



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

INGRID DE ARAÚJO RODRIGUES

**A INTERVENÇÃO DE TERCEIRO NA ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO
DIREITO EMPRESARIAL**

Salvador
2016

INGRID DE ARAÚJO RODRIGUES

**A INTERVENÇÃO DE TERCEIRO NA ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO
DIREITO EMPRESARIAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. João Glicério de Oliveira Filho

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

INGRID DE ARAÚJO RODRIGUES

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo da minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer.

A esta instituição, seu corpo docente, direção e administração pelo ambiente e oportunidade de fazer o curso.

Ao meu orientador, pela paciência e empenho dedicado à elaboração deste trabalho.

Aos meus pais, que possibilitaram tudo, através do amor, incentivo e apoio incondicional.

A minha irmã e amiga, companheira inseparável, que sempre esteve presente em minha vida com a sua amizade e amor.

Ao meu namorado, pelo carinho, atenção, apoio e participação, que nos momentos de minha ausência, soube compreender.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

“Suba o primeiro degrau com fé. Não é necessário que você veja toda a escada.
Apenas dê o primeiro passo.”

Martin Luther King

RESUMO

O presente trabalho norteia a respeito da arbitragem no Brasil em tempos atuais, sob o prisma da Lei nº 9.307/1996. Inicialmente, aborda acerca das distintas formas de resolução de contendas, diferenciando o poder do árbitro com o poder do juiz Estatal. Em seguida, discute os argumentos utilizados na arguição de inconstitucionalidade da referida lei, trazendo à baila o debate sobre a natureza jurídica contratual ou jurisdicional do instituto, sendo imprescindível a análise dos princípios norteadores da arbitragem para entender tal divergência. Em momento posterior, insere esse meio alternativo extrajudicial de solução de conflitos, no âmbito do Direito Empresarial, visando examinar além das vantagens, os seus efeitos, haja vista a melhor adequação do instituto para resolver os problemas oriundos de contratos societários. Em seguida, busca-se incentivar o estudo sobre o tema da abrangência subjetiva da cláusula compromissória, expondo por quais meios uma parte não signatária pode vincular-se à convenção de arbitragem, especialmente no que tange à cláusula compromissória, com destaque para a sua extensão, trazendo o objetivo deste estudo, que consiste em traçar em quais hipóteses um terceiro (em sentido processual) poderá intervir, de maneira voluntária ou provocada em um processo arbitral. Depois, haverá a exposição de breves considerações sobre a transmissão e os seus efeitos para o cessionário. Comenta, ainda, sobre quais caminhos seguir diante da hipótese de um acionista se opor à via arbitral durante a deliberação da mesma. Por fim, será ratificada a importância do tema da extensão da cláusula compromissória, avaliando a polêmica existente no que concerne às partes não signatárias do contrato no momento da instituição da cláusula, buscando solucionar as questões acerca previsão da forma escrita, como um obstáculo à extensão, assim como a manifestação expressa da vontade configurando um limite à sua vinculação.

Palavras-chaves: Arbitragem; Direito Empresarial; Cláusula Compromissória; Intervenção de Terceiros.

SÚMARIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A ARBITRAGEM NO BRASIL: NOÇÕES GERAIS	11
2.1 SOBRE A LEI Nº 9.307/1996	15
2.2 NATUREZA JURÍDICA	18
2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES	22
3 A ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO	24
3.1 UMA BREVE ANÁLISE DA CONVENÇÃO ARBITRAL	28
3.2 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	31
3.3 A ARBITRAGEM E O DIREITO EMPRESARIAL	33
4 A ABRANGÊNCIA SUBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	37
4.1 A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS	39
4.1.1 Sobre a intervenção provocada	44
4.1.2 Sobre a intervenção voluntária	46
4.2 TRANSMISSÃO	49
4.3 OS ACIONISTAS CONTRÁRIOS NA DELIBERAÇÃO	51
4.4 A EXTENSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	54
4.4.1 Forma escrita: um obstáculo à extensão?	56
4.4.2 Sobre a manifestação de vontade	58
5 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo deste trabalho monográfico é promover um debate acerca da extensão da cláusula compromissória aos acionistas não signatários do contrato, relacionando com hipóteses de intervenção de terceiros na via arbitral, observando os princípios que professam nas relações jurídicas contratuais, bem como a arbitragem.

É cediço que a promulgação da Lei de Arbitragem, em 1996 e a ratificação da Convenção de Nova Iorque, em 2002, permitiram que a arbitragem se solidificasse no Brasil, de modo que, com o desenvolvimento desse método de resolução de conflitos, impulsionado pelo avanço da economia e dos contratos de maior complexidade, houvesse a abrangência subjetiva da cláusula compromissória.

A despeito da rápida evolução da arbitragem no Brasil, por se tratar de instituto jurídico de natureza contratual, mas cujos efeitos se produzem na esfera processual, a cláusula compromissória será o tema a ser explorado nesse estudo.

O segundo capítulo se dedica a trazer as noções gerais da arbitragem, analisando os métodos de solução de litígios, quais sejam: autotutela, autocomposição e a heterocomposição. Isso para que se possa compreender o contexto em que a arbitragem está inserida.

Assim, partir-se-á para uma discussão acerca da arguição de inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem, passando à análise da dicotomia entre o que explana a Constituição Federal, ao trazer o princípio norteador da inafastabilidade do Poder Judiciário, e o que explana a convenção arbitral, ao produzir o efeito negativo, isto é, o de subtração do conhecimento na esfera Estatal.

É nesse contexto, que surge divergências no que tange à natureza jurídica da arbitragem, pois de um lado defende-se a natureza contratual, e, do outro, entende-se a natureza jurisdicional no referido método.

No terceiro capítulo, há uma análise a respeito das vantagens da arbitragem como meio alternativo extrajudicial de solução de conflitos. Nesse sentido, será analisada a celeridade do instituto, bem como a flexibilidade do mesmo, relacionando-o, obviamente, com a jurisdição estatal.

Será estudada a convenção arbitral, como gênero, tecendo breves comentários sobre a distinção do compromisso arbitral e da cláusula compromissória, sendo esta o cerne deste trabalho monográfico.

Neste contexto a cláusula compromissória vai ser abordada, no que tange algumas de suas características próprias mais relevantes para esta dissertação, quais sejam: a sua autonomia, o seu consensualismo e a sua vinculação.

Ultrapassados tais pontos narrados, será verificada a relação da arbitragem com o Direito Empresarial, explicando melhor sobre o panorama brasileiro das sociedades e o constante uso da arbitragem como método heterocompositivo, devido as suas vantagens.

Ciente do risco de, em espaço reduzido, tentar abordar de forma ampla o intrincado tema da abrangência da cláusula compromissória, o quarto capítulo objetivou tão somente compilar as principais questões polêmicas sob o prisma dos acionistas não signatários, ou ainda, referentes aos acionistas que foram contrários à via arbitral na deliberação que a instituiu.

Conforme será exposto, a fonte da arbitragem está na convenção de arbitragem instituída entre as partes interessadas. Contudo, veremos que o litígio existente entre duas partes poderá atingir tanto a esfera de um terceiro, quanto provocar a extensão da cláusula compromissória.

Indaga-se, em passo seguinte, como ocorrerá a intervenção de terceiros na arbitragem, uma vez que estes não são signatários da convenção arbitral. Ainda, questiona-se se o árbitro terá poderes coercitivos para impor a participação de um terceiro, bem como se o árbitro poderá extinguir um processo, sem resolução do mérito, caso entenda imprescindível a presença do terceiro.

Será feita uma análise dos participantes da convenção de arbitragem, quais sejam, as partes originárias (os signatários), bem como os não signatários, explanando casos da possível extensão a eles. Assim, serão trazidas à baila, situações em que um sujeito inicialmente estranho ao contrato, pode sujeitar-se à cláusula compromissória.

Nesse contexto, esse trabalho irá partir-se de um estudo da convenção de arbitragem, trazendo a dicotomia entre as expectativas contratuais das partes e os

efeitos da tutela dos direitos de terceiros, bem como da extensão da cláusula compromissória.

O que se discutirá é a extensão da convenção arbitral a terceiros que a ela não aderiram, mas que podem ser atingidos pela existência de um processo arbitral, desenterrando aqui, a discussão sobre a natureza jurisdicional do instituto.

Vale dizer que a arbitragem é jurisdição que tem origem e é limitada por um contrato, pois a regra geral restringe a arbitragem às partes abrangidas pela convenção arbitral.

Será verificada, precisamente, se a exigência da forma escrita da convenção arbitral, configura como obstáculo à extensão da cláusula compromissória que não foi celebrada por partes do contrato, em razão destas serem signatárias supervenientes à inserção de tal cláusula.

Assim, a prática arbitral tem demonstrado que essa questão se apresenta com muita frequência, e, no intuito de entender o comportamento que as partes não signatárias deverão apresentar, bem como as divergências acerca da previsão da manifestação expressa da vontade das partes, é que este trabalho irá examinar.

Neste passo, é de se indagar como a própria arbitragem irá proceder, para resolver tais controvérsias no âmbito de seu próprio instituto, desfiando essa linha de raciocínio contra o pano de fundo do direito brasileiro.

Busca-se encontrar a solução conferida a este problema, para aqueles que se deparam com ele no caso concreto, chegando a uma resposta ao final deste estudo, no que tange à vinculação das partes não signatárias da cláusula compromissória no momento em que a mesma foi inserida.

Por fim, com base nos conhecimentos adquiridos ao longo deste trabalho, procura-se analisar se a frequência com que a questão da extensão da cláusula compromissória se apresenta na prática, nos leva a questionar se não seria necessária uma mudança na legislação, com a finalidade de tirar as dúvidas que pairam no que concerne à vinculação, pacificando o tema.

Ou seja, propósito deste estudo será o de trazer com maior clareza os temas ligados à abrangência subjetiva da cláusula compromissória, evidenciando para tanto, a extensão da cláusula e a intervenção de terceiros na arbitragem.

2 A ARBITRAGEM NO BRASIL: NOÇÕES GERAIS

É cediço que o nosso sistema judiciário, enfrenta uma crise que decorre, principalmente, da morosidade com que tramitam os processos, independente de seus elevados custos. Com efeito, muito embora, o maior número de processos envolva o próprio Poder Público, tal impacto deste congestionamento é sentido por toda sociedade¹

Há quem afirme que existe um grande número de juízes, entretanto, esse grande número de juízes está vinculado a milhões de processos para serem resolvidos. Então, faz todo sentido que haja essa morosidade no Judiciário brasileiro.²

Neste ambiente, volta-se a atenção aos meios alternativos de solução controvérsias, cujo maior foco deste trabalho será para a arbitragem, que é um dos mecanismos de resolução de conflitos mais antigos da humanidade.

A arbitragem configura-se como um meio adequado para resolver litígios civis, atuais ou futuros, que abordem sobre direitos patrimoniais disponíveis, mediante a atuação de um árbitro ou árbitros privados, selecionados livremente pelas partes, cujas decisões irão produzir os mesmos efeitos jurídicos que as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário.³

Assim, diante da morosidade do aparelhamento do Judiciário, bem como diante do sucesso da arbitragem internacional, esta técnica de solução de conflitos passou a ser atraente para as grandes questões jurídicas de natureza privada, em razão da globalização da economia nas relações comerciais, tornando-se mais manifesta a necessidade da arbitragem como meio para solucionar conflitos, pois consiste na nomeação de um terceiro para solucioná-los. No entanto, para muitos, representa um dos efeitos da sociedade contemporânea e a sua *cultura do litígio*, uma vez que, em verdade, reflete que as pessoas, de um modo geral, acomodaram-se na entrega

¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 23

² SOUZA, Bruno Moitinho de Andrade de; et al. **O Direito Processual Em Transformação**. Salvador: Editora Dois de Julho, 2016, p. 108.

³ SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3. ed., rev., atual, e ampl. – Rio de Janeiro: Editora GD, 2010, p. 43.

de seus litígios para serem resolvidos por um terceiro, haja vista que perderam a capacidade de superar as suas adversidades.⁴

Nesse contexto, resta evidente que o conflito é inevitável, no entanto a solução de conflitos que melhor serve para os interesses das partes não é, isto é, as partes divergentes podem recorrer aos meios alternativos para solucioná-los.⁵

Ao traçar a evolução histórica dos meios de composição dos litígios, as pessoas detêm três meios distintos para a resolução de suas controvérsias, quais sejam, a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

A autotutela ou autodefesa configura-se como uma alternativa primitiva, e foi superada há anos quando o Estado idealizou o monopólio da jurisdição, impedindo assim, que as próprias partes fizessem uso de suas razões, pois a definição da questão litigiosa era representada pela imposição da vontade do mais forte, o que, no atual ordenamento brasileiro, é tipificado como crime.⁶

Os principais meios autocompositivos de solução de conflito são a negociação, a conciliação e a mediação. Neles, embora um terceiro possa participar como facilitador da comunicação, o resultado final, seja a aceitação ou recusa à composição, depende exclusivamente da vontade das partes envolvidas.

No que tange às formas heterocompositivas de solução de conflito, elas são representadas pelos processos judiciais e os procedimentos realizados na arbitragem, que historicamente teria surgido antes mesmo da jurisdição estatal, já que tinha como grande vantagem a independência com relação à força e autoridade do Estado, pois as partes envolvidas no litígio dirigiam-se voluntariamente a um terceiro, dotado de neutralidade, que normalmente era um membro da própria comunidade que lhes inspirasse confiança pela idade, experiência, sabedoria e conduta, para que este buscasse a solução do conflito.⁷

Sendo assim, neste instituto, a vontade pela força (autotutela), e o entendimento (autocomposição), são deixados de lado, e a solução do conflito será entregue a um

⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 24.

⁵ ARROW, Kenneth J; et al. **Negociação**: barreiras para resolução de conflitos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25.

⁶ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2013, p. 37.

⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, vol. 58, p. 33-40, 1990, p. 1.

terceiro por provocação do interessado, para que haja a harmonização das divergências contidas nas relações sociais intersubjetivas (heterocomposição).

A arbitragem será eleita consensualmente, bem como as regras a ela pertinentes, e, enquanto instrumento da heterocomposição, caracteriza-se, assim, ainda como um método adversarial, no sentido de que uma parte se contrapõe à outra, outorgando-se autoridade ao árbitro para solucionar a questão, de tal sorte que a sua decisão será imposta às partes, como uma sentença judicial não proferida por integrante do Poder Judiciário.⁸

Registre-se que, o árbitro participa da atividade heterocompositiva de forma ocasional e temporária, cuja nomeação do árbitro é concreta, casual e não permanente, pois este é designado para julgar um determinado caso específico.⁹

O juiz, em regra, exerce a atividade judicante a nível profissional, onde aplica o direito de um Estado, contribuindo, para a criação do direito, e ao mesmo tempo, buscando fazer justiça. O árbitro, por sua vez, ainda que não esteja totalmente vinculado às disposições contratuais, o direito aplicável ao contrato a ele se impõe, sendo assim ele tem o dever de cumprir a missão que lhe foi conferida pelas partes, a partir de dados definidos por estas, ou seja, as disposições contratuais e o conteúdo do direito que rege os contratos.¹⁰

Neste contexto, mesmo que contrarie a vontade ou pretensão das partes, a solução encontrada pelo terceiro será obrigatória a estas. Lembrando que, no compromisso arbitral, além de nomear o terceiro de sua confiança que dirimirá o conflito de interesses – aceitando previamente o seu poder compositivo, conformando-se com a decisão, seja ela qual for –, as partes também irão fixar a matéria a respeito da qual incidirá a atividade do julgador, logo, a competência do árbitro advém de ato das partes interessadas.¹¹

⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 38.

⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, vol. 58, p. 33-40, 1990, p. 3.

¹⁰ JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 32.

¹¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1990, p. 1.

A arbitragem é, pois, um dos mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsia, também apresentada como “justiça privada”, sendo uma alternativa na busca de tutela jurisdicional. Insta salientar que, quando se usa a palavra “alternativa”, não há aí qualquer intenção de tratá-la como um método menos importante, diminuindo a arbitragem em relação ao Poder Judiciário, relegando a jurisdição estatal para qualquer outro patamar diferente daquele que ela já ocupa.¹² Nestes termos, José Eduardo Alvim ensina:

Em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os com a força da sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, segundo determinado procedimento e observado um mínimo de regras legais, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial.¹³

Dessa maneira, a oferta de alternativas para a resolução litígios está incluída no objetivo maior de garantir o acesso à Justiça, o que nunca foi exclusividade do Poder Judiciário, mas sim finalidade do Estado. Portanto, ao referir a arbitragem como um meio “alternativo”, tem-se como parâmetro a jurisdição estatal, mas não como substituto de um sistema jurídico capaz de desvencilhar-se do ordenamento, pois a arbitragem é uma alternativa à justiça estatal, que segue as regras jurídicas para o julgamento, aplicando, para tanto, o direito material e processual, além dos princípios gerais e Constituição Federal.¹⁴

No Brasil, a arbitragem floresceu na prática e se colocou ao lado do processo estatal como um meio adequado ou mais adequado de solução das controvérsias, prova disso é que nos dias atuais, ninguém duvida da legitimidade da arbitragem e da possibilidade de a atividade jurisdicional ser desempenhada por particulares no âmbito da jurisdição (privada).¹⁵

Como conseqüência da consolidação deste instituto, os nossos Tribunais, inclusive o STJ, em diversas oportunidades, conferem eficácia às sentenças arbitrais e respeito às convenções firmadas, prestigiando a utilização deste instrumento para solução de contendas.¹⁶

¹² CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

¹³ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 22.

¹⁴ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2013, p. 85.

¹⁵ BONATO, Giovanni. **Panorama da arbitragem na França e na Itália Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro**. 2014, p. 13.

¹⁶ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2013, p. 27.

Até o advento da Lei de Arbitragem nº 9.307/1996, o legislador brasileiro empregava obstáculos diante da ausência de uma disciplina normativa sobre a cláusula compromissória, então a jurisprudência brasileira acabou por desprestigiá-la, excluindo a execução específica dessa convenção, bem como previa que a homologação da sentença arbitral era obrigatória para que esta produzisse os mesmos efeitos da sentença estatal.¹⁷

Na mesma direção de desestímulo à arbitragem, como veremos adiante, alguns doutrinadores descartaram a natureza jurisdicional da arbitragem, ao responder afirmativamente à questão de que há uma distinção nítida entre a arbitragem e a jurisdição, defendendo que a arbitragem não pode ser considerada atividade jurisdicional, pois o árbitro não atua a lei e nem a torna efetiva pela coerção. Ao passo que, a jurisdição consiste na atividade e no poder do Estado de aplicar as normas do ordenamento jurídico, inclusive coercitivamente, em relação ao caso concreto.¹⁸

2.1 SOBRE A LEI Nº 9.307/1996

No que tange ao direito brasileiro, é cediço que a arbitragem começou a evoluir e a se desenvolver somente após a edição da Lei 9.307, de 23/06/1996, a qual sistematizou a arbitragem no Brasil – ao transitar entre o direito material e o direito processual relativos ao instituto¹⁹ –, normatizou a cláusula compromissória e eliminou a necessidade da homologação da sentença arbitral proferida no Brasil.²⁰

Entretanto, houve a argüição a inconstitucionalidade da referida lei, baseando-se na garantia constitucional fundamental do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, com fulcro no art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988, tendo em vista que alguns interpretaram que este artigo proibia a arbitragem.

¹⁷ BONATO, Giovanni. **Panorama da arbitragem na França e na Itália Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro**. 2014, p. 7.

¹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, vol. 58, p. 33-40, 1990, p. 1.

¹⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 88.

²⁰ BONATO, Giovanni. *Op. cit.*, 2014, p. 12.

Há que se levar em conta, que esse princípio assegurado pela Constituição Federal, além de configurar-se como direito subjetivo de ter acesso ao Poder Judiciário, também é direito disponível, visto que, ninguém é obrigado a demandar em juízo para resolver disputas e divergências.²¹

Ademais, a inércia jurisdicional determina que o indivíduo tem o direito de escolher se exerce ou não o direito de ação, para então ver reconhecido ou atuado seu direito material, tendo como base a autonomia privada.²²

As pessoas, querendo, podem exercer seu direito, dele declinar ou se omitir. Tanto é assim que alguém pode não reagir, – por razões econômicas, psicológicas, morais, etc. –, diante de uma lesão a direito seu, como pode, também, desistir de uma ação em curso ou comprometer-se a não litigar, como ocorre no caso da transação, em que as partes podem decidir que um terceiro resolverá a questão, submetendo-se à arbitragem, abdicando do recurso ao Judiciário.²³

Portanto, mandamento constitucional do art. 5º, inciso XXXV, dirige-se ao Estado, já que este não pode criar norma proibitiva do acesso das pessoas ao Judiciário.

Neste contexto, o Supremo decidiu, em extenso e substancioso acórdão, por maioria de votos, que a opção voluntária das partes ao procedimento arbitral não ofende tal princípio.²⁴ Os fundamentos do acórdão foram: o consensualismo e a autonomia privada, já que quem escolhe a arbitragem manifesta a sua vontade e faz com base nesse consenso.

Em resumo, entendeu-se que não pode considerar contrária à Constituição lei que possibilita às partes renunciar do direito de ação perante o Estado, por meio de cláusula compromissória, pois o Supremo ponderou que vivemos em um momento de difusão global dos meios ditos como alternativos de disputas. Sendo assim, se tratando de direitos disponíveis, além de ser lícito e constitucional, seria recomendável aos interessados, em especial diante do acúmulo de processos e

²¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 100.

²² ARRUDA, Alvim. **Novo Contencioso Cível no CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

²³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Op. cit.*, p. 101.

²⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 91.

formalismo excessivo, que as partes abrissem mão do direito de ação e buscassem a solução do conflito por meio da arbitragem.²⁵

É interessante afirmar que, por outro lado, não se exclui do Poder Judiciário o exame caso seja verificada a violação ao direito a direito das partes, pois se a convenção arbitral, ou mesmo a sentença proferida na arbitragem, contiver vícios indicados na Lei, caberá ação própria de invalidação, ou mesmo em defesa da execução.

Porém, na situação em que houver a mera irrisignação do vencido em participar do procedimento arbitral – instaurado e desenvolvido de acordo com os requisitos legais –, não será causa para se vulnerar a decisão, cujos efeitos são os mesmos de uma sentença judicial, pois as partes escolheram consensualmente o método extrajudicial de solução do conflito, e a ele, devem se submeter.²⁶

Isto porque, a inafastabilidade do exercício da jurisdição dá ao autor o direito público subjetivo de ação; um direito a ser exercido perante o Estado, e corresponde a uma obrigação do Estado de prestar tutela jurisdicional. Pode-se, então, assegurar que não haverá situação jurídica não judicializável.²⁷

Isto porque, a lei mantém íntegro aos interessados o acesso à jurisdição estatal, não impondo a utilização da arbitragem, porém, nas questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, permite que seja eleito o palco arbitral para a solução de conflito (potencial latente ou já manifestado), como expressão da vontade e liberdade de contratar dos litigantes.²⁸

Ultrapassados os pontos narrados, sobrevivendo à suspeita de inconstitucionalidade, ao conferir à jurisdição arbitral a sua independência, foi a principal inovação da Lei 9.307/1996, com relação ao regramento anterior, passando haver a dispensa da homologação pelo Poder Judiciário da sentença arbitral (exigida à época pelo art. 1.045 do Código Civil de 1916²⁹).³⁰

²⁵ CHAVES, Isadora Costa. **Da Cláusula Compromissória nos contratos brasileiros**. 2010. (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Faculdade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 60.

²⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 91.

²⁷ ARRUDA, Alvim. **Novo Contencioso Cível no CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 51.

²⁸ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2013, *loc. cit.*

²⁹ Art. 1.045, do Código Civil de 1916: “A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como árbitro nomeado pelas partes.”

³⁰ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2013, p. 88.

Não se trata da exoneração do poder estatal para dar solução a conflitos ou da inobservância ao princípio da inafastabilidade da análise jurisdicional; o pode-dever do Estado remanesce, possibilitando-se às partes utilizar da arbitragem para os litígios patrimoniais que envolvam direitos disponíveis.³¹

Sendo assim injustificado o entendimento que a arbitragem representaria a substituição da jurisdição estatal por uma justiça privada, pois ela se restringe a direitos patrimoniais disponíveis, concentrando-se na área de direitos comerciais e civis, e, ainda, sujeitando-se ao controle do judiciário, nas situações que demandam tal intervenção.³²

Daí porque, definitivamente a Lei de Arbitragem prestigia a liberdade das partes ao romper com o monopólio do Estado para dirimir controvérsias, ao admitir “jurisdição privada com total independência e eficácia”, possibilitando aos interessados, a busca pela tutela para seus conflitos fora da jurisdição estatal.³³

2.2 NATUREZA JURÍDICA

A discussão a respeito da natureza jurídica da arbitragem é antiga, porém, segundo a maioria expressiva dos estudiosos, a nova formatação dada a este instituto pela Lei 9.307/1996 resolveu a polêmica até então existente.

No entanto, é importante abordar que há autores que vêem no instituto apenas seu lado contratual, uma vez que a arbitragem origina-se de uma convenção, logo os poderes dos árbitros são limitados, já que são apenas aqueles concedidos pelas partes, com efeito, o árbitro é encarado quase como um mandatário das partes, cujo laudo seria representação da manifestação comum das vontades destas.³⁴

Sob a ótica contratualista, o vínculo que se cria entre as partes e o árbitro tem caráter contratual, que ocorre em virtude da autonomia da vontade que os

³¹ ARRUDA, Alvim. **Novo Contencioso Cível no CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 53.

³² GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. 2. ed. rev., ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 74.

³³ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 89.

³⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, vol. 58, p. 33-40, 1990, p. 9.

particulares gozam, no que tange às questões em que o poder público não está diretamente interessado.³⁵

No passado, era muito fácil sustentar a natureza contratual da arbitragem, uma vez que a sentença arbitral só se aperfeiçoava com a chancela do Estado através da homologação do laudo. No entanto, com o advento da Lei 9.307/1996, a sentença arbitral passou a ser título executivo judicial (art. 31³⁶ da referida lei e art. 515, inciso VII, do CPC³⁷), dispensando a prévia homologação como antes se exigia. E mais, os arts. 18³⁸ e 13, §6^o,³⁹ da Lei de Arbitragem, conferem ao árbitro o *status* e atributos de um juiz.

Cahali entende que, no exato instante em que as partes, indicam a forma pretendida para a solução do conflito na convenção arbitral – cuja origem é contratual –, já se desperta a jurisdição, inerente ao instituto da arbitragem por força da Lei 9.307/1996. Então, tal lei superou a teoria contratual, ao adotar os fundamentos da teoria jurisdicional da arbitragem.⁴⁰

Nota-se que, além da vontade das partes em atribuir jurisdição aos árbitros, o Estado também atribui a jurisdição, ao possibilitar o exercício desta, a partir do cumprimento de certas exigências. Por esta razão, nada impede que o Estado delegue a sua função jurisdicional a particulares, como o faz quando permite o uso da arbitragem.⁴¹

Assim, o caráter substitutivo da jurisdição está presente na arbitragem, que consiste na interferência de uma terceira pessoa, que não participa do conflito de interesses, estranha à lide, terceiro esse que dirigirá o procedimento imparcialmente, visando à busca da verdade para a aplicação do direito objetivo ao caso concreto. Entretanto,

³⁵ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição! 3. ed. rev. e atua. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 229.

³⁶ Art. 31 da Lei 9.307/1996: “A sentença arbitral produz, entre as partes, e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

³⁷ Art. 515 do CPC: “São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VII – a sentença arbitral; (...)”

³⁸ Art. 18 da Lei 9.307/1996: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

³⁹ Art. 13 da Lei 9.307/1996: “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. (...) § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.”

⁴⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 98.

⁴¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição! 3. ed. rev. e atua. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 230.

o árbitro não pode invadir a esfera jurídica do devedor que resiste no cumprimento, para fazê-lo cumprir, coercitivamente, a decisão arbitral.⁴²

A Lei de Arbitragem outorga poderes ao árbitro para, em determinados casos, resolver a divergência do litígio, através de sentença com eficácia e força de título executivo judicial, conferindo-lhe a qualidade de “juiz de fato e de direito”, inclusive com suas atribuições e responsabilidades, retirando-lhe apenas alguns poderes, quais sejam, o *coertio* e o *executio*.⁴³

O poder do Estado de sujeitar as partes e o objeto do litígio às determinações de acordo com as normas legais é representado pelo *coertio*. Ao passo que, o *executio* significa o poder de executar ou fazer executar a decisão, promovendo, se necessário, transformações no mundo empírico para efetivar o comando na decisão ora proferida, como, por exemplo, expropriando bens para pagamento de dívida.⁴⁴

Com efeito, por não possuir poder jurisdicional, o árbitro fica impedido de praticar certos atos do processo inerentes à jurisdição, sendo-lhe vedado, empregar medidas coercitivas contra as partes ou terceiros, como o exemplo de expropriação citado acima, bem como ficando também impedido de decretar medidas cautelares.⁴⁵

Ainda assim, segundo o entendimento de Carmona, a jurisdicionalidade não é afastada da arbitragem, o que ocorre é apenas o fato de que o árbitro não tem, a competência funcional para executar suas próprias decisões, diferentemente do juiz togado.⁴⁶

A jurisdição estatal difere-se da jurisdição arbitral, na medida em que na primeira, está à disposição de quem é apresentada e é oferecida pelo Estado. Já na segunda, as partes, voluntariamente, escolhem submeter o litígio ao árbitro. Desta forma, são as próprias partes em conflito, quem atribuem ao árbitro a autoridade para a solução da controvérsia.⁴⁷

⁴² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, vol. 58, p. 33-40, 1990, p. 9.

⁴³ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 96.

⁴⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁵ CARMONA, *Op. cit.*, 1990, p. 3.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁴⁷ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2013, p. 97.

Ou seja, no Estado, a jurisdição está disponível pela vontade de cada um, visto que, a origem da jurisdição estatal está no direito potestativo de qualquer pessoa poder provocar o Judiciário, diante de uma lesão a seus direitos, independente da parte contrária querer ou não exercer o direito de ação. Tal jurisdição ocorre de maneira distinta na arbitragem, tendo vista que está disponível apenas àqueles que de comum acordo assim deliberaram, já que a sua origem é *contratual*, pois as partes, no exercício da autonomia da vontade, escolheram subtrair do Judiciário a solução do conflito de interesses, entregando a tarefa ao particular.⁴⁸

Em razão do seu caráter célere e informal, a arbitragem amplia o acesso à justiça. E parece que o propósito da jurisdição deve sobrepor à titularidade para exercê-la, sendo o acesso à justiça e a obtenção de tutela em tempo aceitável, as maiores preocupações da processualística dos dias de hoje – que na sua origem e na ótica tradicional, seria exclusiva do estado.

Nessa situação, a maior parte da doutrina já faz menção à arbitragem como modalidade jurisdicional. A causa disto é que o instituto exerce função idêntica e produz os mesmos efeitos que a atividade jurisdicional do Estado, de maneira que o propagado “monopólio estatal” não poderia justificar a exclusão da arbitragem do conceito de jurisdição. Portanto, a atividade do árbitro se insere no conceito de jurisdição.⁴⁹

Portanto, jurisdicionalidade da arbitragem não é descaracterizada, em função da jurisdição ser encarada como poder, atividade e função do Estado, uma vez que a evolução nos últimos quinze anos, experimentada pela arbitragem, demonstra que não se pode continuar a aceitar a opinião que vê na arbitragem uma atividade que “lembra” a do juiz no processo mas a ela não se assemelha, pois ela configura como apenas um contrato. É esta posição que continua a justificar a “necessidade” de homologação do controle da atividade do árbitro a fim de que não haja violação da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional⁵⁰ (art. 5º, inciso XXXV, da

⁴⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 97.

⁴⁹ ARRUDA, Alvim. **Novo Contencioso Cível no CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 54.

⁵⁰ BONATO, Giovanni. **Panorama da arbitragem na França e na Itália Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro**. 2014, p. 19.

Constituição Federal⁵¹), como se não houvesse outras formas de exercer tal controle – mais dinâmicas, mais eficientes e mais rápidas.⁵²

2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES

A natureza jurídica da arbitragem como jurisdicional é determinante dos princípios processuais, como na origem da arbitragem está um negócio jurídico, então também se aplicará os princípios pertinentes deste instituto, tais como a autonomia privada, qualificada como o poder de criar normas próprias para seu contrato, e a boa-fé, que deverá permear a formação, execução e o pós do contrato firmado.

Além disso, como princípios processuais há a presença do devido processo legal, contendo a ampla defesa e o contraditório, aos quais os árbitros possuem relevante consideração, visando evitar a eventual anulação de sentença arbitral. A igualdade das partes, também deverá ser observada de modo que o árbitro não poderá dar tratamento diferente às partes.

O árbitro se sujeita também aos princípios da imparcialidade e da independência do árbitro, uma vez que pode ser alvo de suspeição e impedimento tal como juiz. Para o princípio do livre convencimento motivado, as partes não podem restringir o direito do árbitro de colher provas e valorar para decidir.

Adicionalmente, originário do direito alemão, há o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, exclusivo da arbitragem, foi adotado pelo parágrafo único do art. 8º da Lei 9.307/1996⁵³, onde atribui ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, se ele foi corretamente nomeado, é ele próprio que terá competência para proferir a decisão, e não o judiciário. Tal princípio é apriorístico, ou seja, ele pode apreciar, em um primeiro momento, depois é possível ir ao judiciário verificar a validade e eficácia desse ato de sentença.

⁵¹ Art. 5º, inciso XXXV, da CF/1998: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁵² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, vol. 58, p. 33-40, 1990, p. 9.

⁵³ Art. 8º da Lei 9.307/1996: “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”

Note-se que a regra contida no parágrafo único do art. 8º da Lei 9.307/1996 pode ser explicada pelo entendimento da arbitragem como jurisdição, consagrando o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, pois, se prevalecesse a natureza contratual, seria inviável para o árbitro examinar e afastar ou não a sua competência para o litígio a ele submetido.⁵⁴ Neste sentido, Cahali explica:

Na verdade, embora se traduza como princípio da *competência-competência*, e assim se refira a doutrina ao identificar esta regra, como antes referido, se contém neste princípio a essência da jurisdição que, *in abstracto*, é inerente ao árbitro, pois se atribui a ele, *in concreto*, o poder de avaliar o litígio a ele submetido e concluir pela inviabilidade de sua apreciação no seu próprio juízo arbitral, ou seja, diz o árbitro que a matéria não é arbitrável, e assim, impossível de ser por ele apreciada. Desta forma, a regra confirma uma vez mais a opção legislativa de outorgar jurisdição ao juízo arbitral.⁵⁵

A solução de conflitos é o objetivo mais evidente da arbitragem.⁵⁶ Partindo dessa premissa, esse princípio é responsável pelo afastamento do Judiciário no exame realizado na convenção arbitral, antes do juízo arbitral, no que tange à sua existência, validade e eficácia da convenção. Mas tal prerrogativa, porém, está preservada para um momento posterior, caso se faça imprescindível a reapreciação da questão.⁵⁷

A via arbitral traz como princípio a imparcialidade do árbitro, sendo este pressuposto para que a arbitragem seja válida. Aqui, o árbitro assume a posição de juiz e se coloca entre as partes.⁵⁸

Por fim, trazendo à baila um princípio que é inerente ao contrato, tem-se a autonomia da vontade que concede às pessoas o poder de estabelecer livremente, como melhor lhes convier, através de manifestação de vontade, a disciplina de seus próprios interesses, gerando os efeitos reconhecidos e tutelados no ordenamento jurídico, detendo como opções a escolha, de contratar, ou deixar de contratar e negociar o conteúdo do contrato disposto.⁵⁹

⁵⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 98.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 110.

⁵⁶ SALES, Lilia Maia de Morais. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3. ed., rev., atual, e ampl. – Rio de Janeiro: Editora GD, 2010, p. 6.

⁵⁷ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2013, p. 109.

⁵⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. rev. e atua. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 233.

⁵⁹ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2013, p. 105.

Na arbitragem, a autonomia da vontade das partes é prestigiada em seu grau máximo, tendo em vista que esse princípio se inicia com a liberdade das partes em abdicarem do Judiciário e indicarem a arbitragem como forma de solução do litígio, deliberando, para tanto, todas as questões que gravitam em torno desta opção, estabelecendo, por exemplo, quem ou quantos será(ão) o(s) árbitro(s), de forma direta ou indireta, bem como determinando como será desenvolvido o procedimento arbitral (por exemplo, relativamente a prazo, locais para a prática dos atos etc.).⁶⁰

Assim, o princípio da autonomia é da essência deste instituto, pois nela se confirma o poder das partes de modelar, toda a arbitragem, desde sua eleição e seu início, até a sua conclusão, passando pelo seu conteúdo. Advirta-se, porém, que tal modelação, deverá ser exercida em comum acordo entre os interessados, não sendo admitida a imposição da vontade de um ao outro.⁶¹

Ademais, como veremos posteriormente, dada a sua origem contratual, a manifestação de vontade é exigida por escrito, pois é desta forma que se poderá constatar a efetiva opção da parte por este mecanismo de solução de contendas.⁶²

3 A ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO

A arbitragem cresceu internacionalmente no último século, embora seja um método histórico. Ganhou destaque como uma opção para os negócios internacionais ao passo que permite a solução de litígios em ambiente neutro, imparcial e em igualdade de condições entre as partes.⁶³

A eleição da arbitragem como forma de solução de controvérsias é a alternativa mais razoável, e vem se tornando a mais corriqueira, devido ao aumento da complexidade das relações, que passam a envolver interesses econômicos cada vez mais vultosos, uma vez que tal método se mostra como um instrumento pragmático, no

⁶⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 105.

⁶¹ *Ibidem*, p. 106.

⁶² APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013, p. 9.

⁶³ MEJIAS, Lucas Brito. **Controle da Atividade do Árbitro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 25.

sentido de realizar a solução das controvérsias de forma célere, eficaz, reservada e, porque não dizer, extremamente técnica e até com custos finais atraentes.⁶⁴

As razões para tomar a decisão de iniciar um procedimento arbitral são várias. Há considerações de ordem econômica, já que, para todos os envolvidos a celeridade é da essência dos negócios, e qualquer solução é útil, pois libera a atenção dos interessados e envolvidos para outros assuntos mais importantes ou lucrativos. Para os advogados, agrega um elemento de rapidez e eficiência à reputação. Segundo ensina Cahali:

Uma das vantagens é a liberdade de escolha do julgador, sendo que o consenso das partes na definição do árbitro, ou colegiado, é imprescindível, podendo optar entre as pessoas que mais inspiram confiança, considerados o conhecimento específico, experiência, idade, conduta etc. Realmente, é um importante atrativo deste método a possibilidade de se entregar o litígio a quem se tem conhecimento específico da matéria objeto da controvérsia, ou seja, terá maior tecnicidade para apreciar a matéria, principalmente para questões pouco usuais na rotina dos tribunais.⁶⁵

Outro benefício apontado pelo procedimento arbitral é a sua rapidez principalmente ao se tomar como paradigma o processo judicial, caracterizado pela sua morosidade, ao passo que, a Lei de Arbitragem estabelece que o procedimento arbitral deva encerrar em seis meses após a instituição da arbitragem, se outro prazo não for convencionado pelas partes, árbitro e os regulamentos das câmaras arbitrais, enquanto os nossos tribunais apontam um prazo demasiadamente longo para o trânsito em julgado de uma sentença judicial.

Certamente, para a solução de litígios potencialmente complexos, com tumultuada instrução ou inúmeros incidentes, pode o procedimento vir a ser mais demorado. Porém, ainda assim, mesmo para arbitragens com certa dificuldade, o prazo de solução gira em torno de um ano, segundo estimativas feitas entre as instituições de arbitragem demonstram. De qualquer forma, para afastar o risco de se eternizar o procedimento sempre haverá necessidade de fixação do termo final da arbitragem (por lei ou pelas partes),⁶⁶

O julgamento arbitral se faz, em regra, sem a possibilidade de recursos, ou seja, ele ocorre em instância única. Querendo, as partes podem estabelecer um julgamento

⁶⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 86.

⁶⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

colegiado, que não acompanhará em instância recursal, mas acompanhará o procedimento desde seu início. Ademais, não se justifica pensar em instância recursal, considerando o pressuposto de que as partes escolheram as pessoas mais habilitadas para o exame daquela questão, como lhe é facultado, e na perspectiva de terem os eleitos se dedicado intensamente ao estudo e a solução do conflito.⁶⁷

Segundo o autor Eduardo Parente, o processo arbitral mais flexível, se opõe ao judicial que tem caráter mais rígido. Essa característica arbitral advém da autonomia da vontade.⁶⁸

Assim, pode-se apontar flexibilidade do procedimento na arbitragem como um dos pontos positivos deste método, onde o foco maior é a solução da matéria de fundo, e, assim, há maior informalidade nas providências para se alcançar o objetivo: solucionar a controvérsia. Pela sua abrangência a toda e qualquer situação, o procedimento arbitral, realmente, é pragmático, sendo as regras estabelecidas no Código de Processo Civil, e procedimentos cartorários no Judiciário, geram a necessidade da prática de uma série de atos, protocolos, providência, cumprindo inúmeras formalidades, até para segurança do jurisdicionado.⁶⁹

Note-se que, independente do menor rigor quanto ao procedimento e, em especial, quanto às formalidades para a prática dos atos, não haverá, em momento algum, transigência quanto aos direitos das partes.⁷⁰

A arbitragem deve ser vista como uma alternativa para a solução litígios, mas também, como um meio adequado para tal. Tendo em vista que é um método consensual de solução decorrente da livre manifestação de vontade.⁷¹

Adicionalmente, o cumprimento espontâneo das decisões aponta-se como vantagem na arbitragem, pois baseia-se no pressuposto de que os interessados elegeram o julgador por vontade própria, pela confiança e considerando ser ele conhecedor da matéria, a experiência demonstra que as partes respeitam a sentença arbitral, e a

⁶⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 86.

⁶⁸ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

⁶⁹ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2013, *loc.cit*

⁷⁰ *Ibidem*, p. 87.

⁷¹ MEJIAS, Lucas Brito. **Controle da Atividade do Árbitro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 27.

ela se submetem voluntariamente, isto é, as partes estão comprometidas em aceitar como um imperativo a sentença arbitral por eles encomendada.⁷²

A confidencialidade na via arbitral permite que quaisquer discórdias sejam dirimidas de maneira amistosa sem que a existência daquelas possa afetar a continuidade das relações contratuais, mesmo sendo entendidas como ruptura por terceiros,⁷³ pois no mundo empresarial o “o segredo é a alma do negócio”.⁷⁴

Embora na Lei de Arbitragem não haja a exigência de procedimento arbitral confidencial ou sigiloso, geralmente a convenção arbitral dispõe sobre esta reserva de publicidade, bem como também os regulamentos das principais câmaras de arbitragem (arbitragem institucional) estabelecem esta regra. A vantagem é nítida, considerando que tanto as partes quanto o objeto conflituoso não serão divulgados, evitando-se, por exemplo, a divulgação de segredos industriais, ferindo a imagem da empresa, ou o *quantum* da demanda.⁷⁵

Em um primeiro momento, os valores para se instaurar um procedimento arbitral poderiam desencorajar o uso do instituto, mas o resultado final, medido a partir do custo-benefício, supre tal desencorajamento. Em outras palavras, solução de litígios potencialmente complexos em menor espaço de tempo, com a presença da confidencialidade, e submetido ao julgamento por profissionais especializados⁷⁶, levam a uma boa conclusão quando comparado a um processo na justiça estatal. Aliás, só em pensar no julgamento em instância única, sem os ônus decorrentes da demora das despesas advindas dos diversos recursos, já se pode reconhecer a vantagem aqui referida.⁷⁷

Os participantes buscam na arbitragem uma melhor qualidade no tratamento do conflito. Sendo inegável que, salvo raríssimas exceções, um conflito nunca será resolvido em seis meses perante um órgão estatal.⁷⁸

⁷² CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 87.

⁷³ Nunes Pinto e José Emílio. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 6. Julho, 2005, p. 25.

⁷⁴ SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3. ed., rev., atual, e ampl. – Rio de Janeiro: Editora GD, 2010, p. 44

⁷⁵ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2013, *loc. cit.*

⁷⁶ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013, p. 11.

⁷⁷ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2013, *loc. cit.*

⁷⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. cit.*, 2012, p. 223.

Tem-se assim, pela via da arbitragem, a possibilidade de solucionar problemas vultosos e complexos por julgadores habituados a tais questões, inseridos, assim como as próprias sociedades, em ambiente que preza a segurança jurídica e a previsibilidade das relações.⁷⁹

3.1 UMA BREVE ANÁLISE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAL

A convenção de arbitragem encontra abrigo no princípio da legalidade, disposição constitucional que visa à garantia do exercício da autonomia da vontade e a liberdade de contratar, que são manifestações de liberdade individual, neste sentido, a convenção é fruto e expressão da autonomia da vontade dos contratantes.⁸⁰

É a forma pela qual as partes exercem a sua opção pela jurisdição arbitral, ou seja, é a matriz deste método de solução de conflito, ela representa a liberdade das partes em contratarem livremente (nos limites da lei).⁸¹

Em nossa legislação há expressa referência à convenção⁸², como gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (art. 3º da Lei 9.307/1996⁸³).⁸⁴

O compromisso arbitral e cláusula compromissória distinguem-se por serem elaborados em momentos diferentes.⁸⁵

A cláusula compromissória é a previsão em contrato de que eventuais conflitos dele emergentes serão resolvidos pela via arbitral, isto é, possui caráter preventivo, na medida em que as partes estão na expectativa de contratar e honrar seus compromissos contratuais, porém desde o firmamento do contrato, deixam previsto

⁷⁹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013.

⁸⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 93.

⁸¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 119.

⁸² *Ibidem*, *loc.cit.*

⁸³ Art. 3º da Lei 9.307/1996: “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.”

⁸⁴ JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 8.

⁸⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Op. cit.*, 2011, p. 96.

que eventual conflito decorrente do contrato deverá ser resolvido por arbitragem, não pelo Judiciário.⁸⁶

Já o compromisso arbitral é o instrumento firmado pelas partes por meio do qual, diante de um conflito já deflagrado entre os envolvidos, faz-se a opção de abdicar da via Judiciária e direcionar ao juízo arbitral a jurisdição para solucionar a questão.⁸⁷

Vejamos, como a cláusula compromissória antecede o conflito, o seu objeto é determinável, contendo uma série de elementos que permitem identificar quais conflitos poderão ser levados à arbitragem, além de ser extrajudicial, já que está no contrato ou aditivo posterior firmado pelas partes, já o compromisso arbitral é depois do conflito, objeto é determinado, já que eu decido a arbitragem pós-conflito, origem extrajudicial ou judicial. Segundo o entendimento de Cahali, esses dois institutos:

São, pois, dois momentos distintos, com circunstâncias e características próprias. Enquanto a previsão da cláusula compromissória se faz em contrato, ou em documento próprio a ele reportado, cujo cumprimento se espera das partes, no compromisso o litígio já está presente, e diante dele as partes resolvem buscar a solução arbitral para preservar os direitos que entendem lesados. A cláusula pressupõe o vínculo contratual. Já o compromisso pode referir-se a relação conflituosa com origem em negócio ou em fato jurídico, sem ter sido necessariamente cogitada a arbitragem previamente ao nascimento do conflito. For isto, o compromisso arbitral exige requisitos próprios e a Lei de Arbitragem sugere também elementos facultativos, como se vê, respectivamente, nos arts. 10 e 11.⁸⁸

A cláusula arbitral válida irá produzir um efeito positivo e um efeito negativo (este último já fora visto quando abordamos acerca do princípio *Kompetenz-Kompetenz*). O primeiro, será o de submeter as partes ao juízo arbitral, e segundo, negativo, de subtrair o conhecimento da questão à jurisdição estatal, decorrente da renúncia das partes a valer-se da jurisdição estatal, enquanto o primeiro vincula-as contratualmente à solução arbitral.⁸⁹

Assim, a convenção detém o poder de impedir a apreciação, pelo poder Judiciário, dos conflitos objeto desse pacto, fazendo com que a arbitragem substitua a Justiça Estatal. É importante que se compreenda a origem contratual da arbitragem não se contraponha ao seu caráter jurisdicional, assim como o processo estatal. A diferença é

⁸⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 119.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 120.

⁸⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁸⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p.133.

que este é decorrente do poder do Estado, enquanto a outra provém da vontade das partes. Divergem na origem, mas convergem no fim, sendo a sentença arbitral e judicial equiparadas pelo art. 31⁹⁰ da Lei da Arbitragem.⁹¹

A jurisdição delegada ao árbitro, prevista no parágrafo único do art. 8º da Lei 9.307/1996, irá conter qualquer controvérsia a respeito da abrangência da convenção de arbitragem, da extensão de seus efeitos e dos próprios poderes e atribuições do julgador para decidir a questão que lhe foi submetida.⁹²

No caso de haver vício na convenção, resultante em alguma das hipóteses previstas no art. 32, inciso I, da Lei de Arbitragem (causas da invalidação da sentença arbitral), a análise primeira será realizada pelo árbitro (como já fora explicitado anteriormente), pois em momento oportuno, após a sentença arbitral, a matéria poderá ser submetida ao exame do Judiciário. Ou seja, não se exclui o juízo estatal, e nem se poderia, do exame da “existência, validade e eficácia da cláusula”, mas esta apreciação se fará, se o caso, após a sentença arbitral pela atual e aplaudida sistemática proposta.⁹³

Em situações especiais a convenção será previamente analisada pelo Judiciário, de forma superficial, tal fato ocorrerá nos casos em que a instauração do procedimento arbitral se fará por indicação do juízo estatal em cumprimento da cláusula compromissória vazia (art. 7º da Lei 9.307/1996)⁹⁴, bem como também acontecerá quando uma das partes ingressa com a ação no juízo estatal e a outra parte invoca a existência de cláusula compromissória com o objetivo de se extinguir o processo, sem julgamento de mérito (art. 485, inciso III⁹⁵, c/c art. 337, inciso X, do CPC⁹⁶).⁹⁷

⁹⁰ Art. 31 da Lei 9.307/1996: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

⁹¹ MEJIAS, Lucas Brito. **Controle da Atividade do Árbitro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 27.

⁹² CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 107.

⁹³ *Ibidem*, p. 108.

⁹⁴ Art. 7º da Lei 9.307/1996: “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 lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.”

⁹⁵ Art. 485, III do CPC: “O juiz não resolverá o mérito quando: (...) III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias.”

⁹⁶ Art. 337, X, do CPC: “Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...)X - convenção de arbitragem.”

⁹⁷ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2013, *loc. cit.*

Verificada, *prima facie*, objetivamente apurado pelo Judiciário, gritante vício na convenção ou no próprio contrato, tem sido admitido o seu reconhecimento judicial nesta oportunidade. Ademais, Cahali leciona:

Como exceção à regra, a análise é circunstancial, ou seja, dependerá do quanto apresentado na hipótese submetida a exame. O relevante é saber que, diante de uma anomalia evidente, detectada *primo ictu oculi*, há que se admitir a avaliação prévia (ou concomitante) do vício pelo Judiciário, permitindo-se-lhe até mesmo, se o caso, seguir a apreciação do mérito do conflito.⁹⁸

Como a cláusula compromissória diz respeito a um conflito que pode ou não surgir, isto é, um evento futuro e incerto, pode ser que a relação contratual, conforme inicialmente concebida, sofra mudanças, tanto *rationae materiae* quanto *rationae personae*. Diferentemente do que ocorre com o compromisso arbitral, pois este versa sobre um litígio determinado e, portanto, já existente e precisamente delimitado, essas mudanças não se colocam.⁹⁹

Neste contexto, a cláusula compromissória distingue-se por ser genérica, tendo em vista que o seu objetivo consiste em resolver um número não definido de divergências, enquanto o compromisso arbitral é específico, visando à solução de uma ou mais controvérsias, já existentes e definidas. Em outras palavras, é o futuro condicional, em oposição ao presente.¹⁰⁰

É por isso que neste estudo falaremos apenas da cláusula compromissória (igualmente referida como cláusula arbitral ou de arbitragem). As referências, neste trabalho, acerca da convenção arbitral dirão respeito à espécie “cláusula compromissória”. O compromisso arbitral, por sua vez, estará fora deste estudo.

3.2 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

No Brasil, somente após a Lei de Arbitragem é que a cláusula compromissória começou a ter importância nos contratos de direito interno. Essa Lei responsável por

⁹⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 108.

⁹⁹ JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 9.

¹⁰⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 93.

simplificar e dar maior efetividade ao instituto foi recebida com grande interesse no país, e seus resultados são a consolidação da arbitragem e sua crescente utilização como forma de solução de conflitos no país.¹⁰¹

A cláusula compromissória é autônoma e essa característica se pronuncia em função do contrato em que a convenção de arbitragem possa integrar ou em relação ao sistema jurídico. Ainda, ela configura-se como um contrato em si mesmo, não dependendo de outros para existir ou subsistir. Todavia, pode estar ligada a um contrato com o escopo de solucionar alguma divergência decorrente deste, ou relacionada a ele, pode ser seu objeto. Mas também pode visar à solução de divergências não especificadas anteriormente e que possam ocorrer entre as partes.¹⁰²

Vale ressaltar que a validade da cláusula compromissória e a validade do contrato devem ser analisadas separadamente, ou seja, não é possível alegar a nulidade da cláusula pela simples afirmação de nulidade do contrato.¹⁰³

Assim, a cláusula é autônoma em relação ao contrato, importa dizer que além de viver enquanto durar a relação entre as partes estabelecida no contrato principal, ela não se extinguirá com o perecimento deste, pois sobrevive podendo regular os seus efeitos.¹⁰⁴

A sua autonomia deve ser entendida como a independência em relação ao contrato, de cujo destino está desligada. Com efeito, a validade e licitude da cláusula arbitral são examinadas separadamente das do contrato principal.¹⁰⁵

Ademais, a cláusula compromissória possui força vinculante, que fora atribuída pela Lei de Arbitragem, fato este que superou um grande obstáculo, até então existente. Sendo que, uma vez escrita no contrato, a sua aceitação pode ser verbal, tácita ou presumida, em situações peculiares, pois, a sua confirmação, em regra, será expressa.¹⁰⁶

¹⁰¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 96.

¹⁰² *Ibidem*, p. 114.

¹⁰³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. rev. e atua. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 238.

¹⁰⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Op. cit.*, 2011, p. 98.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 114.

¹⁰⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 121.

É interessante afirmar que a Lei de Arbitragem¹⁰⁷ tornou obrigatória a forma escrita para a cláusula compromissória e, quando incluída nos contratos de adesão, condicionou sua eficácia à expressa concordância da parte aderente.¹⁰⁸

Além da forma escrita, outros requisitos de validade da cláusula são o consentimento e a capacidade das partes, esta última caracteriza-se pela possibilidade de realizar a escolha de vincular-se ou não a uma obrigação cuja natureza jurídica é contratual-processual.¹⁰⁹

Como a cláusula compromissória é um contrato, esta só poderá atingir as esferas jurídica dos participantes do consentimento, ou seja, as partes que manifestaram, a sua vontade. Espanta a idéia de que terceiros possam ser afetados pelos efeitos da convenção arbitral, porque representa uma violação ao seu fundamento, já que estes não manifestaram a sua vontade.

Por isso, os árbitros (competentes para determinar o alcance de sua própria jurisdição), devem determinar quem são as partes abrangidas por determinada cláusula arbitral. Muitas vezes, a vontade exprimida em obrigar-se pela convenção pode ser traduzida por outra forma inequívoca, que não pela simples aposição de assinatura em um contrato, esta, por sua vez, configuraria a maneira tácita.¹¹⁰

3.3 A ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO DIREITO EMPRESARIAL

Como já fora explicitado, a arbitragem é um método de solução de controvérsias, de natureza jurisdicional, pelo qual as partes atribuem ao árbitro a tarefa de julgar o litígio que estão envolvidas. Trata-se de uma alternativa à submissão dos litígios ao Judiciário, com inúmeras características tidas como mais vantajosas.¹¹¹

¹⁰⁷ Art. 4º da Lei 9.307/1996: "(...)§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira."

¹⁰⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 104.

¹⁰⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. rev. e atua. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 239.

¹¹⁰ JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 90.

¹¹¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013.

Vale mencionar que, nas relações comerciais internacionais é cada vez mais frequente, que as partes tenham preferência em resolver seus conflitos através da arbitragem, mediante a inclusão de cláusula compromissória nos contratos que celebram.¹¹² Conforme entende José Morais e Fabiana Spengler:

Assiste-se um avanço econômico encabeçado pelas multinacionais (transnacionais) que repercute, na insuficiência e ineficiência do modelo atual de tratamento de controvérsias, o Jurisdicional, que, assoberbado e incapacitado tecnologicamente, não consegue satisfazer os que a ele recorrem. Percebido isto e sentida a necessidade crescente de aperfeiçoar e fortificar institutos pacificadores de litígios, passa-se a repensar mecanismos alternativos ao tradicional e, nesse sentido, o Brasil, através da Lei 9.307/1996, buscou revigorar o juízo arbitral.¹¹³

Por isso que, no âmbito Direito Empresarial, este se configura como um dos ramos do direito que podem e devem utilizar a arbitragem, uma vez que os conflitos tendem a prejudicar os negócios, por vezes de forma irreversível, e este método traz a possibilidade de dirimir controvérsias por especialistas na área, em caráter sigiloso e em menor espaço de tempo se revelam essenciais, pois no mais das vezes.¹¹⁴

Assim, as empresas brasileiras têm procurado cada vez mais a arbitragem, como meio adequado para a solução de seus problemas, considerando a necessidade de sigilo de suas transações, bem como a celeridade e a oportunidade de ser proferida uma decisão técnica sobre o objeto dos contratos.¹¹⁵

Portanto, a vantagens existentes na solução de conflitos em matéria societária segue angariando adeptos, em função de aspectos relevantes quando se trata de questões empresariais, quais sejam, a celeridade, o sigilo e a possibilidade de indicação de árbitros especializados.¹¹⁶

A dinâmica e a amplitude do ramo empresarial, aliados à criatividade e competitividade de seus agentes, exige uma ágil resolução para as questões que possam vir a influenciar, seja direta ou indiretamente, a sociedade empresarial. Isso porque, a solução resolvida tardiamente, ou a desavença sem resposta, pode

¹¹² JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional**: o caso dos grupos societários. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p 18.

¹¹³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição! 3. ed. rev. e atua. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, 219.

¹¹⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013.

¹¹⁵ SALES, Lília Maia de Morais. **Mediare**: um guia prático para mediadores. 3. ed., rev., atual, e ampl. – Rio de Janeiro: Editora GD, 2010, p. 44.

¹¹⁶ WEBER, Ana Carolina; et al. **A Reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 674.

infirmar a concorrência da empresa. Assim, como a tecnologia que se impõe a esse ramo, reclama grau aprimorado de especialização, torna-se favorável a escolha de árbitro para analisar os seus conflitos.¹¹⁷

Pode-se concluir que a arbitragem é uma alternativa cada vez mais adequada à solução de contendas, uma vez que atende aos desejos do mercado, já que oferece justiça célere, segurança jurídica e previsibilidade das decisões.¹¹⁸

É interessante afirmar que as sociedades comerciais desenvolvem e estruturam o ambiente de negócios propício ao próprio desenvolvimento da sociedade e constituem importante instrumento em economias de mercado. Com efeito, é importante criar mecanismos, para que estes possam a vir a contribuir para o desenvolvimento dos negócios, conferindo, conseqüentemente, estabilidade e previsibilidade às relações jurídicas.

No que tange à relação da arbitragem com o Direito Empresarial, há aspectos relevantes e que vêm sendo objeto de estudos. Em especial, insere-se o tema cerne deste trabalho, que é a extensão da cláusula compromissória.¹¹⁹

Nesse contexto, indaga-se: qual é a extensão da cláusula compromissória, nas hipóteses em que empresa(s) tenha(m) se tornado parte de negociações ou na execução do contrato, sem o firmar no momento da inclusão da cláusula?

Analisando a questão, o problema não pode ser menosprezado. Haja vista que, ao considerarmos o princípio da autonomia da vontade que incide na arbitragem, sendo esta uma forma consensual de resolução de conflitos, é interessante que a primeira resposta explanada é que só poderá valer-se da cláusula compromissória quem a ela consentiu, isto é, a convenção só poderá abranger quem manifestou sua vontade de resolver conflitos pela via arbitral. No entanto, determinar quem expressou seu consentimento, porém, não será uma tarefa simples.¹²⁰

¹¹⁷ MARTINS, Pedro Antônio Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, n. 126, 2002, p. 59-60.

¹¹⁸ ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 128.

¹¹⁹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013.

¹²⁰ JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p 18.

Neste estudo, dois aspectos particulares serão abordados a respeito da abrangência da cláusula, que será a vinculação dos acionistas que não tenham expressamente decidido pela inclusão da cláusula compromissória nos estatutos e contratos sociais, bem como a sua extensão.

Explicando melhor sobre o panorama das sociedades comerciais no Brasil, a maioria das referidas sociedades é constituída sob a forma de limitadas, e como regra, podemos considerar que tais sociedades são formadas por poucos sócios, e são qualificadas por um elemento pessoal relevante (*affectio societatis*), onde ocorre a participação direta dos sócios, atuando como os administradores e estão à frente do negócio. É incomum que um ou alguns sócios apenas estejam vinculados pelo capital investido, pela participação societária que detêm, ou seja, que haja um substrato eminentemente de capital.¹²¹

Explicando melhor, o *affectio societatis* é um requisito subjetivo, e caracteriza-se por ser o traço mais específico de uma sociedade, pois configura a vontade de cooperação dos sócios em atingir uma finalidade comum, ou seja, é uma manifestação de vontade em atingir um fim comum, expressada no ingresso na sociedade.¹²²

No âmbito das sociedades anônimas o panorama se altera, já que elas podem variar desde companhias fechadas, com poucos acionistas e que, de um modo geral, funcionam de modo igual ao das sociedades limitadas, ou até mesmo grandes companhias, que se estruturam em modelo fortemente empresarial, com administração profissionalizada, mecanismos de atração de capital etc.¹²³

Indo além dos pontos acima, sucintamente narrados, acerca do panorama brasileiro das sociedades limitadas e anônimas, cabe-nos aprofundar nos temas relacionados com o questionamento levantado. Diante da ausência de regulamentação específica do tema exposto, nosso objetivo é definir em que medida a cláusula compromissória pode influir nos contratos sociais, daqueles que não participaram do consenso que deliberou a sua inserção.

¹²¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013, p. 4.

¹²² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário**. vol. 1, 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 212.

¹²³ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Op. cit.*, 2013, loc. cit.

4 A ABRANGÊNCIA SUBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Atualmente, existindo cláusula arbitral, haverá, em razão da vontade das partes, manifestada na convenção de arbitragem, a exclusão prévia à jurisdição estatal, uma vez que a sua presença no instrumento contratual vincula as partes, impedindo que qualquer delas venha recusar-se à submissão ao juízo arbitral.

Este é o efeito negativo da cláusula compromissória, que pressupõe o afastamento do Poder Judiciário da apreciação do conflito¹²⁴ e tal vinculação das partes ao que fora pactuado, relaciona-se com o princípio *pacta sunt servanda*, haja vista que esse princípio entende que o contratado é lei entre as partes.¹²⁵

Vale dizer que, a regra geral continua a ser a de submissão das partes à jurisdição Estatal, independentemente da natureza jurisdicional da arbitragem e da equiparação do julgamento realizado por árbitros aos julgamentos estatais, pois apenas se pode impor e exigir a submissão ao processo arbitral, quando as próprias partes decidem seguir pela via alternativa.¹²⁶

O que se contém no julgamento torna-se obrigatório e vinculante às partes, impondo a submissão ao comando contido na decisão. Apesar de sua efetivação, conforme o caso, se buscar perante o judiciário, a obrigatoriedade existe às partes; apenas se transfere a execução da obrigação cumprida.¹²⁷

A legislação atribui aos acionistas controladores, o poder de alterar documentos constitutivos da sociedade, modificando as regras existentes, observando, é claro, certos parâmetros de conduta fixados na lei.¹²⁸ Conforme preceitua Carvalho de Mendonça:

Adorando-se o critério da maioria, sistema seguido em todas as corporações como necessidade lógica, não se sacrificam direitos nem interesses individuais dos sócios. Acha-se em causa o interesse exclusivo da pessoa jurídica, sociedade, abstraindo de considerações de ordem individual.¹²⁹

¹²⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 89.

¹²⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 134.

¹²⁶ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013, p. 7.

¹²⁷ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, 2013, p. 96.

¹²⁸ WEBER, Ana Carolina; et al. **A Reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 675.

¹²⁹ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, v. IV, livro II, parte III, p. 11.

Na assembléia, os acionistas cooperam para produzirem uma só vontade que será a da sociedade, sendo assim, a cooperação não será como contratantes, ou seja, a assembléia não irá representar a totalização das vontades individuais de cada acionista.¹³⁰

Atualmente, no que tange à abrangência subjetiva da cláusula compromissória, no momento de constituição de uma sociedade, prevalece o entendimento que, cada um dos sócios estarão vinculados à mesma. Isso porque, quando todos os acionistas firmam o estatuto ou contrato social, eles estarão aceitando tal cláusula, uma vez que se vinculam a cada uma das disposições contidas, sendo assim, desnecessária que haja a adição de qualquer formalidade para que a cláusula tenha validade e produza efeitos para estes sócios.¹³¹

Para fins deste estudo, surge aqui a discussão acerca da vinculação da cláusula compromissória para aqueles sócios que adentraram posteriormente na sociedade, não possuindo a oportunidade de deliberar, bem como àqueles sócios contrários na deliberação que decidiu a arbitragem como meio adequado na resolução de conflitos.

Com o recente advento da Lei 13.129/2015, nos termos do art. 136-A¹³², todos os acionistas estarão vinculados à convenção de arbitragem instituída no estatuto social, mediante aprovação por *quorum* qualificado. Entretanto, tal inovação não resolve todas as polêmicas que abrangem este assunto.

Essa divergência no assunto advém do princípio da autonomia da vontade irradiado pela natureza contratual da cláusula compromissória, que afirma que uma parte tem o direito de não sujeitar-se a arbitragem caso com ela não tenha anuído, seja por oposição, seja por não estar presente no momento de sua instituição.¹³³

Diante dessa controvérsia, surge a questão: os efeitos da cláusula compromissória irá se estender a todos os acionistas, sem distinção?

¹³⁰ WEBER, Ana Carolina; et al. **A Reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 675.

¹³¹ *Ibidem*, p. 677

¹³² Art. 136-A da Lei 13.129/2015: "A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45."

¹³³ WEBER, Ana Carolina; et al. *Op. cit.*, 2016, p. 678

4.1 A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

A convenção arbitral estabelece a arbitragem, e, nesse contexto, parte da doutrina consagra a relatividade dos seus efeitos, no que tange o fundamento contratual da arbitragem.

Quando se afirma que os contratos têm, em regra, uma eficácia relativa, significa dizer que os seus efeitos apenas se reproduzem no âmbito das partes que o firmaram, não podendo criar obrigações, nem beneficiar a terceiros. Trazendo esse entendimento à arbitragem, surgiram duas correntes contrapostas.¹³⁴

A primeira corrente considera que a intervenção voluntária ou provocada de terceiros no processo arbitral, sem o consentimento das partes, é impedida pelo princípio da eficácia relativa. Por fim, afirma que a sentença arbitral é inoponível a terceiros, não podendo produzir efeitos a estes.¹³⁵

Neste sentido, parte da doutrina entende que a jurisdição arbitral não pode abranger pessoas que não convencionaram a implantação da arbitragem, deste modo, o árbitro não tem competência para impor a sua decisão a terceiros que não instituíram o juízo arbitral. Conforme leciona José Maria Garcez:

Dessa forma, o melhor entendimento, de que a justiça que a arbitragem representa é privada, instituída pelos contratantes para exclusão de seus litígios da jurisdição pública e o contrato opera por força de lei apenas entre as partes no âmbito estrito de seu objeto, afasta a idéia, intervencionista, que envolve a *jurisdictium* mesclada ao poder de *imperium*, de participação forçada na lide arbitral de um terceiro.¹³⁶

Em contrapartida, a segunda corrente defende que a eficácia relativa da convenção arbitral tem um significado próprio, sedimentado no fato de que os terceiros não podem ser forçados a participar de um processo arbitral, e nem se pode impor às partes a presença destes. No entanto, ao mesmo tempo, preconiza que os terceiros não podem desconhecer o caso julgado de sentenças arbitrais. Assim, é possível

¹³⁴ DIAMVUTU, Lino. Intervenção de terceiros na arbitragem. **Revista Angolana de Direito – RAD**, ano 2, n.º 2, 2009, p. 5.

¹³⁵ *Ibidem*, loc. cit.

¹³⁶ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. 2. ed. rev., ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 153.

que os efeitos da sentença, decorrente da aplicação de uma cláusula compromissória, lhe sejam oponíveis.¹³⁷

Este trabalho entende que a segunda corrente é a mais adequada, haja vista que, reconhecendo que a arbitragem tem uma origem contratual, seria equivocado entender que a sentença arbitral é um negócio privado de natureza contratual. Quando, como já visto anteriormente, não resta dúvidas ao fato de que a sentença arbitral tem caráter jurisdicional.¹³⁸

Vale ressaltar que, a partir do diálogo com outros princípios, tais como o da boa-fé, da solidariedade e da função social do contrato, tal princípio tem recebido novas feições. Diante disso, Pedro A. Batista Martins propõe que a convenção de arbitragem seja analisada cuidadosamente:

(...) a visão contemporânea da teoria do contrato aponta para um novo paradigma onde “parte” e “terceiro” não são figuras jurídicas impermeáveis pelo princípio da relatividade. A função social do contrato requer uma nova interpretação em favor daqueles que, apesar de não ser parte em sentido formal, resta por sofrer repercussões patrimoniais oriundas da execução do contrato para o qual não consentiu. Não consentiu, mas é por ele afetado.¹³⁹

Nesse contexto de entendimento, a intervenção de terceiro poderá ocorrer quando um terceiro demonstra interesse no processo arbitral e postula o seu ingresso, ou, ainda, quando há o interesse da inclusão de um terceiro no processo.¹⁴⁰

Embora os contratos tenham o poder de apenas vincular aqueles que o pactuaram, por vezes, terceiros não signatários do contrato que contém a convenção, podem sofrer risco de serem atingidos, ou até mesmo serem afetados – direta ou indiretamente –, pelos efeitos da sentença arbitral.

Deste modo, a estes terceiros, será atribuída a prerrogativa de intervir, possibilitando, como consequência, a extensão subjetiva da convenção de arbitragem.

¹³⁷ DIAMVUTU, Lino. Intervenção de terceiros na arbitragem. **Revista Angolana de Direito – RAD**, Ano 2, N.º 2, 2009, p. 4

¹³⁸ *Ibidem*, p. 6.

¹³⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e intervenção de terceiros: uma proposta. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 33/2012, p. 245, abr./2012.

¹⁴⁰ SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. **Manual de Arbitragem Mediação e Conciliação**. 5. ed. rev., atua. ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 174.

É interessante afirmar que, às vezes, é incompatível a reunião de múltiplas partes num mesmo processo arbitral, em razão de sua estrutura consensual.¹⁴¹

Por isso, não é admissível, tendo em conta a natureza da arbitragem, impor ao árbitro e às partes contratantes uma nova causa, com parte e objeto estranhos ao negócio arbitral, sem que haja a anuência dos mesmos. Conforme a posição de Humberto Theodoro Júnior:

Todas as figuras interventivas previstas no Código de Processo Civil, em tese, poderiam ser questionadas e, uma vez suscitadas, admitiriam apreciação pelo árbitro se houvesse aquiescência de todos os interessados: partes, terceiro e árbitro. (...) *Data venia*, se em princípio não se tolera a intervenção de terceiro, genericamente, no processo arbitral, nem voluntária nem provocada, sem o consentimento dos sujeitos da convenção de arbitragem, não me parece razoável impor ao árbitro e às partes contratantes uma causa nova, com parte e objeto estranha ao negócio arbitral.¹⁴²

Há quem discorde acerca da necessidade de autorização dos árbitros para que haja a intervenção de terceiros, haja vista que a via arbitral somente ocorre em razão da vontade das partes que por ela optaram.

Sendo assim, atribuir ao árbitro a qualidade de dispor, de acordo com o seu entendimento, sobre a intervenção de terceiros à lide, estar-se-á negando a autonomia de vontade dos litigantes.

Com efeito, nesse sentido, seria inviável a intervenção de terceiros provocada, somente sendo possível a modalidade voluntária de intervenção, mediante anuência das partes litigantes.

Contudo, a doutrina entende que, somente será possível a intervenção de terceiros na arbitragem, mediante a concordância das partes e do árbitro.¹⁴³ Portanto, mesmo que as partes concordem com a intervenção de um terceiro, cabe ao árbitro deliberar sobre o assunto, tendo a prerrogativa de indeferir tal participação, se entender que o ingresso de outro contendente é impróprio ou inadequado.¹⁴⁴

¹⁴¹ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. 2. ed. rev., ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 146.

¹⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Arbitragem e Terceiros: Litisconsórcio fora do pacto arbitral: Outras intervenções de terceiros**. São Paulo: LTr, 2002, p. 254-257.

¹⁴³ SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. **Manual de Arbitragem Mediação e Conciliação**. 5. ed. rev., atua. ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 173.

¹⁴⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à lei nº 9.307/86**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 310.

Ultrapassados os pontos acima narrados, será abordada a intervenção de terceiro através do litisconsórcio. De modo conclusivo, Ovídio A. Baptista da Silva:

Na verdade, apenas as pessoas que tomam parte no processo, como elementos componentes do litígio, deverão ser designadas como partes, reservando-se para os demais figurantes da relação processual, que, embora não integrando a lide, participem também do processo, a denominação de terceiros.¹⁴⁵

O litisconsórcio caracteriza-se pela pluralidade das partes, pois há a presença de duas ou mais pessoas ocupando a posição de autor ou de réu. A regra geral é que o litisconsórcio seja facultativo, entretanto, diante de um conflito em que o seu objeto for incindível, ou diante de uma expressa previsão legal, o litisconsórcio será necessário.¹⁴⁶

O litisconsórcio necessário, presente no art. 114 do CPC¹⁴⁷, ocorre quando a lei ou o negócio exigirem a intervenção dos vários interessados na relação material. Pode-se dar o exemplo das obrigações indivisíveis com pluralidade de devedores, que só poderá ser exigida de todos eles. Por isso, a ação tem que ser proposta por todos ou contra todos, sob pena de se verificar ilegitimidade.¹⁴⁸

Percebe-se, pois, que quando o litisconsórcio for necessário, as condições da ação serão atribuídas ao terceiro interventor, no quesito legitimidade *ad causam*.

Quando a hipótese de litisconsórcio necessário não for prevista expressamente em lei, pode acontecer que só se perceba a necessidade da intervenção de terceiros quando o processo já estiver em curso. Razão pela qual, o árbitro deve estar atento acerca da possibilidade de existir litisconsórcio, para evitar o prosseguimento de uma arbitragem que pode resultar inútil, diante da carência de ação.

Por isso, quando ocorre a hipótese de litisconsórcio necessário na arbitragem, o terceiro deverá ser convocado a participar da lide, sob pena do árbitro extinguir o processo sem resolução do mérito. Isso acontece porque sem a participação desse terceiro na lide, o processo ficará impossibilitado de prosseguir, já que a sua

¹⁴⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. Tomo I. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 182.

¹⁴⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à lei nº 9.307/86**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 304.

¹⁴⁷ Art. 114 do CPC: "O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes."

¹⁴⁸ DIAMVUTU, Lino. Intervenção de terceiros na arbitragem. **Revista Angolana de Direito – RAD**, Ano 2, N.º 2, 2009.

intervenção configura-se imprescindível, mesmo que ele não tenha firmado a convenção arbitral.¹⁴⁹

Tratando-se de uma situação de litisconsórcio necessário, também haverá extinção do processo sem o árbitro decidir o mérito, quando o terceiro se recusar a ingressar no processo, por não ter firmado a convenção arbitral.

Então, em razão do terceiro não poder ser citado para comparecer na instância arbitral, cria-se um impasse. Como solução, caberá à parte interessada promover novo processo junto ao Judiciário, haja vista que a não integração do terceiro na lide, impossibilita o juiz arbitral de se pronunciar sobre a matéria controvertida.¹⁵⁰

Ou seja, o terceiro não poderá ser obrigado a intervir no processo, pois a adesão ao compromisso arbitral é voluntária, e é totalmente legítima a resistência do terceiro, optando, assim, por solucionar seus conflitos na via judiciária.¹⁵¹

Contudo, o mesmo não ocorre nos casos em que as partes litigantes estão vinculadas a uma cláusula compromissória, isso porque o contrato que a contém pode envolver várias partes, ao passo que a arbitragem pode não abarcar todos os contratantes. Sendo assim, cabe ao árbitro avaliar a necessidade da participação de todas as partes no processo.¹⁵²

É notório que a jurisdição do árbitro funda-se no exercício da autonomia da vontade das partes ao firmarem, através de um consenso, a convenção arbitral. Desse modo, coloca-se a questão acerca do fundamento da intervenção de terceiros na arbitragem, que pode ter como consequências a ampliação objetiva e subjetiva da convenção de arbitragem, bem como a extensão subjetiva dos efeitos da sentença, na medida em que alarga a discussão sobre a relação jurídica material que está sendo discutida no processo, como veremos a seguir.¹⁵³

Assim, os conflitos que decorrem das relações jurídicas, não se limitam à parte autora e ao réu, haja vista que é possível que terceiras pessoas, acabem sendo atingidas pela sentença, mesmo não sendo partes no processo. Nesses casos, tais

¹⁴⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 2009, *loc. cit.*

¹⁵⁰ DIAMVUTU, Lino. Intervenção de terceiros na arbitragem. **Revista Angolana de Direito – RAD**, Ano 2, N.º 2, 2009, p. 4.

¹⁵¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à lei nº 9.307/86. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 305.

¹⁵² *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁵³ DIAMVUTU, Lino. *Op. cit.*, 2009, p. 2.

pessoas poderão intervir no processo, quer voluntariamente (assistência e oposição), quer porque provocadas por qualquer das partes a integrá-lo (denúnciação da lide, chamamento ao processo e nomeação à autoria).

Nesse contexto, não estará mais diante da característica da modalidade de intervenção do litisconsórcio necessário, isto é, a intervenção sem qual o processo poderá ser extinto. Aqui, as partes manifestarão o interesse de trazer ao processo arbitral um terceiro, ou, ainda, quando o próprio terceiro entende que tenha interesse jurídico na lide discutida.¹⁵⁴

4.1.1 Sobre a intervenção provocada

A intervenção de terceiros de forma provocada é representada por três modalidades, que serão explicadas a seguir: a denúnciação da lide, o chamamento ao processo e a nomeação à autoria.

A denúnciação da lide representa a maior expressão de intervenção de terceiros no processo arbitral, e ocorre quando uma das partes quer que sua pretensão regressiva seja julgada no âmbito arbitral. Nada obsta que a sentença arbitral solucione a demanda regressiva entre o denunciante e o denunciado, desde que o denunciado assine compromisso ao ser chamado.¹⁵⁵

Nessa situação, haverá o aumento do objeto do processo, uma vez que haverá a introdução de uma nova demanda, isso porque, além da demanda das partes originárias do processo, haverá a demanda regressiva, a qual o árbitro também deverá decidir.¹⁵⁶

Partindo da premissa que a arbitragem requer a realização de um consenso, é necessário que haja a concordância dos litigantes originários.

Caso o terceiro que irá ingressar no processo (denunciado), tenha em seu contrato firmado com o interessado de sua intervenção (denunciante), uma cláusula compromissória indicando o mesmo juízo arbitral em que estar-se-á ocorrendo o

¹⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à lei nº 9.307/86. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 305.

¹⁵⁵ SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. **Manual de Arbitragem Mediação e Conciliação**. 5. ed. rev., atua. ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 174.

¹⁵⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 2009, *loc. cit.*

processo, presume-se que ele está de acordo em intervir, contudo, será necessário que haja a aceitação da outra parte, qual seja, o adversário do denunciante.¹⁵⁷

Na hipótese da cláusula compromissória entre denunciante e denunciado indicar juízo arbitral diferente daquele que está administrando o processo em curso, ou, ainda, em situação mais drástica, diante da inexistência da cláusula, a intervenção dependerá da concordância do terceiro e do adversário do denunciante.¹⁵⁸

O chamamento ao processo ocorre quando, diante de uma ação de cobrança, o devedor (chamante) tem a prerrogativa de citar um terceiro (chamado), para participar do processo, que seja também coobrigado da relação jurídica cobrada pelo credor. Aqui, caso o chamante tenha que pagar a dívida, este poderá requerer o reembolso, total ou parcial, ao chamado.

Essa hipótese de intervenção não interfere na delimitação do objeto da ação. O terceiro chamado terá a prerrogativa de discutir o objeto do processo, na medida em que nisso possa ter interesse. Sendo-lhe estendido, ao final, o efeito de coisa julgada a formar com a decisão que vier a recair sobre o objeto da ação.¹⁵⁹

No âmbito do judiciário o chamamento ao processo, está disposto no art. 130 do CPC¹⁶⁰. Com relação à via arbitral, caso a convenção de arbitragem tenha se dado através de compromisso arbitral, efetuado somente entre as partes litigantes, será necessária a concordância de todas as partes. Entretanto, se a arbitragem fora instituída pela cláusula compromissória, haveria a garantia prévia do consenso entre as partes, e nessa hipótese, o terceiro apenas não teria participado da composição do tribunal arbitral.¹⁶¹

Assim, diante da existência de uma cláusula compromissória, o chamante não terá, *prima facie*, o direito de indicar novo árbitro ou de alterar a composição do tribunal arbitral já constituído e em funcionamento.¹⁶²

A nomeação à autoria visa a exclusão do réu originário no processo, objetivando a correção do pólo passivo da demanda. No âmbito arbitral, a nomeação à autoria é

¹⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à lei nº 9.307/86. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 306-307..

¹⁵⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁵⁹ DIAMVUTU, Lino. Intervenção de terceiros na arbitragem. **Revista Angolana de Direito – RAD**, Ano 2, N.º 2, 2009, p. 7.

¹⁶⁰ Art. 130 do CPC: “É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu (...)”

¹⁶¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 2009, *loc. cit.*

¹⁶² DIAMVUTU, Lino. *Op. cit.*, 2009, p. 6.

pouco provável, pois aqui na arbitragem apenas se vinculará aqueles que convencionaram a ela.

Ademais, é sabido que, na primeira oportunidade, a parte que não tiver legitimidade para a arbitragem, irá arguir tal fato, fazendo com que o processo seja extinto sem resolução do mérito. É certo que, aqui, diferentemente do que ocorre na via judiciária, não se pode obrigar que o réu provoque a sua substituição. Sendo assim, inaplicável esta modalidade de intervenção de terceiro na arbitragem.¹⁶³

4.1.2 Sobre a intervenção voluntária

A forma de intervenção de terceiro voluntária será representada pela oposição e pela assistência, modalidades que serão explanadas a seguir.

A oposição consiste na intervenção espontânea de um terceiro num processo pendente entre duas ou mais pessoas, com a intenção de fazer valer um direito próprio, incompatível com aquele que o autor na ação invoca. Dessa maneira, o oponente passa a ser autor de uma ação em que o autor e o réu originários são réus.¹⁶⁴

Ou seja, é a intervenção onde o terceiro reclama, no todo ou em parte, o direito ou a coisa, sobre que controvertem o autor e o réu. Assim, cabe ao terceiro defender o que é seu, devendo intervir para excluir tanto o direito de um, quanto o direito do outro.¹⁶⁵

Nesse caso, a oposição somente se dará mediante a concordância expressa das partes originárias, pois o terceiro irá inserir uma nova demanda, de caráter condenatória em relação à parte ré, e de caráter declaratória com relação à parte autora.¹⁶⁶

Diante da não aceitação da oposição do terceiro na instância arbitral, este poderá fazer valer os seus direitos perante o Judiciário, por via de recurso de oposição de

¹⁶³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à lei nº 9.307/86. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 308.

¹⁶⁴ DIAMVUTU, Lino. Intervenção de terceiros na arbitragem. **Revista Angolana de Direito – RAD**, Ano 2, N.º 2, 2009, p. 7.

¹⁶⁵ SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. **Manual de Arbitragem Mediação e Conciliação**. 5. ed. rev., atua. ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 174.

¹⁶⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 2009, p. 310.

terceiro. Adicionalmente, na hipótese de concordância da intervenção, tal fato irá provocar inevitavelmente, o efeito da extensão objetiva e subjetiva da convenção de arbitragem.¹⁶⁷

Logo, a ação de oposição busca resolver duas demandas (entre as partes originais e entre estas e o oponente), possibilitando assim, a economia processual, bem como evitar decisões divergentes. É cediço que, tendo em vista a característica do sigilo na via arbitral, raramente um terceiro irá ter conhecimento acerca de uma demanda que se pretenda reivindicar o direito ou coisa, por isso dificilmente esta modalidade ocorrerá na prática.¹⁶⁸

Abordando agora sobre a assistência, o direito brasileiro a distingue entre assistência simples (ou adesiva) e litisconsorcial (ou qualificada). A assistência simples ocorre quando, embora o direito do terceiro não esteja sendo discutido em juízo, este pode vir a ser afetado pela sentença, ou pela relação de dependência que ele mantém com o direito que está sendo objeto de apreciação judicial.

Ela ocorrerá quando o pretense assistente, busca participar do processo, em virtude de manter uma relação jurídica subordinada ao objeto do conflito arbitral, visando, assim, cooperar com a defesa de uma das partes, para que esta não possa vir a ser atingida pela sentença arbitral.¹⁶⁹

Portanto, trata-se da situação jurídica processual, cujo terceiro, não sendo parte na causa, intervém espontaneamente nela, para auxiliar qualquer das partes, desde que tenha interesse jurídico em que a decisão do pleito seja favorável a essa parte.¹⁷⁰

Assim, o assistente nada pede, nem contra ele se formula pedido algum, ele defenderá interesse alheio (do assistido) e não próprio. É certo, porém, que o terceiro se torna sujeito do processo, autorizado a praticar atos processuais. Por

¹⁶⁷ DIAMVUTU, Lino. Intervenção de terceiros na arbitragem. **Revista Angolana de Direito – RAD**, Ano 2, N.º 2, 2009, p. 8.

¹⁶⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à lei nº 9.307/86. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 309.

¹⁶⁹ SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. **Manual de Arbitragem Mediação e Conciliação**. 5. ed. rev., atua. ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 174.

¹⁷⁰ DIAMVUTU, Lino. *Op. cit.*, 2009, *loc. cit.*

este motivo, para que seja viável esse tipo de intervenção, será necessária a concordância das partes, algo que é muito difícil de acontecer.¹⁷¹

A respeito da assistência litisconsorcial, bastante comum nas demandas societárias, esta ocorre quando o direito que está sendo discutido em juízo, também pertence ao assistente. Razão pela qual, por ser direito seu, poderia ele ter assumido a posição de litisconsorte, demandando nessa qualidade. Porém, como não o fez oportunamente, ou porque não teve conhecimento da demanda, ou por que não quis, a lei assegura-lhe a faculdade de fazê-lo posteriormente, ao intervir como assistente recebendo o processo no estado em que se encontra.

Nessa modalidade, entende-se que o assistente assume a qualidade de coadjuvante do processo, porque a atividade do assistente vai além do simples auxílio a uma das partes, visto que ele também possui direito em litígio, considerando-se, assim, um litisconsorte da parte principal.¹⁷²

Essa modalidade se difere da simples, em razão da intensidade de interesse do assistente, pois, aqui, este estará diretamente vinculado ao objeto do processo. Nela, o assistente poderia estar ocupando a mesma posição do assistido. Caso a parte assistida for a vencedora, o assistente irá se beneficiar indiretamente, pois terá protegido com sucesso a relação jurídica subordinada.¹⁷³

Divergindo da assistência simples, em que será necessária a concordância das partes para que haja a intervenção de um terceiro à lide, pois ele não está vinculado à convenção arbitral, na assistência litisconsorcial, não haverá necessidade de concordância das partes, pois o terceiro que irá requerer o seu ingresso no processo é parte do mesmo contrato que contém a cláusula compromissória, porém não foi incluído, como ocorre, por exemplo, no caso do obrigado solidário. Aqui, o ingresso será imediato e direto.¹⁷⁴

Razão pela qual, a técnica processual não pode ficar indiferente acerca da existência de situações em que poderá ocorrer a intervenção de um terceiro como

¹⁷¹ DIAMVUTU, Lino. Intervenção de terceiros na arbitragem. **Revista Angolana de Direito – RAD**, Ano 2, N.º 2, 2009, p. 9.

¹⁷² *Ibidem, loc. cit.*

¹⁷³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à lei nº 9.307/86. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 308.

¹⁷⁴ SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. **Manual de Arbitragem Mediação e Conciliação**. 5. ed. rev., atua. ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 174.

assistente, independentemente da vontade das partes originárias, diante de um direito próprio ligado ao objeto do conflito, por um nexo de prejudicialidade.

4.2 TRANSMISSÃO

A abrangência da cláusula compromissória, embora seja comumente referida, como “transmissão” da convenção arbitral, essas hipóteses não se confundem. A transmissão é um exemplo de não-signatárias se verem afetadas pelos efeitos de uma convenção arbitral. Esta ocorre nos casos de sub-rogação, sucessão, cessão de créditos ou de contratos e fusão, cisão ou incorporação de sociedades, e tem pressupostos distintos da “extensão”, objeto da análise deste estudo.¹⁷⁵

A transmissibilidade da obrigação contida na cláusula arbitral depende da vontade das partes envolvidas (cedente e cessionário), e, também, da parte contrária na cláusula arbitral. A cessão tem de ser claramente consentida e expressa.¹⁷⁶

Quando o tema da transmissão é abordado, resta trazer à baila alguns questionamentos advindos das hipóteses em que, mesmo diante do núcleo essencial do contrato permanecer vigente, ocorre a exclusão de partes, a inclusão de outras, ou modificações nos agentes do contrato. Nesse contexto, a cessão do contrato implicará a cessão de tal cláusula, isto é, qual será o destino da cláusula compromissória nessas situações? Se a resposta é positiva, como manter a afirmação sobre a autonomia da convenção de arbitragem?¹⁷⁷

Para elucidar o caminho da resposta de tais questionamentos, é importante sinalizar que a cessão de posição contratual implica a total transferência do conteúdo de direitos e obrigações da parte cedente para a parte cedida, tendo em vista que acontece a substituição de um dos contratantes por outra pessoa que passa a figurar na relação jurídica como se fora a parte de quem substituiu, fato que

¹⁷⁵ JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 10.

¹⁷⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p.116.

¹⁷⁷ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. **Revista do Advogado**. nº 116, AASP, p. 187-192, julho 2012, p. 190.

ensejará, a total assunção do complexo de direitos e obrigações existentes no contrato.

Neste sentido, se duas sociedades resolvem criar, por meio de fusão, uma terceira sociedade conjunta, esta deverá suceder as sociedades que se fundiram, em seus direitos e obrigações, bem como haverá a transmissão da cláusula compromissória, uma vez que, ocorrerá a transmissão de obrigações substanciais que derivam do contrato principal.

Com efeito, as cláusulas compromissórias inseridas em documentos contratuais celebrados pelas sociedades que criaram uma terceira sociedade serão transmitidas para esta. Neste contexto, o mesmo raciocínio se aplicará no caso de cisão ou incorporação.¹⁷⁸

No que concerne à autonomia (a menos que se prove que ela foi celebrada *intuitu personae*), esta não será enfraquecida. Então, o adquirente está, perante a convenção de arbitragem, no lugar do transmitente, ficando sujeito ao mesmo regime de intervenção, espontânea ou provocada, a que estava sujeito o transmitente. Sendo imprescindível reconhecer que, por efeito direto da lei material, a transmissão do contrato gera, em regra, a transmissão da cláusula compromissória, pois há a presunção de que o cessionário assume todo o conjunto de direitos, deveres e obrigações daquela relação contratual.¹⁷⁹

Nos casos de transmissão, a convenção de arbitragem reveste a modalidade de cláusula inserida no contrato base, razão pela qual se pressupõe que é conhecida pelo terceiro adquirente. Por isso é que, nas hipóteses de cessão judicial (determinados por ato jurisdicional) ou legal (cujos efeitos são previstos na lei), mesmo sem qualquer manifestação de vontade por parte do cessionário, este se obrigará à cláusula compromissória, já que é a própria lei que atribui tais efeitos à cessão da posição contratual.¹⁸⁰

¹⁷⁸ JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 11.

¹⁷⁹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. "Cláusula compromissória: aspectos contratuais. **Revista do Advogado**. nº 116, AASP, p. 187-192, julho 2012, p.190.

¹⁸⁰ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 140.

Nesse sentido, a transmissão da cláusula arbitral se dará porque o terceiro assumiu a condição de parte quando substituiu o contratante original, passando a ocupar a posição da signatária, seja em virtude da cessão de créditos ou de contratos, da fusão, da cisão ou da incorporação da sociedade à qual o pacto arbitral foi transmitido.¹⁸¹

Portanto, os casos de transmissão para as quais se prevê a jurisdição arbitral implicam a sujeição do adquirente à convenção de arbitragem, respeitando a situação transmitida.

4.3 OS ACIONISTAS CONTRÁRIOS NA DELIBERAÇÃO

Ultrapassados os pontos acima narrados, resta, definir qual poderá ser o comportamento dos acionistas que votaram contra a modificação ou inserção da cláusula arbitral, tendo sido derrotados pela maioria.

O Código Civil¹⁸² exige 75% (setenta e cinco por cento) dos votos para promover alterações do contrato social nas sociedades limitadas. A alteração do estatuto social, exceto se a própria sociedade estabelecer quórum qualificado, poderá ser realizado mediante votos representativos da maioria absoluta do capital social. O tema passou a ser mais debatido a partir de 2001, quando a Lei das S.A. foi modificada para prever, no artigo 109, §3º.¹⁸³

O tema passou a ser mais discutido, não porque a arbitragem não pudesse ser inserida nos estatutos sociais até então, uma vez que os litígios envolvendo sociedades e seus acionistas assumem, como regra geral, o caráter disponível próprio dos direitos patrimoniais. A modificação da Lei das S/A apenas reforçou e evidenciou esta possibilidade. Desde a edição da Lei de Arbitragem sempre foi

¹⁸¹ JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional**: o caso dos grupos societários. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 10.

¹⁸² Art. 1.076 do Código Civil: "Ressalvado o disposto no art. 1.061 e no § 1o do art. 1.063, as deliberações dos sócios serão tomadas: (...) I - pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071."

¹⁸³ Art. 109, §3º da Lei 10.303/2001: "o estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar."

possível dirimir conflitos societários por este método, inclusive nas sociedades limitadas regidas pelo Código Civil.¹⁸⁴

Neste sentido, no que tange ao sócio que se opõe à deliberação que aprova a arbitragem como meio adequado, no contrato social da sociedade limitada, será cabível a retirada nos termos do art. 1.077 do Código Civil¹⁸⁵.¹⁸⁶

Há estudiosos que defendem que, quanto às sociedades anônimas, deve ser conferido ao dissidente o direito de recesso, a ser exercido nos termos e prazos da lei das S/A (art. 137)¹⁸⁷. Caso não seja exercitado, presume-se aceita a cláusula. Seja como for, discordando o acionista da modificação e pretendendo questioná-la, por não ser razoável impor ao dissidente que litigue em processo arbitral justamente contra a deliberação que a instituiu no estatuto social, o juízo estatal será o competente para seu julgamento.¹⁸⁸

Contudo, vale ressaltar que, parte majoritária da doutrina entende que as hipóteses de recesso além de serem taxativas, não são a regra, e sim exceção. Por isso, parece que não se poderá conferir ao acionista o direito de recesso, na medida em que, não estando presente nenhuma das hipóteses mencionadas no art. 137, não tenha havido qualquer comprovação dos prejuízos causados pela deliberação, podendo configurar um ato de abuso do direito.

Isso porque, nas sociedades anônimas, o voto não pode se destinar a respaldar objetivos inferiores, ou seja, o voto deve ser exercido no interesse da sociedade, conforme determina a lei.¹⁸⁹

No que tange às sociedades limitadas, a solução encontrada será a dissolução parcial da sociedade, com apuração e pagamento dos haveres do sócio, já que,

¹⁸⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013, p. 15.

¹⁸⁵ Art. 1.077 do CC: "Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031."

¹⁸⁶ WEBER, Ana Carolina; et al. **A Reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 681.

¹⁸⁷ Art. 137 da Lei 10.303/2001: "A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas(...)."

¹⁸⁸ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Op. cit.*, 2013, *loc. cit.*

¹⁸⁹ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13. ed., rev. atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 358.

essa modificação, promoveu o desaparecimento da *affectio societatis* e pretender, requerendo, assim, a sua exclusão do quadro social.

No que toca à disposição do art. 109, §3º da Lei de S/A, Ricardo Aprigliano discorreu:

A partir da previsão legal do artigo 109, §3º da Lei das S/A, que erroneamente sugere a arbitragem para dirimir litígios apenas entre alguns dos atores destas companhias, parece prevalecer o consenso de que somente naquelas hipóteses pode se dar a arbitragem. Trata-se de um raciocínio equivocado. Em primeiro lugar, como visto, porque é a lei brasileira de arbitragem que estabelece os limites para a contratação da arbitragem. Aplicando-os às sociedades anônimas, facilmente se nota que outros conjuntos de acionistas e outros vetores de relações societárias podem ser também abrangidos.¹⁹⁰

Por óbvio, justamente para escapar de futuros problemas, o estatuto social (ou o contrato social) não deve se limitar a transcrever a regra do citado 109, §3º, razão pela qual, a redação de tais cláusulas deve ser cuidadosa e ampla, buscando abranger todas as situações desejadas pelos acionistas.

Sendo assim, salvo raras hipóteses em que se exige a deliberação unânime, a depender de regulação legal ou combinação específica dos sócios, os quóruns podem ser simples ou qualificados, mas, o princípio majoritário é o que determinará o modo de ser das companhias e empresas limitadas, defendendo que a prerrogativa de determinar os desígnios da organização econômica está intimamente ligada à maioria do capital social.¹⁹¹

Partindo da premissa que a nem o Código Civil, e nem a lei das sociedades anônimas, incluem a cláusula compromissória no rol de matérias que requerem quórum qualificado ou unanimidade, no que tange ao acionista que foi contrário à deliberação da cláusula, caberá a este o direito de recesso.

Portanto, a deliberação da assembléia que aprova, por maioria, a arbitragem como meio adequado para a resolução de controvérsias, irá carregar a prévia manifestação de vontade de todos os sócios, ou seja, haverá a presença do requisito volitivo exigido para que a cláusula compromissória seja válida e produza os seus efeitos, vinculando todos os acionistas. Logo, caberá ao sócio dissidente

¹⁹⁰ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013, p. 13.

¹⁹¹ *Ibidem*, loc. cit.

duas opções: permanecer na sociedade sujeitando à cláusula, ou exercer o seu direito de retirada.¹⁹²

4.4 A EXTENSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

No que tange a extensão da cláusula compromissória aos diferentes tipos de acionistas, vige grande discussão. Parcela da doutrina entende que a cláusula que institui o pacto arbitral, pode vincular inclusive os futuros sócios, que adquiram participações societárias posteriormente, sem que tenham participado do consenso que a inseriu.

Outros autores, porém, entendem que a cláusula compromissória vincula apenas os acionistas signatários ao tempo de sua instituição. Sobre os acionistas que votaram contrariamente à inserção de tal cláusula, continua assegurado o direito de recurso ao Poder Judiciário, uma vez que a adoção da arbitragem é meio excepcional e não admite interpretações ampliativas.¹⁹³

A doutrina vem debatendo acerca da possibilidade de se impor a cláusula compromissória a acionistas que adquiriram ações ou cotas depois, não aderindo de forma expressa ao pacto arbitral, bem como aos que se opuseram à modificação do estatuto ou contrato/social.¹⁹⁴

Não há divergência quanto ao fato de que o estatuto social é um e único para todos os sócios, uma vez que Lei das sociedades Anônimas prevê¹⁹⁵ a possibilidade de se incluir a convenção de arbitragem nos estatutos sociais.¹⁹⁶

Apesar disso, o tema é polêmico porque a regra geral é a solução de controvérsias pela justiça estatal, sendo assim, a escolha da arbitragem é considerada como uma alternativa. E, aliado ao fato de que a Constituição Federal traz como garantia a inafastabilidade da tutela jurisdicional, há quem entenda que a escolha da

¹⁹² WEBER, Ana Carolina; et al. **A Reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 681.

¹⁹³ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. **Revista do Advogado**, nº 116, AASP, p. 187-192, julho 2012, p. 190.

¹⁹⁴ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁹⁵ Art. 109 da Lei 10.303/2001: “§ 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar”.

¹⁹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à lei nº 9.307/86. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

arbitragem só poderá ser feita mediante manifestação expressa de vontade de cada acionista, sob pena de tal cláusula não produzir efeitos em relação a eles.¹⁹⁷

Adicionalmente, há autores que equiparam o estatuto social aos contratos de adesão, com base na previsão da lei de arbitragem acerca dos contratos de adesão, por isso que exigem a manifestação expressa e individual, caso não seja o próprio aderente que institua a arbitragem.¹⁹⁸

Contudo, considerar-se-á esse entendimento equivocado, uma vez que tais contratos (explanados no art. 54¹⁹⁹ do Código de Defesa do Consumidor e referidos nos arts. 423²⁰⁰ e 424²⁰¹ do Código Civil), caracteriza-se por serem sinalagmáticos e bilaterais, onde há interesses contrapostos e uma das partes se encontra em uma posição de interesses contrapostos. Em contrapartida, o mesmo não ocorre com os estatutos ou contratos sociais, tendo em vista que têm natureza jurídica de contratos plurilaterais, que visam uma finalidade comum e permitem o ingresso de novas partes.²⁰²

É inegável que traz uma vantagem prática relevante o fato de a doutrina sustentar que a cláusula compromissória, uma vez regularmente inserida no estatuto, vincula todos os acionistas, sejam estes originais ou supervenientes. Tendo em vista que, caso contrário, se cada acionista tivesse a faculdade de expressamente aderir à convenção, significa dizer que, em uma mesma sociedade empresarial, poderia existir dois tipos de regime, onde alguns acionistas e a sociedade sujeitariam a um, e o restante acionistas a outro.²⁰³

Nesse sentido, cabe nessa pesquisa, análise a respeito dos argumentos jurídicos tanto de ordem societária, como arbitral, que indicam que a melhor interpretação é a de admitir que a cláusula compromissória vincule a todos os acionistas e cotistas, sejam estes futuros ou presentes, aceitantes ou não. Uma vez que, o próprio

¹⁹⁷ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013, p. 12.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 10.

¹⁹⁹ Art. 54, do CDC: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

²⁰⁰ Art. 423, do CC: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

²⁰¹ Art. 424, do CC: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

²⁰² WEBER, Ana Carolina; et al. **A Reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 685.

²⁰³ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Op. cit.*, 2013, *loc. cit.*

sistema da lei de arbitragem, admite a escolha da via arbitral a partir do contexto em que tal escolha efetivamente se deu, observando-se o respeito à boa-fé e a vedação de comportamentos contraditórios.²⁰⁴

4.4.1 Forma escrita: um obstáculo da extensão?

Em função da arbitragem, ter origem contratual, pois um litígio só poderá ser afastado da jurisdição estatal por acordo das partes, é possível extrair o princípio da interpretação restritiva da cláusula de arbitragem, segundo o qual, esta só beneficia, e dela só pode se obrigar, a parte que com ela consentiu. Em razão disso que a idéia de vinculação de pessoas que não assinaram a convenção arbitral causa espanto.²⁰⁵

No que concerne à exigência legal de forma escrita para a convenção arbitral, tal prerrogativa não constitui óbice à sua extensão as partes não signatárias no âmbito do grupo de sociedades, na medida em que já haverá no contrato a previsão escrita de cláusula compromissória.

O que deve ser examinado é a força vinculante dessa cláusula em relação às partes não signatárias, que existirá quando demonstrada a existência de inequívoco consentimento (que poderá ser verificado, por exemplo, com a participação da sociedade não signatária ao longo da contratação), configurando assim, uma manifestação de vontade tácita.²⁰⁶

A propósito do tema dos terceiros abrangidos pela cláusula compromissória, a lei modelo da UNCITRAL traz uma definição da convenção de arbitragem bastante ampla em seu artigo 7.º, item (3), quando diz que:

“a convenção de arbitragem tem forma escrita quando o seu conteúdo estiver registrado sob qualquer forma, independentemente de a convenção de arbitragem ou o contrato terem sido concluídos oralmente, por conduta ou por qualquer outro meio”.

²⁰⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013, p. 11.

²⁰⁵ JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 67.

²⁰⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 121.

Neste sentido, o item (6) do mesmo artigo preceitua que:

“em um contrato, a referência a qualquer documento que contenha uma cláusula compromissória constitui uma convenção de arbitragem por escrito, desde que a referência seja feita de modo a tornar a cláusula parte integrante do contrato.”

Nota-se que há uma tentativa de flexibilizar rigores formais das legislações nacionais, tendo em vista o amplo reconhecimento, de que a manifestação de vontade pode se dar sob diferentes formas, que não apenas a escrita, sendo perfeitamente possível que as partes contratem a arbitragem por outros mecanismos.

A respeito a isso, surge a pergunta: Se a Constituição Federal defende como garantia fundamental, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, e, ao mesmo tempo, há a exigência da forma escrita da cláusula compromissória, como será possível admitir a vinculação de pessoas que não optaram pela via arbitral? Ou em situação adversa, como vincular uma pessoa que se manifestou expressamente contra à introdução da convenção arbitral em estatuto ou contrato social?²⁰⁷

Diante desse contexto, há quem entenda que a forma escrita, exigida pelo direito brasileiro, pode representar um obstáculo à abrangência da cláusula compromissória. Com efeito, Wald sustenta que tal fato pode configurar um limite para que não-signatários sejam abrangidos pela convenção, salientando, ainda, a questão da garantia constitucional de que não se pode negar às partes acesso ao judiciário.²⁰⁸

É cediço que, no direito atual, prevalece a liberdade de contratar, então, por que a forma é exigida para a convenção arbitral inserida em um contrato?²⁰⁹

Inicialmente, é importante mencionar que o formalismo presente nos contratos não nega a necessária proteção de interesses das partes, porém, nos dias de hoje, as normas contratuais relativas à forma atendem a exigências de interesse público.

²⁰⁷ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013, p. 13.

²⁰⁸ WALD, Arnoldo. **A arbitragem...** p. 48. 2004.

²⁰⁹ JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 99.

Formalizar o contrato em um documento escrito serve para tornar certo e não controvertido o teor das cláusulas que formam o seu conteúdo, já que as partes envolvidas em um contrato estão suscetíveis a terem graves conseqüências sobre seus patrimônios. Portanto, essa certeza serve, essencialmente, para esclarecer às partes, desde o início, suas posições recíprocas, prevenindo dúvidas e controvérsias sobre dados de fato.²¹⁰

Segundo Orlando Gomes, a forma escrita é a preferida - ainda que não seja exigida para a maioria dos contratos -, em razão da sua superioridade em relação à forma oral no que tange à prova do contrato.²¹¹

Na prática atual, cada vez mais, a constatação da existência do consentimento para arbitrar se faz a partir da vontade das partes e não em função de assinaturas das partes em documento escrito. Isso ocorre porque a noção de escrito, não é a essência da convenção arbitral, logo, a sua ausência não justifica a invalidade da convenção.²¹²

Portanto, a forma escrita, é meio de prova da existência da convenção arbitral, mas não condição de validade. Sendo assim, ela não pode ser considerada, como um obstáculo para que as partes, não-signatárias do contrato na época em que a cláusula se originou, sejam abrangidas pela convenção arbitral.

4.4.2 Sobre a manifestação de vontade

Não obstante a afinidade que os microssistemas jurídicos da arbitragem e do Direito Empresarial possuem, insta salientar que há potenciais conflitos entre estes, isso ocorre em razão da relação dos valores e princípios que emanam aliados com a exigência da manifestação do consentimento, cuja compatibilização vem sendo debatida há tempos, tanto no Brasil como na comunidade internacional.²¹³

²¹⁰ JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 100.

²¹¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 2008. p. 62.

²¹² JABARDO, Cristina Saiz. *Op. cit.*, 2009, p.104.

²¹³ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013, p. 16.

Neste sentido, surge a divergência em que parte da doutrina entende que os acionistas que não anuíram à cláusula compromissória, não estariam vinculados à mesma, em razão de não ter havido a manifestação de vontade expressa.²¹⁴

Se tais potenciais conflitos podem se aplicar às situações mais simples, em que há apenas dois contratantes, empresas autônomas e independentes, imagina o que poderá ocorrer nos casos concretos em que há a incidência das hipóteses em que se pretende obrigar um terceiro, que adquiriu participação acionária posteriormente, ou que dissentiu da vontade majoritária em instituir a cláusula compromissória nos estatutos ou contratos sociais. Sobre tal realidade, Ricardo Aprigliano dissertou:

Tal solução geraria grave insegurança jurídica, além de incontáveis dificuldades de ordem prática. Não parece que a adoção da arbitragem seja, intrinsecamente, tão temerária e arriscada a ponto de ser erigida a uma condição destacada de todas as demais que os acionistas aceitam ao adquirirem participações acionárias.²¹⁵

Nessa ordem de ideias, importa dizer que a natureza dos contratos de sociedades, faz com que a cláusula compromissória seja imposta a todos os acionistas – mesmo que este seja um terceiro que tenha participado posteriormente do contrato –, e siga a sorte de todas as deliberações societárias, regidas pelo princípio majoritário.²¹⁶

Acrescenta, em favor desta tese, que o fato de os estatutos sociais possuírem registro público, os torna portadores de fé pública e publicidade e, tal condição, implica na presunção de pleno conhecimento dos sócios, inclusive os futuros.²¹⁷

Pedro Machado Segall afirma, acertadamente, ser impossível de imaginar o sucesso que cada empresa teria se o desejo de cada sócio houvesse de ser respeitado na sua integralidade.²¹⁸

A conclusão mais razoável e compatível com os valores sob discussão é a de que a convenção de arbitragem, quando inserida em contrato ou estatuto social, deve ser considerada como igualmente aceita por todos aqueles que adquirirem participações societárias, mesmo diante daqueles terceiros acionários que não participaram de

²¹⁴ WEBER, Ana Carolina; et al. **A Reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 680.

²¹⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013, p. 14.

²¹⁶ MARTINS, Pedro Batista. **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 78.

²¹⁷ GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 115.

²¹⁸ SEGALL, Pedro Machado. Da vinculação dos sócios à cláusula arbitral estatutária. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 8, vol. 31, p. 355-37.

sua inclusão, sob a premissa de que a manifestação de vontade no sentido de tornar-se acionista pressupõe a ciência e a aceitação de todas as condicionantes desta mesma sociedade, abrangendo não apenas os seus órgãos de administração, seu objeto social, capital, mas também o método eleito para a solução de controvérsias decorrentes daquelas mesmas relações, que no caso deste estudo seria a arbitragem.²¹⁹

Ou seja, a vinculação à arbitragem também se impõe se a sociedade já dispõe de cláusula compromissória e acionistas chegam depois, adquirindo ações. Aos acionistas, é facultada a escolha de comprar ou não as ações, mas uma vez as adquirindo, a aceitação do estatuto deve ser integral, visto que não é possível que uma mesma sociedade possua regimes jurídicos diferentes em suas relações sociais. Sendo assim, ou todos se sujeitam ao regime jurídico, ou não se institui a cláusula estatutária.²²⁰

Como ocorre em qualquer ato jurídico, a vontade, 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. Embora cuidando de caso particular dos contratos de adesão, o art. 4º, § 2º²²¹ da Lei de Arbitragem, além de ser coerente, ilustra bem a necessidade de uma escolha consciente e expressa da via arbitral para que a cláusula seja válida.²²²

Como já foi dito anteriormente, a cláusula arbitral, obrigatoriamente escrita, pode abranger quem não foi signatário, em virtude de um consentimento tácito da pessoa em questão, o qual indica sua inequívoca adesão à cláusula.²²³

O consentimento tácito decorre de atos praticados pelo sujeito que indicam a sua adesão ao contrato que contém a cláusula, ou que indicam a aceitação da obrigação

²¹⁹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013, p. 9.

²²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. “Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias”, **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 28, outubro- dezembro 2010, pp. 30-40, p. 35.

²²¹ Lei 9.307/1996, 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 [...]”

²²² BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 117.

²²³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Op. cit.*, p. 118.

de arbitrar. É uma forma de alguém intervir espontaneamente num procedimento arbitral.²²⁴

No que concerne à ciência das partes, para a adesão à cláusula compromissória, esta não pode ser interpretada como uma exigência de manifestação expressa, pois acaso assim o fosse, não haveria qualquer extensão da mesma.²²⁵

Ao indagar sobre a ciência, verifica-se, finalmente, entre outras coisas, se, no relacionamento entre as partes, aquele que não participou na instituição da cláusula, ou se opôs à arbitragem alegando a inexistência daquela, agiu como se a tivesse aceitado, no bojo de outro contrato ou relação jurídica.²²⁶

É certo que há a distinção entre as partes que firmaram e as partes que não firmaram a cláusula arbitral, mas admite-se a extensão da cláusula compromissória, ainda que estranhas ao momento de sua instituição, em decorrência do papel da sociedade na execução do contrato que contém tal cláusula, aparentando ter sido verdadeira parte do mesmo, tendo sido especialmente abrangida pela cláusula.²²⁷

Por isso que a abrangência dos efeitos de uma cláusula arbitral pode ocorrer quando as circunstâncias permitem presumir que a relação e as atividades comerciais habituais das partes do contrato, indicam que elas concordaram com a cláusula arbitral reconhecendo o seu alcance e efeito.²²⁸

Assim, Bevilacqua ensina que o consentimento será tácito diante de atos que não seriam praticados caso não houvesse vontade de aceitar o contrato.²²⁹ A esse respeito, Pedro Batista Martins entende:

Não vejo, *a priori*, violação ao princípio do interesse comum a deliberação que importe em fixação, por maioria, de cláusula compromissória para afastar o Poder Judiciário das controvérsias (...). Não há nessa alteração societária ato que comporte dano patrimonial ou político aos envolvidos.²³⁰

²²⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 118.

²²⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. **Revista do Advogado**, n.119, p. 1-16, 2013, p. 11.

²²⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Op. cit.*, 2011, p.125.

²²⁷ HUCK, Marcelo Hermes. **O terceiro no Processo Arbitral**. Disponível em: [<http://www.cmaj.org.br/o-terceiro-no-processo-arbitral/>] Acesso em: 14/10/2016.

²²⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Op. cit.*, 2011, p. 122.

²²⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. p. 191.

²³⁰ MARTINS, Pedro Antônio Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, n. 126, 2002, p. 64-65.

Percebe-se, diante do exposto, que para determinar a extensão dos efeitos da cláusula arbitral, levou-se em conta a presença da manifestação de vontade, podendo ser configurada mediante a prática constante de atos decorrentes de um contrato onde constava a cláusula arbitral. Nestas situações, ocorre a adesão implícita ou tácita à convenção de arbitragem, já que a intenção de obrigar-se foi manifestada positivamente pela conduta inequívoca do sujeito.²³¹

Ademais, como o princípio majoritário rege o sistema de poder das sociedades, presume-se que a manifestação de vontade dos sócios majoritários, ao fixar a arbitragem como meio adequado, é a que melhor exprime o interesse social, e como tal regra foi aceita por todos os sócios, de forma inequívoca, estar-se-á em concordância com o princípio da autonomia da vontade.²³²

Outro ponto merecedor de destaque é o fato de tais considerações não enfraquecerem a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que seja inserida, pois a verificação da sua existência, validade e eficácia, será realizada autonomamente, não necessariamente influenciada por vícios de consentimento que porventura venham a atingir o estatuto social em si.²³³

Nesse contexto, questiona-se, ainda, se a autonomia da cláusula compromissória impede ou não a sua “extensão”.

O contrato-base que contém a cláusula traz consigo os direitos e as obrigações substantivas das partes, dispondo a respeito das prestações patrimoniais de cada uma delas. Já a cláusula arbitral, é um contrato cuja finalidade é estabelecer um procedimento alternativo de resolução de solução de conflitos existentes no contrato ao qual está inserida. Por sua vez, a autonomia da cláusula arbitral funda-se no respeito à vontade manifestada pelas partes de se submeterem à arbitragem, consistindo em impedir que a arbitragem seja paralisada sempre que se questione a validade do contrato que a contém.²³⁴

²³¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2011, p.124.

²³² WEBER, Ana Carolina; et al. *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 681.

²³³ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. *Revista do Advogado*, n.119, p. 1-16, 2013, p. 15.

²³⁴ JABARDO, Cristina Saiz. *Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p.12.

É sabido que, a cláusula arbitral, devido à sua especificidade, pode apresentar um regime jurídico autônomo e independente em relação ao contrato principal ao qual foi inserida. Neste sentido, sob a justificativa da autonomia da vontade, há quem defenda que o consentimento referente à cláusula compromissória, deve ser manifestado em apartado do contrato principal que a contém. Porém, essa eventual dissociação da cláusula arbitral ao contrato, não deve existir no que se refere ao acordo de vontades.

Podemos, portanto, concluir que quando a vontade das partes não signatárias se manifesta através de um comportamento concludente, a autonomia da cláusula compromissória não representa obstáculo à abrangência desta.²³⁵

5 CONCLUSÃO

Após estudos acerca do tema, pôde-se perceber que o avanço econômico das empresas brasileiras reclama a ineficiência e a insuficiência do modelo de Jurisdição Estatal, que fora apresentado para dirimir as controvérsias de seus contratos. Com efeito, as empresas encontraram na arbitragem, o meio mais adequado para tanto, uma vez que este consegue satisfazer as necessidades das partes.

Nesse contexto, surgiu a discussão acerca da obrigação que o Estado possui de zelar pela administração da justiça. E concluiu-se que isso não implica em exercer a jurisdição em caráter de monopólio, podendo delegá-la em favor da arbitragem, reconhecendo como meio mais adequado.

A partir dessa conclusão, compreendeu-se que, em determinadas situações, há conflitos mais adequados à resolução por meio da arbitragem, quais sejam, aqueles que demandam celeridade, sigilo e uma decisão proferida por um especialista na área da controvérsia, que será o árbitro. Assim, a arbitragem é a expressão da liberdade de escolha das partes porque possui caráter voluntário.

²³⁵ JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p.13.

Contudo, não é porque a arbitragem possui como vantagem a flexibilização do procedimento, quando comparada à via Estatal, que, dever-se-á ignorar princípios basilares do processo, como o devido processo legal e o contraditório.

Viu-se também que no passado, antes da promulgação da Lei de Arbitragem, havia a fragilidade da cláusula, proveniente da necessidade de homologação da sentença arbitral, bem como a recusa das partes em se submeterem à solução extrajudicial, fatos que desfavoreciam a arbitragem, por retirarem alguns de seus principais atributos: rapidez, eficiência e eficácia.

É sabido que houve a argüição de inconstitucionalidade da referida lei, trazendo à baila divergências acerca da natureza jurídica do instituto da arbitragem, uma vez que questionava se tinha natureza contratual ou jurisdicional.

Nesse momento da pesquisa, restou evidente que após o nascimento da vontade contratual, esta se transforma em jurisdição para aqueles que firmaram o contrato, surgindo, então, uma jurisdição consensual.

Verifica-se na pesquisa, que o árbitro atua na qualidade de terceiro desinteressado, satisfazendo o requisito da imparcialidade, além disso, detém poderes para se subrogar à vontade das partes e, dessa forma, aplicar o direito.

Ademais, ele está investido de poder decisório, uma vez que a eficácia equipara-se à sentença judicial. Embora o procedimento arbitral não seja igual ao judicial, a arbitragem se submete ao devido processo legal, com a garantia do contraditório. Sendo que, a atividade do árbitro, assim como a do juiz, é inerte, pois depende da provocação dos interessados.

Com efeito, como regra geral, a jurisdição dos árbitros não poderá exceder o limite das vontades das partes, visto que as mesmas atribuíram a este terceiro o condão de resolver o seu litígio. Insta salientar que, tais vontades estarão expressas e definidas na própria convenção arbitral.

Após estudos acerca do tema, pode-se perceber que quanto mais e melhor disseminada a solução arbitral, em um país como o Brasil, dotado de uma histórica tradição de morosidade na tramitação das demandas judiciais, maior será possibilidade de se resolver as contendas, principalmente no âmbito do Direito Empresarial, pois este ramo traz contratos complexos e de grande vulto.

À luz de tais premissas, o trabalho buscou enfrentar a abrangência da cláusula compromissória, trazendo situações típicas, de intervenção de terceiros e da extensão da cláusula.

Com efeito, os limites subjetivos da convenção de arbitragem precisam ser reavaliados, pois foi possível perceber que, não cabe mais excluir do processo arbitral os terceiros não signatários, uma vez que, direta ou indiretamente, eles podem possuir interesse no objeto do litígio.

Considerou-se, para fins deste estudo: a qualidade do terceiro (signatário ou não signatário) perante a convenção de arbitragem, a situação que legitima a sua intervenção, o momento em que ocorreu o ingresso, possibilitando (ou não) a extensão da cláusula compromissória.

Buscou-se evidenciar que trata de questão extremamente relevante, uma vez que a intervenção de terceiros possui como consequência a extensão subjetiva da convenção de arbitragem para terceiros não signatários.

Em regra, entende-se que o alcance da jurisdição dos árbitros, exclui aqueles que não consentiram com a arbitragem, tendo em vista o seu caráter consensual. No entanto, foram expostas exceções, tais como a intervenção de terceiros e as hipóteses de extensão legítima da cláusula compromissória.

Nesse contexto, no que tange à intervenção de terceiros, como qualquer juiz na esfera da jurisdição Estatal, o árbitro tem competência para decidir, sobre a intervenção de um terceiro na lide. Avaliando, conforme o caso concreto, se é ou não caso de intervenção. Isso porque, a nomeação do árbitro é realizada com escopo na resolução do conflito, numa determinada extensão. Assim, o árbitro não poderá ser constrangido a solucionar um conflito mais abrangente subjetivamente.

Vale ressaltar, que não se pode esquecer a necessidade de se promover um justo equilíbrio entre as expectativas contratuais das partes signatárias, com os direitos de terceiros, que possam vir a ser atingidos pelos efeitos da sentença arbitral.

Em seguida, foi abordada a importância de determinar a extensão da cláusula compromissória para as partes que não participaram da deliberação da via arbitral, seja em razão da transferência da posição contratual, do cedente ao cessionário, seja por causa de adesão superveniente ao pacto, ou até por se opor ao instituto.

Vislumbrou-se, ainda, a hipótese de o contrato-base conter cláusula arbitral, porém de existir, nesse sentido, ausência de consentimento. Neste sentido, surgiu a possibilidade de se estender os efeitos da arbitragem a terceiros que a ela não estejam contratualmente obrigados e que dela não queiram participar.

Conforme mencionado, o alcance dessa cláusula foi demonstrado, ao trazer a possibilidade de uma sociedade não signatária de um contrato manifestar, por outros meios que não pela sua assinatura, a sua vontade de se tornar parte do acordo.

Então, não é raro, que uma sociedade não parte de um contrato em sua origem, venha a tornar-se parte no transcorrer de sua execução, tendo em vista a prática de atos concludentes que expressem sua adesão ou sua ratificação. Logo, apenas a análise da vontade das partes permite uma decisão concreta a respeito. Nessas situações, considera-se que tais terceiros tenham aderido automaticamente, ainda que posteriormente, à cláusula compromissória originalmente celebrada.

É importante dizer que, chegou-se à conclusão de que a exigência da forma escrita da cláusula arbitral no Direito brasileiro é mera prova, e não essência da cláusula arbitral. Por isso, o requisito de forma escrita não constitui obstáculo à abrangência da cláusula compromissória às partes não signatárias.

Portanto, entende-se que a identificação do consentimento, tendo como base as circunstâncias peculiares do caso, ou as atitudes das partes, é perfeitamente cabível e não contraria os princípios norteadores do instituto da arbitragem.

Diante do exposto, cumpre atestar que:

- a) Como explanado no trabalho, a consequência negativa da convenção de arbitragem é representada pela abstenção judicial de resolução de litígios, sendo que, parte da doutrina nega que a arbitragem seja jurisdicional. No entanto, concluiu-se que a manifestação de vontade de seguir pela via arbitral, não usurpa uma função exclusiva do Estado, pois, a ampliação do acesso à justiça, mesmo que seja em detrimento da titularidade estatal, é observada na arbitragem em sua busca pela Jurisdição;
- b) Para que se admita um processo arbitral, deve haver a observância de alguns requisitos, tais como, que a matéria a ser submetida seja arbitrável, isto é,

relativa a direitos patrimoniais disponíveis, bem como, que a via arbitral tenha sido contratada por meio de um consenso, realizado por partes com capacidade para tanto;

- c) O CPC declara que não deve haver resolução de mérito de processos judiciais diante de convenção arbitral. Assim, nesta diapasão, a sentença arbitral produz coisa julgada, e seus efeitos são os mesmos da sentença judicial, que, além de constituir título executivo judicial, reveste-se da característica inerente à atividade jurisdicional, qual seja, a imutabilidade;
- d) No que tange ao princípio da autonomia da cláusula compromissória, não faz sentido que se exija que o consentimento relativo à convenção arbitral se manifeste de forma autônoma e distinta daquele relativo ao contrato principal;
- e) Quanto à intervenção de terceiros na lide arbitral, é interessante afirmar que, para a sua ocorrência, há a exigência da anuência expressa das partes e dos árbitros. Assim, mesmo diante da vontade do terceiro em participar, caso haja a discordância da contraparte, haverá um obstáculo à sua intervenção;
- f) Diante dos estudos realizados neste trabalho, foi visto que, diante da natureza consensual da arbitragem, as intervenções provocadas, em princípio, apenas serão admitidas, diante de signatários ou de não signatários, que estejam dispostos a arbitrar. Ao passo que, as intervenções voluntárias serão admitidas mais facilmente, pois o terceiro, ainda que não signatário, acaba por aderir à cláusula compromissória;
- g) Restou evidente que as controvérsias que abrangem o tema da intervenção de terceiros na arbitragem, decorrem do fato de que não há regulamentos arbitrais capazes de resolver tais problemas. Assim, se faz necessário que as partes incluam na convenção arbitral, uma regulamentação para gerir tal assunto, visando que este tema não venha a ser palco de eventuais impasses;

- h) É interessante afirmar que a questão de saber se uma sociedade que não participou da deliberação, está vinculada ou não, à cláusula arbitral inserida num contrato, apenas encontrará a resposta diante de uma análise criteriosa e aprofundada do comportamento das partes quando da negociação ou da execução do acordo, pois dessa maneira é que identificará se houve a manifestação tácita da vontade das partes;
- i) A solução para a questão da extensão relacionada à vinculação, em verdade, só pode ser definida no caso concreto. Portanto, a eventual mudança de textos legais, definindo a extensão das cláusulas compromissórias, se faz desnecessária diante da noção de consentimento, uma vez que, a manifestação da vontade será avaliada em função das circunstâncias do caso concreto, sendo este elemento essencial para se achar uma solução;
- j) Oferece-se, como núcleo deste estudo, as modalidades de intervenção de terceiro, buscando relacioná-las com a arbitragem, visando atingir um equilíbrio entre as expectativas contratuais das partes originárias e os efeitos da cláusula compromissória perante terceiros. Conclui-se que, em alguns casos, que será permitida a intervenção voluntária de terceiros, independentemente da vontade das partes, uma vez que ele estará sujeito aos efeitos da sentença.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008.

ALVES, Rafael Francisco. **A Inadmissibilidade das Medidas Antiarbitragem no Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. "A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário". **Revista do Advogado**, nº 119, p. 1-16, 2013.

_____. "Cláusula compromissória: aspectos contratuais", **Revista do Advogado**, n. 116, AASP, p. 187-192, julho 2012.

ARROW, Kenneth J; et al. **Negociação: barreiras para resolução de conflitos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARRUDA, Alvim. **Novo Contencioso Cível no CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTE, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 14, jul.-set. 2007. São Paulo: Editora RT.

BEVILÁCQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958.

BONATO, Giovanni. **Panorama da Arbitragem na França e na Itália Perspectiva de Direito Comparado com o Sistema Brasileiro**, 2014.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13. ed., rev. atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. **Lei 9.307**, 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 28 de set. 2016.

_____. **Lei 3.071**, 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 27 de set. 2016.

_____. **Lei 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 de set. 2016.

_____. **Lei 13.105**, 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 de set. 2016.

_____. **Lei 10.303**, 31 de outubro de 2001. Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília: DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10303.htm>. Acesso em: 27 de set. 2016.

_____. **Lei 13.129**, 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília: DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 30 de out de 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. “Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias”, **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 28, outubro- dezembro 2010, pp. 30-40.

_____. **Arbitragem – Lei 9.307/96**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à lei nº 9.307/86**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, vol. 58, p. 33-40, 1990.

CHAVES, Isadora Costa. **Da Cláusula Compromissória Nos Contratos Brasileiros**. 2010. (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Faculdade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem Na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FALECK, Diego; ALVES, Rafael. Concordar em discordar: por quê, o quê e como negociar o procedimento arbitral. **Revista do Direito Empresarial**, vol. 1. jan., 2014.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: Editora RT, 1997.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio da competência competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 9. abr 2006.

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

_____. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. 2. ed. rev., ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Coordenador Edvaldo Brito; atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009.

HUCK, Marcelo Hermes. **O terceiro no Processo Arbitral**. Disponível em: [<http://www.cmaj.org.br/o-terceiro-no-processo-arbitral/>] Acesso em: 14/10/2016.

JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

DIAMVUTU, Lino. Intervenção de terceiros na arbitragem. **Revista Angolana de Direito – RAD**, ano 2, n. 2, 2009.

SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. **Manual de Arbitragem Mediação e Conciliação**. 5. ed. rev., atua. ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

KUYVEN, Luiz Fernando Martins. Modernização da arbitragem: os ensinamentos da reforma francesa de 2011. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 29. Abr., 2011.

MAGALHÃES, José Carlos de. A tardia ratificação da convenção de nova iorque sobre a arbitragem: um retrocesso desnecessário e inconveniente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 18. jul., 2008.

MARTINS, Pedro Batista. **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Poder Judiciário – Princípio da autonomia da cláusula compromissória – Princípio da competência-competência – Convenção de Nova Iorque – Outorga de poderes para firmar Cláusula compromissória – determinação da lei aplicável ao

conflito – Julgamento pelo tribunal arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 7. Out., 2005.

_____. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, n. 126, 2002.

_____. Arbitragem e intervenção de terceiros: uma proposta. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, vol. 33/2012.

MEJIAS, Lucas Brito. **Controle da Atividade do Árbitro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. rev. e atua. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

NAGAO, Paulo Issamu. **Do Controle Judicial da Sentença Arbitral**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. vol. 1., 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. São Paulo: Atlas, 2012.

PINTO, Nunes; EMÍLIO, José. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 6., jul., 2005.

PINTO, Nunes; EMÍLIO, José; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Convenção de New York: atualização ou interpretação? **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 18. jul 2008.

ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3. ed., rev., atual, e ampl. – Rio de Janeiro: Editora GD, 2010.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem Em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SEGALL, Pedro Machado. “Da vinculação dos sócios à cláusula arbitral estatutária”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 8, vol. 31, pp. 355-370.

SOUZA, Bruno Moitinho de Andrade de; et al. **O Direito Processual Em Transformação**. Salvador: Editora Dois de Julho, 2016.

TEPEDINO, Gustavo, Cláusula Compromissória no acordo de acionistas. **Soluções Práticas – Tepedino**. Vol. 3. nov. 2011.

_____. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 903, p. 9-25, jan. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Arbitragem e Terceiros**: Litisconsórcio fora do pacto arbitral: Outras intervenções de terceiros. São Paulo: LTr, 2002.

TIBÚRCIO, Carmen. O princípio da Kompetenz- Kompetenz Revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (Bundesgerichtshof). **In Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**: teoria geral e direito societário. vol. 1, 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

WALD, Arnoldo. A teoria dos grupos de sociedades e a competência do juízo arbitral. **Revista de Direito Mercantil**: Industrial, Econômico e Financeiro, ano XXXV, n. 101, p. 21-26, jan./mar. 1996.

_____. Direito empresarial: sociedades anônimas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 3, 2011.

_____. Direito empresarial: direito societário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 2, 2011.

WEBER, Ana Carolina; et al. **A Reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WLADECK, Felipe Sripes. **Impugnação da Sentença Arbitral**. Salvador: Juspodivm, 2014.