

Coleção
Eduardo Espínola

Pedro Cavalcanti Rocha

**EXTENSÃO
DA CONVENÇÃO
ARBITRAL
AOS CONTRATOS CONEXOS**

2020

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

EXTENSÃO DA CONVENÇÃO ARBITRAL AOS CONTRATOS CONEXOS: UMA PROPOSTA

Conforme visto no capítulo anterior, as decisões sobre a extensão da convenção arbitral aos contratos conexos ainda não demonstram um padrão de aplicação.

Por este motivo, o presente capítulo proporá uma série de medidas que os aplicadores do direito deverão observar quando se depararem com a possibilidade ora estudada, afinal de contas o indivíduo “precisa ter certeza do que é a ordem jurídica, ter a confiança de que o Estado e os demais indivíduos atuarão conforme essa ordem e saber os reflexos de seus atos, a fim de poder conformar a sua conduta”.¹

Importante pontuar, evitando desnecessárias repetições, que não estudaremos novamente os temas que já foram expostos neste trabalho, mas apresentaremos uma proposta a respeito do momento em que eles deverão ser aplicados. Fazemos a ressalva de que a proposta se limita às arbitragens comerciais domésticas, não englobando arbitragens de investimento ou arbitragens internacionais que, por sua vez, possuem padrões hermenêuticos diferentes dos aqui debatidos.

1. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 54.

Inicialmente, quando se está diante da possibilidade de se estender a convenção arbitral tanto objetivamente quanto subjetivamente, deve-se atentar que é o árbitro ou o tribunal arbitral quem possui jurisdição para tratar do assunto, pois, nos termos do parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem, bem como do princípio da competência-competência,² ele é quem define e interpreta os limites de existência, validade e eficácia da convenção arbitral.

Definido que é o árbitro quem deverá realizar ao menos o primeiro juízo sobre a extensão, entendemos que o seu ato inicial deverá ser analisar se a proposta de extensão está dentro das possibilidades de arbitrabilidade, ou seja, se a pessoa a ser inserida no procedimento arbitral pode ser parte ou se o contrato a ser interpretado trata de direito patrimonial disponível.³

Estando dentro dos limites de arbitrabilidade do ordenamento jurídico brasileiro, deverá o intérprete fazer uma análise perfunctória sobre a possibilidade do pedido de extensão, apenas observando, ainda em cognição sumária, se a possibilidade de extensão é plausível ou se poderia ser negada *prima facie* ante a flagrante falta de consentimento das partes em incluir o terceiro ao procedimento e/ou adicionar o objeto de determinado pacto inicialmente fora do escopo da arbitragem.

Apenas se o árbitro entender que existe pertinência na discussão sobre a eventual extensão da convenção arbitral, bem como que esta extensão respeitaria os limites de arbitrabilidade estabelecidos pela lei, ele deverá iniciar a discussão desta questão no procedimento, não significando, porém, que, ao alcançar a cognição exauriente, ele estenderá a convenção arbitral.

Caracterizada a plausibilidade de se discutir a extensão, os julgadores deverão abrir a possibilidade do contraditório às partes

2. Ver capítulo 2 deste trabalho.

3. Art. 1º da Lei de Arbitragem: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

para que elas se manifestem unicamente sobre esta questão. Caso alguma pessoa envolvida ainda não seja parte formal na arbitragem, ela deverá ser instada a se manifestar sobre a extensão da cláusula compromissória, sendo citada no procedimento inicialmente apenas para se manifestar sobre o assunto.

Surgem então duas problemáticas de ordem prática: (i) a parte que será citada deverá arcar com os encargos financeiros da arbitragem? (ii) como ficaria a questão do sigilo daquele procedimento em relação à pessoa a ser citada?

Quanto ao sigilo, entendemos que o mais correto deveria ser esclarecer, no momento da citação, que o citado está sendo instado a se manifestar sobre a sua participação em um procedimento sigiloso, devendo a vontade de ter acesso aos autos ser entendida como anuência tácita ao dever de sigilo. Ou seja, o citado receberia a citação apenas com informações básicas do procedimento e, junto da citação, deveria vir a informação que possibilitasse ao terceiro ter acesso aos autos através da secretaria da câmara arbitral e/ou do árbitro presidente em caso de arbitragens *ad hoc*.

Sobre as custas, entendemos que o citado não deverá ser responsabilizado por nenhum custo referente ao procedimento até que o tribunal arbitral defina a extensão da convenção arbitral em cognição exauriente.

Caso o tribunal arbitral opte pela extensão, o citado passa a ser parte no procedimento e deverá arcar com todos os custos dele provenientes, ao passo que, em caso de negativa da extensão, o citado não deverá ser responsabilizado por nenhum custo proveniente daquele litígio, podendo ainda o tribunal arbitral determinar o ressarcimento dos prejuízos incorridos com honorários advocatícios, que deverão ser reembolsados pela parte que requereu a extensão indeferida.

A sistemática até o momento exposta foi pensada para casos em que terceiros são instados a se manifestarem sobre a extensão da convenção arbitral durante o procedimento com o tribunal

arbitral já instaurado. Entretanto, também entendemos relevante esclarecer a nossa proposta para quando alguma das partes “deduz” a extensão, ou seja, inicia uma arbitragem indicando no polo passivo uma pessoa física ou jurídica, a qual, na formulação da tese do requerente, teria anuído implicitamente com tal convenção arbitral.

Nestes casos, entendemos que o procedimento deve seguir normalmente ao menos até a instauração do tribunal arbitral, porém, com algumas nuances que podem ajudar na efetiva solução quanto à extensão.

Após a apresentação do requerimento de arbitragem e de sua resposta, bem como da indicação dos árbitros, as partes deverão, quando da elaboração do termo de arbitragem, questionar expressamente a extensão deduzida pela parte adversa. Nesta situação, entendemos que o correto seria o tribunal arbitral registrar no termo de arbitragem a discordância da parte sobre a extensão da convenção arbitral, definindo, desde então, um prazo para que as partes se manifestem expressamente sobre a possibilidade de extensão da convenção arbitral, antes mesmo da apresentação das alegações iniciais.

Caso o tribunal arbitral conclua que não possui jurisdição sobre aquela parte por interpretar que a convenção arbitral não poderia ser estendida, decidirá pelo fim do procedimento em relação a ela, condenando quem “deduziu a extensão” ao reembolso da totalidade das custas arcadas até aquele momento procedimental.

Quanto à análise meritória da extensão, já traçamos neste trabalho alguns parâmetros a serem analisados. Neste ponto, vale lembrar que a extensão da convenção arbitral pode ser fundamentada em diversas teorias como, por exemplo, a do grupo de companhias, porém, a presente proposta foi elaborada para os casos em que o pedido de extensão é formulado especificamente ante a teoria dos contratos conexos.

Já superadas as questões formais mencionadas neste capítulo, o primeiro ato do intérprete ao fazer a análise meritória da extensão deverá ser analisar se os contratos ali presentes são conexos, ou seja, se aquela pluralidade contratual está interligada por uma operação econômica única que permite a mitigação do princípio da relatividade.⁴

Para vislumbrar a existência de operação econômica única, o intérprete deverá analisar o interesse jurídico e a causa envolvidos na pluralidade contratual para, posteriormente, iniciar a análise do nexo finalístico da causa transcendente da tipicidade contratual ante uma estrutura plural e complexa. Uma vez caracterizado o nexo finalístico transcendente, a interpretação contratual deverá sair do foco do instrumento singular passando para toda a operação econômica única.

Em outras palavras, inicialmente o intérprete deverá caracterizar a pluralidade contratual para, posteriormente, determinar se há nexo funcional caracterizador da operação econômica única, buscando visualizar se as partes tiveram, mesmo que implicitamente, o intuito de atingir o objetivo comum através da pluralidade contratual. O julgador deverá observar ainda se há, naquela pluralidade, a existência de uma finalidade que transcenda a individualidade de cada contrato.

Nunca é demais lembrar que a extensão da convenção arbitral é exceção, devendo ser aplicada somente se o árbitro conseguir caracterizar a vontade das partes em participar da operação econômica única e o conhecimento delas acerca de tal operação, bem como se não for possível realizar a interpretação do contrato de forma singular, ou seja, fora da operação econômica única. Assim, além da operação econômica autorizadora da extensão da convenção arbitral dever ser única, o contrato precisa ser incindível, ou seja, não passível de ser interpretado de forma singular.⁵

4. Ver capítulo 3, mais especificamente o subcapítulo 3.3 deste trabalho.

5. Também entendeu desta forma o Ministro Marco Aurélio Belizze no julgamento do REsp 1.519.041/RJ.

Isso quer dizer que, mesmo que haja conexão contratual e que seja caracterizada a operação econômica única, se o intérprete entender que o objeto do procedimento arbitral permite o seu julgamento sem a realização da extensão da cláusula compromissória e, ainda, sem prejuízo da operação econômica única, o procedimento assim deverá ser julgado.

Caracterizada a conexão contratual através da operação econômica única e do contrato incindível, o intérprete deverá realizar a extensão da convenção arbitral, devendo idealmente caracterizar, na fundamentação da sua decisão, os seguintes elementos: (i) existência da pluralidade contratual; (ii) conexão contratual através da existência de operação econômica única; (iii) manifestação de vontade das partes em arbitrar; (iv) impossibilidade de interpretar o contrato de forma independente da operação econômica única.

Ao analisarmos os precedentes neste trabalho, percebemos que uma situação prática comum ocorre quando algum dos contratos conexos possui cláusula de foro estatal e outros, cláusulas compromissórias. Nesta situação, entendemos que, se o contrato for interpretado dentro da operação econômica única, cuja intenção das partes foi pela resolução pela via arbitral, e o objeto estiver dentro dos limites de arbitrabilidade, a cláusula de foro deverá ser levada em consideração apenas para questões que fujam ao escopo da arbitragem, como, por exemplo, pleitos de tutela provisória de urgência, execução da futura sentença arbitral ou até mesmo julgamento de ação anulatória de sentença arbitral.⁶

Com o objetivo de tentar esgotar ao máximo as questões práticas referentes à aplicação da teoria em questão, passamos a

6. Em sentido semelhante: STJ, REsp 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28/02/2012; STJ, REsp 944.917/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03/10/2008; CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*; São Paulo: Atlas, 2007; LEMES, Selma Ferreira. Cláusulas combinadas ou fracionadas: arbitragem e eleição de foro. *Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo- AASP, Edição Especial sobre Arbitragem*, n.119, abril, 2013 p. 153/158.

analisar a problemática da escolha dos árbitros quando uma nova parte for inserida no procedimento arbitral pela extensão subjetiva da convenção de arbitragem após instaurada a arbitragem.⁷

Vale lembrar que esta problemática apenas surge nos casos de extensão subjetiva – excluídas as hipóteses da extensão objetiva – em momento posterior à instauração da arbitragem, em que o tribunal defira a extensão quando da análise de mérito desta questão e que a(s) parte(s) inserida(s) ao procedimento discorde(m) formalmente do árbitro ou dos árbitros que componham o tribunal. Fora esta ocasião específica e não havendo motivos de impedimento e/ou suspeição, o tribunal arbitral será mantido.

A arbitragem tem como fundamento basilar a autonomia da vontade das partes e a Lei de Arbitragem define, em seu art. 13 que, “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”. A escolha dos árbitros é, normalmente, definida pelo regulamento da câmara arbitral ou pela própria convenção arbitral. A complexidade começa a surgir quando estamos tratando de arbitragens multipartes, ou seja, com mais de uma parte em algum dos polos, situação padrão nos casos de extensão subjetiva da convenção arbitral.⁸

O caso Dutco é um precedente extremamente relevante para esta questão.⁹ Naquela ocasião, duas empresas foram colocadas no polo passivo do procedimento arbitral que era processado na CCI e, desde a resposta ao requerimento de arbitragem,

7. O artigo 19 da Lei de Arbitragem define que “Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”, ou seja, a arbitragem só se considera instaurada quando da aceitação da nomeação pelo árbitro único ou quando da aceitação do árbitro presidente nos casos de tribunal arbitral. Até este momento, por não haver tribunal arbitral (ou arbitragem) formalmente instaurada, há possibilidade de modificar o critério da escolha de árbitros caso alguma parte seja inserida através da extensão subjetiva da convenção arbitral.

8. CAPRESSE, Oliver. *A Constituição do Tribunal Arbitral em Arbitragem Multiparte*. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 8, out/dez, 2005, p. 83.

9. Falaremos muito brevemente sobre o caso, para maiores detalhes: LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem Multiparte*. Notas sobre o caso Dutco. Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo. n. 29, 2011, p. 210/211.

manifestaram-se no sentido de que seria necessário haver dois procedimentos arbitrais para a resolução daquelas controvérsias, pois os objetos dos litígios deveriam ser julgados separadamente, ante o fato de as empresas possuírem interesses diversos. Recusaram-se, ademais, a indicar um árbitro conjuntamente.

A CCI rejeitou o pleito, informando que, se as partes não indicassem conjuntamente um árbitro, a câmara o faria, o que levou os demandados a apontarem o nome do árbitro, porém, sempre contestando a jurisdição do tribunal.

Alegando que o procedimento estava sendo realizado fora dos parâmetros definidos na convenção arbitral, os demandados instaram o tribunal a decidir sobre a sua jurisdição em sentença parcial, que foi questionada posteriormente na Corte de Apelação de Paris. A Corte julgou improcedente o pedido formulado pelos demandados, que recorreram à Corte de Cassação. A instância superior, por sua vez, reformou a decisão fundamentando-se no fato de o demandante ter podido escolher separadamente o seu árbitro enquanto os demandados tinham sido “forçados” a indicarem um árbitro conjuntamente, o que feriria a igualdade das partes e a paridade de armas.

O caminho encontrado para solucionar a questão foi o de que o mesmo critério de escolha deveria ser utilizado para todos os envolvidos, ou seja, a câmara arbitral deveria indicar todos os árbitros e designaria um para ser o presidente.¹⁰ Esta solução levou,

10. Esta sistemática foi bem recebida pelos arbitralistas e se enraizou no regulamento da CCI desde 1998, estando, atualmente, normatizada no artigo 12.8 do regulamento de 2017: “Na falta de designação conjunta nos termos dos artigos 12(6) e 12(7) e não havendo acordo das partes a respeito do método de constituição do tribunal arbitral, a Corte poderá nomear todos os membros do tribunal arbitral, indicando um deles para atuar como presidente. Neste caso, a Corte terá liberdade para escolher qualquer pessoa que julgue competente para atuar como árbitro, aplicando o artigo 13, quando julgar apropriado”. No Brasil, a Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC) possui norma semelhante no art. 4.8 do seu Regulamento: “Se nenhum dos múltiplos requerentes ou nenhum dos múltiplos requeridos se manifestar, a indicação será realizada pela Diretoria da CAMARB. Caso apenas um dos múltiplos requerentes ou um dos múltiplos requeridos se manifeste, prevalecerá a indicação de árbitro feito por este. Havendo

a partir daí, à alteração do regulamento da CCI, para ser aplicada aos casos de arbitragem multipartes em que algum dos polos não concordasse em indicar conjuntamente um árbitro.

Importante frisar que esta sistemática não fere nenhum princípio da arbitragem, pois a livre escolha do árbitro não é direito absoluto das partes no procedimento arbitral, conforme se observa, por exemplo, da leitura do art. 7º da Lei de Arbitragem,¹¹ ocasião específica em que o magistrado estatal poderá indicar o árbitro para a solução do litígio em substituição à vontade das partes.

Assim, nos casos em que, após a instauração da arbitragem, ocorra a extensão subjetiva da convenção arbitral a um terceiro que cause o impedimento de algum membro do tribunal arbitral e/ou que discorde imotivadamente do painel arbitral em questão, entendemos que a solução mais adequada seja a escolha de um novo árbitro único (se escolhido em consenso pelas partes) ou tribunal arbitral pela câmara arbitral, mantendo-se a isonomia e paridade de armas. Evidentemente, caso a parte incorporada ao

dissenso entre os múltiplos requerentes ou entre os múltiplos requeridos, a Diretoria da CAMARB nomeará os três integrantes do tribunal arbitral, indicando quem exercerá a presidência”.

11. Art. 7º da Lei de Arbitragem: “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”.

procedimento arbitral concorde com o árbitro ou o tribunal arbitral já constituído, este deverá ser mantido, independente da manifestação das outras partes envolvidas.

Caso a extensão ocorra antes da instauração da arbitragem e o regulamento da câmara arbitral seja silente sobre o assunto, entendemos que o ideal seria que (i) as partes chegassem a um consenso sobre o nome que irão indicar como coárbitro do seu respectivo polo (ativo ou passivo); ou (ii) a câmara arbitral escolhesse todos os árbitros, atribuindo a presidência do tribunal a algum deles.

Em caso de procedimento *ad-hoc*, havendo a extensão subjetiva da convenção arbitral após a instauração da arbitragem a um terceiro cujo o árbitro único ou algum(ns) membro(s) do tribunal tenha impedimento e/ou que discorde imotivadamente do tribunal arbitral em questão, entendemos que a solução mais adequada, caso as partes não cheguem a um consenso sobre o novo tribunal arbitral, é que seja ajuizada a ação do art. 7º da Lei de Arbitragem para que o juiz estatal possa realizar a escolha do novo tribunal arbitral em substituição à vontade das partes.¹²

A decisão em cognição exauriente que estende ou não a convenção arbitral tanto subjetivamente quanto objetivamente tem como objetivo dar fim à questão específica da vinculação à convenção arbitral, motivo pelo qual tem caráter terminativo, possuindo, ao nosso ver, natureza de sentença parcial.¹³ O Superior

12. Ver nota 319.

13. As melhores práticas publicadas pela Câmara de Comércio Internacional, inclusive, indicam que as decisões que tratem da extensão da jurisdição arbitral sejam proferidas em formato de sentença e não de ordens processuais simples: "It is a long-standing practice of the Court to prefer decisions on jurisdiction to take form of awards rather than procedural orders. A decision that the arbitral tribunal possesses no jurisdiction at all should be in the form of a final award, as its effect will be to end the arbitration". FRY, Jason; GREENBERG, Simon; MAZZA, Francesca. *The secretariat's guide to ICC Arbitration*. ICC Publication: Paris, 2012, p. 88. No mesmo sentido: FARIA, Macela Kohlbach de. *Participação de terceiros no procedimento arbitral*. Orientador: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. 2019. Tese de doutoramento em Direito Processual apresentada na

Tribunal de Justiça, ao enfrentar a questão, decidiu de forma a corroborar a nossa opinião, inclusive estabelecendo que o prazo para o ajuizamento de ação anulatória se inicia a partir da notificação da parte sobre a sentença parcial que define a possibilidade ou não de extensão da convenção arbitral, e não da sentença final do procedimento.¹⁴⁻¹⁵

Nunca é demais lembrar que os magistrados não podem adentrar na análise meritória da sentença proferida em arbitragem, mesmo que parcial, muito embora, sobre a questão prática envolvendo a extensão da convenção arbitral, o mérito muitas vezes se confunda com os limites da convenção. É que, segundo o art. 32, IV da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção arbitral é passível de nulidade.¹⁶

Sendo sentença parcial, nas remotas hipóteses já expostas de substituição de árbitro único ou tribunal arbitral ante a extensão subjetiva da convenção arbitral, o(s) novo(s) julgador(es) não

Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 23 (Documento mimeografado).

14. Neste sentido, trecho do acórdão proferido no REsp 1.519.041/RJ: “tem-se que a decisão que indeferiu o pedido da Copergás de incluir a Petrobrás como litisconsorte no sistema arbitral caracteriza-se, indubitavelmente, como sentença arbitral (parcial), e, como tal, impugnável por meio de ação anulatória no prazo de 90 (noventa) dias, nos termos do § 1º do art. 33 da Lei n. 9.307/96. Como assinalado, a sentença parcial arbitral resolve parte da causa (reconhecendo-se ou não o direito alegado pela parte, ou reputando-se ausente pressupostos ou condições de admissibilidade da tutela jurisdicional pretendida) em definitivo, ou seja, finaliza a arbitragem na extensão do que restou decidido, sendo, portanto, apta, no ponto, à formação da coisa julgada. Nessa medida, a ação anulatória destinada a infirmá-la – único meio admitido de impugnação do decisum – deve ser intentada de imediato, sob pena de a questão decidida tornar-se imutável, porquanto não mais passível de anulação pelo Poder Judiciário, a obstar, por conseguinte, que o Juízo arbitral profira nova decisão sobre a matéria. [...] Em tal circunstância, como assinalado, a parte prejudicada deve valer-se imediatamente da ação anulatória (no prazo de 90 dias) para infirmar a sentença arbitral (parcial ou definitiva) que tenha decidido definitivamente a questão”.
15. O precedente foi comentado por José Rogério Cruz e Tucci em CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ação declaratória de nulidade da sentença arbitral parcial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-06/paradoxo-corte-acao-declaratoria-nulidade-sentenca-arbitral-parcial>>. Acesso em: 10 dez. 2018.
16. Art. 32, VI da Lei 9.307/96: “É nula a sentença arbitral se: [...] IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem”.