado, motivo pelo qual a ETAP deu início a uma arbitragem na CCI contra Bomar; esta se recusou a indicar árbitro para compor o tribunal arbitral, alegando que não havia concordado com a convenção. Diante disso, a ETAP, seguindo o procedimento previsto, solicitou ao presidente da CCI que indicasse um árbitro para compor o tribunal arbitral.

Formado o tribunal arbitral, este declarou sua competência para julgar a demanda. O caso foi levado à Corte de Apelação de Paris, que declarou, mais uma vez, a competência dos árbitros. A decisão teve como fundamento o fato de as partes serem negociantes experientes e conhecerem as cláusulas padrão contidas em contratos firmados no ramo, ou seja, o fato de as partes terem ciência, ou deverem ter ciência, da existência de convenção de arbitragem nesses contratos.

Em uma decisão bastante criticada, a Corte de Cassação francesa reverteu o julgamento da Corte de Apelação de Paris. De acordo com o entendimento da Corte de Cassação, não bastaria, para fins de incorporação da convenção de arbitragem ao novo contrato, a incorporação, de forma genérica, do instrumento contratual em que está inserida. A Corte de Cassação francesa entendeu que seria necessária referência expressa a ela, exigência esta que apenas poderia ser dispensada em situações muito específicas, por exemplo, diante de partes que possuem um longo relacionamento comercial, de forma que não restassem dúvidas de que ambas têm plena ciência das condições de negócio que usualmente adotam.

Quando o caso foi remetido à Corte de Apelação de Versalhes, para que proferisse decisão a respeito do mérito da disputa, esta se recusou a afastar a decisão do tribunal arbitral. Após um exame detalhado de documentos relacionados ao caso, a Corte de Apelação de Versalhes concluiu que a ciência e consentimento das partes a respeito da convenção de arbitragem estavam comprovados, pois as correspondências e mensagens trocadas entre elas demonstravam que ambas tinham conhecimento do conteúdo do contrato padrão da ETAP. O caso retornou à Corte de Cassação Francesa e, dessa vez, esta proferiu julgamento nos mesmos termos da decisão da Corte de Apelação de Versalhes, levando em consideração os aspectos do caso que demonstravam o consentimento das partes[199].

---

[199]A decisão foi nos seguintes termos: "in the field of international arbitration, an arbitration clause, if not mentioned in the main contract, may be validly stipulated by written reference to a document which contains it, for instance general conditions or a standard contract, when the party against which the clause invoked was aware of the contents of this document at the moment of concluding the contract and when it has, albeit tacitly, accepted the incorporation of the document in the contract". GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 274.

A decisão proferida no caso *Bomar Oil N.V. v. Enterprise Tunisienne d'Activités Pétrolières* foi fundamentada nos seguintes aspectos: a experiência dos contratantes e os costumes daqueles que atuam no ramo de negócio objeto do contrato; a existência ou não de ciência, pelas partes, acerca das consequências da incorporação dos termos de um contrato por outro; e a existência de referência a normas padrão de contratação. Há ainda outros aspectos usualmente verificados pelos julgadores para determinar os limites subjetivos da convenção incorporada, por exemplo, se o contrato incorporado foi firmado pelas mesmas partes ou por partes diversas (já que, em tendo sido firmado pelas mesmas partes, haverá uma presunção muito forte de que as condições pactuadas eram conhecidas integralmente por elas); a relação de parceria estabelecida entre as partes ao longo do tempo, com a pactuação de diversos contratos anteriores (aqui também haveria uma presunção de conhecimento, pelas partes, dos termos dos contratos); e a redação da convenção de arbitragem[200].

Dessa forma, é possível concluir que os precedentes internacionais têm admitido a existência de convenção de arbitragem entre as partes do novo contrato, mesmo na ausência de referência expressa a ela, sempre que os aspectos do caso concreto demonstrarem que as partes conheciam todo o conteúdo do contrato incorporado, seja em decorrência de sua experiência e dos costumes adotados no ramo, seja em virtude de parceria entre as partes (que gera uma presunção de conhecimento dos termos usualmente contratados)[201]. A partir do momento em que fica demonstrado que as partes tinham

---

[200]São exemplos de casos em que foi determinada a existência ou não de uma convenção de arbitragem em decorrência da presença ou ausência dos requisitos mencionados: *Coopérative de déshydratation de larégion de Soulaines v. Hindrichs*, 1980, Corte de Apelação de Paris; *Tradax Export S.A. v. Amoco Iran Oil Company*, 1984, Suprema Corte Federal Suíça; *JMA Investments v. C. Rijkaart B.V.*, 1985, District Court of Washington, EUA; *Société Dreistern Werk v. Societá Crouzier*, 1990, Corte de Cassação francesa; *Metallgesellschaft v. Montrose*, 1991, 2nd Circut, EUA; *Brothers v. The Tokyo Marine and FireInsurance Co. Ltd.*, 1992, Corte de Cassação Francesa; *Sonetex v. Charphil*, 1992, Corte de Cassação Francesa; *Psichikon Compania Naviera Panama v. SIER*, 1992, Corte de Cassação Francesa; *Paine Webber, Inc. v. Bybyk*, 1996, 2nd Circut, EUA; *Conceria Madera Srl v. Fortstar Leather Ltd.*, 2000, Corte de Cassação italiana. DI PIETRO, Domenico. Incorporation of arbitration clauses by reference, cit., p. 439-452.

[201]"The issue has rather become whether the party against whom the clause is invoked was aware of the incorporation of the related conditions or documents containing the clause in the original agreement and had a real opportunity to know their contents. When deciding the issue, the courts take into consideration various elements such as whether the parties are both professionals, whether the contract is an isolated one or whether there was an ongoing relationship between the parties, and whether the clause accords or not with trade usages". HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 268. "Some decisions tend to affirm the validity of arbitration clauses where the document in which they are contained is either known or available to the parties. Most decisions upholding the validity of arbitration clauses incorporated without specific reference tend to do so by placing importance on the status of the parties and particularly on whether the parties are experienced traders that are used to entering into contracts governed by certain rules or are aware of the outcome generated by the reference." DI PIETRO, Domenico. Incorporation of arbitration clauses by reference, cit., p. 452.

ciência da existência de convenção de arbitragem, e que jamais se opuseram à sua incorporação, é possível concluir que as partes consentiram com a sua aplicação ao novo contrato[202]. Dessa forma, a signatária do novo contrato poderá compelir ou ser compelida a resolver disputas por arbitragem, pois, muito embora não seja signatária da convenção, com ela consentiu tacitamente.

## 2.1. Possibilidade de definição dos limites subjetivos em decorrência da redação da convenção de arbitragem

Dentre os aspectos usualmente verificados pelos julgadores para determinar os limites subjetivos da convenção de arbitragem incorporada, merece destaque a sua redação. Este é um aspecto frequentemente invocado pelos tribunais norte-americanos, não apenas em situações em que há incorporação de contratos por referência. Há um grande número de julgados nos quais prevaleceu, sobre quaisquer outras circunstâncias, a redação literal da convenção de arbitragem, muito embora esta nem sempre constitua um elemento que reflete de forma absoluta o consentimento das partes.

Em geral, entendem os tribunais norte-americanos que quando a redação da convenção de arbitragem determina a sua aplicação aos litígios que surgirem entre *contratante e contratado*, a vontade das partes é no sentido de aplicá-la apenas e tão somente a demandas que envolvam *o contratante e o contratado*. E que, quando a sua redação determina a sua aplicação a todas as disputas decorrentes ou relacionadas com o contrato, a vontade das partes é no sentido de permitir sua a aplicação a qualquer demanda decorrente ou relacionada com o contrato, mesmo que essas não envolvam tão somente *o contratante e o contratado*.

Por exemplo, no caso *Import-Export Steel Corp. v. Mississippi Valley Barge Line Co.,* os julgadores decidiram que o não signatário não era parte da convenção de arbitragem incorporada por referência em decorrência da sua redação, que restringia a sua aplicação às partes do contrato incorporado (a redação determinava que a arbitragem

[202]"Arbitration agreements incorporated by reference must therefore be analyzed in terms of the existence and extent of the parties' consent to have their disputes resolved by arbitration. The existence and extent of that consent should be interpreted using the general principles of interpretation of arbitration agreements, that is, neither extensively nor restrictively." GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 280.

deveria ser aplicada a disputas entre *o contratante e o contratado*)[203]. Ou seja, o consentimento do não signatário não prevalece sobre a redação da convenção de arbitragem quando esta restringe sua aplicação ao *contratante e o contratado* do contrato incorporado. Entende-se que, nesses casos, os signatários consentiram em submeter à arbitragem apenas e tão somente as disputas surgidas entre eles, ou seja, os signatários excluíram qualquer possibilidade de submeter à arbitragem controvérsias com não signatários[204].

Já no caso *Kvaerner v. The Bank of Tokyo Mitsubish*[205], foi declarado que um banco deveria resolver por arbitragem as controvérsias decorrentes de um contrato de garantia (que não continha convenção de arbitragem) relacionado a um contrato de construção do qual o banco não era signatário. O entendimento dos julgadores foi no sentido de que a demanda deveria ser submetida à arbitragem, já que os pedidos do banco eram relacionados com o contrato de construção e a convenção de arbitragem nele contida determinava que esta abrangeria todas as disputas decorrentes ou relacionadas com o contrato. Além disso, a convenção de arbitragem teria sido incorporada ao contrato de garantia. Ocorre que o contrato de garantia não a havia incorporado. Apenas continha cláusula que assegurava ao banco os mesmos direitos e recursos assegurados às partes do contrato de construção[206]. Nesse caso, portanto, o banco foi submetido à arbitragem contra

---

[203]*Import-Export Steel Corp. v. Mississippi Valley Barge Line Co.* (351 F.2d 503; 1965 U.S. App. LEXIS 4763. LexisNexis Academic. Web. Date Accessed: 2012/01/17). "In the *Import-Export* case, the Court of Appeals for the 2nd Circuit indeed refused to compel arbitration on the basis of a charter party clause that provided for arbitration of disputes *between the Disponent Owners and the Charterers*, even though the charterparty had been incorporated by reference into a bill of lading. The court reasoned that it would be unduly stretching the language of the arbitration clause to say that a non-party was one of the *Disponent Owners or Charterers*". HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 267-270.

[204]No mesmo sentido: *Progressive Casualty Insurance Co. v. C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela*, 991 F.2d 42 (2d Cir. 1993), EUA; *Compania Espanola de Petroleos, S.A. v. Nereus Shipping, S.A.*, 527 F.2d 966 (2d Cir. 1975), *cert. denied*, 426 U.S. 936 (1996), EUA; *Intertec Contracting A/S v. Turner Steiner Int'l S.A.*, 2000 WL 709004, at *9 (S.D.N.Y. May 31, 2000, EUA; *Salim Oleochemicals, Inc. v. M/V Shropshire*, 169 F. Supp. 2d 194, 198 (S.D.N.Y. 2001), EUA. HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 267-270. LAMM, Carolyn B.; AQUA, Jocelyn A. Defining the party – whois a proper party in an international arbitration beforethe American Arbitration Association and other international institutions, cit., p. 728-729.

[205]*Kvaerner v. The Bank of Tokyo Mitsubish* (210 F.3d 262; 2000 U.S. App. LEXIS 6865. LexisNexis Academic. Web. Date Accessed: 2012/01/17). HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 267-270. LAMM, Carolyn B.; AQUA, Jocelyn A. Defining the party – whois a proper party in an international arbitration beforethe American Arbitration Association and other international institutions, cit., p. 727-728.

[206]"The decision of the District Court, which was affirmed by the US Court of Appeals, was that the banks were required to arbitrate because the arbitration clause of the construction agreement was incorporated into the guarantees and the dispute related to the construction agreement. This incorporation was accomplished, according to the court, by a provision in the guarantees that gave the guarantors the same *rights and remedies* as were available to the joint venture under the construction agreement." HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 267-270.

a sua vontade, em decorrência da redação da convenção, que conferia a ela uma aplicação ampla[207].

Não parece correto ignorar completamente o consentimento manifestado por aqueles que incorporam, em um novo contrato, a convenção de arbitragem contida em outro instrumento contratual, simplesmente porque o seu texto determinava a sua aplicação ao *contratante e o contratado*. Pode ser que exista uma convenção válida entre os signatários do novo contrato, independentemente da sua existência entre estes e os signatários da convenção. Tampouco parece correto vincular à arbitragem um terceiro que com ela não consentiu, simplesmente porque a redação da convenção de arbitragem determina a sua própria aplicação a casos relacionados ao contrato em que está inserida. A interpretação literal pode atentar contra o consentimento dos sujeitos envolvidos no caso concreto.

Conforme tem sido reiteradamente afirmado, o que determina a existência e os limites subjetivos de uma convenção de arbitragem é o consentimento. Não obstante seja bastante importante analisar a redação das cláusulas contratuais, pois isso pode sim ser importante para determinar a existência de consentimento, a convenção não pode ser objeto de uma interpretação literal, isolada do contexto, ainda mais quando o seu texto decorre de uma fórmula genérica, inserida indistintamente em qualquer contrato em que se pretenda a pactuação de convenção arbitral. Note-se que as convenções de arbitragem são chamadas de *midnight clauses* exatamente porque, na maioria das vezes, não lhes é conferido o tempo e a atenção necessários à elaboração de uma cláusula contratual dotada da sua importância[208].

---

[207]Note-se que, em regra, não signatários garantidores do contrato que contém convenção de arbitragem não serão vinculados à convenção, a não ser que, pelas circunstâncias do caso concreto, possa ser aferido o seu consentimento : "[A] party guaranteeing an obligation arising from a contract containing an arbitration clause will not be bound by that clause, unless it can be established from other circumstances that the parties' true intentions in drawing up the guarantee were that the guarantor – often the parent company – would be party to the arbitration agreement." GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 281. Nesse sentido, foram decididos os seguintes casos: *Interocean Shipping Co. v. Nat'l Shipping and Trading Corp.*, 523 F.2d 527, 539 (2d Cir. 1975), EUA; *Asplundh Tree Expert Co. v. Bates*, 71 F.3d 592, 595 (6th Cir. 1995), EUA; *Grundstad v. Ritt*, 106 F.3d 201, 204 n.4. (7th Cir. 1997), EUA. LAMM, Carolyn B.; AQUA, Jocelyn A. Defining the party – whois a proper party in an international arbitration beforethe American Arbitration Association and other international institutions, cit., p. 727-728.

[208]"A doutrina arbitral é unânime em recomendar bastante atenção na redação da cláusula compromissória. Como verdadeiro contrato que é, deveria receber das partes e de seus advogados o tempo e o nível de cuidado normalmente dedicados aos contratos empresariais. Contudo, a realidade se revela muitas vezes diferente. Não por acaso, a cláusula compromissória é denominada de *midnight clause*, porque normalmente é das últimas condições acertadas entre as partes. O núcleo do contrato está concluído e, em geral, as partes se apressam em encerrar a discussão dos seus demais aspectos, negligenciando muitas vezes este pacto arbitral." APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais, cit., p. 182.

Assim, mesmo que a redação da convenção de arbitragem dê a entender que a sua aplicação deve se restringir a determinadas situações, ou, ao contrário, que a sua aplicação deve alcançar determinadas situações, isso pode decorrer simplesmente da falta de cuidado da sua redação, que não foi específica o suficiente a ponto de refletir a exata vontade dos contratantes. Não pode, portanto, ser conferida à redação a importância que tem sido conferida pelos tribunais americanos. Além disso, as signatárias podem ter consentido tacitamente, no decorrer da execução do contrato, em submeter à arbitragem outras disputas que, a princípio, não pareciam ser objeto da convenção. Portanto, melhor do que analisar literalmente a convenção de arbitragem é interpretá-la de acordo com as circunstâncias do caso, a fim de verificar a sua abrangência objetiva e os seus limites subjetivos dentro do contexto[209].

## 2.2. Incorporação por referência e princípio da autonomia da convenção de arbitragem

A orientação da jurisprudência internacional, conforme exposto, é no sentido de que, ou bem há referência expressa à convenção de arbitragem a ser incorporada, ou será necessária uma investigação, a fim de determinar se as partes tinham conhecimento da sua existência no contrato incorporado de forma genérica e, consequentemente, o seu consentimento tácito. Muito embora essa solução tenha por objetivo privilegiar ao máximo o fato de a arbitragem ser consensual, protegendo partes que eventualmente não optaram pela via arbitral de ser a ela submetidas, acaba por dar causa a uma autonomia da convenção de arbitragem que não existe.

Costuma-se afirmar que a convenção de arbitragem é autônoma em relação ao contrato em que está inserida. Esse princípio é consagrado, inclusive, pelo art. 8º da Lei de Arbitragem, ao dispor que a *cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a*

[209]No caso ICC n. 15372 JRF, sediado no Brasil, essa técnica de interpretação da convenção de arbitragem foi utilizada pelos árbitros e constituiu um dos fundamentos da decisão que determinou os limites subjetivos da convenção: "A segunda questão consiste em determiner se dito conflito *é oriundo ou relacionado* com a relação contratual. (…) A doutrina e a jurisprudência internacional têm entendido que a expressão *litígios emergentes ou relacionados* confere – para utilizar as palavras de um dos mais conhecidos tratadistas – *the widest possible jurisdiction on the Arbitral Tribunal*".CONVENÇÃO de arbitragem. Reconhecimento de legitimidade passiva. Caso ICC n. 15372 JRF. VRG Linhas Aéreas vs. MartlinPatterson – laudo parcial e voto divergente de Pedro A. Batista Martins. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 32, p. 436, jan./mar. 2012.

*nulidade da cláusula compromissória*. Note-se que, no caso da lei brasileira, o próprio legislador foi claro ao definir o escopo da aplicação do princípio da autonomia: a convenção de arbitragem é autônoma, de forma que eventual declaração de nulidade do contrato em que estiver inserida não terá como consequência automática a declaração de sua nulidade[210].

O objetivo da autonomia conferida à convenção de arbitragem é, portanto, protegê-la e assegurar a sua validade e eficácia independentemente do contrato em que foi inserida. Trata-se de mecanismo de proteção e favorecimento da arbitragem, destinado a garantir o seu regular desenvolvimento, diante da opção livremente feita pelas partes de submeter os litígios surgidos entre elas a um tribunal arbitral. Em outras palavras, não é correto invocar o princípio da autonomia a fim de limitar, de qualquer forma, a aplicação da convenção de arbitragem.

Não faz sentido, em decorrência desse princípio, exigir que o consentimento relativo à convenção de arbitragem seja expresso de forma apartada, distinta, do consentimento manifestado pelas partes em relação às demais cláusulas contratuais[211]. Isso iria de encontro ao desejo do legislador de estimular a utilização da arbitragem e de proteger as convenções validamente pactuadas. A convenção é parte integrante do contrato e compõe o seu equilíbrio econômico-financeiro[212]. O contrato deve ser entendido como um todo que, se partido, será privado das características a ele conferidas pelos contratantes.

---

[210]"A cláusula compromissória recebe da Lei natural autonomia em relação ao contrato onde eventualmente vier inserida. E é natural que assim seja, até porque a nulidade (ou anulabilidade) do contrato poderá ser submetida à decisão dos árbitros, tudo a pressupor a separação da cláusula do restante do contrato. Por consequência, se um contrato nulo (por não ter seguido a forma prevista em lei, ou porque seu objeto seria ilícito) afetasse a cláusula compromissória nele encaixada, os árbitros nunca teriam competência para decidir sobre questões ligadas exatamente à nulidade do contrato. Seria então muito fácil afastar a competência dos árbitros, pois bastaria que qualquer das partes alegasse matéria ligada à nulidade do contrato para que surgisse a necessidade de intervenção do juiz togado." CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96, cit., p. 173."Under the doctrine of the autonomy of the arbitration clause, the agreement to arbitrate contained in an arbitration clause is regarded as a separate agreement from the rest of the contract between the parties; and so it may continue to exist when for all other purposes the contract itself is at an end. Moreover, the arbitration clause may lead this separate existence not only when the contract has come to an end by performance (that is to say, when it has been executed) but also when it has come to an end prematurely, as a result of a supervening event such as force majeure or illegality. Since the arbitration clause is the base on which the arbitration itself is founded, it is important that it should be capable of this separate existence. Most claims are brought to arbitration following termination of a contract. It would be ironic if the arbitration clause was held to have been terminated along with the contract of which it formed part. Indeed it is at this point that it is most needed, as a method of determining the claims and counter-claims of the parties." REDFERN, Alan. The jurisdiction of an international commercial arbitrator. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 3, p. 22, 1986.

[211]JABARDO, Cristina Saiz. *Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional*: o caso dos grupos societários, cit., p. 16.

[212]GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 273.

Do ponto de vista da integridade contratual, a convenção não pode ser considerada independente do contrato em que foi inserida[213].

Portanto, o princípio da autonomia não pode ser considerado como um obstáculo para a incorporação por referência. A convenção de arbitragem não é independente do contrato em que foi inserida, ao contrário, é parte integrante dele, de forma que, uma vez incorporados os termos de um contrato, ela também é incorporada, não havendo necessidade de referência expressa e individual. As partes que optam por incorporar em seu contrato os termos de outro instrumento devem estar cientes de seu conteúdo. As contratantes não podem, depois de incorporada a convenção, alegar que dela não tinham conhecimento. Seria um contra-senso considerar o contrário, pois isso criaria novos obstáculos à sua validade, quando o princípio da autonomia foi criado para assegurá-la[214].

Nos termos ora propostos, quando da incorporação de um contrato ou qualquer outro documento padrão que contenha convenção de arbitragem, seria legítimo concluir que as partes do novo contrato conhecem todo o conteúdo do contrato incorporado. Portanto, haveria consentimento das partes de se submeter à arbitragem independentemente de referência expressa à convenção, sendo dispensada a produção de provas nesse sentido.

---

[213]Ressalte-se que esse entendimento é que justifica a vinculação de todos os sócios à convenção de arbitragem contida no estatuto social de determinada sociedade. Muito embora exista controvérsia a esse respeito, afirma-se que em havendo cláusula compromissória no estatuto, tal cláusula vincula todos os sócios, presentes e futuros, pois estes aderem ao estatuto como um todo: "[S]e os sócios fundadores resolverem encartar o dispositivo no estatuto, tal deliberação fará parte da carta de regência da companhia; todos quantos vierem a adquirir ações no futuro estarão vinculados, portanto, a tal carta de direitos e deveres, de sorte que estarão, por vontade própria, sujeitando-se a todas as regras estatutárias – inclusive aquela que determina a solução arbitral de certas controvérsias. (...) Em conclusão, o interessado em adquirir ações – inclusive no mercado aberto – deverá tomar o cuidado de conhecer previamente o estatuto da companhia a que irá aderir." CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96, cit., p. 111. "Além da desnecessidade de a cláusula arbitral estar assinada para que possa produzir efeito, haverá caso em que, mesmo ausente a manifestação dos interessados ou em face da manifestação contrária dos envolvidos, o pacto arbitral será legítimo e operará eficácia contra os descontentes. Trata-se da cláusula de arbitragem estatutária. Por força das nuances jurídicas atinentes aos contratos de organização, a cláusula arbitral inserida no estatuto da sociedade anônima deverá seguir a sorte de todas as deliberações societárias. Ou seja, a vontade majoritária encerra uma obrigação de toda a sociedade e seus acionistas, exceto de a disputa sócio-sócio não repercutir nos interesses sociais. O princípio da maioria é universal e, assim como o pressuposto da limitação de responsabilidade, consubstancia premissa que viabiliza a existência dessas sociedades." BATISTA MARTINS, Pedro. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 78. Ainda sobre a cláusula compromissória no contexto das sociedades anônimas: BATISTA MARTINS, Pedro. A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretenso fator impeditivo para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas. Disponível em: <http://www.tradutoresjuramentados.com/pbm/artigos/arbsubimpdirsocprefatimpadoarbsocano.htm>.

[214]GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 273.

# 3. A INCORPORAÇÃO POR REFERÊNCIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

## 3.1. Limites subjetivos da convenção de arbitragem incorporada por referência e a Lei n. 9.307/1996

São bastante válidas as lições da jurisprudência estrangeira, que podem ser aproveitadas pelos tribunais nacionais e aplicadores do direito, ao interpretar a Lei n. 9.307/96. A definição dos limites subjetivos da convenção de arbitragem incorporada por referência privilegia a boa-fé contratual e a vontade das partes. Dessa forma, muito embora a nossa lei de arbitragem não traga previsão expressa a respeito da incorporação por referência, não há nada em nossa legislação que proíba a utilização dessa técnica e que vede a atribuição de eficácia e validade a uma convenção assim pactuada[215].

---

[215] Favorável à utilização da incorporação por referência em território nacional: LEMES, Selma Maria Ferreira. A interpretação extensiva da cláusula arbitral. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2373>. Acesso em: 02 out. 2012."[O] referido Tribunal, ao exarar sua decisão e efetuar a análise dos fatos e do direito que instruíam a ação levou em consideração que as partes ao entabularem o negócio o fizeram por meio de um contrato de corretagem, com uma terceira empresa, no qual figuraram como compradora, a empresa espanhola e, como vendedora, a empresa francesa. Nas regras referentes às condições gerais de venda havia indicação que todas as controvérsias decorrentes do contrato seriam solucionadas por arbitragem pela Câmara Arbitral de Paris (entidade geralmente nomeada para solução de conflitos referentes às transações de produtos originários do solo, como frutas, cereais, etc e, muitas vezes, indicada em negócios entabulados por entidades profissionais), que haveria de resolver em última instância e de acordo com o seu Regulamento. As partes declararam conhecer e aceitar referida disposição. A empresa francesa confirmou a venda para a empresa espanhola reportando-se às condições do negócio exaradas no documento emitido pela empresa corretora. A empresa espanhola encaminha correspondência por fax indicando normas complementares que desejava incluir na confirmação de venda recebida da empresa francesa, reiterando, ainda, que aceitava todas as demais especificações. O Judiciário espanhol, ao analisar esses documentos e as demais correspondências trocadas entre as partes, concluiu que se permitia *sem nenhuma espécie de dúvida considerar satisfeito o requisito imposto pelo art. IV, "b" da CNI [ter anexado o documento em que consta a cláusula compromissória], pois ficou suficientemente assegurada a vontade das partes em incorporar ao conteúdo do contrato, como uma cláusula a mais, a referente à arbitragem, sem que, ao contrário, seja justificado alegar o desconhecimento da existência de referida cláusula afirmada pela oponente, por mais que esta esteja incluída em um contrato-tipo, que se remete em bloco ao particular celebrado entre as partes, pois a recepção por esta da confirmação expedida pela vendedora de n. B-93190, que não nega, unida à resposta que a compradora encaminhou à vendedora, permite afirmar, sem circunlóquios, que teve conhecimento de que a cláusula compromissória estava incluída no contrato como parte dele e nada objetou sobre este particular; mas, ao contrário, manifestou expressamente sua conformidade com as cláusulas que não alterou ou modificou.* Note-se que este tipo de extensão da eficácia da cláusula compromissória recebe na doutrina a denominação de *cláusula arbitral por referência*, comum nas relações comerciais entabuladas por meio de contratos-tipos das associações profissionais especializadas, como as que atuam nas áreas de algodão, café e cereais em geral. O Tribunal Supremo Espanhol, em decorrência do acima relatado e de outras questões de fato e de direito aduzidas no processo, reconheceu e determinou a execução da sentença arbitral ditada na Câmara Arbitral de Paris, que condenou a empresa espanhola por inadimplemento contratual. Destarte, deste precedente exarado em cortes estrangeiras podemos aferir que,

Ressalte-se que, nos casos em que o contrato que incorpora a convenção de arbitragem lhe faz referência expressa, nenhuma dúvida poderá haver a respeito da intenção das partes de se vincular à convenção. Já quanto aos casos em que as partes não foram expressas a respeito de sua intenção de incorporar a convenção ao novo contrato, deverão ser investigados os aspectos do caso concreto, a fim de verificar se as partes tinham ciência da sua existência. Se as partes tinham ciência e não se opuseram à incorporação, haverá consentimento.

Quanto à necessidade de convenção por escrito, a incorporação por referência atende a esse requisito da lei de arbitragem. A convenção de arbitragem incorporada é escrita, assim como são escritos os termos do novo contrato que determinam a incorporação, seja da convenção expressamente, seja do contrato ou documento que a contém, genericamente. Além disso, conforme já explicado, a Lei n. 9.307/96 não exige que as partes manifestem seu consentimento expressamente, por escrito, de forma que pode será perfeitamente válida e eficaz uma convenção de arbitragem incorporada, por referência, por contrato diverso daquele em que foi redigida, desde que os aspectos do caso concreto demonstrem que as partes tinham conhecimento e não se opuseram à sua adoção.

No que diz respeito à competência para determinar os limites subjetivos da convenção de arbitragem, a solução é igual àquela apresentada para os grupos de sociedades e os grupos de contratos[216]. A solução é a mesma também no que diz respeito à pactuação do compromisso arbitral[217]. Se a opção pela jurisdição arbitral foi feita pela via do compromisso, não caberá qualquer discussão a respeito dos limites subjetivos da convenção de arbitragem incorporada por referência. Quando há compromisso arbitral, em regra, as partes e o objeto que será submetido à arbitragem são precisamente identificados no compromisso. Diferentemente, a discussão dos limites subjetivos da convenção de arbitragem incorporada por referência se coloca porque as partes, durante o seu relacionamento, determinam a incorporação, por novos contratos, de dispositivos de contratos anteriores. Portanto, a pactuação da convenção de arbitragem por meio da incorporação por referência apenas tem lugar quando se trata de uma cláusula compromissória.

---

se fosse transladado para o ambiente nacional, poderia ter idêntica solução, pois ambas as legislações (espanhola e brasileira) dispensam efeito vinculante à cláusula compromissória, bem como possuem a CNI como lei incorporada ao ordenamento interno."

[216]Capítulo I, item 4.4.2. Capítulo II, item 4.1.

[217]Capítulo I, item 4.4.3.

## 3.2. Incorporação por referência da convenção de arbitragem na jurisprudência nacional

Para ilustrar a aplicação da técnica da incorporação por referência destaca-se julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo (*TJSP*) [218]. *Sul América Seguros* ajuizou ação judicial para reaver de *Armada (Holland) B.V.* os valores desembolsados em razão de contrato de seguro de sal a granel transportado em navio. Julgada procedente a demanda, Armada (Holland) B.V. interpôs recurso de apelação, insistindo na incompetência da justiça brasileira para julgar a demanda, em decorrência da existência de cláusula compromissória no conhecimento de embarque. De acordo com Armada (Holland) B.V., Sul América Seguros deveria ser vinculada à mencionada convenção de arbitragem.

A discussão a respeito da vinculação da seguradora à convenção de arbitragem firmada entre a beneficiária proprietária da carga e a responsável pelo transporte é matéria discutida no capítulo destinado aos grupos de contratos[219]. Aqui, cumpre destacar o entendimento do TJSP a respeito da incorporação por referência da convenção de arbitragem contida no conhecimento de embarque pelo contrato de transporte. É interessante notar que, muito embora a incorporação por referência não tenha sido o cerne da discussão travada no acórdão, foi imprescindível para estabelecer a existência de convenção entre a proprietária da carga e a transportadora e, em um segundo momento, determinar se tal convenção era ou não aplicável ao contrato de seguro firmado entre a seguradora e a transportadora.

O TJSP declarou que o contrato de transporte, *sem sombra de dúvida*, havia incorporado o conhecimento de embarque e, como consequência, a cláusula compromissória nele contida. O tribunal entendeu que como se tratava *de contrato de especificidades peculiares, inerentes ao complexo mundo do transporte marítimo internacional (...) as partes contratantes em absoluto podem ser tidas por hipossuficientes e, mais ainda, incapazes de discutirem as condições, tanto mais dado o vulto econômico do dispêndio da contraprestação*. Dessa forma, não poderia haver dúvidas com relação à

[218]TJSP, Apelação Cível n. 9108101-03.2008.8.26.0000, 14ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. José Tarciso Beraldo, j. 4.2.2009. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <www.tjsp.gov.br>. Acesso em: 23 set. 2012.

[219]Capítulo II, item 3.2.

existência de convenção de arbitragem *válida e operante* firmada entre a transportadora e a proprietária da carga[220].

Para decidir a respeito da existência da convenção de arbitragem entre as partes do contrato principal, o tribunal analisou os aspectos do caso concreto e concluiu que, em decorrência da experiência das partes e da especificidade do mercado de transporte marítimo, era necessário reconhecer que as partes do contrato de transporte haviam consentido com a convenção contida no conhecimento de embarque. O TJSP proferiu decisão na mesma linha dos precedentes internacionais anteriormente expostos, declarando a validade da cláusula compromissória incorporada por referência, mesmo sem dizê-lo expressamente.

Dessa forma, a incorporação por referência pode, também no Brasil, levar ao reconhecimento de que as não signatárias são partes da convenção de arbitragem contida no contrato incorporado. Não há afronta à vontade dos contratantes ou das regras da lei de arbitragem nacional no que se refere à forma da convenção ou da manifestação de consentimento. Portanto, sempre que os termos de um instrumento contratual ou de outro documento qualquer forem incorporados por um novo contrato, em havendo convenção de arbitragem no documento incorporado, esta deverá ser considerada parte integrante do novo contrato, ficando as partes signatárias desse contrato a ela vinculadas.

---

[220]"Registra-se, de pronto, que a cláusula compromissória estampada no conhecimento de embarque – que, sem sombra de dúvida, corporifica o contrato de transporte – e que se vê traduzida a fls. 230 sem impugnação da apelada, é de validade indisputável. Com efeito, não o seria, isto é, poder-se-ia tê-la por abusiva acaso se tratasse de contrato de adesão celebrado na vigência do CDC (art. 4º e inciso VII do art. 51 – STJ, REsp 819.519). Não é avença de adesão, todavia: trata-se de contrato de especificidades peculiares, inerentes ao complexo mundo do transporte marítimo internacional, isto é, as partes contratantes em absoluto podem ser tidas por hipossuficientes e, mais ainda, incapazes de discutirem as condições, tanto mais dado o vulto econômico do dispêndio da contraprestação. Assim, parte-se da premissa de que se trata de disposição válida e operante."

# IV. ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO

## 1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA

A estipulação em favor de terceiro é instituto que possui previsão expressa no Código Civil brasileiro[221]. De acordo com a doutrina nacional, há estipulação em favor de terceiro quando uma das partes, o estipulante, contrata em seu próprio nome com a outra parte, o promitente, que se obriga a cumprir uma determinada prestação em favor de um terceiro, o beneficiário[222]. As partes firmam contrato em nome próprio, mas visando o benefício de outrem. Ao terceiro é assegurado o direito de exigir o cumprimento da obrigação que o beneficia. Note-se que o terceiro beneficiário não é obrigado a aceitar o direito estipulado em seu favor, pois não é obrigado a contratar. Mas, se aceitar, fica vinculado a todos os termos do contrato do qual decorre tal direito.

Por outro lado, é perfeitamente possível que o contrato, por meio do qual foram estipulados direitos a terceiro, contenha convenção de arbitragem. Isso ocorre com frequência em contratos de seguro[223] e em contratos de transportes de mercadorias firmados entre transportador e expeditor, nos quais há estipulação contratual em favor do destinatário. Nos termos dos ensinamentos da doutrina e jurisprudência internacionais, a partir do momento em que o terceiro beneficiário aceita o benefício pactuado em seu nome, fica vinculado a todos os termos do contrato[224]. Quando há estipulação em favor de

---

[221]"Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438. Art. 437. Se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor. Art. 438. O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contratante. Parágrafo único. A substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade".

[222]VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 488. Sobre o tema, vide ainda: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 104-112. NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 3, p. 75-86. PENTEADO, Luciano de Camargo. Contratos eficazes perante terceiros. *Revista do Advogado,* São Paulo, n. 116, p. 119-131, 2012. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 145-151.

[223]*Jeans v. Arrow Ins. Co.*, 494 P.2d 1334, 1337 (Ariz. Ct. App. 1972). Nesse caso foi declarado que o beneficiário poderá ser compelido a submeter à arbitragem suas demandas contra a seguradora quando houver convenção de arbitragem no contrato de seguro que o favorece. SANDROCK, Otto. Arbitration agreements and groups of companies. *The international lawyer*, v. 27, p. 952, 1993.

[224]"The parties to a contract may expressly stipulate that, in addition to themselves, a third party shall acquire rights thereunder. Even if no express stipulation has been made by the parties to a contract whereby a party acquires rights, including the right to arbitrate, circumstances may indicate that the parties have such

terceiro por meio de um contrato que contém convenção de arbitragem, portanto, esta vinculará o beneficiário (*third party beneficiary*) que aceita o direito estipulado em seu favor.

## 2. LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM ESTIPULADA EM FAVOR DE TERCEIRO

A fim de ilustrar a situação em que o beneficiário fica vinculado à convenção contida no contrato estipulado em seu favor, destaque-se o caso *Ex parte Dyess*. Nesse caso, o Sr. Dyess sofreu acidente enquanto testava veículo colocado à venda pela concessionária "C". A concessionária havia firmado contrato de seguro com a seguradora "S" que cobria acidentes com possíveis compradores. O contrato de seguro possuía convenção de arbitragem. Após o acidente, o Sr. Dyess ajuizou demanda judicial contra a seguradora, que havia negado o pagamento do prêmio. A seguradora "S" alegou, então, a existência de cláusula compromissória. O Sr. Dyess negou estar vinculado à cláusula por não ser signatário do contrato. Ao decidir a questão, o tribunal declarou que o Sr. Dyess estava, sim, vinculado a ela, por ser terceiro beneficiário do contrato e por ter aceitado e demandado os direitos decorrentes do seguro. Por isso, o Sr. Dyess deveria ficar sujeito a todos os termos do contrato, não podendo escolher os dispositivos contratuais aos quais seria submetido[225].

Em resumo, ao não signatário, beneficiário do contrato, não poderão ser impostas obrigações que não assumiu. Por isso, não será vinculado à convenção de arbitragem se não aceitar os benefícios estipulados em seu favor no contrato. Por outro lado, o beneficiário não poderá apenas beneficiar-se dos direitos a ele conferidos pelo

---

intention. The third party beneficiary will then derive his right to be a party to the arbitration from a tacit agreement". HOSKING, James M. The third party non-signatory's ability to compel international comercial arbitration: doing justice without destroying consent, cit., p. 484. CLAY, Thomas. A extensão da cláusula compromissória às partes não contratantes. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 80, out./dez. 2005.

[225] *Ex parte Dyess* (709 So. 2d 447; 1997 Ala. LEXIS 409. LexisNexis Academic. Web. Date Accessed: 2012/01/17). "Hence, where a nonsignatory, such as Dyess, claims rights under a contract, even if such rights exist, he will be subject to all other terms of the contract including an agreement to arbitrate all disputes. The court held that a third party beneficiary to a contract is bound to arbitrate claims arising under the contract. The court further stated that as a general rule, a party *may not pick and choose the provisions of the policy that he wants to follow*. (...) Hence, *a third party beneficiary seeking to enforce claims under a contract containing an arbitration clause is bound by that clause*". DEARMAN, Jeff. Resolving arbitration's non signatory issue: a critical analysis of the application of equitable estoppel in Alabama courts. *Cumberland Law Review*, v. 29, p. 655, 1998-1999.

contrato, evitando outras disposições contratuais que lhe sejam desfavoráveis. Admitir uma conduta nesse sentido contrariaria os princípios da boa-fé e a vedação do *venire contra factum proprium*[226]. Ao aceitar os benefícios decorrentes do contrato, o beneficiário fica vinculado a ele como um todo, inclusive à convenção, muito embora não seja dela signatário. O consentimento do beneficiário com os termos do contrato implica em consentimento tácito, tornando-o parte da convenção.

Assim, o beneficiário poderá executar a convenção de arbitragem contida no contrato, seja para submeter à arbitragem as demandas apresentadas contra ele pelo signatário, seja para demandar do signatário os direitos decorrentes do contrato. Da mesma forma, qualquer signatário poderá executá-la contra o terceiro que aceitou os benefícios decorrentes do contrato. Não pode haver dúvidas de que as partes contratantes, que estipulam por meio do contrato um benefício a ser usufruído por terceiro, e que inserem no contrato cláusula compromissória, são signatárias da convenção, que poderá ser por elas e contra elas executada, nos termos e limites estabelecidos. Tampouco pode haver dúvidas de que os contratantes, ao firmarem um contrato que favorece terceiro e nele inserirem cláusula compromissória, pretendiam que o beneficiário fosse vinculado a ela. Há, dessa forma, consentimento recíproco de todos os envolvidos.

## 2.1. Estipulação em favor de terceiro e princípio da autonomia da convenção de arbitragem

Conforme já declarado anteriormente[227], costuma-se afirmar que a convenção é autônoma em relação ao contrato em que está inserida. O princípio da autonomia é consagrado, inclusive, pelo art. 8º da Lei de Arbitragem brasileira, e se presta a proteger a convenção contra eventual declaração de nulidade do contrato em que estiver inserida, assegurando sua validade e eficácia. Trata-se de mecanismo de proteção e favorecimento da arbitragem, destinado a garantir o seu regular desenvolvimento, diante da opção livremente feita pelas partes de submeter os litígios surgidos entre elas a um tribunal

[226]"[T]he mere status of the third party beneficiary imposes no duty to arbitrate (...) [however] doing so is a condition to the third party beneficiary's enforcing its rights' under that contract (...)". HOSKING, James M. Non-signatories and international arbitration in the United States: the quest for consent, cit., p. 289-303.
[227]Capítulo III, item 2.2.

arbitral. Portanto, não é correto invocar o princípio da autonomia da convenção de arbitragem a fim de limitar, de qualquer forma, a sua aplicação.

Em outras palavras, não faz sentido, em decorrência desse princípio, exigir que o consentimento relativo à convenção de arbitragem seja expresso de forma apartada, distinta, do consentimento manifestado pelo beneficiário em relação ao contrato como um todo. O terceiro beneficiário tem plenas condições de conhecer todos os termos do contrato antes de aceitar os benefícios dele decorrentes. Portanto, pode, de antemão, tomar conhecimento da convenção e avaliar se concorda ou não com ela. Se entender que o contrato lhe é benéfico e resolver aceitar o benefício, ficará vinculado ao contrato como um todo, inclusive à convenção, independentemente de anuir expressamente com ela; se, diferentemente, discordar de quaisquer termos do contrato ou entender que o benefício estipulado em seu favor não lhe interessa, poderá rejeitá-lo, hipótese em que não será vinculado de qualquer forma ao contrato ou à cláusula compromissória.

A convenção de arbitragem é parte integrante do contrato e compõe o seu equilíbrio econômico-financeiro. O contrato deve ser entendido como um todo que, se partido, será privado das características a ele conferidas pelos contratantes. Admitir que o terceiro pudesse se beneficiar do contrato e evitar a sujeição a determinadas cláusulas contratuais que lhe desfavorecem iria contra os interesses das demais partes envolvidas, o que não é admissível por contrariar a boa-fé contratual. O princípio da autonomia não pode ser considerado como um obstáculo para a vinculação do beneficiário. Seria um contra-senso considerar o contrário, pois isso criaria novos obstáculos à validade da convenção, quando o princípio da autonomia foi criado para assegurar essa validade.

## 3. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM ESTIPULADA EM FAVOR DE TERCEIRO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A experiência internacional é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, seja no que se refere ao tratamento conferido à estipulação em favor de terceiro pelo Código Civil, seja no que se refere à Lei de Arbitragem.

Conforme já comentado, as regras do Código Civil que regem a estipulação em favor de terceiro determinam exatamente que, se por um lado, o terceiro beneficiário não é obrigado a aceitar o direito estipulado em seu favor, por outro, aceitando-o, ficará

vinculado a todos os termos do contrato do qual decorre tal direito. Nos termos da lei civil, o terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação estipulada em seu favor, *ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir*[228]. Portanto, o terceiro que aceita o benefício estipulado em seu favor fica vinculado à convenção de arbitragem contida no contrato, pois com ela consente tacitamente, não havendo necessidade de anuência expressa e específica para a convenção.

Já no que diz respeito à Lei de Arbitragem, três pontos devem ser destacados. Em primeiro lugar, a estipulação da convenção em favor de terceiro atende à exigência de convenção por escrito. A Lei n. 9.307/96 não exige que as partes manifestem seu consentimento com a convenção de arbitragem expressamente, por escrito, de forma que pode ser considerada perfeitamente válida e eficaz aquela estipulada em favor de terceiro, desde que exista e conste por escrito no contrato e o beneficiário consinta com ela de maneira expressa ou tácita, porém inequívoca. Em segundo lugar, essa discussão não terá lugar se a opção pela jurisdição arbitral for feita pela via do compromisso. Na hipótese analisada deve haver um contrato do qual decorrerão direitos para o beneficiário, portanto, só há que se falar em estipulação da convenção em favor de terceiro se esta for uma cláusula compromissória. Por fim, a competência para determinar os limites subjetivos da convenção de arbitragem será, a princípio, dos árbitros. Mas, poderá ser, em determinados casos, do juiz togado, que deverá decidir a respeito da sua existência, validade e eficácia desde logo, em prol da economia processual, da eficiência e da celeridade da prestação jurisdicional, mesmo que, para decidir a respeito, deva proceder à investigação de aspectos do caso concreto[229].

Assim, é perfeitamente possível, e recomendável, a aplicação dos ensinamentos da doutrina e jurisprudência internacionais, de forma que, diante de casos em que há estipulação em favor de terceiro, este fique vinculado à convenção de arbitragem contida no instrumento contratual de onde se origina o benefício por ele aceito.

---

[228]"Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438."

[229]Na linha do que já exposto no Capítulo I, item 4.4.

# V. REPRESENTAÇÃO

## 1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA

Quando o signatário da convenção de arbitragem não a subscreve em seu próprio nome será necessário determinar os limites subjetivos da convenção. Como a representação (*agency*) pode decorrer de uma manifestação de vontade tácita[230], nem sempre será fácil determinar quem é parte da convenção – o representante, o representado, ou até mesmo ambos, como ocorre muito frequentemente. A experiência internacional mostra que não signatários têm sido vinculados à arbitragem em três situações: quando há mandato; quando há mandato aparente; e quando há somente representação. Esses casos serão analisados a seguir.

## 2. LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM FIRMADA PELO REPRESENTANTE/REPRESENTADO

Conforme afirmado, há basicamente três situações em que poderá haver a vinculação de não signatários à convenção de arbitragem em decorrência da representação. Quando há mandato, a solução é, em regra, simples. Se o signatário age na qualidade de mandatário de outrem, não será parte convenção. Apenas o não signatário mandante será parte[231]. Esse entendimento decorre das características próprias do mandato, no qual, desde que os atos tenham sido praticados nos limites dos poderes outorgados, o mandante ficará

---

[230]"A person or entity A will be considered a party to a contract and therefore to the arbitration agreement contained in it, if the person or entity B that formally signed the agreement was only representing A. In such circumstances, B's mandate to represent A may be either express or implied. In other words, there must have been an express or apparent mandate". HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 258-259.

[231]"The arbitration agreement binds only those parties that have entered into it. However, a party need not be physically present in order to be bound – an arbitration agreement can be entered into by an agent or, more generally, by any form of representation. In such cases, the principal is bound, and not its representative." GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 280. Nesse sentido foram julgados os seguintes casos: *Interocean Shipping Co. v. National Shipping & Trading Corp.*, 523 F.2d 527, 537 (2d Cir. 1975), EUA; *Hidrocarburos y Derivados, CA*, 453 F. Supp. 160 (S.D.N.Y. 1977), EUA; *Farkar Co. v. R.A. Hanson DISC, Ltd*, 441 F.Supp.841, 845 (S.D.N.Y. 1977), EUA; *Wren Distributors, Inc. v. Phone Mate, Inc.*, 600 F. Supp.1576, 1580-81 (E.D.N.Y. 1985, EUA); *Herlofson Mgt A/S and Ministry of Supply*, Kingdom of Jordan, 765 F. Supp. 78 (S.D.N.Y. 1991), EUA. BORN, Gary. *International commercial arbitration*: commentary and materials, cit.

vinculado aos atos praticados pelo mandatário. Decorre também do consentimento das partes envolvidas com a convenção de arbitragem: o mandante, ao autorizar a pactuação em seu nome, consente com ela; a parte contrária, ao contratar com o mandatário, sabendo que este atua em nome de outrem, consente em firmá-la com o mandante. Há necessidade de consentimento de todas as partes envolvidas para que a convenção seja válida e eficaz. Assim, se o mandatário a subscreve sem revelar à outra parte que agia em nome de outrem, poderá ser vinculado pessoalmente a ela, preservando-se os direitos do terceiro de boa-fé[232].

Além disso, não signatários podem ser vinculados à convenção de arbitragem desde que exista uma aparência de representação legítima, ou mandato aparente[233] (*apparent authority*). Por exemplo, no caso n. 1434, julgado pela CCI, o tribunal arbitral declarou que o Sr. "A" teria levado a sociedade "B" a legitimamente acreditar que ele, Sr. "A", agia em nome de todas as sociedades do grupo que dirigia, o que resultou na vinculação do Sr. "A" e de todas as sociedades do grupo "A" à cláusula compromissória[234]. Em outro caso, também decidido pela CCI, o tribunal arbitral concluiu que o Sr. "Z" teria, de maneira tácita, atribuído poderes ao Sr. "E" para que este contratasse em seu nome. Dessa forma, mesmo diante de eventual invalidade do ato que atribuiu poderes ao Sr. "E", este teria um poder aparente (*pouvoirs apparents*), ficando o Sr. "Z" vinculado à convenção firmada pelo Sr. "E"[235].

Portanto, nesses casos, poderá ser admitida a vinculação à convenção de arbitragem, seja do representante, que fez com que a parte contrária acreditasse que negociava com ele em nome do representado, seja do representado, a despeito de este não

---

[232]"Additionally, when an agent executes a contract containing an arbitration clause and fails to reveal that he or she is signing as an agent on behalf of a disclosed principal, then the agent is deemed to be acting on his or her own behalf and may be compelled to arbitrate". EISEN, Charles Lee. What arbitration agreement? Compelling non-signatories to arbitrate, cit., p. 40-45.

[233]"É ainda no campo das obrigações do mandante que se deve situar a figura do mandato aparente, que por sua importância desperta a atenção da doutrina e chega mesmo a inspirar escritos monográficos. O problema apresenta-se quando um terceiro de boa-fé trata com alguém que tem toda a aparência de ser representante de outrem, mas na realidade não é. Pelo princípio de proteção à boa-fé, reputar-se-á válido o ato e vinculado ao terceiro o pretenso mandante. Se, pois, este, por ato que lhe pode ser imputado, ou por sua conduta, permite supor a existência de uma representação regular, o ato praticado lhe é oponível. O fundamento da eficácia reside na aparência do mandato, sem necessidade de apurar a causa do erro. Lembram-se, como exemplos, o ter assinado em branco o instrumento, ou havê-lo redigido obscuramente, ou ainda ter revogado o mandato sem comunicá-lo a terceiro etc." PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: Contratos. Declaração unilateral de vontade. Responsabilidade civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, p. 411.

[234]ICC case no. 1434 of 1975, 103 J. Droit Int'l (Clunet) 978 (1976). Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985 263 (Sigvard Jarvin & Yves Derains eds., 1990). HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 261.

[235]ICC case no. 5730 of 1988 117 J. Droit Int'l (Clunet) 1029 (1990). HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 261.

ter conferido autorização para a atuação do representante em seu nome. A vinculação à convenção de um não signatário que não autorizou a prática de atos em seu nome teria como justificativa a frequência com que a arbitragem tem sido utilizada no âmbito comercial, o que faria dela uma forma usual de resolução de conflitos nessa esfera, e a legítima crença do outro contratante de que estava negociando com um representante devidamente autorizado, devendo ser protegido o contratante que agiu de boa-fé e executada a convenção contra todos os envolvidos[236]. Ocorre que a convenção de arbitragem apenas deve vincular aqueles que com ela consentiram, o que não ocorre quando há uma relação de representação legítima apenas aos olhos da parte contrária. Nem mesmo a popularidade que a arbitragem alcançou no cenário comercial ou a boa-fé do contratante justificaria a vinculação de um não signatário nesses casos. Por isso, não parecem corretas as decisões nesse sentido.

Por fim, os tribunais norte-americanos têm admitido a vinculação dos representantes à convenção firmada diretamente pelo representado. O entendimento é bastante simples: quando o representado é parte de uma convenção de arbitragem, seus representantes, agentes e funcionários também serão a ela vinculados[237], principalmente quando a demanda é consequência de atos, procedimentos e ações desses sujeitos no papel de representantes do signatário[238]. Por exemplo, no caso *Pritzker v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith*, o tribunal declarou que, se os signatários da convenção optaram por submeter eventuais disputas surgidas entre eles à arbitragem, a convenção deverá ser aplicada a todas as demandas ajuizadas contra representantes ou entidades relacionadas aos

---

[236]"[A] party cannot rely on its lack of capacity or on the absence of power of its apparent representative, where the other party could legitimately have been unaware of that incapacity or absence of power (…). In 1980, the Paris Court of Appeals had an opportunity to apply the doctrine of apparent authority to an international arbitration agreement. Having noted that *arbitration is one of the normal means of settling disputes between merchants*, and that *the signature of an arbitration agreement is therefore, in commercial matters, an act of day-to-day management*, the Court held that one of the parties had legitimately believed that the mandate held by a company director entitled him to enter into arbitration agreements. The Court went on to conclude that *even though it may not have given a formal authorization to its director, [the] company (…) was therefore bound by the actions of its apparent agent*. This solution is, in our view, the correct one." GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 252.

[237]"The American theory of agency, which is far from identical to the agency doctrine applied in civil law countries, holds that when a principal is bound under the terms of a valid arbitration clause, its agents, employees and representatives are also covered under the terms of the agreement". HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 258-260.

[238]*Baum v. Avado Brands, Inc.*, No. Civ. A.3:99-CV-0700G, 1999 WL 1034757, at *7 (N.D. Tex. Nov. 12, 1999). LAMM, Carolyn B.; AQUA, Jocelyn A. Defining the party – who is a proper party in an international arbitration before the American Arbitration Association and other international institutions, cit., p. 724.

signatários[239]. Dessa forma, foram vinculados à convenção de arbitragem um funcionário e uma sociedade pertencentes ao mesmo grupo de um dos signatários. Já no caso *Arnold v. Arnold*[240], os diretores e funcionários do signatário foram vinculados em decorrência do *bem definido princípio que atribui aos agentes os benefícios da convenção de arbitragem pactuada por seu superior hierárquico*[241]. Isso para impedir que as partes evitem a aplicação da convenção demandando contra não signatários[242].

Na mesma linha do que foi afirmado para os casos em que há um mandato aparente, não é parte da convenção de arbitragem quem com ela não consentiu. E isso independentemente do tipo de relacionamento que os não signatários mantenham com o signatário, isto é, sejam seus diretores, administradores ou funcionários. Em regra, quando pessoas físicas exercem a função que lhes foi atribuída por uma pessoa jurídica, agem em nome dela, e não em nome próprio. Dessa forma, em caso de eventuais danos causados ao outro contratante pelo representante, é a pessoa jurídica que deverá ser demandada, e não o causador do dano pessoalmente. Ainda que o representante extrapole os poderes a ele atribuídos pela pessoa jurídica, não haverá possibilidade de sua vinculação pessoal. Diante de uma eventual impossibilidade de responsabilização da pessoa jurídica pelo dano causado (aplicação da teoria *ultra vires*[243]), o agente deverá ser demandado pessoalmente, mas perante o poder judiciário, jamais nos termos de uma convenção de arbitragem que não pactuou. A não ser que a própria convenção tenha sido firmada pelo representante,

---

[239]*Pritzker v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith* (7 F.3d 1110; 1993 U.S. App. LEXIS 26766; 17 Employee Benefits Cas. (BNA) 1719. LexisNexis Academic. Web. Date Accessed: 2012/01/17). O tribunal declarou que "[w]here the parties to [an arbitration] clause unmistakably intend to arbitrate all controversies which might arise between them, their agreement should be applied to all claims against agents or entities related to the signatories." HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 258-260.

[240]*Arnold v. Arnold* (920 F.2d 1269; 1990 U.S. App. LEXIS 20907; Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P95,656. LexisNexis Academic. Web. Date Accessed: 2012/01/17). HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 258-260. BORN, Gary. *International commercial arbitration*: commentary and materials, cit.

[241]"[W]ell-settled principle affording agents the benefit of arbitration clauses made by their principal". HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 258-260. BORN, Gary. *International commercial arbitration*: commentary and materials, cit.

[242]"[I]f the parties can avoid the practical consequences of an agreement to arbitrate by naming non-signatories as [defendants] (...) the effect of the rule requiring arbitration, would, in effect, be nullified." HANOTIAU, Bernard. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, cit., p. 258-260. BORN, Gary. *International commercial arbitration*: commentary and materials, cit.

[243]Código Civil, art. 1.015. "No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir. Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: I – se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; II – provando-se que era conhecida do terceiro; III – tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade."

extrapolando os poderes a eles atribuídos, caso em que poderá ser vinculado pessoalmente a ela, mas não em conjunto com a pessoa jurídica.

## 3. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM FIRMADA PELO REPRESENTANTE/REPRESENTADO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nos termos do Código Civil brasileiro, no contrato de mandato o mandante transfere poderes ao mandatário para que este pratique atos ou administre interesses em nome do mandante. Como contrato consensual, não exige requisito formal para a sua validade, nem para a sua prova. Pode ser tácito ou expresso, e este verbal ou escrito. O mais comum é que seja escrito, materializando-se na procuração, que lhe serve de instrumento. Ressalte-se, entretanto, que o mandato especial, ou seja, aquele que possibilita a prática de quaisquer atos, limitados, entretanto, aos atos e negócios especificados expressamente no instrumento de mandato, deverá obrigatoriamente ser escrito (art. 661 §1º do Código Civil). Por fim, note-se que a outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. O mandato verbal não será admitido para os casos em que o ato deva ser celebrado por escrito, como é o caso, por exemplo, do mandato para prestar fiança (art. 819 do Código Civil) e, por que não afirmar, do mandato para firmar convenção de arbitragem[244].

Diante do exposto, é possível concluir que, nos termos da legislação brasileira, apenas por meio de instrumento escrito, no qual conste autorização expressa, será possível atribuir poderes a um mandatário para firmar convenção de arbitragem, sob pena de ela não vincular o mandante. Frise-se que os atos praticados por quem não tenha mandato – ou não tenha poderes suficientes – são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados (ressalvada a possibilidade de ratificação, nos termos do art. 622 do Código Civil). Aliás, há disposição expressa na lei declarando que a outorga do poder de transigir não importa na outorga de poderes para firmar convenção de arbitragem (art. 661 §2º do

[244]Sobre mandato e representação: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, cit., v. 3, p. 375-406. NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: contratos, cit., v. 3, p. 329-343. POUSADA, Estevan Lo Ré. Aspectos nebulosos do contrato de mandato: uma cortina de fumaça a ser dissipada. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 116, p. 77-87, 2012. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 679-727. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil.* 2. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 710-722. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil:* contratos em espécie. São Paulo: Atlas, 2008. p. 251-281.

Código Civil), o que mais uma vez demonstra a necessidade de que a atribuição de poderes para firmar pacto arbitral se dê de maneira expressa e clara[245].

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já proferiu julgado nesse sentido[246]. Diante de agravo de instrumento no qual foi pleiteada a declaração da incompetência do juízo arbitral que proferiu a sentença executada, o TJRS deu provimento ao recurso, reformando a decisão agravada que rejeitara a exceção de pré-executividade apresentada pelo agravante, com fundamento no fato de a cláusula compromissória ter sido pactuada por um preposto, privado de qualificação e de poderes para tanto. Diante da ausência de poderes do preposto para pactuar convenção de arbitragem, foi reconhecida a ausência de consentimento do agravante com a convenção e a incompetência dos árbitros, desconstituindo-se a sentença arbitral e, consenquentemente, o título executivo.

Por isso, pode-se afirmar que, nos termos da legislação brasileira, em sendo a convenção de arbitragem pactuada por um mandatário, apenas vinculará o mandante se o instrumento de mandato atender aos requisitos legais, ou seja, se no instrumento de mandato houver autorização expressa e por escrito para tanto. Caso contrário, não vinculará o mandatário, podendo, em determinados casos, vincular pessoalmente o mandante ou ser resolvida em perdas e danos. De qualquer forma, cumpridas as exigências da nossa legislação, o mandante deverá ser vinculado à convenção pactuada em seu nome, na linha do que vem sendo afirmado pela doutrina e jurisprudências internacionais.

Esse entendimento não é incompatível com a Lei de Arbitragem brasileira. A referida lei não exige que as partes manifestem seu consentimento com a convenção de arbitragem expressamente, por escrito, de forma que pode ser considerada válida e eficaz

---

[245]"The first is whether the validity of an arbitration agreement entered into by an agent is conditional upon the existence of a specific authorization given by the principal, which then raises the question of how specific that authorization must be. Will a general authorization to enter into arbitration agreements suffice, or does the agent need a specific authorization to sign a particular arbitration clause or submission agreement, or an authorization to enter into an arbitration agreement relating to a particular dispute or to any dispute concerning the principal? Under Article 1989 of the French Civil Code, *an agent may act only within the scope of its mandate, and the power to settle disputes does not confer a power to enter into arbitration agreements*. Similarly, Article 1008 of the Austrian Civil Code requires a specific power to enter into an arbitration agreement. So did Italian law until the rule was reversed by the January 5, 1994 reform. This restrictive philosophy is not well-suited to international commerce. One can therefore only hope that a substantive rule will be adopted whereby a general authorization to contract will suffice for the purpose of entering into a valid international arbitration agreement." GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 250.

[246]TJRJ - Agravo de Instrumento nº. 2005.002.11305, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luiz Habib, j. 6.9.2005. Disponível em <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 6.12.2012. Comentários sobre o caso podem ser encontrados em: COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Execucao_e_Cumprimento_da_Sentenca_Arbitral.pdf>. e <http://cbar.org.br/site/pesquisa-fgv-cbar>.

aquela estipulada por um mandatário desde que esta exista e conste por escrito no contrato. A competência para determinar seus limites subjetivos será dos árbitros, mas poderá ser, em determinados casos do juiz togado, na linha do quanto já exposto anteriormente neste trabalho. Por fim, note-se que é perfeitamente possível que surja discussão a respeito dos limites subjetivos da convenção quando a opção pela jurisdição arbitral for feita pela via do compromisso. Da mesma forma que a cláusula compromissória, o compromisso poderá ser firmado por mandatário, atendidos os requisitos legais. A solução será idêntica à já apresentada: será parte do compromisso arbitral o mandante, não o mandatário[247].

[247]Na linha do que já exposto no Capítulo I, item 4.4.

# VI. *ESTOPPEL*

## 1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA

As decisões dos tribunais norte-americanos que se fundamentam no *estoppel* são um reflexo da política favorável à arbitragem adotada naquele país. Esses tribunais, em prol da chamada *federal policy in favor of arbitration*, têm determinado a vinculação do maior número possível de indivíduos à convenção de arbitragem, muitas vezes independentemente da existência de consentimento, tácito ou expresso. Nessa linha de raciocínio, em havendo convenção, haverá uma presunção da existência de vontade das partes de submeter à arbitragem todas as disputas relacionadas ao contrato, a não ser que a redação da convenção imponha uma interpretação restritiva. A aplicação do *estoppel* tem como objetivo conferir mais força a essa presunção, estabelecendo critérios para identificar o consentimento das partes[248].

---

[248]A respeito da *federal policy in favor of arbitration*: "In 1925 Congress enacted the Federal Arbitration Act (FAA) to provide a statutory mechanism for the enforcement of private arbitration agreements. The statute reversed an entrenched common law hostility towards arbitration. Both the English and American judiciary traditionally protected jurisdiction of the courts by refusing to enforce private arbitration agreements. The increasing volume and cost of litigation, however, motivated Congress to override judicial resistance to arbitration by enacting the FAA. (...) The Supreme Court interpreted section 2 of the FAA as creating a federal substantive body of arbitration law.The Court simultaneously construed the FAA as a declaration of federal policy in favor of arbitration. This new federal policy countered the long-standing common law hostility towards arbitration by subjecting arbitration agreements to judicial enforcement. Therefore, agreements to arbitrate are contracts subject to enforcement under general principles of contract law. Moreover, the Supreme Court has stated that the presence of an arbitration provision in a contract creates a presumption that grievances asserted in connection with that contract fall within the scope of the underlying arbitration provision. But as a countervailing principle of contract law, a party is not bound to the terms of an arbitration provision in the absence of assent. Indeed, the FAA conditions the validity of an arbitration agreement upon the existence of a writing between parties. Courts, however, have refused to interpret the writing requirement as a statute of frauds provision limiting the range of enforceability to signatories. Rather, courts have used ordinary contract principles of assent to extend the provisions of a written instrument to include nonsignatories. Federal policy compels the use of such principles to effect the broadest reading of an arbitration provision to include the broadest range of parties. The Supreme Court clearly expressed its support of arbitration by specifically instructing lower courts to resolve contractual ambiguities concerning the scope of an arbitration provision in favor of enforcement. Nevertheless, contract law limits enforcement of arbitration provisions to those parties who have agreed to submit their claims to the forum. Therefore, the expansive enforcement policy of federal law conflicts with the limitations of contract law. To resolve this conflict, federal courts have applied theories such as estoppel and equitable estoppel to attempt to strike an appropriate balance". SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration. *Vanderbilt Law Review*, v. 51, p. 723-726, 1998. "When a court determines that a party has agreed to arbitration, the FAA favors and even presumes that the arbitration agreement applies to (1) all disputes among the contracting parties and (2) those disputes with nonsignatories, insofar as it binds the signatory to arbitration, if the disputes significantly relate to the contract, unless the agreement makes clear that arbitration does not encompass a particular dispute with a contracting party or disputes

De uma forma geral, o *estoppel* tem fundamento na boa-fé contratual e na vedação do *venire contra factum proprium*. Como a boa-fé objetiva é a exigência de probidade, de correção, de comportamento leal dos contratantes, atenta contra ela e incide no *venire contra factum proprium* aquele que demanda posição jurídica em contradição com comportamento anterior. Não obstante estar ligado a esses princípios norteadores do direito contratual, é possível perceber certa preocupação da doutrina norte-americana com as proporções que a utilização do *estoppel* alcançou como instrumento para justificar a aplicação ampla que se pretende conferir à convenção de arbitragem. Conforme será visto, o *estoppel* tem sido aplicado a uma grande gama de situações, de forma que, muitas vezes, é adotado pelos tribunais em detrimento de outras construções mais complexas, mais adequadas ao propósito de determinar os limites subjetivos da convenção[249].

A seguir, serão apresentadas as três vertentes do *estoppel*[250]. Em primeiro lugar, será abordado o *direct-benefit estoppel*, que autoriza a vinculação de um não signatário à convenção de arbitragem quando este aufere benefício direto do contrato. Em seguida, o *equitable estoppel*, que autoriza a vinculação com base na relação existente, de um lado, entre o pleito apresentado e o contrato que contém a cláusula compromissória e, de outro lado, entre as partes. Por fim, o *concerted-misconduct estoppel*, que a autoriza com fundamento exclusivamente na relação existente entre as partes.

---

with nonsignatories. (...) in observing the FAA's policy of favoring arbitration agreements, existing arbitration agreements must be construed broadly. (...) However, a party is not required to be a signatory to a contract in order to enforce an arbitration clause included within the contract. Moreover, as stated above, courts have not required that an arbitration agreement specifically reference a particular party for that party to have rights under the agreement. In observing federal policy, when an arbitration agreement exists, there is a presumption that the existing dispute is arbitrable unless it can be said with *positive assurance that the arbitration clause is not susceptible of an interpretation that covers the asserted dispute*. Furthermore, the presumption of arbitrability infers that the dispute is not balanced on an even scale, but in order to deny arbitrability, it must be clear that the parties intended that the arbitration agreement not cover the dispute in question." DEARMAN, Jeff. Resolving arbitration's non signatory issue: a critical analysis of the application of equitable estoppel in Alabama courts, cit., p. 665-668.

[249]"The concern with both these variations of the estoppel doctrine is that they often result in highly fact-specific decisions and sometimes appear to be used as an *easy option* rather than applying a more rigorous legal analysis using traditional principles of contract and agency law." HOSKING, James M. Non-signatories and international arbitration in the United States: the quest for consent, cit., p. 289-303.

[250]A distinção entre as vertentes do *estoppel* não é unânime, mas a diferenciação facilita a compreensão da evolução do instituto.

## 2. LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E APLICAÇÃO DO *ESTOPPEL*

### 2.1. *Direct-benefit estoppel*

Por meio do *direct-benefit estoppel*, os tribunais norte-americanos têm determinado a vinculação de não signatários que auferem benefício direto do contrato à convenção de arbitragem[251]. Pretende-se, dessa forma, zelar pela boa-fé contratual, evitando que um determinado sujeito possa, ao mesmo tempo, se beneficiar do contrato e evitar obrigações dele decorrentes (vedação do *venire contra factum proprium*), garantindo que o contrato seja executado em sua integralidade. Conforme é rotineiramente afirmado pelos tribunais, quando uma parte invoca direitos com base em um determinado contrato será impedida (*estopped*) de negar que é parte da convenção de arbitragem nele contida[252].

A fim de ilustrar o que se afirmou, destaca-se o caso *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells*. Nesse caso, uma empresa de contabilidade internacional "A" condicionou a utilização do seu nome comercial pelas suas subsidiárias regionais à aceitação dos termos de determinado contrato. A requerente subsidiária "B" continuou a utilizar o referido nome comercial a despeito de não ter assinado o contrato. Quando "B"

---

[251]"[W]hen a nonsignatory knowingly derives benefit from a written agreement containing an arbitration provision, that party is estopped from circumventing contractual obligations by asserting lack of assent." SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration, cit., p. 727. "The doctrine of equitable estoppel, especially, has given rise to considerable confusion, and to a corresponding amount of anxiety. It was explained by the Fourth Circuit as follows: 'equitable estoppel precludes a party from asserting rights *he otherwise would have had against another* when his own conduct renders assertion of those rights contrary to equity. In the arbitration context, the doctrine recognizes that a party may be estopped from asserting that the lack of his signature on a written contract precludes enforcement of the contract's arbitration clause when he has consistently maintained that other provisions of the same contract should be enforced to benefit him.'" TOWNSEND, John M. Non-signatories in international arbitration: an american perspective. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *International Arbitration 2006*: back to Basics? Kluwer Law International, 2007. p. 363. (ICCA Congress Series, v. 13).

[252]"Traditionally, the principle of equitable estoppel was used to compel a nonsignatory to arbitrate because the nonsignatory had previously claimed that other provisions of the contract should be enforced to benefit him. (...) The first strand of equitable estoppel examines the nature of the relationship between the nonsignatory and the contract itself. Most courts recognize that *a party may be estopped from asserting that the lack of his signature on a written contract precludes enforcement of the contract's arbitration clause when he has consistently maintained that other provisions of the same contract should be enforced to benefit him* (*Int'l Paper Co. v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GMBH*, 206 F.3d 411, 418 (4th Cir. 2000)). Thus, a nonsignatory may be *equitably estopped from challenging an agreement that includes an arbitration clause when that person embraces the agreement and directly benefits from it* (*Bouriez v. Carnegie Mellon Univ*, 359 F.3d 292, 295 (3d Cir. 2004)). In other words, if a nonsignatory were to sue on the contract, the signatory could invoke equitable estoppel and compel the nonsignatory to arbitrate the dispute." HUI, Alexandra Anne. Equitable estoppel and the compulsion of arbitration, cit., p. 714 e 726-727.

requereu declaração judicial de seu direito de utilizar o nome comercial, "A" pleiteou a execução da convenção de arbitragem contida no contrato. "B" tentou se escusar, alegando que jamais teria assinado o contrato. O tribunal declarou que "B" não poderia evitá-la, uma vez que, muito embora não fosse formalmente uma signatária, teria auferido benefícios decorrentes do contrato ao utilizar o nome comercial em questão e jamais teria apresentado qualquer objeção aos termos do contrato. O tribunal declarou que, quando um não signatário aufere benefícios de um contrato contendo convenção de arbitragem, está, por sua própria conduta anterior, impedido de se furtar de obrigações contratuais alegando ausência de consentimento. Dessa forma, fica irremediavelmente vinculado à convenção[253].

Na linha do precedente acima mencionado, os casos em que tradicionalmente se dá a aplicação do *direct-benefit estoppel* apresentam não signatários que, durante toda a vida do contrato, com ele foram diretamente relacionados, dele se beneficiaram e até cumpriram as obrigações nele estabelecidas, mas que, quando do litígio, negam a eficácia da convenção de arbitragem nele contida. Portanto, a aplicação do *direct-benefit estoppel* possibilita que o não signatário, que aufere benefício do contrato, seja vinculado à convenção quando dela tem (ou deveria ter) conhecimento e a ela deixa de apresentar qualquer objeção[254]. Ressalte-se, entretanto, que muito embora este seja o uso mais corrente do *direct-benefit estoppel* (*não signatário* sendo vinculado à convenção porque obteve benefício direto do contrato) é possível encontrar casos em que o *signatário* foi compelido a arbitrar contra o não signatário[255]. Dessa forma, tanto o signatário como o não signatário poderão, a depender das circunstâncias do caso concreto, invocar o *direct-benefit estoppel*.

---

[253]*Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells* (9 F.3d 1060; 1993 U.S. App. LEXIS 30175. LexisNexis Academic. Web. Date Accessed: 2012/01/17). LAMM, Carolyn B.; AQUA, Jocelyn A. Defining the party – whois a proper party in an international arbitration beforethe American Arbitration Association and other international institutions, cit., p. 726-727. SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration, cit., p. 726-727. EISEN, Charles Lee. What arbitration agreement? Compelling non-signatories to arbitrate, cit., p. 40-45.

[254]Nesse sentido foram decididos ainda os casos: *Tepper Realty Co. v. Mosaic Tile Co*., 259 F. Supp. 688, 692 (S.D.N.Y. 1966), EUA; *Avila Group, Inc. v. Norma J.*, 426 F. Supp. 537, 542 (S.D.N.Y. 1977), EUA; *Oil Spill by the Amoco Cadiz*, 659 F.2d 789, 796 (7th Cir. 1981), EUA; e *Sink Soft Drinks, Inc. v. Sink Trowers, Inc.*, 10 F.3d 753 (11th Cir. 1993), *cert. denied*,-U.S.-(1994), EUA. SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration, cit., p. 727-728. BORN, Gary. *International commercial arbitration*: commentary and materials, cit.

[255]Nesse sentido foi decidido o caso *Messing v. Rosenkrantz*, 872 F.Supp. 539 (N.D. Ill. 1995), no qual foi declarado que, a partir do momento que a signatária alegou que a não signatária estava vinculada ao contrato, ficou impedida de negar que essa mesma não signatária era parte da convenção de arbitragem contida no contrato. BORN, Gary. *International commercial arbitration*: commentary and materials, cit.

O *direct-benefit estoppel* é bem aceito pela doutrina norte-americana, não sendo alvo das críticas que recaem sobre as demais vertentes. Prevalece entendimento no sentido de que o *direct-benefit estoppel*, diferentemente do *equitable estoppel* e do *concerted-misconduct estoppel*, não conflita com princípios do direito contratual e respeita a vontade manifestada, mesmo que tacitamente, pelo não signatário. O não signatário manifesta seu consentimento com todos os termos do contrato a partir do momento que se beneficia de aspectos dele decorrentes, sem apresentar qualquer impugnação às demais cláusulas contratuais, das quais tem – ou deveria ter – conhecimento. Da mesma forma, o signatário que pretende imputar ao não signatário uma obrigação age de forma a demonstrar que, no seu entendimento, o não signatário é parte do contrato. Em ambos os casos, o não signatário será parte da convenção de arbitragem[256].

Antes de passar à análise do próximo tópico, que abordará a evolução do *direct-benefit estoppel* para o *equitable estoppel*, não pode deixar de ser ressaltada a grande semelhança que existe entre o *direct-benefit estoppel* e a estipulação em favor de terceiro. Em ambos os casos, o não signatário que aufere benefícios decorrentes do contrato ficará vinculado a todos os seus termos, inclusive à convenção de arbitragem, mesmo que não tenha manifestado sua vontade expressamente nesse sentido. A principal diferença está na necessidade de haver uma estipulação contratual em favor do não signatário, presente na estipulação em favor de terceiro, mas não no *direct-benefit estoppel*. Neste último caso, não existe um negócio jurídico em que as partes do contrato têm como objetivo estipular um direito a favor de terceiro. O não signatário invoca direitos decorrentes do contrato em virtude de circunstâncias do caso concreto.

### 2.2. *Equitable estoppel*

Da evolução jurisprudencial do *direct-benefit estoppel* surgiu o chamado *equitable estoppel*, uma vertente mais liberal do instituto. O *equitable estoppel* consiste em possibilitar a vinculação de um não signatário à convenção de arbitragem, com base, de um

[256]"This particular use of equitable estoppel accords with contract principles and the parties' manifested intent. By relying on provisions of the contract to form a claim, the nonsignatory has manifested an objective intent to be bound by the contract, even if subjectively he did not intend such. Objective intent is the central focus of contract law. Courts look for *an agreement to arbitrate, under general principles of contract law (...) that is to say that the totality of the evidence supports an objective intention to agree to arbitrate*." HUI, Alexandra Anne. Equitable estoppel and the compulsion of arbitration, cit., p. 726-727.

lado, na relação existente entre o pleito apresentado contra o não signatário e o contrato e, de outro, no relacionamento existente entre as partes envolvidas. Conforme será demonstrado, os tribunais deixam de exigir, para a vinculação do não signatário, que este aufira benefício direto do contrato, como acontece sob a égide do *direct-benefit estoppel*. Aliás, passa a ser desnecessário que os pleitos apresentados pelo não signatário, ou contra ele, decorram do contrato. Basta que seja constatado que, se não existisse o contrato, os pleitos apresentados tampouco existiriam. Isso, é claro, se puder ser aferida no caso concreto a presença do segundo requisito, qual seja, um determinado vínculo entre signatário e não signatário. Essa afirmação poderá ser melhor compreendida pela análise dos julgados que culminaram na configuração do *equitable estoppel*.

O caso *Hughes Masonry Co. v. Greater Clark County School Building Corp.*[257] marca o início da evolução do *direct-benefit estoppel* para o *equitable estoppel*. *Clark* contratara com *Hughes* a prestação de serviços de alvenaria para a construção de instalações escolares. O contrato designava um terceiro, *J.A.*, como diretor de projeto e especificava as responsabilidades de J.A. Note-se que, no contrato firmado entre Hughes e Clark, havia a previsão de determinadas obrigações a serem adimplidas por J.A., não obstante a prestação de serviços por este último ter sido regulada por outro contrato. Hughes demandou Clark e J.A. perante o poder judiciário. J.A., então, requereu que a convenção de arbitragem contida no contrato firmado entre Hughes e Clark fosse executada contra todos, a despeito da inexistência de contrato e, consequentemente, de convenção de arbitragem escrita e assinada entre J.A. e Hughes.

A decisão proferida sobre a competência dos árbitros foi favorável à J.A., com fundamento no conteúdo dos pleitos apresentados por Hughes. Este alegara interferência intencional e negligente de J.A. no contrato firmado entre Hughes e Clark, e que J.A. não cumprira as obrigações impostas a ele pelo mesmo contrato. Ou seja, Hughes demandou J.A. com base no contrato que continha a convenção e que, adicionalmente, previa obrigações a serem cumpridas por J.A. Diante disso, o tribunal declarou que seria injusto permitir a Hughes alegar que J.A. havia descumprido obrigações contratuais e ao mesmo

---

[257] *Hughes Masonry Co. v. Greater Clark County School Building Corp. (*659 F.2d 836; 1981 U.S. App. LEXIS 17343. LexisNexis Academic. Web. Date Accessed: 2012/01/17*).* SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration, cit., p. 733-735. DRISKILL, Christopher. A dangerous doctrine: the case against using concerted-misconduct estoppel to compel arbitration. *Alabama Law Review*, v. 60, p. 448, 2008-2009. MCKNNIS, Scott M. Enforcing arbitration with a non signatory: equitable estoppel and defensive piercing of the corporate veil. *Journal of Dispute Resolution*, p. 203-204, 1995.

tempo negar que J.A. era parte do mesmo contrato, com o fim de evitar que J.A. fosse vinculado à convenção de arbitragem[258]. Declarou, ainda, que o pleito de Hughes estava intimamente relacionado com o contrato (*intimately founded in and interwined with the underlying contract*), pois dele decorria diretamente. Por isso, os pleitos apresentados por Hughes contra J.A. deveriam ser submetidos à arbitragem. O tribunal finalizou declarando que Hughes estaria impedido de tentar afastar a aplicação da convenção, mesmo sendo J.A. um não signatário, pois, ao firmar o contrato, Hughes teria consentido em submeter à arbitragem toda e qualquer disputa dele decorrente, independentemente de quem ocuparia o outro polo da demanda.

Em síntese, conforme decidido em *Hughes v. Clark,* o não signatário será parte da convenção de arbitragem quando o pleito apresentado contra ele tem fundamento no contrato (*intimately founded in and interwined with the underlying contract*). Não houve, nesse caso, um grande distanciamento do *direct-benefit estoppel*. A evolução aqui consiste somente no desenvolvimento de um entendimento que permite a vinculação do *não signatário* contra a vontade do *signatário*. Em outras palavras, enquanto no *direct-benefit estoppel* é o *não signatário*, em regra, que fica impedido de negar que é parte da convenção, o *equitable estoppel* impede o *signatário* de negar tal *status* ao não signatário. Até mesmo por isso o resultado obtido no caso não é foco de muitas críticas pela doutrina norte-americana, ao contrário dos demais que serão em seguida analisados[259].

Parece razoável a decisão proferida pelo tribunal. De fato, seria contraditório permitir que o signatário demandasse com base em obrigações decorrentes do contrato e, ao mesmo tempo, afastasse a aplicação deste para evitar a aplicação da convenção de arbitragem ao não signatário. Ainda mais em um caso como este, em que havia uma estipulação contratual em favor (ou contra, pois consistiam em obrigações) do não signatário J.A. Aliás, este caso poderia ter sido resolvido de maneira mais fácil se o

---

[258]"In short, (plaintiff) cannot have it both ways. (It) cannot rely on the contract when it works to its advantage, and repudiate it when it works to (its) disadvantage". SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration, cit., p. 733-735. DRISKILL, Christopher. A dangerous doctrine: the case against using concerted-misconduct estoppel to compel arbitration, cit., p. 448. MCKNNIS, Scott M. Enforcing arbitration with a non signatory: equitable estoppel and defensive piercing of the corporate veil, cit., p. 203-204.

[259]"Because there was in fact a failure to perform contractual duties, the use of estoppel was not a false attempt to transform the nature of the relationship into a contractual one; rather, the relationship was already contractual in nature. In the typical use of the second strand, however, a court uses the doctrine in a weak attempt to characterize the relationship as contractual, where in fact (...) it is not. Because of the inherent contractual relationship in the *Hughes* case, which was merely a function of the particular facts of the case, compulsion of arbitration was thus proper." HUI, Alexandra Anne. Equitable estoppel and the compulsion of arbitration, cit., p. 735.

tribunal declarasse que houve uma estipulação contratual em favor de J.A. Este seria parte da convenção na medida em que o contrato firmado entre Hughes e Clark destinava a ele obrigações aceitas, o que faria dele parte do contrato como um todo.

Três anos depois de *Hughes v. Clark*, foi a vez de o caso *McBro Planning & Development Co. v. Triangle Electrical Construction Co.* cooperar com o desenvolvimento do *equitable estoppel*[260]. O requerente (*McBro*) e o requerido (*Triangle*) firmaram, com uma mesma sociedade, *St. Margaret*, mas separadamente, dois contratos para a execução de serviços de engenharia civil (McBro) e elétrica (Triangle). Ambos os contratos, embora distintos, continham convenção de arbitragem. Mas McBro e Triangle não firmaram, entre si, qualquer contrato. Além disso, no contrato firmado entre Triangle e St. Margaret havia previsão expressa excluindo qualquer relação de Triangle diretamente com McBro (*[n]othing contained in the Contract Documents shall create any contractual relationship between (...) the Construction Manager [McBro] and the Contractor [Triangle]*).

Triangle ajuizou demanda judicial contra McBro, que, então, protestou pela execução da convenção contida no contrato firmado entre Triangle e St. Margaret. Alegou que a sua redação determinava que todas as disputas decorrentes do ou relacionadas com tal contrato deveriam ser resolvidas por arbitragem. O tribunal declarou que, a despeito da inexistência de convenção de arbitragem escrita entre Triangle e McBro, Triangle deveria arbitrar sua disputa com McBro, já que os pleitos apresentados contra esta estavam intimamente relacionados com o contrato firmado entre Triangle e St. Margaret (Triangle alegara que Mcbro havia inadimplido obrigações decorrentes do contrato firmado entre Triangle e St. Margaret). Além disso, foi considerado o relacionamento entre as três partes envolvidas, cuja proximidade justificaria a submissão do litígio à arbitragem.

Fazendo um paralelo entre a solução encontrada em *Hughes v. Clark* e *McBro v. Triangle* é possível destacar semelhanças e diferenças. Em ambos os casos o signatário demandou o não signatário com base em contrato que continha convenção de arbitragem. Os pleitos apresentados contra os não signatários decorriam de obrigações contratuais a

[260]*McBro Planning & Development Co. v. Triangle Electrical Construction Co.* (741 F.2d 342; 1984 U.S. App. LEXIS 18866. LexisNexis Academic. Web. Date Accessed: 2012/01/17). EISEN, Charles Lee. What arbitration agreement? Compelling non-signatories to arbitrate, cit., p. 40-45. DEARMAN, Jeff. Resolving arbitration's non signatory issue: a critical analysis of the application of equitable estoppel in Alabama courts, cit., p. 671-672. HOSKING, James M. Non-signatories and international arbitration in the United States: the quest for consent, cit., p. 289-303. DRISKILL, Christopher. A dangerous doctrine: the case against using concerted-misconduct estoppel to compel arbitration, cit., p. 450. HUI, Alexandra Anne. Equitable estoppel and the compulsion of arbitration, cit., p. 729-730. SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration, cit., p. 738.

eles direcionadas. Havia em ambos, portanto, o primeiro requisito do *equitable estoppel*: uma relação entre os pleitos apresentados e o contrato. Por outro lado, os casos diferem na medida em que, em *Hughes v. Clark*, a não signatária McBro foi vinculada a despeito de haver, no contrato firmado entre Triangle e St. Margaret, disposição contratual expressa que afastava qualquer relação entre ela e Triangle[261]. Os julgadores decidiram que a proximidade das partes envolvidas justificaria a submissão do litígio à arbitragem[262]. Essa proximidade entre as partes passou a ser considerada o segundo requisito do *equitable estoppel*. Trata-se do chamado *two-prong test*[263].

Essa tendência é confirmada em decisão proferida nove anos depois, no caso *Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc.*[264]. Neste caso, Sunkist Growers (*SG*) era proprietária de uma determinada marca de refrigerante e concedeu à Sunkist Soft Drinks (*SSD*) licença para comercializá-la. O contrato continha convenção de arbitragem. SSD foi posteriormente adquirida por Del Monte, de forma que SSD deixou de existir como pessoa jurídica. SG imputou à Del Monte a responsabilidade pelo inadimplemento contratual de SSD. Del Monte, então, pleiteou declaração judicial de que os pleitos de SG contra Del Monte deveriam ser submetidos à arbitragem, nos termos do contrato firmado entre SG e SSD. SG posicionou-se contrariamente à aplicação da convenção, alegando que não existia

---

[261]Também nos casos *Ex parte Gray* 686 So. 2d 250 (Ala. 1996) e *Roberson v. The Money Tree* 954 F. Supp. 1519 (M.D. Ala. 1997), o não signatário foi vinculado à convenção de arbitragem, não obstante esta fosse clara ao restringir sua aplicação apenas às partes do contrato. DEARMAN, Jeff. Resolving arbitration's non signatory issue: a critical analysis of the application of equitable estoppel in Alabama courts, cit., p. 659-661.

[262]"Furthermore, even assuming that the arbitration language in either contract limited its application to the signatories alone without expressly excluding a closely related nonsignatory, equitable estoppel appears applicable in the present case because of the close relationship between the parties in dispute. Not all courts have been willing to apply this liberal concept to allow a nonsignatory to compel arbitration against a contracting party simply because the claims are closely related to its existing contractual obligations. However, such a broad interpretation is necessary to coincide with the policy of the FAA. The FAA's policy encourages fairness and efficiency by including all necessary parties within a dispute. After all, how is it that a claimant could ever receive a fair outcome when he has to arbitrate part of his claim and then go to court against another party of the same dispute? Therefore, in observing the FAA's policy, the agreement is specifically enforced according to its terms as required by general contract law". DEARMAN, Jeff. Resolving arbitration's non signatory issue: a critical analysis of the application of equitable estoppel in Alabama courts, cit., p. 671-672.

[263]"The court examined, first, the relationship between the signatory's claim and the contract containing the arbitration provision and, second, the nexus between the parties". HOSKING, James M. The third party non-signatory's ability to compel international comercial arbitration: doing justice without destroying consent, cit., p. 533.

[264]*Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc.* (10 F.3d 753; 1993 U.S. App. LEXIS 33979; 7 Fla. L. Weekly Fed. C 1093. LexisNexis Academic. Web. Date Accessed: 2012/01/17). SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration, cit., p. 738-741. DRISKILL, Christopher. A dangerous doctrine: the case against using concerted-misconduct estoppel to compel arbitration, cit., p. 450-452. HOSKING, James M. Non-signatories and international arbitration in the United States: the quest for consent, cit., p. 289-303. MCKNNIS, Scott M. Enforcing arbitration with a non signatory: equitable estoppel and defensive piercing of the corporate veil, cit., p. 197-211. HUI, Alexandra Anne. Equitable estoppel and the compulsion of arbitration, cit., p. 728-729.

contrato firmado entre SG e Del Monte. Ao invés de fundamentar sua decisão na sucessão contratual que ocorrera entre Del Monte e SSD, o tribunal enveredou pelo caminho do *equitable estoppel*. Declarou que SG estava impedida de afastar a aplicação da convenção, vez que (i) os pleitos formulados por SG decorriam do contrato firmado entre SG e SSD (pois consistiam na alegação de que Del Monte era a responsável pelo descumprimento do referido contrato), e (ii) o relacionamento existente entre as partes envolvidas autorizaria a sua aplicação.

Nesse caso, portanto, foi dado mais um passo no sentido de flexibilizar a aplicação do *equitable estoppel*. Em *Sunkist Soft Drinks v. Sunkist Growers* não havia, no contrato firmado entre SG e SSD, nenhuma obrigação destinada a Del Monte. E nem poderia haver, já que Del Monte não era em nada relacionada com o contrato, até que sucedeu SSD em todos os seus direitos e obrigações, incorporando-a. Mesmo assim, o tribunal entendeu que estava atendido o primeiro requisito do chamado *two-prong test*, ou seja, os pleitos apresentados por SG estavam de alguma forma relacionados ao contrato (no caso, os pleitos decorriam do contrato diretamente, pois consistiam na alegação de inadimplemento contratual). O tribunal declarou que a estipulação de obrigações contratuais destinadas ao não signatário, muito embora possa auxiliar os julgadores a identificar a existência de um vínculo entre os pleitos e o contrato, não é um fator determinante para o preenchimento do primeiro *prong*[265]. O tribunal foi ainda um pouco mais longe, declarando que, para o preenchimento do primeiro *prong* não seria sequer necessário que os pleitos decorressem diretamente do contrato, bastando evidência de que, se não houvesse o contrato, os pleitos não existiriam[266]. Com isso, o *equitable estoppel* se distancia definitivamente do *direct-benefit estoppel*, que tem como fundamento o benefício

---

[265]"The Eleventh Circuit reasoned that the reference to a third party was neither a *crucial nor dispositive factor* in deciding the cases of *Hughes* or *McBro.* Rather, when a signatory's claim against a nonsignatory *makes reference to* or presumes the existence of the written agreement, the claims by the signatory *arise out of and relate* directly to the written agreement". ROBERTS, Holly M. Grigson v. Creative artistis agency: signatories "can't have it both ways" – non signatories to a contract agreement now have standing to compel arbitration. *Loyola Law Review*, v. 47, p. 963-979, 2001.

[266]"*Sunkist* court attempted to clarify the decisions from *McBro and Hughes Masonry,* explaining that *these decisions rest on the foundation that ultimately, each party must rely on the terms of the written agreement in asserting their claims*. Through this holding, the Eleventh Circuit promulgated the rule that equitable estoppel could be used to compel arbitration when a dispute between two parties could not exist except for a written agreement containing an arbitration provision". SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration, cit., p. 737. "Under the second strand of the equitable estoppel theory, courts examine the nature of the relationship between the parties, not the relationship to the contract and the duties and obligations arising out of traditional contract or agency principles. The courts do, however, pay lip service to the relationship being *intimately founded in and intertwined with the underlying contract obligations*. Typically, the relationship is circumstantially related to the contract, rather than arising out of the contractual agreement itself. Without a contractual relationship, the nonsignatory is not entitled to invoke the arbitration clause; therefore, the second strand of equitable estoppel is an improper basis for compelling arbitration". HUI, Alexandra Anne. Equitable estoppel and the compulsion of arbitration, cit., p. 737.

auferido pelo não signatário diretamente do contrato. Quanto ao segundo *prong*, teria sido atendido na medida em que SSD havia sido incorporada por Del Monte, daí decorrendo a existência de um íntimo relacionamento entre as partes envolvidas.

O *equitable estoppel*, portanto, admite a vinculação de um não signatário à convenção de arbitragem sempre que os pleitos apresentados forem relacionados ao contrato (relacionados apenas, não há necessidade de que os pleitos decorram diretamente do contrato ou que haja estipulação contratual em favor do não signatário) e houver entre as partes envolvidas algum tipo de vínculo[267]. Não é difícil perceber que, com esses requisitos, o *equitable estoppel* pode ampliar os limites subjetivos da convenção de arbitragem praticamente em qualquer situação, mesmo que não haja consentimento dos envolvidos. É por isso que a sua aplicação tem sido duramente criticada por boa parte da doutrina norte-americana. São muito comuns afirmações no sentido de que o instituto é um atentado à vontade dos contratantes e aos princípios que regem o direito contratual[268]. Não obstante as críticas, a evolução da jurisprudência está fazendo surgir uma vertente ainda mais liberal, que tem sido chamada *concerted-misconduct estoppel*.

Antes de passar ao próximo tópico, é necessário chamar a atenção para um ponto importante. A partir dos precedentes analisados acima, é possível perceber que o *equitable estoppel* tem maior aplicação quando o não signatário pretende compelir o *signatário* à arbitragem. Isso porque prevalece o entendimento de que o signatário consente, desde logo, a arbitrar quaisquer pleitos relacionados ao contrato, e isso independentemente da redação da convenção de arbitragem. Por isso, o signatário deve ser

---

[267]Outros casos em que foi aplicado o *equitable estoppel: Usina Costa Pinto S.A. Acucar E Alcool v. Louis Dreyfus Sugar Co.*, 933 F. Supp. 1170, 1179 (S.D.N.Y. 1996), EUA; *Vitzethum v. Dominick & Dominick, Inc.*, Nos. 94- 4938, 95-429, 1996 WL 19062, at *7 (S.D.N.Y. Jan. 18, 1996), EUA; *Smith/Enron Cogeneration Ltd. Partnership v. Smith Cogeneration Int'l, Inc.*, 198 F.3d 88, 98 (2d Cir. 1999), EUA; *Grigson v. Creative Artists Agency, L.L.C.*, 219 F.3d 527, 524 (5th Cir. 2000), cert. denied, 531 U.S.1013 (2002), EUA. LAMM, Carolyn B.; AQUA, Jocelyn A. Defining the party – who is a proper party in an international arbitration before the American Arbitration Association and other international institutions, cit., p. 727.

[268]"(...) the application of the second strand of equitable estoppel is invalid. Certain relationships are so attenuated as to be outside of the realm of contract and thus insufficient to compel arbitration. Courts, however, routinely apply the doctrine of equitable estoppel in this manner. This not only disregards the most fundamental principle of arbitration – that a party may only be compelled to arbitrate when he previously agreed to arbitration – but it also discourages careful drafting of contracts, and indeed may discourage parties from creating a written document altogether. Furthermore, it improperly gives a nonsignatory the power to compel arbitration according to the contract when he has no contractual relationship to the signatory. (...) The current equitable estoppel analysis is by far the most disjointed theory used under the framework because the circuits do not uniformly apply it. Furthermore, the theory moves farthest away from traditional contract interpretation principles, thus potentially compelling arbitration where no agreement to arbitrate exists." HUI, Alexandra Anne. Equitable estoppel and the compulsion of arbitration, cit., p. 714 e 726.

impedido (*estopped*) de negar a existência da convenção quando um não signatário demanda com base nela. Foi o que aconteceu no caso *McBro v. Triangle*, analisado acima, no qual Triangle, signatária, foi compelida a arbitrar suas disputas contra McBro, não signatária, mesmo diante de disposição contratual expressa que excluía a existência de convenção entre Triangle e McBro.

Essa tendência pode ser confirmada com o caso *Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association*[269]. Thomson adquiriu "Y", que passou a ser sua subsidiária. Y firmou com "E&S" um contrato contendo convenção de arbitragem. E&S, então, instaurou arbitragem contra ambos, Thomson e Y, alegando quebra de contrato. Thomson negou ser vinculado à convenção e, de fato, isso foi reconhecido pelo tribunal. No entendimento dos julgadores, muito embora o *equitable estoppel* parecesse aplicável à situação (os pleitos apresentados por E&S contra Thomson decorriam do contrato, o que atendia o primeiro *prong*, e o fato de Y ser subsidiária de Thomson atendia o segundo *prong*), foi declarado que a aplicação do instituto seria uma afronta ao consentimento. Thomson jamais teria consentido com a convenção de arbitragem, seja expressa, seja tacitamente e, não tendo aferido benefício direto do contrato, não poderia ser compulsoriamente a ela vinculado.

Não obstante, há casos em que o não signatário foi compelido a arbitrar com base no *equitable estoppel*, como aconteceu em *Dunn Construction Co. v. Sugar Beach Condominium Ass'n*[270]. Nesse caso, duas partes, "A" e a construtora "C", firmaram um contrato para a construção de condomínios, contrato este que continha convenção de arbitragem. O banco "B" financiou o projeto e recebeu uma hipoteca constituída sobre a propriedade. Mais tarde, executada a hipoteca, o banco "B" despendeu valores em reparos na propriedade e acionou judicialmente a construtora "C" para que fosse ressarcido. "C" alegou a existência de convenção (aquela contida no contrato firmado entre "A" e "C"). O banco "B" foi compelido a arbitrar sua disputa com "C" com base no *equitable estoppel*, pois o tribunal entendeu que seus pleitos estavam relacionados ao contrato e que havia uma

---

[269]*Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association* (64 F.3d 773; 1995 U.S. App. LEXIS 24146. LexisNexis Academic. Web. Date Accessed: 2012/01/17). DEARMAN, Jeff. Resolving arbitration's non signatory issue: a critical analysis of the application of equitable estoppel in Alabama courts, cit., p. 674-675. HUI, Alexandra Anne. Equitable estoppel and the compulsion of arbitration, cit., p. 731. BORN, Gary. *International commercial arbitration*: commentary and materials, cit.

[270]*Dunn Construction Co. v. Sugar Beach Condominium Ass'n* (760 F. Supp. 1479; 1991 U.S. Dist. LEXIS 3886. LexisNexis Academic. Web. Date Accessed: 2012/01/17). SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration, cit., p. 737.

proximidade do banco "B" com as partes signatárias. Dessa forma, o não signatário "B" foi vinculado muito embora "B" jamais tivesse manifestado consentimento.

Tanto num caso como no outro há possibilidade de os limites subjetivos da convenção de arbitragem serem alargados indevidamente, contra a vontade dos sujeitos envolvidos. Mas no primeiro caso, se da sua redação ficar claro que o signatário de fato consentiu em arbitrar toda e qualquer disputa decorrente do contrato, o cenário será outro. É bastante frequente a utilização de cláusulas compromissórias com aplicação voltada a disputas *decorrentes ou relacionadas ao contrato* (*arising from or related to the contract*) e cuja redação não restringe sua aplicação às partes signatárias do contrato[271]. Cláusulas compromissórias como essas podem dar margem a entendimento no sentido de que a convenção de arbitragem poderá ser aplicada a qualquer disputa minimamente relacionada ao contrato, decorrente da relação das signatárias com quaisquer não signatários, desde que estes aceitem se submeter à convenção. Esse é o entendimento que tem sido adotado pelos tribunais norte-americanos[272]. Trata-se de uma interpretação legítima em um país onde a política favorável à arbitragem é de todos conhecida, cabendo às partes serem cautelosas ao redigir a convenção[273]. A redação da convenção passa a constituir fundamento importante de decisões que determinam a vinculação de um não signatário à arbitragem com base *no equitable estoppel*[274-275].

---

[271]A título de exemplo, veja a redação da convenção de arbitragem contida no contrato objeto do caso *Ex parte Gates* 675 So. 2d 371, 373 (Ala. 1996): "all disputes, claims, or controversies arising from or relating to this Contract or relationships which result from this Contract". DEARMAN, Jeff. Resolving arbitration's non signatory issue: a critical analysis of the application of equitable estoppel in Alabama courts, cit., p. 653.

[272]"Federal law prohibits enforcement of an arbitration clause against one who has not agreed to arbitrate. Federal policy, however, favors an expansive reading of arbitration provisions. Accordingly, in interpreting a contract provision which submits all disputes *arising out of* the contract to arbitration, a majority of federal circuits have found that such language covers nearly every dispute relating to a breach of the underlying contract. The Supreme Court, in fact, has directed lower courts to resolve ambiguities concerning the scope of an arbitration provision in favor of enforcement of the clause. Therefore, the contracting parties' intent to arbitrate attaches to a broad range of disputes arising out of the contract containing the provision." SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration, cit., p. 743.

[273]"Some decisions are still based on the idea that an arbitration agreement should be interpreted *restrictively*. Even if one were to accept this principle, it would be preferable to say that the agreement should be interpreted *strictly*, in the sense that the task conferred on the arbitrators should be confined to following the clearly expressed intentions of the parties. However, this principle is generally rejected in international arbitration. It is based on the idea that an arbitration agreement constitutes an exception to the principle of the jurisdiction of the courts, and that, as laws of exception are strictly interpreted, the same should apply to arbitration agreements. This view is not consistent with the fact that arbitration is now unanimously considered to be a normal means of settling international disputes." GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 260-261.

[274]Em *Spear, Leeds & Kellogg v. Central Life Assurance Co.* 85 F.3d 21 (2d Cir. 1996) os pleitos apresentados pelo signatário contra o não signatário foram submetido à arbitragem, em decorrência da redação da convenção de arbitragem que dispunha: "[a]ny dispute, claim or controversy between a (...) non-

### 2.3. *Concerted-misconduct estoppel*

Conforme já exposto, a aplicação do *equitable estoppel* demanda o preenchimento de dois requisitos. Haverá a vinculação do não signatário à convenção de arbitragem desde que os pleitos apresentados contra ele pelo signatário sejam relacionados ao contrato *e* exista entre as partes envolvidas algum tipo de vínculo. Trata-se do chamado *two-prong test*. Ocorre que a tendência mais moderna da jurisprudência norte-americana é no sentido de determinar a vinculação de um não signatário desde que presente pelo menos um dos requisitos, e não necessariamente ambos, suprimindo o *two-prong test*[276]. E ainda, no que se refere ao segundo requisito, os tribunais passaram a exigir, para a vinculação do não signatário, apenas que este tenha agido de forma inadequada e concertada com um ou mais signatários.

Por exemplo, no caso *MS Dealer Services Corp. v. Franklin*[277] foi declarado que o *equitable estoppel* poderia ser aplicado para vincular não signatários à arbitragem quando (i) o signatário de um contrato que contém convenção de arbitragem apresenta contra o não signatário pleitos relacionados ao contrato *ou* (ii) o signatário alega a existência de conduta interdependente e inadequada do não signatário e de um ou mais signatários (*substantially interdependent and concerted misconduct by both the nonsignatory and one or more of the signatories to the contract*). Há *concerted-misconduct estoppel* quando a vinculação do não signatário tem como fundamento o segundo

---

member and a member (...) arising in connection with the business of such member (...), shall be arbitrated under the Constitution and Rules of the New York Stock Exchange (...)". DEARMAN, Jeff. Resolving arbitration's non signatory issue: a critical analysis of the application of equitable estoppel in Alabama courts, cit., p. 651. Idêntica solução foi adotada no caso *Ex parte Martin*, 703 So. 2d 883, 884-87 (Ala. 1996), no qual, todavia, foi indeferida a vinculação do não signatário à convenção de arbitragem em decorrência da redação restritiva da convenção, que se refiria expressamente às partes do contrato. SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration, cit., p. 722 e 747-748.

[275]Sobre a possibilidade de definição dos limites subjetivos em decorrência da redação da convenção de arbitragem: Capítulo III, item 2.1.

[276]ROBERTS, Holly M. Grigson v. Creative artistis agency: signatories "can't have it both ways" – non signatories to a contract agreement now have standing to compel arbitration, cit., p. 963-979. DRISKILL, Christopher. A dangerous doctrine: the case against using concerted-misconduct estoppel to compel arbitration, cit., p. 453.

[277]*MS Dealer Serv. Corp. v. Franklin* (177 F.3d 942; 1999 U.S. App. LEXIS 10977; 43 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 1204; 12 Fla. L. Weekly Fed. C 913. LexisNexis Academic. Web. Date Accessed: 2012/01/17). ROBERTS, Holly M. Grigson v. Creative artistis agency: signatories "can't have it both ways" – non signatories to a contract agreement now have standing to compel arbitration, cit., p. 963-979. DRISKILL, Christopher. A dangerous doctrine: the case against using concerted-misconduct estoppel to compel arbitration, cit., p. 452. HUI, Alexandra Anne. Equitable estoppel and the compulsion of arbitration, cit., p. 714.

requisito[278]. Esse posicionamento não está, todavia, pacificado. Ainda são comuns julgados que continuam a exigir a presença dos dois *prongs* para vincular não signatários[279].

## 3. O *ESTOPPEL* E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Pelo *direct-benefit estoppel* não signatários que auferem benefícios do contrato ficam vinculados a ele e, consequentemente, são partes da convenção de arbitragem, sob pena de incidirem no *venire contra factum proprium*. Não é necessário que o não signatário consinta expressamente com a convenção, pois esta é parte integrante do contrato. Assim sendo, se não se opõe a ela, com ela consente tacitamente e, ao demandar o signatário a respeito de direitos decorrentes do contrato, poderá ser demandado com base nela, se assim entender o signatário. Há, portanto, manifestação de vontade dos envolvidos no sentido de que o não signatário é parte. Como o consentimento das partes é aferido de maneira segura, o raciocínio desenvolvido no *direct-benefit estoppel* poderia ser adotado, sem maiores problemas, diante da legislação brasileira, mais notadamente da Lei de Arbitragem, que não exige que o consentimento seja manifestado de maneira expressa, por escrito, mas tão somente que a convenção seja escrita. Nos casos analisados há convenção escrita, a qual será aplicada aos não signatários que com ela consentem de maneira tácita.

A vinculação do não signatário à convenção de arbitragem no *equitable estoppel*, por sua vez, exige apenas vínculo entre demanda e contrato e entre as partes envolvidas. Nenhum desses requisitos permite aferir com segurança o consentimento dos envolvidos com a convenção, motivo pelo qual não há espaço para a sua aplicação no cenário nacional. O mesmo pode ser afirmado a respeito do *concerted-misconduct estoppel*. Mas se da redação da convenção ficar claro que o signatário pretendia resolver por arbitragem todas as disputas decorrentes do contrato, inclusive com não signatários, haverá consentimento de todos os envolvidos quando um não signatário executar a

---

[278]Nesse sentido, foram julgados os casos *Universal Computer Consulting Holding, Inc. v. Hillcrest Ford Lincoln-Mercury, Inc.*, Nos. 14-04- 00819-CV, 14-04-01103-CV, 2005 WL 2149508, at *8 (Tex. App. Sep. 8, 2005), EUA e *Wilcox & Fetzer, Ltd. v. Corbett & Wilcox*, No. Civ. A.2037-N, 2006 WL 2473665, at *6 (Del. Ch. Aug. 22, 2006), EUA. DRISKILL, Christopher. A dangerous doctrine: the case against using concerted-misconduct estoppel to compel arbitration, cit., p. 460.

[279]*Norcom Elecs. Corp. v. CIM USA Inc.*, 104 F. Supp.2d 198, 203 (S.D.N.Y. 2000), EUA; *Motorola Credit Corp. v. Uzan*, 274 F. Supp. 2d 481, 507 (S.D.N.Y. 2003), *aff'd in part, vacated in part,* 388 F.3d 39 (2d Cir. 2004), EUA; *Merrill Lynch Trust Co. FSB*, 235 S.W.3d185, 194 (Tex. 2007), EUA. DRISKILL, Christopher. A dangerous doctrine: the case against using concerted-misconduct estoppel to compel arbitration, cit., p. 456.

convenção. Por isso, apenas nessa hipótese o *equitable estoppel* seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Ressalte-se, entretanto, que, como nem sempre é dispensada à cláusula compromissória a atenção necessária quando da sua elaboração, fórmulas padronizadas, como aquelas que remetem à arbitragem disputas *decorrentes ou relacionadas ao contrato*, não poderão autorizar, entre nós, a mesma interpretação ampla que lhes é atribuída pelos tribunais norte-americanos. Será necessária uma redação mais específica.

Dois últimos pontos merecem ser comentados. A aplicação do *estoppel* pressupõe a existência de cláusula compromissória. Não é cabível essa discussão quando as partes firmam compromisso, já que por meio deste as partes objetivam estabelecer que um litígio concreto, já existente, seja solucionado por meio de arbitragem. Nesses casos, em regra, as partes e o objeto que será submetido à arbitragem são precisamente identificados no compromisso, o que exclui qualquer discussão a respeito da existência de consentimento das partes. Se não foram incluídas no compromisso, é porque essa foi a vontade das partes, que não poderá ser contrariada posteriormente para que sejam agregadas novas partes ao litígio. Quanto à competência para determinar os limites subjetivos da convenção de arbitragem, será dos árbitros, a não ser que por algum motivo essa questão seja submetida ao poder judiciário, que deverá decidir a respeito da sua existência, validade e eficácia desde logo, em prol da economia processual, da eficiência e da celeridade da prestação jurisdicional, mesmo que, para tanto, seja necessário proceder à investigação de aspectos do caso concreto.

# VII. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

## 1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA

A distinção existente entre a personalidade e o patrimônio da pessoa jurídica e das pessoas físicas que a compõem, e a possibilidade de exclusão da responsabilidade de sócios e administradores pelos atos praticados pela pessoa jurídica pode ensejar a utilização da personalidade jurídica para a prática de atos fraudulentos. Para coibir essa prática foi desenvolvido o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Esse instituto permite ao julgador desconsiderar os efeitos da personificação da sociedade para atingir os sócios e administradores que tenham se valido dela para causar danos a terceiros. Dessa forma, os seus bens particulares responderão pelos danos causados[280]. Tem sido igualmente admitida a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar bens da sociedade quando os sócios se valem da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo de terceiros[281]. Esse instituto tem sido aplicado à arbitragem, em determinadas hipóteses, mais notadamente pelos tribunais norte-americanos, com a finalidade de vincular não signatários[282].

## 2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A desconsideração da personalidade jurídica tem sido aplicada com a finalidade de vincular à convenção de arbitragem um não signatário em duas situações. Na

---

[280]Aspectos gerais sobre a desconsideração da personalidade jurídica podem ser consultados em: MARTINS, Fran. *Curso* de *direito comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 188-200. TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 2. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 148-156.

[281]Enunciado n. 238 da IV Jornada de Direito Civil.

[282]"The concept of *piercing the corporate veil* is often used, especially in the United States, as synonymous with *extending the arbitration clause to a non-signatory*. This is totally wrong and inappropriate. Piercing the corporate veil means going behind the corporate veil of the company and holding its owners liable for the corporation's commitments. But this theory, in most legal systems, has a very limited scope of application. It will be applied only if the owners exercised complete control over the corporation with respect to the transactions at issue and such control was used to commit a fraud or wrong that injured the party seeking to pierce the veil". HANOTIAU, Bernard. Non-signatories in International Arbitration: lessons from Thirty Years of Case Law. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *International Arbitration 2006*: back to Basics? Kluwer Law International, 2007. p. 345-346. (ICCA Congress Series, v. 13).

primeira, desconsidera-se a personalidade jurídica da sociedade signatária com o objetivo de compelir a participação no procedimento arbitral de sócios, administradores e diretores da signatária quando estes se valeram da personalidade jurídica para a prática de atos fraudulentos[283]. Na segunda, a personalidade jurídica da sociedade signatária é desconsiderada com o objetivo de vincular à convenção de arbitragem outra sociedade, quando esta é, no entender os julgadores, o *alter ego* da signatária.

Os tribunais norte-americanos têm utilizado a chamada regra da instrumentalidade (*instrumentality rule*) para justificar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade controlada e vincular a controladora não signatária à convenção de arbitragem. De acordo com essa regra, se for demonstrado que a controladora exercia total controle sobre a controlada, com desrespeito a formalidades societárias, a ponto de a controlada não ter identidade ou existência desvinculada da controladora – ou seja, a controlada não passa de um mero instrumento da controladora – será possível desconsiderar a personalidade jurídica da controlada[284]. Note-se, não se trata de mero

---

[283]"Courts have also relied on the alter ego doctrine and instrumentality rule to pierce the corporate veil and compel third-party nonsignatories to arbitrate.The alter ego doctrine allows courts to disregard a corporate entity and hold individuals responsible for intentional acts done in the name of the corporation. Where the corporation is simply an alter ego, or business conduit of persons or organizations, the protective veil of the corporation may be ignored.The alter ego theory is most commonly used by plaintiffs who wish to reach beyond a corporation to its shareholders who have used the corporation as a protective veil to facilitate fraud while remaining immune from lawsuits. The reasoning behind this theory is that if shareholders themselves ignore the distinct legal separation and formalities in their different corporate enterprises then the court will also disregard these formalities to protect those individuals from certain liabilities." MCKNNIS, Scott M. Enforcing arbitration with a non signatory: equitable estoppel and defensive piercing of the corporate veil, cit., p. 205. No mesmo sentido, EISEN, Charles Lee. What arbitration agreement? Compelling non-signatories to arbitrate, cit., p. 40-45. LAMM, Carolyn B.; AQUA, Jocelyn A. Defining the party – who is a proper party in an international arbitration before the American Arbitration Association and other international institutions, cit., p. 723.

[284]"It is important to note that a corporation may be the alter ego of another corporation, enabling courts to treat the two corporations as one. (...) Where a corporation is an alter ego of another corporation, such as in a parent/subsidiary scenario, the courts often rely on the instrumentality rule. Theoretically, the instrumentality rule and alter ego doctrine operate on comparable rationales. Where one corporation is so organized and controlled and its affairs are conducted so that it is, in fact, a mere instrumentality or adjunct of the other, the fiction of the corporate entity of the *instrumentality* may be disregarded.The level of parental control necessary to invoke the instrumentality rule does not require complete stock control, but rather such domination as to effectively leave the subsidiary corporation with no mind of its own, thereby merely acting as a conduit for its parent company. This total control must be shown to have existed at the time the cause of action arose and must be the proximate cause of the complainant's injury." MCKNNIS, Scott M. Enforcing arbitration with a non signatory: equitable estoppel and defensive piercing of the corporate veil, cit., p. 204-205. "[A] party seeking (...) to bind a corporation to an arbitration agreement to which it is not a signatory must (...) establish that the subsidiary corporation was controlled to such a degree by the parent that it had *no separate mind, will or existence of its own*. Such control must go beyond mere stock ownership, or even identity of officers and directors, to the point that the controlling corporation dominates the finances, policy, and business practices of the controlled corporation (...). The *puppeteer* (...) must so thoroughly interpose itself into the conduct of the controlled corporation that it can be said that the latter is merely a *screen* for the activities of the forner. SANDROCK, Otto. Arbitration agreements and groups of companies, cit., p. 960-961.

controle acionário, mas de uma situação de fato em que a sociedade controlada está totalmente sujeita a todas as vontades e interesses da controladora, deixando de ter existência e vontade próprias.

Já foram identificados diversos fatores que, quando presentes, podem levar à desconsideração da personalidade jurídica da signatária com base na regra da instrumentalidade. Dentre eles, encontram-se o descumprimento de formalidades societárias, tais como carência de gerentes ou diretores e a não escrituração de livros; a ausência de capitalização da sociedade controlada; a confusão de patrimônios; a sobreposição de funcionários, diretores e pessoal; o compartilhamento de espaço, escritório, endereço e de números de telefone; desvios de fundos das controladas pela controladora ou seus acionistas; desvio de recursos financeiros ou ativos para fins não corporativos, para utilização pessoal por pessoa física; a assunção de dívidas ou o estabelecimento de garantias por parte da controladora a respeito de dívidas da controlada; o baixo grau de discricionariedade que mostra a sociedade controlada; o funcionamento das sociedades como unidades de negócios conjuntas[285].

Há divergências na jurisprudência e na doutrina a respeito da necessidade de haver, no caso em que se pretende a desconsideração, intuito fraudulento, ou seja, que o poder da controladora sobre a controlada seja exercido com o fim específico de causar dano a terceiro. Há diversos precedentes em que a fraude foi considerada um requisito autorizador da desconsideração e, consequentemente, da vinculação da não signatária à

[285]"Courts will only pierce the corporate veil in egregious circumstances. To pierce the veil to reach the parent company, the parent's domination and control of the subsidiary must be so complete that the two are virtually one and the same - the subsidiary is the mere instrumentality of the parent corporation. Courts make this determination by analyzing the facts and circumstances of the case. Factors considered may include: (1) the absence of the formalities and paraphernalia that are part and parcel of the corporate existence, i.e. issuance of stock, election of directors, keeping of corporate records and the like, (2) inadequate capitalization, (3) whether funds are put in and taken out of the corporation for personal rather than corporate purposes, (4) overlap in ownership, officers, directors, and personnel, (5) common office space, address and telephone numbers of corporate entities, (6) the amount of business discretion displayed by the allegedly dominated corporation, (7) whether the related corporations deal with the dominated corporation at arm's length, (8) whether the corporations are treated as independent profit centers, (9) the payment or guarantee of debts of the dominated corporation by other corporations in the group, and (10) whether the corporation in question had property that was used by other of the corporations as if it were its own." HUI, Alexandra Anne. Equitable estoppel and the compulsion of arbitration, cit., p. 714. A esse respeito, ainda: CAIVANO, Roque J. *Arbitraje y grupos de sociedades*: extensión de los efectos de unacuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. Lima Arbitration n. 1, 2006. p. 133-134. EISEN, Charles Lee. What arbitration agreement? Compelling non-signatories to arbitrate, cit., p. 40-45. LAMM, Carolyn B.; AQUA, Jocelyn A. Defining the party – who is a proper party in an international arbitration before the American Arbitration Association and other international institutions, cit., p. 723.

convenção de arbitragem[286-287]. Aqueles que rejeitam o intuito fraudulento declaram que basta, para a desconsideração, que a noção de personalidade jurídica seja utilizada contrariando interesse público. Nesses casos, a sociedade deveria ser considerada, exclusivamente, como uma associação de pessoas, desprovida de personalidade jurídica, daí a possibilidade de vincular a controladora[288].

Note-se que a desconsideração da personalidade jurídica, com o fim de vincular um não signatário a obrigações decorrentes de um contrato, o vinculará à convenção de arbitragem mesmo que essa não seja a intenção primária daquele que pleiteou a desconsideração. Em um caso processado na Suíça, com decisão da Suprema Corte em 25.8.2009, o Requerente "A" pleiteou a desconsideração da personalidade jurídica de sua cocontratante "Y" para vincular ao contrato a sua controladora "X", depois que "X" dissolveu "Y" sem que esta última quitasse suas obrigações. Desconsiderada a personalidade jurídica de "Y", "A" ficou impossibilitada de demandar contra "X" perante as cortes estatais. Foi declarado que, uma vez desconsiderada a personalidade jurídica de "Y" para alcançar "X", esta ficou vinculada à convenção de arbitragem pactuada inicialmente entre "A" e "Y". Isso porque, se o requerente pode, por meio da desconsideração da personalidade jurídica, vincular a um determinado contrato a sociedade

---

[286]*Fisser v. International Bank*, 282 F.2d 231, 239 (2d Cir. 1960), EUA; *Interocean Shipping Co. v. National Shipping & Trading Corp.*, 523 F.2d 527, 539 (2d Cir. 1975), *cert. denied*, 423 U.S. 1054 (1976), EUA; *Keystone Shipping Co. v. Texport Oil Co.*, 782 F. Supp. 28, 30 (S.D.N.Y. 1992), EUA; *Freeman v. Complex Computing Co.*, 119 F.3d 1044, 1053 (2d Cir. 1997), EUA. BORN, Gary. *International commercial arbitration*: commentary and materials, cit. SANDROCK, Otto. Arbitration agreements and groups of companies, cit., p. 960. SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration, cit., p. 740-741.

[287]"That analysis is as follows, in order to pierce the corporate veil, a party must demonstrate by a preponderance of the evidence that one entity had no separate will of its own, that it was a mere instrumentality of the entity that did not sign the arbitration clause, that it acted as a *dummy* for, or was a mere *marionette* of the controlling entity. In short, a party must show that one entity was the alter ego of the other. In order to carry this burden, the party seeking to compel arbitration must establish three elements: *1. control, not mere majority or complete stock, but complete domination, not only of finances, but of policy and business practice in respect to the transaction attacked so that the corporate entity as to this transaction had at the time no separate mind, will or existence of its own; 2. such control must have been used by the defendant to commit fraud or worse, to perpetrate the violation of a statutory or other positive legal duty, or a dishonest and unjust act in contravention of plaintiff's legal rights; and 3. the aforesaid control and breach of duty must proximately cause the injury*. Thus, there are two distinct elements: domination and fraud. SCHLÖSSER, Karin A. Arbitration clauses in maritime contracts and their binding effect on group of companies. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 11, n. 4, 1994, p. 130-131.

[288]EISEN, Charles Lee. What arbitration agreement? Compelling non-signatories to arbitrate, cit., p. 40-45.

controladora, todos os direitos e obrigações decorrentes do contrato, incluindo a convenção, vincularão a controladora[289].

Por fim, note-se que, muito embora seja mais comum que o signatário pleiteie a desconsideração da personalidade jurídica de seu cocontratante para vincular a controladora não signatária, há quem defenda a possibilidade de a controladora compelir a signatária a arbitrar, sempre que houver convenção de arbitragem pactuada entre a signatária e a controlada. De acordo com esse entendimento, a signatária teria de antemão concordado em arbitrar com uma sociedade que, em decorrência da aplicação da regra da instrumentalidade, abrangeria ambas, a controlada e a controladora[290]. Não há como concordar com esse posicionamento na medida em que não se pode imaginar que a signatária, ao firmar um contrato com uma determinada sociedade, já tenha consciência de que aquela sociedade não cumprirá com o acordado, por ser um mero instrumento da controladora. Se assim fosse, não firmaria o contrato com a controlada, mas sim diretamente com a controladora.

Em todas as hipóteses narradas acima há um alargamento indevido dos limites subjetivos da convenção de arbitragem. Os sujeitos que têm sido vinculados em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica da signatária não consentiram, expressa ou tacitamente, no início ou no curso do contrato, com a convenção. Isso acontece seja quando a signatária demanda a desconsideração da personalidade jurídica da parte contrária, pois não há consentimento com a convenção por parte de seus sócios, diretores, administradores ou controladora, seja quando quem demanda a desconsideração é a própria controladora, pois a signatária não consentiu em arbitrar com ela, mas tão somente com a controlada. A desconsideração da personalidade jurídica para ampliar os limites subjetivos da convenção é contrária ao consentimento manifestado pelas partes.

---

[289]VOSER, Nathalie; RIHAR, Petra. Effect on arbitration agreement of piercing the corporate veil. Published on 02-Oct-2009. Disponível em: <http://arbitration.practicallaw.com/0-500-3395>.

[290]"Therefore, a party may be forced to arbitrate a claim against a parent corporation despite the lack of any agreement when that party has entered into a contract with the subsidiary containing an arbitration provision. The party has thereby agreed to arbitrate with an *entity*, which includes both parent and subsidiary. In essence, the party's intent to arbitrate with a subsidiary functions as an intent to arbitrate with the parent." SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration, cit., p. 740-741.

## 3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ARBITRAGEM E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O entendimento esposado pela jurisprudência norte-americana não parece condizente com o nosso ordenamento jurídico. A desconsideração da personalidade jurídica tem como objetivo possibilitar que o credor alcance o patrimônio de pessoa física ou jurídica diversa daquela com quem contratou. Trata-se de garantir a execução da sentença. Portanto, não há motivos que justifiquem a desconsideração da personalidade jurídica da signatária de uma convenção de arbitragem para compelir pessoas físicas ou jurídicas não signatárias a participarem do procedimento arbitral. Isso porque, caso necessário para garantia do crédito, a desconsideração da personalidade jurídica poderá ser declarada em sede de execução de sentença. Como se trata de medida voltada para responsabilizar patrimonialmente pessoas físicas ou jurídicas distintas da contratante pelos atos por ela praticados, caberá aos juízes togados determinar a desconsideração caso a condenada não cumpra o quanto determinado na sentença arbitral[291]. Esse entendimento já pode ser encontrado na jurisprudência nacional[292].

Além disso, os sujeitos que são vinculados à convenção de arbitragem por meio da desconsideração da personalidade jurídica da signatária não são partes dela, pois jamais consentiram com ela expressa ou tacitamente. A sujeição ao procedimento arbitral não pode ser utilizada como forma de punição pelo desvio da personalidade jurídica, pois

---

[291]"Em conclusão, ocorrendo a hipótese de confusão patrimonial (ou de inconsistência patrimonial, o que é mais frequente), caberá ao juiz togado (e não ao árbitro) tomar eventuais medidas para estender os efeitos da sentença arbitral. Em outros termos: condenada uma empresa sem patrimônio (*one dollar company*), única empresa do grupo signatária do compromisso ou do contrato que contenha cláusula compromissória, não caberá ao árbitro tomar qualquer providência para desconsiderar a personalidade de tal empresa, com o objetivo de atingir a *matriz* ou a empresa do grupo capaz de suportar os encargos decorrentes da condenação. Tal função será do juiz estatal que, em sede de cumprimento da sentença arbitral (execução), poderá – *ex vi* do art. 50 do Código Civil – estender a responsabilidade patrimonial a outros componentes do grupo de empresas ou do grupo econômico a que pertencer a pessoa jurídica vencida no juízo arbitral". CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96, cit., p. 83. Em sentido contrário, atribuindo aos árbitros a competência para desconsiderar a personalidade jurídica das signatárias: SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica à arbitragem. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional*: 12 anos da Lei 9.307 de 1996. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 133.

[292]"Agravo de instrumento. Execução de título judicial. Sentença arbitral. Inexistência de bens da empresa para suportar a obrigação. Endereço fornecido como sede da empresa inexistente. Evidências de estarem os sócios se ocultando para evitar a localização pelo oficial de justiça. Pedido de desconsideração da personalidade jurídica da agravada indeferido. Uso indevido e fraudulento da empresa pelos sócios, em prejuízo de credores. Abuso de direito. Constrição de bens de propriedade particular dos sócios da empresa. Possibilidade. Deferimento da postulação do exeqüente, a fim de salvaguardar os seus interesses. Decisão reformada. Recurso provido". TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. TJPR, AI 220318-7, 7ª Câmara Cível, Rel. Abraham Lincoln Calixto, j. 16.12.2002.

isso violaria o fato de a arbitragem ser, acima de tudo, consensual. Mesmo que possa ser constatado que a signatária agia como um simples instrumento da não signatária, deve prevalecer a personalidade distinta de cada uma das sociedades no que se refere ao consentimento. Além disso, compelir os não signatários a participar da arbitragem em nada ajudará a instrução do procedimento arbitral se estes jamais se envolveram com a execução do contrato. Mais válido é reservar a desconsideração da personalidade jurídica para o momento da execução da sentença arbitral, quando o patrimônio da não signatária responderá pelos atos praticados pela signatária.

# VIII. CESSÃO DE CONTRATO, SUCESSÃO CONTRATUAL E SUB-ROGAÇÃO

## 1. BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA

Direitos e obrigações podem ser transmitidos pelo seu titular a terceiros, seja por disposição de vontade, seja por determinação legal. A cessão de contrato é uma das maneiras pelas quais pode ser efetivada a transmissão. Esta pode ser conceituada como a transferência de uma posição contratual, que implica na transmissão de todos os direitos e deveres decorrentes do contrato. Possibilita a circulação do contrato, permitindo que um terceiro ingresse na relação contratual, substituindo um dos contratantes primitivos. Além da cessão contratual pode haver substituição de um dos polos da relação contratual em virtude de sucessão. Direitos e obrigações transmitem-se, nos termos da lei, ao sucessor universal (sucessão *causa mortis*) e à sucessora originada de reorganização societária (fusão, cisão, incorporação). Por fim, não se pode esquecer a sub-rogação, por meio da qual o sujeito que solve obrigação alheia assume a posição do credor no negócio. Em todos esses casos, os direitos e obrigações transferidos manterão todas as características que possuíam antes da transmissão[293]. Por isso, a transmissão de um contrato, seja por meio de cessão, sucessão ou sub-rogação implicará, em regra, na transmissão da convenção de arbitragem dele integrante[294].

Note-se que esta situação é diferente das outras anteriormente analisadas, nas quais, em decorrência de determinadas circunstâncias, a convenção de arbitragem abrange sujeitos diversos dos signatários, mas que consentiram com ela tacitamente. Quando ocorre a transmissão de um contrato, o não signatário será parte da convenção porque adquiriu a condição de parte do contrato, *substituindo* a contratante original[295]. Apesar dessa

---

[293]BATISTA MARTINS, Pedro. Cláusula Compromissória. In: BATISTA MARTINS, Pedro; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 220.

[294]"Under these principles, an assignment ordinarily passes whatever is necessary to make it completely effectual, and vests in the assignee all rights, remedies and benefits which are incidental to the contract transferred, except those which are personal to the assignor and for his benefit only." GIRSBERGER, Daniel; HAUSMANINGER, Christian. Assignment of rights and agreement to arbitrate. *Arbitration International*, Kluwer Law International, v. 8, n. 2, p. 123, 1992.

[295]A esse respeito, Thomas Clay afirma que existem dois mecanismos que permitem a *circulação* da cláusula compromissória: a transmissão e a extensão. A transmissão seria a operação pela qual uma pessoa recebe direitos já nascidos (adquiridos) que lhe serão transmitidos em estado natural (herdeiros, cessionário de

diferenciação, em ambos os casos apresenta-se a problemática dos limites subjetivos, o que justifica a abordagem das duas situações neste trabalho.

## 2. TRANSMISSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS LIMITES SUBJETIVOS

Prevalece na doutrina internacional o entendimento de que a transmissão do contrato implica na transmissão automática da convenção de arbitragem nele contida, seja em caso de cessão, seja em caso de sucessão. Ou seja, a concordância com a transmissão do contrato implica em concordância com todos os seus termos[296]. Dessa forma, a convenção produzirá, perante o cessionário ou sucessor, exatamente os mesmos efeitos que produzia com relação ao cedente/sucedido. O cessionário/sucessor será parte da convenção, passando a ser titular do direito de executá-la e da obrigação de a ela se submeter, caso seja executada pelo outro contratante[297].

Essa transmissão automática apenas deixaria de ocorrer em duas hipóteses. A primeira delas corresponde a situações em que cedente e cessionário estipulam expressamente que a cessão do contrato não abrangerá a cessão da convenção de

---

crédito ou de contrato e casos de sub-rogação de direitos), ficando a pessoa que transmite desobrigada de sua obrigação. A extensão seria a operação pela qual se acrescenta uma pessoa a uma relação obrigacional (empresa matriz que se vê obrigada pelo contrato de uma de suas filiais). Com a transmissão, a cláusula segue o contrato no qual ela figura; com a extensão, acrescenta-se um novo contratante que se vinculará ao contrato principal. CLAY, Thomas. A extensão da cláusula compromissória às partes não contratantes, cit., p. 74. Sobre o mesmo assunto: STUCKI, Blaise, WITTMER, Schellenberg. Extension of arbitration agreements to non-signatories. *ASA Below* 40, Conference of September 29, 2006. "Second, *extension* of the arbitration agreement does not cover all situations in which the issue of the subjective scope of the arbitration agreement arises. Indeed, whereas *extension* relates to situations in which a third party becomes party, willingly or not, to an existing arbitration agreement, it does not comprise the situation in which a third party replaces one of the original parties to the arbitration agreement, which arises when a contract containing an arbitration agreement is transferred to a third party, as a result of a contract assignment, a merger of companies or inheritance law. *Transfer* of the arbitration agreement, on the one hand, and *extension*, on the other, raise different issues. In case of transfer, the main issue is whether the arbitration agreement is transferred together with the main contract containing it."

[296]"In the case of voluntary assignment, two substantive rules tend to apply: first, the assignee must consent to the assignment of the arbitration agreement and, second, if the assignee has accepted the assignment of the main contract underlying the arbitration agreement, it is presumed to have accepted the assignment of the arbitration agreement." GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 425.

[297]"The assignment of an arbitration agreement can thus be seen either as the simultaneous assignment of a right (the right of each party to the arbitration agreement to submit to arbitration any dispute arising from the main contract) and an obligation (the obligation assumed by each party to accept to refer all such disputes to arbitration), or as the assignment of the agreement as a whole". GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 417-420.

arbitragem, de forma que esta continuará vinculando tão somente as partes originárias[298]. Posiciona-se a doutrina no sentido de que, nesses casos, muito embora o contratante originário possa executá-la contra o cessionário, este apenas poderá se valer dela para a resolução de disputas que envolvam a cessão do contrato, ou seja, não poderá se utilizar da arbitragem para resolver disputas referentes ao mérito do contrato, por ter cedido a sua posição contratual. A segunda corresponde a situações em que a convenção de arbitragem foi pactuada *intuito personae*.

A convenção de arbitragem será *intuito personae* quando há, desde logo, vedação expressa à sua transmissão e quando as regras estipuladas pelas partes decorrem, especificamente, das características dos contratantes originários. Por exemplo, quando, para manter a situação de igualdade entre os contratantes, é eleito um foro neutro, a transmissão poderá extinguir o equilíbrio contratual se o cessionário for nacional do foro eleito contratualmente[299]. Será ainda *intuito personae* quando o signatário demonstrar que, muito embora não exista no contrato disposição expressa, a identidade da outra parte era fator determinante para a execução do contrato e foi levada em consideração quando da pactuação da convenção de arbitragem[300]. Nesses casos, a sua transmissão estará, a princípio, vedada, dependendo da autorização de ambos os signatários para que produza todos os seus efeitos. Se cedente e cessionário insistirem na cessão, sem autorização do

---

[298]"Of course, the assignor and assignee of a contract containing an arbitration agreement can agree to exclude the arbitration agreement from the assignment of the main contract. Given that it is rather unusual to do so, such an exclusion must be expressly provided for. If the parties do so agree, disputes between the assignee and the initial co-contractor will be heard by the courts, although the initial co-contractor could always rely on the arbitration agreement so as to bring disputes with the assignor before arbitrators. The assignor, on the other hand, cannot submit its disputes with the initial co-contractor to arbitration, not because it no longer has the benefit of the arbitration agreement, but because, having assigned the main contract underlying the arbitration agreement, it no longer has locus standi, except as regards claims concerning the validity of the assignment". GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 429.

[299]"The initial arbitration agreement may expressly stipulate that it has been entered into with a particular co-contractor in mind, or that it is not assignable, which amounts to the same thing. It is that type of provision which is contemplated when courts hold that, in the absence of a clause to the contrary, the arbitration agreement is assignable without the need for acceptance by the initial co-contractor. Such provisions would undoubtedly be valid". GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 433. No mesmo sentido: WERNER, Jacques. Jurisdiction of arbitrators in case of assignment of na a arbitration clause: on a recent decision by the Swiss Supreme Court. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 8, n. 2, p. 14-15, 1991.

[300]"That will of course be very difficult to establish, given that arbitration is a common means of resolving international disputes. Nevertheless, the situation could conceivably arise in a narrow professional field, where it might be arguable that the decision to refer disputes to arbitration is based on mutual trust between companies pursuing similar activities, especially if those activities are carried on under the auspices of a body which is also responsible for organizing the arbitration". GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 433-434.

outro signatário, a convenção produzirá efeitos apenas entre eles[301]. Por outro lado, na ausência de qualquer indicação de que foi pactuada *intuito personae*, haverá uma presunção de que os signatários consentiram com a sua transmissão[302].

O entendimento esposado pela doutrina foi acolhido, por exemplo, no caso *MS Emja Braack Shiffahrts KG v. Wärtsilä Diesel Aktiebolag*[303]. No caso, uma sociedade "A" fornecia maquinário para a sociedade "B", que montava embarcações. O contrato firmado entre elas continha convenção de arbitragem. O contrato foi cedido por "B" ao adquirente da embarcação "C". "C", por sua vez, ajuizou demanda judicial contra "A" em virtude de problemas no maquinário fornecido. "A", então, alegou a existência de cláusula compromissória. A decisão proferida declarou que "C", na condição de cessionário do contrato, estava vinculado à convenção nele contida. Foi ressaltado que, se o cessionário não concorda com a cláusula arbitral, deve recusar a assunção da posição contratual[304]. Em

---

[301]"As with any contract, an arbitration agreement may be entered into *intuitu personae*, that is, in consideration of the identity of the co-contractor. In such a situation, the assignment of the arbitration agreement will only bind the initial co-contractor if the initial co-contractor explicitly accepts to contract with the assignee. If it does not, the assignment will only have effect as between the party that sought to assign its rights and the party that sought to assume them. The practical effectiveness of an assignment in such circumstances is likely to be extremely limited. The only remedy available for a violation of the assignor's duty to render the arbitration clause effective would be damages for any loss suffered by the assignee in being unable to submit disputes with the initial co-contractor to arbitration. As we have seen, such a loss is extremely difficult to assess in monetary terms". GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 433-434.

[302]Eugênia Zerbini apresenta uma crítica a essa visão: "O fato de contratar uma cláusula arbitral não parece exigir das partes uma confiança especial, se comparada à confiança exigida pela contratação do negócio do qual essa cláusula faz parte. A confiança em vender uma mercadoria, por exemplo, e aceitar o pagamento futuro, pode ser prova até maior desse sentimento entre as partes. Será que uma parte alegaria não ter confiança em sua contraparte naquilo que toca o pagamento dos possíveis custos de uma arbitragem? Isso não tem sentido. Por um lado, poderia ser alegada uma certa escolha *intuitus personae* naqueles casos, raríssimos, em que as partes, na própria cláusula, indicam o nome dos árbitros que irão julgar as possíveis questões derivadas do contrato. Essa designação prévia, além de pouco comum, não reflete boa técnica contratual, considerando que essa cláusula seria de valor duvidoso, na hipótese do falecimento do árbitro. De toda forma, não é com base nessa exceção que a teoria é feita: na esmagadora maioria dos casos, as cláusulas compromissórias tratam de indicar uma instituição cujo regulamento sobre arbitragem será aplicado em caso de litígio." ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Cláusulas arbitrais: transferência e vinculação de terceiros à arbitragem. In: MACHADO, Eduardo Jobim; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil*: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 148.

[303]*MS Emja Braack Shiffahrts KG v. Wärtsilä Diesel Aktiebolag*, Suprema Corte Sueca, 15.10.1997. DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. *A guide to the new ICC Rules of Arbitration*, cit. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 428-429.

[304]"The lower courts and the Supreme Court all followed that argument, declining jurisdiction in favor of arbitration on the grounds that, inter alia: *In support of the fact that the new party should be bound, it was argued that in the reverse case the remaining party would have its position substantially altered. It must be assumed that the remaining party–as well as the other original contractor–wanted their disputes to be resolved by arbitration. The original contractor should not therefore be able to unilaterally free itself from the arbitration clause by a contract of assignment. If the purchaser does not agree to the arbitration clause, it can always refuse to acquire the assignor's right*." GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 428-429.

outro caso, *C.C.C. Filmkunst v. E.D.I.F.*[305], a Corte de Apelação de Paris rejeitou argumento do signatário do contrato no sentido de não estar obrigado à convenção de arbitragem perante o cessionário. A Corte declarou que o signatário havia anuído com a possibilidade de cessão da cláusula compromissória, uma vez que esta era genérica (não fora firmada *intuito personae*) e diante da frequência com que a arbitragem tem sido utilizada no cenário comercial. A Corte ressaltou ainda que a cessão do contrato necessariamente implica na cessão da convenção, sem a qual fica prejudicado o equilíbrio econômico-financeiro do primeiro[306].

Um último e relevante ponto deve ser objeto de discussão. Trata-se da sub-rogação, muito comum quando o caso envolve contratos de seguro. Prevalece na doutrina e jurisprudência internacionais o entendimento que, uma vez indenizado o segurado, a seguradora sub-roga-se em todos os seus direitos e obrigações a fim de pleitear ressarcimento perante o causador do dano. Em outras palavras, se o segurado e o causador do dano forem partes de um contrato contendo convenção de arbitragem, a seguradora deverá assumir a posição do segurado no contrato e apenas poderá demandar o causador do dano por meio de arbitragem. Aplicam-se, portanto, as mesmas regras da cessão e da sucessão[307]. A diferença fica por conta da manutenção dos direitos do segurado perante o contrato, podendo inclusive executar a convenção, independentemente de assim agir em seu próprio benefício ou em benefício da seguradora[308].

---

[305]*C.C.C. Filmkunst v. E.D.I.F.*, CA Paris, Jan. 28, 1988. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 431.

[306]Outros casos que apreciaram a validade da transmissão da convenção de arbitragem: *S & L Vending Corp.* v. *52 Thompkins Ave. Restaurant*, 15 A.D.2d 935, 936, 274 N.Y.S.2d 697, 698 (2d Dept. 1966), EUA; *Maritime Co.'Spetsai,' S. A.* v. *International Commodities Export Corp.*, 348 F. Supp. 258, 259 (S.D.N.Y. 1972), EUA; *Porzig v. Dresdner Kleinwort Benson N. Am., LLC*, No. 98 Civ. 7670, 1999 WL 518833, at *5 n.5 (S.D.N.Y. July 21, 1999), EUA; Cedrela Transp. Ltd. v. Banque Cantonale Vaudoise, 67 F. Supp. 2d 353, 355 (S.D.N.Y. 1999), EUA. GIRSBERGER, Daniel; HAUSMANINGER, Christian. Assignment of rights and agreement to arbitrate, cit., p. 123-124. LAMM, Carolyn B.; AQUA, Jocelyn A. Defining the party – who is a proper party in an international arbitration before the American Arbitration Association and other international institutions, cit., p. 728.

[307]"On the other hand, if the surety pays the creditor under the suretyship agreement, he is subrogated in his rights against the main debtor. And it is well-established that subrogation is a mechanism of transmission of the arbitration clause. Any dispute between the main debtor and the surety, who is subrogated in the rights of the creditor, will therefore be submitted to arbitration under the clause contained in the main agreement." HANOTIAU, Bernard. Arbitration and bank guarantees. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 16, n. 2, p. 18, 1999. No mesmo sentifo: HOSKING, James M. The third party non-signatory's ability to compel international comercial arbitration: doing justice without destroying consent, cit., p. 504-505. LAMM, Carolyn B.; AQUA, Jocelyn A. Defining the party – who is a proper party in an international arbitration before the American Arbitration Association and other international institutions, cit., p. 728. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 429-432.

[308]"Of course, the beneficiary of the subrogated rights is not alone in being entitled to initiate proceedings against the debtor. The insured retains the right to commence arbitration against the party with which it

## 3. TRANSMISSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A doutrina brasileira não tem divergido do entendimento esposado no cenário internacional em matéria de transmissão da convenção de arbitragem. Esta tem sido admitida nos casos de cessão e sucessão de posição contratual. O não signatário assume a posição anteriormente ocupada pelo signatário e passa a ser o titular dos direitos e obrigações convencionados quando da assinatura do contrato, de forma que a cessão implica apenas na substituição de uma das partes por outra, não modificando o conteúdo material do negócio jurídico[309]. Para que o conteúdo objetivo do negócio jurídico seja modificado, por exemplo, para afastar a aplicação da convenção com relação ao cessionário, será necessária manifestação expressa de todos os envolvidos nesse sentido[310]. Há quem ressalte ainda que, como nem a cessão nem a sucessão têm como consequência a extinção de direitos e obrigações, não se poderia admitir que dessem causa à extinção da cláusula arbitral[311]-[312]

---

concluded an arbitration agreement, and it will still have standing to take such action if the insurer requires it to do so, or if the action is wholly or partially for its benefit." GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 432.

[309]"Não obstante, em certas situações a doutrina e a jurisprudência – judicial e arbitral – admitem a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a não signatários. Um caso mais óbvio é o dos sucessores, dos cessionários e dos sub-rogados em contratos que contenham cláusulas compromissórias. Embora não tenha havido a pactuação expressa da cláusula compromissória, a nova parte da relação contratual a recebe no estado em que ela se encontrava, entrando nos sapatos do contratante original e, portanto, sujeito dos mesmos direitos e obrigações, inclusive no tocante à cláusula arbitral. Em tais hipóteses, por sinal, é tecnicamente mais apropriado falar-se em transmissão, do que propriamente em extensão, da cláusula compromissória à nova parte." FONSECA, Rodrigo Garcia da. Os contratos conexos, as garantias e a arbitragem na indústria do petróleo e do gás natural. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 29, p. 173, abr./jun. 2011.

[310]BATISTA MARTINS, Pedro. Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista, cit.

[311]"Assim sendo, cedido um contrato com todos os direitos e obrigações, a cláusula compromissória é assumida pelo cessionário, ainda que a cláusula compromissória seja independente do contrato. No entanto, a escolha da arbitragem como meio de solução de conflitos decorrentes do contrato cedido é um direito da parte cedente e, a um só tempo, uma obrigação em relação à parte contrária. Portanto, é por ter essa dupla face que, estando ou não inserida num mesmo contrato, mas a ele se referindo, manterá seu efeito vinculativo em relação ao cessionário. O mesmo ocorre nos casos de operações societárias que representem uma fusão ou incorporação ou, até mesmo, uma cisão. Nesses casos, a prevalência da cláusula compromissória em relação a obrigações assumidas pela parte que se fundiu, foi incorporada ou cindida permanece vigente, devendo ser respeitada pela parte que a suceder. Com maior razão ainda, manifesta-se esse efeito da cláusula compromissória na sucessão. Seja no caso de pessoas físicas, seja no de pessoas jurídicas, a sucessão nos direitos e obrigações engloba a manutenção da cláusula compromissória. Essa posição é largamente majoritária, seja na doutrina nacional, seja na estrangeira. E não poderia ser diferente. Admitir-se que a sucessão, em qualquer das formas mencionadas, representaria a extinção da cláusula compromissória, seria, *ipso facto*, admitir-se que o evento que tivesse dado causa à sucessão representaria uma extinção de direitos e obrigações. E sabemos bem que não é assim. Se utilizarmos as lições da doutrina, chegaremos à conclusão que nenhuma das hipóteses de sucessão, cessão ou sub-rogação teria por

A jurisprudência também é nesse sentido. Na SEC 831/FR[313], o STJ afastou alegação, apresentada em sede de contestação à homologação de sentença arbitral estrangeira, no sentido de que a convenção de arbitragem seria intransferível, não podendo ser executada contra a sucessora da signatária, que não teria manifestado expressamente sua vontade de se vincular a ela. Interessante ressaltar que, neste caso, anteriormente à sucessão por incorporação da empresa Sade Vigesa Industrial e Serviços S.A. (*SVIS*) pela requerida Inepar S.A. Indústria e Construções (*Inepar*), a SVIS foi cessionária e assumiu todos os direitos e obrigações da empresa Sade Vigesa S.A. (*SVE*), signatária original do contrato firmado com a requerente Spie Enertrans S.A. A arbitragem foi instaurada após a cessão contratual e, portanto, contra SVIS, que em seguida foi incorporada pela Inepar, a qual passou a atuar na arbitragem diretamente, como parte, inclusive firmando ela própria a Ata de Missão, nos termos do regulamento da CCI, adotado pelas partes.

O Ministro Relator, Arnaldo Esteves Lima, acatou o parecer apresentado pelo Ministério Público Federal e declarou que *a empresa INEPAR, ao incorporar a SVIS, assumiu todos os direitos e obrigações da cedente, inclusive a cláusula arbitral em questão, que fora prevista no Acordo de Consórcio firmado com a ora requerente, o qual restou inadimplido*. No referido parecer, o Ministério Público ressaltou que, muito embora a sucessora Inepar não tenha sido a contratante original, obrigou-se a todos os termos do contrato em decorrência da cessão operada entre SVIS e SVE e posterior incorporação da

---

efeito extinguir cláusula compromissória existente. Além disso, vale lembrar a lição da Corte de Apelação de Paris que estabelece que a cláusula compromissória constitui elemento importante de conteúdo econômico da relação jurídica presente no contrato, devendo ser igualmente transferida ao sucessor ou cessionário". PINTO, José Emílio Nunes. Convenção arbitral: justiça deve reconhecer convenção arbitral em casos de sucessão. *Consultor Jurídico*, 03 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-jul-03/justica_reconhecer_arbitragem_casos_sucessao>. Acesso em: 28 ago. 2012. Sobre o mesmo assunto: PINTO, José Emilio Nunes. A arbitragem e a convenção arbitral da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 434, 14 set. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5689>. Acesso em: 28 set. 2012.

[312]Declarando a necessidade de consentimento específico para a convenção de arbitragem: BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula arbitral por via oblíqua. In: Jan KLEINHEISTERKAMP, Jan; IDIARTE GONZALO A. Lorenzo (Eds.). *Avances del derecho internacional privado en América Latina*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitária, 2002. p. 617-631. BAPTISTA, Luiz Olavo. Cessão de contrato e autonomia da cláusula arbitral. In: BASSO, Maristela; CARVALHO, Patrícia Luciane de (Org.). *Lições de direito internacional*: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista. Curitiba: Juruá, 2008. p. 17-37.

[313]"Sentença estrangeira. Juízo arbitral. Contrato internacional firmado anteriormente à edição da lei de arbitragem (9.307/96). Acordo de consórcio inadimplido. Empresa brasileira que incorpora a original contratante. Sentença homologada. 1. Acordo de consórcio internacional, com cláusula arbitral expressa, celebrado entre empresas francesa e brasileira. 2. A empresa requerida, ao incorporar a original contratante, assumiu todos os direitos e obrigações da cedente, inclusive a cláusula arbitral em questão, inserida no Acordo de Consórcio que restou por ela inadimplido. 3. Imediata incidência da Lei de Arbitragem aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que firmados anteriormente à sua edição. Precedente da Corte Especial. 4. Sentença arbitral homologada." SEC 831/FR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2007, DJ 19/11/2007.

SVE. Na visão do Ministério Público, a posição assumida pela Inepar ao incorporar a SVIS seria prova inequívoca da transmissão da cláusula arbitral. Na cessão de contrato o cessionário assumiria todos os direitos e obrigações do cedente, inclusive a convenção de arbitragem. Ressaltou, por fim, que a atuação da Inepar na arbitragem afastaria quaisquer dúvidas a respeito da sua vinculação à convenção[314-315].

O resultado conferido ao caso pelo STJ demonstra o entendimento do tribunal no sentido de que o nosso ordenamento jurídico, mais especificamente a Lei n. 9.307/1996, não exige que as partes manifestem expressamente, por escrito, a sua concordância com a convenção de arbitragem. Em havendo transmissão do contrato não é necessária manifestação expressa do não signatário para que se torne parte da cláusula compromissória nele inserida, pois o consentimento em assumir as obrigações decorrentes de contrato firmado por outrem implica em consentimento tácito[316].

---

[314]Pela importância do referido parecer do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, segue um pequeno trecho: "É certo que a INEPAR S/A, embora não tenha sido contratante original, obrigou-se em face de uma cessão do *Acordo de Contrato* pela SVE à SVIS, subsidiária da ora requerida e que foi por esta incorporada e extinta. Por necessário e conclusivo, do que dos autos consta, verifico que diante da posição assumida pela INEPAR, refere ao Acordo de Consórcio, no juízo arbitral e por força da cessão decorrente do *Documento Contratual* (...) fica afastada a ilegitimidade passiva da empresa brasileira INEPAR, tanto na Corte arbitral como no presente feito. A posição assumida pela INEPAR ao incorporar a SVIS em relação à cessão de contratos é prova inequívoca da transmissão da cláusula arbitral. (...) Na cessão de Contrato, não ocorre apenas a substituição de uma parte. O cessionário assume todos os direitos e obrigações do cedente, que se lhe transmite globalmente por efeito do negócio único que estipularam (...). A mais, resulta comprovado e não contestado pela requerida que, em 13 de setembro de 2000, no curso do juízo arbitral, as partes assinaram um *Adendo à ATA DE MISSÃO de 31 de maio de 2000*, onde resultou consignado: *A Inepar Indústrias e Construções, sucessora da Sade Vigesa Industrial e Serviços S.A., pela presente substitui esta última (Sade Vigesa Industrial e Serviços) em todos os direitos e obrigações resultantes da Ata de Missão firmada em 31 de maio de 2000* (...)."

[315]No mesmo sentido foi decidida a SEC 894/UY, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 20/08/2008, DJe 09/10/2008: "Homologação de sentença arbitral estrangeira prolatada no Uruguai. Trânsito em julgado de ação judicial que contesta a sentença arbitral. Desnecessidade. Súmula 420/STF. Inaplicabilidade. Incorporação de empresa por outra. Sujeição à arbitragem. Contraditório. Violação. Inocorrência. Questões intrínsecas à própria arbitragem. Lei de arbitragem brasileira. Norma de caráter processual. Incidência imediata. Controle judicial. Limitação aos aspectos dos arts. 38 e 39 da lei 9.307/96. Inexistência de motivos para que seja denegada a homologação. 1. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira obtida perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, na cidade de Montevidéu, Uruguai, versando sobre cumprimento de obrigações de índole contratuais. 2. Pede-se a homologação de sentença arbitral proferida em maio de 2003 e não sujeita a recursos. Não subsiste a necessidade de trânsito em julgado de ação judicial no Uruguai que questiona a arbitragem, especialmente na espécie, em que a ação judicial foi indeferida. 3. A requerida Inepar, ao incorporar duas outras empresas contratantes, assumiu todos os direitos e obrigações das cedentes, inclusive a cláusula arbitral em questão. 4. A Lei de Arbitragem brasileira tem incidência imediata aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que firmados anteriormente à sua edição. Precedentes da Corte Especial. 5. A análise do STJ na homologação de sentença arbitral estrangeira está limitada aos aspectos previstos nos artigos 38 e 39 da Lei 9.307/96. Não compete a esta Corte a apreciação do mérito da relação material objeto da sentença arbitral. Sentença arbitral estrangeira homologada".

[316]Nesse sentido: GALÍNDEZ, Valéria. Contestação a pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira. Improcedência. Aplicação imediata da Lei de Arbitragem, inclusive a cláusulas compromissórias firmadas antes da sua entrada em vigor. Desnecessidade de aceitação específica da cláusula compromissória em caso de cessão de contrato. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 16, p. 237-238, jan./mar. 2008.

Cabe aqui uma observação acerca do princípio da autonomia da convenção de arbitragem, já discutido neste trabalho[317]. Conforme afirmado anteriormente, tal princípio não se presta a reduzir a aplicabilidade da convenção, mas tão somente a garantir a sua validade e eficácia[318]. Dessa forma, é desnecessária qualquer manifestação expressa de vontade a fim de tornar válida a sua transmissão. Aquele que se beneficia pela transferência do contrato deverá se submeter às obrigações dele decorrentes, não podendo afastar a cláusula compromissória se isso não foi expressamente convencionado[319]. Esta é parte integrante do contrato e diz respeito diretamente ao seu equilíbrio econômico-financeiro. O contrato deve ser entendido como um todo que, se partido, será privado das características a ele conferidas pelos contratantes[320].

No que se refere à sub-rogação, é possível identificar divergências entre os julgados proferidos pelos nossos tribunais. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

---

[317]Capítulo III, item 2.2.

[318]"E não há que se sustentar o princípio da autonomia da cláusula compromissória como argumento para sujeitar sua eficácia ao expresso consentimento do cessionário. Afinal, a gênese e a teleologia do princípio da autonomia não se prestam a atender a esse entendimento. A razão de ser da autonomia não autoriza a conclusão de que o cessionário, para se vincular aos efeitos da cláusula, deve consentir expressamente no ato da cessão do contrato." BATISTA MARTINS, Pedro. Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista, cit. No mesmo sentido e afirmando que os tribunais franceses têm reiteradamente rejeitado a alegação de autonomia da convenção de arbitragem por aqueles que pretendem afastar os efeitos da transmissão: GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 426; GIRSBERGER, Daniel; HAUSMANINGER, Christian. Assignment of rights and agreement to arbitrate, cit., p. 137-138.

[319]Em sentido contrário: "Most courts hold (...) that an automatic transfer of the arbitration clause does not violate the in writing requirement. They argue that the requirement addresses merely the initial conclusion of the arbitration agreement, but not subsequent transfers. (...) The written form requirements for the arbitration agreement established in most legal systems do not, on their face, differentiate between the initial conclusion of an arbitration agreement and a subsequent transfer of the agreement to a third party. A rule under which an assignee would be bound by the arbitration clause without giving his consent in writing would thus violate the plain language of this requirement. Contrary to most court opinions, such a rule would furthermore violate the purpose of the in writing requirement which is to ensure that a party entering into an arbitration agreement is sufficiently put on notice of the consequences which flow from an agreement to submit a dispute to arbitration. (...) In conclusion, the purpose of the written form requirement set out in various domestic and international arbitration rules speaks against a rule permitting the arbitration clause to bind the assignee to arbitrate without his written consent". GIRSBERGER, Daniel; HAUSMANINGER, Christian. Assignment of rights and agreement to arbitrate, cit., p. 141-144.

[320]"De toda sorte, a constatação de que a cláusula compromissória é autônoma não leva ao entendimento de que seria necessária manifestação de vontade diversa daquela referente à cessão, para que se conclua pela sua transferência. Sendo pacto adjeto e instrumental, unido umbilicalmente ao contrato no qual está inserida, a cláusula compromissória deve prevalecer como fundamental à própria estrutura do negócio jurídico." STEINER, Renata Carlos. Arbitragem e autonomia da cláusula compromissória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 31, p. 147, 2012: "Essa autonomia é que irá induzir alguns entendimentos, erroneos, de que a submissão às disposições contratuais sobre a arbitragem, destacadas do restante do instrumento – em razão da autonomia –, seria retida nas mãos das partes originais, enquanto as outras cláusulas seriam transferias ao cessionário, por exemplo, na hipótese de cessão do contrato. (…) Entretanto, não representará a autonomia da cláusula compromissória entrave à sua transferência nem à submissão de terceiro à arbitragem, caso esse terceiro venha a suceder alguma das partes originalmente vinculadas por contrato." ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Cláusulas arbitrais: transferência e vinculação de terceiros à arbitragem. In: MACHADO, Eduardo Jobim; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil*: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 146.

(TJSP), por exemplo, ao julgar recursos interpostos contra sentenças que beneficiavam seguradoras em ação de regresso, já se manifestou em dois sentidos. Já foi determinada a extinção da demanda ajuizada pela seguradora, na medida em que esta teria se sub-rogado tanto nos direitos como nos deveres da segurada, ficando vinculada à convenção de arbitragem contida no contrato firmado por esta última[321], assim como já foi determinado o prosseguimento da demanda, na medida em que, a despeito da existência de convenção entre a causadora do dano e a segurada, esta deveria ser afastada em relação à seguradora, que não teria consentido com ela[322]. Também já foi declarado que, em decorrência do *caráter personalíssimo* da convenção de arbitragem esta não seria passível de transmissão a terceiros e não haveria sub-rogação na medida em que o direito material da seguradora não seria o mesmo direito da segurada[323].

---

[321]"Seguro – Transporte marítimo de mercadorias –Ação regressiva – Cláusula compromissória assumida entre a beneficiária dona da carga transportada e a responsável pelo transporte – Eficácia também em face da empresa seguradora dada a sub-rogação não somente dos direitos mas também dos deveres contratualmente assumidos por sua segurada – Causa de extinção do processo da ação de cobrança – Inteligência do disposto inciso VII do art. 267 do Código de Processo Civil – Sentença de procedência reformada – Processo extinto – Apelação provida." (...) Entre as obrigações assumidas pela segurada, está a cristalizada naquela cláusula compromissória (...). Daí se concluir que a segurada não poderia deixar de cumpri-la, acaso, ela própria, exercitasse contra a apelante ação direta de cobrança do prejuízo decorrente das avarias. (...) Sem sombra de dúvida, o ajuste da cláusula compromissória é do cerne do contrato, isto é, decorreu também do acordo de vontades que desaguou no conjunto dos pontos assumidos pelas partes contratantes. (...) Para a solução da controvérsia posta no recurso importa saber, apenas, que, em tendo ajustado a cláusula compromissória, *ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência* (REsp 606.345–RS citado), vinculação a que se deve sujeitar também a apelada, sub-rogada tanto nos direitos como nos deveres de sua segurada". TJSP, 14ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 9108101-03.2008.8.26.0000, rel. José Tarciso Beraldo j. 04.02.2009.

[322]"Responsabilidade civil – Ação regressiva – Contrato de transporte marítimo – Extinção do feito por reconhecimento de cláusula compromissória que prevê a submissão dos litígios à arbitragem internacional – Cláusula que foi firmada entre a requerida e a segurada – Afastada a validade da cláusula em relação à autora, uma vez que esta não participou da celebração do contrato de transporte ou anuiu a ela – Reconhecimento deste Tribunal como competente para apreciar e julgar a presente demanda – Recurso provido. (...) Justamente em virtude dessa autonomia de vontade no relacionamento comercial é que se deve afastar a cláusula compromissória em relação à seguradora, ora apelante, pois diferentemente da situação existente na relação comercial entre a segurada Fertipar Fertilizantes do Nordeste Ltda e a requerida Aliança Navegação e Logística Ltda., em que ambas firmaram a presente cláusula livremente, prevendo a arbitragem internacional para a solução de eventual conflito, no caso com a seguradora não foi prevista a solução de conflito por meio de arbitragem, pois não foi firmado contrato entre elas e não ocorreu a anuência da referida cláusula compromissória. Não é possível impor a autora, um compromisso, que gera uma obrigação e impõe um meio de solução de conflitos, sem que tenha sido anuído por ela, até porque somente as partes contratantes que se comprometem antecipadamente àquele tipo de solução de conflito, inclusive, sendo reconhecida a cláusula compromissória como uma relação autônoma em relação ao negócio principal (...). " TJSP, Apelação Cível n. 0000254-21.2010.8.26.0002, 13ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Heraldo de Oliveira, j. 1.2.2012.

[323]"Responsabilidade civil. Carga transportada. Indenização. Ação regressiva decorrente de contrato de seguro. Cláusula de arbitragem instituída entre a prestadora dos serviços e a dona da carga. Inaplicabilidade à Seguradora, que não firmou nem anuiu na referida avença. (...) Recurso provido para afastar a extinção do processo e, com base no disposto no artigo 515, § 3°, do CPC, julgar procedente a ação. 1. A natureza jurídica da cláusula compromissória é de uma obrigação de fazer, com caráter personalíssimo, pelo que não pode ser transferido a terceiro." TJSP, Apelação Cível n. 0229303-91.2008.8.26.0100, 11ª Câmara de

Parece mais correto o entendimento adotado no primeiro acórdão mencionado que, aliás, está de acordo com aquele esposado no cenário internacional. Afinal, com a sub-rogação, a seguradora não apenas adquire o crédito, mas assume o lugar do segurado, passando a dispor de todos os seus direitos, ações e garantias e devendo suportar todas as exceções que este teria que enfrentar[324]. Além disso, a seguradora, ao garantir a obrigação decorrente do contrato principal, tem ciência, ou deveria ter ciência, de que naquele contrato as partes inseriram cláusula compromissória. Se o segurado tem o dever de executar a convenção de arbitragem, caso ele próprio demande a reparação do dano sofrido, a seguradora terá essa mesma obrigação ao se sub-rogar nos seus direitos para exercer direito de regresso. Se com isso não concorda, não deve garantir o contrato. O causador do dano, por sua vez, não pode afastar a aplicação da convenção quando demandado pela seguradora, que simplesmente substitui o segurado, sem que isto altere em nada os termos da obrigação.

Note-se que essa situação não se confunde com aquela discutida no Capítulo II, voltado aos grupos de contratos, no qual foi afirmado que a convenção de arbitragem contida no contrato principal não alcança o contrato de garantia (*item 3.2.*). Naquela oportunidade foram apresentados casos em que o garantido estava cobrando a garantia devida ou por algum outro motivo pretendia que o garantidor participasse do procedimento arbitral. Não era caso de sub-rogação.

Por fim, dois aspectos da Lei de Arbitragem merecem ser comentados. Na maioria das vezes, a necessidade de determinar os limites subjetivos da convenção de arbitragem transmitida aparecerá quando houver cláusula compromissória, já que esta é que poderá estar inserida no contrato transferido. Não obstante, não é impossível imaginar uma situação em que haja transmissão do compromisso arbitral, por exemplo, no caso de sucessão de uma signatária do compromisso. Quanto à competência para determinar os seus limites subjetivos, será dos árbitros, a não ser que por algum motivo essa questão seja submetida ao poder judiciário, na mesma linha do quanto já afirmado nesta dissertação[325].

---

Direito Privado, Des. Rel. Gilberto dos Santos, j. 11.03.2010. No mesmo sentido: TJSP, Apelação Cível n. 0030807-20.2010.8.26.0562, 23ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. J. B. Franco de Godoi, j. 13.6.2012.

[324]VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem e seguros: transmissão da cláusula compromissória à seguradora em caso de sub-rogação. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 11, p. 53, jul./set. 2006. Em sentido contrário, afirmando que aquele que paga em lugar do devedor primitivo e assume os direitos do credor adquire a faculdade de cobrar, em regresso, aquilo que despendeu, mas não adquire obrigações, nem tampouco direitos outros que não aqueles vinculados ao crédito: ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. *Os terceiros em relação à convenção de arbitragem:* tentativa de sistematização sob a perspectiva do direito privado brasileiro, cit., p. 237-238.

[325]Vide Capítulo I, item 4.4.

# CONCLUSÃO

A arbitragem é um método consensual de resolução de controvérsias. Para que seja plenamente válida e vincule os contratantes, a convenção de arbitragem deve decorrer da livre manifestação de vontade das partes. Na ausência de consentimento, esta deverá ser afastada, pois a ninguém deve ser imposto o dever de arbitrar. A existência de clara e inequívoca anuência das partes em se submeter à arbitragem é indispensável, sob pena de a sentença arbitral não ser reconhecida pela justiça estatal brasileira, em decorrência da violação dos princípios constitucionais do acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição. Ocorre que há mais de uma forma de manifestar consentimento. Este pode ser revelado expressamente (por escrito ou verbalmente), ou tacitamente, por meio de atos que não seriam praticados caso não houvesse concordância. O consentimento tácito não é presumido; é tão inequívoco quanto o expresso, mas manifestado por ações ao invés de palavras.

Note-se que, muito embora a Lei de Arbitragem brasileira exija que a convenção de arbitragem seja pactuada por escrito, não há nela regra que determine que o consentimento daqueles que pretendam ser vinculados à convenção seja da mesma forma manifestado. Essa conclusão é possível a partir da análise dos parágrafos do seu artigo 4º, que demanda consentimento expresso e por escrito para cláusulas compromissórias inseridas em contratos de adesão (mas não para os demais) e admite que tal cláusula seja inserta em documento apartado do contrato. A melhor doutrina nacional já declarou que, neste último caso, há consentimento quando pode ser comprovada a proposta de uma das partes no sentido de submeter eventuais litígios decorrentes do negócio à arbitragem e a aceitação das demais, ou seja, basta que seja clara a vontade das partes. Dessa forma, a própria Lei de Arbitragem admite a existência de cláusulas compromissórias válidas e eficazes, mesmo que não estejam contidas nos contratos aos quais se referem e, portanto, mesmo que não exista consentimento expresso, por escrito (assinatura), com relação a elas.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não estão alheios a esse entendimento e já se posicionaram no sentido de não ser necessária concordância expressa das partes para que uma convenção de arbitragem seja válida. De acordo com a jurisprudência, há consentimento tácito com a convenção de arbitragem sempre que a parte tenha participado ativamente do procedimento arbitral, sem apresentar qualquer resistência

à competência dos árbitros no momento adequado. Com isso, fica bastante claro o posicionamento dos nossos tribunais superiores no sentido de privilegiar a arbitragem sempre que da conduta das partes seja possível concluir que houve aceitação da convenção. Note-se que, muito embora a maioria dos julgados nesse sentido tenha versado sobre o comportamento das partes após a instauração do procedimento arbitral, nada impede que o mesmo entendimento seja aplicado a casos em que o consentimento é manifestado no curso do relacionamento das partes e da execução do contrato.

A manifestação tácita de vontade ganha importância em um cenário onde são cada vez mais comuns situações em que o negócio que se pretende executar exige mais do que um contrato bilateral regularmente assinado por ambas as partes. Muitas vezes o negócio será desenvolvido, por exemplo, com a participação de sujeitos que não subscreveram o contrato; ou por meio da pactuação de diversos instrumentos contratuais; com a incorporação de textos de contratos anteriores aos novos; com a estipulação de direitos e obrigações a sujeitos que não tomaram parte da formação do contrato, mas que os aceitam e deles se beneficiam posteriormente; em meio à cessão de instrumentos contratuais ou de alterações societárias e sucessões empresariais. Por isso é que a determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem em decorrência do consentimento tácito pode ser considerada uma tendência internacional, que não deve ser ignorada em território brasileiro.

Conforme demonstrado, há diversas situações em que poderão ser partes da convenção de arbitragem sujeitos diversos daqueles que a subscreveram. Poderá haver consentimento tácito quando as integrantes de um grupo de sociedades agem como sendo uma só, apresentando-se de forma indistinta aos olhos do outro contratante, e assim participam da execução do negócio; quando, em decorrência do objeto supracontratual, as partes inserem nos diversos contratos pactuados cláusulas de resolução de controvérsias idênticas; quando há incorporação por referência de um contrato ou documento padrão que contém cláusula compromissória e cujos termos são conhecidos das partes; quando um sujeito aceita os benefícios em seu favor estipulados em um contrato que contém cláusula compromissória ou simplesmente se beneficia dos termos de um contrato sem subscrevê-lo; quando o mandatário firma convenção em nome do mandante; quando um sujeito assume o lugar do contratante originário no contrato com cláusula arbitral. Os julgadores devem estar familiarizados com essas situações e preparados para identificar as partes não signatárias, já que disso depende diretamente a eficácia da sentença arbitral. Deixá-las de

fora do procedimento pode dar causa à litispendência e a decisões contraditórias, retirando a eficiência e a credibilidade do instituto da arbitragem.

A necessidade de determinar os limites subjetivos da convenção de arbitragem está sendo reconhecida em território nacional, muito embora ainda de maneira tímida. Isso é essencial para que o Brasil mantenha a reputação de nação favorável à arbitragem que vem construindo e continue crescendo o número de arbitragens aqui sediadas ou que aqui demandem o cumprimento de obrigações. A arbitragem é, definitivamente, o meio mais adequado para a resolução de determinadas disputas, que se destacam em razão de sua especificidade e complexidade, além de ser favorável para a atração de investidores, que se beneficiam de sua celeridade, motivos mais do que suficientes para que o instituto seja privilegiado. Note-se que, para tanto, a nossa legislação não precisa sofrer qualquer alteração. Basta que aqueles envolvidos com a prática arbitral tenham ciência da possibilidade de manifestação de consentimento tácito pelas partes e atentem para as consequências que decorrem desse fato. Nosso poder judiciário já tem dado sinais de que se alinha com esse entendimento. Dessa forma, é necessário apenas que seja estimulada a discussão sobre o assunto para que este possa amadurecer.

# REFERÊNCIAS

1985 - UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>. Acesso em: 27 set. 2012.

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O conceito de terceiro no processo civil, in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 99, p. 849-886, jan./dez. 2004.

_____. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.

ALMEIDA, Edson Oliveira de. Cláusula compromissória inserida em contrato não assinado pelas partes. Validade. Inexistência de exigência legal. Comprovação do consentimento incondicional da parte requerida com o contratado. Prática internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 241-245, jan./mar. 2006.

ALVES, Rafael Francisco. Corte internacional de arbitragem da CCI. Sentença parcial n. 4.131, de 23 de setembro de 1982. Dow Chemical v. Isover Saint Gobain. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 20, p. 197-206, out./dez. 2008.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 116, p. 174-192, 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BAMFORTH, Richard. MAIDMENT, Katerina. “All join in” or not? How well does international arbitration cater for disputes involving multiple parties or related claims? *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, v. 27, n. 1, p. 3-25, 2009.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

_____. Cessão de contrato e autonomia da cláusula arbitral. In: BASSO, Maristela; CARVALHO, Patrícia Luciane de (Org.). *Lições de direito internacional*: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista. Curitiba: Juruá, 2008. p. 17-37.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula arbitral por via oblíqua. In: KLEINHEISTERKAMP, Jan; IDIARTE GONZALO A., Lorenzo (Eds.). *Avances del derecho internacional privado en América Latina*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitária, 2002. p. 617-631.

BARBI, Celso Agrícola, *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Arts. 1º a 153. 13. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2008. v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Unidade ou pluralidade de contratos – contratos conexos, vinculados ou coligados. Litisconsórcio necessário e litisconsórcio facultativo – "comunhão de interesses", "conexão de causas" e "afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 817, p. 753-762, nov. 2003.

BARROS, Vera Cecília Monteiro de. Anulação de sentença arbitral: vinculação de parte não signatária à cláusula compromissória e aplicção do princípio *iura novit curia* à arbitragem. Comentários à sentença 583.00.2010.214068-4 da 8ª vara cível do foro central da comarca de São Paulo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, p. 309-328, jan./mar. 2012.

BATISTA MARTINS, Pedro. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista. Disponível em: <www.batistamartins.com/artigos/arbcapcon.htm>. Acesso em: 08 maio 2011.

_____. A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretenso fator impeditivo para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas. Disponível em: <http://www.tradutoresjuramentados.com/pbm/artigos/arbsubimpdirsocprefatim padoarbsocano.htm>.

_____. Cláusula Compromissória. In: BATISTA MARTINS, Pedro; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BLACK, Henry Campell. *Black´s law dictionary*. 6. ed. St. Paul-Minn: West Publishing, 1990.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. The Agreement to Arbitrate. In: BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BORJA, Ana Gerdau de. Comverse Inc. v. American Telecomunication do Brasil Ltda.: adesão à cláusula compromissória a posteriori. Representação, ônus da prova e lei aplicável – comentários à SEC 3.709-US. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 34, p. 363-384, jul./set. 2012.

BORN, Gary. *International commercial arbitration*: commentary and materials. Deventer: Kluwer Law International, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAIVANO, Roque J. *Arbitraje y grupos de sociedades*: extensión de los efectos de um acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. Arbitration, Lima, n. 1, 2006.

CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 339-386, jul./set. 2003.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 1993.

_____. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: BATISTA MARTINS, Pedro; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 33-46.

_____. Contrato de jointventure. Contratos-satélites que absorvem as previsões constantes do contrato-base. Revogação tácita e revogação expressa de cláusula compromissória. Propositura de demanda perante o poder judiciário brasileiro. Revogação parcial de cláusula compromissória. Manifestação de vontade no sentido de restringir os limites da cláusula compromissória. Autonomia da vontade das partes. Impossibilidade de homologar sentença arbitral estrangeira. Art. 38, II, da Lei de Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 19, p. 147-166, out./dez. 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4, t. 2.

CHILLÓN MEDINA, José María; MERINO MERCHÁN, José F. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1978.

CLAY, Thomas. A extensão da cláusula compromissória às partes não contratantes. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 74-82, out./dez. 2005.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/pesquisa-fgv-cbar>.

_____. Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf>.

_____. Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Execucao_e_Cumprimento_da_Sentenca_Arbitral.pdf>.

COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 15, n. 23, p. 91-107, 1976.

_____. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CONVENÇÃO de arbitragem. Reconhecimento de legitimidade passiva. Caso ICC n. 15372 JRF. VRG Linhas Aéreas vs. MartlinPatterson – laudo parcial e voto divergente de Pedro A. Batista Martins. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 32, p. 421-452, jan./mar. 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. G*arantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral*. Disponível em: <http://www.fiepr.org.br/caiep/uploadAddress/artigo-arbitragem-TUCCI 2006[35546][13121].pdf>. Acesso em: 02 out. 2012.

CUNIBERTI, Gilles. Beyond contract - the case for default arbitration in international commercial disputes. *Fordham International Law Journal*, v. 32, 2008-2009.

DEARMAN, Jeff. Resolving arbitration's non signatory issue: a critical analysis of the application of equitable estoppel in Alabama courts. *Cumberland Law Review*, v. 29, p. 645-677, 1998-1999.

DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. *A guide to the new ICC Rules of Arbitration*. Kluwer Law International, 1998.

DEYÁ, Frederico S. Incorporación de partes no signatárias al arbitrage. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 7, p. 159-171, out./dez. 2005.

DI PIETRO, Domenico. Incorporation of arbitration clauses by reference. *Journal of International Arbitration,* Kluwer Law International, v. 21, n. 5, p. 439-452, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros.* 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil.* 6. ed. São Paulo, Malheiros Ed., 2009. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

DRISKILL, Christopher. A dangerous doctrine: the case against using concerted-misconduct estoppel to compel arbitration. *Alabama Law Review*, v. 60, p. 443-468, 2008-2009.

EISEN, Charles Lee. What arbitration agreement? Compelling non-signatories to arbitrate. *Dispute Resolution Journal American Arbitration Association*, v. 56, p. 40-45, May/July 2001.

ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos coligados. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 42, n. 132, p. 111-128, out./dez. 2003.

FERRARIO, Pietro. The group of companies doctrine in international commercial arbitration: is there any reason for this doctrine to exist? *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 26, n. 5, p. 647-673, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*: análise crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Da constitucionalidade dos artigos 6º, 7º, 41 e 42 da lei de arbitragem (9.307/96) – a questão da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 61-64, jun. 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Maria de. Homologação de sentença arbitral estrangeira – cláusula compromissória cheia – contrato não assinado – desnecessidade de concordância expressa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 6, p. 315-320, jul./set. 2005.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Contratos conexos. Contrato de arrendamento. Seguro-garantia. Cláusula compromissória inserida apenas no contrato principal. Silêncio da apólice. Convenção de arbitragem restrita à relação juridical de arrendamento, não se estendendo ao seguro-garantia. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, 10, p. 226-233, jul./set. 2006.

_____. Os contratos conexos, as garantias e a arbitragem na indústria do petróleo e do gás natural. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 29, p. 165-180, abr./jun. 2011.

FURTADO, Paulo. *Juízo arbitral*. 2. ed. Salvador: Nova Alvorada Edições, 1995.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer Law International, 1999.

GALÍNDEZ, Valéria. Contestação a pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira. Improcedência. Aplicação imediata da Lei de Arbitragem, inclusive a cláusulas compromissórias firmadas antes da sua entrada em vigor. Desnecessidade de aceitação específica da cláusula compromissória em caso de cessão de contrato. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 16, p. 225-239, jan./mar. 2008.

_____. Sentença arbitral estrangeira. Inexistência de convenção de arbitragem. Incompetência do juízo prolator da sentença. Ofensa à ordem pública nacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 18, p. 359-376.

GIRSBERGER, Daniel; HAUSMANINGER, Christian. Assignment of rights and agreement to arbitrate. *Arbitration International*, Kluwer Law International, v. 8, n. 2, p. 121-166, 1992.

GIUSTI, Gilberto. A arbitragem e as partes na arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 120 – 133, abr./jun. 2006.

_____; MARQUES, Ricardo Dalmaso. As partes na arbitragem internacional: direito brasileiro, UNIDROIT e CISG - "Extensão" dos efeitos da cláusula compromissória. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (Coords.). Arbitragem Internacional: UNIDROIT , CISG e direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 247-264.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria del consensualismo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 12, p. 74-89, out./dez. 2006.

GREENBERG, Simon; FERRIS, José Ricardo; ALBANESI, Christian. Consolidação, integração, pedidos cruzados (cross claims), arbitragem multiparte e multicontratual. A recente experiência na Câmara de Comércio Internacional (CCI). *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 28, p. 85-108, 2011.

HANOTIAU, Bernard. Arbitration and bank guarantees. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 16, n. 2, p. 15-24, 1999.

_____. *Complex arbitration*: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

_____. Complex–multicontract - multiparty–arbitrations. *Arbitration International*, Kluwer Law International, v. 14, n. 4, p. 369-394, 1998.

_____. Non-signatories in International Arbitration: lessons from Thirty Years of Case Law. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *International Arbitration 2006*: back to Basics? Kluwer Law International, 2007. p. 341-358. (ICCA Congress Series, v. 13).

_____. Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues. *Journal of International Arbitration,* Kluwer Law International, v. 18, n. 3, p. 251-360, 2001.

HOSKING, James M. Non-signatories and international arbitration in the United States: the quest for consent. *Arbitration International*, Kluwer Law International, v. 20, n. 3, p. 289-303, 2004.

_____. The third party non-signatory's ability to compel international comercial arbitration: doing justice without destroying consent. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, v. 4, p. 469-587, 2003-2004.

HUCK, Hermes Marcelo. *O terceiro no processo arbitral*. Disponível em: <http://www.direitoaoponto.com.br/dap/artigos/artigos.aspx?id=122>. Acesso em: 02 out. 2012.

HUI, Alexandra Anne. Equitable estoppel and the compulsion of arbitration. *Vanderbilt Law Review*, v. 60, p. 711-744, 2007.

JABARDO, Cristina Saiz. *Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional*: o caso dos grupos societários. 2009. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

JARVIN, Sigvard; DERAINS, Yves. *Collection of ICC arbitral awards*: 1974-1985 = Recueil des sentences arbitrales de la CCI. Deventer: Kluwer Law, 1990.

_____; _____; ARNALDES, Jean-Jacques. *Collection of ICC arbitral awards*: 1986-1990 = Recueil des sentences arbitrales de la CCI. Deventer: Kluwer Law, 1994.

JURISPRUDÊNCIA. Pedido de Instituição de Arbitragem. Grupo de empresas. Dissolução de sociedade comercial. Legitimidade ad causam. Cláusula compromissória arbitral. Nomeação de árbitros. Idioma. Pedido procedente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, p. 234-239, jan./abr. 2004.

KOCH, Christopher. Judicial activism and the limits of institutional arbitration in multiparty disputes. In: Matthias Scherer (Ed.). *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, v. 28, n. 2, p. 380-391, 2010.

LAMM, Carolyn B.; AQUA, Jocelyn A. Defining the party – who is a proper party in an international arbitration before the American Arbitration Association and other international institutions. *George Washington International Law Review*, v. 34, p. 711-741, 2002-2003.

LAUGIER, Thierry. Multiparti arbitration and national laws. *International Business Law Journal*, n. 8, p. 985-997, 1989.

LEBOULANGER, Philippe. Multi-contract arbitration. *Journal of International Arbitration,* Kluwer Law International, v. 13, n. 4, p. 43-99, 1996.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes*. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri32.pdf>. Acesso em: 01 out. 2012.

_____. *A interpretação extensiva da cláusula arbitral*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2373>. Acesso em: 02 out. 2012.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 832, p. 100-111, fev. 2005.

LIMA, Flávio Pereira; MIRANDA, Daniel Calhman. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito brasileiro. In: MATTOS FILHO; VEIGA FILHO; MARREY JR.; QUIROGA (Coords.). *Arbitragem no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Impressão Régia, 2010. p. 13-25.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoria sistêmica del contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. 51-77, jan./mar. 2000.

_____. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 28, p. 22-58, out./dez. 1998.

MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades.* 2011. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Contratos coligados e qualificação contratual em algumas decisões recentes do STJ. *Revista do IASP*, São Paulo, n. 19, p. 142-152, jan./jun. 2007.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 213-249, abr./jun. 2006.

MAZZONETTO, Nathália. Uma análise comparativa da intervenção de terceiros na arbitragem sob a ótica dos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 14, p. 44-59, abr./jun. 2007.

MAZZONETTO, Nathália. *Partes e terceiros na arbitragem.* 2012. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MCKNNIS, Scott M. Enforcing arbitration with a non signatory: equitable estoppel and defensive piercing of the corporate veil. *Journal of Dispute Resolution*, p. 197-211, 1995.

MIRANDA, Isabel Alves de Melo. Cláusulas compromissórias conflitantes inseridas em contratos relacionados – comentários ao AgIn 0002546-67.2010.805.0000-0 do TJBA. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 29, p. 285-309, 2011.

MORI, Celso Cintra. A boa-fé no direito civil. *Revista do Advogado,* São Paulo, n. 116, p. 53-59, 2012.

MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos de sociedades. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional*: 12 anos da Lei 9.307 de 1996. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 149-180.

_____. Desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 25-47, abr./jun. 2004.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. PRADO, Maria da Graça Almeida. Agreement in writing e requisitos formais da cláusula de arbitragem: nova realidade, velhos paradigmas. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 26, p. 59-75, jul./set. 2010.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 3.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. 2009. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Contratos eficazes perante terceiros. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 116, 2012, p. 119-131.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: Contratos. Declaração unilateral de vontade. Responsabilidade civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3.

PINTO, José Emilio Nunes. A arbitragem e a convenção arbitral da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 434, 14 set. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5689>. Acesso em: 28 set. 2012.

_____. Arbitragem e desenvolvimento econômico. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 66-73, jan./mar. 2009.

PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 4, p. 34-47, 2004.

_____. Convenção arbitral: justiça deve reconhecer convenção arbitral em casos de sucessão. *Consultor Jurídico*, 03 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-jul-03/justica_reconhecer_arbitragem_casos_sucessao<. Acesso em: 28 ago. 2012.

_____. Homologação de sentença estrangeira. Descabimento. Ausência de manifestação expressa da parte requerida para eleição do juízo arbitral. Ofensa a princípio de ordem pública. Inexistência de omissão e contradição. Correção de erro material. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 193-210, abr./jun. 2007.

_____. Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem e de meios extrajudiciais de solução de controvérsias. In: BATISTA MARTINS, Pedro; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 303-325.

PITOMBO, Eleonora C. Os efeitos da convenção de arbitragem – adoção do princípio kompetenz-kompetenz no Brasil. In: BATISTA MARTINS, Pedro; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 326-338.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 3.

POUSADA, Estevan Lo Ré. Aspectos nebulosos do contrato de mandato: uma cortina de fumaça a ser dissipada. *Revista do Advogado,* São Paulo, n. 116, p. 77-87, 2012.

PRADO, Viviane Muller; TRONCOSO, Maria Clara. Análise do fenômeno dos grupos de empresas na jurisprudência do STJ. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 97-120, abr./jun. 2008.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

REDFERN, Alan. The jurisdiction of an international commercial arbitrator. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 3, p. 19-34, 1986.

RICCI, Edoardo Flavio. Presente e futuro da cláusula compromissória. In *Lei de arbitragem brasileira*: oito anos de reflexão: questões polêmicas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 96-125.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROBERTS, Holly M. Grigson v. Creative artistis agency: signatories "can't have it both ways" – non signatories to a contract agreement now have standing to compel arbitration. *Loyola Law Review*, v. 47, p.963-979, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

ROOS, Cristián Conejero. Multi-party arbitration and rule making: same issues, contrasting approaches. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *International council for commercial arbitration congress series n. 14 – 50 years of the New York Convention*. The Hague: Kluwer Law International, 2009. p. 411-433.

ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. *Os terceiros em relação à convenção de arbitragem:* tentativa de sistematização sob a perspectiva do direito privado brasileiro. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 46, n. 145, p. 85-106, jan./mar. 2007.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica à arbitragem. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional*: 12 anos da Lei 9.307 de 1996. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 129-148.

SANDROCK, Otto. Arbitration agreements and groups of companies. *The international lawyer*, v. 27, p. 941-961, 1993.

SAWRIE, David F. Equitable estoppel and the outer boundaries of Federal Arbitration Law: the Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration. *Vanderbilt Law Review*, v. 51, p. 721-758, 1998.

SCHERER, Matthias. Bank and parent company guarantees in international arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 22, p. 147-155, jul./set. 2009.

SCHLÖSSER, Karin A. Arbitration clauses in maritime contracts and their binding effect on group of companies. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 11, n. 4, p. 127-134, 1994.

SCHWARTZ, Eric A. Multi-party arbitration and the ICC – in the wake of Dutco. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 5, n. 2, p. 5-19, 1993.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STEINER, Renata Carlos. Arbitragem e autonomia da cláusula compromissória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 31, p. 131-151, 2012.

STUCKI, Blaise, WITTMER, Schellenberg. *Extension of arbitration agreements to non-signatories*. ASA Below 40, Conference of September 29, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 maio 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 08 maio 2011.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil.* 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 903, p. 9-25, jan. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 357-386, out./dez. 2001.

TIBURCIO, Carmem. O princípio da kompetenz-kompetenz revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (Bundesgerichtshof). In: BATISTA MARTINS, Pedro; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 425-435.

TOWNSEND, John M. Non-signatories in international arbitration: an american perspective. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *International Arbitration 2006*: back to Basics? Kluwer Law International, 2007. p. 359-365. (ICCA Congress Series, v. 13)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível em: <www.tjprrs.jus.br>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo. Disponível em: <www.tjsp.gov.br>. Acesso em: 14 jun. 2011.

UNCITRAL. Convention on the Recoginition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Disponível em <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html>.

_____. General Assembly resolution 61/33 (2006). Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/a61-33-e.pdf>.

_____. *Settlement of commercial disputes* - Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V00/505/77/PDF/V0050577.pdf?OpenElement>. Acesso em: 17 Nov. 2012.

VAN HOUTTE, Vera. Consent to arbitration through agreement to printed contracts: the continental experience. *Arbitration International*, Kluwer Law International, v. 16, n. 1, p. 1-18, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* contratos em espécie. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003.

VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem e seguros: transmissão da cláusula compromissória à seguradora em caso de sub-rogação. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 11, p. 53, jul./set. 2006.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Doze anos da lei de arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional*: 12 anos da Lei 9.307 de 1996. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 15-32.

VOSER, Nathalie. Multi-party disputes and joinder of third parties. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *International council for commercial arbitration congress series n. 14 – 50 years of the New York Convention*. The Hague: Kluwer Law International, 2009. p. 343-409.

VOSER, Nathalie; RIHAR, Petra. Effect on arbitration agreement of piercing the corporate veil. Published on 02-Oct-2009. Disponível em: <http://arbitration.practicallaw.com/0-500-3395>.

WALD, Arnoldo. A arbitragem e os contratos empresariais complexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.2, n. 7, p. 11-20, out./dez. 2005.

WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 31-59, maio/ago. 2004.

_____. A teoria dos grupos de sociedades e a competência do juízo arbitral. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 101, p. 21-26, jan./mar. 1996.

_____; GALINDEZ, Valeria. Homologação de sentença arbitral estrangeira. Contrato não assinado. Desnecessidade de concordância expressa com a cláusula compromissória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 6, p. 238-245, jul./set. 2005.

_____; _____. Jurisprudência comentada. Caso Trelleborg. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 10, p. 243-247, jul./set. 2006.

WEBSTER, Noah. Webster's new twentieth century dictionary of the English language unabridged. 2. ed. New York: Prentice Hall Press, 1983.

WEISZFLOG, Walter (Ed.). Michaelis: moderno dicionário inglês-português, português-inglês. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000.

WERNER, Jacques. Jurisdiction of arbitrators in case of assignment of na arbitration clause: on a recent decision by the Swiss Supreme Court. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 8, n. 2, p. 13-17, 1991.

WHITESELL, Anne Marie. Non-signatories in ICC Arbitration. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics?* 2006. Kluwer Law International, 2007, p. 366-374. (ICCA Congress Series, v. 13).

YOUSSEF, Karim. The present – commercial arbitration as a transnational system of justice: universal arbitration between freedom and constraint: the challenges of jurisdiction in multiparty, multi-contract arbitration. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.), *Arbitration: The Next Fifty Years*, ICCA, Kluwer Law International, 2012, p. 103-132. (Congress Series, v. 16).

_____. The right or obligation to arbitrate of non-signatories in groups of companies: the limits of consent. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 25, p. 224-236, abr./jun. 2010.

ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Cláusulas arbitrais: transferência e vinculação de terceiros à arbitragem. In: MACHADO, Eduardo Jobim; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil*: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008.