FERNANDA SIROTSKY SCALETSCKY

O CONSENSUALISMO E A ARBITRAGEM COMERCIAL

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Profa. Dra. Maristela Basso

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2016

FERNANDA SIROTSKY SCALETSCKY

O CONSENSUALISMO E A ARBITRAGEM COMERCIAL

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na Área de concentração Direito Internacional e Comparado, sob a orientação da Profa. Dra. Maristela Basso.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S281c Scaletscky, Fernanda Sirotsky
O consensualismo e a arbitragem comercial. / Fernanda Sirotsky Scaletscky. – São Paulo, 2016.
168 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP).
Área de Concentração: Direito Internacional e Comparado.
Orientação: Profa. Dra. Maristela Basso.

1. Direito Internacional. 2. Arbitragem Comercial Internacional. 3. Convenção de Arbitragem. 4. Contratos Internacionais – Direito Comercial. I. Basso, Maristela.
II. Título.

CDU 341.63
347.918

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff - CRB 10/1437

FERNANDA SIROTSKY SCALETSCKY

O CONSENSUALISMO E A ARBITRAGEM COMERCIAL

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na Área de concentração Direito Internacional e Comparado, sob a orientação da Profa. Dra. Maristela Basso.

Examinado em: ___ de_____ de 2016.

Banca Examinadora:

_____

Orientadora: Profa. Dra. Maristela Basso

USP

_____

_____

São Paulo

2016

Ao Felipe, com todo meu amor.

AGRADECIMENTOS

Ao contrário do que alguns podem pensar, sempre acreditei que o direito, em suas diversas profissões, não fosse uma carreira solitária, mas, ao contrário, que ele é puramente social e dialógico. Mesmo que o estudo e o trabalho com o direito, como escrever uma dissertação, exija muitos momentos de solidão, são nos momentos compartilhados, nos diálogos, nas trocas com as outras pessoas que surgiram, ao menos para mim, as melhores ideias que depois eu precisei desenvolver sozinha. E é por isso que nada me parece mais justo do que aqui agradecer a todas essas pessoas que dividiram e trocaram comigo alguma experiência para que este trabalho fosse possível.

Em primeiro lugar, à Profa. Maristela Basso, por ter me aceito como orientanda do Programa de Pós-Graduação em Direito da USP e ter me aberto as portas e me permitido fazer parte da Faculdade do Largo de São Francisco. Na Profa. Maristela tenho o exemplo não apenas de professora, mas também de advogada, árbitra e mulher atuante no direito, a quem eu tanto admiro.

Aos Professores Carlos Alberto Carmona e Otavio Luiz Rodrigues Junior, pela participação em minha banca de qualificação para o Mestrado e por todas as críticas e sugestões feitas quando da qualificação, que foram muito valiosas para mim. Busquei levar em consideração todos os comentários feitos e espero que as alterações no trabalho possam responder alguns dos questionamentos existentes naquela ocasião.

Ao Prof. Carmona de forma especial pelos muitos ensinamentos que recebi quando cursei a disciplina Arbitragem no Brasil, na Itália e na França: perspectiva de direito comparado, no segundo semestre de 2013, também ministrada pelo Prof. Giovanni Bonato, na qual tive a oportunidade de participar de ricos debates sobre temas complexos da arbitragem comercial nacional e internacional, aos quais devo muitas das ideias que surgiram para a elaboração desta dissertação. Devo, em verdade, um obrigada à todos os professores com quem tive a honra de conviver quando cursei os créditos deste programa de Mestrado, os quais, de uma forma ou de outra, e mesmo que em relação a assuntos distantes da arbitragem, me ensinaram muitas lições e fizeram com que eu amadurecesse academicamente.

Ao Prof. Fabio Costa Morosini, meu primeiro orientador em temas de arbitragem na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, quem, mesmo com o tempo estreito, sempre arranjou um momento para discutir as minhas dúvidas, esclarecer as minhas ideias e me dar sempre excelentes conselhos sobre metodologia de trabalho científico em direito. Ao Prof. Fabio, que eu considero um amigo, obrigada pela força, pelo estímulo e pela confiança.

Seriam muitos os amigos que mereceriam o meu muito obrigado nestas linhas de agradecimentos, mas receosa de me alongar demais e de que a minha memória não irá abranger a totalidade deles, escolhi dois amigos para que representem os muitos a quem eu gostaria de agradecer. Em primeiro lugar, meu muito obrigada à Telma Rocha Lisowski, minha amiga dos tempos da Faculdade de Direito de UFRGS, que me recebeu em São Paulo quando as condições dela também não eram as melhores, que inúmeras vezes me ajudou com a documentação, com os protocolos e com as bibliografias que eu precisei durante os três anos do Mestrado e a quem eu admiro muito, não só como amiga, mas como profissional e estudiosa do direito. Também meu muito obrigada ao Lucas Gerhard Gavronski (sim, o pessoal do Sul têm nomes muitos difíceis!), meu amigo, grande estusiasta do estudo da arbitragem comercial, da CISG e dos moot courts sobre esses assuntos, que não importa e hora e o lugar, está sempre disposto a conversar sobre os temas mais difíceis e a dar uma visão sempre inusitada, criativa e inteligente às muitas perguntas e dúvidas que sempre me surgiram.

Aos meus pais, Marcia e Vitor, que me ensinaram a importância dos livros e dos estudos, e me permitiram poder realizar os meus sonhos acadêmicos. E aos meus sogros, Mirta e Cezar, que compartilham comigo o entusiasmo pela vida acadêmica e que me apoiaram, sobretudo, no último ano do Mestrado, quando precisei fazer escolhas difíceis para poder finalizar este trabalho.

Por fim, e mais importante, ao Felipe, meu noivo e meu amigo. O Felipe sempre me disse que eu era boa com as palavras, e que ele não tinha essa mesma facilidade. É verdade, o Felipe nunca foi de demonstrar o seu sentimento com as palavras, mas sim com as inúmeras ações de todos os dias, que, para mim, têm muito mais valor do que qualquer junção de palavras bonitas. Então eu acho que aqui eu não poderia, apenas com palavras, te agradecer, por permitir

que eu fosse atrás dos meus sonhos, por trabalhar por nós dois neste último ano e expressar minha eterna gratidão por ser um companheiro tão maravilhoso. Na falta de outras palavras, digo apenas, muito obrigada.

“However far one is ready to stretch the concept of consent (and it may go as far as considering certain specific conduct as a substitute for consent), one should not forget that consent is the fundamental pillar of international arbitration”.

(Bernard Hanotiau).

RESUMO

A arbitragem é um mecanismo consensual de resolução de disputas com vistas à prolação de uma sentença passível de execução. Na arbitragem comercial, a convenção arbitral é considerada a pedra angular do instituto, motivo pelo qual é nela que o presente estudo estará centrado. Sendo a convenção arbitral um negócio jurídico e, considerando que, para a formação de qualquer negócio jurídico requer-se a presença do consenso, segundo o qual o acordo de vontades é suficiente à conclusão da avença, o consentimento mostra-se como um elemento essencial da convenção arbitral, tendo em vista que ela não existe sem acordo de vontades. Nesse sentido, faz-se necessário examinar como o consensualismo se aplica e se manifesta na arbitragem comercial. Para esse fim, devem ser desenvolvidas as questões atinentes à aplicação do consensualismo à validade formal e material da convenção arbitral. Em relação às exigências formais para a validade da convenção arbitral, ver-se-á que mesmo que essas tenham sido relativizadas, sobretudo em relação à arbitragem comercial internacional, muitas questões ainda surgem quanto à necessidade de respeito aos requisitos formais para que uma parte possa ser considerada validamente obrigada pela convenção arbitral, seja no direito brasileiro, seja em outros ordenamentos jurídicos. Em relação à validade substancial da convenção arbitral, serão examinadas outras formas de manifestação do consentimento das partes, tendo em vista que a manifestação de vontade das partes nem sempre se dá pela expressa assinatura na convenção arbitral escrita, podendo os comportamentos adotados pelas partes, do início ao término do contrato, e mesmo durante o procedimento arbitral, ser uma forma de apontar para a sua intenção em relação à arbitragem. Ao final, será feita uma reflexão crítica no sentido de verificar qual a importância que o consentimento tem na prática arbitral atual e se o seu conceito se alterou, para que nele também tenham lugar as novas práticas adotadas pelos agentes do comércio internacional.

Palavras-chave: Consentimento. Convenção arbitral. Negócio jurídico. Lei aplicável. Validade formal e material.

ABSTRACT

Arbitration is a consensual and private dispute resolution mechanism which leads to an enforceable arbitral award. In commercial arbitration the agreement to arbitrate is considered to be the cornerstone of arbitration, and that is why this study will be centered in it. Being the arbitration agreement a contract and considering that for the formation of any valid contract the presence of consent is required, whereby the mutual will of the parties is enough to the conclusion of the contract, the consent shows itself as an essential element of the agreement to arbitrate, since it doesn't exist without the mutual will of the parties. In this sense, it is necessary to examine how consent applies and manifests itself in commercial arbitration. To that end, the issues concerning the application of consent in the formal and material validity of the agreement to arbitrate must be developed. With regard to the formal requirements for the validity of the arbitration convention, it will be seen that even if they have been relativized, especially in relation to international commercial arbitration, many questions still arise about the need to respect the formal requirements in order to a party may be considered validly bound by the arbitration agreement, this is so in Brazilian law and in many other jurisdictions. Regarding the substantial validity of the agreement to arbitrate, this study will examine other forms of manifestation of consent, considering that the expression of the will of the parties is not always proven by their express signature in the written arbitration agreement, and the behaviors adopted by the parties, from the beginning to the termination of the contract, and even during the arbitral proceedings, may be a way of pointing to their real intentions in relation to arbitration. In the end, it will be made a critical reflection in order to verify what is the importance of consent in current arbitration practice and if its concept has changed, in order to embrace the new practices adopted by the players of international trade.

Keywords: Consent. Agreement to arbitrate. Contract. Applicable law. Formal and material validity.

LISTA DE ABREVIATURAS

AgIn	Agravo de Instrumento
ApCiv.	Apelação Cível
Art.	Artigo (Lei)
Cam.	Câmara
CCB	Código Civil Brasileiro
CCI	Câmara de Comércio Internacional de Paris, França
CF	Constituição Federal do Brasil
CISG	Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980
CNI	Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (Nova Iorque)
CPC	Código de Processo Civil Brasileiro
EUA	Estados Unidos da América
j.	Julgado em (data)
LBA	Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9.307/96)
LCIA	Corte de Arbitragem Internacional de Londres
Lei	Modelo Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985 (reformada em 2006)
Min.	Ministro
Princípios UNIDROIT	Princípios UNIDROIT para os Contratos do Comércio I Internacional (versão de 2010)
Rel.	Relator
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
STF	Supremo Tribunal Federal, Brasil
STJ	Superior Tribunal de Justiça, Brasil
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Brasil
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo, Brasil
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13

1 O CONSENSUALISMO APLICADO À FORMAÇÃO DA CONVENÇÃO ARBITRAL 24
1.1 A FORMAÇÃO DA CONVENÇÃO ARBITRAL 24
1.1.1 A formação da convenção arbitral: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral 24
1.1.2 A cláusula compromissória enquanto negócio jurídico autônomo 31
1.1.2.1 Aplicação dos requisitos do negócio jurídico à cláusula compromissória 43
1.1.3 Autonomia da convenção arbitral 48
1.2 PRINCÍPIOS UTILIZADOS PARA VERIFICAR O CONSENTIMENTO DAS PARTES À ARBITRAGEM 56
1.2.1 Princípio da interpretação conforme a boa-fé 57
1.2.2 Princípio da interpretação eficaz ou do efeito útil 59
1.2.3 Princípio da interpretação *contra proferentem* 60
1.2.4 Rejeição aos princípios da interpretação estrita e *in favorem validitatis* 61

2 O CONSENSUALISMO APLICADO À VALIDADE FORMAL DA CONVENÇÃO ARBITRAL 64
2.1 A LIBERDADE FORMAL COMO REGRA PARA A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS 64
2.2 AS EXIGÊNCIAS FORMAIS DA CONVENÇÃO ARBITRAL 67
2.2.1 A lei de regência da validade formal da convenção arbitral 67
2.3 OS REQUISITOS FORMAIS NO DIREITO ESTRANGEIRO 68
2.4 A FORMA DA CONVENÇÃO ARBITRAL NO BRASIL 82
2.4.1 O requisito da forma escrita e da assinatura 83
2.4.2 Os contratos de adesão 91
2.5 CRÍTICAS ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS DA CONVENÇÃO ARBITRAL 101

3 O CONSENSUALISMO APLICADO À VALIDADE SUBSTANCIAL E À EFICÁCIA DA CONVENÇÃO ARBITRAL 105
3.1 A LEI APLICÁVEL NA DETERMINAÇÃO DA VALIDADE DA CONVENÇÃO ARBITRAL 105
3.2 AS EXIGÊNCIAS SUBSTANCIAIS PARA A VALIDADE DA CONVENÇÃO ARBITRAL 120
3.2.1 O encontro de vontades das partes 121
3.3 OUTRAS FORMAS DE VERIFICAÇÃO DO CONSENTIMENTO DAS PARTES 124
3.3.1 O Comportamento das partes e a teoria do grupo de sociedades 125
3.3.2 O silêncio como manifestação de vontade 147
3.4 REPENSANDO A IMPORTÂNCIA DO CONSENTIMENTO DAS PARTES NA ARBITRAGEM COMERCIAL 149

CONCLUSÃO 151

REFERÊNCIAS 156

REFERÊNCIAS DOS CASOS 164

REFERÊNCIAS DAS LEGISLAÇÕES 167

INTRODUÇÃO

Dentre os diversos princípios de um ordenamento jurídico que regem as relações de direito privado, importância especial será dada, no presente trabalho, ao consensualismo, não apenas pela relevância que teve na formação da moderna doutrina contratual, sobretudo no que tange à formação dos contratos, mas pelo valor que lhe vem sendo atribuído na resolução de questões complexas da arbitragem comercial internacional.

Assim, conforme anteriormente destacado, é importante que se trace um panorama inicial de tão importante princípio, a partir de sua origem histórica, a fim de formar a base conceitual necessária à compreensão que hoje vem sendo dada aos casos complexos da arbitragem comercial internacional.

Conforme aludido por Orlando Gomes, a ideia de que o simples consentimento é suficiente para formar um contrato, é conquista recente do pensamento jurídico, tendo em vista que, nas civilizações anteriores, dominavam os princípios do formalismo e do simbolismo.[1] Isso não significa que os contratos não possuam forma, que sempre será necessária, uma vez que o consentimento que vincula juridicamente é aquele manifestado pelas partes, significando apenas que o consensualismo não exige uma forma definida, sendo marcado pela liberdade de forma, e não pela ausência dessa última.[2] O formalismo, ao contrário, pode ser definido como um princípio em virtude do qual um ato jurídico depende do respeito de formas particulares para existir e ser válido.[3]

No direito romano, a formação dos contratos restava na dependência de algum ritual, sendo que o simples consentimento para a perfectibilização do negócio jurídico, ou o contrato consensual, era a exceção. Sendo assim, os romanos necessitavam de um elemento a mais, além do simples acordo de vontades das partes, para tornar possível a existência válida do contrato, a saber,

---

[1] GOMES, Orlando. **Contratos**. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.37.

[2] Segundo Juan Carlos Rezzónico, todos os negócios possuem uma forma, porque do contrário o seu conteúdo não poderia ser socialmente reconhecível. A divisão entre os negócios formais e não formais não significa que estes últimos careçam de forma, mas apenas que a sua forma é livre, podendo se utilizar de quaisquer das formas que permitam que o acordo seja socialmente reconhecível. (REZZÓNICO, Juan Carlos. ***Principios fundamentales de los contratos***. Buenos Aires: Editoreal Astrea, 1999, p.264).

[3] CHARPENTIER, Élise. *Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme/consensualime*. *In*: ***Les Cahiers de Droit***, v.43, nº 2, 2002, p. 275-97.

a *causa civilis*, ou seja, uma exteriorização de forma, sem a qual não seria possível se falar em contrato. É por isso que, para os romanos, o vínculo jurídico contratual ficava na dependência de atos solenes, tais quais o*nexum*e a *stipulatio* (formais verbais pelas quais a resposta a perguntas selam o consentimento para contratar).

Apenas o acordo de vontades, de alguma maneira formalizado, gerava a obrigação, que poderia ser perseguida em juízo por meio da *actio* direito (*expacto nudo action non nascitur*).[4] Pode-se observar que, no direito romano clássico, reconhecia-se inicialmente apenas os contratos formais, dos quais a *stipulatio* era o melhor exemplo,e os contratos nominados ou típicos, quatro deles consensuais e quatro reais. Posteriormente, dão-seações para outros contratos, desde que estes tenham uma forma que sirva para identificar e concretizar a vontade de vincular-se juridicamente, forma esta que era a *causa* do contrato.[5]

Entretanto, os romanos não desconheciam o acordo de vontades em si, existindo uma figura paralela ao conceito clássico do contrato romano. Tal figura é o *pactum*, que não conferia às partes uma ação, mas gerava tão somente *exceptiones* e, portanto, não era dotado de força cogente. Nesse sentido, apesar do *pactum* também ser um acordo de vontades lícito, ele não gerava obrigações e não permitia ao credor a *rem persequendi in iudicio*.

Portanto, no direito romano clássico, a ideia do formalismo era dominante, permanecendo tal princípio como norte do direito contratual, o qual, mesmo atualmente, rege situações como, por exemplo, os contratos envolvendo direitos reais.

Não obstante tal constatação, o fato é que as relações humanas evoluíram e o próprio desenvolvimento das atividades econômicas mais complexas exigiu instrumentos compatíveis com a eficácia e com a velocidade necessárias, não mais sendo possível limitar a ideia de contrato aos formalismos dos tempos romanos.

---

[4] HIRONAKA, Giselda M. F. N. Contratos reais e o princípio do consensualismo. *In*: **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo: Universidade de São Paulo. v.84-5, p.79-91, 1989/1990, p.3. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67133/ 69743>. Acesso em: 22 jun. 2015.

[5] MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. *In*: **Revista dos Tribunais**, 1996, p.679-98. v.729.

Com a ascensão do imperador Justiniano, houve uma mudança significativa de paradigma, o foco no formalismo dos contratos deu lugar à valoração da vontade das partes. Desse modo, passou a vigorar a noção de que, se não fosse o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, o *contractus* em si jamais existiria, sendo este o elemento de base de qualquer relação privada. No direito justinianeu, portanto, os juristas visualizaram na manifestação de vontade das partes o verdadeiro pressuposto da formação e da existência do contrato, nascendo, assim, o princípio do consensualismo.[6]

Com a queda do Império Romano, a ideia de que duas pessoas, pela simples manifestação de vontade, poderiam formar um contrato persistiu, sofrendo o formalismo uma relativização ainda maior, pois bastava a mera referência aos atos formais e não mais a sua real efetivação para a válida formação do contrato.

Entretanto, foi só a partir da Idade Moderna que o consensualismo de fato se manifestou com seus atuais contornos, por meio da confluência dos canonistas e da Escola de Direito Natural.

O direito canônico é marcado pela relevância atribuída ao consenso e à fé jurada, já que a palavra dada e o dever de fielmente mantê-la revelavam a ideia de que o consenso a tudo supera e a tudo se sobrepõe[7]. Nota-se no direito canônico a importância do juramento religioso, que era uma obrigação personalíssima, assumida tanto em face de Deus como dos credores, o qual tinha o condão de criar novas obrigações, ou confirmar as já existentes. A concepção do direito canônico é fundada da mentira, que, para eles, era considerada um pecado. Logo, a violação da promessa feita era assimilada à mentira e, posteriormente, esta consideração foi evoluindo para o respeito à palavra dada.

Para os canonistas, se a promessa obriga a consciência, não é necessário que ela esteja revestida de nenhuma solenidade; o simples pacto, do ponto de vista religioso, deve possuir plena força obrigatória e a palavra dada deve ser mantida e cumprida, pois, do contrário, estaria se incorrendo no pecado da

---

[6] HIRONAKA, 2015, texto digital.
[7] *Ibid.*

mentira. Por meio desse entendimento formulou-se a regra, contrária ao direito romano, de que "*la acción nace de um simple pacto*" (*exnudo pacto actio oritur*).[8]

O fim do século XIX marca outro ponto importante sobre o desenvolvimento do consensualismo, tendo em vista que, a partir deste momento, o princípio não é mais ligado apenas à formação do contrato, sendo também considerado um dos aspectos fundamentais da teoria da autonomia da vontade. Essa teoria coloca a vontade como elemento fundador da obrigação contratual, manifestando-se na liberdade dada aos contratantes para estabelecer a forma e o conteúdo de seus negócios. A contribuição essencial do canonismo ao consensualismo é a distinção desse último em relação à teoria da autonomia da vontade, com a qual é constantemente confundido. A ideia do livre arbítrio que as pessoas possuem para concluir um contrato não deve ser confundida com a força obrigatória desse mesmo contrato.[9]

Já a escola de direito natural defendeu que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes, difundindo que o consentimento é suficiente para obrigar. O contrato tem força de lei entre as partes, conforme consubstanciado no Código Napoleônico de 1804, que consagrou a força do consensualismo em oposição ao formalismo.

Assim, de uma perspectiva histórica, o formalismo é visto como um fenômeno das sociedades primitivas e o consensualismo como a marca daquelas modernas.[10] Nesse mesmo sentido Juan Carlos Rezzónico ressalta:

---

[8] Tradução nossa: "A ação nasce de um simples pacto". (REZZÓNICO, 1999, p.269).

[9] CHARPENTIER, 2002, p. 275-97. No original em francês: "*la fin du XIX siècle marque un autre tournant important puisqu'à partir de ce moment le consensualisme n'est plus uniquement lié au mode de formation du contrat, la doctrine en faisant l'un des aspects fondamentaux de la théorie de l'autonomie de la volonté. Cette théorie pose la volonté comme élément fondateur de l'obligation contractuelle, l'autonomie de la volonté se manifestant dans la liberté accordée aux contractants aussi bien quant à la forme du contrat que quant à son contenu. L'essentiel de l'enseignement du droit canonique au sujet du consensualisme montre pourtant la distinction qu'il est essentiel de faire entre celui-ci et la théorie de l'autonomie de la volonté, à laquelle il est trop souvent assimilé. À cet égard, l'idée du libre arbitre permettant à une personne de conclure un contrat ne doit pas être confondue avec le fondement de la force obligatoire de ce contrat*".

[10] Nesse mesmo sentido: *"a exigência de forma como sistema general resulta incompatible com el derecho moderno. Significaría un fuerte entorpecimento para el tráfico. Para ello bastaría pensar en todo el desarrollo logrado en las comunicaciones y especialmente en la telemática, si hubiera de quedar detenida por el cumplimiento de formas inadecuada".* (REZZÓNICO, 1999, p.265).

> *Le regard historique conduit même certains auteurs à poser un regard évolutionniste sur les modes de formation du contrat et, conséquemment, à concevoir le formalisme comme un phénomène essentiellement primitif et le consensualisme comme la marque des sociétés évoluées: le consensualisme symboliserait les sociétés respectueuses à la fois de la morale et de la liberté puisqu'il sanctionne la parole donnée et acorde une valeur predominante au povoir de la volonté.*[11]

No direito moderno vigora o princípio do consensualismo, ou do consentimento, por meio do qual o acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato (*solus consenso obligat*), não se exigindo, em princípio, forma especial, juntamente com os outros princípios que regem o direito contratual em grande parte dos sistemas continentais, ou que advêm da tradição romano-germânica, tais como a força obrigatória dos contratos, a relatividade de seus efeitos, o equilíbrio contratual, a boa-fé objetiva e a sua função social. Fica patente, portanto, a força jurígena da palavra em si mesma.

Ainda, se por um lado, a aceitação geral do consensualismo como requisito suficiente à formação válida do contrato, em oposição ao formalismo, teve o condão de simplificar as trocas econômicas entre os sujeitos de direito, dispensando as formas antes impostas; por outro lado, o consentimento deve existir e ser demonstrado de alguma maneira para se possa conhecer-lhe a existência.[12]

Após esta análise das origens históricas do princípio do consensualismo, já é possível extrair o seu conceito, no sentido de que, para que um contrato exista de forma válida, é suficiente o livre acordo de vontade entre as partes, pois não se exige, em regra, qualquer forma especial para a formação do vínculo contratual. Embora alguns contratos, por serem solenes, tenham sua validade condicionada à observância de certas formalidades estabelecidas em lei, a maioria deles é consensual, já que o mero consentimento tem o condão de criá-los, sendo suficiente para sua perfeição e validade.

---

[11] CHARPENTIER, 2002, p.275-97.

[12] Conforme bem colocado por Vincent Forray: "*le propre du contrat consensuel est d'être dénué de forme. Entendez par-là: de formalités extérieures imposées par la loi. Le consentement des parties peut donc se manifester d'une manière quelconque. Encore faut-il que la volonté de contracter revête une forme particulière, permettant d'en connaître l'existence*". (FORRAY, Vincent. ***Le Consensualis medans la théorie générale du contrat***. Paris: Librairie Générale de Droitet Jurisprudence, 2007, p.239).

No direito brasileiro, a regra é a forma livre para a constituição do vínculo contratual, conforme o disposto no art. 107 do CCB.[13] Entretanto, alguns negócios jurídicos ainda têm sua validade condicionada à realização de determinadas solenidades exigidas em lei ou outras exigências específicas, o que os classifica como contratos solenes. O consensualismo é, portanto, a regra geral para a formação de um negócio jurídico no Brasil e o formalismo, a exceção.

O início do trabalho de codificação do direito brasileiro já apresenta as marcas do consensualismo. Augusto Teixeira de Freitas[14] formula, em seu *Esboço* do Código Civil Brasileiro de 1916, uma doutrina geral dos contratos na qual o acordo de vontades tem papel principal. Estando em dia com as mais modernas teorias jurídicas que existiam no mundo, Teixeira de Freitas se manteve fiel ao individualismo e ao voluntarismo de então.

Com Clóvis Beviláqua[15], autor do projeto que viria a se tornar o Código Civil de 1916, a vontade continua a ser o aspecto fundamental dos contratos. Seguindo os ensinamentos deles, a maior parte da doutrina brasileira mostrou-se adepta ao consensualismo, considerando a vontade como cerne dos contratos e dos demais negócios jurídicos.

Pontes de Miranda[16], por sua vez, considera o contrato como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que resulta da entrada no mundo jurídico da vontade acorde dos figurantes, com a irradiação de efeitos próprios. Para o autor, o negócio jurídico é a espécie de fato jurídico que tem como elemento nuclear a manifestação de vontade das partes. Coerentemente com essa ideia de negócio jurídico, não pode haver negócio jurídico bilateral sem que haja uma manifestação de vontade expressa das partes.

Entretanto, para que seja apreendida juridicamente, a vontade do contratante de formar o vínculo jurídico deve ser revelada, pois não existiria contrato sem encontro de vontades manifestadas. Essa exteriorização é igualmente necessária para que se faça a diferença entre a simples intenção

---

[13] BRASIL. **Lei nº 10.406/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

[14] FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil** – Esboço, v. 2. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p.353.

[15] MORAES, 1996, p. 679- 98.

[16] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 2.ed. tomo 38, Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p.33.

desprovida de efeitos jurídicos e a vontade de contratar, a qual o direito reconhece certos efeitos. Logo, a princípio, apenas a vontade ativa, expressa, pode fazer nascer um contrato. Nesse sentido:

> *Notre droit positif, s'il considère la volonté interne comme nécessaire, exige cependant que cette volonté, pour produire effet, se manifeste, s'extériorise, elle doit démontrer, affirmer son existence; par cette manifestation, elle cesse d'être une purê démarche de l'esprit pour pénétrer sur le plan social. L'efficacité de la volonté suppose donc son existence réelle (volonté interne) et as manifestation (déclaration de volonté). Aucune forme, aucun rituel, ne sont cependant requis pour vêtir cette manifestation.*[17]

Mesmo assim, a manifestação de vontade, que pode ser definida como "*tout comportement, actif ou passif, qui permet de conclure à l'existence d'une certaine volonté*",[18] pode ser expressa de diferentes modos. Mesmo que o assunto seja desenvolvido ao longo do presente estudo, pode se dizer que a manifestação expressa de vontade é aquela que não demanda esforço interpretativo, enquanto que na manifestação tácita de vontade este esforço estaria presente.

Ademais, quando o autor da manifestação utilizou-se da linguagem, seja ela escrita ou oral, buscando a comunicação com o seu ouvinte, diz-se que a manifestação de vontade é expressa. Assim, a redação de um contrato, uma troca de cartas, de telegramas ou de telexes, ou mesmo uma troca de palavras, ou a linguagem por meio de gestos são consideradas formas expressas de manifestação da vontade contratual. Ou seja, o modo de comunicação da vontade, seja no caso da expressa, ou no caso da tácita, deve ser um modo de comunicação consagrado pela lei ou pelo costume, facilmente perceptível pelo destinatário da oferta e desprovido de equívocos.

---

[17] MAZEAUD Jean; MAZEAUD, Henri; CHABAS, François; MAZEAUD, Léon. ***Leçons de Droit Civil, Obligations, Théorie Générale***. Tome II, 1er volume. 9e ed. Paris: Montchrestien, 1998, p.123. Tradução nossa: "Nosso direito positivo, se ele considera a vontade interna como necessária, requer, no entanto, que esta, para produzir efeito, se manifeste, se exteriorize; ela deve demonstrar, afirmar a sua existência; por esse evento, ela deixa de ser uma abordagem essencialmente do espírito para penetrar no plano social. A eficácia da vontade supõe, logo, sua existência real (*vontade interna*) e sua manifestação (*declaração de vontade*). Nenhuma forma, nenhum ritual, no entanto, são necessários a esta manifestação".

[18] GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil. Les Obligations.* ***Le Contrat***: *formation*. 2e.ed. Paris: Librarie Générale de Droit et Jurisprudence, 1988, p.300. Tradução nossa: "Todo comportamento, ativo ou passivo, que permite concluir a existência de uma vontade".

A doutrina alega algumas vantagens e alguns inconvenientes do consensualismo e do formalismo, quando comparados. Assim, o consensualismo tem um valor moral intrínseco, ao respeitar a palavra dada pelo contratante, sendo que a sua grande vantagem seria a de evitar a ineficácia do contrato por causa de uma simples irregularidade de forma, que é comumente vista como injusta, favorecendo atitudes de má-fé.[19] De outro lado, o formalismo possui a vantagem de marcar nitidamente o momento da formação do contrato, evitando eventuais surpresas que podem surgir da interpretação de uma vontade tácita ou presumida. O formalismo também exprime de uma forma mais precisa e com menos inconvenientes o conteúdo do contrato, pois, ao conservar um escrito do que foi decidido pelas partes, ele serve também de prova do acordo em caso de contestação por uma das partes. Ou seja, pode se dizer que o formalismo possui um papel preventivo importante, ao estabelecer a segurança jurídica necessária ao contrato. Ainda, quando se fala em comodidade das relações contratuais, o consensualismo possui uma tripla vantagem ao ser mais simples, rápido e econômico do que o formalismo, favorecendo, portanto, a multiplicação das trocas e o aumento da atividade mercantil.[20]

Aduz-se ainda que o formalismo poderia ser visto como uma proteção adicional do consensualismo, pois, ao respeitarem a forma requisitada, as partes possuiriam um momento de reflexão que poderia desempenhar um papel importante ao prevenir a existência de vícios do consentimento, ou mesmo, o desequilíbrio das prestações contratuais. Da mesma forma, ao se pensar nos terceiros em relação ao contrato, o formalismo poderia ser visto como um mecanismo de proteção, ao exigir, em muitos casos, a publicidade do contrato a fim de que os seus efeitos sejam oponíveis a terceiros. A existência de uma forma, como a escrita, permite igualmente que os terceiros confiem com segurança na aparência do que foi contratado. Nesse mesmo sentido, pode-se pensar que o formalismo facilita a apreensão dos contratos pelos poderes

---

[19] GHESTIN, 1988, p.289. No original em francês: "*l'avantage essentiel du consensualisme sur ce plan est d'éviter une inefficacité du contrat fondée sur une simple irrégularité de forme, qui est solvente ressentie comme injuste et absurde et qui favorise la mauvaise foi et la chicane*".

[20] *Ibid.*, p.290.

públicos, seja em relação a implicações tributárias ou, sob uma ótima mais atual, do poder de exercer um controle sobre as relações econômicas e sociais.[21]

Torna-se necessário, então, em conformidade com o objetivo do presente trabalho, verificar a aplicação do consensualismo a uma forma específica de convenção, a saber, quando os particulares decidem que as disputas, atuais ou futuras oriundas de seus negócios jurídicos, serão resolvidas por meio da arbitragem.

Para esse fim, devem ser desenvolvidas as questões atinentes à aplicação do consensualismo à formação da convenção arbitral e à sua validade formal e material.

Assim, em um primeiro momento, será examinado justamente o consensualismo, cotejando-o à formação da convenção arbitral, levando-se em consideração a ideia de que a cláusula compromissória pode ser considerada como um negócio jurídico autônomo. Também serão estudados os princípios utilizados pela doutrina para verificar o consentimento das partes em relação à arbitragem comercial, análise esta que será dirigida pelos princípios gerais do direito contratual, sobretudo aqueles que tangem à formação dos contratos. É por isso que este exame será feito, ademais da legislação específica, utilizando-se de conceitos basilares do direito civil.

Num segundo momento, será examinado o consensualismo em relação às exigências formais da convenção arbitral. Mesmo que tais exigências tenham sido relativizadas nas últimas décadas, sobretudo em relação à arbitragem comercial internacional, muitas questões ainda surgem quanto à necessidade de respeito aos requisitos formais para que uma parte possa ser considerada validamente obrigada pela convenção arbitral, seja no direito brasileiro, seja no direito estrangeiro. Também serão examinadas as críticas que essas exigências de forma têm sofrido pela doutrina e pela legislação, tanto brasileira como estrangeira.

Por fim, em um último momento, será analisado como o consensualismo se manifesta em relação aos requisitos substanciais para a validade da convenção arbitral. Serão apuradas outras formas de verificação do consentimento das

---

[21] GHESTIN, 1988, p.292.

partes, com destaque para a análise do comportamento das partes e para a teoria do grupo de sociedades, buscando compreender se estas outras formas de averiguação do consentimento poderiam ser suficientes para obrigar validamente uma parte a se submeter ao procedimento arbitral. Ao final deste último capítulo, será feita uma reflexão crítica, no sentido de verificar qual a importância que o consentimento tem na prática arbitral atual, perquirindo se houve alguma mudança em seu conceito, tendo em vista as novas práticas utilizadas no comércio internacional.

A importância do tema e da pesquisa a ser realizada se deve ao escasso número de trabalhos, sobretudo em âmbito nacional, que abordaram essas questões de forma direta. Dessa forma, é necessária uma investigação aprofundada para que se possa, de forma adequada, entender as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais quando chamados a decidir questões atuais da arbitragem comercial, que se mostram progressivamente mais sofisticadas.

Por meio da criatividade dos operadores do comércio internacional e o do direito, o formalismo exacerbado de outrora cedeu espaço ao consensualismo e à boa-fé como sustentáculos da relação obrigacional. E é por isso que é imperativo um retorno às bases da arbitragem comercial, sendo o consensualismo uma dessas bases, para a correta compreensão do instituto nos dias de hoje. Um exemplo dessas questões é a relativa à jurisprudência arbitral, que permite a extensão dos efeitos de uma convenção arbitral a terceiros não signatários, no âmbito dos grupos societários, que será examinada no último capítulo do presente trabalho.

A presente pesquisa compreende amplo levantamento bibliográfico, jurisprudencial e de legislação. Além da legislação brasileira e estrangeira, com destaque para o ordenamento jurídico francês, serão também analisados tratados e outros instrumentos internacionais relativos ao assunto. O trabalho englobará pesquisas notadamente nas áreas da arbitragem comercial nacional e internacional, direito civil, sobretudo o contratual, e de direito internacional privado.

Preponderantemente, serão utilizados os seguintes métodos: (i) dialético e (ii) empírico-dedutivo. O primeiro corresponde à exposição, análise e discussão das diversas posições existentes, antagônicas ou complementares, na doutrina nacional e estrangeira acerca do tema. O segundo remete à verificação das

tendências das decisões de tribunais, arbitrais e estatais, tanto do Brasil, como de outros ordenamentos jurídicos, a respeito dos temas aqui propostos. É por isso que o presente trabalho buscará nas premissas, sobretudo advindas da doutrina, nacional e estrangeira, e, subsidiariamente, na jurisprudência, nacional e estrangeira, verificar como o consensualismo se manifesta na arbitragem comercial, nacional e internacional.

1 O CONSENSUALISMO APLICADO À FORMAÇÃO DA CONVENÇÃO ARBITRAL

1.1 A FORMAÇÃO DA CONVENÇÃO ARBITRAL

Neste capítulo inicial serão tratados os conceitos basilares que permearão todo o restante do presente estudo, tais como a convenção arbitral e suas espécies, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, para que se possa entender como as partes podem se valer da arbitragem, quando optam por esta via de resolução de controvérsias.

No que tange à cláusula compromissória, serão feitos apontamentos que demonstram ser ela considerada um verdadeiro negócio jurídico autônomo do contrato principal, e como qualquer contrato, pressupõe a existência de um acordo de vontades ou troca de consentimentos. A fim de ser juridicamente relevante, a vontade de atribuir aos árbitros a resolução dos seus litígios deve ser exteriorizada pelas partes, devendo, por isso mesmo, a ela aplicar-se o regramento constante do CCB no que tange aos contratos em geral.

Juntamente com este entendimento, serão estudadas as consequências de ser considerada a cláusula compromissória autônoma, por meio do princípio da autonomia e da competência-competência.

Ainda, serão estudados os princípios utilizados para verificar o consentimento das partes à arbitragem, que nada mais são do que os próprios princípios utilizados para interpretar os contratos em geral, porém adaptados à convenção arbitral.

1.1.1 A formação da convenção arbitral: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral

A arbitragem é baseada no consenso entre as partes, tendo em vista que estas, no exercício de sua autonomia, é que decidem levar seus conflitos, atuais ou futuros, à arbitragem. O STF, quando da análise da constitucionalidade da LBA, em 2001, inclusive frisou o fato de a arbitragem, no Brasil, ser consensual, e

não obrigatória, e que este traço seria essencial para a sua legitimidade face à CF. O trecho a seguir reprisa parte do voto do Min. Relator do caso, Min. Sepúlveda Pertence:

> Como visto, vale sintetizar, a sustentação da constitucionalidade da arbitragem repousa essencialmente na voluntariedade do acordo bilateral mediante o qual as partes de determinada controvérsia, embora podendo submetê-la à decisão judicial, optam por entregar a um terceiro, particular, a solução da lide, desde que esta, girando em torno de direitos privados disponíveis, pudesse igualmente ser composta por transação.
> A marca da consensualidade da instituição mediante compromisso do juízo arbitral é, assim, dado essencial à afirmação de sua legitimidade perante à Constituição [...].[22]

A manifestação do consentimento das partes, revelada em uma mesma direção, de se socorrerem da arbitragem para solução de seus atuais ou futuros litígios, se dá mediante a convenção de arbitragem. Segundo José Eduardo Carreira Alvim[23], a convenção arbitral é uma modalidade especial de convenção, que se difere do contrato, em sentido estrito, onde a vontade das partes é direcionada em sentidos opostos e busca-se harmonizar interesses contrastantes, tendo em vista que na primeira os interesses das partes andam juntos, em um mesmo caminho, que conduz ao juízo arbitral. A essência da convenção de arbitragem reside justamente na manifestação de vontade das partes de remeter aos árbitros a decisão de seus litígios.

Com a opção pela arbitragem, segundo Pedro Batista Martins[24], as partes estão acordando uma nova jurisdição para a solução de seus conflitos, transformando o interesse primário da justiça estatal em interesse subsequente ou secundário, tendo em vista que à justiça comum cabe o posto de funcionar como sustentáculo da pretensão posta em sede arbitral.

No Brasil, à semelhança do que ocorre com o sistema francês, optou-se por dividir a convenção de arbitragem, que é o gênero, em duas modalidades, ou espécies, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Nesse sentido, está a

---

[22] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SE 5206 AgR/Espanha**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2001, p.998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jul. 2015.

[23] ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado Geral de Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.207-8.

[24] MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Comentários à Lei nº 9.307/96. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.76.

redação do art. 3º da LBA: “as partes interessadas podem submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.[25]

Nota-se, pela redação do artigo supratranscrito, que a LBA terminou com a distinção de efeitos entre as espécies da convenção arbitral, não existindo mais a obrigatoriedade de se firmar o compromisso arbitral para se instituir a arbitragem. Tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral são aptos a afastar a jurisdição estatal e instituir a arbitragem – geram o mesmo efeito, a saber, retiram do juiz estatal a competência para conhecer de litígio advindo de determinada relação jurídica, seja ela contratual ou não, e a atribuem aos árbitros. Nesse sentido, as partes que querem ver suas disputas resolvidas por meio da arbitragem, no Brasil, podem optar pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral.

Difere-se a cláusula compromissória do compromisso arbitral pelo fato de as partes escolherem que seus litígios serão resolvidos por meio da arbitragem, antes mesmo de seu surgimento, e ante a incerteza de se um dia, efetivamente, irão surgir, ou seja, uma obrigação sujeita à condição suspensiva, enquanto que o compromisso arbitral é elaborado pelas partes quando a disputa já é existente.

Segundo Carlos Alberto Carmona[26], a legislador brasileiro não quis “ousar demais”, pois poderia ter optado, como fez a legislação espanhola, por ter unificado as espécies da convenção arbitral em uma figura única, abandonando, inclusive, os vocábulos cláusula e compromisso, para enfatizar ainda mais a ruptura com o velho sistema legislativo, que considerava ser a cláusula compromissória um mero pré-contrato do compromisso arbitral. Mesmo sem a ousadia adicional, a legislação brasileira mudou por completo a forma de tratamento da cláusula compromissória, tendo em vista que ela, sozinha, é apta a instituir a arbitragem no Brasil.

É primordial que se relembre que, até o advento da LBA, apenas o compromisso arbitral poderia instituir o juízo arbitral. A cláusula compromissória não afastava a competência do juiz estatal e, muito menos, tinha o condão de instituir a

---

[25] BRASIL. **Lei nº 9.307/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307. htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.

[26] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.16. O autor aduz que a diferença entre estas duas formas da convenção arbitral, vai, pouco a pouco, perdendo o interesse e preparando o direito pátrio para que, no futuro, o Brasil adote o mesmo sistema que a Espanha, que fala apenas em *convenio arbitral*.

arbitragem. Para muitos, ela era considerada um mero pré-contrato, tendo em vista que, "quando muito, serviria para obrigar a parte renitente a celebrar o compromisso arbitral". Nesse sentido, era nítida, no direito brasileiro anterior à LBA, a posição de desvantagem que a doutrina reservava à cláusula compromissória,

> eis que esta, por si só, não gerava efeito negativo algum (não excluía a competência do juiz togado) e, para gerar efeito positivo (isto é, para instaurar a arbitragem) dependeria da celebração do compromisso (e, portanto, da vontade do outro contratante).[27]

A cláusula compromissória era vista como mero *pactum de compromitendo*, pois não era reconhecido valor vinculativo a este pacto preliminar, sendo visto ela uma mera obrigação de fazer – celebrar o compromisso arbitral – que, descumprida, não comportava execução específica, rendendo ensejo apenas às perdas e danos.[28] Ou seja, se antes da LBA alguém se comprometesse a submeter um futuro litígio à arbitragem e se negasse a fazê-lo, não havia preceito legal expresso que garantisse à parte interessada a obtenção do compromisso arbitral, indispensável à instituição do juízo arbitral.[29]

Entretanto, com o surgimento da LBA, a cláusula compromissória deixou de ser vista deste modo, pois ela não é mais uma promessa de celebrar o compromisso, mas sim, de verdadeiramente instituir o juízo arbitral quando surgir o conflito entre as partes, o que resta evidente pela leitura dos artigos 3º, 5º, 19º e 20º, dentre outros, da LBA[30]. Ou seja, mesmo a cláusula compromissória é capaz de, per se, submeter

---

[27] CARMONA, 2009, p.77.

[28] ALVIM, 2000, p.215. Sob o regime do Código de Processo Civil de 1973, a cláusula compromissória era interpretada como mero compromisso de contratar e, como nas demais obrigações, o seu inadimplemento fazia surgir ao titular o direito às perdas e danos. Com as reformas processuais, o CCB e a LBA, a regra passou a ser a de que as obrigações devem ser cumpridas de forma específica, sendo a conversão em perdas e danos um recurso utilizado apenas se o credor assim preferir, ou se o cumprimento específico da obrigação não puder se realizar por impossibilidade material.

[29] ALVIM, *op. cit.*, p.212.

[30] Os mencionados dispositivos da LBA têm as seguintes redações: Art. 3º: "as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral". Art.5º: "reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem". Art. 19º: "considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários". Art. 20º: "a parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem". (BRASIL. **Lei nº 9.307/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015).

a disputa ao juízo arbitral. Tanto assim o é, que a LBA modificou os arts. 267, VII e 301, IX, do CPC, para alterar a expressão compromisso arbitral, antes constante, pelo gênero convenção arbitral.[31]

É por isso que, uma vez tendo manifestado o seu consentimento por meio de uma das espécies da convenção arbitral, a parte que se obrigou não pode voltar atrás em sua decisão, pois a própria LBA traz dispositivos nesse sentido. Segundo Carlos Alberto Carmona[32], o próprio legislador brasileiro, querendo valorizar a ideia do *pacta sunt servanda*, procurou dar à cláusula arbitral – ainda que vaga ou incompleta – total eficácia, dotando o juiz de poderes verdadeiramente extremados, para instituir – a todo custo – a arbitragem. É por isso que foi importante a colocação na LBA dos dispositivos dos arts. 6º e 7º, que visam dar cumprimento à obrigação de instituição da arbitragem, mesmo quando uma das partes estiver recalcitrante.[33]

O art. 6º buscou preencher a lacuna da cláusula arbitral vazia, ou seja, aquela que não contém a forma de nomeação dos árbitros para que se possa

---

[31] Os artigos 267, VII e 301, IX, do CPC, têm a seguinte redação: art. 267: "extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VII - pela convenção de arbitragem". E art. 301: "compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: IX - convenção de arbitragem". (BRASIL. **Lei nº 5.869/73**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869. htm>. Acesso em: 15 jul. 2015).

[32] CARMONA, 2009, p.158.

[33] Os artigos mencionados da LBA têm as seguintes redações: Art. 6º: "não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa". E Art. 7º: "existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. §1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória. §2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral. §3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, §2º, desta Lei. §4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio. §5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito. §6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único. §7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral". (BRASIL. **Lei nº 9.307/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015).

instituir o juízo arbitral. O referido dispositivo menciona que, em face de uma cláusula arbitral vazia, a parte interessada em dar início à arbitragem deverá comunicar a outra parte de sua intenção, convocando-a para firmar o compromisso arbitral. Se a cláusula arbitral fosse cheia, ou seja, se já contivesse a forma de indicação dos árbitros, o procedimento arbitral poderia ser instaurado, mesmo que resistente uma das partes, sendo, por isso, residual a aplicação do mencionado artigo.

Segundo Carlos Alberto Carmona[34], caberá ao interessado demonstrar que procurou validamente instaurar a arbitragem por meio do mecanismo previsto no art. 6º, sob pena de ver decretada a carência da ação prevista no art. 7º, por falta de interesse de agir. Ou seja, espera-se que o interessado, antes de recorrer à tutela do Estado, busque obter a prestação do contratante inadimplente por meio dos mecanismos legais postos à sua disposição. Sendo importante mencionar que o compromisso arbitral não é imprescindível para a instituição da arbitragem, pois basta que as partes encontrem um mecanismo de indicação dos árbitros, para que estes, aceitando o encargo, deem início à arbitragem.

Não comparecendo o contratante à assinatura do compromisso arbitral, restando este silente ou, se comparecendo, recusar-se a assinar o compromisso, será o quanto bastará para que o notificante recorra ao Poder Judiciário por meio da ação constante no art. 7º da LBA, para fazer valer a vontade previamente manifestada na cláusula, a saber, a de solucionar eventual litígio decorrente de relação jurídica determinada por meio da arbitragem. Tendo em vista que a vontade declarada pelas partes é absolutamente clara no momento em que firmam a cláusula arbitral, no sentido de quererem afastar a competência do juiz togado para solucionar qualquer pendência que as envolva. Ainda, segundo o autor, “é o quanto basta para que tal vontade (jurídica e jurígena) tenha efetiva proteção estatal, já que, se assim não fosse, estaria negada a tutela específica da obrigação assumida”.

No que tange a ação de que trata o art. 7º da LBA, caberá ao interessado demonstrar que buscou instaurar a arbitragem conforme o art. 6º, mas não obteve sucesso. A ação do art. 7º concede amplos poderes para o juiz instituir a

---

[34] CARMONA, 2009, p.143-8.

arbitragem, quando houver resistência ou impasse entre as partes, dotando-o de poderes para preencher as lacunas deixadas pela cláusula arbitral vazia.

O dispositivo do art. 7º, assim como acontece com o art. 6º, serve para os casos em que uma das partes está resistente para instituir a arbitragem e a cláusula compromissória não prevê o modo de nomeação do(s) árbitro(s). O dissenso entre as partes é superado por meio da intervenção judicial, pois quando da lavratura da cláusula compromissória havia o consenso entre elas. A decisão proferida pelo juiz na ação, se de procedência, produzirá a mesma eficácia do compromisso arbitral.[35]

Se, diferentemente, a cláusula compromissória contiver a forma de nomeação dos árbitros, ou seja, for uma cláusula cheia, a instituição da arbitragem, mesmo que resistente uma das partes, não dependerá da intervenção do Poder Judiciário, pois caberá aos árbitros, uma vez nomeados, resolver os problemas que surgirem no desenrolar do procedimento. Da mesma forma, em se tratando de arbitragem institucional (aquelas administradas por instituições arbitrais), a resistência de uma das partes, seja ao início do procedimento, seja em relação à nomeação de seu árbitro, será resolvida pelo regulamento do órgão arbitral.[36]

Apesar de terem dado o seu consenso quando da estipulação no contrato a que futuras disputas fossem resolvidas por meio da arbitragem, as partes que inserem em seus negócios cláusulas arbitrais vazias obstaculizam o procedimento arbitral. Mesmo que as partes estejam vinculadas à jurisdição arbitral, se resistente um dos contratantes, a instituição e o início do procedimento dependerá dos mecanismos previstos nos artigos antes mencionados. A fim de que tais problemas sejam evitados e que o recurso ao Poder Judiciário não seja necessário, mesmo antes de instaurado o procedimento arbitral, as partes devem ter cuidado na redação de suas cláusulas compromissórias, para que ao menos a forma de nomeação dos árbitros, ou a indicação de como esta transcorrerá conste em sua redação, tendo em vista que ela é a principal fonte que comanda a instituição da arbitragem.

---

[35] CARMONA, 2009, p.165.
[36] *Ibid.*, p.156.

1.1.2 A cláusula compromissória enquanto negócio jurídico autônomo

Qualquer tentativa de conceituar o negócio jurídico ainda passa pelo conhecido debate entre as concepções “subjetivistas” (ou “voluntaristas”) e “objetivas (ou “preceptivas”) do negócio jurídico.

Ao se interpretar o negócio jurídico, busca-se o sentido, o conteúdo da declaração de vontade, que é o seu elemento instituidor. Nessa interpretação, o intérprete se vê entre dois parâmetros, de um lado a vontade declarada e, de outro, a possibilidade de investigar a verdadeira intenção das partes ao concluírem o negócio jurídico.

Pela posição subjetivista, também chamada de voluntarista, o hermeneuta deve investigar o sentido da efetiva vontade do declarante, sua vontade real. Já pela posição objetivista, que corresponde à teoria da declaração, não é investigada a vontade interna, mas sim, o intérprete atém-se à vontade manifestada, seja porque o sentido normal da vontade somente existe, do ponto de vista do direito, por sua expressão externa.

Savigny (Friedrich Carl von Savigny), partidário da teoria subjetivista, faz prevalecer a vontade verdadeira do declarante, de vez que é somente essa vontade que deve produzir os efeitos de direito, sistema designado pelo nome de teoria da vontade, ou seja, da predominância da vontade como dogma absoluto na caracterização do negócio jurídico.[37]

Dentre os autores tidos como partidários da corrente objetiva, Emílio Betti[38] é provavelmente aquele que mais se destacou, e assim define o negócio jurídico:

> Ele é o ato pelo qual o indivíduo regula, por si só, os seus interesses, nas relações com os outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo (típica neste caso).
> Se qualquer negócio jurídico é, essencialmente, um fato social, e a autonomia privada é um fenômeno social, é fácil compreender que o negócio jurídico deve, também, satisfazer àquela *exigência de recognoscibilidade* que domina toda a vida social, isto é, deve ser um fato socialmente reconhecível. [grifo do autor].

---

[37] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.74.

[38] BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p.79.

De acordo com este autor, os negócios jurídicos são *atos de autonomia privada*, ou seja, surgem na vida social como atos por meio dos quais os particulares estabelecem, para o futuro, um regramento de interesses vinculativos, a fim de disciplinar as suas recíprocas relações. Esses atos de autorregulamento dos interesses particulares precisam ser exteriorizados, pois não basta que os particulares se limitem a querer, na esfera interna da consciência, mas que os realizem objetivamente. Assim, os negócios jurídicos, que seriam criados sob os impulsos das necessidades dos homens (dentre as quais a circulação de bens), desenvolvem-se espontaneamente, satisfazendo diversas funções econômico-sociais.

Emílio Betti[39] foi um dos grandes críticos da onipotência da vontade, da corrente voluntarista, e de sua colocação como eixo central do negócio jurídico:

> A crítica do dogma da vontade não deve ser entendida no sentido de que, com ela, se desconhece o elemento subjetivo do negócio jurídico, e que, no tratamento deste, se propunha um regresso ao formalismo. Ninguém põe em dúvida que a vontade constitui um elemento normal do negócio jurídico, e que a ela deve atender-se ao apreciar um comportamento, especialmente quando considerado de per si, no seu aspecto exterior, este se apresente não unívoco. Apenas se pretende por em relevo, com esta crítica, que o elemento "vontade" – entendida, não já em sentido meramente formal, como fato psicológico individual do querer em geral, mas antes como orientação concreta e tomada de posição, em relação a certos interesses – deve tornar-se exteriormente reconhecível no ambiente social, para poder adquirir relevância em face dos consócios e obter a tutela da ordem jurídica.

Antônio Junqueira de Azevedo[40] entende que as definições voluntaristas do negócio jurídico são dominantes na cultura jurídica brasileira, haja vista a definição constante no art. 112 do CCB, colocado nas disposições gerais dos negócios jurídicos, a saber: "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem". Segundo este dispositivo, o intérprete deverá apegar-se mais ao que as partes pretendiam com o contrato do que à sua forma de expressar. Desse modo, revela-se insuficiente apenas a compreensão do que foi dito, escrito ou gesticulado, sendo imperiosa a reconstrução da vontade interna dos contratantes através da análise,

---

[39] BETTI, 2003, p.98.

[40] BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.130.

além de outros elementos, de seus comportamentos anteriores ao momento do impasse. Nesse sentido, o critério da boa-fé objetiva mostra-se indispensável, pois fornece ao intérprete um instrumento para a aferição das legítimas expectativas das partes, dirigindo a interpretação conforme padrões de honestidade, transparência e lealdade.

Entretanto, para Antônio Junqueira de Azevedo, ambas as teorias seriam incompletas, a um porque a vontade não é elemento necessário para a existência do negócio jurídico, tendo relevância somente para a sua validade e eficácia,[41] e a dois porque a transformação do negócio jurídico em norma concreta seria artificial, na medida em que a expressão norma jurídica implica sempre um *jubere* (um mandar), que o negócio jurídico não possui.[42]

As duas concepções de negócio jurídico, segundo este autor, seriam, então, insuficientes, motivo pelo qual seria necessária a adoção de uma terceira concepção, que leve em consideração os principais pontos das teorias já existentes e que consiga promover uma visão completa do negócio jurídico, o que somente poderia ser atingido ao se vislumbrar o negócio jurídico estruturalmente, ou seja, naquilo que o compõe. Para o autor, o negócio jurídico poderia ser definido da seguinte forma:

---

[41] Nesta crítica, Antônio Junqueira de Azevedo concorda com Emílio Betti, para quem a "vontade, como fato psicológico meramente interno, é qualquer coisa em si mesma incompreensível e controlável, e pertence, unicamente, ao foro íntimo da consciência individual. Só na medida em que se torna reconhecível no ambiente social, quer por declarações, quer por comportamentos, ela passa a ser um fato social, susceptível de interpretação e de valoração por parte dos consorciados. Somente declarações ou comportamentos são entidades socialmente reconhecíveis e, portanto, capazes de poder constituir objeto de interpretação, ou instrumento de autonomia privada [...]. Só um dado objetivo, uma entidade reconhecível, precisamente, no ambiente social, pode ser objeto de interpretação e de valoração social". Essa onipotência da vontade individual, ainda segundo o autor, "faz pensar que a essência do negócio jurídico consiste, propriamente, *apenas* na vontade, e que em referência a esta a declaração só tem função puramente complementar e instrumental, como meio de prova (indício), ou como meio de revelação e de reconhecimento, ou de averiguação, exigido apenas no interesse e para garantia da contraparte, mas não necessária [...]". "Na realidade, o que gera o preceito contratual não é um "encontro" oculto, ou uma mística "fusão dos quereres", mas a permuta das respectivas declarações (oferta e aceitação), e a sua consciente congruência (que é o chamado acordo ou consenso), ou a intencional reciprocidade e congruência dos respectivos comportamentos". (BETTI, 2003, p.80-92).

[42] AZEVEDO, 2002, p. 9-12.

> O negócio jurídico, estruturalmente, pode ser definido ou como categoria, isto é, como fato jurídico abstrato, ou como fato, isto é, como fato jurídico concreto.
> Como categoria, ele é a hipótese de fato jurídico (às vezes dita "suporte fático"), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (*as circunstâncias negociais*) que fazem com que *socialmente* essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em *declaração de vontade* (entendida esta expressão em sentido preciso, e não comum, isto é, entendida como manifestação de vontade, que, pelas suas circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos). *Ser declaração de vontade* é a sua característica específica primária. Segue-se daí que o direito, acompanhando a visão social, atribui, à declaração, os efeitos que foram manifestados como queridos, isto é, atribui a ela *efeitos constitutivos de direito* — e esta é a sua característica específica secundária.
> *In concreto,* negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.[43] [grifo do autor].

Logo, para Antônio Junqueira de Azevedo[44], a declaração de vontade, que caracteriza o negócio jurídico, é uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias, *as circunstâncias negociais*, que fazem com que ela seja vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos. O negócio jurídico não é, por outras palavras, uma simples manifestação de vontade, mas uma *manifestação de vontade qualificada*, ou uma *declaração de vontade*. O negócio jurídico não é o que o agente quer, mas sim, o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente.

Ademais, não basta apenas que algo pareça uma exteriorização da vontade, é preciso ainda que a manifestação venha rodeada de circunstâncias que façam com que ela seja vista socialmente como manifestação jurídica, isto é, como declaração de vontade.[45] Em síntese, o que caracteriza o negócio jurídico é o fato de ser uma manifestação de vontade qualificada por circunstâncias que fazem com que ele seja

---

[43] AZEVEDO, 2002, p.16.
[44] *Ibid.*, p.17-21.
[45] A declaração, uma vez feita, desprende-se do iter volitivo; adquire autonomia, como a obra se solta de seu autor. É da declaração, e não da vontade, que surgem os efeitos do negócio jurídico. (*Ibid.*, p.85).

visto socialmente como dirigido à produção de efeitos jurídicos.[46] A vontade não é considerada por si só no direito, mas sim, enquanto e por quanto é manifestada.

Vistos os contornos do conceito de negócio jurídico por meio de suas correntes interpretativas, é importante que se trace neste capítulo inicial, ainda que de forma sucinta, a diferença entre a declaração de vontade expressa e a tácita. Assim, a vontade pode ser declarada expressamente, por escrito ou oralmente, ou, ainda, decorrer de gestos ou sinais, como é o caso daquele que levanta a mão em um leilão, situação chamada também de declaração direta da vontade.

Mas a manifestação de vontade também pode ser tácita, que é aquela que decorre de um comportamento da parte ou de sinais que a relevem, quando se fala, então, em manifestação indireta da vontade. Tem-se aqui o que parte da doutrina chama de comportamento concludente (*facta concludentia*).[47]

Nas palavras de Serpa Lopes[48], a grande diferença entre as duas formas de manifestação da vontade dar-se-ia com relação ao seu grau de certeza, pois enquanto a compreensão da manifestação expressa ocorre de forma direta, a manifestação tácita somente é compreendida pelo entendimento subjetivo, ou seja, ocorre de forma indireta.

O comportamento concludente é entendido como elemento objetivo da manifestação tácita de vontade apta a gerar o negócio jurídico. Consoante Paulo Mota Pinto, o comportamento concludente não é, por si só, uma espécie de manifestação negocial, consistindo no elemento objetivo da declaração tácita, que é determinado pela via interpretativa. O comportamento concludente depende dos

---

[46] AZEVEDO, 2002, p.118-25. O autor menciona que as circunstâncias negociais são um "*quid novi*" que se deve acrescentar à manifestação de vontade para que esta se transforme em declaração de vontade e possa produzir efeitos no mundo jurídico. E que estas consistem justamente no conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou *padrão cultural*, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas). As "circunstâncias negociais" são, pois, um *modelo cultural de atitude*, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos.

[47] PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p.515-23.

[48] SERPA LOPES, Miguel Maria de. **O silêncio como manifestação da vontade**. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p.159-61.

fatos concludentes, que são todos aqueles nos quais se apoia uma ilação para construir o significado do comportamento.[49]

Como características desse comportamento tem-se a incompatibilidade com significado diverso, ou seja, a conduta em questão, a fim de configurar uma aceitação tácita, deverá ser incompatível com a situação de não aceitação e, em relação ao grau de certeza que se espera da declaração tácita para que essa possa ser existente, diz-se que é apenas o de probabilidade relativa, a saber, a declaração que, conforme os usos sociais gera uma probabilidade de ter sido praticada com dada significação negocial reconhecida poderá ser considerada como declaração tácita.

Independentemente da forma que adquire, a vontade, para que possa obrigar o declarante, deve ser séria, real, livre e formulada com a intenção de contratar.

Assim, quem, a despeito de não firmar uma convenção de arbitragem, participa de um procedimento arbitral, sem nenhuma ressalva, aceitando a jurisdição dos árbitros e concordando com a convenção arbitral, exterioriza comportamento concludente, conforme será visto no Capítulo 3.

Ainda, Pontes de Miranda[50] entende que negócio jurídico é espécie de fato jurídico em que a exteriorização da vontade negocial constitui o elemento cerne de seu suporte fático, “a vontade é elemento essencial do suporte fático, que é o negócio; com a entrada desse no mundo jurídico, tem-se o negócio jurídico”. Continua alegando ser erro comum se “identificarem manifestação de vontade, que é acontecimento do mundo fático, e negócio jurídico, que é a juridicização do suporte fático”, pois, apesar da vontade ser o elemento mais importante do negócio jurídico, com ele próprio ela não se confunde.

Uma das principais discussões traçadas pela doutrina, em relação à cláusula compromissória, diz respeito justamente à definição de sua natureza jurídica, que se confunde com a própria natureza jurídica da arbitragem. A própria definição de “cláusula” compromissória traz a noção de que ela só poderia fazer

---

[49] PINTO, 1995, p.892-3.

[50] MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. **Tomo III**: negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma e prova. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.56.

parte de um contrato – e por isso seria uma cláusula – e que a sua função seria a de resolver as controvérsias advindas das outras estipulações contratuais.

Nesse sentido, foram desenvolvidas algumas teorias para buscar explicar a natureza jurídica da convenção arbitral, mas todas elas, inevitavelmente, concordam que a arbitragem é um instituto com consequências jurisdicionais e que advém da autonomia da vontade das partes. Quatro teorias foram sugeridas para tanto: a jurisdicional, a contratual, a mista ou híbrida e a teoria autônoma. É importante que se mencione que nenhuma das quatro teorias recebeu suporte universal pela doutrina e pela prática arbitral, mas que todas elas receberam algum apoio, sendo utilizadas na resolução de casos práticos da arbitragem comercial.[51]

A teoria jurisdicional leva em consideração o poder que cada Estado possui para controlar e regular as arbitragens que se desenvolvem dentro de sua jurisdição, pois as partes apenas podem recorrer à arbitragem na medida em que a legislação da sede do procedimento arbitral o permita. De acordo com esta teoria, o Estado permite que sistemas privados de administração de justiça ocorram dentro dos limites de seu território, por meio da atribuição ou da tolerância deste. Esta teoria é baseada no papel *quasi-judicial* do árbitro, como uma alternativa aos juízes togados e com a aceitação da legislação local.

A teoria contratual, por outro lado, alega que a arbitragem possui um caráter contratual, tendo em vista que sua origem e continuidade dependem do que foi acordado pelas partes na convenção arbitral. Sendo que a própria essência da arbitragem reside no fato de "ter sido criada pela vontade e pelo consentimento das partes".[52] A origem da arbitragem seria indubitavelmente contratual, no sentido de que as partes escolhem submeter suas atuais ou futuras disputas a este procedimento de resolução de controvérsias, e que, o Estado, a princípio, não tem qualquer forma de influência ou controle sobre esta decisão.

A terceira teoria desenvolvida para buscar compreender a natureza jurídica da arbitragem foi denominada de teoria híbrida ou mista, tendo em vista que ela busca reconciliar alguns aspectos constantes tanto na teoria jurisdicional quanto

---

[51] LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. ***Comparative International Commercial Arbitration***. Kluwer Law International: The Hague, 2003, p.72-3.
[52] *Ibid.*, p.77.

na contratual. Nesse sentido, esta teoria aceita que os árbitros são tomadores de decisões (*decision-makers*) e que desempenham um papel *quasi-judicial*, e que, às suas decisões, será fornecido o poder judicial estatal, no momento e no local de sua execução, mas não antes disso. Ao mesmo tempo, esta teoria reconhece que a arbitragem tem sua origem em um contrato e que as escolhas mais importantes em relação ao procedimento arbitral, tal como a escolha dos árbitros e a lei aplicável dependem principalmente do que foi acordado pelas partes. Ou seja, segundo esta teoria a arbitragem seria um sistema de justiça privado criado por um contrato.[53]

A teoria mista acabou se tornando dominante no cenário internacional, tendo em vista que elementos das teorias jurisdicional e contratual são encontrados nas modernas leis arbitrais e na prática da arbitragem comercial internacional.

Por fim, foi desenvolvida a teoria autônoma, ao considerar que a arbitragem se desenvolveu e criou um regime próprio, possuindo, por isso, um caráter autônomo, motivo pelo qual as teorias anteriores não seriam suficientes para explicá-la. Esta teoria poderia ser considerada um desenvolvimento da teoria híbrida ou mista, no sentido de que ela leva em consideração alguns aspectos que esta última não considerava, tais como o fato de que a arbitragem pode operar mesmo sem a utilização da legislação positiva ou de um sistema legal específico (ou seja, as modernas teorias da transnacionalidade e da arbitragem que não é nacional, não sendo vinculada a um Estado específico - "*delocalised*"), dando menos importância à sede da arbitragem e à sua legislação.

A prática da arbitragem comercial internacional se desenvolveu, incontestavelmente, pois as partes buscavam um sistema mais flexível, não necessariamente estatal, para a regulação de suas disputas comerciais:

> *They wanted their agreement to arbitrate to be respected and enforced; they envisaged fair procedures, fashioned according to the characteristics of the particular case but not copying any national procedure system; they expected the arbitrators would be impartial and fair; they believed the ultimate award would be final and binding, and they presumed that it would be easily enforceable. Arbitration, organised the way they considered it appropriate, is how the parties have decided to*

---

[53] LEW; MISTELIS; KRÖL, 2003, p.80.

> *determine disputes between them. National criteria are of little significance to the international commercial community, as national public policy and mandatory law has little influence on the day to day conduct of the international arbitration process.*[54]

Nesse sentido, essa última teoria considera que é a prática da arbitragem, ao invés de considerações advindas dos diferentes sistemas legais estatais, que governa o seu panorama e desenvolvimento, ou seja, é o procedimento e os seus usuários, e não a legislação e os interesses nacionais, que determinam as mudanças mais significativas na prática arbitral comercial internacional.

A teoria autônoma reconhece elementos constantes nas teorias jurisdicional e contratual, mas é considerada mais desenvolvida que a teoria mista ao retirar o foco do controle que a legislação da sede da arbitragem pode exercer em prol das mudanças que a prática comercial e as modernas legislações estabeleceram, seja em nível estatal ou não, mudanças nas quais as partes estão inseridas e são ativas participantes. Dessa forma, diz-se que esta é a teoria que prevalece atualmente e que será a que dominará no cenário arbitral internacional dos próximos anos.

Independentemente de qual teoria venha a prevalecer no futuro, parece que, em verdade, não seriam elas antagônicas, mas sim, representariam, uma após a outra, o desenvolvimento que o próprio instituto da arbitragem sofreu ao longo dos anos. Sendo assim, a arbitragem é um instituo que possui, em sua origem, uma natureza contratual, mas que também abriga consequências jurisdicionais relevantes e que, ao mesmo tempo, igualmente foi desenvolvendo regras e princípios próprios advindos de sua *praxis*.

Tendo em vista o objetivo e o espectro do presente trabalho, serão analisadas, sobretudo, as características contratuais da arbitragem e, mais especificamente, da convenção arbitral, que é, por isso mesmo, sujeita ao

---

[54] LEW; MISTELIS; KRÖL, 2003, p.81. Tradução nossa: “elas [as partes] queriam que o seu acordo arbitral fosse respeitado e executado; portanto previam procedimentos justos, formados de acordo com as características do caso particular, mas não copiados de qualquer sistema procedimental nacional; esperavam que os árbitros fossem imparciais e justos; acreditavam que a sentença seria final e vinculativa, facilmente exequível. A arbitragem, organizada da maneira que elas consideraram apropriada, é a forma pela qual as partes decidiram resolver suas disputas. Critérios nacionais são de pouca importância para a comunidade comercial internacional, assim como a ordem pública nacional e as leis imperativas têm pouca influência sobre a conduta diária dos processos arbitrais internacionais”.

regramento constante na legislação brasileira referente aos negócios jurídicos em geral.

Segundo José Eduardo Carreira Alvim[55], a cláusula compromissória não se atrela necessariamente a um contrato, tendo individualidade própria e reservando em relação a ele a sua independência, mesmo que estejam instrumentalmente interligados. A cláusula arbitral seria então, ela própria, *outro contrato*, que serve de bússola aos contratantes, relativamente a litígios futuros, no sentido de lhes indicar o caminho até o juízo arbitral.

A cláusula compromissória, mais do que uma mera cláusula, representaria, em verdade, outro negócio jurídico, dotado de autonomia em relação ao contrato em que esteja eventualmente inserida. E é por isso que o seu exame deve ser feito, ademais da legislação específica, também à luz do disposto no Código Civil.[56]

Segundo Giovanni Ettore Nanni[57], não existiria discrepância a respeito da natureza jurídica da cláusula compromissória enquanto negócio jurídico, tendo em vista que "decorre da manifestação de vontade declarada pelas partes por meio da qual se comprometem, com efeito vinculativo, a dirimir por arbitragem os conflitos surgidos do contrato".

No que tange à sua natureza jurídica, a cláusula compromissória é, logo, contratual, mesmo que, segundo Pedro Batista Martins[58], "trata-se de uma forma peculiar de contrato e que foge à tradicional normatividade a que se sujeitam os contratos em geral", tendo em vista que a cláusula possui natureza consensual e afirma interesses comuns das partes. Segundo Carlos Alberto Carmona[59], a

---

[55] ALVIM, 2000, p.217-35. Ainda segundo este autor, apesar de a cláusula aderir a um contrato, para muitos ela constitui um negócio jurídico próprio, dotado de individualidade e com função diversa daquela do contrato a que adere. Enquanto no contrato principal as partes regulam o conflito de interesses entre elas, a cláusula compromissória cuida de "buscar o melhor juiz para a decisão de certa categoria de lide". Cumprem, logo, função diversa, correspondente a sua diversidade de planos, substancial e processual, em que operam. Seria ela um ato negocial com efeitos processuais.

[56] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. XXXII, n.116, p.174 e ss., jul. 2012, p.175.

[57] NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p.14.

[58] MARTINS, 2008, p. 62.

[59] CARMONA, 2009, p.102. É importante que se esclareça que, normalmente, são atribuídos dois efeitos à convenção de arbitragem, o efeito positivo, que é o de obrigar as partes a recorrerem à arbitragem se um litígio vier a surgir, e o efeito negativo, que é o de afastar o Poder Judiciário para o julgamento de referido litígio.

cláusula arbitral é um negócio jurídico processual, pois “a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral (já que, com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros)”.

A premissa que deve ser fixada é, logo, a de que a cláusula compromissória é um verdadeiro negócio jurídico, mesmo que enxuto, e, em geral, inserido dentro de outro contrato no qual as partes estabelecem o conjunto de suas demais obrigações e direitos. Assim, segundo Ricardo Aprigliano[60], o contrato e a cláusula compromissória são instrumentalmente unificados, apesar de acordos autônomos, formando-se um complexo de relações contratuais, que é formado pelo contrato arbitral e pelo contrato cujo objeto é a obrigação propriamente dita.

Sendo a cláusula compromissória um negócio jurídico, está ela assentada no princípio fundamental da autonomia privada, a saber, o poder de autodeterminação das pessoas, pelo qual o ordenamento jurídico oferece e assegura aos particulares a possibilidade de regular as suas relações por meio dos negócios jurídicos, desde que respeitados certos limites.[61] Segundo Maristela Basso, ela significa a esfera de liberdade de que gozam as partes, no âmbito do direito privado, de “auto regência de seus próprios interesses, de discutir livremente as condições do contrato pretendido, bem como de escolher aquele mais conveniente”, ou, em outras palavras, “é a faculdade das partes de regerem-se por suas próprias leis, de praticar um ato jurídico determinando-lhe o conteúdo, a forma, assim como os efeitos”.[62]

A declaração de vontade que constitui a cláusula compromissória é fruto de um processo de formação que se inicia no íntimo das pessoas, até que, dada por

---

[60] APRIGLIANO, 2012, p.175-6.

[61] Segundo Eduardo Silva da Silva, a peculiaridade e a importância da categoria do negócio jurídico reside justamente na transposição que faz da liberdade constitucional de os particulares regularem autonomamente suas relações através do estabelecimento de disposições privadas com força normativa. Nesse sentido, para este autor, o caráter normativo do negócio jurídico advém da constatação de que nem só a lei produz normas, tendo em vista que também os negócios jurídicos são revestidos de juridicidade, que lhes é intrínseca. (SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa**: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.101-14).

[62] BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: UFRGS, 1996, p.200-11. v.12.

estruturada internamente, é emitida, exteriorizada. Deve, pois, corresponder ao que efetivamente se deseja, deve ser uma vontade consciente. Há, ainda, que se atentar para a liberdade na formação da vontade, ou seja, que o procedimento todo seja decorrente da livre manifestação do pensamento individual, uma manifestação de vontade não viciada.[63]

Se a cláusula compromissória apresenta algum defeito volitivo na sua formação, tais como erro, dolo, coação, entre outros, ela é um negócio jurídico inválido, e como tanto, deve ser declarado pelos árbitros. É assim que se considera a cláusula compromissória como sendo um negócio jurídico derivado de uma declaração de vontade vinculante das partes que, consensualmente, resolvem outorgar aos árbitros a atribuição de julgar as suas controvérsias.[64]

Portanto, entre as normas jurídicas de caráter negocial, a cláusula compromissória exerce a função de *porta de entrada* a uma esfera privada de regulação de interesses pela autonomia negocial, com o fim de atualizar o vínculo jurídico estabelecido entre as partes.[65]

---

[63] LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003, p.283-4. v.1. Ainda, segundo Antônio Junqueira Azevedo, uma válida declaração de vontade comportaria as seguintes características: a) ser resultante de um processo volitivo; b) ser querida com plena consciência da realidade; c) ser escolhida com liberdade; d) ser deliberada sem má fé (se não for assim, o negócio poderá ser nulo, por exemplo, no primeiro caso, por coação absoluta, ou falta de seriedade; anulável por erro ou dolo, no segundo; por coação relativa, no terceiro; e por simulação, no quarto). (AZEVEDO, 2002, p.43).

[64] NANNI, 2014, p.15.

[65] SILVA, 2003, p.117-27. Entretanto, o autor alerta para o fato de que, mesmo que independente do contrato em que esteja eventualmente inserida, a cláusula compromissória não seria propriamente um contrato embutido em outro contrato, uma vez que a cláusula compromissória distingue-se do contrato principal tanto no seu aspecto formal, quanto no seu objeto. Para ele, cláusula compromissória e contrato são negócios jurídicos que emanam de duas distintas manifestações de vontade. Uma, a do contrato, que possui fundo patrimonial. Outra, a da cláusula, destinada a subtrair determinadas controvérsias da competência do juiz togado. Mesmo que sejam negócios jurídicos autônomos, a cláusula compromissória não seria considerada um contrato. Aponta-se o fato de ser exigida da cláusula compromissória a observância da forma escrita, a qual não se aplica ao contrato. Enquanto a forma escrita seria um elemento essencial da cláusula compromissória, no contrato ela apenas indicaria uma opção das partes de adicionar segurança ou publicidade ao que foi estipulado. Demonstra-se também que, em relação ao objeto, a cláusula compromissória sempre o terá especificado, uma (ou algumas) controvérsia advinda da interpretação ou execução do contrato no qual está inserida. Diversamente, em relação ao contrato, este pode ter os mais diversos objetos, segundo o interesse das partes. Ademais, o fato de que faltaria à cláusula compromissória o elemento patrimonial não permitiria que ela fosse considerada como um contrato, mas sim, como um negócio jurídico bilateral do qual os contratos seriam apenas uma espécie.

1.1.2.1 Aplicação dos requisitos do negócio jurídico à cláusula compromissória

Como visto anteriormente, a cláusula compromissória é um negócio jurídico que dispensa nova manifestação de vontade das partes para produção de seus efeitos, pois quando firmada está completamente apta a produzir efeitos, mesmo que sua eficácia fique suspensa até o surgimento de eventual controvérsia. Ou seja, a cláusula compromissória é um negócio jurídico perfeito e acabado, desde quando pactuada, não se enquadrando mais, conforme já mencionado acima, na figura do contrato preliminar.

Sendo a cláusula compromissória um negócio jurídico autônomo, estaria ela sujeita aos requisitos gerais de todos os negócios jurídicos constantes no CCB, que dizem respeito, sobretudo, às partes, ao objeto e à forma. Em realidade, a vontade das partes de retirar a resolução de suas disputas do Poder Judiciário só ocorrerá se a convenção arbitral for validamente celebrada, o que impõe um objeto lícito e determinável, partes capazes e forma prescrita ou não defesa em lei.[66]

A análise destes requisitos faz parte do plano da validade dos negócios jurídicos, pois se pressupondo a existência da cláusula compromissória, antes de perquirir a respeito de sua produção de efeitos, cumpre verificar se a mesma é válida. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo[67], pode-se definir a validade do negócio jurídico da seguinte forma:

> A validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (“ser regular”). Validade é, como o sufixo da palavra indica, *qualidade* de um negócio existente. “Válido” é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas [grifo do autor].

Para o mesmo autor, se o ordenamento jurídico autoriza as partes a emitir declaração de vontade, à qual serão atribuídos efeitos jurídicos de acordo com o que foi manifestado como querido, não é de se estranhar que este mesmo ordenamento procure cercar a formação desse especialíssimo fato jurídico de

---

[66] Nesse sentido está o teor do art. 104 do CCB: Art. 104: “a validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”. (BRASIL. **Lei nº 10.046/2002**. Disponível em: <http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/ leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 jul. 2015).

[67] AZEVEDO, 2002, p.42.

certas garantias, tanto no interesse das próprias partes, quanto no de terceiros e no de toda a ordem jurídica.[68]

Em relação às partes, pode-se dizer que normalmente estas são as mesmas do negócio jurídico principal, tendo em vista que são comumente firmados na mesma oportunidade. Em relação a elas, a maior dificuldade reside em verificar se estas preenchem os requisitos de capacidade necessários para a celebração da convenção arbitral, trata-se daquilo que a doutrina arbitral chama de arbitrabilidade subjetiva ou arbitrabilidade *ratione personae*, ou seja, a aptidão que certas pessoas possuem para submeterem-se à arbitragem.[69]

Aliada à ideia de personalidade jurídica, a ordem jurídica reconhece ao indivíduo a capacidade para a aquisição dos direitos e para exercê-los por si mesmo, diretamente, ou por intermédio (pela representação), ou com a assistência de outrem. A esta aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir os direitos na vida civil, dá-se o nome de *capacidade de direito*, que se distingue da *capacidade de fato*, que é a aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmo. À capacidade de direito corresponde à capacidade de gozo; a capacidade de fato pressupõe a capacidade de exercício.[70]

É por isso que se pode dizer, genericamente, que a capacidade no direito costuma ser dividida em capacidade de gozo e de exercício dos direitos. Aquele que tem apenas a capacidade de gozo precisa da representação legal de um terceiro, para que possa obter a capacidade de exercício destes mesmos direitos.[71]

---

[68] AZEVEDO, 2002, p.41.

[69] FOUCHARD, P; GAILLARD, E; GOLDMAN, B. ***Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration***. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p.312-3.

[70] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 263-4. v.1.

[71] Caio Mário da Silva Pereira explica a questão da incapacidade da seguinte forma: “aos indivíduos, às vezes faltam requisitos materiais para dirigirem-se com autonomia no mundo civil. Embora não lhes negue a ordem jurídica a capacidade de direito, recusa-lhes a autodeterminação, interdizendo-lhes o exercício dos direitos, pessoal e diretamente, porém condicionado sempre à intervenção de uma outra pessoa, que os representa ou assiste. A ocorrência de tais deficiências importa em *incapacidade*. Aquele que se acha em pleno exercício de seus direitos é *capaz*, ou tem a *capacidade de fato*, *de exercício* ou *de ação*; aquele a quem falta a aptidão para agir não tem a *capacidade de fato*. Regra é, então, que toda pessoa tem a *capacidade de direito*; mas nem toda pessoa tem a *de fato*. Toda pessoa tem a faculdade de adquirir direitos, mas nem toda pessoa tem o poder de usá-los pessoalmente e transmiti-los a outrem por ato de vontade. Por isso mesmo se diz que a *regra é a capacidade*, e a incapacidade é exceção, ou, enunciado de outra maneira, afirma-se que toda pessoa tem a capacidade de direito ou de aquisição, e presume-se a capacidade de fato ou de ação; somente por exceção, e *expressamente decorrente de lei*, é que se recusa ao indivíduo a capacidade de fato. É por isso, também, que ninguém tem a faculdade de abdicar da sua capacidade, ou de se declarar incapaz, ou de reduzir a sua capacidade, seja de direito, seja de fato”. (*Ibid.*, p.264-5).

Em relação à arbitragem, diz-se que esta apenas pode ser contratada por partes capazes, que possam livremente dispor de seus direitos, motivo pelo qual os incapazes não estariam aptos a firmar convenção arbitral (como, por exemplo, os menores de idade, os enfermos e os doentes mentais), mesmo que representados ou assistidos, bem como aqueles que detenham apenas os poderes de administração de bens alheios.[72] Isso significa, conforme assinala Carlos Alberto Carmona[73], que o inventariante do espólio, a massa falida e o síndico do condomínio não podem, sem autorização, submeter demanda ao juízo arbitral. Ou seja, apenas pessoas físicas e jurídicas com plena capacidade civil poderão celebrar cláusulas compromissórias, que são aquelas que podem utilizar e exercer dos direitos por si mesmas.

Em relação à pessoa jurídica, questiona-se se a sua representação estaria no contexto dos atos de gestão ordinária ou se seria necessária uma procuração especial para firmar a convenção arbitral. Segundo Pedro Batista Martins[74], esta representação "não transcende à normalidade e não importa em ato de disposição de bem patrimonial ou jurídico essencial", daí por que não ser necessária procuração específica para esse fim. Assim como o representante da empresa pode firmar o contrato, pode também firmar a convenção arbitral.

O segundo elemento necessário à validade de todo negócio jurídico diz respeito ao objeto, que deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. O objeto do negócio jurídico diz respeito ao objetivo das partes quando da conclusão do contrato, o seu conteúdo, tal como a entrega de determinadas mercadorias ou produtos, ou a construção de determinada obra, e este objeto não pode contrariar a lei, os bons costumes e a ordem pública. Em relação à

---

[72] A estas pessoas a lei os denomina de incapazes, dando proteção jurídica, por meio da representação ou assistência, o que os possibilita o exercício dos direitos, conforme os primeiros artigos do CCB: Art. 1º: "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Art. 3º: "são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade". Art. 4º: "são incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial". (BRASIL. **Lei nº 10.046/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 ago. 2015).

[73] CARMONA, 2009, p.37.

[74] MARTINS, 2008, p.63.

convenção de arbitragem, exige-se que o objeto seja passível de resolução por esta forma de solução de controvérsias, o que é comumente tratado como arbitrabilidade objetiva. Exige-se que o objeto seja um direito patrimonial e disponível e, ainda, que seja passível de determinação (determinável). Ou seja, o objeto da cláusula compromissória é limitado, pois deve-se ater aos direitos mencionados no art. 1º da LBA[75].

A arbitrabilidade objetiva diz respeito às matérias ou espécies de litígios que podem ser submetidos à arbitragem, com projeção no objeto (*ratione materiae*). Essas restrições ficam a critério de cada jurisdição nacional, que determina que tipos de disputas são de domínio exclusivo dos tribunais nacionais e quais podem ser resolvidas por arbitragem. Assim, do acima exposto, resta evidente que a determinação da lei aplicável à convenção arbitral é de extrema importância para a verificação, também, da arbitrabilidade objetiva, visto que, dependendo da escolha, a matéria poderá, ou não, ser submetida à arbitragem.

Sendo o árbitro um juiz privado, é perfeitamente compreensível que nem todos os tipos de conflitos possam ser resolvidos por ele. Dessa forma, o legislador reserva para as cortes estatais o julgamento de determinadas matérias, que dizem respeito diretamente às preocupações sociais e econômicas que o Estado visa proteger. É justamente por isso que alguns temas escapam da competência dos árbitros, sendo que o limite da arbitrabilidade está justamente em considerar que alguns litígios, por envolverem, de forma determinante, o interesse geral, não devem ser retirados da solução pública.

Assim, ante a sua importância, questionar a respeito da arbitrabilidade objetiva é um dos principais meios de se questionar a respeito da própria validade da convenção arbitral, conforme ressalta Gary Born[76]:

---

[75] Art. 1º da LBA: "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". (BRASIL. **Lei nº 9.307/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015).

[76] Do original em inglês: "*another basis for challenging the enforceability of an international arbitration agreement is that the agreement is sought to be applied to matters which are not "arbitrable." In some jurisdictions, this defense is referred to as "objective arbitrability," while, in other jurisdictions, it is termed the "non-arbitrability" doctrine. Each of these terms refers to subjects or disputes which are deemed by a particular national law to be incapable of resolution by arbitration, even if the parties have otherwise validly agreed to arbitrate such matters*". (BORN, Gary B. ***International Commercial Arbitration***. 2.ed. The Hague: Kluwer Law International, 2014, p.944).

> Outra base para se questionar a exequibilidade de uma convenção de arbitragem internacional é a de que a convenção em questão está sendo aplicada apenas a matérias que são não 'arbitráveis'. Em algumas jurisdições, esta defesa é referida como 'arbitrabilidade objetiva', enquanto que, em outras jurisdições, é conceituada como a doutrina da 'não-arbitrabilidade'. Cada um desses termos se refere a assuntos ou disputas que são considerados por uma lei nacional específica como incapazes de serem resolvidas por arbitragem, mesmo que as partes tenham de outra forma acordado validamente pela arbitragem de tais matérias.

Tendo em mente tal variação, normalmente são excluídas pelas legislações nacionais do campo da arbitrabilidade as questões de natureza penal e de família, as quais se entendem devam ficar sob o domínio e tutela do Estado. Entretanto, cada vez mais, as legislações nacionais vêm aumentando o escopo da arbitrabilidade, impedindo que a simples alegação da presença do interesse público frustre a vontade das partes de levar suas disputas à arbitragem, afinal, podem as cortes estatais rever as decisões arbitrais, caso necessário.

A cláusula compromissória, com maior ou menor detalhamento e abrangência, atende aos requisitos de licitude do objeto, uma vez que é prevista em lei, sendo também possível, tanto do ponto de vista fático, quanto jurídico, e sempre fará referência a um negócio jurídico específico, preenchendo, portanto, o requisito da determinabilidade.[77]

Por fim, quanto ao requisito da forma, que é o modo de ser da manifestação, o capítulo 2 do presente trabalho tratará especificamente do assunto, motivo pelo qual ele não será aqui abordado.

Assim, a cláusula compromissória, normalmente inserta no corpo contratual, configura-se como um negócio jurídico autônomo e independente do contrato principal, sendo dotada de objeto, conteúdo e perfil próprios. Trata-se de uma convenção privada, que objetiva gerar uma nova esfera de regulação dos

---

[77] Giovanni Ettore Nanni lembra que, estritamente falando, o objeto da cláusula compromissória pode não ser apenas a eleição do juízo arbitral, mas também o número de árbitros que decidirão a disputa, a sua forma de escolha, a sede da arbitragem, se o procedimento será administrado por instituição arbitral ou será *ad hoc*, a lei aplicável ao procedimento, entre outros detalhamentos possíveis. Para este autor, o objeto da cláusula arbitral só seria determinado na hipótese de ser ela uma cláusula cheia, que contenha todos os elementos identificadores para que a arbitragem possa ser instituída, sem o auxílio do Poder Judiciário. Em se tratando de cláusula arbitral vazia, aquela que é incompleta, pois lhe falta elemento essencial quanto à forma de instituição do procedimento arbitral, em regra, o seu objeto seria apenas determinável. (NANNI, 2014, p.37).

interesses, quando do advento de controvérsias acerca da interpretação e da execução do contrato que a transporta.[78]

1.1.3 Autonomia da convenção arbitral

A essa natureza contratual, e, justamente, para reforçá-la, podem ser atribuídas outras características à cláusula compromissória, que se estabeleceram definitivamente após a promulgação da LBA.

Quando se fala em autonomia da cláusula compromissória, no sentido mais utilizado deste princípio, deve-se entender que esta é juridicamente autônoma do contrato principal. Sendo assim, a validade, a eficácia ou a extinção do contrato não influem necessariamente na validade, na eficácia ou na extinção da convenção arbitral, e vice-versa, e ainda que o contrato principal revele algum vício, este não se estende obrigatoriamente àquela.

A autonomia da cláusula compromissória não impede, no entanto, que as vicissitudes do contrato não venham a se estender também à convenção arbitral, quando se tratar de uma causa comum a ambas, como a incapacidade de uma das partes ou algum dos vícios que maculem a própria vontade.[79] Mas, nem todas as causas de invalidade do contrato principal afetam necessariamente a cláusula compromissória, pois esta deve, à luz do princípio da autonomia, ser examinada de maneira autônoma e independente do contrato principal. A respeito do princípio da autonomia da convenção de arbitragem, clássicas são as palavras de Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman[80]:

---

[78] SILVA, 2003, p.119.
[79] ALVIM, 2000, p.235-7.
[80] FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p.225-6. Tradução nossa do original em francês: “a indiferença relativamente à sorte do contrato principal é o primeiro e mais importante dos efeitos do princípio da autonomia da convenção de arbitragem. Segue-se que a existência, a validade ou a manutenção em vigor da convenção de arbitragem não dependem do destino do contrato principal a que se refere a presente convenção: as alegações de que o contrato principal não tenha sido celebrado, é nulo, foi extinto ou resilido ou de que as obrigações do contrato principal foram novadas não geram a ineficácia da convenção de arbitragem. Da mesma forma, a transação relativa ao contrato principal não leva necessariamente à extinção da cláusula compromissória”.

> *L'indifférence au sort du contrat principal est le premier et le plus important des effets du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage. Il en résulte que l'existence, la validité ou le maintien en envigueur de la convention d'arbitrage ne dépendent pas du sort du contrat principal auquel cette convention se réfère: l'allégation que le contrat principal n'a pas été conclu, qu'il est nul, résolu, résilié ou que les obligations issues du contrat principal ont été novées n'entraîne pas l'inefficacité de la convention d'arbitrage. De même, la transaction relative ao contrat principal n'en porte pas nécessairement extinction de la clause compromissoire.*

Nesse sentido, relativamente à autonomia da vontade, importantes são as diferenciações traçadas pela doutrina para buscar delinear o seu conceito daqueles que com ela são correlatos. Assim, *autonomia da vontade* é terminologia que projetava o individualismo que inspirou os principais projetos de codificação, revelando um viés mais fechado do direito, sem absorção de outros valores éticos que permeiam o meio social. Isso pode ser explicado, em certa medida, pelo ambiente de liberalismo econômico reinante no século XIX, onde se desenvolveram as teorias contratualistas, que eram baseadas no poder da vontade e no livre arbítrio dos indivíduos para formar os contratos. Seria um princípio de não-interferência do poder estatal no agir dos particulares, que livremente regulavam as suas relações.

Foi no campo do Direito Internacional Privado que a expressão autonomia da vontade ganhou franco uso, desenvolvendo significação própria, que concerne às necessidades do comércio internacional. Sendo um contrato caracterizado como internacional, dúvidas podem surgir acerca da lei a ser utilizada para a interpretação e execução do negócio. E é por isso que a autonomia da vontade, no Direito Internacional Privado, acabou por caracterizar-se como um poder de dar a si próprio um ordenamento jurídico escolhido para regular o contrato.[81] Ou seja, a autonomia da vontade, neste campo do Direito, constitui um meio privilegiado de designação da lei estatal aplicável ao contrato, também como

---

[81] Segundo Maristela Basso, a autonomia da vontade no direito dos contratos diz respeito à liberdade que têm as partes de autorregular seus interesses, determinando o conteúdo das obrigações constituídas. No direito internacional privado, tal noção admite uma concepção mais estrita, que é justamente a faculdade concedida aos indivíduos de exercer a escolha e a determinação da lei aplicável a certas relações jurídicas, considerando-se tal faculdade limitada pela observância das normas de ordem pública e das leis imperativas. (BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.237).

subtração do contrato ao direito estatal do foro e, finalmente, como eliminação do método clássico do conflito de leis.[82]

Como, com o passar do tempo, a expressão autonomia da vontade acabou por designar conceitos diversos, sem um consenso em relação ao seu conteúdo, o que gerou vagueza e incerteza ao instituto, sendo, por isso, necessário realizar um corte em seu espectro para reduzir o conceito a uma categoria mais precisa e definida. É por isso que surgiu a categoria da *autonomia privada*, como extrato diferenciado da vasta ideia da autonomia da vontade.

Vários doutrinadores buscaram conceituá-la, mas dois se destacaram nesta busca, Emilio Betti e Luigi Ferri. O primeiro vê na autonomia privada um dado social que é apenas recebido pela ordem jurídica, ou seja, não é ela uma concepção construída no interior do ordenamento jurídico, mas, antes, algo inerente à própria dinâmica humana, que merece ser reconhecida pela ordem jurídica.[83] Já para o segundo, autonomia privada significa o poder de autorregulação dos particulares, somado aos limites impostos pela lei, pela moral e pelos bons costumes. Para Luigi Ferri[84], a autonomia privada seria a manifestação do poder dado aos particulares para criar, nos limites da lei, normas jurídicas através da categoria do negócio jurídico (poder normativo).

---

[82] De acordo com Nadia de Araujo, nos tempos atuais a discussão a respeito da legitimação da autonomia da vontade perdeu muito de seu atrativo, tendo em vista que as convenções internacionais permitiram expressamente essa faculdade às partes para a escolha da lei aplicável aos seus contratos. Logo, foi por meio do direito convencional internacional que a autonomia da vontade se cristalizou em muitos ordenamentos jurídicos, sendo uma faculdade estabelecida pela lei à disposição das partes. No Brasil, o art. 2º da LBA instituiu a autonomia da vontade para os contratos submetidos à arbitragem, sejam eles internos ou internacionais, promovendo uma verdadeira revolução no ordenamento jurídico pátrio, que sempre se mostrou reticente a este princípio. A autonomia da vontade, na arbitragem, se manifesta na liberdade que as partes têm quanto à própria escolha deste método privado de solução de controvérsias, como também quanto à delimitação do seu objeto, nomeação dos árbitros, direito aplicável, o procedimento a ser utilizado na arbitragem, o prazo para prolação da sentença, o local e o idioma da arbitragem, entre outros. (ARAUJO, Nadia de. **Contratos internacionais**: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.52 e 121). Também Maristela Basso assevera que a controvérsia em relação à autonomia da vontade, que se instaurou na doutrina entre a segunda metade do século XIX e o início do século XX, parece hoje ter perdido a sua força, justamente pelo fato de que a regra de autonomia vem consagrada na imensa maioria dos sistemas de direito internacional privado do mundo, ainda que ela não tenha conseguido se impor da mesma maneira nos países da América Latina. (BASSO, 1996, p.200-11).

[83] BETTI, 2003.

[84] FERRI, Luigi. ***La autonomía privada***. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

Para Eduardo Silva da Silva[85] entretanto, o próprio conceito de autonomia privada restou pouco preciso, na medida em passou a ser considerada substrato genérico de todos os atos jurídicos do Direito Privado, e não só do negócio jurídico. É por isso que, para ele, somando-se à tendência de objetividade e especificidade que trilham os institutos jurídicos ao longo do tempo, o termo mais adequado para a sociedade atual seria o de *autonomia negocial*.

A autonomia negocial, ou poder negocial, seria então o fundamento específico dos negócios jurídicos produzidos, sobretudo, no campo dos comerciantes, para atender às necessidades sempre novas do comércio. A autonomia negocial possuiria contornos próprios, que não a identificam com os dois conceitos anteriores, na medida em que se compõe de uma maior carga de liberdades contratuais, as quais se projetam ao longo do desenvolvimento de todo relacionamento negocial. Essas liberdades e projeções seriam conformadas e limitadas por restrições objetivas, como a boa-fé objetiva e outros valores emanados da ordem constitucional.

É neste conceito que se encaixaria, para ele, a autonomia que funda a arbitragem, mesmo que esta consista em um extrato específico da autonomia negocial, em razão do escopo diferenciado do instituto, que é jurisdicional, realizando a pacificação de controvérsias pela emanação de uma decisão que recomponha o status do negócio ou contrato, por meio da intervenção de um terceiro imparcial que emita decisão com força vinculativa. Assim, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral tratar-se-iam de atos de disposição da instância jurídica estatal e de constituição de um novo âmbito jurisdicional, inspirado nos mesmos valores e princípios que nortearam a conclusão do negócio ou contrato conturbado pelo advento da controvérsia.[86]

---

[85] SILVA, 2003, p.70-3.

[86] *Ibid.*, p.57-73. Ainda sobre a autonomia da vontade, Pontes de Miranda a chama de "autorregramento da vontade" e a conceitua como o poder que os ordenamentos jurídicos concedem às pessoas de manifestarem vontade suficiente para criar atos jurídicos, ou seja, espaço que se deixa para a vontade que é relevante ao direito. Utiliza a expressão autorregramento da vontade em detrimento de autonomia da vontade ou autonomia privada, pois condena essas terminologias pelas seguintes razões: a) a palavra "autonomia" implica a ideia de criação de normas pela própria pessoa, o que o autor repudia e b) o vocábulo "privada" limita o campo de atuação da vontade aos atos jurídicos entre particulares, quando, em verdade, está presente em todas as áreas do direito, inclusive aquelas atinentes ao direito público. (MIRANDA, 2012, p.109-11).

A autonomia da convenção arbitral garante a própria autonomia da vontade dos compromitentes e, ao mesmo tempo, mantém na arbitragem litígios que, de outro modo, acabariam no Poder Judiciário, tais como as alegações de inexistência e invalidade do contrato principal. Segundo Carlos Alberto Carmona[87], é justamente o debate a respeito das anulabilidades ou nulidades do contrato principal que poderá ser submetido à apreciação dos árbitros e, se assim não o fosse, os árbitros nunca teriam a chance de decidir sobre essas questões. Ademais, seria muito fácil afastar a competência dos árbitros, pois "bastaria que qualquer das partes alegasse matéria ligada à nulidade do contrato para que surgisse a necessidade de intervenção do juiz togado".

Isso porque, ainda segundo o mesmo autor, as partes, ao inserirem em determinado contrato uma cláusula arbitral, inserem, em verdade, uma relação jurídica diferente, manifestando sua vontade somente no sentido de que eventuais disputas sejam julgadas pelos árbitros, a qual não possui ligação direta com o objeto principal de cada contrato, de modo que a eventual nulidade deste último não afetará a eficácia da vontade das partes no que tange à escolha pela arbitragem.[88] O efeito da autonomia da cláusula compromissória é o de prevenir que o destino do contrato principal vincule automaticamente a cláusula de arbitragem, sendo essencial para que se respeite o acordo de vontade das partes de submeter suas eventuais controvérsias à arbitragem.[89]

Sendo assim, como já explicado anteriormente, a validade e a licitude da cláusula compromissória são examinadas separadamente das do contrato principal, e é por isso que a doutrina e a jurisprudência anglo-saxônicas referem a este princípio como o da *separability* ou da *severability*.

---

[87] CARMONA, 2009, p.173. Nesse mesmo sentido, Eleonora C. Pitombo aduz, sobre a autonomia da convenção arbitral e sobre a primazia dos árbitros para decidirem questões relativas à sua própria competência (competência-competência) que "nem poderia ser diferente, pois, caso contrário, a arbitragem seria letra morta, eis que a grande maioria dos litígios fundamentam-se em questionamentos sobre a validade dos contratos". (PITOMBO, Eleonora C. Os efeitos da convenção arbitral – adoção do princípio *kompetenz-kompetenz* no Brasil. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p.329).

[88] CARMONA, *op. cit.*, p.174. Ademais, nada impede que a cláusula arbitral esteja submetida a condições de validade diferentes daquela do contrato (como questões relacionadas à forma), sendo possível, inclusive, que a cláusula arbitral esteja submetida à lei diversa daquele que rege o contrato principal.

[89] VISCONTE, Debora. **A jurisdição dos árbitros e seus efeitos**. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2009, p.45.

A autonomia da cláusula compromissória leva à conclusão de que a vontade das partes no sentido de dissolver em consenso a relação principal não as desliga da relação objeto da cláusula arbitral, tendo em vista que, se surgida divergência relativa ao contrato extinto, caberá ao árbitro, e não ao juiz togado, dirimir o litígio.[90] Ademais, levando em conta a classificação da cláusula compromissória enquanto negócio jurídico autônomo, feita acima, seria coerente observar que as partes, ao firmarem um contrato contendo uma convenção arbitral, estão, em verdade, concluindo dois negócios jurídicos autônomos.

A legislação, nacional e internacional, é uníssona no reconhecimento desta autonomia, como se denota, por exemplo, da redação do art. 8º da LBA, do art. 178 (3) da Lei de Direito Internacional Privado da Suíça e do art. 21 da Lei Modelo da UNCITRAL.[91]

---

[90] CARMONA, 2009, p.174-5.

[91] Art. 8º da LBA: "a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória". (BRASIL. **Lei nº 9.307/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015). Art. 178 (3) da Lei de Direito Internacional Privado da Suíça de 1987: *"3 - The arbitration agreement cannot be contested on the grounds that the main contract is not valid or that the arbitration agreement concerns a dispute which had not as yet arisen".* (SUÍÇA. **Lei de Direito Internacional Privado de 1987**. Disponível em: <https://www.swissarbitration.org/sa/en/rules.php>. Acesso em: 25 jul. 2015). E art. 16 (1) da Lei Modelo da UNCITRAL: "*competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction. (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.* ***For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause***" [grifo nosso]. (UNCITRAL. **Lei Modelo de Arbitragem**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015).

Em outros ordenamentos jurídicos, foi a jurisprudência que consagrou o princípio, tal como ocorrido na França[92] e nos Estados Unidos[93]. E é por isso que o princípio da autonomia da convenção arbitral acabou por se consagrar, tanto pela jurisprudência internacional, quanto pelas principais leis e regulamentos de arbitragem, como um verdadeiro princípio geral do direito da arbitragem comercial internacional.

Outra acepção do princípio da autonomia da convenção arbitral, mais recente que o acima delineado e que apenas se acumulou àquele, diz respeito à possibilidade da convenção arbitral ser regida por lei diversa daquela aplicável ao contrato principal. Como a questão da escolha da lei aplicável à convenção arbitral será mais bem especificada no capítulo 3, não adentraremos no assunto neste momento.

Sendo assim, existindo cláusula compromissória, a intervenção estatal está condicionada ao esgotamento da via arbitral, salvo questões efetivamente

---

[92] O princípio da autonomia da convenção arbitral foi reconhecido pela primeira vez no caso Gosset, de 1963, da Corte de Cassação Francesa, no qual o tribunal decidiu que, em arbitragens internacionais, a convenção de arbitragem terá absoluta autonomia e não será afetada pela invalidade do contrato principal e acabou se tornando uma regra material do direito da arbitragem internacional na França. Corte de Cassação, 1ª Ch. Civ., *Société Gosset v. Société Carapelli*, j: 07/05/1963. Ainda sobre o princípio da autonomia na jurisprudência francesa, no ano de 1990, no célebre caso *Ducler*, a Corte de Apelação de Paris decidiu que a inexistência ou a nulidade do contrato principal não afetariam a cláusula compromissória, que é completamente autônoma em relação a este. Segue um trecho da decisão, no original em francês: *"en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire représente une complete autonomie juridique à l'égard, tant de la convention principale, dont l'inexistence ou l'anullité n'ont aucun effet sur elle, que de la loi interne applicable à cette convention, sous la seule réserve de l'ordre public international; dès lors, la nature civile ou commerciale du contrat principal est sans incidence sur la validité de l'accord compromissoire, qui lie les parties et doit recevoir application, sans que puissent être opposées les dispositions de l'article 2061 du Code Civil (2e espèce)"*– grifo nosso. (FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. Coumet, és qual. et Ducler v. Société Polar-Rakennusos a Keythio, Cour D'appel De Paris (1Ch. Suppl.), 8 March 1990. *In*: ***Revue De l'Arbitrage*,** v. 1990, Issue 3 (1990), Case Date: 8 March 1990. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acesso em: 20 jul. 2015). Mais recentemente, no caso *Omenex*, a Corte de Cassação Francesa novamente repetiu o raciocínio de que a validade da convenção arbitral não é afetada pela do contrato principal. Nesse sentido, no original: *"en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie em matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent".* (SOCIETE *Omenex v. M. Hugon, Cour De Cassation (1re Ch. Civ), 25 October 2005. In:* ***Revue De l'Arbitrage***. v. 2005 Issue 4 (2005), Case Date: 25 October 2005. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acesso em: 21 jul. 2015).

[93] Nos Estados Unidos, a Suprema Corte decidiu, em 1967, no caso *Prima Paint Co. v. Flood and Conklin Mfg. Co.*, que, segundo o direito federal, as convenções de arbitragem são separadas do contrato principal em que eventualmente estiverem inseridas. O caso, que tratava de uma alegação de fraude do contrato principal, acabou por cristalizar o conceito da autonomia da convenção arbitral naquele país, na medida em que, se a alegação de fraude dizia respeito ao contrato principal como um todo, mas não especificamente à cláusula compromissória, e não havia nenhuma evidencia de que era a intenção das partes de que a questão não fosse resolvida por arbitragem, então a alegação de fraude não afetaria a convenção arbitral. (FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p.220).

teratológicas.[94] Se eleita a via da arbitragem é somente por meio dela que as arguições de inexistência, invalidade e ineficácia do contrato principal e da convenção de arbitragem devem ser dirimidas. E para este efeito, detêm os árbitros competência para resolver questões ligadas à sua própria competência.[95] É neste sentido que está a redação do parágrafo único do art. 8º da LBA: "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".[96]

O dispositivo supratranscrito reflete o princípio da competência-competência, internacionalmente conhecido como *kompetenz-kompetenz*, pelo qual o tribunal arbitral possui competência para decidir questões que digam respeito à sua própria jurisdição.

Nesse sentido, enquanto pelo princípio da competência-competência os árbitros possuem o poder de decidir a respeito de sua própria jurisdição, o princípio da autonomia garante que os árbitros podem decidir o mérito da controvérsia, tendo em vista que eventuais ataques ao contrato não afetarão a convenção arbitral necessariamente. Portanto, mesmo que estes princípios sejam independentes e tenham o seu próprio âmbito de aplicação, existe uma conexão lógica entre eles.

Estas características e princípios relacionados à cláusula compromissória são mecanismos de proteção e de favorecimento da arbitragem, visando protegê-

---

[94] Giovanni Ettore Nanni menciona que o princípio da autonomia da convenção arbitral não é absoluto, devendo ser conjugado, ao menos, com um elemento básico e instituidor do negócio jurídico, que é a declaração de vontade das partes de pactuar a cláusula compromissória, pois a ausência de declaração de vontade equivaleria a uma anomalia extrema, digno exemplo teratológico, que não deve dar azo à constituição válida de um procedimento arbitral. Não se está a falar de declaração negocial viciada, mas sim, de uma completa ausência de consenso das partes na formação da cláusula compromissória, como seria o caso de um contrato absolutamente falso no qual se inclui uma cláusula compromissória. Se ausente a manifestação de vontade das partes, o negócio jurídico não estaria aperfeiçoado e, portanto, a cláusula compromissória seria inexistente e as partes não estariam, logo, outorgando jurisdição aos árbitros, motivo pelo qual o efeito negativo do princípio da competência-competência e da autonomia da cláusula compromissória restariam prejudicados. Logo, se os árbitros não detêm jurisdição, pois a cláusula compromissória é inexistente, caberá ao Poder Judiciário decidir a matéria. Entretanto, como o próprio autor salienta, estes casos de inexistência são raros na prática, pois tratam apenas de vícios de nulidades manifestos, identificáveis *prima facie*, da cláusula compromissória. A grande maioria dos casos relaciona-se com a invalidade do negócio jurídico, cuja competência de apreciação é dos próprios árbitros. (NANNI, 2014, p.29-32).

[95] MARTINS, 2008, p. 135-7.

[96] BRASIL. **Lei nº 9.307/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ L9307.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

la de ataques voltados a impedir o seu normal processamento. São elementos legais que dão concretude ao negócio jurídico, segurança jurídica à escolha das partes e plenitude ao consenso dos contratantes, quando elegeram a arbitragem como meio de solução de seus conflitos.

1.2 PRINCÍPIOS UTILIZADOS PARA VERIFICAR O CONSENTIMENTO DAS PARTES À ARBITRAGEM

Se o consentimento das partes na arbitragem comercial reside em sua intenção comum de submeter às disputas que surgiram ou que podem surgir entre elas a um ou mais julgadores privados, caberá aos árbitros, e também aos juízes estatais, quando deparados com ações anulatórias ou ações de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, por exemplo, pronunciarem-se a respeito da existência deste consentimento.[97]

Para tanto, fazem eles uso de alguns princípios interpretativos, de resto aplicáveis à interpretação dos contratos em geral, sobretudo relativos à formação dos contratos, o que demonstra a maior importância que vem sendo dada à intenção real das partes, que resta também evidenciada pela possibilidade de se considerar válida uma cláusula arbitral por referência ou pela possibilidade de se averiguar o seu consentimento por meio de sua conduta, para determinarem o conteúdo e a abrangência da convenção arbitral. Assim, nota-se a importância da questão da lei aplicável à convenção arbitral, fonte de onde os árbitros buscarão esses princípios interpretativos.

Conforme destaca Gary Born[98], “as questões centrais que surgem no que diz respeito à formação de convenções internacionais de arbitragem dizem respeito ao consentimento das partes”. Assim, torna-se de extrema importância verificar o consentimento das partes, analisando se estas, de fato, tiveram a intenção de se submeter ao procedimento arbitral.

A análise dos princípios que regem a averiguação da existência do consentimento das partes no que tange à convenção arbitral serve, ao cabo, para

---

[97] FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p.274.

[98] No original em inglês: “*the central issues arising with regard to the formation of international arbitration agreements concern the consent of the parties*”. (BORN, 2014, p.737).

determinar a efetividade da escolha feita quando da formação da convenção. Afinal, é neste momento que o intérprete, mediante a aplicação destes princípios, irá verificar se houve ou não algum vício do consentimento das partes.

1.2.1 Princípio da interpretação conforme a boa-fé

A interpretação conforme a boa-fé significa que a intenção real dos contratantes (*party's true intention*) deve prevalecer sobre a intenção declarada, o sentido literal dos termos utilizados, quando estas não forem coincidentes. Para se chegar nesta vontade real das partes, algumas regras mais específicas necessitam ser aplicadas, segundo Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman.[99]

Primeiro, a intenção das partes deve ser buscada em todo o contexto da negociação do contrato, no sentido de levar em consideração quais as consequências as partes razoavelmente esperavam quando firmaram o pacto contendo a convenção arbitral. Em segundo lugar, o comportamento das partes, desde a assinatura do contrato até o surgimento da controvérsia, também deve ser observado, uma vez que este comportamento traduz o seu entendimento sobre o conteúdo contratual.[100] Por fim, os termos e expressões do contrato devem ser interpretados à luz de todo o contrato e das declarações feitas pelas partes, e não de forma isolada, independentemente da sua posição física no instrumento.[101]

O princípio da boa-fé possui diversas concepções ao redor do mundo. Nesse sentido, tomando o exemplo de um sistema de *civil law* e um de *common law*, como são o direito brasileiro e o direito inglês, tornam-se evidentes as diferentes abordagens existentes no que tange a este princípio geral de interpretação dos contratos.

---

[99] FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p.278.

[100] A questão do comportamento das partes como fato capaz de demonstrar o seu consentimento à convenção arbitral será mais bem estudada no capítulo 3 do presente trabalho.

[101] FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *op. cit.*, p.278.

Assim, no direito brasileiro, tem-se que a boa-fé consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica, também sendo considerada uma regra de interpretação dos contratos.[102]

Por sua vez, dentro do sistema da *common law* inglesa, a boa-fé sequer é um princípio unanimemente reconhecido e utilizado, pois mesmo que influenciado por noções correlatas, esse sistema não reconhece a existência de uma doutrina da boa-fé propriamente dita, mesmo que outros recursos sejam utilizados na defesa dos interesses das partes contra exageros na interpretação dos contratos.[103] Os sistemas de *common law*, como o inglês, dependem em maior escala da interpretação casuística dos juízes a respeito dos termos do contrato e

---

[102] No direito brasileiro este princípio tem expressão no art. 112 do CCB, segundo o qual "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem", fornecendo um critério interpretativo no mesmo sentido antes anunciado, de que a literalidade cede espaço diante das verdadeiras intenções das partes. (BRASIL. **Lei nº 10.046/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 jul. 2015). A respeito da boa-fé, importantes são os dizeres de Mônica Yoshizato Bierwagen. A autora lembra que boa-fé é um conceito que possui múltiplos sentidos, ora se relacionando à ideia de justiça que deve imperar sobre todo o ordenamento, auxiliando a interpretação ou a integração de suas normas, ora como regra de conduta (boa-fé objetiva) ou estado de espírito do sujeito (boa-fé subjetiva). Assim, a boa-fé subjetiva se relaciona com aspectos internos dos sujeitos, ao estado de desconhecimento ou compreensão equivocada acerca de determinado fato. Já a boa-fé objetiva estabelece um padrão de comportamento externo, ou seja, impõe um modo de agir consentâneo ao do homem probo, leal, honesto, correto. Entretanto, existe certa imprecisão das regras de conduta enfeixadas pelo princípio, pois não é possível estabelecer com exatidão o que vem a ser um comportamento leal, honesto, sincero, reto. No entanto, esta imprecisão seria justamente necessária para que haja liberdade ao intérprete de estabelecer o seu sentido caso a caso. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico. O CCB reforçou a ideia da boa-fé objetiva por meio de uma cláusula geral, de conteúdo propositalmente vago, no prólogo das normas de direito contratual, de forma a não ensejar quaisquer dúvidas de que os contratos hão de ser negociados, concluídos e executados com confiança, lealdade, honestidade e retidão e que tais comportamentos, exatamente por abrigarem inúmeras condutas possíveis, exigirão do intérprete, na busca da concreção deste mandamento, a observação, caso a caso, desses mesmos elementos. De outra parte, a boa-fé também pode funcionar como instrumento para suprimento de lacunas, desenvolvendo uma função integradora. Determina, por este aspecto, obrigações que não foram explicitamente estabelecidas pelas partes, mas que decorrem daquelas ditas legítimas expectativas que os contratantes nutrem em relação ao contrato. A boa-fé também impõe certos deveres aos contratantes, chamados de secundários, laterais ou acessórios, porque, estando em segundo plano com relação à obrigação principal (o cumprimento do objeto do contrato), surgem durante todo o processo de contratação (negociação, conclusão e execução), podendo até mesmo subsistir além desta, em momento pós-contratual, como é o caso do "dever de segredo, do dever de reserva e da garantia de fruição do resultado". As obrigações pré-contratuais podem ser resumidas nos deveres de informação e de segredo, quando necessário; as obrigações da fase de conclusão do contrato, por sua vez, podem ser exemplificadas naquelas obrigações referentes à elaboração do contrato, como clareza nas declarações e equivalência das prestações e, por fim, as obrigações durante a execução do negócio são as decorrentes do dever de cooperação recíproca entre as partes para atingirem o cumprimento do objetivo contratual. Sendo que este rol de deveres laterais é meramente exemplificativo, devendo ser extraído, caso a caso, para o adequado atendimento da boa-fé objetiva que, por isso, mesmo, ganhou a forma de cláusula geral no CCB. (YOSHIZATO, 2007, p.75-84).

[103] Do original em inglês: "*While english contract law is influenced by notions of good faith, it does not, as yet, recognize the existence of a doctrine of good faith. In this respect English law stands out from many other legal systems in the world*". (MCKENDRICK, Ewan. ***Contract Law*** *– Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p.494).

da intenção razoável das partes do que de doutrinas gerais de proteção aos contratos, como é o caso da boa-fé.

Independentemente das diferenças existentes nos diversos sistemas jurídicos, tem-se que a boa-fé é um princípio norteador das relações contratuais, existindo um dever das partes contratantes de agir em sua conformidade e um dever de, ao se interpretar as disposições contratuais, o fazer igualmente, de acordo com a boa-fé.

Assim, quando se aplica o princípio da boa-fé à interpretação de uma convenção arbitral, a fim de se determinar se houve ou não o consentimento das partes, deve-se utilizar a boa-fé como princípio interpretativo das disposições contratuais e não como meio de averiguação do caráter moral, no sentido de perquirir ter havido má-fé ou não por parte de um dos contratantes.

1.2.2 Princípio da interpretação eficaz ou do efeito útil

O segundo princípio, que pode ser aplicado quando da averiguação do consentimento das partes no que tange à convenção arbitral, foi extraído do direito francês, estando originalmente previsto no art. 1.157 do Código Civil daquele país (*effet utile*), tendo, depois, se espalhado por diversas jurisdições.[104] Assim, ao contrário do princípio da boa-fé, que possui diferentes significados, dependendo do sistema jurídico a ser considerado, o princípio da interpretação eficaz, ou do efeito útil, é amplamente aceito, seja pelos tribunais estatais, seja pelos arbitrais.[105]

Conceitualmente, pode-se dizer que o princípio da interpretação eficaz significa que, existindo mais de uma forma de se interpretar uma cláusula arbitral,

---

[104] Dispõe o artigo 1.157 do Código Civil Francês que: *"lors qu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'enpourrait produire aucun"* (FRANÇA. **Código Civil Francês**. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte= 20140707>. Acesso em: 24 jul. 2015).

[105] FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p.279.

deve prevalecer a interpretação que garanta a sua eficácia, devendo sempre optar-se pelo entendimento que garanta a execução do disposto pelas partes.[106]

Esse princípio foi utilizado, por exemplo, no caso 130 III 66, do Tribunal Federal Suíço, quando se alegou que, se ficar claro que as partes gostariam de afastar a jurisdição estatal em prol da arbitral, a convenção arbitral deve ser interpretada de acordo com o princípio da interpretação eficaz, para que seja garantida a observância deste último. Segundo este mesmo tribunal, o princípio do efeito útil (*priciple of utility*) deve também ser aplicado às cláusulas patológicas, ou seja, àquelas que são incompletas, ambíguas ou contraditórias, se a vontade das partes de resolver os seus conflitos por meio da arbitragem puder ser estabelecida por meio de uma interpretação razoável do caso concreto.[107]

Este princípio também é encontrado no art. 4.5 dos Princípios UNIDROIT, tendo em vista que, num contrato internacional, é esperado que todos os termos tenham algum efeito, não se esperando das partes a utilização de palavras sem sentido, ou inúteis.[108]

1.2.3 Princípio da interpretação *contra proferentem*

Somado aos dois princípios anteriores, o princípio da interpretação *contra proferentem* seria o último princípio aplicável, quando da verificação do consentimento das partes, no que tange à convenção arbitral. Ele significa que o acordo deve ser interpretado *contra proferentem*, ou seja, contra a parte que redigiu a cláusula em disputa, tendo em vista que é esta que deve arcar com os riscos da ambiguidade/obscuridade dos termos escolhidos.

Considerando-se que a parte que redigiu a convenção arbitral ambígua ou obscura não pode se utilizar desta redação a seu favor para resolver as questões

---

[106] Conforme destacam Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman (1996, p.279): *"cette règle de bon sens selon laquelle, dans la doute, on doit préférer l'interpretation qui conserve aux mots une certaine portée plutôt que celle qui les considère comme inutiles ou absurdes".*

[107] SWISS Federal Tribunal, case 130 III 66, 21/11/2003.

[108] O art. 4.5 dos Princípios UNIDROIT para os contratos do comércio internacional de 2010 aduz que: (*All terms to be given effect*) – "*contract terms shall be interpreted so as to give effect to all the terms rather than to deprive some of them of effect*". (UNIDROIT. *International Institute for the Unification of Private Law.* ***Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 2010**. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015).

dela recorrentes, as disposições devem ser interpretadas contra o estipulante. Este princípio costuma ser aplicado quando apenas uma das partes redigiu a convenção arbitral e, por ambiguidade em seu texto, não se pode definir claramente o seu escopo.[109]

Mesmo que este princípio não seja encontrado frequentemente na jurisprudência arbitral internacional, ele é bastante reconhecido por ordenamentos jurídicos nacionais e documentos internacionais, estando consubstanciado no art. 4.6 dos Princípios UNIDROIT[110], por exemplo.

1.2.4 Rejeição aos princípios da interpretação estrita e *in favorem validitatis*

Os princípios da interpretação estrita e do *in favorem validitatis* seriam inaplicáveis à verificação do consentimento das partes à convenção arbitral, segundo Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman.[111]

O princípio da interpretação estrita é aquele que preceitua que a convenção arbitral deve ser interpretada estritamente, o que significa dizer que "a missão conferida aos árbitros deve ser limitada àquilo que resulte da clara e expressa vontade das partes".[112] Por sua vez, o princípio do *in favorem validitatis* dispõe que a convenção arbitral deve ser interpretada de forma extensiva, devendo sempre ser buscada uma forma de interpretação que garanta a sua validade e prevalência.

A sua inaplicabilidade para a verificação do consentimento deve-se ao fato de que, no que tange ao princípio da interpretação estrita, este é oriundo de um período em que a convenção de arbitragem era tida como uma exceção ao princípio da jurisdição e, por isso, deveria ser interpretada de maneira estrita.

---

[109] FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p.280.

[110] O art. 4.6 dos Princípios UNIDROIT para os contratos do comércio internacional de 2010 aduz que: (*Contra proferentem* rule) – "*if contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred*". (UNIDROIT. *International Institute for the Unification of Private Law.* ***Unidroit Principles of International Commercial Contracts***, **2010**. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015).

[111] FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *op. cit.*, p. 280.

[112] *Ibid*.

Entretanto, por ter a arbitragem se consolidado como uma maneira usual de resolução de disputas internacionais, não existiria mais motivos para esta interpretação, tendo em vista que este modo de regramento dos litígios oferece, muitas vezes, melhores garantias de neutralidade e eficiência quando comparado à jurisdição estatal.[113]

Da mesma forma, a utilização do princípio do *in favorem validitatis* também deve ser evitada, pois mesmo que a arbitragem seja um método usual de resolução de disputas internacionais, o que deve prevalecer é a vontade das partes e estas podem, sim, optar por escolher a jurisdição dos tribunais estatais para dirimir seus conflitos. Assim, "a mera alegação de que uma convenção de arbitragem existe não irá criar a presunção de que a alegação é bem fundada em virtude de um suposto princípio de *favorem validitatis*".[114] Esta regra deve prevalecer apenas se for possível estabelecer que as partes realmente acordaram em levar suas disputas à arbitragem, pois nos casos em que esta escolha estiver em discussão não haveria razões para que se utilize deste princípio.[115]

Sendo assim, conclui-se que a convenção arbitral, na medida do possível, deve evitar interpretações restritivas e expansivas, sendo interpretada da forma mais neutra possível, devendo os árbitros julgar nos limites do que foi consentido pelas partes. Nesse sentido, a utilização do princípio do efeito útil é diferente daquela que interpreta extensivamente o acordo arbitral e, por fim, a regra do *in favour arbitration* deve apenas ser utilizada quando o objetivo for o de eliminar as barreiras ao consentimento das partes de se utilizarem da arbitragem, como as

---

[113] FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p.281.
[114] *Ibid.*, p.282.
[115] Entretanto, alguns ordenamentos jurídicos adotaram em suas leis arbitrais o princípio do *in favorem validitatis* na interpretação da convenção arbitral, como se pode ver do art. 178 (2) da Lei de Direito Internacional Privado da Suíça: *"Arbitration agreement– (2) Furthermore, an arbitration agreement is valid if it conforms either to the law chosen by the parties, or to the law governing the subject-matter of the dispute, in particular the main contract, or to Swiss law*" (SUÍÇA. **Lei de Direito Internacional Privado da Suíça de 1987**. Disponível em: <https://www.swissarbitration.org/sa/en/rules.php>. Acesso em: 28 jul. 2015). e do art. 9º da Lei de Arbitragem Espanhola de 2003: "*Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral. 6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español".* (ESPANHA. **Lei de Arbitragem Espanhola de 2003**. Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. Acesso em: 28 jul. 2015).

limitações advindas da matéria objeto do acordo arbitral, por exemplo (arbitrabilidade objetiva).

Depois de verificados esses conceitos e princípios, que serão utilizados nos demais capítulos do presente trabalho, cabe verificar como o consensualismo se relaciona com a validade formal e substancial da convenção arbitral.

2 O CONSENSUALISMO APLICADO À VALIDADE FORMAL DA CONVENÇÃO ARBITRAL

2.1 A LIBERDADE FORMAL COMO REGRA PARA A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

A forma do negócio jurídico é o meio através do qual o agente expressa a sua vontade. A forma poderá ser oral, escrita, mímica, consistir no próprio silêncio, ou, ainda, em atos dos quais se deduz a declaração de vontade. Mas o importante, segundo Antônio Junqueira Azevedo[116], é que não há negócio jurídico sem forma. Que haja negócios com forma prescrita em lei e negócios com forma livre, é questão que diz respeito ao plano da validade; não se pode fazer a confusão elementar de entender que somente os negócios com forma prescrita em lei é que têm forma, sem se dar conta de que todos eles, inclusive os de forma livre, hão de ter uma forma, do contrário, inexistiriam (plano da existência).

Com o advento do princípio consensualista, a vontade das partes acabou por se sobrepor às exigências de forma para a formação dos negócios jurídicos. Sendo assim, à exceção dos contratos solenes ou que dependem de exigências especiais, vige, no direito brasileiro, a regra da liberdade formal para a demonstração da válida manifestação de vontade das partes a fim de formarem um contrato, nos termos do artigo 107 do CCB[117]. Isso porque, no direito contemporâneo, tem prevalecido a obtenção dos acordos ao preenchimento dos requisitos formais.[118]

Apenas para determinados negócios jurídicos, e excepcionalmente, impõe-se a utilização de forma especial como requisito de validade do ato, sendo, no Brasil, os casamentos, os testamentos e as transações envolvendo direitos reais com valor superior a trinta salários mínimos, exemplos destes negócios. Para esses negócios, a forma é da própria essência do ato, pois a sua inobservância invalida o negócio jurídico, impedindo-o de produzir os efeitos pretendidos. Em outros negócios,

---

[116] AZEVEDO, 2002, p.126.

[117] Segundo o art. 107 do CCB: “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

[118] ZANETTI, Cristiano de Souza. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p.191.

diferentemente, a forma é exigida apenas como meio de prova, pois a sua inobservância não coíbe a válida formação do contrato e a sua normal produção de efeitos.

O princípio da liberdade de forma, que está presente na grande maioria dos ordenamentos jurídicos da atualidade, também encontra respaldo em convenções internacionais que tratam de temas relativos ao direito contratual, como o artigo 11 da CISG ou o artigo 1.2 dos Princípios UNIDROIT, que trazem a regra de que a formação dos contratos não depende do preenchimento de qualquer formalidade, bastando o consentimento das partes.[119]

A cláusula compromissória, no entanto, encontrar-se-ia em situação intermediária, tendo em vista que, apesar de ser exigida a forma escrita, a LBA não exige quaisquer outros requisitos ou formalidades adicionais. A necessidade da forma escrita seria justificável na medida em que esta importa renúncia à jurisdição estatal, que é a regra geral para a solução dos litígios. E, como todo comportamento que importe renúncia a direitos nunca pode ser presumido nem interpretado de forma ampliada; exige-se a manifestação escrita dessa renúncia, que, de outra forma, não poderia ser provada ou aceita.[120]

A forma escrita da convenção arbitral teria uma função acautelatória, na medida em que seu escopo seria o de garantir que ambas as partes estejam conscientes, acauteladas do negócio jurídico que estão por concluir, e que retira a possibilidade de apreciação do litígio pelo Poder Judiciário.[121] Gary Born[122] menciona que uma das possíveis explicações para a manutenção do requisito escrito da convenção arbitral é a possibilidade de que as partes reflitam a respeito

---

[119] O Brasil internalizou o texto da CISG por meio de seu Decreto Legislativo nº 538 de 18/10/2012. (BRASIL. **CISG**. Decreto Legislativo nº 538 de 18/10/2012. Disponível <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-20127 74414-publicacaooriginal-137911-pl.html>. Acesso em: 20 set. 2015). Art. 11, em sua tradução para o português: "o contrato de compra e venda não requer instrumento escrito nem está sujeito a qualquer requisito de forma. Poderá ele ser provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas". O texto dos Princípios UNIDROIT de 2010 podem ser acessados em suas línguas originais no seguinte link: <http://www.unidroit.org/instrumentscommercial-contracts/unidroit-principles-2010>. O artigo 1.2, em sua versão inglesa, tem a seguinte redação: "*nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses".*

[120] APRIGLIANO, 2012, p.181.

[121] ZANETTI, 2013, p. 200. Para um aprofundamento sobre as diferentes funções que a forma pode ter nos negócios jurídicos, verificar as páginas 192 a 217 da obra antes mencionada.

[122] BORN, 2014, p.659-62.

da forma de resolução de suas disputas, tendo em vista que a arbitragem implica renúncia ao acesso a tribunais e juízes estatais.

Ainda, segundo este autor, outra explicação possível é a de que o escrito é um registro facilmente verificável da existência e do conteúdo do acordo das partes para arbitrar, servindo como um meio de prova seguro.

Entretanto, conforme será visto no desenrolar do presente capítulo, as posições antes mencionadas consideram que a escolha das partes pela arbitragem importa renúncia ao direito de recorrer ao Poder Judiciário para obter a resposta dos litígios, tendo em vista que esta é a regra, a forma usual de resolução de disputas, tanto assim o é que este direito foi erguido ao status de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, XXXV, CF).

Contudo, o que estes posicionamentos olvidam é que, para determinados setores da economia e para determinados tipos de negócios no Brasil, e ainda com maior relevo, ao se ter em conta a arbitragem internacional, a arbitragem é a forma usual, o foro natural de resolução de controvérsias, fazendo com que o motivo que determina (va) a utilização de definida forma para a convenção arbitral também tenha que ser examinado, levando-se em consideração esta nova realidade.

É claro que a utilização de um meio escrito, para qualquer contrato, seja ele arbitral ou não, é um facilitador meio de prova com uma utilidade indubitável. Mesmo assim, muitos sistemas jurídicos estrangeiros reconheceram o efeito de contratos sem a existência de registros escritos, ainda que a prova destes possa gerar incertezas e dificuldades, e mesmo que a sua credibilidade possa ser discutida. Nesse sentido, não haveria motivos para que as convenções arbitrais, enquanto contratos, serem tratadas diferentemente dos contratos em geral.

Ademais, tendo em vista a utilização majoritária da cláusula compromissória como mecanismo de escolha da arbitragem, bem como a própria natureza desta em comparação ao compromisso arbitral, no desenvolvimento do presente capítulo a análise dos requisitos formais será centrada naquela primeira, mesmo que sejam, eventualmente, traçados comentários comparativos em relação ao segundo.

2.2 AS EXIGÊNCIAS FORMAIS DA CONVENÇÃO ARBITRAL

As exigências formais da convenção arbitral vêm sofrendo um processo de flexibilização no decorrer do tempo, sobretudo no que tange ao requisito de sua demonstração por escrito, tendo em vista a dinâmica do comércio internacional e o regramento constante em instrumentos internacionais sobre arbitragem, tais como a Convenção de Nova Iorque de 1958 e a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Internacional de 1985 (reformada em 2006).

O mais reconhecido e acolhido requisito formal a que a convenção arbitral está submetida é o que estabelece a necessidade de esta estar por escrito, mesmo que o entendimento do que seja o escrito varie muito no direito estrangeiro e mesmo nas convenções internacionais e leis-modelo que tratam da matéria. Os requisitos de forma a que se encontra subordinada a convenção arbitral são determinantes do efetivo recurso dos agentes econômicos à arbitragem.[123]

Mesmo assim, ainda é recente o debate relativo a quais requisitos de forma seriam necessários para que a convenção arbitral seja considerada válida e como eles se manifestam nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, pontos que serão abordados a seguir.

2.2.1 A lei de regência da validade formal da convenção arbitral

A validade formal da convenção arbitral preocupa-se com o preenchimento das exigências constantes nas legislações nacionais e internacionais aplicáveis para que a convenção arbitral possa ser considerada válida e eficaz.

Nesse sentido, para que se possa proceder com a análise da validade da convenção arbitral, seja do ponto de vista formal ou material, é necessária a determinação de qual o ordenamento jurídico regerá os requisitos de validade e, logo, determinará as exigências que devem ser cumpridas pela convenção arbitral.

A validade formal da convenção arbitral, diferentemente do que ocorre com a sua validade material, ou substantiva, como se verá no capítulo 3, é regida, em

---

[123] VICENTE, 2005, p.370.

grande parte das legislações nacionais e convenções internacionais sobre arbitragem, por regras substantivas de direito internacional privado, que já contêm os requisitos formais que a convenção arbitral deve obedecer.[124]

Conforme apontado por Julian Lew, Loukas Mistelis e Stefan Kröll[125], apesar de que, aparentemente, o problema da validade formal da convenção arbitral estaria resolvido pela utilização de tais regras materiais, a verdade é que esta aplicação não resolve a integralidade do problema e gera questões ainda mais complexas, como a relação entre os requisitos formais contidos em convenções internacionais, e os requisitos formais, normalmente mais brandos, estabelecidos pelas legislações arbitrais nacionais, quando ambas forem aplicáveis a determinado ordenamento jurídico ou caso concreto.

Ainda, segundo bem coloca Gary Born[126], mesmo que uma convenção arbitral defeituosa, ou na linguagem mais utilizada, patológica, satisfaça os requisitos formais constantes das legislações aplicáveis, esta não será necessariamente válida e passível de execução. Isso porque, a não observância dos requisitos formais tem o condão de tornar uma convenção arbitral inválida, mas uma convenção arbitral, que cumpra com os requisitos formais, poderá não satisfazer outros requisitos da lei material aplicável relativamente à formação do contrato ou à sua validade (como problemas relativos à falta ou aos vícios do consentimento), que também serão apreciados no próximo capítulo. Colocado de outra maneira, a satisfação dos requisitos formais é necessária, mas não é uma condição suficiente para a validade da convenção arbitral, assim como para a validade dos contratos em geral.

2.3 OS REQUISITOS FORMAIS NO DIREITO ESTRANGEIRO

Antes de se entrar na análise de alguns exemplos de legislações nacionais que regulamentam a matéria, serão analisados os regramentos constantes de algumas convenções internacionais.

---

[124] Exemplos destas regras materiais podem ser encontrados no artigo II da Convenção de Nova Iorque de1958, no artigo 7 da Lei Modelo para Arbitragem Internacional da UNCITRAL de 1985, no artigo I (2) (a) da Convenção Europeia para Arbitragem Comercial Internacional de 1961, na Sessão 5 do *Arbitration Act* Inglês de 1996 e no artigo 178 do Capítulo 12 da Lei de Direito Internacional Privado da Suíça de 1987.

[125] LEW; MISTELIS; KRÖL, 2003, p.113.

[126] BORN, 2014, p.656-7.

Pela importância e pelo grande número de países que a ratificaram, a CNI, é considerada um verdadeiro sistema de normas. Em relação à validade formal da convenção arbitral, o art. II, (1) e (2) da CNI estabelece a seguinte regra material:

> Artigo II
> 1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.
> 2. Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.[127]

É geralmente aceito que a CNI estabelece um *standard* máximo, no sentido de que as legislações nacionais dos Estados signatários da Convenção não podem submeter a convenção arbitral a requisitos de forma mais restritivos. Segundo o texto legal, para ser válida, uma convenção arbitral deve ser necessariamente escrita e contida em um contrato assinado pelas partes ou contida em uma troca de cartas ou telegramas, que também devem estar por escrito. Essas regras excluíram do âmbito da CNI convenções arbitrais orais e convenções arbitrais que envolvam aceitação tácita ou oral de instrumentos escritos ou mesmo contratos não assinados.

Apesar de bastante estrito, em comparação com as leis arbitrais nacionais mais modernas, recentemente editadas, ou mesmo com outros instrumentos internacionais, que reformaram suas disposições sobre os requisitos formais da convenção arbitral, o objetivo do requisito escrito na CNI, segundo Gary Born, foi o de proporcionar um *standard* internacional uniforme, que era considerado

---

[127] A Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, feitas sob os auspícios da UNCITRAL, o braço para o Direito do Comércio Internacional da ONU, conta atualmente com 156 países membros e foi considerada um marco revolucionário no desenvolvimento da arbitragem internacional pelo fato de estabelecer padrões comuns no que tange ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras, o que permite a sua circulação e reconhecimento nos diversos países membros com base em critérios similares. É importante se mencionar que a CNI seria aplicável apenas aos tribunais estatais dos seus Estados membros, mas tendo em vista a sua grande aceitação internacional e o fato de que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral só são possíveis se forem respeitados os requisitos de forma contidos na Convenção, é recomendável que os tribunais arbitrais, quando confrontados com questões relativas à validade formal, embasem suas decisões nos parâmetros estabelecidos na CNI. Para ver o texto original da CNI 1958: <http://www.uncitral.org /uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html>. Acesso em: 12 set. 2015). O Brasil entrou tardiamente no sistema da CNI tendo-a ratificado por meio de seu Decreto nº 4.311, de 23/07/2002. (BRASIL. **Decreto nº 4.311/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto /2002/D4311.htm>. Acesso em: 13 set. 2015).

necessário, ao menos quando escrita a CNI de 1958, para apaziguar os diferentes entendimentos nacionais sobre a matéria.[128]

Pela leitura do art. II (2) da CNI fica claro que uma convenção arbitral contida em um contrato escrito e assinado por ambas as partes satisfará os requisitos do texto legal. O primeiro problema interpretativo do art. II surge quando o contrato não estiver assinado por ambas as partes, mas apenas por uma delas.

Apesar de não haver consenso se tal convenção arbitral estaria adequada aos requisitos da CNI, alguns casos da jurisprudência estrangeira tentaram contornar a necessidade de que o contrato estivesse assinado por ambas as partes, diferentemente do que ocorre com o compromisso arbitral, em que a assinatura das partes sempre foi exigida. Um exemplo dessa jurisprudência pode ser encontrado no caso *Sphere Drake Insurance plc. v. Marine Towing Inc.*, de um tribunal de apelação dos Estados Unidos, no ano de 1994, em que se entendeu ser necessário fazer uma diferenciação entre os requisitos aplicáveis a uma cláusula compromissória contida em um contrato, daqueles necessários ao compromisso arbitral, que são mais estritos, sendo que, para o primeiro caso, seria desnecessária a assinatura de ambas as partes para que a convenção arbitral fosse válida e eficaz.[129]

Este caso, que acabou por informar uma interpretação bastante ampla do art. II (2) da CNI, privilegiou a intenção das partes sobre os requisitos formais, tendo em

---

[128] BORN, 2014, p.663.

[129] *Sphere Drake Insurance plc. v. Marine Towing Inc.*, 16 F. 3d 666, 669 (5th Cir.), 23/03/1994. Neste caso, o tribunal de apelação dos Estados Unidos, em um caso envolvendo um contrato de seguro marinho com cláusula arbitral que previa como sede Londres, decidiu que não é necessária a assinatura de ambas as partes ou uma troca de documentos se a convenção arbitral é parte de um contrato escrito. Em uma ação indenizatória nos Estados Unidos, a parte segurada argumentou que a convenção arbitral não havia respeitado os requisitos da CNI de 1958, tendo em vista que ela não havia assinado o contrato contendo a cláusula compromissória e nem havia nenhuma troca de documentos escritos entre as partes. Um entendimento mais estrito da necessidade de assinatura da cláusula compromissória contida em um contrato pode ser verificado em casos posteriores do poder judiciário norte-americano, que acabou firmando um entendimento mais gramatical do texto do art. II (2) da CNI: Estados Unidos, Court of Appeals, Second Circuit, *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*, 97-9436, 29/07/1999; Estados Unidos, Court of Appeals, Eleventh Circuit, *Czarina, L. L. C. v. W.F. Poe Syndicate*, 03-10518, 04/02/2004 e Estados Unidos, U.S. District Court, Southern District of Texas Houston Division, *Steve Didmon v. Frontier Drilling (USA), INC.*, et al., H–11–2051, 19/03/2012. Este mesmo entendimento mais estrito pode ser encontrado em casos de outros países: Canadá, *Supreme Courtof British Columbia*, *Javor v. Francoeur*, 06/03/2003 e China, Supreme People's Court, *Concordia Trading B.V. v. Nantong Gangde Oil Co.,Ltda.*, 03/08/2009. Todos os casos estão disponíveis no banco de dados da CNI, constante da página da UNCITRAL, no seguinte link: <http://newyorkconvention1958.org/>. Para uma pesquisa abrangente a respeito da jurisprudência internacional no que tange aos requisitos de forma da cláusula compromissória, sobretudo no que tange à aplicação da CNI, ver a seguinte obra: DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. **Cláusula de Arbitragem nos Contratos Comerciais Internacionais**: seus requisitos de forma e a jurisprudência do STJ. São Paulo: Atlas, 2015.

vista não seguir uma interpretação gramatical estrita, pois a construção mais costumeira que se faz do dispositivo é a de que a expressão “firmado pelas partes” refere-se tanto ao compromisso arbitral, quanto ao contrato, sendo, logo, necessária a presença da assinatura das partes para que a cláusula compromissória seja válida segundo a CNI.

Na verdade, a forma de julgar estes requisitos pelos tribunais nacionais reflete em muito a forma com que os próprios ordenamentos jurídicos enxergam o instituto da arbitragem. Apesar desta tentativa interpretativa mais flexível, conforme afirma Gary Born, que estaria inclusive mais adequada às práticas e expectativas do comércio internacional, existe ainda muita resistência em deixar de se aplicar gramaticalmente o texto do art. II da CNI de 1958, que exige que tanto o contrato com a cláusula compromissória, quanto o compromisso arbitral, sejam assinados por ambas as partes.[130]

Um ano mais tarde, em 1995, o Tribunal Federal Suíço, no caso conhecido como *Compagnie de Navigation et Transport v. MSC* decidiu que, pelas modernas técnicas de comunicação, contratos e documentos não assinados possuem importância e que, no caso concreto, tendo em vista a longa relação comercial entre as partes, os requisitos formais poderiam ser substituídos por suas ações e por um entendimento de acordo com a boa-fé objetiva. O próprio carregador das mercadorias havia preenchido à mão o conhecimento de embarque (*bill of landing*), no verso do qual estavam as condições gerais que embasavam a relação entre as partes e que continham uma cláusula compromissória, o qual foi posteriormente assinado apenas pelo transportador. Nesse sentido, o transportador tinha o direito de entender, de boa-fé, que o carregador, seu parceiro comercial de longa data, havia aprovado o documento que ele mesmo havia preenchido à mão, mesmo sem tê-lo assinado, e que o requisito da assinatura deveria ser mitigado à luz de outros elementos que podiam demonstrar o consentimento das partes.[131]

---

[130] BORN, 2014, p.678.

[131] Tribunal Federal Suíço, 16/01/1995, *Compagnie de Navigation et Transport S.A. v. MSC S.A. (Mediterranean Shipping Company)*. (SUÍÇA. **Tribunal Federal Suíço de 16 de janeiro de 1995**. Disponível em: <http://newyorkconvention1958.org/>. Acesso em: 23 set. 2015). Casos semelhantes também podem ser encontrados em outros países: França, *Cour de cassation*, *SA Groupama transports v. Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, 05-21.818, 21/11/2006 e Índia, *Supreme Court of India*, *Smita Conductors Ltd. v. Euro Alloys Ltd.*, Civil Appeal No. 12930 of 1996, 31/08/2001.

O Tribunal Federal Suíço interpretou a CNI de uma maneira ampla, diluindo bastante o conceito do que seria um acordo escrito, o que apenas reforça a percepção da comunidade internacional de que a Suíça é um ambiente favorável à arbitragem (*arbitration-friendly environment*). Entretanto, segundo bem questionou Alan Uzelac[132], apesar de a decisão ter sido favorável à arbitragem, teria sido ela correta, no sentido de conformidade com a lei?

O referido autor não responde à sua própria indagação e refere que o tribunal suíço não está sozinho, tanto assim o é que decisões semelhantes a esta podem ser encontradas em outros países, sobretudo naqueles pertencentes à família da *Common Law*. O certo é que nesse julgado não foram observados os requisitos formais estabelecidos no art. II (2) da CNI, a saber, a convenção arbitral escrita contida em documento assinado pelas partes ou a troca de comunicações escritas.

O segundo problema interpretativo que o art. II (2) da CNI de 1958 pode gerar é aquele contido na parte final do dispositivo, relativamente à troca de cartas ou telegramas. Uma convenção arbitral contida em uma troca de cartas, telegramas, ou documentos similares, desde que escritos, seria suficiente para cumprir com as exigências do art. II (2), tendo em vista que o requisito da assinatura seria aplicável apenas aos contratos, segundo a melhor interpretação deste dispositivo.[133] Mas exige-se a "troca", no sentido de que uma proposta não respondida por escrito não satisfaria as exigências do dispositivo.

Os questionamentos costumam surgir quando apenas uma das partes consentiu por escrito com a arbitragem, como no caso de ordens de compra e cartas de confirmação contendo uma cláusula compromissória, sendo que uma das partes apenas age sem enviar uma resposta escrita, concordando com as condições propostas pela outra. Ainda, tem-se o problema das mensagens trocadas por fax, e-mail e outros meios de comunicação, que não foram expressamente previsto no art. II da CNI. Neste caso, a maior parte da jurisprudência entende que a interpretação do

---

[132] UZELAC, Alan. *The Form of the Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality – How far should we go? In*: ***Croat. Arbit. Yearb***. 2001, v. 8.p. 88. Disponível em: <http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/B13forma-cay.pdf>. Acesso em: 3 out. 2015.

[133] Segundo Gary Born, diferentemente dos contratos, telegramas e outras formas de comunicação similares não costumam estar manualmente assinados pelas partes, sendo que na era eletrônica atual o requisito da assinatura manual das partes está cada vez em maior desuso. Exigir que tais documentos fossem assinados manualmente pelas partes seria privilegiar a forma e a gramática sobre o comércio e o verdadeiro significado da norma, o que poderia gerar resultados práticos injustos. (BORN, 2014, p.679).

dispositivo deve se dar de forma ampla, de sorte a incluir todos os meios de comunicação que possibilitem o registro do acordo de vontade entre as partes.[134]

Um dos casos que melhor reflete os problemas que podem advir da última parte do dispositivo do art. II(2) da CNI está no *caso Tradax Export v. Amoco Iranian Oil Company* do Tribunal Federal Suíço de 1986, em que se discutiu se uma referência genérica a condições negociais que contém uma convenção arbitral nas trocas de comunicação escritas e assinadas entre as partes seria suficiente ou se seria necessário uma referência específica à convenção arbitral para a sua validade.

O Tribunal Federal Suíço decidiu, tendo em conta o setor específico do mercado e a relação pretérita entre as partes, que uma referência genérica a um documento em separado, que continha uma cláusula compromissória, seria suficiente para preencher os requisitos do art. II (2) da CNI de 1958, sendo desnecessária uma referência específica à convenção arbitral (cláusula compromissória incorporada por referência).[135]

A este respeito, a Corte de Apelação de Paris, em 1987, no caso conhecido como *Bomar Oil NV v. Enterprise Tunisienne d'Activités Pétrolières*, decidiu que uma cláusula compromissória, incorporada por referência, é válida segundo o direito francês. O caso dizia respeito a uma compra e venda de petróleo realizada entre a sociedade pública tunisiana, conhecida como ETAP, e a companhia holandesa *Bomar Oil*, por meio de uma troca de telexes, que fazia referência a "outras condições" contidas nos contratos padrão da ETAP. Uma disputa começou entre as partes e a ETAP iniciou o procedimento arbitral em face da CCI, tendo em vista a existência de uma cláusula compromissória no contrato padrão da ETAP. A empresa Bomar objetou a jurisdição do tribunal arbitral, considerando que a cláusula compromissória não estava no documento assinado

---

[134] A Corte de Apelação de Genebra, no caso *Carbomin S. A. v. Ekton Corporation*, 187, 14/04/1983, já decidiu que a troca de telexes satisfaria as exigências da parte final do art. II (2) da CNI. (GENEBRA. **Corte de apelação de Genebra**. Disponível em: <http://newyorkconvention1958.org/>. Acesso em: 12 nov. 2015).

[135] Tribunal Federal Suíço, *Tradax Export S.A. (Panamá) v. Amoco Iran Oil Company (US)*, 07/02/1984. Anos mais tarde, o próprio tribunal suíço confirmou este entendimento no caso *Tribunale Federale*, *G S.A. v. T Ltd.*, 5P.249/1988, 12/01/1989; onde constou que *"the agreement resulting from an exchange of written documents need not explicitly mention the arbitration clause; reference to the contract in its totality suffices".* (SUIÇA. **Tribunal Federal Suíço**. Disponível em: <http://newyorkconvention1958.org/>. Acesso em: 5 out. 2015).

pelas partes, mas apenas em um documento separado a que o acordo principal fazia referência. Na sua decisão, a Corte de Paris mencionou que o art. II da CNI não exclui a situação em que telexes assinados pelas partes façam referência a outro documento que contenha a convenção arbitral. A CNI permite que uma cláusula arbitral escrita seja incorporada por referência quando o consentimento das partes é claro e inequívoco. O tribunal francês concluiu que a empresa Bomar não poderia ter ignorado as condições dos contratos padrão da ETAP e que, portanto, também estaria obrigada pela convenção arbitral.[136]

Tendo em vista que a CNI autoriza que a cláusula compromissória conste no próprio contrato principal ou em documento em separado, a jurisprudência internacional formulou duas regras sobre a validade da cláusula compromissória incorporada por referência para a resolução dos problemas a elas vinculados, ou seja, quando a convenção arbitral não está no contrato principal, mas ele faz referência ao documento que a contém, que normalmente são condições, termos gerais e formulários-padrão, pois a CNI restou silente a respeito da matéria:

> (a) A primeira é de que a referência específica a uma convenção arbitral contida em condições gerais é suficiente para caracterizar o consenso entre as partes;
> (b) A segunda – em que existe menos consenso jurisprudencial – é de que se a referência às condições gerais for global, a convenção será formalmente válida se a outra parte estivesse na posse destas condições gerais ou se ela se colocou em situação em que deveria razoavelmente ter lido as condições gerais, como, por exemplo, quando este tipo de mecanismo de solução de conflitos é usual neste setor do mercado.[137]

---

[136] FRANÇA. **Corte de Apelação de Paris**, *Société Bomar Oil N.V. v. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, 4683, 20/01/1987. Disponível em: <http://newyorkconvention1958.org/>. Acesso em: 23 out. 2015.

[137] DECCACHE, 2015, p.73-4. Nesse mesmo sentido, está a recomendação da ICCA (*International Council for Commercial Arbitration*), para a interpretação das cláusulas compromissórias por referência, que é dirigido aos juízes dos tribunais nacionais: *"The Convention is silente on this matter. There is no explicit indication whether arbitration clauses incorporated by reference comply with the formal requirement established in Article II. The solution to this issue should be case-specific. In addition to considering the status of the parties – e.g., experienced business persons –and the usages of the specific industry, cases where the main document explicitly refers to the arbitration clause included in standard terms and conditions would be more easily found in compliance with the formal requirements set out in the Convention's Article II than those cases in which the main contract simply refers to the application of standard forms without any express reference to the arbitration clause. The criterion of formal validity should be the communication of the referenced document containing the arbitration clause to the other party to which it is opposed prior to or at the time of the conclusion of or adherence to the contract. If evidence is produced of the fact that the parties were or should have been actually aware of the existence of an arbitration agreement incorporated by reference, courts have been generally inclined to uphold the formal validity of the arbitration agreement. For example, arbitration clauses may be considered as agreed when they are contained in tender documents referred to in standard terms and conditions, or in standard terms and conditions referred to in purchase orders – provided that the former have been attached or form part of the latter. Courts have diverging opinions on whether a reference in a bill of lading to a charter-party containing an arbitration agreement is sufficient".* (ICCA. *International Council for Commercial Arbitration*. ***ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention****: a handbook for judges*, 2011, p.46-7).

Ademais do art. II da CNI, o art. VII (1) deve ser igualmente analisado. Apesar de não conter uma regra material a respeito da validade formal da convenção arbitral, ele traz importe princípio que pode ser utilizado em casos em que a validade formal está em discussão, *in verbis*:

> Artigo VII
> 1. As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada.[138]

O princípio estabelecido na norma, conhecido como *favor validatis*, determina que se outra norma conferir tratamento mais favorável ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras, esta deve prevalecer sobre os dispositivos da CNI. Apesar de que em sua redação ele estaria limitado às sentenças arbitrais estrangeiras, a UNCITRAL acabou por recomendar, conforme será visto abaixo, que ele também fosse aplicado à convenção arbitral, prevalecendo, assim, a norma mais favorável que garanta a validade da convenção arbitral, mesmo que tal norma seja mais branda do que aquela contida na CNI. Ou seja, mesmo que os requisitos de forma contidos na CNI sejam mais estritos do que os contidos em eventual lei arbitral nacional do local onde se tenciona o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira, a convenção arbitral, se respeitados os requisitos da lei nacional mais branda, seria considerada válida e eficaz e a sentença dela decorrente seria passível de homologação neste país.

Também merece destaque o trabalho harmonizador realizado pelo grupo de trabalho em arbitragem e conciliação (grupo de estudos), encarregado de reformar a Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL de 1985 (Lei Modelo), na tentativa de modernizar os requisitos de forma da cláusula compromissória.[139]

---

[138] UNCITRAL. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NY Convention.html>. Acesso em: 12 set. 2015.

[139] *Id.* L *Model Law on International Commercial Arbitration* (1985), *with amendments as adopted in* 2006. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015. Em 2000, foi formado um grupo de trabalho para a atualização da Lei Modelo, tendo os seus esforços culminados com a edição de diversas emendas à referida lei.

Finalmente, no ano de 2006, na 44ª sessão do grupo de estudos, realizada entre 23 e 27 de janeiro em Nova Iorque, apresentou-se uma proposta de revisão de seu artigo 7º, que veio a se tornar uma emenda definitiva à Lei Modelo em 07 de julho de 2006. Nos comentários explicativos da UNCITRAL a respeito da reforma do mencionado dispositivo, restou em destaque o objetivo de que esta legislação reformada refletisse a evolução do comércio internacional e o desenvolvimento tecnológico.[140]

E é justamente por isso que a Lei Modelo, a partir de 2006, traz duas opções de artigos a respeito da forma da convenção arbitral: a primeira, que mantém a necessidade da forma escrita da cláusula compromissória, mas que contém uma definição bem mais abrangente do que seria este requisito e uma segunda, mais simples, que não faz referência à necessidade de forma escrita da convenção arbitral.

Diferentemente do que ocorria com o art. II da CNI, para a Lei Modelo é considerado acordo escrito "se seu conteúdo resta evidenciado de qualquer forma, mesmo que a convenção de arbitragem ou o contrato tenham sido celebrados por via oral, pela conduta, ou por outros meios". Ademais, no parágrafo terceiro desta primeira opção de cláusula compromissória encontramos a seguinte expressão "ou por outros meios", o que garante uma grande abertura

---

[140] "*It was pointed out by practitioners that, in a number of situations, the drafting ofa written document was impossible or impractical. In such cases, where the willingness of the parties to arbitrate was not in question, the validity of the arbitration agreement should be recognized. For that reason, article 7 was amended in 2006 to better conform to international contract practices. In amending article 7, the Commission adopted two options, which reflect two different approaches on the question of definition and form of arbitration agreement. The first approach follows the detailed structure of the original 1985 text. It confirms the validity and effect of a commitment by the parties to submit to arbitration an existing dispute* ***compromis*** *or a future dispute* ***clause compromissoire****. It follows the New York Convention in requiring the written form of the arbitration agreement but recognizes a record of the "contents" of the agreement "in any form" as equivalent to traditional "writing". The agreement to arbitrate may be entered into in any form (e.g. including orally) as long as the content of the agreement is recorded.* ***This new rule is significant in that it no longer requires signatures of the parties or an exchange of messages between the parties****. It modernizes the language referring to the use of electronic commerce by adopting wording inspired from the 1996".* [grifo nosso]. (UNCITRAL *Model Law on Electronic Commerce and the 2005 United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015).

ao dispositivo e permite que a Lei Modelo esteja de acordo com os futuros desenvolvimentos tecnológicos.[141]

De acordo com Alan Uzelac[142], a própria noção de "evidenciado" (*record*), que em alguns idiomas foi traduzido como "provado", demonstra uma mudança de foco do requisito escrito como um elemento essencial para a validade da convenção arbitral *(forma ad solemnitatem*) para a sua função probatória (*forma ad probationem*).

Segundo Arnoldo Wald[143], do mesmo modo que se amplia, cada vez mais, o campo de incidência da própria arbitragem (vide a questão da arbitrabilidade dos litígios), também no que tange à interpretação da cláusula compromissória, está havendo, sobretudo no âmbito internacional, um esforço doutrinário construtivo válido, que deve ser levado em consideração, sem, todavia, abandonar a autonomia da vontade, que é um dos princípios básicos do comércio internacional e da própria arbitragem, pois a existência de uma convenção arbitral escrita não pode mais ser vista como um fator absoluto quando da análise da

---

[141] O texto do art. 7(3) tem a seguinte redação, no original em inglês: *"(3) An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means". A redação completa do art. 7º da Lei Modelo da UNCITRAL, em sua versão original em inglês, tem a seguinte redação: "**Option I - Article7**. Definition and form of arbitration agreement (1) "Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement. (2) The arbitration agreement shall be in writing. (3) An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means. (4) The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference; "electronic communication" means any communication that the parties make by means of data messages; "data message" means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy. (5) Furthermore, an arbitration agreement is in writing if it is contained in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other. (6) The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract". "**Option II - Article 7**. Definition of arbitration agreement "Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not"* [grifo nosso]. (UNCITRAL *Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015).

[142] UZELAC, 2015, texto digital.

[143] WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *In*: **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n.2, p. 58, maio/ago. 2004.

existência, ou não, de uma escolha válida pela arbitragem. Conforme também destacado por Gary Born[144]:

> Com efeito, sob as revisões de 2006 da lei modelo da UNCITRAL e um pequeno, mas crescente, número de leis nacionais, a questão decisiva é simplesmente se as partes acordaram com a arbitragem – seja oralmente ou por escrito, expressa ou implicitamente – com a exigência da forma escrita sendo reformulada como um princípio probatório, ao invés de uma regra de validade formal.

Do exame de outras legislações modernas sobre o assunto, nota-se que a tendência do legislador nacional acompanha o que vem ocorrendo nos instrumentos internacionais sobre o assunto, buscando mitigar as exigências de forma em prol de sua adequação aos desenvolvimentos tecnológicos e necessidades do comércio internacional.

O acima mencionado levou alguns países ao extremo de abolir completamente a exigência de uma convenção escrita, sendo este o entendimento adotado, por exemplo, pela lei de arbitragem da Suécia, da Nova Zelândia, da Escócia e da Bélgica. Enquanto a lei da Nova Zelândia (*New Zealand Arbitration Act*) permite expressamente que a convenção arbitral possa ser oral ou escrita, a lei sueca (*Swedish Arbitration Act*), a lei escocesa (*Scottish Arbitration Act*) e a lei belga, que faz parte de seu Código de Processo Civil, simplesmente não trazem nenhum requisito formal para as convenções arbitrais.[145]

---

[144] BORN, 2014, p.706. No original em inglês: *"Indeed, under the 2006 revisions to the UNCITRAL Model Law and a small but increasing number of developed national laws, the decisive issue is simply whether the parties agreed to arbitrate – whether orally or in writing, and whether expressly or impliedly – with the writing requirement being reformulated as an evidentiary principle, rather than a rule of formal validity".*

[145] Artigo 7, Capítulo 2º do *New Zealand Abritration Act* de 1996. *"**7 Form of arbitration agreement** (1) An arbitration agreement may be made orally or in writing. Subject to section 11, an arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement. (2) A reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract".* (NOVA ZELÂNDIA. ***Abritration Act* de 1996**. Disponível em: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/DLM403277.html>. Acesso em: 23 out. 2015). Swedish Arbitration Act de 1999. *"**Section 1** - Disputes concerning matters in respect of which the parties may reach a settlement may, by agreement, be referred to one or several arbitrators for resolution. Such an agreement may relate to future disputes pertaining to a legal relationship specified in the agreement. The dispute may concern the existence of a particular fact".* (SUÉCIA. ***Arbitration Act* de 1999**. Disponível em: <http://swedis harbitration.se/wpcontet/uploads/2011/09/The-Swedish-ArbitrationAct.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2015). Scottish Arbitration Act de 2010, *"**4 Arbitration Agreement** - An "arbitration agreement" is an agreement to submit a present or future dispute to arbitration (including any agreement which provides for arbitration in accordance with arbitration provisions contained in a separate document)".* (ESCÓCIA. ***Arbitration Act* de 2010**. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/asp/2010/1/contents>. Acesso em: 23 out. 2015). Belgian Judicial Code, Capítulo 6, com a reforma de 2013. *"**Art. 1681**. An arbitration agreement is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not".* (BÉLGICA. ***Belgian Judicial Code**, **reforma* de 2013**. Disponível em: <http://www.cepani.be/en/arbitration/belgian-judicial-code-provisions>. Acesso em: 24 out. 2015).

Entendimento parecido existe na França, por meio da reforma do Código de Processo Civil francês de 2011, em que restou estabelecido que, para as arbitragens internacionais, a convenção arbitral não está sujeita a qualquer requisito de forma. Entretanto, para as arbitragens domésticas francesas, o requisito do escrito ainda é exigido.[146]

A lei de arbitragem inglesa (*Arbitraion Act* de 1996), apesar de não ter ido tão longe quanto às anteriores, é considerada uma das mais liberais na matéria. Como a própria lei traz uma série de atenuantes e de exemplos do que seria este acordo escrito, ele restou praticamente abolido pela legislação. Desde que evidenciado por qualquer meio que permita o acesso posterior, a convenção de arbitragem não está sujeita a nenhum requisito de forma adicional. Ademais, a lei inglesa admite a cláusula compromissória incorporada por referência, a cláusula compromissória tácita e certas categorias de convenção arbitral oral.[147]

Leis de arbitragem recentes, de 2011, como é o caso das leis da Irlanda, da Austrália e de Hong Kong, seguiram o exemplo da lei inglesa, optando pela primeira opção da Lei Modelo, mantendo a exigência da cláusula compromissória por escrito,

---

[146] Artigo 1.507 du Code de Procédure Civile. *"**Article 1507**. La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme" e "Article 1443. A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'uné change d'écrits ou d'um document auquel il est fait référence dans la convention principale".*(FRANÇA. **Código de Processo Civil Francês**. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexteLEGITEXT000006070716&dateTexte=20151110>. Acesso em: 13 nov. 2015).

[147] Sessão 5 do *Arbitration Act* inglês de 1996. *"**5 Agreements to be in writing**. (1) The provisions of this Part apply only where the arbitration agreement is in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this Part only if in writing. The expressions "agreement", "agree" and "agreed" shall be construed accordingly. (2) There is an agreement in writing — (a) if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties), (b) if the agreement is made by exchange of communications in writing, or (c) if the agreement is evidenced in writing. (3) Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing. (4) An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement. (5) An exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of an agreement otherwise than in writing is alleged by one party against another party and not denied by the other party in his response constitutes as between those parties an agreement in writing to the effect alleged. (6) References in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means".* (INGLATERRA. ***Arbitration Act de 1996***. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>. Acesso em: 20 nov. 2015).

mas alargando muito o seu campo de incidência.[148]

A lei arbitral espanhola também adota critérios construtivos em relação à validade formal da convenção arbitral, admitindo tanto a cláusula compromissória por referência, quanto a aceitação tácita da convenção arbitral.[149]

De forma também bastante liberal, as regras para a arbitragem internacional na Suíça, que estão contidas em sua lei de direito internacional privado, e foram modificadas em 2013, apesar de ainda exigirem o requisito escrito da convenção arbitral, entendem que este escrito estaria satisfeito com a troca de comunicações entre as partes, feitas por quaisquer meio, desde que permitida a sua evidência posterior, de acordo com a orientação contida na Lei Modelo. Entretanto, para as arbitragens domésticas, da mesma forma que ocorria

---

[148] Artigo 16 do International Arbitration Act of 1974, as amended in 2011: *"Model Law to have force of law (1) Subject to this Part, the Model Law has the force of law in Australia. (2) In the Model Law: "arbitration agreement" has the meaning given in Option 1 of Article 7 of the Model Law. "State" means Australia (including the external Territories) and any foreign country. "this State" means Australia (including the external Territories)*. (AUSTRÁLIA. ***Arbitration Act* 1974**. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/iaa1974276/>. Acesso em: 23 nov. 2015). Artigo 6 do Arbitration Act de 2010 da Irlanda*: "6 - Subject to this Act, the Model Law shall have the force of law in the State and shall apply to arbitrations under arbitration agreements concerning — (a) international commercial arbitrations, or (b) arbitrations which are not international commercial arbitrations".* (IRLANDA. ***Arbitration Act* de 2010**. Disponível em: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2010/act/1/enacted/en/pdf>. Acesso em: 24 nov. 2015). *Section 19 da Ordinance 609 de 2011, Hong Kong: "Article 7 of UNCITRAL Model Law (Definition and form of arbitration agreement). (1) Option I of Article 7 of the UNCITRAL Model Law, the text of which is set out below, has effect".* (HONG KONG. ***Ordinance* 609 de 2011**. Disponível em:<http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/C05151C760F783AD482577D900541075/$FILE/CAP_609_e_b5.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015).

[149] Vide art. 9 da Lei de Arbitragem Espanhola de 2003: *"**Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral**. 1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. 2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato. 3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia de la cuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. 4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior. 5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia se aafirmada por una parte y no negada por la otra. 6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español".(*ESPANHA. **Lei de Arbitragem Espanhola de 2003**. Disponível em:<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. Acesso em: 29 nov. 2015).

na França, a lei arbitral suíça, que faz parte de seu Código de Processo Civil, ainda exige o requisito escrito da convenção arbitral.[150]

Ademais, a própria UNCITRAL, em consequência da discrepância na interpretação e na aplicação dos requisitos ligados à forma da convenção arbitral pelos diversos Estados, resolveu editar, em 2006, algumas recomendações oficiais a respeito das regras contidas nos arts. II e VII da CNI, com o fim de uniformizar a sua interpretação, conforme abaixo:

> *Adopted by UNCITRAL on 7 July 2006, the Recommendation was drafted in recognition of the* ***widening use of electronic commerce and enactments of domestic legislation as well as case law, which are more favourable than the New York Convention in respect of the form requirement*** *governing arbitration agreements, arbitration proceedings, and the enforcement of arbitral awards.*
> *The Recommendation encourages States to apply article II (2) of the New York Convention* ***recognizing that the circumstances described therein are not exhaustive****.*
> *In addition, the Recommendation* ***encourages States to adopt the revised article 7 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration****. Both options of the revised article 7 establish a more favourable regime for the recognition and enforcement of arbitral awards than that provided under the New York Convention.*
> *By virtue of the more favourable law provision contained in article VII (1) of the New York Convention, the Recommendation clarifies that any interested party should be allowed to avail itself of rights it may have, under the law or treaties of the country where an arbitration agreement is sought to be relied upon, to seek recognition of the validity of such an arbitration agreement.*[151] [grifo nosso].

Segundo as recomendações da própria UNCITRAL, as partes devem interpretar o art. II (2) da CNI reconhecendo que as circunstâncias ali descritas não são exaustivas, ou seja, que existem outras formas capazes de preencher o que seria considerado um acordo escrito válido, o que mostra que o que se entende por escrito, sobretudo no ambiente internacional, precisa adaptar-se aos

---

[150] Artigo 178 do Capítulo 12 da Lei de Direito Internacional Privado da Suíça de 1987 (Federal Statute on Private International Law). *"**Article 178** -1 The arbitration agreement must be made in writing, by telegram, telex, telecopier or any other means of communication which permits it to be evidenced by a text. 2 Furthermore, an arbitration agreement is valid if it conforms either to the law chosen by the parties, or to the law governing the subject-matter of the dispute, in particular the main contract, or to Swiss law. 3 The arbitration agreement cannot be contested on the grounds that the main contract is not valid or that the arbitration agreement concerns a dispute which had not as yet arisen".* Artigo 358, da Parte 3, do Código de Processo Civil Suíço. *"**Art. 358**. The arbitration agreement must be done in writing or in any other form allowing it to be evidenced by text".* (SUÍÇA. **Lei de Direito Internacional Privado da Suíça de 1987**. Disponível em:<https://www.swissarbitration.org/sa/en/rules.php>. Acesso em: 29 nov. 2015).

[151] UNCITRAL. *Recommendationon* CNI. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2006recommendation.html>. Acesso em: 29 nov. 2015.

novos meios tecnológicos e flexibilizar-se para atender aos anseios dos comerciantes internacionais. A UNCITRAL também recomenda que o art. VII da CNI, que contém a autorização para a utilização da lei nacional mais favorável às partes (*more favourable law provision*), em detrimento da CNI, deve ser aplicado no exame da validade da cláusula compromissória, e não apenas às sentenças arbitrais. Os objetivos das recomendações da UNCITRAL visam, portanto, interpretar os dispositivos da CNI de forma a dar uma máxima eficácia às convenções arbitrais que se sujeitem ao seu regime e a impedir que os requisitos de forma transformem-se em obstáculos ao comércio.[152]

2.4 A FORMA DA CONVENÇÃO ARBITRAL NO BRASIL

A manifestação de vontade das partes ao elegerem a arbitragem pode ser expressa de qualquer modo, seja por meio de palavras, de escritos, de telefone, de telégrafo, do rádio, de sinais ou mesmo de comportamentos concludentes. Como visto, o princípio reconhecido no direito brasileiro é o da liberdade de forma ou do consensualismo, pois a condição necessária e suficiente é que a vontade das partes seja manifestada, externada, de modo reconhecível ou apreensível pelos outros.[153]

Como o CCB adota o princípio da forma livre, a validade da declaração de vontade só depende de forma determinada quando a lei expressamente o exigir (art. 107). Entretanto, em determinadas situações, exige-se a forma específica, tornando o negócio jurídico solene.

A LBA não previu muitos requisitos de forma para a cláusula compromissória, mas o mesmo não ocorreu com o compromisso arbitral, tendo em vista que os art. 9 e 10 da LBA trouxeram um rol de condições indispensáveis ao compromisso e o art. 11 ainda previu outros elementos, dito facultativos, que

---

[152] DECCACHE, 2015, p.57.
[153] NANNI, 2014, p.38.

podem ser inseridos pelas partes.[154] Nesse sentido, o compromisso arbitral pode ser considerado um negócio jurídico solene, tendo em vista que a ausência dos requisitos exigidos pela LBA fulmina com a invalidade o negócio jurídico.[155]

Entretanto, apesar de a cláusula compromissória não ser submetida a requisitos de forma tão estritos quanto o compromisso arbitral, diversos debates a respeito do assunto acabaram por desenvolver-se, tendo em vista a interpretação da LBA pela jurisprudência e a interpretação dada aos requisitos de forma quando a cláusula compromissória encontra-se inserida em um contrato de adesão.

2.4.1 O requisito da forma escrita e da assinatura

Como visto em relação ao cenário internacional, apesar da forma ter perdido em importância nas últimas décadas, ainda é considerado atual o debate a respeito da necessidade, ou não, da existência de uma manifestação de vontade expressa das partes, por escrito, para que seja reconhecida a sua escolha por esta forma de resolução de controvérsias, debate este que continua vivo também no direito brasileiro.

Em relação à cláusula compromissória, o conteúdo do art. 4º da LBA, previu o seguinte:

---

[154] Nesse sentido estão os arts. 9, 10 e 11 da LBA: "Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público". "Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral". "Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por eqüidade, se assim for convencionado pelas partes; III - o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros. Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença".

[155] Como já referido no capítulo 1, a validade é aquela qualidade que o negócio jurídico deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas, ou seja, "ser regular". Validade é, como o sufixo da palavra indica, *qualidade* de um negócio existente. "Válido" é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas. (AZEVEDO, 2002, p.42).

> Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.
> § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.
> § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.[156]

Conforme visto acima, a exigência de forma escrita da convenção arbitral, presente não apenas na legislação brasileira, mas na grande parte das legislações nacionais, tem sua origem no disposto no art. II da CNI, com o objetivo similar, a saber, certificar-se da existência do consentimento das partes em subtrair a resolução de seus conflitos do Poder Judiciário, conferindo-a a um tribunal arbitral.

Segundo Pedro Batista Martins[157], a exigência da cláusula arbitral escrita também se justifica na medida em que permite ao interessado impor a instituição da arbitragem à contraparte recalcitrante ou de afastar o juízo comum, quando violada a cláusula compromissória, servindo o escrito para que a cláusula possa exprimir todos os seus efeitos de direito.

O art. 4º da LBA pode ser considerado uma tradução quase literal dos arts. 1.442 e seguintes do Código de Processo Civil Francês, sobretudo o conteúdo dos arts. 1.442 e 1.443 daquele diploma, que, como já mencionado, regulamenta a arbitragem nacional e internacional na França. Segundo o art. 1.443 do Código Processual Francês, “sob pena de nulidade, a convenção de arbitragem deve ser escrita. Ele pode resultar de uma troca de escritos ou de um documento sobre o qual seja feita referência no contrato principal”.[158]

Contudo, houve uma supressão no texto brasileiro, quando comparado ao texto francês, da expressão *à peine de nullité* (sob pena de nulidade), gerando a

---

[156] BRASIL. **Lei nº 9.307/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.

[157] MARTINS, 2008, p.78.

[158] No original em francês: “*a peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale*”. (FRANÇA. **Código Processual Civil Francês**. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4715F15B86C483E160CEF620354A1085.tpdila24v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20140702>. Acesso em: 30 nov. 2015).

conclusão de que a forma escrita não seria propriamente um requisito de validade da cláusula compromissória, no direito brasileiro. A supressão de tão importante expressão não teria ocorrido de forma incidental pelo legislador pátrio, fazendo com que a forma escrita exigida no art. 4º, §1º da LBA seria, em verdade, necessária apenas para a prova da cláusula compromissória, mas não para sua substância e validade.[159]

Em relação à cláusula compromissória, o legislador brasileiro primou pelo não formalismo no que diz respeito à manifestação de vontade das partes. Apenas exigiu-se que ela seja convencionada por escrito, sem estipular qualquer regra em relação à forma pela qual deve revestir-se a manifestação de vontade das partes.[160] A ausência de formalidades pela LBA a respeito de como o consenso das partes deve ser manifestado coaduna-se com as regras de direito civil vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, relativamente à manifestação do consenso nos contratos em geral, e que são aplicáveis à cláusula compromissória.[161]

Ademais, todos os elementos que são exigidos ou que são facultativos ao compromisso arbitral podem ser inseridos na cláusula compromissória, fruto da ampla liberdade que as partes têm. Contudo, diferentemente do que ocorre com o compromisso arbitral, tais elementos não são indispensáveis para a validade da cláusula, sendo inclusive possível que a cláusula compromissória se limite a

---

[159] O debate a respeito da exigência da forma escrita da cláusula compromissória, se esta seria da essência do ato ou apenas um meio de prova do contratado entre as partes, ainda encontra-se vivo no direito brasileiro. Para Giovanni Ettore Nanni (2014, p.38), a forma é um requisito de fundamental importância, pois a sua ausência fulminaria com a invalidade a cláusula compromissória, tratando-se de uma exigência *ad substantiam*. A LBA é clara ao dispor que a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, daí a sua característica de negócio jurídico solene. Já J. E. Carreira Alvim (2000, p.217) entende que não é necessário que a cláusula compromissória tenha forma determinada, bastando a demonstração da aceitação inequívoca da arbitragem por ambas as partes. Nesse sentido: "[...] a cláusula compromissória, no direito brasileiro, não exige forma solene, contentando-se a lei em que seja estipulada por escrito (art. 4º, §1º, LA), sendo a prova apenas *ad probationem*".

[160] WALD, Arnoldo. Artigo II (incisos 1 e 2): os aspectos formais da convenção de arbitragem (comentários do artigo II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e a sua aplicação no Direito Brasileiro). *In*: _____; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). **Arbitragem comercial internacional**: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p.102.

[161] CARMONA, 2009, p.105. Para que a cláusula compromissória seja válida, requer-se que ela seja oriunda de uma manifestação de vontade declarada livremente, isenta de qualquer vício. Neste aspecto, nada difere do que se exige de qualquer outro negócio jurídico, a teor do art. 104 do Código Civil. (NANNI, 2014, p.35).

eleger a arbitragem como método de resolução de disputas, sem a indicação de qualquer outro aspecto.

Mesmo que seja necessário o preenchimento do requisito escrito para a convenção arbitral, distintivamente do que ocorre em outras legislações nacionais sobre arbitragem e instrumentos internacionais, o legislador brasileiro não elencou o que seria considerado este "escrito". Se de um lado pode-se inferir que esta técnica legislativa traga certa insegurança ao intérprete do direito, por outro lado, ela também abre as portas a uma interpretação que esteja sempre de acordo com o atual desenvolvimento a respeito da matéria. Tanto assim o é que se admite como atendido tal requisito pela troca de missivas, faxes, ou até mesmo mensagens eletrônicas, desde que reste a prova escrita da convenção.[162]

Entretanto, existem casos na jurisprudência brasileira que apontam para uma interpretação mais restritiva do que seria este acordo escrito, diferentemente

---

[162] A partir da incorporação pelo Brasil do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional de Buenos Aires de 1998, no âmbito do Mercosul, (Decreto nº 4.719/2003), a cláusula compromissória enviada por e-mail encontra fundamentação legal no direito brasileiro. Segundo o artigo 6.3 deste Acordo, a convenção de arbitragem celebrada por correio eletrônico é válida, desde que seja confirmada por documento original, "Artigo 6 - Forma e direito aplicável à validade formal da convenção arbitral: 1 - A convenção arbitral deverá ser escrita. 2 - A validade formal da convenção arbitral se regerá pelo direito do lugar de celebração. 3 - A convenção arbitral celebrada entre ausentes poderá concretizar-se pela troca de cartas ou telegramas com recebimento comprovado. **As comunicações feitas por fax, correio eletrônico ou meio equivalente deverão ser confirmadas por documento original, sem prejuízo do estabelecido no número 5**. 4 - A convenção arbitral celebrada entre ausentes se aperfeiçoa no momento e no Estado em que se recebe a aceitação pelo meio escolhido e confirmado pelo documento original. 5 - Se não se houverem cumprido os requisitos de validade formal exigidos pelo direito do lugar de celebração, a convenção será considerada válida se cumprir com os requisitos formais do direito de algum dos Estados com o qual o contrato-base tem contatos objetivos, de acordo com o estabelecido no art. 3, alínea b)" (grifo nosso). (BRASIL. **Decreto nº 4.719/2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015). Outra questão interessante sobre este assunto, diz respeito à possibilidade de inexistir uma convenção arbitral escrita e mesmo assim sobrevir um procedimento arbitral. Questiona-se se o processo e a sentença arbitral dele resultante seriam considerados válidos. Apesar de controvertido, pode-se buscar a resposta da questão na dicção dos arts. 3º e 19º da LBA. O primeiro, que traz as espécies da convenção arbitral, estabelece que as partes *podem* submeter seus litígios à arbitragem mediante convenção arbitral, o que passaria a ideia de que esta não seria obrigatória, tendo em vista que, para que a arbitragem se considere iniciada o que a LBA requer é a aceitação do encargo pelos árbitros, conforme o art. 19º. Ou seja, poderia ser iniciada uma arbitragem caso haja manifestação das partes nesse sentido, seja ela escrita, ou não. É claro que para que a arbitragem transcorra validamente sem a existência de convenção de arbitragem, seria necessário que a manifestação da vontade das partes fosse provada de alguma forma, admitindo-se, para tanto, todos os meios de prova lícitos em Direito. Nesse sentido, também Carlos Alberto Carmona argumenta que a convenção arbitral não seria necessária para a instauração da arbitragem, de tal sorte que bastaria que as partes indicassem o árbitro (ou os árbitros), para que este (ou estes), aceitando o encargo, pudesse dar início ao procedimento arbitral. (CARMONA, 2009, p.144).

da tendência internacional que é a de expandi-lo. O caso *Oleaginosa Moreno Hermanos S. A. v. Moinho Paulista Ltda*., por exemplo, dizia respeito ao inadimplemento, pela empresa brasileira Moinho Paulista, de contratos de compra e venda de trigo argentino para pão, que foram realizados por via telefônica com a empresa Oleaginosa. A empresa requerida brasileira alegava a ausência de cláusula compromissória escrita entre as partes, enquanto a empresa requerente argentina alegava que esta era existente e válida, tendo em vista que, apesar de os contratos terem sido celebrados verbalmente, os telexes posteriores trocados pelas partes continham cláusula compromissória escrita. O STJ acabou por indeferir o pedido homologatório pelo fato de os telexes não conterem as assinaturas das partes.[163]

O Caso Oleaginosa demonstra que, em certos casos, a ausência do que é considerado "acordo escrito", na legislação brasileira, pode trazer consequências negativas, tendo em vista que neste caso existia cláusula compromissória escrita. O Min. Relator Felix Fischer, ao embasar o seu argumento, chegou a citar o art. II (2) da CNI que, como visto, não exige que cartas, telexes, ou qualquer outro tipo de correspondência trocada entre as partes estejam assinados para serem considerados válidos.

Isso mostra que parte da jurisprudência pátria continua se apoiando na ausência de assinatura das partes à cláusula compromissória, para demonstrar a ausência de consentimento em relação à arbitragem, apesar desta exigência não encontrar guarida em nenhum dispositivo da LBA, a exceção dos contratos de adesão.

No caso *Plexus Cotton Ltd. v. Santana Têxtil S.A.*, a discussão estava centrada na ausência de manifestação de vontade expressa (ou seja, por escrito) da parte requerida em aderir ao juízo arbitral. A questão dizia respeito ao inadimplemento, pela empresa brasileira, Santana Têxtil, de suas obrigações advindas de contratos de compra e venda de algodão concluídos com a fornecedora inglesa *Plexus Cotton*. De acordo com o voto do Min. José Delgado, não teria havido, nos autos, manifestação expressa da requerida de aceitação da arbitragem, por esta não ter assinado os contratos onde constava a cláusula

---

[163] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SEC nº 866**. Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial. Julgado em: 17/05/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 nov. 2015.

arbitral, julgando pelo indeferimento do pedido homologatório solicitado pela *Plexus Cotton*, que havia saído vitoriosa no procedimento arbitral.

O tribunal arbitral do caso, com sede em Liverpool, Inglaterra, havia se declarado competente, afastando os argumentos de que a cláusula arbitral era inexistente por não ter sido aceita pela requerida, tendo em vista que, conforme a lei inglesa, aplicável à matéria, uma cláusula de arbitragem dentro de um contrato produz efeitos, seja ele assinado ou não pelas partes.[164]

O caso *Plexus*, como ficou conhecido pela doutrina brasileira, acabou se tornando um verdadeiro paradigma negativo a respeito do assunto, tendo em vista que, no caso, a cláusula compromissória estava escrita, apenas faltando a assinatura de uma das partes, a requerida, nos contratos. Sendo que, nem pela lei inglesa, que era aplicável ao caso, nem pela lei brasileira, onde se tencionava a homologação da sentença, esse requisito era exigível para a validade da convenção arbitral e para o posterior reconhecimento da sentença dela advinda.

Apesar de ter desfecho semelhante ao do caso *Plexus*, no caso *Kanematsu USA Inc v. ATS do Brasil Ltda*., em que também se alegava a ausência de cláusula arbitral válida pelo fato de o contrato objeto da avença não ter sido assinado pela empresa requerente norte-americana, merece destaque o voto vista do Min. Massami Uyeda, que discordou do posicionamento dos demais ministros da Corte Especial, que julgaram pelo indeferimento do pedido homologatório, o qual aqui se reproduz em parte:

> Cuidam os autos de Sentença Estrangeira Contestada, ajuizada por KANEMATSU USA INC., postulando a homologação de laudo arbitral estrangeiro, emitido pela *American Arbitration Association - AAA*, sob o argumento de que, realizado os trâmites procedimentais, a Requerida ATS – ADVANCED TELECOMMUNICATIONS SYSTEMS DO BRASIL LTDA. foi condenada ao pagamento de US$1.348.939,05 (um milhão, trezentos e quarenta e oito mil, novecentos e trinta e nove dólares norte-americanos e cinco centavos), honorários advocatícios, remuneração do árbitro e despesas administrativas (fls. 2/4).
> Citada (fl. 210), a Requerida ATS – ADVANCED TELECOMMUNICATIONS SYSTEMS DO BRASIL LTDA. apresentou contestação, na qual defende a incompetência do Juízo Arbitral, prolator do laudo que se quer ver homologado, ante a ausência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, além da ausência de

[164] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SEC nº 967**. Rel. Min. José Delgado, Corte Especial. Julgado em: 15/02/2006. No mesmo sentido, ver STJ, SEC nº 978, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial. Julgado em: 17/12/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 out. 2015.

> fundamentação para a condenação que lhe foi imposta pela *American Arbitration Association - AAA,* motivos pelos quais não deve ser homologado o laudo arbitral (fls. 213/223).
> *Data máxima vênia* ao eminente Relator, Ministro Francisco Falcão, e aos ilustres Ministros que o acompanharam, ousa-se em divergir de Suas Excelências, pois verificam-se presentes os requisitos necessários para a homologação da sentença arbitral estrangeira.
> Compulsando-se os autos, observa-se que, nas fls. 65/68, fora juntado aos autos 'contrato de pagamento' firmado pelas partes, com cláusula compromissória de arbitragem, e assinatura no campo reservado à ATS - ADVANCED TELECOMMUNICATIONS SYSTEMS DO BRASIL LTDA., tendo todas as folhas sido rubricadas.
> O fato de não constar a firma da KANEMATSU USA INC. no documento apresentado não dispensa a ATS – ADVANCED TELECOMMUNICATIONS SYSTEMS DO BRASIL LTDA. de cumprir o que fora acordado, inclusive no que se refere à arbitragem. **Isso porque, como é cediço, os contratos mercantis, salvo disposição legal, dispensam formalidades, por não ser compatível com a dinâmica da atividade empresarial. É incomum, salvo melhor juízo, que, no momento da contratação, a parte assine a sua a via contratual; via de regra, o contratante assina a minuta que ficará com o contratado, e vice-versa, afinal, o que interessa para cada um é o compromisso assumido pelo outro**. Com essas considerações, rogando-se *maximavenia*ao eminente Relator, Ministro Francisco Falcão, e ousando-se divergir dos ilustres Ministros que o acompanharam, defere-se o pedido de homologação.[165] [grifo nosso].

Para Pedro Batista Martins[166] a cláusula compromissória deve preferencialmente estar assinada pelos envolvidos, mas esta não é essencial para a validade do negócio jurídico, que pode ser provado de outras formas:

> Entretanto, será válida mesmo se não for aposta a assinatura dos interessados no contrato, bastando para isso que se instrumentalize, de alguma forma, a concordância dos envolvidos. A troca de correspondências nesse sentido caracteriza a manifestação de vontade. O que é importante é a aceitação do pacto pelas partes. E essa aceitação poderá se dar de outro modo que não, necessariamente, a assinatura dos convenentes. Basta se evidenciar a comunhão de vontades. Ou a sua aquiescência.

Nesse mesmo patamar Cristina Saiz Jabardo[167] assevera que:

---

[165] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SEC 885/EX**, Rel. Min. Francisco Falcão, Corte Especial. Julgado em: 18/04/2012. Ver as páginas 13 a 16 do acórdão, que contêm o voto vista do Min. Massami Uyeda. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2015.

[166] MARTINS, 2008, p.78.

[167] JABARDO, Cristina Saiz. **“Extensão” da Cláusula Compromissória na Arbitragem Comercial Internacional**: o caso dos grupos societários. (Dissertação de mestrado). Programa de Pós-Graduação. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p.104.

> Na prática atual [...], cada vez mais, a constatação da existência do consentimento para arbitrar se faz não em função da aposição de assinaturas dos convenentes em documento escrito, mas, sim, a partir da vontade das partes. A mudança de enfoque é clara: a noção de escrito, sendo mais abrangente, serve, tão-somente, como meio de prova da existência da convenção arbitral. Não é, porém, de sua essência, sua ausência não justificando a invalidade da convenção. O importante, para que se tenha por cumprida a exigência de acordo escrito, é a existência de clara e livre manifestação de vontade das partes no sentido de submeterem-se à arbitragem, demonstrável por meio de documentos – ainda que desprovidos de assinatura.

Pelo exame da jurisprudência do STJ conclui-se que a cláusula compromissória, além de estar escrita, necessita estar devidamente assinada pelas partes para ser considerada válida e permitir a homologação da sentença arbitral estrangeira dela advinda. Parece que a razão de o legislador brasileiro ter exigido a forma escrita da convenção arbitral repousa no fato de o interessado em resolver seus litígios por meio da arbitragem ter a possibilidade de impor essa forma de resolução de conflitos à parte, eventualmente recalcitrante, ou mesmo de afastar a jurisdição estatal, quando a cláusula compromissória restar inobservada.

A nosso ver, quando a LBA for a lei aplicável, a cláusula compromissória deve estar por escrito, o que exclui as cláusulas orais no direito brasileiro, sem a necessidade de assinatura das partes ou do cumprimento de outras formalidades. Assim, mesmo nos casos de contratos não assinados ou mesmo que a troca de correspondências entre as partes não estiver assinada, se a cláusula estiver por escrito ou se for possível, por outro meio, evidenciar o consentimento das partes com a arbitragem, a mesma deve ser considerada válida e eficaz.

Em comparação com a CNI, nota-se que a LBA possui requisitos de forma mais lenientes, pois enquanto na CNI, como visto, exigia-se que a manifestação de vontade das partes se desse por escrito, por meio da assinatura ou de trocas de correspondências escritas, a LBA somente exige que a cláusula compromissória esteja por escrito, podendo a manifestação de vontade revestir-se de qualquer forma.[168]

Apesar disto, o debate da forma da convenção arbitral no Brasil ainda tem um longo percurso, pois a jurisprudência pátria tem interpretado restritivamente os

---

[168] DECCACHE, 2015, p.105-6.

requisitos de forma e denegado a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras com base em requisitos que não encontram guarida na LBA, como é o caso da assinatura das partes. Nesse sentido, a jurisprudência pátria mostra-se destoante do que tem ocorrido nos foros internacionais, em que, cada vez mais, flexibilizam-se os requisitos da convenção arbitral em prol da eficiência da arbitragem.

2.4.2 Os contratos de adesão

O artigo 4º, §2º da LBA, que trata apenas dos contratos de adesão, e não dos contratos em geral, estabeleceu que a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura especialmente para essa cláusula. A redação do dispositivo citado acabou por trazer grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência pátrias, a respeito de como deve se dar a cláusula arbitral, quando presente um contrato de adesão, sobretudo em relação ao direito do consumidor. Assim está a redação do dispositivo:

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

De início, importante salientar que o contrato de adesão não é categoria contratual autônoma nem tipo contratual, mas apenas uma técnica de formação dos contratos, que pode ser aplicada a qualquer categoria de contrato, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do mesmo, exigência das economias de escala.

Segundo Claudia Lima Marques[169], o seu elemento essencial é a ausência de uma fase pré-negocial decisiva, em que falta um debate prévio das cláusulas contratuais, tendo em vista a sua predisposição unilateral, que permite ao aderente a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo

---

[169] MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.78-80.

modificá-lo de forma relevante. Assim sendo, as principais características do contrato de adesão seriam as seguintes: 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais e 3) o seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.

Serviriam os contratos de adesão ao objetivo de aperfeiçoar a eficiência e a rentabilidade dos contratantes, seja por reduzirem os custos transacionais envolvidos na cadeia de produção, seja por aumentarem, em termos de produtividade, os ganhos finais dos contratantes, motivos pelos quais tal técnica contratual é cada vez mais comum.

Nos contratos de adesão, em específico, por existir o entendimento de que as partes, em geral, não se encontram em posição de igualdade, existindo uma parte dita "fraca", pois não lhe foi dada a oportunidade de discutir as condições e as cláusulas contratuais, optou a LBA por adicionar outros requisitos à exigência da cláusula escrita. Isso porque, conforme destaca Joaquim de Paiva Muniz[170]:

> Mais uma vez, trata-se de formalidade exigida para confirmar o entendimento e a aceitação do aderente ao quanto pactuado. Por trazer em si um desequilíbrio nato entre os contratantes, o legislador ainda intensificou os critérios legais, exigindo destaque adicional à cláusula. A única alternativa para se contornar essa formalidade seria o fato de a arbitragem ser iniciada por vontade do próprio aderente, sendo que, para todas as demais hipóteses, a cláusula pactuada em desrespeito a tais critérios é considerada ineficaz.

Importante notar que o ordenamento jurídico fornece um tratamento diferente aos contratos de adesão, para que a parte que ocupa a posição mais

---

[170] MUNIZ, Joaquim de Paiva; PRADO, Maria da Graça Almeida. *Agreement in writing* e requisitos formais da cláusula de arbitragem: nova realidade, velhos paradigmas. *In*: **Revista de Arbitragem e Mediação**, v.26, p.59 e ss. jul. 2010. Ainda sobre os contratos de adesão, ver (NEVES, José Roberto de Castro Arbitragem nas relações de consumo – uma nova esperança" *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coords.). **Arbitragem e mediação**: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015, p.197). Em relação aos contratos de adesão, o referido autor nota que o importante é verificar se as partes tiveram a oportunidade de livremente manifestar as suas vontades. Caso apenas uma das partes tenha determinado o conteúdo do contrato, tendo a outra contraparte se limitado a aderir ao negócio, já previamente delimitado, haverá um contrato de adesão. Também merecem ser tratados como contratos de adesão aqueles nos quais a participação de uma das partes no seu conteúdo foi mínima, no quais houve apenas a oportunidade de a parte interferir em assuntos marginais do negócio. Se todos os aspectos centrais do contrato – os elementos essenciais do negócio – foram impostos por uma das partes, haverá, nesse caso também, um contrato de adesão.

frágil da relação contratual não sofra qualquer forma de abusos ou de iniquidades. O CCB, já no começo das disposições relativas aos contratos aduz, em seu art. 423, que a interpretação das cláusulas ambíguas ou contraditórias nos contratos de adesão deverá ser feita de modo favorável ao aderente e, no art. 424, determina que serão nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.[171]

Um importante questionamento feito por Pedro Batista Martins[172] diz respeito a eventual conflito que poderia surgir ainda na fase que antecede o procedimento arbitral, quando as partes não chegarem a um consenso sobre a natureza do contrato, se este seria ou não de adesão. A dúvida está em saber se a questão deve ser levada ao exame do Poder Judiciário ou se caberia aos árbitros a sua resolução. Segundo o mencionado autor, a questão deveria ser resolvida em sede arbitral, tendo em vista que as questões a respeito da eficácia da cláusula compromissória estão abarcadas pelo princípio da *kompetenz-kompetenz*, segundo o qual o árbitro é juiz de sua própria jurisdição, conforme visto no capítulo anterior. Ou seja, o árbitro é o primeiro juiz da jurisdição.

Diferentemente do que ocorria em relação ao art. 4º, §1º da LBA, denota-se que as formalidades prescritas no §2º do referido artigo, para os contratos de adesão, são da substância do ato, tendo em vista que o legislador, ao usar a expressão "*só terá eficácia*", quis consagrar, em verdade, a nulidade como pena pela inobservância da forma.

Pela redação do dispositivo supratranscrito, nota-se que duas são as hipóteses em que a arbitragem pode ser considerada válida, quando inserida uma cláusula compromissória em um contrato de adesão: se o aderente tomar a iniciativa de iniciar a arbitragem, estando o estipulante (ou proponente) do contrato obrigado a submeter-se ao procedimento, e outra na qual o aderente concorda expressamente com a arbitragem, desde que por documento escrito anexo e que se reporte ao contrato principal ou por meio de visto especial para a

---

[171] BRASIL. **Lei nº 10.046/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.
[172] MARTINS, 2008, p.80-1.

cláusula compromissória contida no contrato, que deverá estar destacada em negrito.[173]

Em relação à primeira hipótese, Selma Ferreira Lemes[174] chega à conclusão semelhante, no sentido de ser a cláusula compromissória apenas vinculante para o aderente, visto que, na feliz expressão da autora em comento, esta se encontra em condição suspensiva, surtindo efeitos apenas diante da posterior manifestação de vontade do aderente de que deseja instituir o juízo arbitral, sendo que "só a partir deste momento é que terá efeito vinculante". Assim, a cláusula compromissória inserta em contrato de adesão não acarretará, necessariamente, a solução de eventuais controvérsias pelo juízo arbitral, visto que "bastará que o aderente prefira a via judicial para que não se instaure a arbitragem".[175]

Assim, a cláusula arbitral presente em contrato de adesão é obrigatória e vinculante para o proponente, desde a celebração do contrato, visto que, se requerida a instauração da arbitragem pelo aderente, deve o primeiro, obrigatoriamente, a ela se submeter. Já em relação ao aderente, a cláusula é compromissória seria facultativa, podendo ele, frente ao pedido de instauração de arbitragem pelo proponente, aceitá-lo ou não, preferindo levar sua demanda ao Poder Judiciário, ao que não poderá opor-se o estipulante. Do que se conclui que, para o aderente, a cláusula compromissória não surte efeitos de plano, estando em condição suspensiva até que este externe sua vontade e, apenas a partir deste momento, é que ela torna-se, então, vinculante.[176] Ou seja, o momento da aferição da eficácia da cláusula não seria o momento de sua celebração, mas,

---

[173] Entretanto, J. E. Carreira Alvim (2000, p. 241-2) critica estas hipóteses, aludindo que, em verdade, a expressão "só terá eficácia", constante do começo do §2º do art. 4º da LBA não tem sentido de existir: "a redação do §2º do art. 4º da Lei de Arbitragem não é das mais satisfatórias. A expressão "se o aderente concordar, expressamente, com a sua instituição" significa que a arbitragem – ao contrário do que aparenta dizer o preceito – pode ser instituída pela outra parte, caso em que a sua eficácia depende da concordância do aderente. Mas, se são duas as condições de eficácia da cláusula – se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem *ou* concordar, expressamente, com a sua instituição –, o advérbio "só" não tem na frase qualquer função sintática. Ademais, se a parte aderente, apesar de não ter tido a iniciativa de instituir a arbitragem, concordar, se convocada pela outra parte, em assinar compromisso, estará satisfeita a condição legal, equivalendo a sua atitude à concordância expressa de que a lei fala".

[174] LEMES, Selma M. F. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. *In*: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. F.; MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.124.

[175] CARMONA, 2009, p.106.

[176] LEMES, *op. cit.*, p.124-5.

sobretudo, o momento em que, nascido o litígio, as partes decidem submetê-lo à arbitragem.

A segunda hipótese contida no dispositivo determina que a cláusula compromissória só será eficaz se o aderente concordar expressamente com ela, por escrito, em documento anexo ao contrato, ou através de visto ou assinatura especial para esta cláusula, que deverá estar destacada das demais cláusulas do contrato (em negrito), para chamar a atenção do aderente para a obrigação que este está assumindo.

Selma Ferreira Lemes[177] alude que o aderente deve expressar a sua concordância com a cláusula compromissória no momento da assinatura do contrato, visto que não poderia ser esta colocada no corpo contratual como se fosse apenas mais uma cláusula que o aderente aceita em bloco: "[...] a cláusula de eleição da instância arbitral deve ser objeto de discussão efetiva, isto é, deve ter sido objeto de menção específica e esclarecido à outra parte o que significa". Para esta autora, sendo preenchidos os requisitos expostos no §2º do art. 4º da LBA, a cláusula compromissória torna-se, para o aderente, vinculante desde o momento da celebração do contrato, sendo que as questões resultantes do contrato devem ser resolvidas, obrigatoriamente, por meio da arbitragem.

Já para Carlos Alberto Carmona e Pedro Baptista Martins[178], diferentemente, os efeitos do preenchimento dos requisitos do §2º do art. 4º da

---

[177] LEMES, 1999, p.126.

[178] Pedro Baptista Martins (2008, p.80) relata que o teor do §2° do art. 4° da LBA pode ser entendido como verdadeira exceção à regra da eficácia plena do pacto arbitral, visto que a cláusula compromissória opera sua eficácia apenas contra o prestador, desde a celebração do contrato, mantendo-se suspensa, entretanto, em relação ao aderente. Disso vê-se que a suspensão da eficácia da cláusula em relação ao oblato não interfere na validade do negócio jurídico, nem em sua eficácia, quando vista sob a ótica do fornecedor, que ele denomina de parte *hipersuficiente* na relação comercial. Quanto ao aderente terá ela eficácia suspensiva, ficando a eficácia desta pendente de sua manifestação de vontade unilateral posterior. Para o autor, o fato de a cláusula compromissória estar disposta em documento anexo ou em negrito, com visto ou assinatura especial, não dispensa a condição suspensiva de posterior manifestação de vontade do aderente. Segundo ele, os alertas contidos na parte final do dispositivo não seriam suficientes para resguardar os direitos do hipossuficiente: "não creio, e não concordo, que essa parte final do §2º, do art. 4º, inserido por emenda legislativa na Comissão de Proteção da Minoria e de Defesa do Consumidor, seja veículo de satisfação dos interesses impostos ao aderente no momento em que se encontra mais vulnerável, pois necessitado do produto ou do serviço, e nada pode ser oposto ou barganhado com a outra parte. O alerta que o documento apartado ou a escrita em negrito poderia resultar não será suficiente, de maneira alguma, quando se tratar de cláusula de arbitragem. Os efeitos da cláusula compromissória não se aperfeiçoam por simples alertas ao consumidor, pois se voltam, tipicamente, aos esclarecimento sobre a segurança ou a qualidade daquilo que pretendem adquirir. Não se presta, e por isso não se aplica, ao contexto das cláusulas arbitrais".

LBA não surgem de pleno direito para o aderente, desde o momento da celebração do contrato, como propunha Selma Ferreira Lemas, mas ficam, da mesma forma que ocorria na primeira hipótese, vinculados e suspensos à manifestação de vontade do aderente.

Mesmo que a interpretação do art. 4º, §2º da LBA não seja pacífica na doutrina brasileira, a conclusão é a de que as relações jurídicas de consumo, âmbito no qual estão concentrados a maior parte dos contratos de adesão no direito brasileiro, podem ensejar a instauração do juízo arbitral. Talvez a forma de instauração da arbitragem consumerista ainda necessite de uma análise mais detida da doutrina, mas o fato de a lei consumerista estabelecer princípios de incidência obrigatória não significa a recusa da utilização da arbitragem como forma de resolução destas controvérsias. Isso porque,

> nada impedirá, por exemplo, que um contrato de prestação de serviços seja objeto de decisão arbitral no que toca ao seu cumprimento, validade, aplicação de multa, interpretação da extensão das obrigações assumidas pelos contratantes, entre tantos outros temas pertinentes ao campo das obrigações.[179]

O que é necessário frisar é que os direitos envolvendo relações de consumo podem adquirir o caráter da disponibilidade, mesmo que não de forma absoluta, como em outras áreas do direito, pois

> ninguém parece duvidar que podem as partes, diante de litígio que diga respeito a fornecimento de bens e serviços, transigir, desistir, renunciar aos respectivos direitos, o que demonstra, de modo claro, não estar excluída a possibilidade da solução arbitral.[180]

Segundo Eduardo Damião Gonçalves[181], foi acertada a escolha do legislador brasileiro ao assegurar ao consumidor as proteções constantes do art. 4º, §2º da LBA, pois, se de um lado, reconheceu o caráter patrimonial disponível das transações feitas pelo consumidor (por envolverem direitos disponíveis), de

---

[179] CARMONA, 2009, p. 52. Também Pedro Batista Martins (2008, p.81) pensa que o §2° do art. 4° da LBA dirige-se, particularmente, aos contratos formulados em massa nas relações de consumo, pois é nessa modalidade de negócio jurídico que se encontrariam, para o autor, os verdadeiros hipossuficientes, e teria sido para eles que teria se voltado o legislador neste artigo.

[180] CARMONA, *op. cit.*, p.53.

[181] GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade Objetiva**. (Tese de Doutorado). Programa de Pós-Graduação. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 202.

outro lado, a natureza das relações de consumo traz certo componente de indisponibilidade aos direitos, em razão da fragilidade do consumidor na relação contratual e do caráter adesivo da contratação. Tendo em vista que os consumidores apenas aderiam às cláusulas contratuais instruídas pelos fornecedores, era necessária uma garantia extra de que não iria ser subvertido um dos fundamentos da arbitragem, qual seja, a liberdade das partes em optarem ou não por esse modo de resolução de litígios.

Com a opção do legislador em sujeitar a arbitragem à iniciativa do consumidor ou à sua concordância, caso o fornecedor pretenda iniciá-la, o acesso à arbitragem resta garantido e, ao mesmo tempo, o princípio de proteção ao consumidor resta assegurado.

A jurisprudência brasileira, ao analisar os casos envolvendo os requisitos do art. 4º, §2º da LBA, tende a ter uma interpretação mais formalista, aplicando o artigo sem restrições, chegando-se ao ponto de que, o consentimento, que a *priori*foi o requisito a induzir a criação de tais critérios legais, acabou sendo legado a um segundo plano, perdendo-se em meio a tantos formalismos da lei.[182]

O STJ, mesmo que mantendo a aplicação dos requisitos previstos no §2º do art. 4º, trouxe uma interpretação menos formalista, demonstrando, também, uma evolução no que tange aos requisitos formais exigidos da convenção arbitral nos contratos de adesão, como se denota pela decisão de 2009 da Min. Nancy Andrighi. Nesta decisão, o STJ confirmou a obrigatoriedade de a cláusula arbitral inserida em contrato de adesão aparecer destacada no texto, mas não vinculou o destaque da cláusula ao duplo critério da apresentação em negrito e da assinatura específica das partes, pois a cláusula deveria conter apenas a “prova de sua inequívoca aceitação pelo aderente”.[183] Apesar de não ter detalhado a

---

[182] MUNIZ; PRADO, 2010, p. 61-2. A este respeito, ver os casos TJSP, **AgIn. 1.179.156-0/6**, 33ª Câm. Civ., Rel. Des. Sá Duarte. J. 25/06/2008 e TJRJ, **ApCiv 2006.001.59128**, 15ª Câm. Civ., Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo. J. 30/01/2007. No primeiro caso, do TJSP, condições gerais de fornecimento, que continham uma cláusula arbitral, foram enviadas de uma parte a outra por via eletrônica. O tribunal paulista entendeu que como não havia a assinatura das partes ou quaisquer outras formalidades, a cláusula de arbitragem não seria vinculante. Em relação ao segundo caso, o TJRJ decidiu que uma cláusula arbitral inserida em promessa de compra e venda não seria válida por não terem as partes aposto a sua assinatura ou visto específico para a cláusula; mesmo que a mesma estivesse destacada das demais cláusulas do contrato.

[183] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp n. 1.105.194/RS**,. Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 24/04/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 2 dez. 2015.

questão, este julgamento de 2009 demonstra um avanço importante da jurisprudência brasileira em favor da desformalização, quando o consentimento das partes puder ser demonstrado de outras maneiras.

Com o intuito de clarificar a interpretação do §2º do art.4º da LBA, bem como de finalizar a discussão a respeito da arbitrabilidade das relações de consumo no Brasil, foi composta uma comissão de advogados e professores[184], presidida pelo Ministro do STJ, Luis Felipe Salomão, para reformar a lei de arbitragem nesse e em outros pontos que necessitavam de esclarecimentos. O anteprojeto de lei, que data de outubro de 2013, manteve a estrutura e a substância da lei arbitral vigente. Sendo que,

> embora no seu conteúdo básico a legislação vigente seja totalmente adequada, o decurso do tempo e as condições do mercado comprovam que mesmo um excelente diploma, como a Lei nº 9.307, pode ser complementado e aperfeiçoado diante de problemas e situações que eram imprevisíveis na época de sua elaboração.[185]

O anteprojeto de lei buscou resolver algumas questões complexas da arbitragem no Brasil, que já vinham sendo aceitas pela jurisprudência, mas que não se encontravam expressamente na LBA, como as referentes às arbitragens com a administração pública, os conflitos societários, a instituição da arbitragem nas relações de consumo e trabalhistas, bem como a forma de interrupção da prescrição e os meios de interação do Poder Judiciário com o árbitro, na parte que trata das tutelas de urgência e da carta arbitral.[186]

Para o tema que interessa ao estudo que aqui se propõe, importa destacar as alterações feitas no art. 4º da LBA, que, com a redação proposta pelo anteprojeto, passaria a viger da seguinte forma:

---

[184] Além do Ministro Luis Felipe Salomão, compõem a comissão o ex-senador Marco Maciel; o Ministro Walton Alencar Rodrigues, do Tribunal de Contas da União; a ministra aposentada do Supremo Tribunal Federal (STF) Ellen Gracie; e os advogados José Antônio Fichtner, Caio César Rocha, José Rogério Cruz e Tucci, Marcelo Rossi Nobre, Francisco Antunes Maciel Müssnich, Tatiana Lacerda Prazeres, Adriana Braghetta, Carlos Alberto Carmona, Eleonora Coelho, Pedro Paulo Guerra Medeiros, Sílvia Rodrigues Pachikoski, Francisco Maia Neto, André Chateaubriand Martins, José Roberto Neves, Marcelo Henriques de Oliveira, Roberta Rangel, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e Adacir Reis. (BRASIL. **Reforma da Lei de Arbitragem**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portalstj/publicacao/engine.wsp?tmp.area= 398&tmp.texto=111423>. Acesso em: 3 dez. 2015).

[185] REFORMA da Lei da Arbitragem. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/ 3303116/reforma-da-lei-daarbitragem#ixzz2hndduTl p>. Acesso em: 19 nov. 2015.

[186] ANTEPROJETO da lei de arbitragem. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-02/senado-recebe-anteprojeto-lei-arbitragem-nesta quarta-feira>. Acesso em: 13 nov. 2015.

> Art. 4º
> §2º Nos contratos de adesão a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado.
> §3º Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato 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.
> §4º Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar, expressamente, com a sua instituição.[187]

Pelo descrito, as alterações feitas pela comissão de juristas foram no sentido de aumentar as questões que são passíveis de ir para a arbitragem, ou seja, de flexibilizar a arbitrabilidade de algumas matérias antes consideradas sensíveis a esta formação de resolução de controvérsias. Com o acréscimo do §3º ao art. 4º da LBA, restaria indubitável que as relações de consumo poderiam, sim, ser submetidas à arbitragem, seja por meio de cláusula compromissória, seja por meio de compromisso arbitral. Respeitando, nesse sentido, a igualdade do que a LBA chamou de convenção arbitral, tendo em vista que ambas as suas espécies (cláusula e compromisso arbitral) gerariam os mesmos efeitos, a saber, a instituição da arbitragem de consumo.

Note-se que, ademais, de forma acertada, o tratamento da arbitragem de consumo foi separado do tratamento dado aos contratos de adesão genéricos, tendo em vista que, como já referido no presente trabalho, apesar de serem majoritários, nem todos os contratos de adesão são, ao mesmo tempo, contratos de consumo e, nem todos os contratos de consumo se utilizam desta técnica contratual, a adesão, para serem concluídos.

Assim, no que toca aos contratos de adesão, andou bem o legislador ao continuar requerendo o devido destaque à cláusula compromissória, seja por meio de documento apartado, seja por meio de destaque em negrito no mesmo contrato, tendo em vista que, como é sabido, o aderente possui, como regra, menos informação e conhecimento, quando comparado ao estipulante, tendo como opções aceitar o contrato como um todo ou não aceitá-lo (*take it orleave it contract*), pois não lhe é dado discutir o seu conteúdo; mas retirou a necessidade de assinatura ou visto

---

[187] BRASIL. **Lei de Arbitragem reformada**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Leis/ L9307.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

especialmente para esta cláusula. Ou seja, segundo o anteprojeto, o §2º do art. 4º trata do regime genérico, relativo aos contratos de adesão, enquanto que o §3º do mesmo artigo trata de regime específico, a saber, das relações de consumo entabuladas por meio de contrato de adesão.

E, em relação à proteção do consumidor, também andou bem o legislador reformista, pois a eficácia da cláusula arbitral seria aferida somente no momento da instituição da arbitragem, pois independentemente de sua estipulação contratual, a sua eficácia depende do consentimento efetivo do consumidor, o que apenas poderia ser verificado diante do conflito concreto, quando ele aceitasse a instituição da arbitragem proposta pelo estipulante, ou ele próprio desse início ao procedimento arbitral.

Entretanto, o anteprojeto de lei que acabou sendo publicado em maio de 2015, por meio da Lei nº 13.129, não incorporou as alterações que haviam sido propostas pelo anteprojeto em relação ao art. 4° da LBA. O texto da nova lei, assinado pelo vice-presidente da República Michel Temer, no exercício da Presidência, contou com três vetos, que foram posteriormente mantidos pelo Congresso Nacional: a previsão da arbitragem para causas trabalhistas, para relações de consumo e para litígios relacionados a contratos de adesão.

O veto aos três parágrafos do art. 4º da LBA foi considerado um retrocesso pelos doutrinadores brasileiros e, no caso dos contratos de adesão, cujo veto foi pedido pelo Ministério da Justiça, afirmou-se que os parágrafos do referido artigo autorizavam a arbitragem de forma ampla “sem deixar claro que o consumidor pode pedir a instauração do juízo arbitral também no decorrer do contrato, e não apenas no momento de sua assinatura” e que, em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, “tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e uma ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor”, segundo o Ministério da Justiça[188-189].

---

[188] BRASIL. Congresso Nacional. **Vice-Presidente Michel Temer sanciona a Lei de Arbitragem**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-26/michel-temer-sanciona-lei-arbitragem-tres-vetos>. Acesso em: 22 nov. 2015.

[189] *Id*. Congresso Nacional. **Vice-Presidente Michel Temer mantém vetos à Lei de Arbitragem**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-23/congresso-nacional-mantem-vetos-reforma-lei-arbitragem>. Acesso em: 22 nov. 2015.

Ou seja, diferentemente dos contratos em geral, no que se relaciona aos contratos de adesão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias exigem requisitos de forma mais estritos para a demonstração do consentimento das partes à arbitragem, tendo em vista a existência de um desequilíbrio contratual entre os contratantes, o que faz com sejam necessárias garantias adicionais que permitam que o aderente esteja ciente da escolha feita.

2.5 CRÍTICAS ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS DA CONVENÇÃO ARBITRAL

Depois de exposto o panorama no que tange aos requisitos de forma no direito brasileiro e estrangeiro, verificou-se que a necessidade de uma convenção arbitral atender a determinados requisitos de forma para ser considerada válida possui uma relação muito próxima com a questão do consentimento das partes na arbitragem, tendo em vista que a explicação mais comum para a imposição de tais requisitos é justamente garantir que as partes realmente consentiram em escolher a arbitragem como meio de resolução de suas disputas e estão abrindo mão de levá-las ao Poder Judiciário, ou seja, que a escolha foi por elas consentida.

Nesse sentido, a maior parte das legislações nacionais e convenções internacionais que tratam da matéria, como visto acima, ainda exigem que a convenção arbitral esteja por escrito, como forma de garantia da escolha feita pelas partes e prova de seu consentimento.

No entanto, as exigências de forma da convenção arbitral não acompanham a prática negocial em que, dependendo da área do comércio, os acordos orais são bastante utilizados. E é por isso que os requisitos de forma têm sido criticados pela doutrina internacional, na medida em que seria possível a conclusão de um contrato válido, que envolva milhões de dólares de forma oral, mas não seria possível que a convenção arbitral, oralmente estabelecida, igualmente tivesse validade, o que demonstraria um tratamento diferenciado e mais rigoroso para a apuração da

validade da convenção arbitral.[190]

Todavia, não haveria justificativa para submeter a convenção arbitral a requisitos de forma mais estritos do que aqueles a que estão submetidos as outras disposições contratuais, tendo em vista que, conforme já mencionado, a arbitragem não é mais considerada uma forma perigosa ou excepcional de solução de controvérsias, em que a parte abrem mão de direitos fundamentais, tal qual o acesso à jurisdição, mas sim, um meio natural e adequado para a resolução de disputas. Ademais, os requisitos de forma não promovem necessariamente certeza jurídica, podendo significar, em muitos casos, o surgimento de problemas adicionais às partes.[191]

No que tange especificamente ao requisito de que a convenção arbitral esteja por escrito, existe uma clara disposição da comunidade internacional de aplicá-lo de forma liberal e flexível, sobretudo em relação ao art. II da CNI, tendo em vista que uma interpretação mais rígida se mostraria contrária aos usos do comércio internacional e mesmo oposta à vocação da CNI de que as convenções e sentenças arbitrais estrangeiras sejam eficazes.

É por isso que a doutrina e a jurisprudência internacionais têm tentado interpretar de forma mais branda os requisitos de forma estabelecidos pelas legislações nacionais e convenções internacionais, sobretudo em relação à exigência da convenção arbitral por escrito, no sentido de que estes requisitos não mais constituam um obstáculo à resolução das disputas pela arbitragem e se adequem às modernas formas de comunicação e de negociação presentes na atualidade. As próprias legislações arbitrais nacionais que se modernizaram já trazem uma redação mais próxima destes anseios, compatibilizando as

---

[190] Neste sentido, pertinente a crítica tecidapor Neil Kaplan: "*at this point it may be helpful to ask why there is a requirement of writing at all? We already know that substantial contracts are made and enforced only on oral terms. I can see the argument that parties should not be deprived of access to national courts unless they have actually agreed on arbitration. I can see the argument that allowing oral agreements would lead to uncertainty and litigation. But what I have difficulty in seeing is why if one party is sent a contract which includes an arbitration clause and that party acts on that contract and thus adopts it without any qualification, that party should be allowed to wash his hands of the arbitration clause but at the same time maintain an action for the price of the goods delivered or conversely sue for breach. Some might say that this is the price we have to pay for the doctrine of separability!*" (KAPLAN, Neil. *Is the need for writing as expressed in the New York Convention and the Model Law out of step with commercial practice? In*: ***Arbitration International***, LCIA, v.12, n. 1, p. 27-45, 1996, p.29).

[191] LEW; MISTELIS; KRÖL, 2003, p.131-2.

exigências de forma com as regras de formação dos contratos em geral, que também têm evoluído e se flexibilizado.

Ante a atual interpretação, a convenção arbitral, para ser válida, não precisaria obedecer com rigor aos ditames formais tradicionalmente exigidos, havendo uma verdadeira transição da valoração dos aspectos formais para a vontade das partes, da mesma maneira em que se observou nas origens do princípio do consensualismo.

Nesse sentido, do exame dos casos da jurisprudência internacional antes estabelecido, ficou claro que os tribunais estrangeiros seguem uma linha de raciocínio linear no que tange à validade formal da convenção arbitral; a convenção será válida se puder ser razoavelmente estabelecido que uma oferta para arbitrar (por escrito) tiver sido aceita, ou seja, se puder ser estabelecido que houve o *meeting of the minds*, sendo que a oferta pode ser aceita por diferentes meios.

Restou também evidente que um contrato assinado que contenha uma cláusula compromissória ou uma cláusula compromissória incorporada por referência a um documento assinado satisfaz os requisitos do que seria um acordo escrito, sendo, ainda, desnecessária uma assinatura em separado apenas para a cláusula arbitral ser considerada válida.[192]

Entretanto, diferentemente do que ocorre em grande parte do cenário jurisprudencial internacional, no Brasil, a jurisprudência ainda interpreta com rigor

---

[192] Entretanto, apesar destes esforços doutrinários e jurisprudenciais no sentido de flexibilizar a interpretação dos requisitos formais da convenção arbitral, algumas críticas foram tecida a este método interpretativo, no sentido de perquirir se este seria realmente um modo de interpretar a lei ou se seria, em verdade, uma modificação da lei, sem que alteração alguma ocorresse na prática*: "One set of difficulties arises from the effort to produce a revolutionary change, whilst pretending that nothing is really happening. It is certainly true that the courts in many jurisdictions have already started to soften the strict requirements of norms, such as Art. II (2) NYC. In some cases, they have obviously interpreted the law to the extent that it would no longer be viewed as 'interpretation' in many countries – e.g. 'interpreting' the law to the effect that oral agreements would be sufficient to meet the requirements of written form. Such courts cannot be blamed for errors; their decisions may meet the interests of justice, and may be compatible with the overall methods of interpretation and with the perception of written form in the jurisdiction in which they were made. However, it is very questionable whether such practice can be a reliable ground for harmonization at the global level. Moreover, if 'for the avoidance of doubt' all doubt would be removed in an international document that, in fact, the 'interpretation' of written form as the one including 'fiction of written orality' (i.e. oral agreements referring to written rules of arbitration) was the right one, then the inevitable opposite conclusion should be that all the other courts that have interpreted 'writing' as writing, and 'oral' as oral, were wrong. This conclusion would surely not be the right one, not because it would be bad for arbitration, but because it would not be good for law as such. Sometimes, progress can be achieved only if we are ready to admit that we want to achieve it. Otherwise, 'undercover progress' may easily turn to be regress in some fields".* (UZELAC, 2015, digital).

os requisitos contidos nos parágrafos do art. 4º da LBA. Mesmo em tentativas de interpretação mais liberal, como aquela entabulada pelo STJ em 2009, pode-se concluir que os tribunais brasileiros não têm apresentado uma interpretação flexível e adequada aos anseios dos comerciantes, tendo em vista que os requisitos adicionais constantes no §2º do art. 4º da LBA, que são aplicáveis somente aos contratos de adesão sendo, portanto, excepcionais, são tomados muitas vezes como a regra geral pela jurisprudência pátria.

Ademais, na arbitragem internacional e em muitas legislações arbitrais nacionais, a forma escrita não é mais vista como um requisito de validade da manifestação de vontade das partes, mas, tão-somente, como uma prova da existência da convenção, pois a inequívoca manifestação de vontade das partes não se confunde com a forma escrita da convenção arbitral. A manifestação de vontade das partes é regida pelo princípio da liberdade formal, enquanto que a prova da existência e da validade da cláusula arbitral é que deve atender ao requisito escrito.

No que tange ao consentimento das partes, é necessário ressaltar que deve ser realizada uma distinção entre o requisito da forma escrita da convenção arbitral e o da existência de um consentimento válido, tendo em vista que é possível existir um sem o outro. Para que se estabeleça uma convenção arbitral válida, tanto os requisitos de forma como a presença dos requisitos necessários ao consentimento devem ser satisfeitos, conforme se verá no próximo capítulo.

3 O CONSENSUALISMO APLICADO À VALIDADE SUBSTANCIAL E À EFICÁCIA DA CONVENÇÃO ARBITRAL

3.1 A LEI APLICÁVEL NA DETERMINAÇÃO DA VALIDADE DA CONVENÇÃO ARBITRAL

Antes de se adentrar no conteúdo deste último capítulo, que trata dos requisitos materiais para a aferição da validade da convenção arbitral, bem como a respeito das outras formas pela qual se pode estabelecer o consentimento das partes na arbitragem, é necessário verificar a questão da lei aplicável na verificação desta validade material.

A lei aplicável é tema crucial para o resultado que os árbitros atingirão quando da solução do conflito por meio da arbitragem, sobretudo na arbitragem internacional, pela possibilidade de diversas leis se aplicarem a questões relevantes dessa forma de solução de controvérsias (a lei material ou contratual, que é aquela que define a natureza e o conteúdo dos direitos e obrigações das partes – *lex contractus*; a lei processual, que é aquela que define questões relativas à condução da arbitragem e o papel dos tribunais estatais de apoio, que é normalmente a lei da sede da arbitragem – *lex loci arbitri, lex fori* ou *curial law*; a lei que rege a convenção arbitral e a lei do local onde a homologação e a execução da sentença arbitral ocorrerão). A determinação de qual lei será aplicável a cada uma destas questões se mostra complexa e de difícil resolução.

Alude-se ao fato de que na prática comercial internacional ser comum não se estipular expressamente na cláusula arbitral a lei que a regerá, fazendo com que dúvidas apareçam a respeito de que lei seria esta, se seria a lei da sede da arbitragem (*lex loci arbitri*) ou se seria a lei que as partes elegeram para reger o contrato principal (*lex contractus*), por exemplo. Ademais, diferentemente dos casos levados ao Poder Judiciário, na arbitragem comercial não há regras uniformes e jurisprudência vasta sobre como deve se dar a questão da escolha da lei aplicável aos casos concretos.

É importante que se mencione que os problemas relativos à lei aplicável à convenção arbitral costumam ser mais frequentes na arbitragem internacional,

tendo em vista que na arbitragem doméstica as partes optam pela lei aplicável que, em praticamente todos os casos, se identifica com a lei da sede da arbitragem, que é a mesma da nacionalidade das partes e a que mais afinidade possui com a relação contratual. Nesse sentido, não surgem, na arbitragem nacional, maiores dúvidas a respeito de qual a lei deve ser aplicada pelo tribunal arbitral para governar a validade da convenção de arbitragem.

Já na arbitragem internacional, tendo em vista a existência de um elemento de estraneidade, que pode ser a nacionalidade das partes ou o local onde a sentença arbitral foi proferida, é comum que mais de um ordenamento jurídico seja relevante para o deslinde do litígio.

Mesmo assim, a maior parte das legislações arbitrais e regulamentos nacionais de arbitragem conferem ampla autonomia da vontade para que as partes possam determinaras leis aplicáveis na arbitragem.[193] É o que ocorre com o direito brasileiro, tendo em vista que, segundo o art. 2º, §1º da LBA: "poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública".[194]

No que tange, especificamente, à escolha da lei aplicável à convenção arbitral, existe uma presunção de que, ante a falta de escolha pelas partes, seria ela a mesma que as partes optaram por aplicar ao contrato principal. Entretanto, como será visto neste capítulo, esta presunção não se mostra necessariamente correta, tendo em vista que, como já visto neste trabalho, a cláusula arbitral é considerada autônoma em relação ao contrato em que venha eventualmente inserida (*separability*). Dessa forma, ela é considerada um negócio jurídico próprio, sendo a sua validade analisada em apartado da do contrato e não sendo necessariamente afetada pela potencial invalidade deste último. Como consequência desta autonomia, a cláusula arbitral é regida por lei própria que pode coincidir, ou não, com a lei que rege o contrato principal.

---

[193] Sobre o assunto, ver (BASSO, Maristela. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. *In*: **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais**. São Paulo, v. 3, n. 9, p. 307-14, 2000).

[194] BRASIL. **Lei nº 9.307/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

Entretanto, como já aludido anteriormente, raramente as partes estabelecem na convenção arbitral a lei que a irá reger,[195] motivo pelo qual a determinação da legislação aplicável não se mostra tarefa fácil, ainda mais pelo fato de que a maior parte das legislações arbitrais também é silente quanto ao assunto,[196] apesar de esta lei determinar aspectos de extrema relevância. Alguns exemplos de questões em que a lei aplicável à convenção arbitral tem impacto direto são: arbitrabilidade objetiva e subjetiva, âmbito de aplicação da convenção arbitral, efeitos positivo e negativo da convenção arbitral, dever de confidencialidade, interpretação, extensão dos efeitos e transmissibilidade da convenção.

O maior debate existente quando se fala em lei aplicável à convenção arbitral é entre a lei que rege o contrato principal, escolhida pela autonomia da vontade das partes, e a lei da sede, ou seja, a lei do lugar onde o procedimento arbitral se desenvolve e onde a futura sentença será emitida.

Alguns casos da jurisprudência arbitral internacional sugerem que a *lex contractus* seria considerada o fator mais relevante para se estabelecer qual a lei deve ser determinada como aplicável à convenção arbitral e outros que a *lex arbitri* seria o fator principal ao se determinar a legislação aplicável.

---

[195] Como bem aludiu Ricardo Dalmaso Marques, se a lei aplicável ao contrato e a lei da sede são as mesmas, não se mostrará necessária a especificação da lei aplicável à cláusula arbitral, pois não haverá qualquer dúvida acerca da lei aplicável. Entretanto, nas hipóteses em que a lei do contrato e a lei da sede sejam diferentes, parece ser ideal a especificação da lei aplicável à cláusula arbitral para que sejam evitados conflitos futuros. (MARQUES, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional. *In*: **Revista Brasileira de Arbitragem**. São Paulo, n.47, p.7-37, 2015).

[196] Uma exceção a esta regra esta na Lei Arbitral da Suécia, que contém uma previsão direta a respeito da lei aplicável à convenção arbitral. Nesse sentido, está a Seção 48 do Swedish Arbitration Act de 1999: *"Section 48 - where an arbitration agreement has an international connection, the agreement shall be governed by the law agreed upon by the parties. Where the parties have not reached such an agreement, the arbitration agreement shall be governed by the law of the country in which, by virtue of the agreement, the proceedings have taken place or shall take place".* (SUÉCIA. ***Arbitration Act* de 1999**.Disponível em: <http://swedisharbitration.se/wpcontet/uploads/2011/09/the-swedish-arbitrationact.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2015). Segundo Julian D M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll, este modelo sueco, em que diretamente se acha a lei aplicável à convenção arbitral, possui vantagens quando em comparação com outros modelos, pelos quais se chega à lei aplicável de forma indireta. Isto porque este modelo garante que os tribunais suecos irão aplicar sempre o mesmo critério para se determinar a lei aplicável, independentemente do momento em que a questão aparecer. (LEW; MISTELIS; KRÖL, 2003, p.119-20).

Alguns casos advindos da experiência inglesa e, portanto, de uma perspectiva da *common law*, acabaram se tornando importantes exemplos de decisões a respeito da lei aplicável à convenção arbitral ao formularem alternativas de resolução deste conflito.

No primeiro caso, conhecido como Sulamérica[197], o conflito surgiu, em março de 2011, a partir de incidentes, dos quais resultaram danos advindos de contratos de seguro firmados por empresas brasileiras encarregadas da construção da usina Hidrelétrica de Jirau (em Rondônia, Brasil) e seguradoras brasileiras e estrangeiras. As apólices de seguro continham tanto a escolha da lei brasileira como aplicável ao contrato, quanto previam uma cláusula arbitral, com sede em Londres, mas não houve qualquer estipulação a respeito da lei aplicável à cláusula arbitral.

Após as empresas seguradoras (Sulamérica) darem o aviso às seguradas (Enesa) de que haviam iniciado uma arbitragem em Londres, por entenderem que não tinham qualquer obrigação de pagamento em face dos incidentes ocorridos, estas últimas ajuizaram uma ação perante os tribunais brasileiros para obter uma *anti-suit injuction* para impedir que as seguradoras continuassem com a arbitragem em Londres, alegando a invalidade e a inobservância do escopo da cláusula arbitral. As seguradas obtiveram sucesso em seu pleito, tendo em vista que, em abril de 2012, o TJSP, confirmando a liminar dada em dezembro de 2011, decidiu em prol de sua própria jurisdição, ao alegar que as seguradoras estavam proibidas de prosseguir com a arbitragem em Londres até que fosse decidida a questão da validade da cláusula arbitral. Note-se que o tribunal brasileiro entendeu que a cláusula arbitral seria ineficaz, sem que, para tanto, qualquer avaliação a respeito da lei aplicável à convenção arbitral fosse feita, presumindo-se que esta lei deveria ser a brasileira:

---

[197] SULAMÉRICA *Cia. Nacional de Seguros S.A. & Ors. v. Enesa Engenharia S.A. & Ors*. [2012] EWCA Civ 638 (16 May 2012), Lloyd's Rep 671. Casos sumarizados e comentados por: TSANG, Alan. *Determining the law applicable to arbitration agreements: the Common Law approach*. *In*: ***Mealey's International Arbitration Report***, v. 29 #5, may 2014.

> Contudo, bem analisada e avaliada a questão, constata-se que a Cláusula 12, contra tudo o que foi dito pelas [seguradoras], não pode e não deve prevalecer em virtude de relevante motivo: não goza de anuência expressa de uma das partes, como exige o § 2.º do art. 4.º da Lei 9.307/1996.[198]

Como resposta, as seguradoras seguiram para os tribunais ingleses pleiteando também uma *anti-suit injuction*, mas, dessa vez, para impedir as empresas seguradas de prosseguir com a medida *antiarbitragem* que haviam conseguido no Brasil, também obtendo sucesso em seu pleito. As empresas alegavam que a lei brasileira deveria reger a convenção arbitral, tendo sido implicitamente escolhida pelas partes ao ser a lei que governava também os seus contratos. E, pela lei brasileira, a convenção arbitral seria inválida, tendo em vista que, no Brasil, a arbitragem é apenas voluntária, necessitando do consentimento mútuo das partes para produzir efeitos. Em resposta, as seguradas se embasaram no princípio da autonomia da convenção arbitral e argumentaram que a lei inglesa deveria reger o contrato, tendo em vista que as partes expressamente escolheram Londres como a sede da arbitragem.

Entendeu a *Court of Appeal* inglesa que, para se resolver a questão da lei aplicável, deveriam ser feitos três estágios de perguntas, na seguinte ordem: *"(i) wheter there is an express choise, (ii) wheter any choise can be implied, and (iii) which system of law has the closest and most real connection with the case".*[199] Aplicando este teste de três estágios, o tribunal inglês decidiu que a escolha expressa da lei brasileira para reger os contratos entre as partes não era indício suficiente de uma escolha implícita da lei brasileira para reger também a convenção arbitral, tendo em vista que a aplicação da lei brasileira teria como efeito a invalidade da convenção arbitral.

Por não haver qualquer escolha, expressa ou implícita, a respeito da lei aplicável à convenção arbitral, o tribunal considerou que a convenção arbitral: "*has its closest and most real connection with the law of the place where the arbitration is to be held and which will exercise the supporting and supervisory*

---

[198] COSTA, José Augusto Fontoura. A vontade e a forma: a percepção da arbitragem no caso do contrato de seguro do Projeto Jirau. *In*: **Revista de Arbitragem e Mediação**, v.38, p.35-50, 2013, p.38.

[199] TSANG, Alan. *Determining the law applicable to arbitration agreements: the Common Law approach. In:* ***Mealey's International Arbitration Report***, v. 29 #5, may 2014, p.2.

jurisdiction necessary to ensure that the procedure is effective".[200] E, como Londres era a sede da arbitragem, a lei aplicável à convenção arbitral deveria ser a inglesa.

Posteriormente, as partes chegaram a um acordo e as ações judiciais iniciadas no Brasil foram encerradas em dezembro de 2013.

Em relação a esse caso, acreditamos ser importante a crítica traçada por José Augusto Fontoura Costa[201], em relação à importância da vontade das partes nos ordenamentos brasileiro e inglês: "enquanto os magistrados ingleses se esforçam para preservar a máxima força do que foi avençado, o brasileiro opta por uma saída formal para negar eficácia àquilo sobre o que as partes concordaram". Enquanto os magistrados brasileiros apegaram-se na ausência de escritos em negrito ou assinatura na cláusula compromissória, bem como ao fato de o contrato ser de adesão (mesmo que tenha sido negociado por meses entre partes com poder de barganha equivalente), os magistrados ingleses, ao perquirem a questão da lei aplicável à convenção arbitral, foram diretamente procurar indícios suficientes para se demonstrar qual teria sido a verdadeira vontade das partes em relação ao assunto.

O segundo caso a tratar do tema ficou conhecido como *Arsanovia*[202], do ano de 2010, em que diversos conflitos surgiram entre empresas do Chipre e das Ilhas Maurício, a partir de dois contratos principais: o *Shareholders Agreement* e o *Keepwell Agreement* para o desenvolvimento de áreas de favelas em Mumbai, na Índia.

Os contratos previam as leis indianas como aplicáveis, mas continham uma cláusula de resolução de disputas por arbitragem em Londres, sob a

---

[200] Tradução nossa do original em inglês: "a convenção arbitral tem a sua conexão mais próxima e real com a lei do lugar onde a arbitragem deve ser realizada e que irá exercer a jurisdição de apoio e supervisão necessárias para assegurar que o procedimento seja eficaz".

[201] COSTA, 2013, p.47. Segundo este autor, do caso Sulamérica conclui-se haver, possivelmente, uma tendência britânica de ver na arbitragem uma forma preferencial de solução de controvérsias, caracterizada por uma ampla autonomia frente à relação de fundo, caracterizada como um âmbito regulado predominantemente pela vontade das partes, cuja plena realização deve ser garantida pelo judiciário. Do ponto de vista brasileiro, mais do que a hoje propugnada solução *adequada,* há ainda espaço para se ver na arbitragem uma *alternativa,* ou seja, uma verdadeira exceção ao Poder Judiciário, devendo, portanto, ser interpretada e compreendida restritivamente e, por conseguinte, afastada sempre que houver dúvida a seu respeito, inclusive mediante o predomínio da forma sobre a efetiva vontade dos contratantes.

[202] *ARSANOVIA Ltd. & Ors. v. Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2012] EWHC3702 (*Comm*) (20 December 2012), [2013] 2 All ER 1.

administração da LCIA (*London Court of International Arbitration*). Três procedimentos arbitrais em face do mesmo tribunal arbitral foram desenvolvidos, resultando em três sentenças arbitrais separadas. Os requerentes do caso (*Arsanovia*) buscaram a invalidação de duas destas sentenças, nos tribunais ingleses, sob o argumento de falta de jurisdição do tribunal arbitral.

Também neste caso era crucial a determinação da lei aplicável à convenção arbitral. Entretanto, as cortes inglesas, diferentemente do ocorrido no caso Sulamérica (em que não havia qualquer indicação pelas partes da lei aplicável à convenção arbitral), julgaram que havia, sim, uma escolha implícita pelas partes no que tange à lei que deveria ser aplicada ao acordo arbitral, tendo em vista que ademais de ser a lei que regia os contratos, a própria cláusula compromissória continha referência à lei arbitral indiana (*Indian Arbitration and Conciliation Act* de 1996). Assim, segundo as cortes inglesas, as partes tinham a intenção de que a convenção arbitral fosse regida pela lei indiana, mesmo que a sede do procedimento arbitral fosse Londres.

O último caso, conhecido como Habas[203], diz respeito a uma disputa relativa a um contrato entre uma empresa turca (Habas) a uma empresa de Hong Kong (VSC) para a venda de aço. Depois de uma elaborada negociação entre as partes ocorrida por e-mail, a versão final do contrato continha uma cláusula arbitral CCI, com sede em Londres. No contrato não existia qualquer referência de lei aplicável.

Como a Habas não entregou o aço devido à VSC, esta última iniciou uma arbitragem em Londres, que lhe resultou em uma sentença favorável. A Habas contestou a sentença, perante as cortes inglesas, alegando que não haveria uma convenção arbitral válida entre as partes.

O que chama a atenção neste caso é a ausência da *lex contractus*, fazendo com que não existisse base suficiente para se perquirir a lei aplicável à convenção arbitral. É por isso que a corte inglesa (*Commercial Court*), em 2013, procedeu com a suposição de que a lei turca seria a que teria a mais próxima e real conexão com a relação contratual, devendo ser considerada a *lex contractus*,

---

[203] *ARSANOVIA Ltd. & Ors.v. Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2012] EWHC3702 (*Comm*) (20 December 2012), [2013] 2 All ER 1.

antes mesmo de se examinar qualquer questão relativa à validade da convenção arbitral.

Levando em conta os outros dois precedentes acima analisados, o juiz inglês decidiu que a lei da sede deveria ser a lei aplicável à convenção arbitral, ou seja, a lei inglesa, e, para tanto, tomou como base os seguintes argumentos: a) o princípio da autonomia da convenção arbitral; b) o teste em três estágios, conforme o caso Sulamérica e c) a ausência de escolha da *lex contractus* e, portanto, a importância da escolha da sede, sendo que a lei desta possuía, com a convenção arbitral, "*its closest and most real connection*".

Pela análise destes três casos, vê-se que a jurisprudência tem decidido que a lei aplicável à convenção arbitral deve ser buscada na lei do contrato, como regra e, apenas quando esta for ausente ou não possuir a maior conexão com a relação contratual, é que se deve perquirir a respeito da lei da sede. Entretanto, existem bons argumentos para a utilização de qualquer das teorias, lei do contrato ou lei da sede, entre outras, com menor representatividade no cenário internacional, que serão abaixo expostas para facilitar a compreensão da questão, o que mostra que não existe um consenso na comunidade internacional a respeito de como determinar a lei que rege a convenção arbitral.

Sendo a convenção arbitral, se utilizada a espécie da cláusula compromissória, um dispositivo do contrato como os demais, seria, segundo a teoria que advogada pela *lex contractus*, de todo razoável aplicar-se lhe a lei substantiva do contrato, a fim de regular a sua existência, validade e eficácia, tendo em vista que esta é mera parte do contrato em que vem inserida.[204]

Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll[205] demonstram os argumentos que são utilizados para embasar a teoria que advoga ser a lei do contrato a que deve reger a convenção arbitral que, entre outros, são os seguintes: 1) as partes, quando elegem a lei que regerá o contrato principal pretendem que esta mesma lei reja todas as relações contratuais advindas de seu

---

[204] STRAUBE, Frederico Gustavo; SOUZA, Marcelo Junqueira Inglez de; GAGLIARDI, Rafael Villar. Leis Aplicáveis à arbitragem *In*: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício BertiniPasquot (Orgs.). **Arbitragem comercial**: princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC. São Paulo: Marcial Pons e CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, 2013, p.137.

[205] LEW; MISTELIS; KRÖL, 2003, p.118-27.

negócio jurídico, inclusive a convenção arbitral; 2) a sede, na arbitragem internacional, deveria produzir reduzido impacto sobre a lei aplicável e, 3) para alguns, a lei aplicável, conforme mencionada no art. V 1(a) da CNI, seria a lei que rege o contrato e, portanto, também esta convenção internacional seria partidária da corrente que vê na *lex contractus* a maior proximidade com a cláusula arbitral. Previsões semelhantes podem ser encontradas em outras leis arbitrais nacionais, incluindo o art. 36 (1)(a) (i) da Lei Modelo da UNCITRAL.[206]

No que tange especificamente ao art. V 1(a) da CNI, não existe uma interpretação uniforme deste dispositivo, mas ele, assim como as leis arbitrais nacionais que excepcionalmente contêm regras substantivas a respeito da escolha da lei aplicável à convenção arbitral, possui o duplo critério de que, na ausência da escolha, a lei aplicável será aquela escolhida pelas partes para reger o contrato principal (autonomia da vontade) e, se esta não houver sido escolhida, pela lei do local da arbitragem (sede):

> Artigo V
> 1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida.[207]

---

[206] O texto do art. 36 (1)(a)(i) tem a seguinte redação, no original em inglês: *"Article 36. Grounds for refusing recognition or enforcement: (1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only: (a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that: (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid* ***under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made****"* [grifo nosso]. (UNCITRAL. **Lei Modelo**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2015).

[207] No original em inglês: "*Article V -1. Recognition and enforcement of the award may bere fused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made".*(CNI 1958. Disponível em: <*http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf*>. Acesso em: 9 dez. 2015).

Para alguns, como é o caso de Eduardo Grebler[208], apenas em casos excepcionais, determinados por expressa manifestação de vontade das partes, a convenção de arbitragem se submete ao mesmo conjunto normativo nacional que rege a relação contratual principal, ao menos em relação à sua validade material. E, na ausência desta determinação pelas partes, então a CNI abraçaria o critério da *lex arbitri,* ao submeter a questão diretamente à lei material do país em que a sentença arbitral for proferida, afastando a avaliação segundo os parâmetros da lei do foro de reconhecimento.

Entretanto, de forma geral, afirma-se que também na CNI não existe uma previsão especial a respeito da lei aplicável à convenção arbitral, lidando com o assunto de forma específica apenas em momento posterior, quando de eventual ação anulatória da sentença arbitral ou quando da homologação desta, tendo em vista que, a ausência de uma convenção arbitral válida constitui, em geral, um dos argumentos para se anular a sentença arbitral ou para não permitir que esta seja passível de homologação.

Uma segunda teoria utilizada para explicar como escolher a lei aplicável à convenção arbitral advoga que a lei da sede deveria ser a aplicável (*lex loci arbitri*). Os argumentos utilizados para embasar esta teoria são os seguintes: 1) as partes, quando elegem a sede da arbitragem, pretendem que todos os aspectos da disputa sejam regidos pela lei daquele país; 2) a CNI, em seu art. V 1(a) ao mencionar "*a lei do país onde a sentença foi proferida*" estabeleceria que, ausente previsão expressa pelas partes a respeito da lei aplicável à convenção arbitral, a sua validade deveria ser avaliada em conformidade com a lei da sede; 3) o princípio da autonomia da cláusula arbitral estabelece que ela pode ser regida por lei diversa daquela escolhida para reger o contrato principal e 4) a maior parte das legislações arbitrais nacionais define que é a lei da sede que estabelece os parâmetros para se aferir a validade formal da convenção arbitral.

Uma terceira teoria adotada para definir a lei aplicável à convenção arbitral, com menor representatividade internacional, é aquela adotada pela França, que se ancora na "deslocalização" (*delocalisation*) da arbitragem internacional. Por

---

[208] GREBLER, Eduardo. Artigo V (Inciso 1 "A" e "B"): a recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira com base no Artigo V, (1), alíneas "A" e "B" da Convenção de Nova Iorque. *In*: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). **Arbitragem comercial internacional**: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p.198-9.

esta teoria, tendo em vista que a sede não poderia ter uma influência grande em uma arbitragem puramente internacional, a validade da convenção arbitral deveria ser aferida por normas transnacionais, e não nacionais.

Essa teoria busca, em verdade, interpretar quais são as intenções mútuas das partes quando escolhem levar para a arbitragem o regramento de seus conflitos internacionais, desde que nenhuma norma imperativa do ordenamento francês ou norma relativa à ordem pública internacional seja afetada; sem que seja necessário, para tanto, fazer referência a uma legislação nacional em específico. Essa vontade comum das partes seria aferível a partir dos negócios firmados e das demais manifestações relativas à relação jurídico-negocial e ao procedimento arbitral propriamente dito.

Este entendimento francês rejeita, portanto, o conflito de leis em favor de uma verdadeira regra material do direito da arbitragem comercial internacional para determinar a existência e a validade da convenção arbitral.

A teoria adotada pela França foi primeiramente sustentada no caso *Dalico* de 1993,[209] e seguida por outras decisões da jurisprudência francesa. O caso emergiu por causa de um contrato para construção de um mecanismo de evacuação de água entre uma autoridade municipal da Líbia e um empreiteiro dinamarquês. O contrato, que era submetido à lei da Líbia, estabelecia que as condições gerais anexas ao instrumento, bem como outros documentos, faziam parte integrante do contrato. O empreiteiro dinamarquês iniciou o procedimento arbitral com base em uma cláusula arbitral contida em um desses documentos e mencionada no anexo ao contrato, que não estava assinado pelas partes, mas que modificava a cláusula de escolha da lei aplicável (no caso, a da Líbia) constante do contrato principal.

A ré líbia contestou a jurisdição do tribunal arbitral, alegando que, sob a legislação da Líbia, a cláusula arbitral seria considerada inválida. Os árbitros rejeitaram a alegação da invalidade da ré, que acabou acionando os tribunais franceses para que a decisão arbitral a respeito da jurisdição fosse invalidada. A Corte de Apelação de Paris, em 1991, rejeitou a argumentação da parte líbia alegando que ambas as partes haviam consentido com a arbitragem, sem, no

---

[209] FRANÇA. **Corte de Cassação Francesa**, *Comité Populaire de la Municipalité de Khoms El Mergeb v. Dalico Contractors, 121 Clunet 432 (1994), j. 20/12/1993.*

entanto, determinar a lei aplicável à convenção arbitral. Posteriormente, o caso, que acabou sendo decidido pela Corte de Cassação Francesa, foi favorável ao autor dinamarquês, segundo as palavras do tribunal francês:

> *Mais attendu qu'en vertu d'une règle materielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est independante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique [...].*[210]

Mesmo tendo o suporte da jurisprudência francesa e até algum respaldo da doutrina internacional, esse *approach,* que determina a validade da convenção arbitral com base na intenção comum das partes e nos limites estabelecidos pela ordem pública internacional, não acabou ganhando grande repercussão no mundo arbitral. Essa ideia é baseada no fato de que os árbitros não possuem razões institucionais para aplicar as regras de conflitos de leis, ou mesmo as regras materiais de um país em específico, e devem, portanto, levar em consideração, sobretudo, as regras materiais do direito da arbitragem internacional que são desenvolvidas pela prática.

Ao tratar-se da lei aplicável à convenção arbitral, também é importante mencionar o caso da Suíça, que conforme já abordado no capítulo anterior, adota uma posição *in favorem validitatis* e possui um dos raros casos em que a legislação contém uma regra substantiva a respeito da validade da convenção arbitral. Diante da existência de uma convenção arbitral, é de se prestigiar a intenção das partes de não se utilizarem da jurisdição estatal em favor da arbitral. Desse modo, combinar diversos critérios de avaliação, a fim de encontrar algum

---

[210] FRANÇA. *Municipalite de Khoms El Mergeb v. Dalico Contractors, Cour de Cassation (1er Chambre Civile), Pourvoi* nº 9116828, 20 *December* 1993. *In*: **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 30, 2011, p.165-7. A citada passagem da Corte de Cassação Francesa, em tradução nossa para o português: "considerando que em razão de uma regra material do direito da arbitragem internacional, a cláusula de arbitragem é independente legalmente do contrato que a contém diretamente ou por referência e que a sua existência e a sua eficácia devem ser avaliadas, sujeita às disposições imperativas da lei francesa e da ordem pública internacional, com base na comum intenção das partes, sem a necessidade de referir-se a uma lei nacional específica".

ordenamento no qual a convenção tenha validade e eficácia, diminui o risco de tornar inoperante esta importante escolha das partes.[211]

Enquanto que, habitualmente, uma convenção arbitral que não preenche os requisitos da lei escolhida pelas partes é considerada inválida, o art. 178 (2) da Lei de Direito Internacional Privado da Suíça, de 1987, determina que a convenção arbitral também seja válida se estiver conforme a lei que governa o mérito da disputa (sobretudo a lei do contrato) ou se estiver de acordo com os mandamentos da lei suíça.[212]

O propósito desta previsão é evitar, ao máximo possível, que qualquer desacordo entre as partes a respeito da validade da convenção arbitral possa levar à sua ineficácia. Assim, ao embasar a validade do acordo arbitral (*in favorem validitatis*), esta disposição da lei suíça vai mais longe do que qualquer outra regra arbitral nacional ou convenção internacional, que eventualmente adote o conflito de leis para determinar a lei aplicável à convenção arbitral. Essa formulação constitui um mecanismo de maximização da probabilidade de respaldar a validade da convenção arbitral, medida de todo recomendável à vontade objetivamente aferível das partes, quando da celebração da convenção arbitral.

Atualmente, a tendência é a de que a lei da sede seja considerada aplicável para se aferir à validade da convenção arbitral. Nesse sentido, estão as palavras de Gary Born[213]:

---

[211] STRAUBE; SOUZA; GAGLIARDI, 2013, p.141.

[212] SUÍÇA. **Lei de Direito Internacional Privado de 1987**. Disponível em: <https://www.swissarbitration.org/sa/en/rules.php>. Acesso em: 28 out. 2015.

[213] BORN, 2014, p.486. Tradução nossa do original em inglês: “uma infeliz consequência da presunção separabilidade no contexto de escolha de lei foi o desenvolvimento de uma multiplicidade de abordagens diferentes para escolher a lei que regula a formação, a validade e a rescisão dos acordos de arbitragem internacional. Tribunais nacionais, arbitrais e comentadores adotaram uma grande variedade de abordagens de escolha da lei aplicável para a questão da validade substantiva, variando de aplicação da lei do *fórum* de execução, à lei da sede arbitral, à lei que regula o contrato subjacente, até os *standards* da “conexão mais próxima” ou “relação mais significativa”, até uma abordagem cumulativa, olhando para a lei de todos os Estados relevantes” [grifo nosso].

> *An unfortunate consequence of the separability presumption in the choice-of-law context has been the development of a multiplicity of different approaches to choosing the law governing the formation, validity and termination of international arbitration agreements. National courts, arbitral tribunals and commentators have adopted a wide variety of choice-of-law approaches to issues of substantive validity, ranging from application of the law of the judicial enforcement forum, to the law of the arbitral seat, to the law governing the underlying contract, to a "closest connection" or "most significant relation" standard, to a "cumulative" approach looking to the law of all possibly-relevant states.*

A tendência de privilegiar a sede da arbitragem como elemento de conexão está intimamente ligada à obrigação dos árbitros de fornecer uma sentença que seja exequível. Por isso, determinar a validade de uma convenção arbitral de acordo com as mesmas regras utilizadas pelos tribunais da sede pode reduzir o risco de que a sentença arbitral seja objeto de futuras ações anulatórias ou não seja exequível.[214]

Ao mesmo tempo em que existe esta tendência em prol da sede, a prática arbitral internacional também revela uma inclinação para que a questão da existência e da validade da convenção arbitral seja determinada sem que seja feita referência a qualquer legislação nacional, sendo determinada por meio da referência à intenção comum das partes e por meio de princípios gerais aplicáveis à arbitragem comercial internacional, sempre levando em consideração as limitações impostas pela ordem pública internacional. Um exemplo desta utilização pode ser obtido na decisão preliminar do caso *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*.[215]

Neste caso, que será examinado de forma detida adiante, o contrato era submetido à lei francesa e continha uma cláusula arbitral, submetendo as futuras disputas ao regulamento da CCI. O contrato havia sido assinado apenas por uma das empresas do grupo *Dow Chemical* e não por todos os autores da arbitragem, que também eram pertencentes a este mesmo grupo econômico. A parte ré respondeu alegando que o tribunal arbitral não teria jurisdição em face das empresas que não haviam assinado o contrato, argumentando que a abrangência e a validade da convenção arbitral deveriam ser decididas pela lei aplicável ao contrato principal, a saber, a lei francesa.

---

[214] LEW; MISTELIS; KRÖL, 2003, p.125.
[215] *INTERIM Award in ICC Case* n. 4131 of 1982, *Dow Chemical France et al v. Isover Saint Gobain*.

O tribunal arbitral, em uma decisão preliminar a respeito de sua jurisdição, rejeitou as objeções da ré e decidiu que, tendo submetido à arbitragem as regras da CCI e levando em consideração o fato de que a convenção arbitral é um acordo autônomo, este poderia decidir a respeito de sua própria jurisdição, sem ser obrigado a aplicar uma lei nacional em específico, sendo bastante a referência à intenção comum das partes de levar suas disputas ao juízo arbitral (o que pode ser verificado nas circunstâncias presentes na conclusão, execução e término do contrato contendo a convenção arbitral) e aos usos do comércio internacional, que, neste caso em particular, diziam respeito à presença de um grupo de empresas.

Concordamos com a doutrina que privilegia a legislação da sede como principal fator na decisão da lei aplicável à convenção arbitral, em especial, ao levar em consideração que o art. V(1)(a) da CNI possibilita a denegação da homologação da sentença arbitral estrangeira, quando a cláusula arbitral violar a lei de sua sede, conforme estabelece o *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*:

> *Although Article V(1)(a) refers in its first part to the law to which the parties have subjected the arbitration agreement as the applicable law to the validity of the arbitration agreement (see Chapter III), in practice parties rarely choose beforehand the law that is to govern the formation and substantive validity of their arbitration agreement. This determination is therefore to be made by the court seised of a challenge thereto. There are several possibilities but some of the most commonly adopted solutions are either (as mentioned in the Convention) the law of the arbitral seat which may be in a country other than that of the court (Article V (1)(a) second rule, by analogy), the lex fori or the law governing the contract as a whole*.[216]

---

[216] ICCA. *International Council for Commercial Arbitration*. ***ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention****: a handbook for judges*, 2011, p. 51. Tradução nossa do original em inglês: "embora o artigo V(1) (a) refira-se, em sua primeira parte, à lei que as partes sujeitaram a convenção de arbitragem, como a lei aplicável à validade desta (ver Capítulo III), na prática, as partes raramente escolhem previamente a lei que deve reger a formação e a validade substantiva do seu acordo de arbitragem. Esta determinação é, portanto, feita pelo juiz/tribunal em face do qual impugnações à esta convenção arbitral são dirigidas. Existem várias possibilidades, mas algumas das soluções mais comumente adotadas são (como mencionado na Convenção) a lei da sede da arbitragem, que pode ser em um país diferente daquele do juiz/tribunal (Artigo V(1)(a) segunda regra, por analogia), a *lex fori* ou a lei que regula o contrato como um todo".

Este também é o posicionamento de Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll[217]:

> *Under the New York Convention and similar laws in the absence of a choice of law provision the place of arbitration, where it has been chosen by the parties, may be the strongest connecting factor to the arbitration agreement. It is the place where the arbitration agreement is to be performed and where the existence of the agreement might be tested in setting aside procedures*.

Assim procedendo, além de garantir que a futura sentença arbitral não será posteriormente invalidada, a determinação da lei da sede como aplicável à convenção arbitral ainda contribui para a segurança jurídica da arbitragem comercial internacional, pois as partes terão maior previsibilidade da eventual escolha dos árbitros. Nesse sentido, importante que as partes escolham com cautela a sede da arbitragem, para que seja uma jurisdição que contenha uma legislação favorável à validade da convenção arbitral, tendo em vista que, se não optarem por lei diversa, será a sede que determinará a validade do acordo arbitral.

3.2 AS EXIGÊNCIAS SUBSTANCIAIS PARA A VALIDADE DA CONVENÇÃO ARBITRAL

Como visto até aqui, sendo a convenção arbitral um negócio jurídico autônomo, ela requer o consentimento, o encontro de vontade das partes, para a sua perfectibilização.

Entretanto, nos últimos anos, novas teorias surgiram, relativizando a importância do consentimento na arbitragem comercial, fazendo parecer que este não seria mais um requisito necessário para a validade da convenção arbitral. Assim, nestes próximos tópicos do presente capítulo, será averiguado o papel do consentimento, e se, de fato, estaria sendo observada esta relativização de sua importância como critério base para a válida opção pelo juízo arbitral.

---

[217] LEW; MISTELIS; KRÖL, 2003, p. 121. Tradução nossa do original em inglês: “no âmbito da Convenção de Nova Iorque de 1958 e leis semelhantes, na ausência da escolha da disposição da lei aplicável, a lei do lugar da arbitragem, se tiver sido escolhido pelas partes, poderá ser o fator de conexão mais forte com a convenção de arbitragem. É este o lugar onde a convenção de arbitragem será executada e onde a existência da convenção poderá ser testada em eventuais ações anulatórias”.

3.2.1 O encontro de vontades das partes

A mais importante condição, aceita quase de forma universal nos sistemas jurídicos, para a validade dos contratos e dos negócios jurídicos em geral, é o consentimento das partes, ou seja, aquela vontade mútua de que um contrato com um conteúdo determinado irá regular a sua relação jurídica (*consenting minds*). A arbitragem é considerada como um mecanismo consensual de resolução de disputas, assim a "*origine volontaire de la mission de l'arbitre*"[218] é vista como um critério essencial na qualificação da arbitragem. Não há como se falar em arbitragem sem a existência de consentimento válido.

Segundo Charles Jarrosson[219], a renúncia ao consentimento das partes, quando do uso da arbitragem, levaria a própria desqualificação do instituto. É por isso que, para este autor, a arbitragem compulsória não seria considerada uma verdadeira arbitragem, mas apenas uma variedade de exceção à jurisdição. Quando uma convenção de arbitragem é inválida por falta de consentimento, pela não observância dos requisitos de forma, ou pela existência de vícios do consentimento, então tal convenção é inválida em qualquer circunstância, visto que a sua existência invalida a convenção arbitral como um todo.

Conforme mencionado em outros momentos, nos ordenamentos jurídicos arcaicos, a forma tinha grande relevância para se aferir a validade das trocas, sendo que a vontade interna das partes era quase desconsiderada. Com o voluntarismo jurídico, a forma foi paulatinamente cedendo espaço para a vontade subjetiva. Esta noção continuou presente na chamada "teoria da vontade", pela qual a verdadeira razão para se reconhecer e executar obrigações contratuais é a de que elas sejam queridas pelas partes e, portanto, ao concluírem um contrato, a vontade subjetiva das partes será levada em consideração.

Atualmente, os negócios jurídicos consensuais, que no Direito Romano eram restritos a alguns tipos definidos de contratos, são considerados como sendo o princípio geral. Assim, como os requisitos de forma, conforme visto no

---

[218] JARROSSON, Charles. *Les frontières de l'arbitrage*. *In*: ***Revue de l'arbitrage***. Issue. 1, 2001, p.5-42.
[219] *Ibid.*, p.20-1.

capítulo 2, têm cada vez menos repercussão, as partes podem concluir um contrato não apenas de forma expressa, mas também implicitamente.

A regra basilar que rege a legislação, a prática e a regulamentação da arbitragem comercial na grande parte dos ordenamentos jurídicos é, portanto, a da liberdade de contratar, ao permitir que as partes desenhem as suas próprias regras para a arbitragem, o que engloba, entre outros, a possibilidade de elas customizarem o procedimento arbitral de acordo com as suas necessidades, eliminarem regras legais ou procedimentos que se mostrem inconvenientes ou manterem aqueles que elas acreditam sejam necessários para que atinjam o seu objetivo.

Apesar de esta regra ser comum em países de famílias jurídicas distintas, como a *civil* e a *common law*, o conceito de contrato demonstra as diferenças que ainda existem entre estes mesmos ordenamentos. Os praticantes do direito da *common law* têm no contrato o pilar de suas relações, pois é a partir dele que se pode estabelecer o direito entre as partes, bem como os seus direitos e obrigações. O contrato é visto como a expressão final da intenção das partes e, ao menos que o documento falhe em determinar algum aspecto do acordo estabelecido, os tribunais nacionais não devem completar ou preencher as lacunas contratuais.

Diferentemente, aqueles que contratam nos países codificados, ou de *civil law*, notam, com certa surpresa, o detalhamento e a complexidade dos contratos desenhados pelos advogados da *common law*, vendo este excesso como desnecessário ou mesmo contra produtivo.

Esta diferença também se encontra na forma que os advogados que pertencem às diferentes famílias jurídicas desenham seus acordos arbitrais, pois aqueles que advêm da *common law* buscam cobrir todas as possíveis eventualidades, na tentativa de que a convenção se estenda a toda e qualquer situação imprevista e, em caso contrário, os tribunais irão interpretar a eventual dúvida usando a analogia com base naquilo que está expressamente previsto no contrato. Já na *civil law*, tendo em vista a existência da legislação codificada, que pode preencher as lacunas das situações não previstas, as convenções arbitrais acabam por lidar apenas com pontos específicos e mais genéricos.

Apesar destas diferenças na forma de entender a própria noção de contrato e, como consequência, na maneira de se utilizar da convenção arbitral, em relação às convenções arbitrais internacionais têm-se verificado uma tendência em direção à harmonização e à uniformidade, sobretudo pela aplicação de princípios comuns. Isso se deve, de um lado, pela adoção de convenções internacionais sobre o assunto, como a CNI de 1958, que estabelecem com parâmetros gerais o que é necessário para uma convenção arbitral internacional ser considerada como válida e, de outro, pelos modelos de convenções arbitrais e recomendações editadas pelas instituições arbitrais, tais como a UNCITRAL, que são frequentemente inseridas pelas partes em seus contratos comerciais.

Assim, uma convenção arbitral é substancialmente válida quando ela preenche os requisitos usuais para a conclusão de um contrato, o que engloba o consentimento das partes, quando estas chegam então a um acordo a respeito dos elementos essenciais da convenção arbitral e ela não é atingida por qualquer forma de vício, tais como o erro e a coação. Assim, *"l'accord de volontés correspond au consentement des contractants, c'est-à-dire au cumul des manifestations de leurs volontés de contracter".*[220]

O processo por meio do qual, nos contratos em geral, as partes chegam a este acordo é comumente conhecido como a aceitação da oferta feita pela outra parte, que também pode ser transposto para o entendimento da convenção arbitral. Nesse sentido, a oferta é vista como uma expressão da vontade de contratar segundo alguns termos estabelecidos e, assim que esses termos são aceitos pela parte(s) a quem são dirigidos, o contrato estaria estabelecido. Sendo que aceitação é justamente a expressão final da concordância daquele a quem a proposta foi dirigida, com os termos desta.

Diz-se que, em relação à convenção arbitral, os elementos essenciais (*essentialia negotii*) que devem ser atingidos pelas partes para que se tenha uma convenção arbitral válida é o acordo de que qualquer disputa que surgir entre elas será resolvida por meio da arbitragem e a indicação da relação legal de onde pode surgir esta eventual disputa, que será justamente o objeto da arbitragem. O

---

[220] AUBERT, Jean-Luc. ***Le contrat****: droit des obligations*. 2e ed. Paris: Dalloz, 2000, p.34.

consenso das partes deve ser atingido em relação a estes dois aspectos para que se tenha um acordo arbitral substancialmente válido.

Portanto, a verificação da existência do consentimento para a análise da validade da convenção arbitral persiste, pois, para que uma cláusula arbitral seja válida, deve haver o encontro de vontade das partes. Assim, por mais que o consentimento esteja em constante evolução, permanece ele como o principal critério a ser utilizado para determinar se houve ou não a escolha válida pelo procedimento arbitral.

Desta análise, já é possível se extrair que o consentimento continua sendo um requisito substancial de validade da convenção arbitral. Dessa forma, está a exposição de Karim Youssef[221]:

> Fundamentalmente, tomadores de decisões não devem esquecer que o consentimento continua, e é provável que continue a regra padrão para análise da jurisdição, mesmo que a prática permita o uso de uma série de abordagens, critérios e normas que são menos ou até não consensuais.

3.3 OUTRAS FORMAS DE VERIFICAÇÃO DO CONSENTIMENTO DAS PARTES

A escolha da arbitragem como método de resolução de disputas, via de regra, se perfectibiliza mediante a manifestação inequívoca das partes envolvidas no negócio jurídico. Entretanto, tendo em vista a prática contratual atual, sobretudo em âmbito internacional, marcada pela complexidade e celeridade dos atos e pela sofisticação de seus usuários, não se exigem tantos formalismos, não ao menos no sentido que outrora se exigia, para que uma parte possa ser abarcada por uma convenção arbitral, desde que o comportamento das partes envolvidas no negócio acene para o seu consentimento. Assim, mostra-se extremamente relevante o exame do comportamento das partes e dos usos e costumes para a compreensão da existência do consenso das partes que são abarcadas pela convenção arbitral.

---

[221] Do original em inglês: "*fundamentally, decision-makers should not forget that consent remains, and is likely to remain, the default rule in assessing jurisdiction, even though practice permits the usage of a number of approaches, criteria and norms that are less or even non-consensual*". (YOUSSEF, Karim. *The right or obligation to arbitrate of non-signatories in groups of companies: the limits of consent*. *In*: **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n.25, p.224-36, 2010, p.230).

Isso porque, mesmo que se exija que a convenção arbitral deva se dar por escrito, na maior parte das legislações nacionais e convenções internacionais relativas à arbitragem comercial, esta exigência é cada vez mais vista como um requisito *ad probationem*, como visto no capítulo 2, podendo ser suprida, portanto, por outras formas de comprovação da manifestação de vontade das partes.

Não é necessário que cada um dos contratantes manifeste sua vontade individual e expressa para se ver vinculado à convenção arbitral, pois, para a configuração do seu consentimento, a conduta inequívoca da parte de se vincular àquele documento escrito também pode ser aceita. Conforme já observado, a inequívoca manifestação de vontade das partes não se confunde com a forma escrita da convenção arbitral.

Neste segundo momento deste capítulo, serão tratados esses temas, com foco, sobretudo, na questão do consentimento em relação à denominada doutrina dos grupos de sociedades, para que se determine quais partes verdadeiramente aderiram à convenção arbitral. Também será abordada a eventual importância do silêncio em relação ao consentimento para arbitrar e, por fim, serão traçados alguns comentários críticos em relação à evolução da importância do consentimento na resolução de casos complexos da arbitragem comercial internacional.

3.3.1 O comportamento das partes e a teoria do grupo de sociedades

Levando-se em consideração o crescente número e a complexidade das transações envolvendo formas plurissocietárias de associação entre empresas, ou formas pluricontratuais de organização dos negócios, seja por motivos financeiros, tributários, comerciais, entre outros, nem sempre existe uma semelhança entre a empresa ou organização que firmou o negócio jurídico e aquela que participou de sua execução.

Por isso, árbitros internacionais e tribunais nacionais estão se confrontando com a questão de perquirir se uma convenção arbitral firmada por uma das empresas pertencentes ao chamado grupo societário pode ser estendida ou

imputada a outras empresas não signatárias do contrato contendo tal convenção.[222] A existência de um grupo societário fornece uma dimensão especial para questões relativas à conduta das partes e ao consentimento.

A questão da exatidão da nomenclatura a ser adotada para fazer referência à hipótese em que uma empresa, indivíduo, ou instituição estatal, não signatária de um contrato, possa vir a fazer parte de uma demanda arbitral dele advinda, dentre aquelas expressões disponíveis na doutrina, não é o tema central do presente debate, que adotará as expressões aqui expostas de forma indistinta, tendo em vista que, apesar de concordar que o termo "extensão" não possui o rigor semântico necessário para tratar do problema sob enfoque, ele tem sido usado largamente pela doutrina e pela jurisprudência internacionais.

Cristina Saiz Jabardo[223] critica a expressão "extensão da cláusula compromissória", considerando que esta deixa implícita a ação de ampliar ou alargar os limites de algo. Quando se pensa na cláusula compromissória, logo, pensa-se na ampliação de seu campo de incidência, e a sujeição aos seus efeitos por algo que não seja o consentimento das partes; o que não ocorre, na prática, pois "em verdade, não se trata, propriamente, de estender os efeitos de uma convenção arbitral a quem não é parte dela, mas sim, de definir quem com ela consentiu, ou seja, de determinar as pessoas que nela estão contidas, isto é, suas partes". Por isso que a expressão "extensão", para esta autora, seria inadequada, pois o que se está fazendo é definir quem são, verdadeiramente, as partes de um negócio jurídico e, como consequência, quem pode se valer dele ou ser afetado por seus efeitos. Dessa forma, prefere a autora a expressão "abrangência da convenção arbitral".[224]

---

[222] HANOTIAU, Bernard. ***Complex Arbitrations****: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. The Hague: Kluwer Law International, 2005, p.49. Segundo *Yves Derains, o grupo societário pode ser assim sintetizado: "a group of companies may be defined as an economic unit with an integrated management, beyond the legal personalities of the companies that belong to it".* (DERAINS, 2010, p.131-45).

[223] JABARDO, 2009, p.70-1. Gary Born concorda com este entendimento, ao expor que: "*the arbitration agreement is therefore not ordinarily "extended," but rather the true parties that have consented to the arbitration agreement are identified".* (BORN, 2014, p.1413).

[224] *Ibid.*, p. 71.

Nesse mesmo sentido estão os ensinamentos de Gary Born[225], para quem a problemática diz respeito, em verdade, à identidade das partes da convenção arbitral, haja vista que, como as convenções arbitrais internacionais são instrumentos consensuais, elas seriam, a princípio, vinculantes apenas às partes da referida convenção (na maior parte dos casos, aqueles que formalmente a assinaram), e não para terceiros:

> *In the vast majority of cases, the way to determine the parties to the arbitration clause is simply to look at the signature page, and/or the recitals of a contract, and see what entities are designated there.*
> *Simply, but correctly, put, it is the signature of an agreement that is the "customary implementation of an agreement to arbitrate". It is these "signatories" of an agreement that are the parties to the arbitration agreement, and that are therefore bound by, and able to enforce, the provisions of that agreement; other entities, who are "non-signatories," are ordinarily not parties to the arbitration agreement and are therefore typically not bound by, or able to enforce, its terms*.[226]

Ademais, é importante que se mencione que a extensão da convenção arbitral a partes não signatárias de um mesmo grupo societário ocorre apenas com a espécie cláusula compromissória, tendo em vista que, pelo rigor exigido do compromisso arbitral, é necessária, desde a sua conclusão, que todos os contornos objetivos e subjetivos estejam ali presentes, com a indicação de todos os envolvidos na lide que será resolvida por meio da arbitragem, tornando inviável a sua extensão para quem não tenha sido indicado diretamente como parte.

Diversas teorias foram criadas, nos diversos sistemas jurídicos, para explicar como sociedades não signatárias do contrato/convenção arbitral poderiam vir a fazer parte do procedimento arbitral. Alguns exemplos destas

---

[225] JABARDO, 2009, p.1405.

[226] *Ibid.*, p.1409. Tradução nossa do original em inglês: "na maioria dos casos, a maneira de determinar as partes da convenção arbitral é simplesmente olhando para a página de assinatura, e/ou os considerandos de um contrato, e ver quais entidades são lá designadas. Simplesmente, mas corretamente, é a assinatura do contrato que é a forma habitual de "implementação do acordo arbitral". São esses "signatários" do contrato que são as partes da convenção arbitral, e que, portanto, estão vinculados por e são capazes de aplicar as disposições desse acordo; outras entidades, que são "não signatárias", normalmente não são partes na convenção de arbitragem e são, portanto, normalmente não vinculados por, ou capaz de impor os seus termos". Bernard Hanotiau também concorda que seria recomendável evitar a fórmula extensão no caso de "*group of companies doctrine*", pois*: "indeed, there is a risk that the formula will be used as a shortcut permitting avoidance of rigorous legal reasoning, to quickly agree without substantial factual or legal analysis, to the "extension" of the relevant arbitration clause to non-signatory companies of the group, in cases where such an "extension" is unwarranted; or to a refusal of "extension" in cases where it would be duly justified. In my view it is better to refer to the principles that have been applied by courts and arbitrators dealing with this issue in a great number of international disputes and apply them to the facts of the case".* (HANOTIAU, 2007, p.341-58).

teorias são: contrato de agência, *alter ego*, consentimento implícito, grupo de sociedades, *estoppel*, *equitable estoppel*, terceiro beneficiário do contrato, sub-rogação, sucessão empresarial, contratos conexos ou coligados, entre outras.

Tendo em vista a importância para o presente trabalho, aqui serão estudadas apenas as questões do consentimento implícito e da teoria do grupo de sociedades, até porque, em determinados casos da prática arbitral, as duas podem andar juntas. Também é importante que se mencione que a questão dos não signatários ocorre não apenas com sociedades, pertencentes ou não a um mesmo agrupamento, mas também em relação a indivíduos e Estados. Na análise que aqui será feita, concentrar-se-á a atenção para os casos em que os não signatários forem empresas, pois são os casos mais frequentes e que originaram a referida teoria.

Ainda, a título de esclarecimentos iniciais, é importante que se destaque a figura que aqui se estuda, da extensão da convenção arbitral nos grupos societários, ou seja, se uma convenção arbitral constante em um contrato pode ser estendida a uma sociedade pertencente a um agrupamento, mesmo sem ter assinado o instrumento contratual ou a convenção arbitral, daquela conhecida como teoria dos grupos de contratos, que abarca diversas hipóteses de contratos que, mesmo estando diretamente relacionados, não se encontram expressamente vinculados a uma mesma convenção arbitral.

As dúvidas a respeito do assunto giram normalmente em torno da existência de diversos contratos interligados, questionando-se se é possível decidir em um procedimento único todas as disputas que possam advir deles, tendo em vista que as partes não são idênticas, ou as cláusulas de jurisdição não são semelhantes ou compatíveis, ou ainda, porque nem todos os instrumentos contêm cláusulas de jurisdição ou cláusulas arbitrais. Essas questões não serão aqui abordadas.

Nesse sentido, uma sociedade pode se tornar parte de um contrato que contém uma convenção arbitral de forma implícita, seja por meio de seu comportamento (seja executando alguma obrigação contratual ou a sua conduta quando a disputa já se iniciou) ou por meio de suas manifestações, mesmo que não expressas. A questão fundamental em relação ao consentimento implícito diz respeito à intenção das partes de que uma sociedade determinada venha a fazer

parte da convenção arbitral. Ou seja, mesmo que a entidade não signatária desejava ser parte da convenção arbitral, é necessário verificar se as partes signatárias da convenção aceitam esta nova vinculação.

Em relação à questão da doutrina grupo societário (*group of companies doctrine*), que será mais bem explorada por meio da análise de casos da jurisprudência internacional, é importante que se mencione que a mesma foi desenvolvida especificamente no contexto dos contratos relativos à arbitragem comercial internacional, pioneiramente pela França, não sendo usualmente utilizada fora deste contexto.

Sob o enfoque da jurisprudência internacional, a influência do caso *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain* (ICC nº 4131)[227] foi decisiva para que fosse firmado o entendimento que hoje se tem sobre a doutrina do grupo societário na arbitragem comercial internacional, tendo em vista ser um dos primeiros precedentes a enfrentar o tema da extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias pertencentes a um mesmo grupo societário, tornando-se verdadeiro paradigma no assunto, mesmo que este não tenha sido o primeiro caso da jurisprudência francesa a tocar no assunto.

O caso consagrou a teoria da unidade econômica do grupo societário (*une réalité économique unique*), dando-lhe um conteúdo concreto, ao reconhecer que se uma sociedade de um mesmo grupo societário firmou um contrato contendo uma convenção arbitral, existe a possibilidade de se envolver outras sociedades, do mesmo grupo, que tenham tido papel relevante na *performance* do contrato, mesmo que não signatárias da convenção arbitral ou do contrato que a contenha.

O precedente trata de dois contratos de distribuição de equipamentos de isolamento térmico, firmados nos anos de 1965 e 1968, entre duas subsidiárias suíças da empresa norte-americana *Dow Chemical* e a empresa *Isover Saint Gobain*[228]. Os contratos previam que a distribuição das mercadorias, em solo francês, poderia ser feita por qualquer empresa pertencente ao grupo *Dow*

---

[227] *DOW Chemical v. Isover Saint Gobain*, ICC Case n. 4131 (1982).

[228] O resumo fático do Caso Dow Chemical pode ser encontrado na Revista Brasileira de Arbitragem de 2008: (ALVES, Rafael Francisco. Corte Internacional de Arbitragem da CCI. Sentença Parcial nº 4.131, de 23 de setembro de 1982. Dow Chemical v. Isover Saint Gobain. *In*: **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 20, 2008, p.197-206).

Chemical, e continham cláusulas compromissórias para a realização de eventuais procedimentos arbitrais na França, sob a administração da CCI.

Considerando dificuldades de instalação em um dos produtos objeto dos contratos de distribuição, foi iniciado um procedimento arbitral por empresas do grupo *Dow Chemical*, alegando que os danos advindos das referidas dificuldades eram responsabilidade da empresa *Isover Saint Gobain*. A arbitragem foi iniciada por quatro empresas do grupo *Dow Chemical*, as duas subsidiárias suíças que assinaram os contratos de distribuição, uma subsidiária francesa e a empresa matriz norte-americana.

A demandada *Isover Saint Gobain* levantou objeções preliminares quanto à jurisdição do tribunal arbitral, sediado em Paris, em relação à matriz norte-americana e a subsidiária francesa pertencente ao grupo *Dow Chemical*, já que estas não haviam assinado os contratos objeto da disputa.

O tribunal arbitral, composto por Berthold Goldman, Michel Vasseur e Pieter Sander (os dois primeiros franceses e o último holandês, exercendo a presidência do tribunal arbitral), ao decidir que a empresa matriz e a filial francesa do grupo *Dow Chemical* deveriam ser vinculadas à convenção arbitral assinada por outras sociedades do mesmo grupo, ou seja, ao interpretar a vontade das partes, levou em consideração as circunstâncias da negociação, da execução e do término dos contratos que continham as cláusulas compromissórias, perquirindo da participação das empresas não signatárias na vida dos contratos firmados por outras empresas do mesmo grupo societário.

Nesse sentido, no tocante às negociações, o tribunal arbitral vislumbrou que, tanto nas negociações do contrato de 1965, quanto naquelas do contrato de 1968, a subsidiária francesa do grupo *Dow Chemical* estava no centro da organização da relação contratual entre as partes, e a matriz norte-americana, por ser a detentora das marcas dos produtos que seriam comercializados na França, sempre necessitava dar o seu aval nos negócios, sem o qual a relação contratual não teria se formado. Ou seja, a empresa matriz era a responsável pela aprovação de todo o deslinde contratual.

No tocante à *performance*, ou a à execução dos referidos contratos, estes faziam referência expressa à subsidiária francesa do grupo *Dow Chemical* como a

empresa encarregada de realizar a entrega das mercadorias aos distribuidores franceses. Apesar de os contratos permitirem que a entrega das mercadorias fosse realizada por qualquer subsidiária do grupo, na prática ela foi feita apenas pela subsidiária francesa, que desempenhou, logo, um papel essencial na execução dos mencionados contratos.

Por fim, também em relação ao término dos contratos, a subsidiária francesa do grupo *Dow Chemical* desempenhou um papel relevante, levando o tribunal arbitral a concluir que esta era uma verdadeira parte destes contratos e, consequentemente, das cláusulas compromissórias neles contidas. Conclusão semelhante poderia ser atingida também em relação à matriz norte-americana, haja vista que esta era a proprietária das marcas comerciais usadas nos produtos que seriam distribuídos na França, e exercia o controle sobre as empresas subsidiárias do grupo *Dow Chemical*, que estavam diretamente envolvidas na relação jurídica.

O tribunal arbitral, ao julgar que a matriz norte-americana e a subsidiária francesa do grupo da *Dow Chemical* estavam abrangidas pelos contratos que continham as convenções arbitrais e, logo, eram partes legítimas para participar do procedimento arbitral, acabou por consolidar o entendimento de que empresas pertencentes a um mesmo grupo societário, apesar de terem personalidades jurídicas distintas, fazem parte de uma realidade econômica única *(une réalité économique unique*). Ademais, concluíram os árbitros que a cláusula compromissória expressamente aceita por determinadas sociedades do grupo deveria vincular as outras sociedades que,

> em virtude do papel que desempenharam na conclusão, na execução ou no término dos contratos contendo as referidas cláusulas [...], aparentam terem sido verdadeiras partes desses contratos, ou terem sido consideravelmente envolvidas pelos mesmos e pelos litígios que deles podem resultar.[229]

A respeito da posição adotada pelo tribunal arbitral do caso *Dow Chemical*, alude-se que esta foi bastante progressista e favorável à arbitragem, optando por dar preferência à realidade econômica da relação contratual em detrimento do mero formalismo jurídico. Ficou claro, pela argumentação exposta na sentença, que a assinatura de uma convenção de arbitragem constitui apenas um ato de formalização que comprova o consentimento da parte em se submeter à arbitragem e que, como toda e qualquer formalidade, esse ato pode ser dispensado se a finalidade para a qual existe (no caso, a comprovação do consentimento) puder ser alcançada de outra forma. Em outras palavras, se houver outro modo de comprovar o consentimento, o simples ato de formalização por meio da assinatura torna-se dispensável.[230]

Seguindo a teoria do grupo societário, que procura analisar o contexto da relação contratual como um todo, o tribunal decidiu que todos os demandantes tinham, de fato, consentido com os contratos e que, portanto, deveriam fazer parte da arbitragem, tendo em vista que também os dois primeiros, embora não signatários, participaram ativamente da formação, da execução e do término dos contratos, formando, assim, uma só realidade econômica.

---

[229] ALVES, 2008, p.204-5. Nesse sentido, Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman entenderam que o questionamento a ser feito, muitas vezes, é o de saber quais partes estão obrigadas pelo consentimento a uma convenção arbitral. Já tivemos a oportunidade de estabelecer que a convenção arbitral obriga, em princípio, apenas aqueles que a ela se vincularam. Entretanto, podem surgir dificuldades em determinar o âmbito exato de uma convenção de arbitral, sempre que um contrato tenha sido, total ou parcialmente, negociado ou executado, por uma empresa pertencente a um grupo societário, que não o tenha assinado. Em tais casos, os árbitros internacionais, bem como os tribunais franceses, acabaram desenvolvendo a abordagem de que o envolvimento da empresa não signatária pode elevar a presunção de que a verdadeira intenção dos contratantes era no sentido de que esta parte também fosse vinculada pela convenção arbitral. Assim, uma longa série de decisões semelhantes levou a Corte de Apelação de Paris a decidir, em 1994, que, na arbitragem internacional, os efeitos da cláusula de arbitragem se estendem a partes envolvidas diretamente na *performance* do contrato, desde que suas respectivas situações e atividades elevem a presunção de que elas estavam cientes da existência e do escopo da convenção arbitral, para que o árbitro possa considerar todos os aspectos econômicos e jurídicos relevantes para a disputa. (FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. ***Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration***. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p.186-7).

[230] ALVES, *op. cit.*, p.198.

Desse caso restou o entendimento de que se deve verificar a realidade econômica dos contratos e a participação das empresas em sua formação, execução e término, para se decidir a respeito da extensão de eventual convenção arbitral à empresa não signatária. O caso acabou firmando, no cenário internacional, sobretudo sob os auspícios da CCI, a "regra fundamental na matéria"[231] que aqui se analisa, ou seja, a possibilidade jurídica da extensão da cláusula compromissória a empresas, não signatárias, pertencentes a um mesmo grupo societário.

Entretanto, apesar das importantes balizas doutrinárias firmadas pelo caso *Dow Chemical*, o fato de uma empresa, signatária de um determinado contrato, fazer parte de um grupo societário, não legitima, automaticamente, a extensão dos efeitos de tal contrato a outras empresas pertencentes ao mesmo agrupamento. A existência do grupo societário constitui um primeiro indício da participação da sociedade não signatária no negócio jurídico, sendo esta apenas uma presunção relativa, tendo em vista admitir prova em contrário. A verdade é que a maior parte dos problemas relativos à extensão são mais factuais do que legais, mas grande parte da doutrina e dos tribunais, sejam estatais ou arbitrais, ignora este dado.

Isso porque, independentemente de se estar em face de um grupo societário, as empresas que o integram são dotadas de personalidades jurídicas próprias, por isso que é preciso analisar cuidadosamente a participação de cada empresa não signatária no negócio jurídico e, mais especificamente, se houve manifestação, ainda que tácita, do consentimento em relação à arbitragem, ou seja, da vontade de ser parte no negócio jurídico subjacente. A doutrina da extensão deve, logo, ser aplicada com cautela, não sendo suficiente a mera existência de um grupo societário para legitimar a sua aplicação, pois é necessário verificar, levando em consideração todas as circunstâncias da relação jurídica existente, e das ações e transações passadas das partes, se essas têm a intenção de fazer abarcar em seu acordo arbitral a empresa não signatária.

A respeito desse tema, Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll referem que o argumento de base que se deve levar em consideração é o de

---

[231] WALD, 2004, p.33.

que, quando uma empresa, pertencente a um grupo societário, desempenha um papel ativo na conclusão ou na *performance* de um contrato, seria como se o contrato tivesse sido firmado com todo o grupo, e não apenas com um de seus membros. Em tais casos, seria contrário à boa-fé e à realidade econômica tratar as sociedades pertencentes ao grupo como entidades separadas.[232] O resultado é o de que está se consolidando na jurisprudência arbitral o entendimento de que, presentes alguns requisitos, é possível estender a convenção de arbitragem a uma sociedade que, embora integrante de um grupo societário, não tenha participado formalmente do vínculo contratual original.

Após o caso *Dow Chemical*, que é do início da década de oitenta, alguns casos da Corte de Apelação de Paris trataram do assunto por meio de um embasamento ainda mais genérico e audacioso: uma cláusula arbitral contida em um contrato internacional tem validade e efetividade próprias, o que leva a sua extensão a todas as partes diretamente envolvidas na execução do contrato e nas disputas que dele possam surgir, uma vez que fique estabelecido que o seu *status* e as suas atividades levem à presunção de que as partes estavam cientes da existência e do escopo da cláusula compromissória, mesmo que elas não tenham assinado o contrato que a continha. Ou seja, a formulação deste raciocínio é baseada em duas presunções: a presunção de conhecimento da cláusula arbitral, a qual seria suficiente para gerar a segunda presunção, que é a de sua aceitação pelas partes não signatárias.

Um exemplo de caso em que se aplicou tal raciocínio é o *Societé Korsnas Marna v. Société Duranz-Auzias* de 1988,[233] em que por meio de dois contratos contendo uma cláusula de arbitragem, a sociedade K havia, em 1951 e 1960, confiado à sociedade B a representação exclusiva de seus produtos, com exceção do território francês, cujo poder pertencia à sociedade DA, filial de B. Por acordos de 12 e 15/03/1984, as sociedades K e B decidiram pôr fim às convenções de 1951 e 1960. Elas estabeleceram, contudo, que isso não afetaria as relações de negócios existentes entre K e DA. Em carta de 27/11/1985, a sociedade K notificou a sociedade DA da cessação de qualquer relação. DA, então, acionou K, perante o tribunal do comércio de Paris, para obter a

---

[232] LEW; MISTELIS; KROLL, 2003, p.146.
[233] FRANÇA. **Corte de Apelação de Paris**. *Societé Korsnas Marna v. Société Duranz-Auzias* de 30/11/1988.

indenização por essa ruptura. Rejeitando a exceção de competência formulada por K, que sustentava que o litígio deveria ser resolvido em sede arbitral, o tribunal do comércio entendeu ser competente para conhecer o pedido. A Corte de Apelação de Paris reformou essa decisão. Ela enunciou, em princípio, que

> a cláusula compromissória inserida em um contrato internacional tem validade e eficácia próprias, que comandam a extensão de sua aplicação às partes diretamente envolvidas na execução do contrato e nos litígios que podem dele resultar, a partir do momento em que se estabelece que sua situação e suas atividades fazem presumir que elas têm conhecimento da existência e do alcance da cláusula de arbitragem, ainda que elas não tenham sido signatárias do contrato que a estipulava.[234]

A Corte de Apelação considerou que, na espécie, as condições da extensão estavam preenchidas. Ela entendeu, assim, que DA tinha seu direito de representação oriundo dos contratos concluídos entre sua matriz B e a sociedade K (ela somente poderia ter exercido sua atividade por meio da execução dessas convenções), somado com o fato de que a sua qualidade de filial da sociedade B fazia presumir que, agindo por conta da sociedade B, ela teve conhecimento da cláusula compromissória, assim como das outras condições do contrato, cuja execução ela assegurava.[235]

Outro caso importante é o da *Société Kis France v. Société Générale*[236], de 1989. A sociedade Kis France fabricava equipamentos para impressão e revelação rápida de fotografias. Em parceria com a *Société Générale* foi desenvolvido um sistema de vendas desses equipamentos para vários países, utilizando-se do *leasing*, formalizado por subsidiárias locais da *Société Générale*. Para a realização do negócio, foram celebrados diversos instrumentos contratuais, sendo que o contrato-geral continha cláusula compromissória CCI, a qual fazia referência o adendo e os acordos com as subsidiárias locais da *Société Générale*. Surgido o litígio entre as partes, a sociedade *Société Générale* e duas subsidiárias iniciaram a arbitragem contra a sociedade Kis France e outras

---

[234] FRANÇA, 1988.

[235] CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades. Tradução de Valeria Galíndez. *In*: **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, v.21, p.339-86, 2003.

[236] FRANÇA. **Corte de Apelação de Paris**. *Société Kis France v. Société Générale* de 31/10/1989.

empresas subsidárias pertencentes ao mesmo grupo. Os árbitros declararam-se competentes em face de todas as partes, requerentes e requeridas, bem como com relação a todas as questões decorrentes dos contratos firmados entre elas.

Submetida a questão à Corte de Apelação de Paris, com vistas à anulação da sentença arbitral, a decisão dos árbitros foi, no entanto, mantida, por meio da argumentação de que as obrigações contidas nos diversos contratos estavam inexoravelmente ligadas, bem como ao fato de as sociedades controladoras exerciam papel dominante em relação às suas subsidiárias, que eram obrigadas a respeitar as suas decisões comerciais e financeiras.[237]

Importante mencionar que mesmo que se tenha argumentado que a decisão arbitral era nula pelo fato de os árbitros não terem aplicado a lei francesa, que constava no contrato-geral entre as partes, mas sim os usos do comércio internacional ao se referirem ao grupo societário, a Corte de Apelação de Paris conclui que, ao se utilizarem dos usos do comércio internacional e da doutrina do grupo societário, os árbitros haviam respeitado o escopo de sua missão, pois mesmo que tivessem aplicado a legislação francesa, os árbitros podiam introduzir em suas razões de decidir os usos e costumes do comércio internacional, segundo a própria tradição da jurisprudência francesa a esse respeito.[238]

Posteriormente, no caso *Cotunav*[239], decidiu-se que a empresa *Cotunav*, que era uma transportadora tunisiana de um contrato firmado entre dois agentes públicos, os governos francês e o tunisiano, seria vinculada à convenção arbitral pelo simples fato de ter aceitado intervir na execução deste contrato como transportadora apontada por uma das partes. Uma disputa arbitral entre as partes surgiu quando a empresa *Cotunav* alegou não estar vinculada pela cláusula de arbitragem que não havia assinado.

A Corte de Apelação de Paris motivou sua decisão em dois tempos, sendo depois afirmada pela Corte de Cassação Francesa. Após ter relembrado as fórmulas sobre a extensão da cláusula arbitral, procedeu à análise concreta das relações em causa e entendeu que: 1) a cláusula compromissória submetia à

---

[237] MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades** – A prática arbitral da CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.110-2.
[238] DERAINS, 2010, p.131-45.
[239] FRANÇA. **Corte de Apelação de Paris**. *Cotunav v. Comptoir Commercial André*, de 28/11/1989.

arbitragem os litígios entre o mandatário do país de destino e o entregador; 2) o contrato compreendia a definição das obrigações dessas duas partes; 3) ao aceitar a execução desse acordo, a *Cotunav* tinha necessariamente subscrito o mesmo, inclusive a sua cláusula de arbitragem. Dessa forma, a empresa *Cotunav* teria necessariamente assumido as obrigações contratuais em relação ao transporte, aceitando as suas modalidades, o que incluiria a convenção arbitral. Foi mencionado que a participação na execução contratual, mesmo que sem nenhuma outra ligação específica com as partes envolvidas, levaria a uma presunção aparente e irrefutável de aceitação da cláusula arbitral.[240]

Assim, por meio deste caso, nota-se uma expansão do entendimento sobre a matéria contido nos casos anteriores da jurisprudência francesa, tendo em vista que se reconheceu a aceitação tácita da convenção arbitral, mesmo fora do âmbito do grupo societário. A aceitação tácita resultaria apenas da execução das obrigações contratuais concluídas por outras partes. Ou seja, um critério subjetivo, tal qual fazer parte de um grupo societário, foi substituído por um critério mais objetivo, a saber, a conexão com o objeto contratual, sendo a arbitragem um mero componente dessa relação.

Críticas surgiram a esse entendimento demasiadamente alargado da Corte de Apelação de Paris, considerando que convenções arbitrais acabariam se estendendo a partes que não haviam verdadeiramente consentido com ela, nem mesmo de forma implícita.

Entretanto, ao se aplicar esse raciocínio alargado da Corte de Apelação de Paris a outros casos, criou-se o entendimento de que a presunção de conhecimento da convenção arbitral, somada ao fato de que teria havido uma aceitação da parte não signatária ao executar o contrato, pode ser considerada uma regra material aplicável às convenções arbitrais internacionais. Nota-se que a doutrina da extensão da convenção arbitral, iniciada pela jurisprudência francesa, encontra, justamente em suas cortes e tribunais arbitrais, as interpretações mais modernas e inovadoras em relação ao assunto.

---

[240] CAPRASSE, 2003, p.339-86.

A Suíça produziu poucos casos explicitamente lidando com a teoria do grupo societário, podendo ser mencionado, especialmente, o caso *Butec*[241], em que se alertou que apenas excepcionalmente e, com muita cautela, empresas pertencentes ao mesmo grupo societário devem ser incorporadas à convenção arbitral por meio desta doutrina. O Tribunal Federal Suíço negou a extensão da convenção arbitral no caso, sob o argumento de que a empresa não signatária havia apenas interferido na execução do contrato, mas não possuía nenhum outro vínculo relacional com as partes. Por este julgamento, pode ser notar a lacuna que existe entre a compreensão da doutrina da extensão na jurisprudência francesa e suíça.

Entretanto, nem todos os doutrinadores e ordenamento jurídicos possuem um entendimento semelhante em relação à doutrina do grupo societário, como é o caso dos tribunais ingleses e alemães, que podem não aceitar com bons olhos teorias como a aceitação tácita, ou por meio de condutas, requerendo que a vontade de fazer parte de uma convenção arbitral advenha de documentos escritos. A questão é, logo, aberta à decisão dos tribunais estatais e da prática arbitral internacional presente em cada país.

Na Inglaterra, leva-se em consideração, grandemente, a natureza jurídica da arbitragem, sendo a teoria do grupo societário inconsistente com o princípio da relatividade dos contratos (*privity of contract*), não sendo, portanto, parte da legislação inglesa.

Tal receio do direito inglês pode ser visto no caso *Adams Group v. Cape Industries plc.*, de 1990, em que uma Corte de Apelação da Inglaterra alegou que a mera utilização do grupo societário não autoriza automaticamente a extensão da cláusula compromissória à outra sociedade do mesmo grupo.[242]

Mais recentemente, em 2004, o Poder Judiciário inglês novamente apreciou a questão, no caso *Peterson Farms Inc*[243] *v. C&M Farming Ltd*, confirmando, uma vez mais, a reticência desta jurisdição com a teoria. A sociedade americana *Peterson Farms*, localizada em Arkansas, celebrou contrato de compra e venda com a

---

[241] *SAUDI Butec Ltd et Al Fouzan Trading v. Saudi Arabian Saipem Ltd, unpublished ICC interim award of 25 October 1994, confirmed by DFT of 29 January 1996, ASA Bulletin 3/1996, p. 496/507.*

[242] MELO, 2013, p.120.

[243] *PETERSON Farms Inc v. C&M Farming Ltd* [2004], EWHC 121 (*Comm*), 62.

sociedade indiana *C&M Farming*, no qual constou cláusula arbitral CCI e a lei do Arkansas, em arbitragem a ser sediada em Londres. A *Peterson Farms* entregou à alguns *C&M Farming* exemplares de galos, para futura reprodução e comercialização pela própria *C&M Farming* e outras sociedades do grupo. Ocorre que as aves vendidas estavam contaminadas por um vírus que dificultava a sua reprodução. Surgido o litígio, a *C&M Farming* e outras sociedades do grupo iniciaram a arbitragem contra a *Peterson Farms*, que suscitou a incompetência do tribunal arbitral com relação às partes requerentes não signatárias do contrato de compra e venda.

O tribunal arbitral, com base na doutrina da *separability*, decidiu que a lei do Arkansas seria aplicável apenas ao mérito da disputa, e não à interpretação da convenção arbitral, aplicando à hipótese os precedentes da CCI relativos à teoria do grupo de sociedades. Segundo o decidido pelos árbitros, a *Peterson Farms*, ao longo da relação contratual, havia se relacionado com o grupo C&M como um todo e somente havia celebrado com a sociedade *C&M Farming* o contrato por conveniência da transação. Os árbitros condenaram a *Peterson Farms* ao pagamento dos danos sofridos pelas sociedades do grupo C&M, signatárias e não signatárias do contrato de compra e venda e da convenção arbitral.

Inconformada, a sociedade *Peterson Farms* questionou a validade da sentença arbitral perante a Corte Comercial de Londres, invocando violação à lei nacional inglesa de arbitragem, tendo em vista a condenação em benefício de partes não signatárias. O juiz Langley J afirmou que a lei escolhida para reger o mérito da disputa, a lei do Arkansas, deveria também reger a interpretação da convenção arbitral, pois não haveria fundamento para uma distinção entre elas, o que comprometia bastante o laudo arbitral que havia sido emitido. Ainda, a aplicação da lei do Arkansas seria equivalente à aplicação da lei inglesa no que tange ao alcance da teoria do grupo de sociedades, o que não geraria problemas, pois, segundo ele, esta teoria não fazia parte do direito inglês. A Corte Comercial de Londres manteve a condenação da sociedade *Peterson Farms*, retirando do laudo, entretanto, a parte da condenação que seria destinada às sociedades do grupo C&M não signatárias do contrato nem da convenção arbitral.[244]

---

[244] MELO, 2013, p.122-3.

Entretanto, mesmo que não se utilize da teoria do grupo societário, as portas da extensão da convenção arbitral a empresas não signatárias não se fecharam na legislação inglesa, tendo em vista que os tribunais ingleses embasam suas decisões no consentimento ou na conduta das partes como expressão do consentimento implícito, ou mesmo como substituição a este. A extensão, no direito inglês, pode ser realizada por meio da utilização de outras teorias, como a agência e a desconsideração da personalidade jurídica.

Os Estados Unidos, por outro lado, aparecem muito mais liberais em relação ao tema do que as nações europeias, ao menos em alguns de seus estados, tendo em vista a sua política geral em favor da arbitragem (*federal policy favouring arbitration*). Exemplos dessa aplicação são os casos *JJ Ryan*[245] e *Sunkist*[246].

No primeiro caso, de 1988, pertencente ao 4º Circuito, a Corte de Apelação autorizou a extensão da convenção arbitral à sociedade controladora de um grupo de empresas, sob o fundamento de que se as acusações que essa e suas subsidiárias sofreram foram baseadas nos mesmos fatos, pode a controladora integrar a arbitragem, mesmo que não tenha sido signatária da convenção arbitral. Se a sociedade controladora fosse obrigada a recorrer ao Poder Judiciário norte-americano, a arbitragem prevista não faria mais sentido e a política pública federal que favorece a arbitragem restaria comprometida.

No segundo caso, de 1993, do 11º Circuito, a sociedade A, por meio de contrato de licença de comercialização de uma bebida, autorizou a sociedade B a vender os seus produtos em determinada região, documento no qual constava uma convenção arbitral. Surgido o litígio, a sociedade A ajuizou demanda judicial contra a sociedade C, controladora de B, enquanto a sociedade C suscitou exceção de incompetência, pela presença da cláusula compromissória.

A Corte de Apelação do 11º Circuito decidiu que, embora a sociedade C não tenha figurado no contrato em que constava a cláusula arbitral, a sua participação no procedimento era devida, tendo em vista a relação próxima que mantinha com sua sociedade controlada B e a sua contribuição para o

---

[245] *JJ. Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile SA*, 863 F. 2D 315 (4th Cir.1988).
[246] *SUNKIST Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc*, (11th Cir. 1993).

cometimento do ilícito perpetrado por esta última.[247]

No âmbito brasileiro, merece destaque o caso *Trelleborg*[248], julgado pelo TJSP, por meio do qual se considerou parte legítima para figurar na arbitragem sociedade que não havia assinado a cláusula arbitral, tendo em vista o seu envolvimento nas negociações do contrato que a continha, bem como no posterior procedimento arbitral. Nesse sentido, a decisão do TJSP acompanhou a linha

---

[247] MELO, 2013, p.118-9.

[248] Ap.Cív. n. 267.450-4/6, 7ª Câm. de Direito Privado, TJSP, Rel. Des. Constança Gonzaga, j. em 24/05/2006.O Caso Trelleborg é relativo a uma apelação cível com revisão interposta pelas empresas Trelleborg do Brasil Ltda. e TrelleborgIndustri AB contra a empresa Anel Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda., a respeito da legitimidade passiva da segunda apelante para figurar no procedimento arbitral. A apelação insurgiu-se contra a sentença de primeiro grau que julgou procedente ação de instituição de arbitragem e lavratura de compromisso arbitral interposta pela empresa Anel, com base no art. 7º da Lei n. 9.307/96 da LBA, tendo em vista a recalcitrância das apelantes em iniciar o mencionado procedimento, diante da existência de cláusula compromissória em contrato de venda de quotas de sociedade·. Os acontecimentos ocorrem na seguinte ordem. A empresa Anel, juntamente com o seu sócio diretor, Nelson Pacheco da Fonseca, eram os sócios cotistas da empresa PAV – Projetos e Aplicações de Vibrotécnica de Vedação Ltda., empresa que se dedicava à indústria, comércio e exportação de componentes de borracha e outros materiais utilizados em veículos pesados. Ocorre que, em julho de 1997, foi efetuada a venda de 60% da empresa PAV à empresa Trellebog do Brasil Ltda., holding brasileira do grupo multinacional Trellebog, assumindo, então, a denominação de TrelleborgPav. O desentendimento entre as partes surgiu quando a empresa Trellebog Holding AB, mera extensão da TrelleborgIndustri AB, empresa controladora da Trelleborg do Brasil Ltda., adquiriu a AVS Brasil Getoflex Ltda., empresa que, segundo a Anel, é fabricante da mesma linha de produtos destinados às mesmas montadoras de veículos que a Trelleborg Pav. Os argumentos trazidos pela empresa Anel são no sentido de que a aquisição da AVS por empresa pertencente ao mesmo grupo (Grupo Trelleborg) de sua sócia na empresa Trelleborg PAV acabaria inviabilizando os negócios desta, na medida em que a AVS é a sua principal concorrente no Brasil. Tendo em vista que a empresa Trelleborg do Brasil Ltda. (sócia da Anel na Trelleborg PAV) é controlada pela TrelleborgIndustri AB (empresa responsável pela compra da AVS), a primeira teria rompido com a *affectio societatis*, já que a aquisição da principal concorrente da Trelleborg PAV, por outra empresa pertencente ao Grupo Trelleborg, importaria em concorrência desleal; sobretudo porque os representantes da TrelleborgIndustri AB no Conselho de Administração da AVS são as mesmas pessoas que representam a Trelleborg do Brasil Ltda. no Conselho Consultivo da Trelleborg PAV. O cerne da questão dizia, logo, respeito à legitimidade da empresa controladora, TrelleborgIndustri AB, para figurar no polo passivo da demanda arbitral, tendo em vista que esta não assinou nenhum dos contratos objeto da ação. A sentença de primeiro grau, proferida pela 13ª Vara Cível de São Paulo, pelo juiz Ademir Modesto de Souza, teve o seguinte dispositivo, que é, na verdade, a redação dada pelo magistrado ao compromisso arbitral: "ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na presente ação proposta por ANEL - EMPREENDIMENTOS, PARTICIPAÇÕES E AGROPECUÁRIA LTDA. em face de TRELLEBORG INDUSTRI AB e TRELLEBORG DO BRASIL LTDA., integrantes do GRUPO TRELLEBORG, para o fim de DECLARAR instituída a ARBITRAGEM requerida na inicial. 1. A arbitragem terá como partes a ANEL, representada por seu sócio gerente NELSON PACHECO DA FONSECA; a TRELLEBORG DO BRASIL LTDA., representada por seu procurador CARLOS EMÍLIO STROETER; e a TRELLEBORG INDUSTRI AB, representada por seu procurador CARLOS EMÍLIO STROETER. 2. Nomeio árbitro o Dr. FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES, advogado e professor de direito, domiciliado na Rua Caiubi, nº 274/276, Tel- 3872-8453, Fax nº 3875-4701, CEP nº 05010-000, Perdizes, nesta capital, que será o presidente do Tribunal Arbitral, que será composto, também, pelos árbitros indicados pelas partes: Dr. ANTONIO DE SOUZA CORRÊA MEYER, advogado, domiciliado na Av. George Saville Dodd, nº 447, CEP nº 05608-020, Jardim Guedara, nesta capital e Dr. JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, advogado, domiciliado na Rua Oscar Freire, nº 83, 10º andar, nesta capital, bem como seus respectivos suplentes: Dr. ANTONIO CELSO PINHEIRO FRANCO, advogado, domiciliado na Rua Barão do Triunfo, n º1220, apto. 82, CEP 04602-91, Campo Belo, nesta Capital e Dr. MODESTO CARVALHOSA, advogado, domiciliado na Rua José Maria Lisboa, nº 1139, nesta capital. 3. A arbitragem terá por objeto decidir se a aquisição do controle societário da sociedade comercial brasileira AVS DO BRASIL GETOFLEX LTDA., por empresa do Grupo Trelleborg, denominada TRELLEBORG HOLDING AB, violou ou não a legislação vigente ou os contratos denominados "Contrato" e "Contrato de Consultoria", celebrados, respectivamente em 1º de julho de 1997 e 14 de julho de 1997, pela ANEL - EMPREENDIMENTOS, PARTICIPAÇÕES E AGROPECUÁRIA LTDA e a TRELLEBROG DO BRASIL LTDA., bem como definir as consequências decorrentes de eventuais violações. 4. Os trabalhos de arbitragem serão desenvolvidos na cidade de São Paulo-SP, em local a ser designado pelo Tribunal Arbitral, onde deverá ser proferida a sentença arbitral. 5. Todas as petições, documentos, papéis e atos da arbitragem deverão ser redigidos e ou versados nos idiomas português e inglês, à vista do conteúdo da cláusula compromissória. 6. Instalado o Tribunal Arbitral, os árbitros definirão as regras concernentes ao procedimento, ao prazo de início e conclusão dos trabalhos, bem como às despesas da arbitragem, fixando o valor de seus honorários e a forma de pagamento, observando as disposições constitucionais e legais vigentes, especialmente as normas contidas no art. 14, § 1º, e no art. 21, § 2º, ambos da Lei nº 9.307/96. Pela sucumbência, arcarão as rés com as custas e despesas deste processo e pagarão honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa. P.R. Intimem-se". O tribunal arbitral instituído por meio da sentença de primeiro grau com base no art. 7º da LBA, proferiu decisão no sentido de julgar procedente em parte o pedido principal da empresa Anel, para condenar solidariamente as demandadas Trelleborg do Brasil Ltda. e TrelleborgIndustri AB a pagar à Anel pelas quotas remanescentes da participação societária desta última na empresa TrelleborgPav, condenação esta equivalente a, aproximadamente, quatro milhões de dólares. Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, que manteve a sentença de primeiro grau no que concerne à legitimidade da empresa TrelleborgIndustri AB para figurar no polo passivo da demanda arbitral, ressaltou que esta última, em diversas oportunidades, demonstrou o seu envolvimento com o objeto do litígio, ao participar das negociações dos contratos, ao fazer parte do procedimento arbitral, além da realização do pagamento, pelas apelantes, da parte líquida da condenação recebida no procedimento arbitral. Em sua decisão, a julgadora da Corte de Apelações de São Paulo ainda ressaltou que, no tocante à manifestação das apelantes de que a empresa TrelleborgIndustri AB em nenhum momento assinou os contratos objeto do procedimento arbitral, de que a LBA deixa expresso, em seu artigo 1º, a desnecessidade de haver prévio contrato assinado pelas partes para participarem do juízo arbitral, a saber, "*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*". Da análise do referido dispositivo, extrai-se o entendimento, segundo a julgadora, de que o que se exige das partes, para que possam participar do procedimento arbitral, é apenas a capacidade civil para contratar, abstratamente falando. Se o objeto da arbitragem é dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, tais litígios podem ter como causa eventual descumprimento de obrigação decorrentes ou não de contrato.

decisória verificada no âmbito internacional, de deduzir da participação ativa da empresa, pertencente a um mesmo grupo societário, seja na negociação, na execução ou na resolução dos contratos objeto do litígio, a sua responsabilidade pelo negócio e, consequentemente, a sua legitimidade para participar dos litígios que deles possam advir, independentemente da existência de assinatura nos contratos que contêm as cláusulas compromissórias.[249]

Nesse mesmo sentido, também merece destaque o recente caso *GP Partners, Smiles e Outras*, também do TJSP, em que, novamente, utilizando-se do precedente do caso *Trelleborg* e inclusive citando o caso *Dow Chemical*, o tribunal incluiu na jurisdição arbitral partes que não haviam assinado o contrato que continha a cláusula arbitral, tendo em vista a sua participação nas negociações do instrumento. Mantendo quase integralmente a decisão de primeiro grau oriunda da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, os magistrados paulistas entenderam que, com base nas circunstâncias negociais, a *GP Partners* havia sido a verdadeira contratante, capitaneando as negociações que resultaram nas alienações das ações de seus controladores (ela havia negociado os termos do futuro contrato de compra e venda de ações e depois assumido as operações comerciais), consentindo, dessa forma, com a cláusula compromissória pactuada por escrito no documento que não havia firmado.[250]

Esse entendimento está de acordo com aquele que se consolidou na jurisprudência brasileira, por meio da atuação do STJ nos procedimentos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.[251] Entre os casos julgados pelo referido tribunal, merece destaque a SEC n. 856, mais conhecida como caso *L'Aiglon x Têxtil União*, relatado pelo Min. Carlos Alberto Menezes Direito, no ano de 2005. Nesse julgamento, unânime pela homologação, considerou-se que a participação da empresa no procedimento arbitral importava submetê-la à

---

[249] Vide também WALD, Arnoldo; GALÍNDEZ, Valéria. Caso Trelleborg. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.10, 2006, p.243-7.

[250] TJSP, **Ap. Civ. 0035404-55.2013.8.26.0100**. 1ª Câmara. Reservada de Direito Empresarial. Rel: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. j: 26/08/2015. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2015.

[251] A partir do ano de 2004, com o advento da Emenda Constitucional n. 45, a competência para o processamento das ações de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, as ações homologatórias, que eram da competência do Supremo Tribunal Federal, passam a fazer parte da alçada do Superior Tribunal de Justiça.

arbitragem, desde que não houvesse contestação, de sua parte, em momento oportuno, ou se a sua conduta evidenciasse a sua vinculação ao negócio objeto da disputa.[252]

Esse acórdão do STJ acabou por firmar dois entendimentos, o primeiro, no sentindo de que, de fato, não é requisito essencial à validade da cláusula compromissória que o contrato que a contenha seja assinado pela parte para que esta figure no procedimento arbitral, tendo em vista o teor do art. 4º da LBA e, em segundo lugar, o entendimento de que, se uma parte participou ativamente de um procedimento arbitral (indicando árbitro, apresentando defesa de mérito e recurso da sentença) sem, contudo, em nenhum momento, impugnar a sua instauração (o que levaria o procedimento a não ser admitido, porquanto somente se produz se as partes estão de acordo), a cláusula compromissória e a sentença que foi emitida neste procedimento são válidas e eficazes perante esta parte.

Conforme as palavras de Adriana Braghetta, essa decisão do STJ valida a boa-fé e o fato de que ninguém pode se valer de sua própria torpeza, pois "participar do procedimento arbitral sem impugnar a competência do juízo arbitral e depois vir a juízo procurar impedir o reconhecimento e a execução do laudo arbitral", não seria uma atitude admissível.[253]

Isso significa que, apesar de que, em outros casos, mesmo que escassos, o STJ tenha exigido a convenção arbitral escrita, com a assinatura das partes nos contratos que as contêm,[254] restou demonstrado que essas exigências podem ser dispensadas, caso seja possível demonstrar, por meio de documentos ou de outros elementos trazidos pelas partes, a existência de manifestação tácita da vontade de levar à arbitragem litígios originados de seu relacionamento contratual. Por meio desta decisão, o STJ reconheceu, pela primeira vez, a possibilidade e a eficácia da cláusula compromissória tácita, ao demonstrar que o comportamento concludente é o que melhor se afigura como elemento capaz de

---

[252] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SEC n. 856**. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em: 18/05/2005. Disponível em:<www.stj.jus.br>.

[253] BRAGHETTA, Adriana. Cláusula Compromissória – Contrato Não Assinado – Participação no Procedimento Arbitral – SEC 856 – STJ. *In*: **Revista Brasileira de Arbitragem**, n.7, jul.-set., 2005, p.103-22.

[254] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SEC n. 967**, Rel. Min. José Delgado, j. em 15/02/2006 e a SEC n. 866, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 17/05/2006, ambas do STJ. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

levar ao reconhecimento tácito de uma declaração negocial em favor de uma convenção arbitral.

Algumas críticas foram tecidas à teoria do grupo societário e à própria extensão da convenção arbitral a partes não signatárias por importantes nomes da doutrina arbitral internacional. Bernard Hanotiau[255], um dos grandes especialistas no assunto, diz que falta certo rigor às cortes e tribunais arbitrais na análise dos casos que lidam com este assunto e que as maiores críticas que se podem fazer dizem respeito justamente à confusão de conceitos que existe na doutrina e na jurisprudência.

Assim, questões relativas a grupos contratuais e contratos conexos, que não são resolvidas com base no mesmo raciocínio jurídico, o uso de expressões jurídicas inadequadas, como a desconsideração da personalidade jurídica das empresas, ou mesmo à referência, muitas vezes desnecessária, à doutrina do grupo societário, faz como que o assunto seja tratado de forma obscura, podendo gerar resultados indesejados.

Segundo Yves Derains[256], os casos da jurisprudência francesa confirmam que o elemento decisivo é a intenção comum das partes de se vincularem à convenção arbitral. Essa intenção pode ser inferida, na ausência de assinatura no contrato e/ou na convenção arbitral, sob duas condições: 1) o papel ativo do não signatário na execução do contrato que contém a convenção arbitral e nas disputas dela decorrentes; e 2) na presunção de que o não signatário tinha conhecimento da existência da convenção de arbitragem. Este papel de destaque dado à intenção comum das partes é parte de uma regra substantiva do direito francês, que os tribunais franceses aplicam sem qualquer consideração a respeito da legislação nacional que pode ser aplicável à cláusula arbitral, segundo as regras de conflitos de lei, desde o caso *Dalico* de 1993.

É por isso que, para esse autor, a existência de um grupo societário não revela a real intenção de seus membros de fazer parte da convenção arbitral não

---

[255] HANOTIAU, Bernard. *Non-signatories in International Arbitration: lessons from thirty years of case law*. *In*: Albert Jan van den Berg (ed), ***International Arbitration 2006****: Back to Basics*? ICCA Congress Series, v. 13, *Kluwer Law International*, 2007, p.341-58.

[256] DERAINS, 2010, p.131-45.

assinada, nem revela a intenção das outras partes, assinantes do contrato, de arbitrar com os não signatários:

> O impacto da existência de um grupo de empresas em um procedimento arbitral hoje é muito limitado. Ao contrário que se acreditava/desejava-se na última parte do século XX, a doutrina do grupo societário não oferece uma regra objetiva para resolver as dificuldades relativas à determinação das partes de uma convenção de arbitragem. A existência de um grupo societário é nada mais do que um fator a ser levado em consideração para avaliar a intenção das partes. Além disso, é um fator ambíguo, pois conclusões opostas podem advir de sua existência, dependendo das circunstâncias do caso concreto em questão.[257]

Entretanto, outros autores, como é o caso de Gary Born[258], acreditam que a doutrina é bem-vinda e auxilia, inclusive, na eficiência da convenção arbitral. Para o autor, a doutrina do grupo societário é uma maneira de aplicar os consagrados institutos da agência e do consentimento implícito na arbitragem ao contexto das transações contratuais modernas, que contam geralmente com diversas partes, a fim de que os verdadeiros objetivos e intenções dessas possam ser apurados. A denominação grupo societário, ou qualquer outra, possui menos importância do que a interpretação eficaz e a aplicação do mecanismo de resolução disputas escolhido pelas partes.

Para este autor, esta teoria faz particular sentido no contexto de empresas afiliadas, agentes e diretores, grupos societários e outras partes relacionadas, onde existem fortes motivos para se concluir que as partes que entraram em um acordo de arbitragem não têm a intenção de que ele seja passado para trás por qualquer das partes envolvidas, mas sim, que centralize todas as disputas relacionadas às operações das partes em um único foro neutro. Além disso, mesmo em outros contextos, há também a presunção de que as partes desejam que todas as suas disputas sejam resolvidas eficientemente, em um foro unificado, ao invés de múltiplas

---

[257] Do original em inglês: *"the impact of the existence of a group of companies on an arbitration procedure is very limited today. Contrary to what was briefly believed and/or desired in the last part of the twentieth century, the group of companies doctrine does not provide an objective rule to solve the difficulties relating to the determination of the parties to an arbitration agreement. The existence of a group of companies is nothing more than a factor to be taken into consideration to assess the intent of the parties. Moreover, it is an ambiguous factor, as opposite conclusions may be drawn from its existence, depending on the circumstances of the case concerned".* (DERAINS, 2010, p.131-45).

[258] BORN, 2014, p.1453.

e potencialmente inconsistentes ações em foros diversos.[259] E rebate as críticas que a doutrina vem sofrendo com as seguintes palavras:

> *Critical to this effort is the premise that companies in a corporate group can agree to be bound by an agreement to arbitrate, in order to ensure the efficacy of that agreement between its signatories, without signing the arbitration agreement and without being bound by the underlying contracts. Giving effect to this principle serves in particular to prevent the circumvention of an arbitration through satellite litigation by non-signatory corporate affiliates of signatories – with each set of parties contriving extracontractual theories to justify home-court litigation. From this perspective, criticism of the group of companies doctrine is ultimately unsatisfyingly, missing the fundamental commercial objectives of agreements to arbitrate international disputes.*[260]

> *As discussed above, it is precisely to avoid expensive, time-consuming litigation in multiple, potentially-partisan forums, with potentially inconsistent and uncertain results, that parties agree to arbitrate*.
> *The foregoing considerations suggest that most criticisms of the group of companies doctrine are unjustified. The doctrine is virtually unique, in that it was developed specifically with application to the agreement to arbitrate, rather than to other types of contracts. The fundamental rationale for the group of companies doctrine, not page always well-articulated by its proponents, is to preserve the efficacy of the signatories' agreement to arbitrate e. An agreement to arbitrate has the objective of centralizing the parties' disputes in a single, neutral, expert forum: as already noted, satellite litigation by or against corporate affiliates, officers, or other related parties frustrates this objective entirely, returning the parties to the very jockeying for local court advantage that their agreement to arbitrate was meant to prevent*[261]

---

[259] Do original em inglês: "*for the reasons already discussed, this approach makes particular sense in the context of corporate affiliates, officers and directors, groups of companies, and other related parties, where there are strong reasons to conclude that parties who have entered into an arbitration agreement do not intend or desire for it to be circumvented by corporate affiliates or other related parties, but rather that it will centralize all of the disputes related to the parties' transactions in a single, neutral forum. Moreover, even in other contexts, there is also substantial force to the notion that commercial parties would presumptively desire that all related disputes be resolved efficiently, in a unified, "one-stop" forum, rather than in multiple, potentially inconsistent proceedings in different forums".* (BORN, 2014, p.1488).

[260] *Ibid.*, p.1453. Tradução nossa do original em inglês: "importante para a premissa é o fato de que empresas que fazem parte de um grupo societário podem concordar em vincular-se a uma convenção arbitral, a fim de garantir a eficácia dessa convenção entre os seus signatários, sem apor a sua assinatura na convenção e sem estar vinculada pelos contratos subjacentes. Pôr em prática esta teoria serve, em especial, para evitar a evasão da arbitragem por meio da instauração de diversas "ações satélites" por empresas não signatárias, mas afiliadas dos signatários – com cada conjunto de partes desenvolvendo teorias extracontratuais para justificar a instauração das ações judiciais. Nessa perspectiva, a crítica ao grupo societário é insatisfatória, pois não leva em conta os objetivos comerciais fundamentais dos acordos para arbitrar disputas internacionais.

[261] *Ibid.*, p.1486-7. Tradução nossa do original em inglês: "as considerações anteriores sugerem que a maioria das críticas à doutrina do grupo societário são injustificadas. A doutrina é praticamente única, sendo desenvolvida especificamente para aplicação na convenção arbitral, e não em outros tipos de contratos. A lógica fundamental para esta doutrina, nem sempre bem articulada por seus proponentes, é a preservar a eficácia do acordo arbitral entre os seus signatários. A convenção arbitral tem por objetivo centralizar as disputas das partes em um foro único, neutro, especialista no assunto em disputa: como já observado, ações satélite litígio propostas por ou contra empresas afiliadas, ou outras partes relacionadas, frustram este objetivo inteiramente, fazendo com que as partes tenham que lidar com as desvantagens dos tribunais locais que o seu acordo arbitral buscava justamente evitar".

De qualquer forma, o consentimento é a noção fundamental que se busca ao se inquirir se uma sociedade é parte de uma convenção arbitral. Mesmo que teorias tenham sido desenvolvidas, tais como a do grupo de sociedades, o início e o término da questão passa pelo consentimento, para se verificar se as partes, com suas ações e em boa-fé, intencionaram que um determinado não signatário viesse a fazer parte de sua convenção arbitral.

Seja o consentimento expresso ou uma conduta que leva à compreensão do consentimento implícito da parte, este é ainda a base na qual a maior parte das decisões da jurisprudência internacional se apoia para decidir as questões da extensão da convenção arbitral. Afinal de contas, a convenção arbitral é um instrumento consensual e tudo o que afasta-se desta regra deve ser verificado com cautela, sob pena de ferir a previsibilidade necessária nas transações comerciais internacionais.

3.3.2 O silêncio como manifestação de vontade

Questão extremamente interessante, e até certo ponto pouco explorada, diz respeito à aceitação da convenção arbitral por meio do silêncio ou de fatos concludentes. No âmbito contratual relaciona-se ao questionamento de se o silêncio pode representar a aceitação de uma oferta e, portanto, ser suficiente à formação do contrato. Se o comportamento das partes pode ser considerado suficiente para demonstrar o consentimento no que tange à convenção arbitral, será que o silêncio poderia desempenhar semelhante papel?

O silêncio consiste numa abstenção, num “não falar”, num comportamento puramente passivo. Se, como visto ao longo deste trabalho, o elemento essencial do negócio jurídico é a vontade, o consentimento das partes, tem-se que apenas excepcionalmente a abstenção da palavra pode ser considerada manifestação de vontade. Para tanto, devem estar presentes determinadas circunstâncias que manifestem a inequívoca vontade daquele que se abstém.

Este entendimento encontra-se expresso em diversas legislações, como ocorre com o art. 111 do CCB, que tem a seguinte redação: “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for

necessária a declaração de vontade expressa".

Nesse sentido, muito embora o silêncio comporte a noção de ausência de exteriorização de ato volitivo, não se nega, sobretudo na seara comercial, tendo em vista a velocidade das negociações e a sofisticação de seus usuários, que o silêncio de uma das partes possa ser reputado como consentimento, ou melhor, como aceitação de uma oferta, tendo em vista que a oferta pressupõe uma atitude ativa da parte.

O mencionado artigo do CCB corrobora com o entendimento de que as circunstâncias e os usos e costumes apresentam importância fundamental nos casos em que o silêncio opera eficazmente como manifestação de vontade. Ou seja, apesar de serem conceitos indeterminados "usos" e "circunstâncias", Véra Maria Jacob de Fradera alerta que "*particulares circunstâncias do contrato*" devem fazer-se presentes, para a determinação da eficácia do silêncio ao caso concreto[262]. A possibilidade oferecida pelo uso de uma cláusula geral, como é a constante do art. 111 do CCB, é justamente a de o juiz proferir a decisão do caso levando em consideração os elementos jurídicos e fáticos derivados do próprio caso concreto.

Entre estas circunstâncias, costuma ser citada como exemplo a existência de um acordo anterior entre as partes, onde se estabeleceu que o silêncio importasse em aceitação, ou o fato de as partes continuamente entabularem contratos de mesma natureza, ou estarem sujeitas a práticas específicas.

Em relação aos usos que o artigo em comento confere importância na apreciação do silêncio, pode-se dizer que esses são aqueles aplicáveis ao caso levando em conta a sua época, o seu lugar, atinentes ao tipo de contrato que estiver se formando, bem como os que se costumam esperar das partes em casos semelhantes[263].

Ou seja, o silêncio poder valer tanto como vontade positiva, como negativa, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto. Mais que uma cláusula

---

[262] FRADERA, Véra Jacob de. O valor do silêncio no novo código civil. *In*: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim P. de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Orgs.) **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 569-82.

[263] TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação contratual**: elementos qualificadores de sua valoração declarativa. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p.114.

geral, o art. 111 parece ser um texto integrado por conceitos indeterminados, uma vez que a consequência jurídica (eficácia da aceitação negocial) já está predisposta na norma, devendo o juiz apenas concretizar as premissas, isto é, o que sejam, concretamente, as circunstâncias do caso e os usos do local da contratação, para atingir a conclusão acerca de determinado silêncio ser ou não meio declarativo de aceitação.[264]

Entretanto, tanto nos casos de existência de circunstâncias que qualificam o silêncio como aceitação, quanto nas hipóteses em que os usos o fazem, o silêncio somente poderá ser valorado como declaração quando não houver a necessidade de que a declaração seja expressa, pois, do contrário, não se poderá concluir que esse importou aceitação. Nesse sentido *"il paraît préférable de considérer que l'usage confere au silence une signification objective qui en fait un véritable moyen de communication, analogue à un langage".*[265]

Na arbitragem, ainda mais raramente, poderia se atribuir ao silêncio como sendo uma forma de manifestação de vontade das partes de aderirem à convenção arbitral. Entretanto, por meio dos usos e costumes, como visto no caso *L'Aiglon x Têxtil União* do STJ, isto seria possível, pois o caso corroborou o entendimento de que os usos e costumes possuem fundamental importância na constituição dos casos de eficácia do silêncio como manifestação de vontade, e, via de consequência, como gerador de obrigações. Excepcionalissimamente, o silêncio poderia ser reputado como consentimento, desde que as circunstâncias legitimem tal entendimento.

3.4 REPENSANDO A IMPORTÂNCIA DO CONSENTIMENTO DAS PARTES NA ARBITRAGEM COMERCIAL

Conforme visto ao longo do presente trabalho, a formação de qualquer negócio jurídico se baseia no princípio do consensualismo, segundo o qual o acordo de vontades é suficiente à conclusão da avença.

Apesar disso, quando aplicado à arbitragem, verificou-se que o consentimento sofreu algumas mudanças, pois pode se dizer que seu conceito foi

---

[264] TUTIKIAN, 2007, p.105.
[265] GHESTIN, 1988, p.309.

alargado para flexibilizar os requisitos formais, permitindo que a manifestação de vontade das partes seja demonstrada de outras maneiras, além da mera comprovação da existência da convenção por escrito, com a assinatura dos contratantes. Mesmo que o consentimento não tenha mudado em seu fundamento, a prova dele passou a se dar de outras maneiras, para que pudesse englobar as práticas criadas pelo desenvolvimento da arbitragem internacional e do próprio comércio internacional.

Entretanto, apesar de parte da doutrina não concordar com esta visão e alegar, inclusive, a existência de um possível declínio do consentimento, ou da importância que ele exerce na verificação do alcance da convenção arbitral[266], não se deve olvidar que consentir permanece e é provável que se mantenha, a regra padrão na avaliação da jurisdição arbitral, mesmo que a prática permita o uso de um número de abordagens, critérios e normas que são menos ou até mesmo não consensuais, pois não se deve esquecer que a arbitragem tem no consentimento um de seus pilares mais fundamentais.

[266] YOUSSEF, 2010, p.224-36.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente estudo foi o de compreender e examinar o princípio do consensualismo na arbitragem comercial, nacional e internacional, tendo em vista que não há de se falar dessa forma de resolução de disputassem acordo de vontade das partes.

Num primeiro capítulo examinou-se que a convenção arbitral é considerada um verdadeiro negócio jurídico, dotado de autonomia em relação ao contrato em que esteja eventualmente inserida. E é por isso que o seu exame deve ser feito, ademais da legislação específica, também à luz do disposto no Código Civil.

Quando se fala em autonomia da convenção arbitral, no sentido mais utilizado deste princípio, deve-se entender que esta é juridicamente autônoma do contrato principal. Sendo assim, a validade, a eficácia ou a extinção do contrato não influem necessariamente na validade, na eficácia ou na extinção da convenção arbitral, e vice-versa, e ainda que o contrato principal revele algum vício, este não se estende obrigatoriamente àquela. A autonomia da convenção arbitral garante a própria autonomia da vontade dos compromitentes e, ao mesmo tempo, mantém na arbitragem litígios que, de outro modo, acabariam no Poder Judiciário, tais como as alegações de inexistência e invalidade do contrato principal.

Ademais, sendo a convenção arbitral um negócio jurídico, está ela, logo, assentada no princípio fundamental da autonomia privada, a saber, o poder de autodeterminação, pelo qual o ordenamento jurídico oferece e assegura aos particulares a possibilidade de regular as suas relações, desde que respeitados certos limites.

A declaração de vontade que constitui a convenção arbitral é fruto de um processo de formação que se inicia no íntimo das pessoas, até que, dada por estruturada internamente, é emitida, exteriorizada. Deve, pois, corresponder ao que efetivamente se deseja, deve ser uma vontade consciente. Há, ainda, que se atentar para a liberdade na formação dessa vontade, ou seja, que o procedimento todo seja decorrente da livre manifestação do pensamento individual, uma manifestação de vontade não viciada.

Já no segundo capítulo, viu-se que, com o advento do princípio consensualista, a vontade das partes acabou por se sobrepor às exigências de forma para a constituição dos negócios jurídicos. Sendo assim, à exceção dos contratos solenes ou que dependem de exigências especiais, vige, no direito brasileiro, a regra da liberdade formal para a demonstração da válida manifestação de vontade das partes a fim de formarem um contrato, nos termos do artigo 107 do CCB.

A convenção arbitral, no entanto, encontrar-se-ia em situação intermediária, tendo em vista que, apesar de ser exigida a forma escrita, a LBA não exige quaisquer outros requisitos ou formalidades adicionais para a sua validade.

A forma escrita da convenção arbitral teria uma função acautelatória, na medida em que seu escopo seria o de garantir que ambas as partes estejam conscientes, acauteladas do negócio jurídico que estão por concluir, e que retira a possibilidade de apreciação do litígio pelo Poder Judiciário.

Entretanto, tanto em relação ao direito brasileiro, como em relação a outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, as exigências formais da convenção arbitral vêm sofrendo um processo de flexibilização, sobretudo no que tange ao requisito de sua demonstração por escrito, tendo em vista a dinâmica do comércio internacional e o regramento constante em instrumentos internacionais sobre arbitragem comercial internacional, tais como a CNI e a Lei Modelo da UNCITRAL. Ou seja, a tendência das legislações nacionais é de mitigar as exigências de forma em prol de sua adequação ao desenvolvimento tecnológico e às necessidades do comércio internacional.

É por isso que a doutrina e a jurisprudência internacionais têm tentado interpretar de forma mais branda os requisitos de forma estabelecidos pelas legislações nacionais e convenções internacionais, sobretudo em relação à exigência da convenção arbitral escrita, no sentido de que estes requisitos não mais constituam um obstáculo à resolução das disputas pela arbitragem e se adequem às modernas formas de comunicação e de negociação presentes na atualidade.

Em relação à cláusula compromissória, conforme mencionado, o legislador brasileiro primou pelo não formalismo no que diz respeito à manifestação de vontade das partes. Apenas exigiu-se que ela seja convencionada por escrito,

sem estipular qualquer regra em relação à forma pela qual deve revestir-se a manifestação de vontade das partes. A ausência de formalidades pela LBA a respeito de como o consenso das partes deve ser manifestado coaduna-se com as regras de direito civil vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, relativamente à manifestação do consenso nos contratos em geral, e que são aplicáveis à cláusula compromissória.

Apesar disto, o debate da forma da convenção arbitral no Brasil ainda tem um longo percurso, pois a jurisprudência pátria tem interpretado restritivamente os requisitos de forma e denegado a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras com base em requisitos que não encontram guarida na LBA, como é o caso da assinatura das partes. Nesse sentido, a jurisprudência pátria mostra-se destoante do que tem ocorrido nos foros internacionais, em que, cada vez mais, flexibilizam-se os requisitos da convenção arbitral em prol da eficiência da arbitragem.

Não haveria justificativa para submeter a convenção arbitral a requisitos de forma mais estritos do que aqueles a que estão submetidos as outras disposições contratuais, pois a arbitragem não é mais considerada uma forma perigosa ou excepcional de solução de controvérsias, em que as partes abrem mão de direitos fundamentais, tal qual o acesso à jurisdição, mas sim, um meio natural e adequado para a resolução de disputas. Ademais, os requisitos de forma não promovem necessariamente certeza jurídica, podendo significar, em muitos casos, o surgimento de problemas adicionais às partes.

No que tange ao consentimento das partes, é necessário ressaltar que deve ser realizada uma distinção entre o requisito da forma escrita da convenção arbitral e o da existência de um consentimento válido, tendo em vista que é possível existir um sem o outro. Para que se estabeleça uma convenção arbitral válida, tanto os requisitos de forma como a presença dos requisitos necessários ao consentimento das partes devem ser satisfeitos.

A mais importante condição, aceita quase de forma universal nos sistemas jurídicos, para a validade dos contratos e dos negócios jurídicos em geral, é o consentimento das partes, ou seja, aquela vontade mútua das partes de que um contrato com um conteúdo determinado irá regular a sua relação jurídica (*consenting minds*).

Diz-se que, em relação à convenção arbitral, os elementos essenciais (*essentialia negotii*) que devem ser atingidos pelas partes para que se tenha uma convenção arbitral válida é o acordo de que qualquer disputa que surgir entre elas será resolvida por meio da arbitragem e a indicação da relação legal de onde pode surgir esta eventual disputa, que será justamente o objeto da arbitragem. O consenso das partes deve ser atingido em relação a estes dois aspectos para que se tenha um acordo arbitral substancialmente válido.

Portanto, a verificação da existência do consentimento para a análise da validade da convenção arbitral persiste, pois, para que uma cláusula arbitral seja válida, deve haver o encontro de vontade das partes. Assim, por mais que o consentimento esteja em constante evolução, permanece ele como o principal critério a ser utilizado para determinar se houve ou não a escolha válida pelo procedimento arbitral.

A escolha da arbitragem como método de resolução de disputas, via de regra, se perfectibiliza mediante a manifestação inequívoca das partes envolvidas no negócio jurídico. Entretanto, tendo em vista a prática contratual atual, sobretudo em âmbito internacional, marcada pela complexidade e celeridade dos atos e pela sofisticação de seus usuários, não se exigem tantos formalismos, não ao menos no sentido que outrora se exigia, para que uma parte possa ser abarcada por uma convenção arbitral, desde que o comportamento das partes envolvidas no negócio acene para o seu consentimento.

Levando em consideração especificamente o exemplo estudado da extensão da convenção arbitral a partes não signatárias pertencentes a um mesmo grupo societário, conclui-se que a existência do grupo societário constitui apenas um primeiro indício da participação da sociedade não signatária no negócio jurídico, sendo esta uma presunção relativa, tendo em vista admitir prova em contrário.

Isso porque, independentemente de se estar em face de um grupo societário, as empresas que o integram são dotadas de personalidades jurídicas próprias, por isso que é preciso analisar cuidadosamente a participação de cada empresa não signatária no negócio jurídico e, mais especificamente, se houve manifestação, ainda que tácita, do consentimento em relação à arbitragem, ou seja, da vontade de ser parte no negócio jurídico subjacente. A doutrina da extensão deve, logo, ser aplicada com cautela, não sendo suficiente a mera

existência de um grupo societário para legitimar a sua aplicação, pois é necessário verificar, levando em consideração todas as circunstâncias da relação jurídica existente, e das ações e transações passadas das partes, se essas têm a intenção de fazer abarcar em seu acordo arbitral a empresa não signatária.

De qualquer forma, o consentimento é a noção fundamental que se busca ao se inquirir se uma sociedade é parte de uma convenção arbitral. Mesmo que teorias tenham sido desenvolvidas, tais como a do grupo de sociedades, o início e o término da questão passa pelo consentimento, para se verificar se as partes, com suas ações e de boa-fé, intencionaram que um determinado não signatário viesse a fazer parte de sua convenção arbitral.

Seja o consentimento expresso ou uma conduta que leva à compreensão do consentimento implícito da parte, este é ainda a base na qual a maior parte das decisões da jurisprudência internacional se apoia para decidir as questões da extensão da convenção arbitral. Afinal de contas, a convenção arbitral é um instrumento consensual e tudo o que se afasta dessa regra deve ser verificado com cautela, sob pena de ferir a previsibilidade necessária nas transações comerciais internacionais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rafael Francisco. Corte Internacional de Arbitragem da CCI. Sentença Parcial nº 4.131, de 23 de setembro de 1982. *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*. *In*: **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 20, 2008, p.197-206.

ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado Geral de Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, n. XXXII, n.116, p.174 e ss., jul. 2012, p.175.

_____. Extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no Direito Societário. *In*: **Revista do Advogado**, ano XXXIII, n.119, AASP, p. 140 e SS, abr. 2013.

ARAUJO, Nadia de. **Contratos internacionais**: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

AUBERT, Jean-Luc. ***Le contrat**: droit des obligations*. 2e ed. Paris: Dalloz, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Negocio juridico e **declaração negocial**: noções gerais e formação de declaração negocial. (Tese de Doutorado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo,1986.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BARRAL, Welber. O caso ANEL v. Trelleborg. *In*: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre: Síntese, v.1. n.2, p.123-34.abr-jun. 2004.

BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: UFRGS, 1996, p.200-11. v.12.

_____. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. *In*: **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais**, São Paulo, v.3, n.9, p.307-14, 2000.

_____. **Curso de direito internacional privado**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORN, Gary B. ***International Commercial Arbitration***. 2e. The Hague: Kluwer Law International, 2014.

BRAGHETTA, Adriana. Cláusula Compromissória – Contrato Não Assinado – Participação no Procedimento Arbitral – SEC 856 – STJ. *In*: **Revista Brasileira de Arbitragem**, n.7, p.103-22, jul.-set., 2005.

CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades. Tradução de Valeria Galíndez. *In*: **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, v.21, p.339-86, 2003.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHARPENTIER, Élise. *Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme/consensualime*. *In*: ***Les Cahiers de Droit,*** v.43, n. 2, p. 275-97, 2002.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte I, Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, José Augusto Fontoura. A vontade e a forma: a percepção da arbitragem no caso do contrato de seguro do Projeto Jirau. *In*: **Revista de Arbitragem e Mediação**, v.38, p.35-50, 2013, p.38.

DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. **Cláusula de Arbitragem nos Contratos Comerciais Internacionais**: seus requisitos de forma e a jurisprudência do STJ. São Paulo: Atlas, 2015.

DERAINS, Yves. *Chapter 7. Is there A Group of Companies Doctrine*? *In*: SCHWARTZ, Eric A. and HANOTIAU, Bernard (eds). ***Multiparty Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law***, v. 7 (*Kluwer Law International; International Chamber of Commerce* (ICC) 2010, p.131-45.

DEYÁ, FEDERICO S. *Incorporación de partes no signatárias al arbitraje*. *In*: **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n.7, p.159-71, out-dez. 2005.

FERRI, Luigi. ***La autonomía privada***. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FORRAY, Vincent. ***Le Consensualismedans la théoriegénérale du contrat***.Paris: Librairie Générale de Droitet Jurisprudence, 2007.

FOUCHARD, P; GAILLARD, E; GOLDMAN, B. ***Traité de l'arbitrage commercial international***. Paris: Litec, 1996.

FRADERA, Véra Jacob de. O valor do silêncio no novo código civil. *In*: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim P. de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Org.) **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 569-2.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil** – Esboço, Brasília: Ministério da Justiça, 1983. v. 2.

GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil. Les Obligations.* ***Le Contrat***: *formation*. 2e.ed. Paris: Librarie Générale de Droit et Jurisprudence, 1988.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade Objetiva***.* (Tese de Doutorado). Programa de Pós-Graduação. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p.202.

GREBLER, Eduardo. Artigo V (Inciso 1 "A" e "B"): a recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira com base no Artigo V, (1), alíneas "A" e "B" da Convenção de Nova Iorque. *In*: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). **Arbitragem comercial internacional**: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p.198-9.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993.

HANOTIAU, Bernard. ***Complex Arbitrations****: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

HANOTIAU, Bernard. *Non-signatories in International Arbitration: lessons from thirty years of case law*. *In*: Albert Jan van den Berg (ed), ***International Arbitration 2006****: Back to Basics*? ICCA *Congress Series*, v. 13, *Kluwer Law International*, 2007, p.341-58.

HIRONAKA, Giselda M. F. N. Contratos reais e o princípio do consensualismo. *In*: **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo: Universidade de São Paulo. v.84-5, p.79-91, 1989/1990, p.3. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67133/69743>. Acesso em: 22 jun. 2015.

HOSKING, James M. ***The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration****: doing justice without destroying consent.* Disponível em: <http://heinonline.org>. Acesso em: 15 jun. 2014.

ICCA. *International Council for Commercial Arbitration*. ***ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention****: a handbook for judges*, 2011, p.46-7.

JABARDO, Cristina Saiz. **"Extensão" da Cláusula Compromissória na Arbitragem Comercial Internacional**: o caso dos grupos societários. (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, Largo São Francisco, 2009, p.104.

JARROSSON, Charles. *Les frontières de l'arbitrage*. *In*: ***Revue de l'arbitrage***. Issue. 1, 2001.

KAPLAN, Neil. *Is the need for writing as expressed in the New York Convention and the Model Law out of step with commercial practice? In*: ***ArbitrationInternational***, LCIA, v.12, n.1, p.27-45, 1996, p.29.

LEMES, Selma M. F. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. *In*: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. F.; MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.124.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. ***Comparative International Commercial Arbitration***. Kluwer Law International: The Hague, 2003.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003, p.283-4. v. 1.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional. *In*: **Revista Brasileira de Arbitragem**. São Paulo, n.47, p.7-37, 2015.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Comentários à Lei nº 9.307/96. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Arbitragem**. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista. Disponível em: <http://www.tradutoresjuramentados.com/ zpbm/artigos/arbcapcon.ht*m*>. Acesso em: 2 jul. 2015.

MAZEAUD Jean; MAZEAUD, Henri; CHABAS, François; MAZEAUD, Léon.***Leçons de Droit Civil, Obligations, Théorie Générale***. Tome II, 1er volume. 9e ed. Paris: Montchrestien, 1998, p.123.

MCKENDRICK, Ewan. ***Contract Law*** *– Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades** – A prática arbitral da CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. **Tomo III**: negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma e prova. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. *In*: **Revista dos Tribunais**, 1996, p.679-98. v.729.

MUNHOZ, Eduardo. Arbitragem e grupos de sociedades. *In*: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional**: 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008, p.149-80.

MUNIZ, Joaquim de Paiva; PRADO, Maria da Graça Almeida. *Agreementin writing* e requisitos formais da cláusula de arbitragem: nova realidade, velhos paradigmas. *In*: **Revista de Arbitragem e Mediação**, v.26, p.59-62 e ss. jul. 2010, p.61-2.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NEVES, José Roberto de Castro. Arbitragem nas relações de consumo – uma nova esperança. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coords.). **Arbitragem e mediação**: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015, p.197.

PARK, William W. *Non-Signatories and International Contracts: an Arbitrator's Dilemma*. *In*: ***Multiple Parties in Internatioal Arbitration***, Oxford, 2009.

PRADO, Viviane Muller; TRONCOSO, Maria Clara. Análise do fenômeno dos grupos de empresas na jurisprudência do STJ. *In*: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n.40, p.97-120, abr-jun, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.1.

PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995.

PITOMBO, Eleonora C. Os efeitos da convenção arbitral – adoção do princípio *kompetenz-kompetenz* no Brasil. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p.329.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 2.ed. tomo 38, Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

RAÓ, Vicente. **Ato jurídico**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAU, Alan Scott. *Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of 'Consent'*. *In*: ***Arbitration International***, Kluwer Law International, v.24, Issue 2, p.199-264, 2008.

REZZÓNICO, Juan Carlos. ***Principios fundamentales de los contratos***. Buenos Aires: Editoreal Astrea, 1999.

SCALETSCKY, Fernanda S.; CÂNDIDO DE AZEVEDO, Marcelo e SERPA, Pedro Ricardo. Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. *In*: **Revista de Direito Empresarial**, v.3, p.321 e SS, maio 2014,.

SCALETSCKY, Fernanda S. A teoria dos grupos societários e a extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias. *In*: **Revista Brasileira de Arbitragem**, v.46, São Paulo: CBAr e Kluwer Law International, 2015, p.20 e ss.

_____. **Arbitragem e "Parte Fraca**": a Questão das Relações de Consumo. *In*: Revista Brasileira de Arbitragem, v.41, São Paulo: CBAr e Kluwer Law International, 2014, p.68-99.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **O silêncio como manifestação da vontade**. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

SILVA, Eduardo Silva da.**Arbitragem e direito da empresa**: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STEINGRUBER, Andrea Marco. ***Notion, Nature and Extent of Consent in International Arbitration.****Thesis for the degree of Doctor of Philosophy.* London: *Queen Mary University of London School of International Arbitration*, 2009. Disponível em: <https://qmro.qmul.ac.uk/jspui/bitstream/123456789/415/1/STEIUBERNotion Nature2 009.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2015.

STRAUBE, Frederico Gustavo; SOUZA, Marcelo Junqueira Inglez de; GAGLIARDI, Rafael Villar. Leis Aplicáveis à arbitragem *In*: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (Orgs.). **Arbitragem comercial**: princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC. São Paulo: Marcial Pons e CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, 2013, p.137-41.

TSANG, Alan. *Detemining the law applicable to arbitration agreements: the Common Law approach*. *In*: ***Mealey's International Arbitration Report***, v. 29 #5, may 2014, p.2.

TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação contratual**: elementos qualificadores de sua valoração declarativa. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p.114.

UZELAC, Alan. *The Form of the Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality – How far should we go?In*: ***Croat. Arbit. Yearb***, v. 8, 2001, p.104-5. Disponível em: <http://www.alanuzelac.from.hr/ pubs/B13forma-cay.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). ***Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards****: 40 Years of Application of the New York Convention. ICCA Congress Series,* Paris, v. 9, 1998. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

VICENTE, Dário Moura. **Direito Internacional Privado**. Ensaios – II. Coimbra: Almedina, 2005.

VISCONTE, Debora. **A jurisdição dos árbitros e seus efeitos**. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2009, p.45.

WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *In*: **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n.2, p.58, maio/ago. 2004.

_____. Artigo II (incisos 1 e 2): os aspectos formais da convenção de arbitragem (comentários do artigo II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e a sua aplicação no Direito Brasileiro). *In*: _____; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). **Arbitragem comercial internacional**: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p.102.

_____; GALÍNDEZ, Valéria. Caso Trelleborg. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.10.

_____. A teoria dos grupos de sociedades e a competência do juízo arbitral. *In*: **Revista de Direito Mercantil:** industrial, econômico e financeiro, ano XXXV, n.101, p.21-6, jan/mar,1996.

YOUSSEF, Karim. *The right or obligation to arbitrate of non-signatories in groups of companies: the limits of consent*. *In*: **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n.25, p.224-36, 2010, p.230.

ZANETTI, Cristiano de Souza. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: QuartierLatin, 2013.

ZUBERBÜHLER, Tobias. *Non-Signatories and the Consensus to Arbitrate. In*: **26 *ASABulletin***. The Hague: Kluwer Law International, 2008.

REFERÊNCIAS DOS CASOS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp n. 1.105.194/RS**,. Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 24/04/2009. Disponível em: Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 2 dez. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **SEC 885/EX**, Rel. Min. Francisco Falcão, Corte Especial. Julgado em: 18/04/2012. Ver as páginas 13 a 16 do acórdão, que contêm o voto vista do Min. Massami Uyeda. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **SEC n. 856**. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em: 18/05/2005. Disponível em:<http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **SEC n. 967**, Rel. Min. José Delgado, j. em 15/02/2006 e a SEC n. 866, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 17/05/2006, ambas do STJ. Disponível em:<http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **SEC nº 866**. Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial. Julgado em: 17/05/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **SEC nº 967**. Rel. Min. José Delgado, Corte Especial. Julgado em: 15/02/2006. No mesmo sentido, ver STJ, SEC nº 978, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial. Julgado em: 17/12/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **SE 5206 AgR/Espanha**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2001, p.998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jul. 2015.

_____. TJRJ, **ApCiv 2006.001.59128**, 15ª Câm. Civ., Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo. J. 30/01/2007. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. TJSP, **AgIn. 1.179.156-0/6**, 33ª Câm. Civ., Rel. Des. Sá Duarte. J. 25/06/2008. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. TJSP, **Ap. Civ. 0035404-55.2013.8.26.0100**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. j: 26/08/2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2015.

FRANÇA. COUMET, *Ès Qual. Et Ducler V. Société Polar-Rakennusos A Keythio, Cour D'appel De Paris* (1Ch. Suppl.), 8 March 1990. *In*: ***Revue de l'Arbitrage***, v. 1990, Issue 3 (1990), *Case Date*: 8 March 1990. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acesso em: 20 jul. 2015.

FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Coumet, és qual. et Ducler v. Société Polar-Rakennusos a Keythio, Cour D'appel De Paris* (1Ch. Suppl.), 8 March 1990. *In*: ***Revue de l'Arbitrage*,** v. 1990, Issue 3 (1990), *Case Date*: 8 March 1990. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain,* ***ICC Case* n. 4131** (1982).

_____. Corte de Apelação de Paris. *Coumet, és qual, et Ducler v. Société Polar-Rakennusos a Keythio, Cour D'appel De Paris* (1Ch. Suppl.), 8 March 1990. *In*: ***Revue de l'Arbitrage***, v. 1990, Issue 3 (1990), *Case Date*: 8 March 1990. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. **Corte de Apelação de Paris**.*Société Bomar Oil N. V. v Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, 4683, 20/01/1987. Disponível em: <http://newyorkconvention1958.org/>. Acesso em: 23 out. 2015.

_____. **Corte de Apelação de Paris**. *Cotunav v. Comptoir Commercial André*, de 28/11/1989.

_____. **Corte de Apelação de Paris**. *Société Kis France v. Société Générale* de 31/10/1989.

_____. **Corte de Apelação de Paris**. *Societé Korsnas Marna v. Société Duranz-Auzias* de 30/11/1988.

_____. ***Corte de Cassação Francesa****, Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb v. Dalico Contractors, 121 Clunet 432 (1994), j. 20/12/1993.*

_____. *Municipalite de Khoms El Mergeb v. Dalico Contractors, Cour de Cassation (1er Chambre Civile), Pourvoi* nº 9116828, 20 *December* 1993. *In*: **Revista Brasileira de Arbitragem**, v.30, p.165-7, 2011.

_____. *Société Omenex V. M. Hugon, Cour De Cassation (1re Ch. Civ), Not Indicated, 25 October 2005. In: Revue de l'Arbitrage.* v. 2005 Issue 4 (2005), *Case Date: 25 October* 2005. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acesso em: 21 jul. 2015.

INGLATERRA. *Arsanovia Ltd. &Ors.v. Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2012] EWHC3702 (Comm) (20 December 2012), [2013] 2 All ER 1.

_____. *Habas Sinai Ve Tibbi GazlarIstihsal Endustrisi AS v. VSC Steel Company Ltd* [2013] EWHC 4071 (*Comm*) (19 December 2013).

INGLATERRA. *Sulamérica Cia. Nacional de Seguros S.A. & Ors. v. Enesa Engenharia S.A. & Ors*. [2012] EWCA Civ 638 (16 May 2012), Lloyd's Rep 671. Casos sumarizados e comentados por: TSANG, Alan. *Determining the law applicable to arbitration agreements: the Common Law approach*. *In*: ***Mealey's International Arbitration Report***, v. 29 #5, may 2014.

ESTADOS UNIDOS. *JJ. Ryan & Sons v. RhonePoulencTextile SA*, 863 F. 2D 315 (4th Cir.1988).

_____. *PetersonFarmsInc v. C&M FarmingLtd* [2004], EWHC 121 (*Comm*), 62.

_____. *Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc*, (11th Cir. 1993).

SUÍÇA. *Saudi Butec Ltd et Al Fouzan Trading v. Saudi Arabian Saipem Ltd*, *unpublished ICC interim awards of 25 October* 1994, *confirmed by* DFT of 29 January 1996, ASA Bulletin 3/1996, p. 496/507.

_____. SWISS Federal Tribunal, case**130 III 66**, 21/11/2003.

REFERÊNCIAS DAS LEGISLAÇÕES

AUSTRÁLIA. ***Arbitration Act* de 1974**. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/ au/legis/cth/consol_act/iaa1974276/>. Acesso em: 23 nov. 2015.

BÉLGICA. ***Belgian Judicial Code*, *reforma* de 2013**. Disponível em: <http://www.cepani.be/en/arbitration/belgian-judicial-code-provisions>. Acesso em: 24 out. 2015.

BRASIL. CISG. ***Decreto Legislativo nº 538/12***. Disponível <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-publicacaooriginal-137911-pl.html>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. ***Decreto nº 4.311/02***. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/decreto/2002/D4 311.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

_____. **Decreto nº 4.719/03**. Disponível em: <http://www.planalto. gov.br/ ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. **Lei nº 10.046/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ leis/ 2002/ L10406.htm>. Acesso em: 23 jul. 2015.

_____. **Lei nº 5.869/73**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ leis/L5869.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. **Lei nº 9.307/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.

ESCÓCIA. ***Arbitration Act de 2010***. Disponível em: <http://www.legislation. gov.uk/asp/2010/1/contents>. Acesso em: 23 out. 2015.

ESPANHA. ***Lei de Arbitragem Espanhola de 2003***. Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/larbr-03.htm>. Acesso em: 28 jul. 2015.

FRANÇA. ***Código Civil Francês***. Disponível em: <http://www. legifrance.gouv.fr/ affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140707>. Acesso em: 24 jul. 2015.

_____. ***Código de Processo Civil Francês***. Disponível em: <http://www.legi france.gouv.fr/ affichCode.do?cidTexteLEGITEXT000006070716&date Texte=20151110>. Acesso em: 13 nov. 2015.

HONG KONG. ***Ordinance* 609 de 2011**. Disponível em: <http://www.legislation. gov.hk/ blis_pdf.nsf/ 6799165D2FEE3FA 94825755E0033E532/ C05151C760F783AD482577D900541075/$FILE/CAP_609_e_b5.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.

INGLATERRA. ***Arbitration Act de 1996***. Disponível em: <http://www.legislation. gov.uk/ukpga/1996/23/contents>. Acesso em: 20 nov. 2015.

IRLANDA. ***Arbitration Act de 2010***. Disponível em: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2010/act/1/enacted/en/pdf>. Acesso em: 24 nov. 2015.

NOVA ZELÂNDIA. ***Abritration Act de 1996***. Disponível em: <http://www.legislation. govt.nz/act/public/1996/ 0099/latest/DLM403277.html>. Acesso em: 23 out. 2015.

SUÉCIA. ***Arbitration Act de 1999***. Disponível em: <http://swedis harbitration.se/ wpcontet/uploads/2011/09/The-Swedish-ArbitrationAct.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2015.

SUÍÇA. ***Lei de Direito Internacional Privado da Suíça de 1987***. Disponível em: <https://www.swissarbitration.org/sa/en/rules.php>.Acesso em: 29 nov. 2015.

UNCITRAL. ***Convenção de Nova Iorque de 1958***. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english /texts/ arbitration/ NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2015.

_____. ***Lei Modelo de Comércio Eletrônico***. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. ***Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional de 1985***. Disponível em: <http://www.uncitral. org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>.Acesso em: 15 nov. 2015.

UNIDROIT. ***Unidroit Principles of International Commercial Contracts,* 2010**. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/ principles2010/integralversion principles2010-e.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.