



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2015.0000629582

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0035404-55.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes GP CAPITAL PARTNERS V, LP e SMILES, LLC, são apelados RODRIGO MARTINS DE SOUZA, FERNANDO CORRÊA SOARES, ARBEIT GESTÃO DE NEGÓCIOS LTDA, BALADARE PARTICIPAÇÕES S/A e IMBRA S/A (MASSA FALIDA).

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U. Declara voto o revisor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente) e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 26 de agosto de 2015.

Pereira Calças
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

2

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

Comarca : São Paulo - 2ª Vara de Falências e Recuperações
Judiciais

Apelantes : GP Capital Partners V,LP e Smiles, LLC

Apelados : Fernando Correa Soares, Rodrigo Martins de
Souza, Arbeit Gestão de Negócios Ltda.,
Baladare Participações S/A e Imbra S/A (massa
falida)

VOTO Nº 28.076

Apelação. Direito Comercial/Empresarial.
Ação anulatória de sentença arbitral.
Alegação de não sujeição das autoras à
cláusula compromissória e à sentença
arbitral. Afastamento. Discussão sobre a
extensão da cláusula compromissória a
partes que não firmaram o contrato
gerador do litígio. Existência de grupo
de sociedades que não implica presunção
"jure et de jure" para o reconhecimento
da anuência de sociedade não signatária
à convenção de arbitragem. Caso
concreto. Vinculação que pode ser
reconhecida em razão das circunstâncias
negociais. Contrato empresarial
precedido de intensa negociação.
Consentimento implícito à eleição da
arbitragem como meio de solução de
conflitos derivados do negócio entre a
GP, suas controladas e os corréus



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

Rodrigo e Fernando. Prestação de garantia, pela GP PARTNERS, do cumprimento de todas as obrigações assumidas pelas controladas no contrato principal. Irregular constituição do Tribunal Arbitral não configurada. Indicação do árbitro realizada em conformidade com o regulamento da CAM/CCBC, escolhido para a regência do procedimento. Concordância com a nomeação e assinatura do termo de arbitragem pelas autoras. Proibição do "venire contra factum proprium". Sentença "extra petita" não configurada. Pedido de indenização formulado de forma ampla, conforme reconhecido no termo de arbitragem. Condenação à prestação de garantias que constitui mera adequação do modo de cumprimento da obrigação de indenizar. Improcedência mantida. Reforma da sentença apenas quanto ao valor arbitrado a título de honorários de sucumbência, a serem pagos pelas autoras aos patronos dos corréus Fernando e Rodrigo. Redução para R\$ 400.000,00. Apelo a que se dá parcial provimento.

Vistos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

1. Trata-se de ação com pedido de anulação de sentença arbitral que **GP CAPITAL PARTNERS V, LP e SMILES, LLC** movem contra **FERNANDO CORREA SOARES, RODRIGO MARTINS DE SOUZA, ARBEIT GESTÃO DE NEGÓCIOS LTDA., BALADARE PARTICIPAÇÕES S/A e IMBRA S/A (MASSA FALIDA)**, julgada improcedente pela sentença de fls. 2.616/2.630, da lavra do eminente Juiz Paulo Furtado de Oliveira Filho, cujo relatório se adota. As autoras foram condenadas a pagar as despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados, levando em conta a atuação dos advogados dos réus, a complexidade da causa e o valor envolvido na demanda, em: (i) 10% do valor da causa em favor dos réus RODRIGO e FERNANDO; (ii) R\$ 100.000,00 em favor das rés ARBEIT e BALADARE; e (iii) R\$ 50.000,00 em favor da massa falida da IMBRA. Embargos de declaração opostos pelas corrés ARBEIT e BALADARE (fls. 2.635/2.643) foram rejeitados (fl. 2.644).

Apelam as **autoras** às fls. 2.648/2.723. Tecem considerações sobre sua estrutura societária, sobre os pedidos deduzidos pelos requerentes da arbitragem e sobre a decisão de mérito dada pela sentença arbitral. Insistem na nulidade da sentença arbitral, pois o procedimento se deu contra sua expressa vontade, sem que jamais tivessem firmado cláusula arbitral alguma. Esclarecem não serem signatárias do contrato de compra e venda de ações e seus aditivos, ou mesmo do acordo de acionistas da IMBRA. Ressaltam a necessidade de ser inequívoca a vinculação da parte à cláusula pela qual renuncia a submissão de litígios à jurisdição estatal. Por tal razão, aduzem ser inadmissível a extensão a si da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

cláusula compromissória pelo simples fato de serem sócias e compartilharem alguns administradores com a ALMERIA. Consideram violada a garantia constitucional de livre acesso ao Judiciário. Argumentam com a autonomia da cláusula compromissória em relação aos demais dispositivos do contrato, nos termos do art. 8º da Lei nº 9.307/96. Invocam precedentes. Além disso, acrescentam, não tiveram a mesma oportunidade dada a seus adversários de nomear árbitro, em violação à paridade de armas entre as partes, salvaguardada pelo art. 5º, I e LV, da Constituição Federal, e art. 21, § 2º, da Lei nº 9.307/96. Segundo entendem, o regulamento da câmara arbitral então vigente não poderia se sobrepor às garantias processuais, de modo que deveria o Presidente da CCBC ter desconsiderado a indicação do primeiro e segundo árbitros e nomeado os três. Consideram irrelevante a falta de impugnação da irregular formação do Tribunal Arbitral na própria arbitragem. Sustentam, ainda, o caráter *extra petita* da sentença arbitral, visto que os dois primeiros apelados postularam a condenação das recorrentes ao pagamento de quantia em dinheiro, independentemente da satisfação das dívidas cobradas nas execuções. Contudo, obtiveram a condenação a uma obrigação de fazer, consistente na prestação de garantias em feitos que lhes são estranhos, o que implica violação aos princípios da inércia da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa. Invocam os arts. 128, 264 e 460 do Código de Processo Civil, e o art. 32, IV e VIII da Lei nº 9.307/96. Alegam não haver preclusão, pois a lei de arbitragem fez expressamente facultativos os pedidos de esclarecimentos em seu art. 30. Em caráter de



PODER JUDICIÁRIO

6

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

eventualidade, pedem a redução da verba honorária arbitrada a favor dos patronos dos dois primeiros apelados, uma vez que o montante equivalente a 10% do valor da causa resulta em aproximadamente R\$ 6,5 milhões. Pretendem sejam os honorários fixados em patamar similar aos arbitrados em favor dos demais réus. Pugnam pelo provimento para que a ação seja julgada procedente ou, ao menos, para que sejam reduzidos os honorários arbitrados em favor dos coapelados RODRIGO e FERNANDO.

Recurso preparado (fls. 2.724/2.727), recebido no duplo efeito (fl. 2.728), com contrariedade às fls. 2.815/2.851 (RODRIGO e FERNANDO), fls. 2.868/2.889 (ARBEIT e BALADARE) e fls. 2.898/2.902 (IMBRA).

Em parecer de fls. 2.858/2.866, a ilustre Promotora de Justiça TELMA DE S. M. GORI MONTES opinou pela reforma parcial da sentença, apenas para reduzir os honorários arbitrados em favor dos apelados FERNANDO e RODRIGO.

Pelo parcial provimento do apelo foi também o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, pela ilustre Procuradora de Justiça SELMA NEGRÃO PEREIRA DOS REIS às fls. 2.907/2.911.

Destaca-se, ainda, os pareceres dos eminentes Professores JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (fls. 284/320), CARLOS ALBERTO CARMONA (fls. 322/355) e FÁBIO ULHOA COELHO (fls. 2209/2239).



PODER JUDICIÁRIO

7

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

Relatados.

2. O apelo merece apenas parcial provimento.

A sentença deve, em sua maior e principal parte, ser mantida pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos.

Consigna-se que, corretamente, da sentença consta o seguinte quanto à alegação de não sujeição das autoras à cláusula compromissória e à sentença arbitral:

"As autoras alegam que não firmaram o contrato com os réus, que continha cláusula compromissória, e por isso não podem se sujeitar à sentença arbitral.

A norma que interessa ao litígio é o art. 4º, e respectivos parágrafos, da Lei 9307/96, do seguinte teor:

"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."



PODER JUDICIÁRIO

8

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

De acordo com a norma do parágrafo segundo, apenas em contrato de adesão, e somente nessa hipótese, a vinculação à cláusula compromissória depende de manifestação expressa e por escrito do aderente, com assinatura ou visto em tal cláusula, para garantir a plena ciência da adoção de mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias.

O parágrafo primeiro, por sua vez, exige uma cláusula escrita, mas, não sendo o contrato de adesão, não é obrigatória a adesão por manifestação expressa no próprio instrumento contratual, sendo admitida a aceitação tácita.

No caso dos autos, como não se trata de contrato de adesão, mas de contrato empresarial precedido de intensa negociação, evidente que a vinculação das autoras à cláusula compromissória não depende de assinatura delas no contrato.

Portanto, a adesão das autoras pode ser reconhecida em razão das circunstâncias negociais, ou seja, do comportamento por elas adotado nas negociações, revelador da real intenção de aderir à solução extrajudicial de controvérsias.

A conclusão, como se verá, não pode ser outra: o GP concordou com a arbitragem para solucionar os conflitos que surgissem entre ela, suas controladas e os réus Fernando e Rodrigo, decorrentes da aquisição do controle da Imbra.

Fernando e Rodrigo controlavam a Imbra e venderam as ações do bloco de controle para a Almeria, constando do contrato a cláusula compromissória (cláusula 16.10, a fls. 396).

Almeria era controlada pela Baladare, que, por sua vez, era controlada pela Smiles, que, por fim, era controlada pela GP.

Os recursos eram aportados à Imbra pela GP, por meio das sociedades acima mencionadas, meros veículos de investimento.

Quem era controlador indireto da Imbra era a GP. Os documentos juntados a fls. 1295, 1382, 1386, 1397/1398, 1400/1401, 1696/1697,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

demonstram que antes, durante e depois da assinatura do contrato entre os réus e a Almeria, quem esteve sempre na cena empresarial foi a GP.

Os executivos da GP negociaram os termos do contrato com os réus, depois de adquirido o controle assumiram a direção da operação comercial, e, por fim, negociaram a alienação do controle para a Arbeit.

Na exata compreensão da realidade empresarial, como decidido na sentença arbitral, o GP foi o verdadeiro contratante, sujeitando-se à cláusula compromissória.

Além disso, a GP emitiu um documento em favor dos réus, responsabilizando-se por todas as obrigações assumidas pela Almeria, no contrato de compra e venda das ações da Imbra, firmado com Rodrigo e Fernando (fls. 925/926, vol. 5).

O contrato com a Almeria previa a obrigação de se sujeitar à arbitragem, caso surgisse algum conflito decorrente da aquisição do controle da Imbra.

O GP não fez qualquer ressalva à cláusula compromissória, ao emitir o documento de fls. 925/926, aceitando responder pelas obrigações e à arbitragem, isto é, a eventual condenação decorrente de sentença arbitral.

Outros comportamentos do GP também se mostram relevantes para demonstrar que sempre optou pela arbitragem e não foi diferente ao investir na Imbra.

O estatuto social da Imbra passou a ter cláusula de arbitragem (cláusula 25; fls.874) e o acordo de acionistas continha semelhante previsão (cláusula 14.10; fls.848).

Ou seja, a Imbra passou a ser controlada indiretamente pelo GP, que celebrou acordo de acionistas com Rodrigo e Fernando.

Portanto, o GP passou a exigir dos seus parceiros de desenvolvimento de negócios na Imbra, Rodrigo e Fernando, a adoção da via arbitral na solução dos conflitos societários.



PODER JUDICIÁRIO

10

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

Não pode adotar comportamento contrário e exigir que os conflitos relativos ao momento prévio do relacionamento empresarial - a aquisição do controle da Imbra - não fossem submetidos à mesma regra.

Portanto, não há razão para discordar-se da decisão arbitral de fls. 567/576, que afirmou a sujeição da GP e da Smiles à cláusula compromissória" (fls. 2.620/2.624).

Cumprе acrescentar algumas considerações, a título de reforço de argumentação, aos sólidos fundamentos da lavra do douto Juiz Paulo Furtado de Oliveira Filho, no que concerne à primeira questão suscitada no recurso e que diz respeito à nulidade da sentença arbitral.

Enfatizou o sentenciante que a anuência da apelante com a cláusula arbitral foi reconhecida pela análise dos elementos probatórios carreados aos autos e que evidenciaram como foram feitas as negociações do contrato empresarial, precedidas de intensas discussões, configurando-se comportamento revelador de que a real intenção de todos os envolvidos na complexa operação empresarial foi a de avançar a solução arbitral das eventuais controvérsias que eventualmente decorressem do negócio multipartes cristalizado. Assim é que FERNANDO e RODRIGO, controladores da IMBRA, cederam as ações do bloco de controle à ALMERIA, estipulando-se expressamente, no respectivo contrato, a cláusula compromissória 16.10 (fls. 396). ALMERIA, adquirente das ações do controle da IMBRA, por sua vez, era controlada pela empresa BALADARE, interveniente no contrato. Esta última era controlada pela



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

empresa SMILES, sendo esta, por seu turno, controlada pela GP CAPITAL PARTNERS. Está demonstrado nos autos que os recursos financeiros foram encaminhados à IMBRA, indiretamente, pela GP, que, para fazê-lo, serviu-se da BALADARE e da ALMERIA, que foram simples instrumentos de seus investimentos. Como bem ressaltou o ilustre sentenciante, *"os documentos juntados a fls. 1295, 1382, 1386, 1397/1398, 1400/1401, 1696/1697, demonstram que antes, durante e depois da assinatura do contrato entre os réus e a Almeria, quem esteve sempre na cena empresarial foi a GP"*. E, mais: *"Os executivos da GP negociaram os termos do contrato com os réus, depois de adquirido o controle assumiram a direção da operação comercial, e, por fim, negociaram a alienação do controle para a Arbeit"*.

O tema central deste recurso, que versa sobre a extensão da cláusula compromissória a partes que não firmaram o contrato gerador do litígio, reveste-se de relevância ímpar no campo da arbitragem, mercê do que fomenta discussões na doutrina e na jurisprudência especializada.

Cumprido, inicialmente, deixar assentado que a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica não tem qualquer relevância para a solução do caso *"sub judice"*, sendo de rigor, exclusivamente, aferir se os elementos fáticos e as circunstâncias das negociações que resultaram no contrato de alienação das ações de controle da IMBRA, no qual foi prevista a cláusula compromissória, sob o enfoque da autonomia da vontade, pedra angular da arbitragem, autoriza a extensão da aludida cláusula às autoras, que não assinaram o instrumento da alienação das



PODER JUDICIÁRIO

12

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

ações componentes do bloco de controle.

Afasta-se, de plano, a possibilidade de extensão da eficácia da cláusula compromissória a não signatários do contrato sob o simplista fundamento da teoria dos grupos de sociedades, uma vez que perfilho o pensamento doutrinário de que a mera existência de grupo de empresas não constitui fundamento suficiente para, por si só, autorizar a ampliação da convenção de arbitragem às sociedades componentes de grupo econômico, mas não firmatárias da convenção celebrada por uma ou mais empresas do mesmo grupo empresarial. Em suma: a existência de grupo de sociedades não implica presunção "jure et de jure" para o reconhecimento da anuência de sociedade não signatária à convenção de arbitragem.

Este é o entendimento defendido por GUSTAVO TEPEDINO, no ensaio "Consensualismo na Arbitragem e Teoria do Grupo de Sociedades": *"Na busca pela determinação da vontade das partes, não apenas o comportamento se afigura indicativo da concordância com o procedimento arbitral, mas a Corte considera, por vezes, que a existência de grupo de sociedades gera presunção de consentimento. Não se trata, todavia, de presunção absoluta, mas de simples indício de submissão ao procedimento arbitral, que pode ser afastado por outras circunstâncias"*. Aduz ainda: *"Nota-se, desse modo, que, ao evocar a teoria do grupo de sociedades, não se objetivou afastar o consensualismo na instauração do procedimento arbitral. A existência de grupo de sociedades não resulta, de per si, na participação de todos os integrantes no processo arbitral a que apenas uma sociedade se vinculou. Para Hanotiau, a função dos grupos se limitaria a estabelecer presunção de que todas as sociedades consentiram com a submissão ao tribunal, presunção esta que deve ser afastada nos casos em que não houver outros elementos que*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

ratifiquem a existência de consentimento. Trata-se de mero elemento fático, a ser analisado em conjunto com as demais circunstâncias apresentadas, vez que "a existência de um grupo não implica a vinculação de todas as entidades que o compõem, quando uma dentre elas assume um compromisso. faz-se necessário estabelecer o consentimento de cada uma (...)" . (RT. 903/18) .

LEONARDO DE CAMPOS MELO, na excelente monografia "Extensão da Cláusula Compromissória e Grupos de Sociedade", após analisar o "leading case" Dow Chemical vs Saint-Gobain, clássico julgamento da Corte CCI, afirma, corretamente, que inexistem precedentes das principais cortes de arbitragem que tenham fundamentado a extensão subjetiva da cláusula arbitral, exclusivamente, na teoria de grupo de sociedades. Sustenta o ilustre autor: "*A existência de grupo de sociedade tem o condão de auxiliar o intérprete na busca pela efetiva vontade das partes signatárias e não signatárias, mas é incapaz de justificar, por si só, segundo informam a doutrina e os precedentes arbitrais, judiciais e da Corte CCI, a extensão subjetiva da cláusula arbitral*". Mais adiante, sintetiza: "*Conclui-se, portanto, que a existência de grupo de sociedades poderá auxiliar o intérprete a identificar, com apoio na prova produzida na arbitragem - e sempre com o devido cuidado -, a efetiva vontade das partes signatárias e não signatárias, manifestada por meio de seu comportamento, de se sujeitarem à mesma cláusula compromissória*" (autor e obra referidos, Ed. Gen-Forense, Rio de Janeiro, 2013, p. 125-129).

No caso concreto, o ínclito sentenciante, com base na prova documental encartada nos autos afirmou: "*Os executivos da GP negociaram os termos do contrato com os réus, depois de adquirido o controle assumiram a direção da operação comercial, e, por fim, negociaram a alienação do controle para a Arbeit*". Concluiu que "na exata



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

compreensão da realidade empresarial, como decidido na sentença arbitral, o GP foi o verdadeiro contratante, sujeitando-se à cláusula compromissória".

Diante de tais fundamentos invocados na sentença hostilizada, verifica-se que a GP foi a verdadeira contratante e capitaneou as negociações que resultaram na alienação das ações de propriedade de Fernando e Rodrigo que conferiam o poder de controle da IMBRA, com o que o controle da companhia foi transferido para a ALMERIA. Diante de tais fatos, em rigor, sequer há necessidade de se invocar a teoria da extensão da cláusula compromissória a não signatário, haja vista que, ao dominar as negociações e ulteriores operações empresariais relacionadas com a IMBRA, a apelante GP, inegavelmente, consentiu com a cláusula compromissória pactuada no contrato escrito, cujo instrumento não firmou.

FLÁVIO PEREIRA LIMA e DANIEL CALHMAN DE MIRANDA destacam que o Direito brasileiro admite que o consentimento ou a manifestação de vontade sejam expressos de forma tácita, podendo ser demonstrados por outros meios que não a mera assinatura da parte. Invocam o art. 107 do Código Civil para destacar que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir. Remarcam os ilustrados autores, com amparo nas lições de MATTHIEU DE BOISSÉSON, BERNARD HANOTIAU, FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN e ARNOLD WALD, que a vinculação de empresas componentes de um mesmo grupo societário, mas não signatárias de determinada cláusula compromissória, só pode ser reconhecida se demonstrado que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

houve o consentimento, ainda que implícito, à eleição da arbitragem como meio de solução dos conflitos derivados de um determinado negócio empresarial do qual participaram na negociação ou na execução. Enfatizam ser essencial a investigação da real intenção das partes, a qual poderá ser avaliada pela análise do comportamento de todos os envolvidos na negociação, com destaque à assertiva de que o consentimento é o fundamento da arbitragem ("A Extensão da Cláusula Compromissória a Partes não Signatárias no Direito Brasileiro", *in* Arbitragem no Brasil, p. 16-25).

Esta Corte de Justiça tem importante precedente da lavra da Desembargadora CONSTANÇA GONZAGA, que julgou recurso entre as partes Anel Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda, de um lado, e, de outro, Trelleborg Industri A.B. e Trelleborg do Brasil, em litígio sobre o cumprimento de contrato de aquisição de capital firmado entre elas, decidido por tribunal arbitral que as condenou. A sociedade Trelleborg Industri A.B., sob o argumento de que não firmara o contrato de compra e venda no qual foi prevista a cláusula compromissória, suscitou sua ilegitimidade passiva "*ad causam*", alegação repelida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob o seguinte fundamento: "*a apelante Trelleborg Industri A.B, em várias oportunidades, vem demonstrado o seu vínculo com a questão objeto dos autos, ou seja: participou como figurante em 'carta de intenção'; enviou carta redigida nos idiomas português e inglês em que são abordados os termos da negociação; o documento n. 11, retrata carta enviada pela 'Trelleborg Industri A.B.', demonstrando interesse na efetivação dos negócios. Diante do comportamento de Trelleborg A.B. durante as negociações, tornou-se claro que esta conhecia todos os termos da avença, sendo*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

impossível ignorar a cláusula compromissória que vinculava a todos ao procedimento arbitral. Assim, 'não obstante inexistente assinatura da apelante 'Trelleborg Industri A.B.', é mais do que evidente, face à farta documentação existente, a relação jurídica que há entre as partes, decorrentes de negócios em comum travados, em que se observa participação ativa da apelante 'Trelleborg Industri A.B.'" (TJSP, 7ª Câm. Dir. Privado, Rel. Desembargadora CONSTANÇA GONZAGA, Apelação nº 267.450.4/6-00, j. 24.5.2006).

Também merece realce precedente mais recente, da pena brilhante do Desembargador ROBERTO MAC CRACKEN, então componente da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial deste Tribunal, que, ao relatar apelação interposta por Matlinpatterson Global Opportunities Partners II L.P e Matlinpatterson Global Opportunities Partners (Cayman) II L.P contra VRG Linhas Aéreas S/A, manteve sentença de improcedência de ação com pedido de declaração de nulidade de sentença arbitral, conforme ementa que se transcreve parcialmente:

"ARBITRAGEM. Exceção ao princípio do livre acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição. Questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que possui a cláusula compromissória, bem como daqueles que serão atingidos pela sentença arbitral, que se encontram sob a apreciação discricionária do árbitro. Regra do "kompetenz-kompetenz". Fundo internacional que firma termo que previa expressamente ser aditivo de contrato que avençou a solução de conflitos pela arbitragem. Tentativa de utilizar-se do Poder Judiciário para se afastar da arbitragem e de seus efeitos. Impossibilidade. Conduta que configura ofensa ao princípio do "venire contra factum proprium" (TJSP, 2ª Câm. Res. Dir. Empresarial, Rel. Desembargador ROBERTO MAC CRACKEN, Apelação nº 0214068-16.2010.8.26.0100,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

j. 16.10.2012, v.u.).

Cumprе ressaltar que há, ainda, outro fato destacado na sentença que reforça a conclusão da participação da GP na operação empresarial que foi objeto da sentença arbitral. Conforme se verifica, no documento de fls. 925/926, firmado pela GP CAPITAL PARTNERS, ALMERIA e BALADARE, com anuência de FERNANDO, RODRIGO E IMBRA, após expressa referência ao contrato de compra e venda de ações e outras avenças, a apelante GP PARTNERS garante, "em caráter irrevogável e irretratável, solidária e integralmente", o cumprimento de TODAS as obrigações assumidas pela ALMERIA no contrato principal, o que evidencia a assunção da cláusula compromissória.

Também está correta a análise feita na sentença sobre a alegação de irregular constituição do Tribunal Arbitral. Acerca do tema, observou o douto magistrado sentenciante o seguinte:

"Sustentam as autoras que foi violado o princípio da igualdade, porque composto o painel de arbitragem sem que tivessem a oportunidade de indicar um árbitro, o que foi assegurado aos réus.

Realmente, os réus pediram a instauração da demanda arbitral contra as autoras e a massa falida. Os réus indicaram uma árbitra, Dra. Selma Maria Ferreira Lemes, enquanto os réus, com direito de escolher um árbitro, não chegaram a um acordo entre eles.

Com isso, a solução foi aquela prevista no regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara Brasil-Canadá (CAM/CCBC), escolhido pelas partes para reger a arbitragem.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

O Presidente do CAM/CCBC, nos termos do item 5.5 do Regulamento, indicou como árbitro o Dr. Marcos Paulo de Almeida Salles.

Os árbitros em conjunto nomearam como Presidente do Tribunal Arbitral, o Dr. José Carlos de Magalhães.

É verdade, portanto, que as autoras da presente ação não indicaram um árbitro.

Porém, tal situação não pode ser considerada causa de nulidade da composição do tribunal arbitral, por várias razões.

A primeira delas é que as autoras escolheram o regulamento do CAM/CCBC para regência da arbitragem.

Portanto, sabiam que, em caso de não indicação de árbitro em comum pelos integrantes de um dos polos do processo arbitral, em arbitragem multiparte, a solução seria aquela adotada no caso dos autos.

A segunda razão decorre do próprio comportamento adotado pelas autoras, ao receberem comunicação do Presidente do CAM/CCBC.

As autoras afirmaram o seguinte: "(...) as requeridas não chegaram a um consenso quanto à nomeação de um árbitro comum às partes. Diante disso, as ora requeridas deixam a escolha do árbitro ao elevado critério do i. presidente deste Centro de Arbitragem, requerendo-se por fim, a juntada desta para que produza seus devidos efeitos legais" (fls.1812/1813, vol. 9).

Em seguida, as partes assinaram o termo de arbitragem, manifestando as autoras, mais uma vez, concordância com a escolha dos árbitros na forma prevista no regulamento do CAM/CCBC (fls. 447/472).

Ora, se realmente as autoras estivessem se sentindo violadas em seu direito ao tratamento isonômico, na composição do painel arbitral, deveriam ter imediatamente exigido do Presidente do CAM/CCBC que substituísse a árbitra escolhida pelos réus Rodrigo e Fernando.

Não foi o que fizeram, pois assinaram o termo de arbitragem e só depois do término da demanda arbitral, em que foram vencidos, postularam a anulação da sentença, em verdadeiro comportamento contraditório, vedado



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

pelo direito.

Quem escolhe um regulamento para a arbitragem, conhecendo e aprovando as regras da escolha dos árbitros, e depois ainda assina o termo de arbitragem aprovando a escolha feita na forma do regulamento, sem invocar a violação a um tratamento isonômico, não pode alegar, posteriormente, a violação do princípio da igualdade.

Claro está que não houve violação do princípio da igualdade das partes, pois a própria parte que poderia invocar tal violação agiu em sentido oposto, aceitando a instituição da arbitragem e a escolha dos árbitros, sem impugnação.

Por isso, rejeito a alegada nulidade na constituição do tribunal arbitral" (fls. 2.624/2.627).

Correta a conclusão. Foi dada às ora autoras, requeridas na arbitragem, a oportunidade de escolher um árbitro. Porém, como não houve consenso entre elas e os outros requeridos, foi aplicada a regra prevista para a hipótese no regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, livremente eleito pelas partes para a regência da arbitragem, com a indicação do árbitro pela Presidência da Câmara.

CARLOS ALBERTO CARMONA, em sua obra "Arbitragem e Processo", ao comentar o art. 5º da Lei de Arbitragem, esclarece que "os órgãos arbitrais institucionais, por sua vez, conterão em seus regulamentos os critérios de indicação de árbitros para o caso de as partes, que se reportaram na cláusula compromissória às regras da instituição, deixarem de apontar na forma e no tempo regulamentares, os componentes do painel" .

Em nota, prossegue: "Basicamente seguem os



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

órgãos arbitrais institucionais a seguintes regra: deixando qualquer das partes de indicar o árbitro ou seu suplente, o presidente do órgão institucional (ou um conselho de gestão) fará tal nomeação; da mesma forma, se os árbitros não chegarem a um acordo sobre a presidência do painel, intervirá o presidente do órgão (ou um conselho gestor) para fazer a designação. Este modelo é seguido, por exemplo, pelo Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (art. 5.5 do Regulamento), pelo Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio (capítulo XII das Regras), pelo Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo (art. 3.3 do Regulamento), entre outros" (autor e obra referidos, 3ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2009, p. 138).

Ademais, as autoras concordaram com a indicação e assinaram o termo de arbitragem. Poderiam, se considerassem conveniente, ter oposto a exceção de recusa prevista no art. 15 da lei nº 9.307/96 para expressar sua discordância perante o juízo arbitral. No entanto, somente após a sentença a elas desfavorável passaram a apontar vício na nomeação, o que constitui verdadeiro "*venire contra factum proprium*".

ANTONIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO, em sua clássica obra "Da boa fé no Direito Civil", ao tratar dos comportamentos contraditórios e sua inadmissibilidade (§ 28º), ensina:

"A proibição de venire contra factum proprium representa um modo de exprimir a reprovação por exercícios inadmissíveis de direitos e posições jurídicas. Perante comportamentos contraditórios, a ordem jurídica não visa a manutenção do status gerado pela primeira actuação, que o Direito não reconheceu, mas antes a proteção da pessoa que teve por boa, com justificação, a actuação em causa. O



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

factum proprium impõe-se não como expressão da regra pacta sunt servanda, mas por exprimir, na sua continuidade, um fator acautelado pela concretização da boa fé. As grandes linhas da proibição do venire contra factum proprium correspondem ao cenário, acima bosquejado, a propósito da concretização da doutrina da confiança. Exceptua-se um grupo marginal de situações, em que aflora o princípio da materialidade das regulações jurídicas, conectado, também, com a boa fé e patente no tu quoque" (autor e obra referidos, 3ª reimpressão, Ed. Almedina, Coimbra, 2007, p. 769/770).

Da mesma forma, foi bem afastada a alegação de julgamento *extra petita*, nos seguintes termos:

"Sustentam os autores que o pedido formulado pelos dois primeiros réus era de indenização, porém teriam sido condenados em obrigação de realizar depósitos em execuções movidas contra eles, sendo evidente o vício da sentença arbitral, por ser extra petita.

Segundo os autores, os réus pretendiam obter indenização referente a três execuções, mas a sentença arbitral extrapolou e determinou o comparecimento nas execuções, sem esclarecer todos os aspectos problemáticos decorrentes de tal determinação, que não foi objeto de contraditório.

No entanto, a sentença arbitral não tem o apontado vício.

Em primeiro lugar, é importante destacar que os réus Fernando e Rodrigo formularam amplo pedido de indenização (cf. fls. 618/620), assim reconhecido no termo de arbitragem (fls. 462/463; item 6.1), de modo que não pode ser acolhida a interpretação restritiva sustentada pelas autoras.

Diante de tal pedido amplo de indenização, do qual as autoras puderam amplamente se defender, produzir provas e alegações finais, a sentença arbitral foi proferida, acolhendo a pretensão formulada pelos réus.

Como a pretensão indenizatória compreendia valores que os réus estavam sendo obrigados a pagar, em ações de execução contra eles movidas, a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

sentença arbitral especificou a forma de cumprimento da obrigação, qual seja, mediante depósito judicial nos autos das execuções.

Não se trata, portanto, de desrespeito aos limites do pedido e de violação do direito de defesa, mas de adequação do modo de cumprimento da obrigação de indenizar, pois cabe ao julgador implementar a solução mais eficaz, em respeito ao que foi contratado.

Além disso, as autoras desta ação não apresentaram pedido específico de esclarecimento ao tribunal arbitral (art. 30 da Lei 9.307/96), recurso semelhante aos embargos de declaração, para atacar precisamente o suposto vício apontado na sentença.

Portanto, não há razão para ser reconhecido o pedido de anulação da sentença.

Dar guarida aos pedidos formulados na inicial permitiria alargar demasiadamente a via judicial.

Não se pode interpretar o art. 32 da Lei 9307/96 com o alcance pretendido pelas autoras, como se pudessem se omitir durante a arbitragem e depois da sentença recorrerem ao Poder Judiciário para anular o que foi decidido e nunca submetido à prévia consideração dos árbitros.

Estão as autoras, portanto, sujeitas à sentença arbitral, cuja nulidade fica afastada, pois os três fundamentos do pedido são inconsistentes" (fls. 2.627/2.629).

Tem razão o MM. Juiz. A sentença arbitral não ofende o princípio da adstrição ou congruência. A pretensão deduzida pelos requerentes da arbitragem era de indenização, de forma ampla, dos prejuízos sofridos em decorrência de execuções contra eles movidas. A solução dada pela sentença arbitral – determinar aos requeridos a realização de depósitos judiciais para garantia dos juízos das execuções – atinge a finalidade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial
APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

pretendida e, ademais, atende aos princípios da instrumentalidade, eficiência e economia processual, em linha com a processualística contemporânea que prioriza resultados justos e efetivos. O depósito feito diretamente pelos requeridos como garantia dos juízos das execuções é mais eficiente do que a satisfação das execuções pelos requerentes da arbitragem e posterior ressarcimento a eles pelas requeridas, e o efeito econômico para estas últimas é o mesmo. Trata-se, como bem mencionou o sentenciante, de mera adequação do modo de cumprimento do dever de indenizar. Não há, portanto, que se falar em sentença *extra petita*.

Deve, portanto, ser mantido o decreto de improcedência da pretensão anulatória da GP PARTNERS e SMILES, pelos próprios fundamentos da sentença, aqui expressamente adotados.

A sentença merece reforma apenas no que se refere ao valor arbitrado a título de honorários de sucumbência em favor dos coapelados RODRIGO e FERNANDO. A fixação em 10% do valor da causa (que equivaleria, em maio de 2013, a R\$ 6.258.471,76), realmente se revela exagerada e desproporcional. Por tal razão, e considerando os montantes arbitrados em favor dos patronos dos outros corréus - R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para ARBEIT E BALADARE e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para a massa falida da IMBRA, considerados razoáveis pelas apelantes -, bem como o maior envolvimento dos coapelados RODRIGO e FERNANDO na causa, fica reduzida tal verba para



PODER JUDICIÁRIO

24

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

APELAÇÃO nº 0035404-55.2013.8.26.0100

R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), no que se observa o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Bem por isso, será mantida a irretocável sentença em sua maior e principal parte, e parcialmente provido o apelo tão-somente para alterar o valor arbitrado a título de honorários de sucumbência devidos aos patronos dos coapelados RODRIGO e FERNANDO, que serão reduzidos para R\$ 400.000,00.

3. Isto posto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao apelo.

DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS

RELATOR