

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND**

PEDRO VENTURIN PIPPI

**EXTENSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA AOS NÃO-SIGNATÁRIOS À
LUZ DA TEORIA DO GRUPO DE SOCIEDADES**

**RIO DE JANEIRO
2022**

PEDRO VENTURIN PIPPI

**EXTENSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA AOS NÃO-SIGNATÁRIOS À
LUZ DA TEORIA DO GRUPO DE SOCIEDADES**

Trabalho de Conclusão de Curso, elaborado no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Doutora Marcia Cristina Xavier de Souza.**

RIO DE JANEIRO
2022

CIP - Catalogação na Publicação

P665e Pippi, Pedro Venturin
Extensão da cláusula compromissória aos não
signatários à luz da teoria do grupo de sociedades /
Pedro Venturin Pippi. -- Rio de Janeiro, 2022.
77 f.

Orientadora: Marcia Cristina Xavier de Souza.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Extensão da cláusula compromissória. 2. grupo
de sociedades. 3. arbitragem. I. Xavier de Souza,
Marcia Cristina, orient. II. Título.

PEDRO VENTURIN PIPPI

**EXTENSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA AOS NÃO-SIGNATÁRIOS À
LUZ DA TEORIA DO GRUPO DE SOCIEDADES**

Trabalho de Conclusão de Curso, elaborado no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Doutora Marcia Cristina Xavier de Souza**.

Data da aprovação: __ / __ / ____

Banca Examinadora:

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2022**

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos serão breves. Inicialmente, destinam-se aos meus pais, que transformaram em realidade meu projeto de sair de Vitória, Espírito Santo, para essa nova empreitada no Rio de Janeiro – que agora completa seu primeiro ciclo. Agradeço, também, a todos os familiares que me apoiaram durante essa caminhada, além dos meus pais, minha madrasta e irmãs de coração, sem a presença constante de vocês nada disso teria sido possível.

Em seguida, agradeço imensamente à Professora Marcia Cristina Xavier de Souza, por toda a paciência e valorosa orientação ao longo dos últimos semestres, bem como aos Professores Enzo Baiocchi e Haroldo Lourenço, que aceitaram compor a banca e contribuir com a conclusão deste trabalho.

Também não poderia deixar de agradecer aos meus amigos da FND: Vitória Coelho, Leonardo Renné, Pedro Raposo, Thomás Leal e Thiago Ribeiro, além de outros, sem os quais não teria sido possível superar todas as adversidades da graduação. Faço questão, inclusive, de deixar um registro especial à Vitória, que – sem exageros – capitaneou nosso sucesso nos últimos períodos.

Por fim, sou muito grato aos meus colegas dos escritórios Mattos Filho e Stocche Forbes, que contribuíram para a minha formação profissional e para a minha efetivação como advogado no nosso querido “MF”. Como vocês sabem, há muito tempo deixaram de ser colegas e viraram grandes amigos.

Muito obrigado a todos! Com toda certeza, é só o começo.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso procura tentar compreender o fenômeno da extensão da cláusula compromissória aos não-signatários pertencentes ao mesmo grupo de sociedades de uma das partes contratantes. Parte-se da constatação de que a cláusula compromissória obedece, por força de lei, a uma série de requisitos formais. No entanto, o trabalho busca observar se, à luz da boa-fé objetiva e da verdadeira intenção dos contratantes, seria possível superar essas formalidades, mais especificamente nos casos envolvendo sociedades em grupo que agem sob direcionamento econômico único. Para tanto, foram utilizados comentários da doutrina nacional e internacional, bem como julgados paradigmáticos que inauguraram o tema na Câmara de Comércio Internacional e, posteriormente, nas cortes brasileiras.

Palavras-chave: arbitragem; convenção arbitral; cláusula compromissória; consenso; não-signatários; grupo de sociedades.

ABSTRACT

This final coursework tries to understand the phenomenon of the extension of the arbitration clause to non-signatories belonging to the same group of companies of one of the contracting parties. It starts with the finding that the arbitration clause requires, by law, a series of formal requisites. However, the work seeks to observe whether, in the light of objective good faith and the true intention of the contracting parties, it would be possible to surpass these formalities, more specifically in cases involving group of companies that act under a single economic control. For that, comments from national and international doctrine were used, as well as the leading cases that inaugurated the theme in the International Chamber of Commerce and, later, in the Brazilian courts.

Keywords: arbitration; arbitration agreement; arbitration clause; consent; non-signatories; group of companies.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A ARBITRAGEM	11
2.1	Brevíssimo histórico	11
2.2	O conceito de arbitragem	15
2.3	Natureza jurídica da arbitragem	18
2.4	Arbitrabilidade	23
3	A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	28
3.1	Autonomia da vontade e a convenção arbitral	28
3.2	O compromisso arbitral	31
3.3	O conceito de cláusula compromissória	33
3.4	A natureza jurídica	37
3.5	Requisitos formais	38
3.6	O princípio da relatividade e a regra de não-extensão	41
4	O GRUPO DE SOCIEDADES	46
4.1	A Independência patrimonial e obrigacional das sociedades	46
4.2	Poder de controle e o conceito de grupo de sociedades	48
5	POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA AO GRUPO DE SOCIEDADES	53
5.1	Delimitando o conceito: o que não é a teoria da extensão da cláusula compromissória ao grupo de sociedades	54
5.2	Introduzindo a teoria do grupo	57
5.3	A sentença parcial <i>Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain</i>	59
5.4	Trelleborg vs. Anel: a experiência brasileira com a teoria do grupo de sociedades	65
6	CONCLUSÃO	70
	REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

Em poucas décadas a arbitragem foi capaz de sair de uma posição secundária no contexto nacional para se tornar um instituto protagonista de resolução de disputas comerciais. As sociedades empresárias brasileiras – pode-se dizer, seguindo a tendência de seus pares em modernas jurisdições – abraçaram o tribunal “privado”, cujo poder emana da autonomia da vontade dos particulares contratantes, como o mecanismo adequado para solução dos litígios decorrentes de suas principais avenças.

O caminho certamente foi árduo e a luta pela consolidação da arbitragem precisou enfrentar o *status quo* do mundo contemporâneo. Isso porque, no contexto de uma virada de século, na qual os estados abandonaram a ideia de tutela exclusiva dos direitos de primeira geração para assumir uma postura de maximização das garantias sociais, pensar em um mecanismo de solução de disputas “controlado pelos particulares” parece afrontar a soberania do intocável estado-juiz.

Aliás, tanto não se considerava a jurisdição fora do Estado que a Constituição Cidadã de 1988 petrificou, no inciso XXXV, do seu artigo 5º - o rol das garantias fundamentais - que nem mesmo a lei “excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Não obstante, em 1996, juristas e estudiosos das mais diversas áreas, empresários e outros tantos interessados foram capazes de aprovar a Lei n.º 9.307, ou, como ficou conhecida, a Lei de Arbitragem, que mudou o rumo do instituto no Brasil.

Os juristas mais ortodoxos duvidaram de sua validade e questionaram sua introdução no ordenamento jurídico, mas o próprio Poder Judiciário, a manifestação principal do estado-juiz, capitaneou a consolidação da arbitragem no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n.º 5.206-7/ES, em 2001, perante o Supremo Tribunal Federal, que resultou na declaração de constitucionalidade do novo marco legal e garantiu a jurisdição dos árbitros.

Foi natural o desenvolvimento do mecanismo com o crescimento do comércio em escala global, o que levou ao refinamento dos regulamentos de arbitragem e das próprias leis que a governam. Apesar disso, nem mesmo os principais pensadores da matéria seriam capazes de prever todas as controvérsias que surgiriam da adoção crescente do instituto em um mundo em constante transformação.

Um desses embates nasceu da própria força que valida a arbitragem: a manifestação da autonomia da vontade. O Estado-juiz, embora tenha autorizado a formação do tribunal arbitral para resolução de disputas atinentes a determinados direitos patrimoniais, impôs requisitos expressos para a confirmação do consentimento das partes em abdicar da tutela estatal, dentre eles inclui-se a necessidade de formalização escrita da convenção arbitral (seja na forma da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral).

Ao impor tal requisito formal às partes contratantes da arbitragem, o Estado falhou em observar que negócios jurídicos complexos possuem arranjos contratuais que nem sempre revelam, em sua manifestação escrita, a verdadeira intenção das partes. Pareceu desconsiderar, também, uma realidade em que não há igualdade material entre partes contratantes, de modo que o negociante em posição privilegiada pode usar a formalidade para limitar sua responsabilidade ou dificultar a tutela do direito da parte eventualmente lesada, sem mencionar, obviamente, as hipóteses de fraude.

Diante disso, começaram a surgir discussões a respeito da extensão da cláusula compromissória aos não-signatários em diferentes contextos: nos contratos de adesão, nas hipóteses de uso abusivo da personalidade jurídica, nas relações entre seguradoras e segurados, e tantas outras. O presente estudo procura examinar uma dessas situações específicas: a possibilidade de extensão da cláusula compromissória no contexto dos grupos de sociedades.

Conforme adiantado, o capitalismo globalizado sofisticou as contratações e, como não poderia deixar de ser, os arranjos societários. O fortalecimento da presença das sociedades empresárias no comércio internacional abriu caminho para o surgimento dos grandes grupos econômicos. As corporações perceberam que já não seria mais possível atuar por meio de uma única instituição para concretizar suas ambições em escala global. A solução: criar uma multiplicidade de pessoas jurídicas, observando as peculiaridades e necessidades de atuação em cada jurisdição ou segmento econômico, que trabalham de forma coordenada na perseguição de um objetivo comum.

Importante pontuar que não há qualquer crítica no presente estudo ao surgimento desses grupos. É natural que a atuação em diversas jurisdições e segmentos econômicos recomende e, em alguns casos, imponha a divisão das sociedades em múltiplos braços de atuação, seja para

reduzir custos na cadeia de produção, para melhor organizar as diferentes atuações comerciais ou mesmo para atender exigências regulatórias.

Feita essa ressalva, não se pode ignorar que a existência de múltiplas sociedades atuando sob um direcionamento único pode criar situações de confusão nas relações de suas distintas pessoas jurídicas com terceiros. O que se observa é que a ideia de um arranjo societário complexo, no qual todas as sociedades, em última análise, estão submetidas a um controle único, pode fazer com que determinados contratos sejam celebrados em razão da integralidade do grupo, pela confiança depositada pela outra parte contratante em sua estrutura consolidada, a despeito da sociedade componente dessa totalidade que figure como efetiva signatária da avença.

Como se verá, tal problema já foi observado em diversas relações contratuais e, com o fortalecimento do instituto da arbitragem, tornou-se relevante compreender se a cláusula compromissória, tal qual as demais disposições do contrato objeto da lide, poderia ter sido celebrada com a integralidade do grupo ou somente com a parte signatária. Aceitar que sociedades não-signatárias possam ser parte do procedimento arbitral (em outras palavras, estender a cláusula compromissória) confronta o pressuposto existencial do instituto: a necessidade de formalização escrita da renúncia à jurisdição estatal, como requisito confirmatório do devido exercício da autonomia da vontade.

Partindo desse embate, o presente trabalho tenta observar se tal extensão seria possível pela razão de ser de um grupo econômico: a atuação de múltiplas sociedades como se uma só fossem. A averiguação será subsidiada, principalmente, pelos comentários de doutrinadores e por julgados de tribunais arbitrais e estatais a respeito da matéria.

2 A ARBITRAGEM

Antes de se tecer qualquer consideração acerca do objeto do presente estudo, quanto à possibilidade de extensão da cláusula compromissória no contexto do grupo de sociedades, é válido introduzir, de forma breve, alguns dos conceitos essenciais para a compreensão do tema, a começar pela própria definição de arbitragem.

2.1 Brevíssimo histórico

A arbitragem, hoje amplamente recepcionada na complexa prática dos litígios comerciais, é, na realidade, um mecanismo de resolução de conflitos secular. Para alguns doutrinadores, como se verá, sua origem histórica antecede a própria formação da jurisdição estatal. Isso porque, muito antes da capacidade da humanidade de organizar as fundações dos estados de direito, já existiam os conflitos.

O objetivo de pacificação dos conflitos para organização social decorre das paixões naturais dos homens. Thomas Hobbes é um dos fundadores da ideia de que, no início dos tempos, todos viviam na desarmonia de um estado de natureza, no qual cada indivíduo guiava-se pela persecução egoística de seus interesses privados. A consequência desse ímpeto individualista, para Hobbes, seria um estado constante de miserabilidade, suficiente para fazer com que os homens renunciem suas liberdades em prol da formação de uma autoridade capaz de solucionar suas desavenças¹.

Não é por outra razão que José Antonio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro inauguram sua obra “*Teoria Geral da Arbitragem*” a partir da compreensão de que a vida em sociedade exige métodos de contenção dos conflitos de interesses:

“A escolha pela vida em sociedade – na verdade, imposição, decorrente de sua própria natureza – exige do homem a capacidade de abjurar de alguns aspectos de sua individualidade para dividir os bens disponíveis, materiais e imateriais, com os seus iguais. Trata-se do ideal de convivência, corolário da destinação coexistencial dos seres humanos, cuja realização reivindica dos partícipes um regime de contenções.”²

¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 4ª ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1988. Segunda Parte - do Estado, Capítulo XVII: das causas, geração e definição de um.

² FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 37

Ricardo de Carvalho Aprigliano endossa que essa necessidade de harmonia entre interesses privados distintos resultou na formação dos mecanismos de resolução dos conflitos:

“No amplo universo de relações jurídicas que se estabelecem entre pessoas, físicas e jurídicas, entre si ou com o Estado, é inerente e inevitável que surjam conflitos. Desde os primórdios da organização das sociedades este é um dado constante: há conflitos e é preciso estabelecer mecanismos para resolvê-los, com vistas à convivência e à paz social”³

Assim, pela observação lógica de que a existência dos indivíduos precede a do Estado é que Aprigliano entende que “como método de resolução privada e não estatal dos conflitos, a arbitragem, na verdade, antecede a própria formação e a organização dos Estados”⁴.

Tem-se conhecimento de formas rudimentares de arbitragem desde a formação das primeiras civilizações. Para Gary Born, o acordo entre particulares para que terceiro imparcial solucione suas disputas, o qual poderia ser chamado de arbitragem, “*was also apparently well known in ancient Egypt, with convincing examples of agreements to arbitrate future disputes*”⁵.

Carlos Alberto Carmona esclarece como a arbitragem funcionava em sua origem:

“A arbitragem tinha como grande vantagem não depender da força e autoridade do Estado: as partes envolvidas no litígio dirigiam-se voluntariamente a um terceiro – normalmente um membro da própria comunidade que lhes inspirasse confiança pela idade, experiência, sabedoria e conduta ilibada – para que este desse solução ao conflito, cumprindo as partes *bona fide* o preceito ditado pelo árbitro escolhido.”⁶

Em linhas gerais, portanto, a arbitragem em forma embrionária pode ser entendida como um mecanismo de heterocomposição de natureza privada, que resulta de um acordo de vontades entre indivíduos envolvidos em uma lide, que optam por delegar a outro particular o poder de solucionar sua desavença. Esta simples definição, ao longo dos séculos, naturalmente foi aperfeiçoada e preenchida por uma série de requisitos de validade, principalmente após sua incorporação ao ordenamento jurídico dos Estados modernos.

³APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e Arbitragem no novo Código de Processo Civil. In: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Resende (coord.). *A Reforma da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 233-266, 2016. p. 233

⁴ Ibid., p. 234

⁵ “[a arbitragem] era aparentemente bem conhecida no Egito antigo, com convincentes exemplos de acordos para arbitramento de futuras disputas” (tradução livre). BORN, Gary B. **International Arbitration: cases and materials**. Nova Iorque, Estados Unidos: Wolters Kluwer, 2022. p. 13

⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição**. Revista de Processo. São Paulo, vol. 58, p. 33 – 40, abr./jun., 1990. p. 33

Nas sociedades contemporâneas, a validação dos mecanismos de heterocomposição ocorre pela via do direito estatal. Como esclarecem Fichtner, Mannheimer e Monteiro, o ordenamento jurídico é a ferramenta que “põe à disposição das sociedades e dos indivíduos em litígio mecanismos que possam, imediatamente, atuar a vontade concreta do Direito e, mediadamente, pôr fim à lide”⁷.

Apesar da arbitragem anteceder a própria formação da jurisdição estatal e extrair sua validade dos ordenamentos jurídicos, sua posição como mecanismo principal de resolução de conflitos perdeu força após a consolidação dos Estados, que, para manutenção do seu poder, passaram a ser os principais aplicadores do direito. Carlos Alberto Carmona faz breves notas acerca da convivência entre jurisdição estatal e arbitral:

“Evidentemente não existiu uma evolução linear e radical da arbitragem para a solução estatal (jurisdicional) dos conflitos de interesse: ambos os sistemas para dirimir controvérsias conviveram – e convivem – há séculos, com maior ou menor realce para a arbitragem, levando-se em conta que o Estado, tendo-se incumbido da função de aplicar a lei, relegou a um segundo plano o método arbitral.”⁸

Especificamente no Brasil, a predominância da jurisdição estatal deixou o mecanismo da arbitragem em segundo plano por décadas. Embora tenha sido introduzida pelo Código Imperial de 1864, essa forma de resolução de conflitos só veio a ser utilizada efetivamente após a promulgação da Lei n.º 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”). É o que esclarecem Fichtner, Mannheimer e Monteiro:

“Em um exercício de liberdade poética, podemos dizer que a arbitragem no Brasil passou da Idade Média à Idade Contemporânea em menos de 20 anos. O marco temporal inicial dessa trajetória – equivalente à queda do Império Romano nesta nossa simplória comparação histórica – foi a promulgação da Lei de Arbitragem brasileira (Lei n.º 9.307/1996).

Assim como a Maçã de Prata existiu por mais de dez séculos até sucumbir aos exércitos de Maomé II, também a arbitragem esteve teoricamente presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Imperial de 1824. No entanto, apenas após o devido amadurecimento da sociedade brasileira e a edição do referido diploma legal, o conjunto normativo-social deu ao instituto os contornos que precisava para que ele se transformasse no valioso instrumento de pacificação que hoje se caracteriza. Os tempos agora são outros.”⁹

⁷ FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019, Op. Cit. p. 39

⁸ CARMONA, 1990, Op. Cit. p. 33

⁹ FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019, Op. Cit. p. 26

A própria Lei de Arbitragem era objeto de grande incerteza por parte dos jurisdicionados até o julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n.º 5.206-7/ES, em 2001, pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”), que resultou na declaração de constitucionalidade do diploma. A Suprema Corte entendeu, finalmente, que a submissão das partes ao procedimento arbitral não viola o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 (“CF/88”), que salvaguarda o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A decisão do STF pavimentou o caminho para a evolução e consolidação da arbitragem no Brasil. Já no ano seguinte ao julgamento, o Congresso Nacional aprovou a ratificação da Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Nova York, de 10 de junho de 1958 (“Convenção de Nova Iorque”), que foi promulgada por meio do Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Trata-se de um dos principais tratados sobre o reconhecimento de decisões proferidas em arbitragens internacionais, assinado por mais de 160 países¹⁰.

Desde então, o Brasil se tornou uma das principais referências internacionais em matéria de arbitragem. Fichtner, Mannheimer e Monteiro levantaram dados interessantes a respeito da participação do país na Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), uma das mais importantes câmaras arbitrais do mundo:

“A partir da segunda metade dos anos 2000, o Brasil passou a figurar permanentemente entre os principais países em número de casos perante a International Chamber of Commerce – ICC, sendo certo que em 2016 o País ficou em 3.º lugar e em 2017 passou a ocupar a 7.ª posição. Percebendo esse movimento, a International Chamber of Commerce abriu um escritório na cidade de São Paulo em 2017 com toda a estrutura para administrar casos latino-americanos.”¹¹

Em pesquisa conduzida em 2020, Selma Ferreira Lemes observou que, em 8 das principais câmaras arbitrais, os conflitos domésticos submetidos à arbitragem alcançaram valores superiores a 80 bilhões de reais por ano¹².

¹⁰ Disponível em: <<https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/new-york-convention/>>. Acesso em: 21.04.2022

¹¹ FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019, Op. Cit. p. 29/30

¹² LEMES, Selma M. Ferreira. **Pesquisa – 2020. Arbitragem em números e valores. Oito Câmaras. 2 anos Período de 2018 (jan./dez.) a 2019 (jan./dez.)**, 2020. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>> Acesso em: 21.04.2022

Outro dado interessante do reconhecimento da relevância da arbitragem foi a elaboração da Meta 2 de 2015 pela Corregedoria Nacional de Justiça, que visa o estabelecimento pelos Tribunais de Justiça de, ao menos, 2 varas especializadas em conflitos de arbitragem nos juízos das capitais de todos os estados da federação¹³.

Em vista disso, apesar dos obstáculos que ainda podem ser enfrentados para a consolidação plena da arbitragem no contexto nacional, é possível afirmar que o Brasil hoje é um dos *arbitration-friendly countries*¹⁴.

Diante desse crescimento exponencial do número de litígios submetidos à jurisdição dos tribunais arbitrais e, principalmente, pela constatação de que uma parcela substancial dessas controvérsias tem como pano de fundo relações empresariais¹⁵, tornam-se relevantes estudos como o presente, que buscam investigar algumas das questões práticas de arbitragens comerciais que ainda não foram solucionadas.

2.2 O conceito de arbitragem

Como brevemente adiantado, a arbitragem nasce da ideia de que indivíduos em uma relação de conflito de interesses delegariam a terceiro (que não o Estado) o poder de dirimir a controvérsia, por meio de um acordo de vontades.

Essa visão básica de mecanismo extrajudicial de heterocomposição, contudo, não se distancia da atual definição proposta pela doutrina a respeito da arbitragem. Nesse sentido, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern e J. Martin Hunter esclarecem como a arbitragem ainda está vinculada às suas origens:

“Amidst all this activity, it would be easy to forget that, in its origins, the concept of arbitration is a simple one. Parties who are in dispute agree to submit their disagreement to a person whose expertise or judgment they trust. They each put their respective cases to this person—this private individual, this arbitrator— who listens, considers the facts and the arguments, and then makes a decision. That decision is final and binding on the parties; and it is binding because the parties have agreed that it should be, rather than because of the coercive power of any State. Arbitration,

¹³ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/meta-de-arbitragem>>. Acesso em: 21.04.2022.

¹⁴ FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019, Op. Cit. p. 27

¹⁵ LEMES, 2020, Op. Cit.

in short, is an effective way of obtaining a final and binding decision on a dispute or series of disputes, without reference to a court of law.”¹⁶

José Eduardo Carreira Alvim referenda a ideia basilar de que a arbitragem é apresentada nos ordenamentos jurídicos modernos como solução jurisdicional que afasta o controle estatal sob a solução das lides:

“Ao lado desse sistema, que é o adotado pela generalidade dos países, vicei a outro, em que o Estado, em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os com a força da sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, segundo determinado procedimento e observado um mínimo de regras legais, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença Judicial. É o denominado sistema de arbitragem, que, a grosso modo, nada mais é do que a resolução do litígio por meio de árbitros, com a mesma eficácia da sentença judicial.”¹⁷

No Brasil, em razão do art. 1º da Lei de Arbitragem, que prevê que “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”, acrescentou-se delimitação às controvérsias que poderiam ser resolvidas pela via arbitral, limitando-as às lides de natureza tipicamente patrimonial, tema que será melhor explorado adiante.

É por isso que Luiz Antonio Scavone Junior retrata a arbitragem como “o meio privado jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis”¹⁸.

Por um tempo no cenário nacional, como visto acima, também se caracterizava a arbitragem como um método alternativo para resolução de disputas, secundário à jurisdição estatal. Alexandre Freitas Câmara, ao introduzir o conceito do instituto, contempla essa ideia:

¹⁶ “Em meio a toda essa atividade, seria fácil esquecer que, em suas origens, o conceito de arbitragem é simples. As partes que estão em disputa concordam em apresentar seu desacordo a uma pessoa em cuja experiência ou julgamento eles confiam. Cada um deles apresenta seus respectivos casos a essa pessoa – esse particular, esse árbitro – que ouve, considera os fatos e os argumentos, e então toma uma decisão. Essa decisão é final e obrigatória para as partes; e é obrigatória porque as partes concordaram que deveria ser, e não devido ao poder coercitivo de qualquer Estado. A arbitragem, em suma, é uma forma eficaz de obter uma decisão final e vinculativa sobre uma disputa ou série de disputas, sem referência a um tribunal” (tradução livre). BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5ª Ed. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2009. p. 1

¹⁷ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. Ed. Única. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 24

¹⁸ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 2

“Em outros termos, pode-se dizer que **a arbitragem é um meio de solução de conflitos alternativo à via judiciária** caracterizado por dois aspectos essenciais: são as partes da controvérsia que escolhem livremente quem vai decidi-la, os árbitros, e são também as partes que conferem a eles o poder e a autoridade para proferir tal decisão.

Verifica-se, assim, que com a arbitragem os titulares de interesses em conflito, por ato voluntário (e sobre este ato, veja-se adiante o que é dito sobre a convenção de arbitragem), nomeiam um (ou mais de um) terceiro, estranho ao litígio, conferindo-lhe poder para apresentar uma solução para aquela lide, solução esta que lhes será imposta coativamente.” (grifos nossos)¹⁹

Leonardo Greco também adere à corrente que caracteriza o método como alternativa ao Juiz-Estado, ao reconhecer que “a pacificação dos litígios e a atuação da vontade da lei podem ser também desempenhados por órgãos e sujeitos não estatais, através dos meios alternativos de solução de conflitos, entre os quais a arbitragem”²⁰.

Carlos Alberto Carmona segue preliminarmente da mesma forma:

“A arbitragem - **meio alternativo de solução de controvérsias** através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.”²¹

Contudo, em sua visão moderna, Carmona esclarece que a arbitragem não deve ser retratada como mera alternativa à jurisdição estatal, haja vista se tratar de meio adequado para resolução de determinados litígios:

“Faço aqui um alerta: **a terminologia tradicional, que se reporta a "meios alternativos" parece estar sob ataque, na medida em que uma visão mais moderna do tema aponta meios adequados** (ou mais adequados) de solução de litígios, não necessariamente alternativos. (...) Para evitar esta contradição, soa correta a referência a métodos adequados de solução de litígios, não a métodos alternativos. Um sistema multiportas de resolução de disputas, em resumo, oferecerá aos litigantes diversos métodos, sendo necessário que o operador saiba escolher aquele mais adequado ao caso concreto.”²² (grifos nossos)

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº 9.307/96**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 7/8

²⁰ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. I, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 25.

²¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31

²² Ibid. p. 32/33

Isso porque, como adiantado, o cerne da defesa da arbitragem reside na confiança que as partes depositam no árbitro para resolução adequada da lide. Sergio Bermudes, apesar de introduzir o instituto também como alternativa ao processo judicial, destaca que enxerga a arbitragem como método superior à jurisdição estatal:

“Não importa há quantos séculos a arbitragem existe no sistema processual romano-ocidental, a verdade é que, por muitas razões, o instituto só começou a ser efetivamente utilizado, no Brasil, como alternativa do processo judicial (...) Destaque-se, por exemplo, o fato de que **a solução das lides pela arbitragem entrega o julgamento a pessoas familiarizadas com a questão a ser decidida**, cumprindo lembrar que os árbitros não precisam, necessariamente, ter formação jurídica. **A escolha de pessoas afeitas ao conflito avanta os juizes do Estado**. Fora dos casos rotineiros, os postulantes da jurisdição sentem-se na espinhosa contingência de ensinar o magistrado para obter dele o julgamento da causa. Acrescente-se aos motivos de eleição da arbitragem a irrecorribilidade das decisões proferidas pelo tribunal arbitral, que impede o desdobramento do processo em sucessivas instâncias, pela interposição de recursos.” (grifos nossos)²³

Sob essa ótica, vê-se que o conceito de arbitragem tem três pilares que serão fundamentais para a discussão pretendida nesse estudo: (1) a voluntariedade, por se tratar de método que exige renúncia à jurisdição estatal; (2) o consenso, uma vez que os particulares em comum acordo resolvem delegar a terceiro a autonomia para solucionar suas lides; e (3) a confiança, haja vista que a investidura do árbitro decorre da legítima expectativa das partes de que a controvérsia será solucionada de forma adequada.

2.3 Natureza jurídica da arbitragem

Outra controvérsia reside na definição da natureza jurídica da arbitragem. Por um lado, há aqueles que a caracterizam como instituto puramente contratual/privatista, por todo o quanto exposto em relação à necessidade de acordo entre as partes e secundariedade do método. Não obstante, existem os defensores de sua natureza jurisdicional, que seguem a ideia de que o tribunal arbitral goza de poder de jurisdição equivalente ao das cortes estatais.

²³ BERMUDES, Sergio. **Arbitragem: um instituto florescente**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, vol. 50/2016, p. 387 – 389, jul-set., 2016. p. 387

Ricardo de Carvalho Aprigliano explica que este é um debate da doutrina moderna, uma vez que, na origem, não havia propriamente um conflito entre a jurisdição exercida pelos particulares e pelo Estado²⁴.

Com o desenvolvimento e consolidação do Estado-juiz, entretanto, o tema se tornou objeto de debate infundável. José Eduardo Carreira Alvim elucida que “não é pacífica, na doutrina nacional, nem na estrangeira, a natureza jurídica da arbitragem e da função arbitral, ou se exercem ou não os árbitros função verdadeiramente jurisdicional”²⁵.

Na realidade, o embate assumiu tamanha proporção que Carlos Alberto Carmona observa que “não há tratado, manual, tese ou monografia - refiro-me agora à bibliografia nacional produzida nestes onze anos de vigência da Lei de Arbitragem - que não tenha desafiado o assunto”²⁶.

Para alguns, nem mesmo a positivação de que a sentença arbitral produz “os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário”, a teor do art. 31 da Lei de Arbitragem, e a declaração de constitucionalidade da referida lei pelo Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n.º 5.206-7/ES, foi suficiente para superar a natureza puramente contratualista do instituto.

Essa é a posição adotada por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“Porém, como é evidente, não é porque a escolha do árbitro não viola a Constituição que a sua atividade possui natureza jurisdicional. Aliás, é até risível argumentar que, ao se excluir o Judiciário, não se afasta a jurisdição porque a arbitragem também configura jurisdição, uma vez que uma das razões da própria arbitragem advém da desqualificação do Judiciário para resolver determinados conflitos. Ora, admitir expressamente que uma jurisdição não serve, e por isso é necessário outra, e se pretender fazer acreditar que essa outra jurisdição é essencialmente a mesma que foi afastada constitui uma terrível contradição lógica. Até porque, se fosse verdadeiro tal argumento, não se estaria excluindo nada”²⁷

²⁴ “Curioso notar, ao se estudar arbitragem nos dias de hoje e enfrentar o tema de sua natureza jurisdicional (ou não), que, nas fases iniciais do processo civil romano, conhecia-se apenas a ‘arbitragem’”. (APRIGLIANO, 2016, p. 234)

²⁵ CARREIRA ALVIM, 2002, Op. Cit. p. 24

²⁶ CARMONA, 2009, Op. Cit. p. 27

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. I. São Paulo: RT, 2015. p. 175

Segundo os referidos doutrinadores, entender a arbitragem como atividade jurisdicional é “primária falta de percepção da essência da jurisdição e do fundamento da arbitragem”²⁸, uma vez que a Jurisdição seria atributo peculiar do Estado na tutela dos direitos fundamentais.

Cassio Scarpinella Bueno acompanha a posição dos processualistas “ortodoxos” e petrifica que a arbitragem “tem natureza jurídica eminentemente contratual, eminentemente voluntária e dependente, na maior parte das vezes, do consenso entre os envolvidos no litígio”²⁹.

Carlos Alberto Carmona, por outro lado, diverge diametralmente da posição contratualista, a qual considera arcaica. Segundo o professor, “certamente continuarão a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual – e muito menos jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita”³⁰.

José Eduardo Carreira Alvim também considera que, após a introdução da Lei de Arbitragem e, por consequência, do seu art. 31, ficou claro que “a verdadeira natureza jurídica da arbitragem é, entre nós, de cunho jurisdicional, possuindo a sentença arbitral a mesma eficácia que a ordem jurídica reconhece à sentença judicial (art. 31, LA)”³¹.

A própria Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, (“CPC”), reconhece em seu art. 3º, *caput* e §1º, que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, sendo “permitida a arbitragem, na forma da lei”. Igualmente, em seu art. 485, inciso VII, o CPC disciplina que o magistrado não resolverá o mérito quando verificar a “existência de convenção de arbitragem”.

Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes destacam que não é possível estabelecer uma distinção fundamental entre a jurisdição estatal e a arbitral a ponto de ser possível afirmar que a natureza da segunda é puramente contratualista:

“É do passado a crença em um monopólio estatal da jurisdição, responsável pela concentração dos estudos sobre esta com o foco lançado exclusivamente sob a jurisdição estatal. Há notórias diferenças entre essas duas espécies de jurisdição, mas

²⁸ *Ibid.*, p. 174

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 47.

³⁰ CARMONA, 2009, Op. Cit. p. 26

³¹ CARREIRA ALVIM, 2002. Op. Cit. p. 49

não tantas nem tão profundas que legitimem o alijamento da jurisdição arbitral do conceito de jurisdição”³²

Ricardo de Carvalho Aprigliano, de forma ainda mais incisiva, sob as premissas de que (i) a arbitragem tem o condão de afastar a jurisdição estatal; (ii) a relação jurídica entre as partes do procedimento arbitral é de natureza tipicamente processual; (iii) a sentença arbitral é equiparável à sentença judicial; e (iv) não cabe ao Poder Judiciário revisar o mérito ou revogar os efeitos da decisão dos árbitros³³, concluí que sequer há diferença clara entre o escopo das atividades jurisdicionais:

“Quando se analisa o conjunto de atividades, de poderes e de deveres de um juiz estatal nessa mesma situação, percebe-se que a única diferença relevante entre juiz e árbitro é o fato de um integrar carreira do Estado e ser um agente com a função exclusiva de realizar tais julgamentos, e outro ser um agente particular, nomeado especificamente para desempenhar aquela função, naquele caso específico.”³⁴

Nelson Nery Junior também aponta que a capacidade da sentença arbitral de solucionar os conflitos em caráter definitivo, não estando sujeita ao escrutínio do poder estatal em relação ao mérito, confirma seu atributo jurisdicional:

“A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qual idade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal”³⁵

José Antonio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro esclarecem que, em todos os prismas sob os quais que se pode analisar a função jurisdicional, tem-se o mesmo resultado na observação dos efeitos arbitragem:

“Destaque-se apenas que, dentre todos os mecanismos alternativos de composição de litígios, a arbitragem é o único que consegue obter o mesmo resultado em relação aos três prismas da jurisdição (político, social e jurídico), inclusive, e principalmente, em relação à atuação da vontade concreta do Direito, ainda que para isso, em alguns casos, seja necessário contar com o apoio do Poder Judiciário, como ocorre, por exemplo, na fase de execução forçada da decisão.”³⁶

Alexandre de Freitas Câmara assume tom crítico em relação às duas correntes. Por um lado, o doutrinador reconhece o poder de ordem pública concedido ao árbitro, de pacificação

³² DINAMACO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do novo Processo Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 79

³³ APRIGLIANO, 2016, Op. Cit. p. 247

³⁴ Ibid. p. 243

³⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 1.300

³⁶ FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019, Op. Cit. p. 46

dos conflitos, e a natureza processual da relação jurídica estabelecida entre as partes do procedimento arbitral, envolvidas em uma cadeia de direitos e obrigações e sujeitas ao contraditório. Câmara ainda esclarece que o tal caráter privatista faz referência à convenção de arbitragem, acordo firmado entre os sujeitos envolvidos na lide, que não se confunde com o próprio procedimento arbitral. Nesse sentido:

“Em primeiro lugar, deve-se afirmar que, a meu juízo, a função exercida pelos árbitros é pública, por ser função de pacificação de conflitos, de nítido caráter de colaboração com o Estado na busca de seus objetivos essenciais. De outro lado, parece inegável que a arbitragem se inicia por ato de direito privado, qual seja, a convenção de arbitragem, que será estudada mais adiante. Não se pode, porém, confundir a convenção de arbitragem, ato que institui o procedimento arbitral, com a arbitragem em si. É a natureza desta, e não daquele, que se busca, e tal natureza é, a meu juízo, a de função pública.”³⁷

A despeito de tais reconhecimentos, Câmara esclarece que nem toda relação jurídica processual pode ser caracterizada como atividade jurisdicional. Isso porque, a jurisdição é atributo intimamente vinculado à existência do Estado de direito, único detentor legítimo da força coercitiva. Sendo assim, a função concedida ao árbitro, pontua o doutrinador, é “pública, mas não estatal, e - por conseguinte - não se poderia considerar que tal função é jurisdicional. Pensar de outra forma, a meu ver, seria infringir o monopólio estatal da jurisdição, o que não me parece possível”³⁸.

Seja como for, Carlos Alberto Carmona sugere que, para efeitos práticos, não há qualquer pertinência na discussão puramente teórica acerca da natureza jurídica da arbitragem. Para Carmona, é inegável que a arbitragem, “embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial”³⁹.

A conclusão parece apropriada para o presente estudo. Nitidamente, para o objeto principal dessa investigação, terá relevância ímpar a ideia de inafastabilidade da jurisdição insculpida no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88. No entanto, considerado o efeito da jurisdição/contratação arbitral de afastar a apreciação do mérito da controvérsia do Poder Judiciário, se for possível a extensão da cláusula compromissória à terceiro não-signatário, com

³⁷ CÂMARA, 2009, Op. Cit. p. 10

³⁸ Ibid. p. 10

³⁹ CARMONA, 2009, Op. Cit. p. 27

a produção plena dos seus efeitos, pouco importa se o procedimento teve natureza propriamente jurisdicional ou não.

De todo modo, por parecer consenso entre os arbitralistas modernos que o tribunal arbitral exerce função jurisdicional, no presente trabalho será adotada a nomenclatura “jurisdição arbitral” para se referir a atividade dos árbitros.

2.4 Arbitrabilidade

Tão importante quanto compreender se o tribunal arbitral exerce função jurisdicional ou poder puramente contratual é verificar quais indivíduos e quais litígios podem ser submetidos ao crivo dos árbitros. A esse fenômeno se dá o nome de arbitrabilidade. O pressuposto de restrição da arbitrabilidade é, como se verá, matéria de interesse do Estado na preservação de sua competência jurisdicional.

Segundo Gary Born, “*under virtually all national laws, certain categories of disputes or claims are “non-arbitrable” – not capable of settlement by arbitration (as opposed to litigation in national courts or before other governmental agencies)*”⁴⁰. Normalmente, as questões de natureza iminente pública, como as matérias da seara criminal, conflitos envolvendo direitos transindividuais, direito de família e outras, não podem ser colocadas à disposição da solução arbitral. É por isso que Carlos Alberto Carmona define que o “freio estabelecido pelo legislador à autonomia da vontade das partes repousa na ordem pública”⁴¹.

A amplitude dos conflitos que podem ser submetidos à jurisdição estatal, em comparação com o procedimento arbitral, coloca em evidência a atividade do Estado-Juiz. José Eduardo Carreira Alvim é afirmativo no sentido de que “o poder das partes de transigir em sede jurisdicional é muito mais amplo do que em sede arbitral”⁴².

⁴⁰ “sob praticamente todas as leis nacionais, certas categorias de disputas ou reclamações são “não arbitráveis” – não passíveis de solução por arbitragem (em oposição a litígios em tribunais nacionais ou perante outras agências governamentais)” (tradução livre). BORN, Gary B., **International commercial arbitration**. Nova Iorque, Estados Unidos: Kluwer Law International, 2001. p. 8

⁴¹ CARMONA, 2009, Op. Cit. p. 69

⁴² CARREIRA ALVIM, 2002, Op. Cit. p. 33

Já foi abordado nesse estudo que a arbitragem, após a formação dos Estados modernos de direito, passou a extrair validade do ordenamento jurídico produzido pelo próprio Estado. Sendo assim, José Antonio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro explicam que a arbitrabilidade, definida em lei, é um conceito que interessa à própria soberania:

“Em tese, a noção de arbitrabilidade diz respeito muito mais a um aspecto externo do processo arbitral do que propriamente interno. Na verdade, a arbitrabilidade é uma noção utilizada pelos Estados soberanos para definir aquilo que tem interesse em julgar e aquilo em que admitem, via consenso das partes, a delegação da jurisdição aos árbitros.”⁴³

É por isso que os autores alertam que “não se pode esquecer que o sucesso da arbitragem depende, também, do seu reconhecimento pelos Estados soberanos”⁴⁴. Tanto é assim que a própria Lei de Arbitragem possibilita o cumprimento de quaisquer decisões arbitrais e, principalmente, das sentenças por meio da força coercitiva do próprio Poder Judiciário nas hipóteses de não-cumprimento voluntário, a teor dos seus arts. 22-C e 31.

Não há a possibilidade, evidentemente, de revisão do mérito dessas decisões pelo poder estatal, mas a coerção necessária à sua execução pode depender, por vezes, da força do Estado.

O cerne da arbitrabilidade no ordenamento jurídico nacional encontra-se positivado no art. 1º da Lei de Arbitragem, que disciplina que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A questão, portanto, assume duas óticas distintas: uma em relação à pessoa e outra em relação à matéria. Conforme comentários de Joaquim de Paiva Muniz: “a questão da arbitrabilidade deve ser vista de dois ângulos, um denominado subjetivo (*ratione personae*) relativa a quem pode participar da arbitragem, e outro objetivo (*ratione materiae*), concernente ao quê – em outras palavras, que matéria – pode ser objeto de arbitragem”.⁴⁵

A arbitrabilidade em natureza objetiva talvez seja o primeiro critério de análise das partes, já que não há efetividade no preenchimento de todos os demais requisitos formais se a questão não for arbitrável. Eduardo Damiano Gonçalves elucida que “além dos aspectos formais,

⁴³ FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019, Op. Cit. p. 361

⁴⁴ Ibid. p. 362

⁴⁵ MUNIZ, Joaquim de Paiva. et. al. **Reforma da Lei de Arbitragem. Comentários ao texto completo**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Francisco Maia & Associados, 2015. p. 13

da capacidade do agente e do consentimento válido, a arbitrabilidade da controvérsia é uma condição intrínseca da validade da convenção de arbitragem”.⁴⁶

Nesse sentido, o art. 1º da Lei de Arbitragem é claríssimo quanto às matérias que podem ser submetidas à arbitragem: litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Joaquim de Paiva Muniz esmiuça o conceito amplo de direitos patrimoniais:

“Direitos patrimoniais são aqueles pertencentes ao patrimônio de cada pessoa, consistindo no conjunto de seus direitos de valor econômico. Seriam não pecuniários os direitos não diretamente ligados à utilidade econômica, como os direitos a vida, liberdade, integridade física, honra e intimidade. O art. 852 do Código Civil menciona como direitos não patrimoniais as questões de estado e de direito pessoal de família. Também não podem ser arbitrados direitos não disponíveis, isto é, direitos que não podem ser objeto de alienação, renúncia ou transação.”⁴⁷

Nota-se da explicação acima que não basta a controvérsia envolver matéria patrimonial, é imprescindível também que os direitos postos em litígio sejam disponíveis (ou seja, *a contrariu sensu*, aqueles que podem ser objeto de alienação, renúncia ou transação). José Eduardo Carreira Alvim é mais específico na sua caracterização:

“Diz a lei textualmente que as partes podem valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, a respeito dos quais as partes possam validamente e legalmente dispor. Essa é uma característica de praticamente todas as legislações sobre arbitragem (alemã, italiana, francesa, espanhola, argentina etc.), que, sem discrepâncias, limitam a arbitragem à categoria das questões sobre as quais a lei permita a transação.”⁴⁸

A arbitrabilidade sob a ótica subjetiva, por sua vez, se refere à aptidão da parte de renunciar à jurisdição estatal para participar do procedimento arbitral. O conceito para José Antonio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro é simples: “a arbitrabilidade subjetiva procura responder à questão consistente em saber ‘quem’ pode se submeter à arbitragem”⁴⁹.

Aqui também, o *caput* do art. 1º da Lei de Arbitragem é breve e limita-se a afirmar que o preenchimento do requisito subjetivo exige “pessoas capazes de contratar”. Joaquim Muniz explica:

⁴⁶ GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Orientador: Umberto Celli Júnior. Tese (Doutorado) – Direito, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008. p. 12.

⁴⁷ MUNIZ et. al., 2015, Op. Cit. p. 13

⁴⁸ CARREIRA ALVIM, 2002, Op. Cit. p. 31/32

⁴⁹ FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019, Op. Cit. p. 373

“Com relação a arbitrabilidade subjetiva, pode contratar arbitragem qualquer pessoa física ou jurídica capaz, segundo a legislação civil. Trata-se de corolário da natureza contratual da convenção de arbitragem, que está sujeita às mesmas regras de capacidade do que outros tipos contratuais.”⁵⁰

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, (“Código Civil”) está em harmonia com a Lei de Arbitragem de 1996 ao prever em seu art. 851 que “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

José Antonio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro são alguns dos que criticam a escassez da norma, que tem se demonstrado insuficiente em algumas situações concretas. Os doutrinadores lecionam que o conceito foi criado ainda sob a ótica privatista da natureza jurídica da arbitragem:

“É relevante destacar que a análise até então feita parte do pressuposto de que a convenção de arbitragem teria natureza contratual e que, portanto, seria uma espécie de negócio jurídico de direito privado, razão pela qual a capacidade mencionada no art. 1.º da Lei de Arbitragem, para fins de fixar os limites da arbitrabilidade subjetiva seria aquela capacidade de fato prevista no Código Civil. A expressão legal “pessoas capazes de contratar” significaria, assim, pessoas com capacidade de fato, na forma do Código Civil.”⁵¹

Essa definição contratualista produz uma série de controvérsias acerca da possibilidade de submissão, por exemplo, de entes despersonalizados ao procedimento arbitral. Os Autores explicam que “no que diz respeito aos entes despersonalizados, é de dizer que, sob o prisma do Direito Privado, como eles não detêm personalidade jurídica, também não deteriam, em tese, capacidade de direito e, por conseguinte, capacidade de fato”⁵², o que seria um dos requisitos da arbitrabilidade subjetiva se enxergada sob a ótica puramente privatista.

Por essa razão, a moderna visão dos arbitralistas quanto à natureza jurisdicional da arbitragem tenta explicar que a convenção de arbitragem deve ser entendida como negócio jurídico processual, afastando-se do conceito próprio de capacidade do diploma civilista. José Antonio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro explicam:

“há uma corrente de pensamento entendendo que a convenção de arbitragem, na verdade, não é negócio jurídico de direito privado, mas sim negócio jurídico processual, de modo que a capacidade mencionada na Lei n.º 9.307/1996 não seria,

⁵⁰ MUNIZ et. al., 2015, Op. Cit. p. 13

⁵¹ FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019, Op. Cit. p. 375

⁵² Ibid. p. 375

exatamente, a capacidade de fato do Direito Privado, mas sim a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo da Teoria Geral do Processo.”⁵³

Nesse novo cenário, reconhece-se, por exemplo, a possibilidade de submissão dos entes despersonalizados ao procedimento arbitral, bem como da administração pública⁵⁴. Essa hipótese de inclusão do poder público como parte na arbitragem, prevista expressamente no § 1º da Lei de Arbitragem, que só foi introduzido após a edição da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 (“Nova Lei de Arbitragem”)⁵⁵, revela os avanços do instituto no país e uma sinalização de extensão das matérias arbitráveis, que começam a perpassar o âmbito do direito público, saindo dos limites da esfera dos interesses privados.

Como o escopo do presente estudo se limita à investigação da possibilidade de extensão da cláusula compromissória às pessoas jurídicas participantes de um grupo econômico, as quais podem ser capazes tanto na perspectiva civilista quanto na processualista, será suficiente a compreensão basilar e dominante de que a arbitrabilidade objetiva se refere a possibilidade de resolução de conflitos atinentes à direitos patrimoniais disponíveis e a subjetiva à aptidão de pessoas capazes de renunciar ao provimento jurisdicional do Estado-Juiz.

⁵³ Ibid. p. 375

⁵⁴ Ibid. p. 374/376

⁵⁵ Art. 1º da Lei de Arbitragem: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

3 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Feitos alguns breves esclarecimentos sobre o instituto da arbitragem, passa-se a examinar o fenômeno que inaugura o procedimento arbitral: a convenção de arbitragem. Dentro desse conceito, como se verá, é que as partes manifestam sua vontade de submeter litígios futuros ou atuais à jurisdição arbitral, renunciando ao direito constitucional de perquirir a resolução de conflitos pela via estatal.

3.1 Autonomia da vontade e a convenção arbitral

Como esclarecido no art. 1º da Lei de Arbitragem, a arbitragem exige, de forma incontroversa, que as partes manifestem sua vontade livre de contratar a jurisdição do tribunal arbitral⁵⁶. Por se tratar de um negócio jurídico, como qualquer outro, um dos seus fundamentos basilares é o princípio da autonomia da vontade⁵⁷. Não existe arbitragem sem voluntariedade e consenso entre as partes.

Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern e J. Martin Hunter expõe:

*“The agreement to arbitrate is the foundation stone of international arbitration. It records the consent of the parties to submit to arbitration — a consent that is indispensable to any process of dispute resolution outside national courts. Such processes depend for their very existence upon the agreement of the parties. Many attach great importance to the wishes of the parties — to l'autonomie de la volonté.”*⁵⁸

A doutrina nacional se posiciona de forma consensual nesse sentido. Carlos Alberto Carmona reforça que o “ponto fundamental da arbitragem é a liberdade dos contratantes ao estabelecer o modo pelo qual seu litígio será resolvido”⁵⁹.

André Martin, Flávio Ribeiro, Juliana Facklmann e Karina Gemignani assim explicam:

⁵⁶ Art. 1º da Lei de Arbitragem: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

⁵⁷ MARTIN, André; RIBEIRO, Flávio Santana C.; FACKLMANN, Juliana; GEMIGNANI, Karina. **O perecimento da convenção de arbitragem**. Revista de Direito Empresarial. São Paulo, vol. 3/2014, p. 265 – 293, maio-jun, 2014. p. 267

⁵⁸ “A convenção de arbitragem é a peça fundamental da arbitragem internacional. Ele registra o consentimento das partes em se submeter à arbitragem – um consentimento indispensável a qualquer processo de resolução de disputas fora dos tribunais nacionais. Tais processos dependem, para sua própria existência, do acordo das partes. Muitos atribuem grande importância aos desejos das partes – a autonomia da vontade” (tradução livre) BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN e HUNTER, 2009, Op. Cit. p. 71

⁵⁹ CARMONA, 2009, Op. Cit. p. 64

“Crê-se na convenção arbitral como negócio jurídico, um exercício da autonomia privada das partes nele envolvidas. Este ato de autonomia privada é um ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros, é um ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômica e social que lhe tipifica.”⁶⁰

Já se comentou também acerca da força de título executivo judicial que a sentença arbitral assume. É patente que a arbitragem nasce da voluntariedade, mas, uma vez formalizada através dos instrumentos típicos, petrifica-se pelo princípio de que os contratos fazem lei entre as partes. Ou, como explica Márcio Martins Bonilha, “na arbitragem, prevalece o princípio da ampla autonomia da vontade, cuja manifestação, em tema de direito disponível, é firmemente respeitada, impondo-se a obediência à regra do *pacta sunt servanda*”⁶¹.

Evidentemente, tratando-se de negócio, não se retira o direito das partes de, em comum acordo, abdicarem da jurisdição arbitral e elegerem o foro estatal. Ricardo Aprigliano explica que a irretratabilidade se impõe unicamente sob uma perspectiva unilateral: “caso as partes façam tal escolha, celebrando convenção de arbitragem, a partir de então estarão obrigadas ao que pactuaram, não podendo se furtar à instituição do juízo arbitral unilateralmente”⁶². Pode-se dizer, portanto, que as partes, tal qual em um contrato, assumem o risco de sua pactuação inicial pelo procedimento arbitral.

Isso se comprova pela possibilidade do réu de arguir a existência de convenção de arbitragem perante o Juízo Estatal como preliminar de contestação, conforme art. 337, inciso X, do CPC⁶³, o que fará com que, a partir do seu reconhecimento, não seja possível a resolução do mérito no Poder Judiciário, a teor do art. 485, VII, do CPC⁶⁴.

A manifestação, fundada na renúncia à jurisdição estatal, contudo, há que observar uma série de requisitos previstos em lei, eis que dessa última é que a arbitragem extrai sua validade. Esse é o ensinamento de Carmen Tibúrcio: “naturalmente, a convenção de arbitragem deve

⁶⁰ MARTIN et. al., 2014, Op. Cit. p. 267

⁶¹ BONILHA, Márcio Martins. **Do efeito vinculante da cláusula arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, vol. 3/2004, p. 138 – 141, set-dez., 2004. p. 138

⁶² APRIGLIANO, 2016, Op. Cit. p. 255

⁶³ Art. 337 do CPC: Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: X - convenção de arbitragem.

⁶⁴ Art. 485 do CPC. O juiz não resolverá o mérito quando: VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência.

atender aos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral: agentes capazes, objeto lícito e forma prescrita ou não proibida pela lei, além da vontade livremente manifestada”⁶⁵.

Esse aspecto contratualista da convenção arbitral que fundamenta a controvérsia acerca da natureza privatista ou jurisdicional da arbitragem. Parece razoável, no entanto, como abordado no capítulo anterior, compreender que a natureza da arbitragem se distingue da natureza da convenção arbitral, razão pela qual a primeira pode ser entendida como jurisdição e a segunda como sua manifestação contratual⁶⁶.

A convenção pode ser vista como o princípio geral de contratação da arbitragem, enquanto suas divisões representam os instrumentos formais de sua efetividade. José Cretella Neto esclarece que “em nossa lei, portanto, cláusula compromissória e compromisso arbitral são espécies, de que é gênero a convenção de arbitragem”⁶⁷.

Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern e J. Martin Hunter, sob a perspectiva da doutrina internacional, explicam que no cenário global também existem “*two basic types of arbitration agreement: the arbitration clause and the submission agreement. An arbitration clause looks to the future, whereas a submission agreement looks to the past*”⁶⁸.

O Brasil, portanto, segue a divisão clássica da convenção arbitral utilizada em outros países e citada na doutrina internacional. A Lei de Arbitragem, em seu art. 3º, esclarece que “*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*”.

José Cretella Neto explica a previsão em nosso ordenamento como aventada acima pelos doutrinadores estrangeiros:

⁶⁵ TIBÚRCIO, CARMEN. **Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo**. Revista de Processo. São Paulo, vol. 241/2015, p. 521 – 566, mar., 2015. p. 521/522

⁶⁶ CÂMARA, 2009, Op. Cit. p. 10

⁶⁷ CRETILLA NETO, José. **Comentários à lei de arbitragem brasileira**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 51

⁶⁸ “[existem] dois tipos básicos de convenção de arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Uma cláusula de arbitragem olha para o futuro, enquanto um compromisso arbitral olha para o passado” (tradução livre). BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN e HUNTER, 2009, Op. Cit. p. 71

“Note-se que, segundo essas definições, a cláusula compromissória é firmada com vistas a litígios futuros, os quais possivelmente nem mesmo cheguem se materializar; as partes meramente prevêm que poderá surgir litígio, mas não têm, ainda, a menor idéia sobre qual questão versará. Já o compromisso arbitral pressupõe a existência atual e efetiva de litígio concreto entre as partes, ou seja, pretensões opostas e resistidas acerca de alguma cláusula contratual.”⁶⁹

A Lei de Arbitragem, contudo, é inovadora em relação à tradição arbitralista brasileira. Apenas após a sua edição é que foi instituída a cláusula compromissória cheia, capaz de efetivamente instituir *per se* a arbitragem⁷⁰. Como elucidado Edoardo Flávio Ricci:

“Esta é uma das mais importantes novidades introduzidas pela Lei 9.307/96. Na disciplina anterior, o efeito de eliminar o poder decisório da autoridade judiciária era atribuído somente ao compromisso, contendo a cláusula a promessa de futura estipulação dessa convenção.”⁷¹

Diante das considerações tecidas, parece natural sintetizar a convenção arbitral como propõe Carlos Alberto Carmona:

“Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19).”⁷²

Os efeitos decorrentes da celebração da convenção arbitral, seja qual for a sua forma, também são explicados por Ricardo Aprigliano: “*é a convenção de arbitragem a fonte do poder jurisdicional dos árbitros, dela que se extraem os limites da atuação dos árbitros, a força obrigatória de suas ordens e decisões*”⁷³.

3.2 O compromisso arbitral

Após essas observações iniciais, vale adentrar, de forma breve no conceito de compromisso arbitral, apenas para que seja destacada a diferença deste para a cláusula compromissória. O compromisso foi positivado no art. 9º da Lei de Arbitragem, que o define como “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais

⁶⁹ CRETILLA NETO, 2004, Op. Cit. p. 51

⁷⁰ “Até o advento da Lei 9.307 /96, somente o compromisso arbitral teria o condão de instituir o juízo arbitral.” CARMONA, 2009, Op. Cit. p. 77

⁷¹ RICCI, Edoardo Flávio. **Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão / questões polêmicas**. Edoardo Flavio Ricci; com a colaboração de Mariulza Franco. São Paulo: RT, 2004. p. 96

⁷² CARMONA, 2009, Op. Cit. p. 79

⁷³ APRIGLIANO, 2016, Op. Cit. p. 249

pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”. A distinção fundamental, como anotado acima, reside no marco temporal da lide⁷⁴.

Enquanto a cláusula compromissória faz uma presunção de que eventuais litígios futuros serão resolvidos pela via arbitral, o compromisso institui a jurisdição dos árbitros depois da formação do conflito. No momento de celebração dessa modalidade de convenção arbitral, já há pretensão resistida que exige uma solução heterocompositiva, aos contratantes só cabe escolher se submeterão a lide à jurisdição estatal ou à arbitral⁷⁵.

Valéria Maria Sant’Anna explica que o compromisso é “um meio extintivo de obrigações. O compromisso não cria, não modifica nem conserva direitos, tão pouco estabelece prestações respectivas; apenas as extingue, determina a forma para uma solução final”⁷⁶. Diz-se meio extintivo, nesse recorte, porque extingue a possibilidade de ajuizamento ou mesmo de prosseguimento do processo estatal⁷⁷.

Nesse aspecto, o compromisso arbitral possui uma vantagem em relação à cláusula compromissória, que é a possibilidade de ser construído de forma personalizada para o conflito que se pretende solucionar. Não obstante, José Cretella Neto adverte que “o litígio já estará materializado, e poderá ser mais difícil acordar sobre certos pontos”⁷⁸.

Vale anotar, contudo, que o compromisso arbitral (e a cláusula compromissória) não esgota os acordos entre as partes no procedimento arbitral. A arbitragem se caracteriza pela consensualidade e liberdade de contratação, de forma que outras questões podem ser avençadas durante o processo. José Antonio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro são claros nesse sentido:

⁷⁴ CRETELLA NETO, 2004, Op. Cit. p. 52

⁷⁵ Ibid. No mesmo Sentido: FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019, Op. Cit. p. 398

⁷⁶ SANT’ANNA, Valéria Maria. **Arbitragem: Comentários à Lei nº 9.307 de 23-9-96**. 1ª ed. São Paulo: EDIPRO, 1997. p. 29

⁷⁷ “Em outras palavras, as partes, quando da elaboração de um contrato, acrescentam a cláusula da arbitragem, ou seja, pactuam, comprometem-se, caso haja discordância, em dirimir as dúvidas através da arbitragem, ao invés de procurar a Justiça diretamente. Podemos, então dizer que, após o compromisso toma-se inviável recorrer ao Poder Judiciário, sendo certo que o ingresso em Juízo e o prosseguimento do feito conduz à extinção do processo sem julgamento do mérito. É, por conseguinte, um meio extintivo de obrigações. O compromisso não cria, não modifica nem conserva direitos, tão pouco estabelece prestações respectivas; apenas as extingue, determina a forma para uma solução final”. Ibid. p. 29

⁷⁸ CRETELLA NETO, 2004, Op. Cit. p. 52

“A definição das regras do procedimento arbitral pelas partes pode se dar na elaboração da cláusula compromissória, no firmamento do compromisso arbitral, na eleição do regulamento de arbitragem, no estabelecimento do termo de arbitragem ou mesmo no próprio curso do processo arbitral.”⁷⁹

Assim como a cláusula compromissória, o compromisso não deixa de ser "um contrato através do qual as partes ajustam de afastar a jurisdição ordinária, confiando a decisão de suas pendências a árbitros por eles escolhidos"⁸⁰.

Em conclusão, a distinção para a cláusula compromissória reside num critério puramente temporal, que pode trazer algumas implicações quanto ao modo do procedimento, haja vista o conhecimento do litígio e de suas peculiaridades. De todo modo, o resultado-fim é o mesmo da cláusula compromissória: a renúncia à jurisdição estatal e a pactuação dos termos que regerão o procedimento arbitral⁸¹.

3.3 O conceito de cláusula compromissória

Ao contrário do compromisso arbitral, marcado pela atualidade da lide e possibilidade de organização do procedimento em torno de suas particularidades, a cláusula compromissória assume a difícil tarefa de presunção dos potenciais litígios. Salvatore Satta explica que essa cláusula “é aquela mediante a qual as partes estipulam no contrato ou em ato consecutivo que as controvérsias oriundas do mesmo e ainda as futuras serão decididas por intermédio dos árbitros”⁸². O art. 4º da Lei de Arbitragem não deixa dúvidas a respeito dessa diferenciação temporal⁸³.

Por não ter visibilidade completa das desavenças que poderão surgir durante a execução do contrato – e, diga-se desde logo, dos eventuais participantes da controvérsia – essa cláusula costuma não possuir o mesmo nível de detalhamento do compromisso arbitral:

⁷⁹ FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019, Op. Cit. p. 92

⁸⁰ SANT’ANNA, 1997, Op. Cit. p. 29

⁸¹ “Com efeito, após o advento da Lei, cláusula e compromisso podem, indistintamente, instituir a arbitragem, deixando a primeira de ser mera promessa de celebrar o segundo, de modo que uma e outro são acordos mediante os quais renuncia-se à solução estatal de conflitos, em prol da atuação do juiz escolhido pelos litigantes.” CARMONA, 2009, Op. Cit. p. 102

⁸² SATTA, Salvatore. **Direito processual civil, vol. II**, trad. bras. de Luiz Autuori, Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. p. 775

⁸³ Art. 4º da Lei de Arbitragem. 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. (grifos nossos)

“An arbitration clause that deals with disputes that may arise in the future does not usually go into too much detail, since it is not known what kind of disputes will arise and how they should best be handled.”⁸⁴

Há, ainda, uma agravante natural para a diligência dos advogados na estruturação da cláusula compromissória: o espírito das partes no momento da contratação. Evidentemente, nenhum dos contratantes celebra um negócio jurídico com a expectativa de que irá discutir seus termos futuramente em juízo.

Como se não bastasse, as negociações que exigem a inclusão de uma cláusula compromissória ainda são tradicionalmente marcadas por sua complexidade e alto valor envolvido, já que comprovados os elevados custos para instauração do tribunal arbitral e a natureza do mecanismo como meio “especializado” e adequado para a solução desse tipo de controvérsia⁸⁵.

A exaustão que costuma permear tais negociações e o clima amistoso entre as partes coloca o escrutínio da cláusula compromissória em segundo plano. É por isso que ela veio a ser conhecida popularmente como a “*midnight-clause*”⁸⁶:

“Most international commercial arbitrations take place pursuant to an arbitration clause in a commercial contract. These clauses are often ‘midnight clauses’—that is, the last clauses to be considered in contract negotiations, sometimes late at night or in the early hours of the morning. Insufficient thought is given to how disputes are to be resolved (possibly because the parties are reluctant to contemplate falling into dispute)”⁸⁷

Na Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória está prevista em seu art. 4º, assim redigido: “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”.

⁸⁴ “Uma cláusula de arbitragem que trata de disputas que possam surgir no futuro geralmente não entra em muitos detalhes, pois não se sabe que tipo de disputas surgirão e como elas devem ser adequadamente tratadas” (tradução livre). BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN e HUNTER, 2009, Op. Cit. p. 71

⁸⁵ BERMUDES, 2016, Op. Cit. p. 387

⁸⁶ Cláusula da meia-noite

⁸⁷ “A maioria das arbitragens comerciais internacionais ocorre de acordo com uma cláusula de arbitragem em um contrato comercial. Essas cláusulas geralmente são “cláusulas da meia-noite” – ou seja, as últimas cláusulas a serem consideradas nas negociações do contrato, às vezes tarde da noite ou nas primeiras horas da manhã. Não há consideração suficiente sobre como as disputas devem ser resolvidas (possivelmente porque as partes estão relutantes em considerar entrar em disputa)” (tradução livre). BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN e HUNTER, 2009, Op. Cit. p. 71

Extrai-se da literalidade da previsão legal que a cláusula compromissória tem o condão de afastar *per se* a jurisdição estatal, mas nem sempre foi assim. José Emílio Nunes Pinto explica que, na prematura tradição arbitral brasileira, a cláusula compromissória era vista como um pré-contrato. Em outras palavras, mero “acordo de cavalheiros” que indicava que eventuais disputas poderiam ser submetidas ao juízo arbitral mediante a celebração de um compromisso arbitral. Nesse sentido:

“Durante muitos anos, a cláusula compromissória foi entendida como sendo um pré-contrato segundo o qual as partes signatárias se comprometiam a celebrar o compromisso para que se pudesse validamente instituir a arbitragem. No entanto, seguindo a técnica vigente no passado, muito embora o compromisso fosse essencial, não previa a legislação os meios adequados para que forçasse a parte recalcitrante a celebrar o compromisso. A isso denominava-se a ausência de execução específica da cláusula compromissória.”⁸⁸

Essa cláusula compromissória ineficaz foi substituída por uma cláusula com força vinculante, que faz lei entre as partes e cuja execução pode ser requerida em Juízo⁸⁹. O art. 7º da Lei de Arbitragem assim prevê: “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”.

Hoje, a cláusula compromissória pode ser complexa o suficiente para prever os tipos de litígios que serão resolvidos com base na sua força, o procedimento a ser adotado (incluindo legislação aplicável, idioma e outras questões processuais) e eleger, desde logo, os árbitros ou a câmara arbitral responsáveis por solucionar a controvérsia⁹⁰. A esse tipo de previsão autossuficiente se dá o nome de “cláusula cheia”.

O art. 5º da Lei de Arbitragem esclarece a amplitude de questões que podem ser endereçadas na estruturação dessa cláusula completa:

“Art. 5º da Lei de Arbitragem. 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

⁸⁸ PINTO, José Emílio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do código civil**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, vol. 2/2014, p. 221 – 238, set., 2014. p. 223/224

⁸⁹ “Com a edição da Lei de Arbitragem, o quadro se modificou de forma substancial. Além de outorgar à cláusula compromissória execução específica (art. 7.º da Lei 9.307/1996), atribui-se a ela, desde que se possa interpretá-la como cláusula completa ou, ainda, na terminologia arbitral, “cláusula cheia”, o condão de ser suficiente e bastante para instituir a arbitragem” (PINTO, 2014, Op. Cit. p. 224)

⁹⁰ “a cláusula compromissória pode ser completa, a ponto de conter todos os detalhes para a organização do tribunal arbitral em caso de ser necessária a solução de litígio” CARMONA, 2009, Op. Cit. 104

estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem”

Ocorre que, nem todas as cláusulas compromissórias são bem redigidas a ponto de disciplinar todas as peculiaridades do procedimento arbitral. Em alguns casos, trata-se somente de previsão genérica de que os conflitos serão resolvidos por esse meio. Nesse cenário, pode-se requerer a execução judicial da cláusula compromissória, a teor dos §§ 3º e 4º art. 7º da Lei de Arbitragem, para que o Juiz nomeie o(s) árbitro(s) que resolverá a lide e regule o procedimento.

Esse é um efeito absolutamente indesejado na moderna prática da arbitragem, eis que contrário a um dos fundamentos que acompanha a escolha da arbitragem desde suas origens: a possibilidade de eleição de terceiro de confiança das partes para solução adequada do conflito.

Carlos Alberto Carmona faz as seguintes considerações:

“Os inconvenientes de uma cláusula arbitral vazia são notórios, de forma que esta deve sempre que possível ser evitada, procurando as partes reportar-se desde logo às regras de um órgão arbitral institucional ou então prever na própria cláusula a forma desejada de nomeação de árbitro (ou árbitros) - o que evitará o procedimento do art. 7º da lei - prazos, procedimentos etc., evitando-se controvérsia futura, seja quanto à constituição do órgão arbitral, seja quanto ao desenvolvimento do processo arbitral.”⁹¹

Paradoxalmente, a cláusula compromissória “vazia”, que não deixa de sinalizar a opção das partes pelo contencioso arbitral, pode levar ao tradicional contencioso judicial para discussão de seus termos. José Emílio Nunes Pinto adverte, por isso, que deve ser evitada essa “criação de ‘cláusulas vazias’ ou ‘cláusulas patológicas’ que, além de frustrarem o interesse e expectativa das partes signatárias, levam à instauração de um ‘contencioso parasita’”⁹².

Seja como for, a definição da cláusula compromissória está clara na lei e doutrina. José Eduardo Carreira Alvim reforça o ora exposto:

“A cláusula compromissória é uma convenção pela qual as partes num contrato se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir em relação a esse contrato. Portanto, é uma obrigação de fazer relativamente a litígio futuro, que pode ou não ocorrer, mas se ocorrer, pode ser mantido na via arbitral, espontaneamente, havendo acordo das partes, ou judicialmente, se uma delas se recusar a honrar o prometido.”⁹³

⁹¹ CARMONA, 2009, Op. Cit. p. 18

⁹² PINTO, 2014, Op. Cit. p. 224

⁹³ CARREIRA ALVIM, 2002, Op. Cit. p. 52/53

Interessa anotar, ainda, que para José Emílio Nunes Pinto a cláusula compromissória transcende a simples finalidade de instauração do juízo arbitral. Isso porque, a depender da controvérsia e das partes envolvidas no contrato, a previsão da arbitragem pode ser um equalizador de forças ou uma medida para evitar futuros litígios⁹⁴.

Sob essa ótica, pensa-se, exemplificativamente, nos contratos celebrados com a administração pública ou em contratos de investimento internacional (*investor-state agreements*). Nesse tipo de contratação, questiona-se o interesse do particular de litigar na jurisdição estatal contra o próprio Estado, razão pela qual a cláusula compromissória pode desempenhar um papel fundamental de paridade de armas.

3.4 A natureza jurídica

Introduzido o conceito de cláusula compromissória como a convenção por meio da qual as partes acordam a submissão de litígios futuros à jurisdição arbitral, vale tecer breves considerações acerca de sua natureza jurídica.

Como esclarecido no subcapítulo a respeito da convenção arbitral, da qual a cláusula compromissória é espécie, trata-se da manifestação contratualista da jurisdição arbitral. Nesse sentido, adotada a linha negocial, Carlos Nelson Konder explica:

“A terminologia ‘cláusula’ se justifica exclusivamente do ponto de vista formal, em razão de comumente ser inserida no âmbito de instrumento contratual mais amplo, que tem função principal diversa. Entretanto, do ponto de vista material, a chamada cláusula compromissória configura verdadeiro negócio jurídico autônomo, que, posto deva ser escrito por exigência legal, poderia ser formalizado em instrumento próprio, sem prejuízo da sua aplicação”⁹⁵

Para Carlos Alberto Carmona, não se trata, entretanto, do negócio típico do diploma civilista, mas sim de negócio jurídico processual:

⁹⁴ “Vale lembrar, ainda, que a cláusula compromissória não pode ser vista, única e exclusivamente, como o estabelecimento de um meio extrajudicial para a solução de controvérsias decorrentes das relações contratuais entre as partes. Este é apenas um de seus aspectos. No entanto, a opção pela arbitragem tem uma dimensão mais ampla e um conteúdo econômico. Defendemos a tese de que a opção pela arbitragem é um dos elementos que integram a equação de equilíbrio econômico da relação contratual.” (PINTO, 2014, Op. Cit. p. 225)

⁹⁵ KONDER, Carlos Nelson. **O alcance da cláusula compromissória em contratos coligados: leitura a partir da tutela da confiança**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 63/2016. p. 295-331. São Paulo: RT, out-dez., 2019. p. 298

“Pode-se hoje dizer, com tranquilidade, que a cláusula arbitral é um negócio jurídico processual, eis que 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).”⁹⁶

Esse posicionamento segue a linha do quanto exposto acima acerca da capacidade exigida da parte para sua inclusão no procedimento arbitral (se capacidade do diploma civil ou do CPC). A doutrina moderna vem reconhecendo, principalmente em razão da natureza jurisdicional do mecanismo de resolução de conflitos, que o processo arbitral é processo e, portanto, que está sujeito aos princípios da teoria geral do processo⁹⁷.

Diante disso, parece consensual que a cláusula compromissória tem natureza jurídica negocial, tal qual a convenção arbitral (da qual é espécie). O negócio jurídico formado é, portanto, a pactuação da renúncia à jurisdição estatal e a regulação dos termos do eventual processo arbitral.

3.5 Requisitos formais

Os efeitos da cláusula compromissória são, como demonstrado, drásticos para os jurisdicionados. Deve-se lembrar que a regra do ordenamento jurídico é de prevalência da jurisdição estatal na ausência de convenção arbitral, sobretudo porque o contemporâneo Estado Social de Direito ampliou sua atuação para buscar a tutela máxima das garantias fundamentais dos indivíduos. Dentre esses direitos essenciais protegidos pelo poder público, inclui-se a garantia de acesso à jurisdição, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, que disciplina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Diante disso, o requisito formal previsto na Lei de Arbitragem é a forma escrita, conforme o §1º de seu art. 4º: “a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”. Tal necessidade revela uma maior preocupação com a confirmação do consentimento.

Nesse sentido são as lições de Joaquim Muniz de Paiva e Maria da Graça Almeida Prado:

⁹⁶ CARMONA, 2009, Op. Cit. p. 102

⁹⁷ CÂMARA, 2009, Op. Cit. p. 10

“É evidente que muitos são os motivos que justificam tal requisito formal. Como acima mencionado, a arbitragem é, em essência, um procedimento fundamentado na vontade autônoma das partes. Seria, portanto, pouco tolerável que as partes se vissem tolhidas de uma das garantias constitucionais mais relevantes, como é o acesso ao Poder Judiciário, sem que houvesse comprovação clara, e minimamente factível, da intenção para tanto.”⁹⁸

Não é admissível, portanto, ao menos em tese, o simples consentimento verbal. Há, contudo, alguma flexibilidade, que parece útil à agilidade do ambiente negocial do século XXI. A primeira delas está expressa na lei, que é a possibilidade de pactuação da cláusula compromissória em documento apartado ao contrato sob o qual ela terá efeito. José Eduardo Carreira Alvim explica:

“Não há no nosso direito o compromisso verbal, como em outros ordenamentos Jurídicos que o admitem na controvérsia entre comerciantes. Se vier inserido no próprio contrato, fará parte integrante dele; se em apartado, deve fazer referência expressa ao contrato a que se refira.”⁹⁹

O documento apartado, entretanto, não precisa necessariamente ser outro contrato. Isso, como adiantado, é particularmente interessante num cenário de mercado em que muitos dos termos e condições de contratações complexas são formalizados via *e-mail*. Carlos Alberto Carmona é esclarecedor a esse respeito:

“Em relação à forma, determina a Lei brasileira seja a cláusula celebrada por escrito. Tratando-se de contrato, sem formalidade específica a não ser a utilização da escrita, submete-se a cláusula aos mecanismos gerais previstos na lei civil para a celebração dos contratos. Isso significa que, assim como em outros contratos, existe a possibilidade de formalização escrita da cláusula compromissória por meios alternativos ao contrato, como uma simples troca de e-mails entre as partes, tema que será relevante para a teoria da efetiva participação discutida nos próximos capítulos.”¹⁰⁰

Como adiantado por Carmona, essa flexibilização permitida no §1º do art. 4º da Lei de Arbitragem é relevante para compreensão de determinadas teorias de extensão da cláusula compromissória¹⁰¹ como a da “efetiva participação”, algo que será melhor examinado adiante nesse estudo.

⁹⁸ MUNIZ, Joaquim de Paiva. PRADO, Maria da Graça Almeida. **Agreement in writing e requisitos formais da cláusula de arbitragem: nova realidade, velhos paradigmas**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, vol. 2/2014, p. 171 – 186, set., 2014. p.171

⁹⁹ CARREIRA ALVIM, 2002, Op. Cit. p. 53

¹⁰⁰ CARMONA, 2009, Op. Cit. p. 105

¹⁰¹ Certamente, o objeto do presente estudo não é se debruçar sobre todas as teorias que ensejam a extensão da cláusula compromissória às partes não-sinatárias, mas é interessante mencionar que são múltiplas as controvérsias, o debate vai desde a possibilidade de extensão ao grupo de empresas à viabilidade de extensão por desconsideração da personalidade jurídica ou aos contratos coligados, e tantas outras. São usuais, também,

Importante pontuar, ainda, que há uma maleabilidade na previsão final do referido §1º quanto à necessidade de referência ao contrato ao qual a cláusula está vinculada. José Eduardo Carreira Alvim explica que a regra é a menção expressa, contudo, “se não fizer referência expressa a um contrato determinado, mas não houver dúvida de que ele se refere a ele, não há razão para se negar eficácia à convenção”¹⁰².

A posição de José Carreira Alvim está em conformidade com a disciplina do Código Civil, mais especificamente com seu art. 112, segundo o qual “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

Oportuno mencionar, por fim, que existe também um requisito de validade, o qual não será tópico de profunda análise. Tal critério está relacionado à determinação dos litígios que serão submetidos a arbitragem. Embora a cláusula compromissória tenha um atributo, conforme esclarecido, de presunção dos potenciais litígios (ao contrário do compromisso arbitral, no qual o litígio já existe), tal suposição “não pode ser ampla a ponto de submeter os signatários à arbitragem para todo e qualquer conflito em que se envolverem”¹⁰³, como defende Carmona.

É necessário para validade da cláusula compromissória que os litígios sejam ao menos determináveis, o que não significa que a previsão deve ser específica a ponto de exigir uma clarividência das partes na sua elaboração. Assim finaliza Carlos Alberto Carmona:

“Para a validade da cláusula basta que as partes mencionem as relações jurídicas por ela abarcadas, ou seja, é suficiente reportar-se a determinado contrato, às relações societárias relativas aos integrantes de determinada empresa, a certos serviços, sem maior preocupação em especificar os litígios que poderão decorrer do relacionamento contratual mantido pelas partes. Daí dizer-se que o compromisso trata de litígio determinado, enquanto a cláusula refere-se a litígios determináveis.”¹⁰⁴

Pelo quanto exposto, nota-se que, apesar da flexibilização permitida em lei e reconhecida pela doutrina, é certo que o requisito formal de elaboração escrita da cláusula

discussões sobre a efetiva manifestação da vontade, existindo ampla celeuma quanto ao grau de consentimento necessário em contratos de adesão, como acordos de acionistas de grandes companhias, contratos de seguro, contratos bancários e outros.

¹⁰² CARREIRA ALVIM, 2002, Op. Cit. p. 53

¹⁰³ CARMONA, 2009, Op. Cit. p. 104

¹⁰⁴ Ibid. p. 103

compromissória ainda é considerado essencial para confirmação da autonomia da vontade necessária à celebração do acordo de submissão das eventuais lides ao tribunal arbitral. É a partir dessa premissa que se desenvolve o presente estudo.

3.6 O princípio da relatividade e a regra de não-extensão

Diante da necessidade da forma escrita ora abordada, fica claro que as partes vinculadas à cláusula arbitral são, a princípio, exclusivamente aquelas que assinaram o contrato ou documento apartado que a contenha, ou que forneceram consentimento escrito por métodos alternativos (como trocas de mensagens).

Gary Born é claríssimo a esse respeito:

“In most cases, the parties to an arbitration agreement are – and are only – the entities that formally executed, and expressly assumed the status of parties to, the underlying contract containing the arbitration clause. 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.”¹⁰⁵

Essa formalidade é, como exposto no subcapítulo acima, uma garantia de que a manifestação da vontade foi incontroversa, já que a instauração da arbitragem resulta na abdicação de um direito comumente tutelado pelo Estado. Selma Ferreira Lemes assim explica:

“O elemento volitivo que permeia a arbitragem é sua razão de ser e existência. É no princípio jurídico da autonomia da vontade que repousa a arbitragem, posto que como forma de solução de controvérsias só pode surgir como sucedâneo à via judicial,

¹⁰⁵“Na maioria dos casos, as partes de uma convenção de arbitragem são – e são apenas – as entidades que formalmente celebraram e assumiram expressamente a qualidade de partes do contrato subjacente que contém a cláusula compromissória. Na grande maioria dos casos, a forma de determinar as partes na cláusula compromissória é simplesmente olhar para a página de assinatura e/ou os considerandos de um contrato e ver quais entidades são designadas lá.

De forma simples, mas correta, é a assinatura de um acordo que é a “execução habitual de um acordo de arbitragem”. São esses “signatários” de um acordo que são as partes da convenção de arbitragem e que, portanto, estão vinculados e capazes de fazer cumprir as disposições desse acordo; outras entidades, que são “não signatárias”, normalmente não são partes do acordo de arbitragem e, portanto, normalmente não estão vinculadas ou são capazes de fazer cumprir seus termos.” (tradução livre)

quando as partes no negócio entabulado prevêm a cláusula compromissória ou sobre ela disponham em documento apartado.”¹⁰⁶

Gary Born entende que essa submissão estrita dos signatários à cláusula compromissória está relacionada à natureza contratual da convenção de arbitragem, norteadas, como nos demais contratos, pelo princípio da relatividade:

“international commercial arbitration is fundamentally consensual in nature. As a consequence, the effects of an arbitration agreement extend only to the agreement’s parties, and not to others. (...) The principle that the rights and obligations of an arbitration agreement apply only to the agreement’s parties is a straightforward application of the doctrine of privity of contract, recognized in both jurisdictions. (civil and common law)”

O brocardo *res inter alios acta neque prodest* (o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros) é usual na tradição civilista. Como visto anteriormente, a convenção de arbitragem segue os tradicionais princípios da disciplina contratualista: (i) a liberdade de contratar; (ii) a obrigatoriedade dos contratos (irretratibilidade unilateral); e (iii) a relatividade dos seus efeitos entre os contratantes.

Anderson Schreiber, adiantando o espírito de algumas das críticas que serão tecidas a seguir, explica os princípios ora mencionados:

“No entanto, a abordagem liberal segundo a qual o indivíduo era livre para contratar ou não, mas, em contratando, deveria cumprir o pactuado em qualquer circunstância, impregnou-se de tal forma no pensamento jurídico – e na cultura em geral – que, ainda hoje, diante de situações em que um contrato acaba por impor sobre o contratante um sacrifício extraordinário, há quem afirme que o sujeito “contratou porque quis”, e que, por isso mesmo, deve suportar o ônus da contratação em qualquer cenário. O peso histórico do caráter vinculante sobre o instituto explica, mais que razões técnicas, a alusão a um princípio da obrigatoriedade do contrato.

Igual raciocínio aplica-se ao princípio da relatividade dos contratos, segundo o qual o contrato é “coisa entre as partes” (*res inter alios acta*). Trata-se, a rigor, não de um princípio, mas de uma característica estrutural do instituto, que produz, em regra, efeitos apenas entre os contratantes.”¹⁰⁷

Essa visão contratualista ortodoxa, contudo, perdeu força na doutrina moderna e foi substituída por uma análise contratual sob um espírito constitucional de justiça social, que interpreta os pactos à luz da boa-fé objetiva e da busca da real intenção das partes. Como segue Schreiber:

¹⁰⁶ LEMES, Selma M. Ferreira. **Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes**. In: MARTINS, Pedro B; GARCEZ, José Maria R. (orgs.). *Reflexões sobre Arbitragem, in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 190

¹⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 596

“O princípio da relatividade mantinha o contrato imune a aspirações relacionadas à justiça social, as quais não deveriam interferir no tratamento jurídico do contrato, que, enquanto instrumento de realização de interesses puramente individuais, não deveria ser objeto de considerações mais abrangentes, como aquelas pertinentes à sua utilidade ou conveniência para outros indivíduos ou para o grupo social como um todo. Todavia, ao longo do século XX, esta visão do contrato cedeu passagem a uma concepção mais solidária, comprometida com a realização de valores sociais. Há muito, o princípio da relatividade conhece exceções, como a estipulação em favor de terceiro, que será estudada mais adiante. Ao lado disso, novos princípios contratuais têm mitigado essa visão do contrato como instituto limitado ao interesse das partes”¹⁰⁸

A visão dos doutrinadores contemporâneos a respeito do contrato, portanto, confirma que seus efeitos por vezes não estão restritos às partes signatárias e que essa rigidez inabalável não atende à função social e econômica dos negócios. Tal perspectiva moderna já havia sido introduzida no Código Civil, em 2002, e ficou ainda mais clara com as inclusões da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, (“Lei da Liberdade Econômica”).

Um exemplo incontroverso é o art. 113 do Código Civil, que sofreu modificações relevantes com a Lei da Liberdade Econômica pela introdução de seu §1º e incisos:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:
I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;
II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;
III - corresponder à boa-fé;
IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e
V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

Essa visão moderna ajuda a explicar o posicionamento dominante e recente acerca da possibilidade de extensão dos efeitos da cláusula compromissória em situações excepcionais às partes não-signatárias¹⁰⁹. Fato é que o contrato não é um fim em si mesmo, razão pela qual sua interpretação estanque afasta-se da verdadeira essência dos negócios jurídicos: o respeito à intenção das partes na formação do acordo.

Joaquim Muniz de Paiva e Maria da Graça Almeida Prado são enfáticos nesse sentido:

¹⁰⁸ Ibid. p. 596/597

¹⁰⁹ “o princípio da interpretação estrita ou restrita da cláusula arbitral é, majoritariamente, rejeitado pela doutrina brasileira. Em vez disso, o que se deve observar é a existência ou não de elementos que indiquem a vontade das partes em estarem ligadas à convenção de arbitragem” Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo. P 523

“Diante disso, é inevitável questionar-se a aplicabilidade dos rígidos formalismos previstos em lei, seja ela a Lei Brasileira de Arbitragem ou convenções internacionais incorporadas pelo país, principalmente em vista de uma realidade negocial que se revela completamente desapegada de requisitos de forma.

Se, por um lado, o formalismo do registro escrito se justifica como medida a apurar o consentimento das partes à cláusula arbitral pactuada, exigir a forma pela forma significaria subverter o racional por trás disso. Assim como existem hipóteses em que o respeito aos rigores legais se impõe como critério de validade e eficácia do ato, situações existem a afastar tais exigências sem que isso signifique afronta ao caráter consensual da arbitragem.”¹¹⁰ (grifos nossos)

A interpretação “ampliativa” da cláusula compromissória é ainda mais importante no estágio atual do capitalismo, no qual os acordos são negociados de forma cada vez mais rápida e as grandes transações costumam envolver grupos econômicos gigantescos, formados por dezenas ou centenas de pessoas jurídicas atuando de forma coordenada.

Não há dúvidas de que a ampliação dos efeitos da cláusula, assim como de qualquer contrato, deve ser examinada sob a ótica da boa-fé objetiva e incidir em situações excepcionais. De fato, em essência, deve ser preservada a declaração por escrito como norte confirmatório da autonomia da vontade, mas não se pode ignorar que a rigidez do contrato às partes signatárias pode criar situações que simplesmente não refletem o espírito da negociação.

Luiz Gustavo Meira Moser é um dos defensores da tese:

“O certo é que a cláusula compromissória devidamente pactuada traduz a vontade das partes de submeterem desavenças contratuais ao foro de arbitragem. A aceitação da cláusula se perfectibiliza, via de regra, mediante a manifestação inequívoca das partes envolvidas no contrato. Contudo, na prática comercial, tendo em conta a celeridade e fluidez das contingências contratuais, somadas à sofisticação dos seus usuários, é possível trilhar a linha de entendimento de que não se exige uma aceitação expressa, desde que o comportamento das partes envolvidas no negócio acene para o seu consentimento.”¹¹¹

Sob essa nova visão da doutrina moderna que emerge o propósito do presente estudo: a busca de um desses cenários excepcionais que autorizaria a extensão da cláusula compromissória, mais especificamente às companhias pertencentes ao mesmo grupo

¹¹⁰ MUNIZ e PRADO, 2014, Op. Cit. p. 172

¹¹¹ MOSER, Luiz Gustavo Meira. **A cláusula compromissória, a conduta das partes e a força jurídica dos usos e costumes - comentário da sentença estrangeira contestada 855-EX.** Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, vol. 35/2021, p. 317 - 339, out-dez., 2012. p. 327

econômico de uma sociedade signatária do contrato ou documento no qual está inserida a cláusula compromissória.

4 O GRUPO DE SOCIEDADES

O capítulo anterior, ao final, introduziu o que se pretende alcançar no presente estudo. No entanto, antes da própria investigação, ainda faltam algumas considerações a respeito do último conceito essencial para a compreensão do tema: o grupo de sociedades.

4.1 A Independência patrimonial e obrigacional das sociedades

Não é novidade que a pessoa jurídica, tal qual a pessoa física, é titular de direitos e obrigações no ordenamento pátrio. Um desses direitos essenciais é a garantia de existência autônoma e independente de terceiros. Muito antes da sua positivação no art. 49-A do Código Civil pela Lei da Liberdade Econômica, já se utilizava a expressão “a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores”¹¹².

Uma das características dessa autonomia se reflete na situação patrimonial desse ente “intangível” e criado pelo direito que é a pessoa jurídica. Em essência, como ratifica o Código Civil, não há vinculação entre o patrimônio desta e de seus constituintes. Tal independência, garantida por lei, consiste, segundo o parágrafo único do referido art. 49-A do Código Civil, em um “instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos”¹¹³.

Fato é que, graças a autonomia patrimonial e obrigacional permitida pela lei, empreendedores ganham maior confiança para apostar no desenvolvimento da empresa (esta que, para fins de direito, significa a atividade comercial e não a sociedade empresária que a desenvolve¹¹⁴), já que há uma limitação de seu risco. Tal independência, contudo, não é irrestrita, como se verifica pelo art. 50 do Código Civil, o qual prevê a afetação do patrimônio

¹¹² Art. 49-A do Código Civil. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. (Incluído pela Lei da Liberdade Econômica)

¹¹³ Parágrafo único do Art. 49-A do Código Civil. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

¹¹⁴ “A empresa é a atividade econômica organizada, e o empresário é o agente dessa atividade, seja este uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica” BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 14ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 14.

dos sócios em determinadas hipóteses de abuso de personalidade, consubstanciadas no desvio da finalidade social ou confusão patrimonial¹¹⁵.

Pode-se dizer, portanto, que, em regra, há uma presunção de independência entre o patrimônio e obrigações da pessoa jurídica e o daqueles que a constituíram. Não obstante, por se tratar de pessoa cuja criação depende do direito¹¹⁶, existe um momento inicial no qual seus constituintes lhe transferiram patrimônio. Tratando-se das sociedades, a modalidade de pessoa jurídica que será importante para o presente estudo, tais momentos de transferência de patrimônio dos sócios/acionistas são particularmente relevantes, pois definem o limite de sua responsabilidade com as obrigações da sociedade empresária.

No contexto do presente estudo, importam somente as sociedades que têm autonomia patrimonial e cujas quotas/ações podem ser parte do patrimônio de outras sociedades. Essas são: as sociedades limitadas e as sociedades por ações.

A sociedade limitada está definida no art. 1.052 do Código Civil, como a pessoa jurídica constituída por uma ou mais pessoas na qual “a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”¹¹⁷. A sociedade por ações (ou companhia), por sua vez, é aquela cujo capital é “dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”, a teor do art. 1º da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Lei das S.A.”)¹¹⁸ e do art. 1.088 do Código Civil¹¹⁹.

O exame minucioso das características desses tipos societários não é relevante para o objeto aqui investigado. É suficiente a compreensão de que tais sociedades são naturalmente

¹¹⁵ Art. 50 do Código Civil. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei da Liberdade Econômica)

¹¹⁶ Art. 985 do Código Civil. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos

¹¹⁷ Art. 1.052 do Código Civil. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

¹¹⁸ Art. 1º da Lei das S.A. A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

¹¹⁹ Art. 1.088 do Código Civil. Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir.

autônomas de seus sócios/acionistas e que, *a priori*, utilizam seu patrimônio para perseguir seu objeto social particular, o qual é para a sociedade “o escopo a que se propõe, demarca-lhe o âmbito em que exercerá a sua atividade”¹²⁰.

Sob essa premissa de independência que se sustenta, preliminarmente, a ideia de que a obrigação assumida pela sociedade na cláusula compromissória se restringe a ela. Em outras palavras, o consentimento da sociedade para a submissão de litígios determináveis à arbitragem não se confunde com o consentimento dos seus sócios/acionistas, já que são pessoas distintas e autônomas.

4.2 Poder de controle e o conceito de grupo de sociedades

A presunção de autonomia absoluta de uma sociedade na busca do seu objeto/finalidade social, no entanto, nem sempre condiz com a realidade mercadológica. Na prática comercial, a complexidade necessária à persecução de determinadas finalidades econômicas por vezes exige a constituição de inúmeras sociedades, que, apesar de atuarem de forma separada, estão sob um controle unificado e combinam seus esforços para, em última análise, alcançarem o propósito da sociedade controladora.

A esse fenômeno se deu o nome de grupo de sociedades¹²¹. Carlos Augusto da Silveira Lobo explica:

“Os grupos se compõem de duas ou mais sociedades, vinculadas por relações de controle, sendo uma delas a sociedade controladora, que controla direta ou indiretamente as demais - as sociedades controladas. As estruturas dos grupos de sociedades apresentam-se exteriormente sob diversas conformações: desde as mais simples, formadas por apenas duas unidades - a sociedade controladora e a sociedade controlada - até complexos conglomerados, em que a sociedade dominante controla diretamente outras sociedades e estas últimas, controlando direta ou indiretamente outras sociedades, propiciam à primeira o controle indireto de suas controladas. As relações de controle formam assim uma estrutura piramidal de vários andares em cujo topo se coloca a sociedade dominante.

(...)

Em se tratando de grupo de sociedades, o poder de controle é exercido em última análise pelos órgãos da administração da sociedade controladora, que exerce poder hierárquico sobre os órgãos da administração da sociedade controlada. **Daí dizer-se que, no grupo societário, a gestão das sociedades controladas unifica-se sob o**

¹²⁰ BORBA, 2015, Op. Cit. p. 66.

¹²¹ Existem várias nomenclaturas para o mesmo fenômeno: grupo societário, grupo de empresas, grupo econômico, grupo de companhia e outros. Todos poderão ser utilizados, em algum momento, no presente estudo com o mesmo significado.

comando dos órgãos da administração da sociedade dominante.¹²² (grifos nossos)

O mesmo conceito está positivado no art. 265 da Lei das S.A., assim redigido:

“Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual **se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.**” (grifos nossos)

A Lei das S.A. também expõe precisamente a definição do controlador e, conseqüentemente, de controle em seu art. 116:

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

A ideia de controle como o poder decorrente da maioria dos votos nas deliberações sociais também é válida para as sociedades limitadas, conforme previsão do art. 1.010 do Código Civil:

“Art. 1.010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, **as deliberações serão tomadas por maioria de votos**, contados segundo o valor das quotas de cada um.

§ 1º Para formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital.” (grifos nossos)

A despeito da redação do parágrafo único do art. 267 da Lei das S.A., que prevê que “somente os grupos organizados de acordo com este Capítulo poderão usar designação com as palavras ‘grupo’ ou ‘grupo de sociedade’”, vale destacar que a existência e controle do grupo

¹²² LOBO, Carlos Augusto da Silveira. **Cláusula compromissória e grupo de sociedades**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, vol. 48/2016, p. 33 – 52, jan./mar., 2016. p. 33/34

de sociedades não necessariamente ocorre pela via da convenção prevista no art. 269¹²³, que exige as solenidades previstas nos arts. 270¹²⁴ e 271¹²⁵, todos da referida lei.

Isso porque, na prática, o grupo representa a “superposição vertical ou horizontal de organizações dos fatores de produção, procurando redução na escala de custos e ganhos de rendimentos por margens cada vez maiores em razão da cadeia econômica integrada”¹²⁶, razão pela qual são, em essência, “estruturas empresariais desempenhadas por diversas organizações ligadas por convenção ou por participação de controle ou coligação”¹²⁷, como leciona Gustavo Saad Diniz. O que importa, portanto, é que tenham uma direção unitária e persigam um objetivo comum.

Viviane Müller Prado expõe a finalidade do direcionamento unitário de pessoas jurídicas, em tese, autônomas, sob a ótica do controlador:

“O poder de controle exercido em várias sociedades por uma mesma pessoa, direta ou indiretamente, viabiliza a unidade econômica de entes juridicamente independentes.

Nos grupos, a figura do controlador está ligada à posição de direção do conjunto de sociedades que estão sob o seu comando. É inegável que o controlador tem interesses empresariais em todas as sociedades das quais participa. Nesta linha, os seus atos não se exaurem no exercício dos direitos inerentes à sua posição de sócio em uma só sociedade e possuem um valor relacionado com a coordenação das atividades das empresas do grupo.”¹²⁸

¹²³ Art. 269. O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada pelas sociedades que o compoñham, a qual deverá conter: I - a designação do grupo; II - a indicação da sociedade de comando e das filiadas; III - as condições de participação das diversas sociedades; IV - o prazo de duração, se houver, e as condições de extinção; V - as condições para admissão de outras. sociedades e para a retirada das que o compoñham; VI - os órgãos e cargos da administração do grupo, suas atribuições e as relações entre a estrutura administrativa do grupo e as das sociedades que o compoñham; VII - a declaração da nacionalidade do controle do grupo; VIII - as condições para alteração da convenção.

¹²⁴ Art. 270. A convenção de grupo deve ser aprovada com observância das normas para alteração do contrato social ou do estatuto (art. 136, V).

¹²⁵ Art. 271. Considera-se constituído o grupo a partir da data do arquivamento, no registro do comércio da sede da sociedade de comando, dos seguintes documentos: I - convenção de constituição do grupo; II - atas das assembléias-gerais, ou instrumentos de alteração contratual, de todas as sociedades que tiverem aprovado a constituição do grupo; III - declaração autenticada do número das ações ou quotas de que a sociedade de comando e as demais sociedades integrantes do grupo são titulares em cada sociedade filiada, ou exemplar de acordo de acionistas que assegura o controle de sociedade filiada. § 1º Quando as sociedades filiadas tiverem sede em locais diferentes, deverão ser arquivadas no registro do comércio das respectivas sedes as atas de assembléia ou alterações contratuais que tiverem aprovado a convenção, sem prejuízo do registro na sede da sociedade de comando. § 2º As certidões de arquivamento no registro do comércio serão publicadas. § 3º A partir da data do arquivamento, a sociedade de comando e as filiadas passarão a usar as respectivas denominações acrescidas da designação do grupo.

¹²⁶ DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários: da formação à falência**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1

¹²⁷ Ibid. p. 2/3

¹²⁸ PRADO, Viviane Müller. **Conflito de interesses nos grupos societários**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 19

Aos grupos criados por meio de convenção, então, deu-se o nome de “grupos de direito”, enquanto os grupos estabelecidos por pura relação de controle unitário são chamados de “grupos de fato”, conforme esclarece Nelson Eizirik ao comentar o art. 265 da Lei das S.A.:

“O grupo de fato é aquele integrado por sociedades relacionadas tão somente por meio de participação acionária, sem que haja entre elas uma organização formal ou obrigacional. (...) Em oposição aos grupos de fato, existem os grupos de direito, regulados no Capítulo XXI [da Lei das S.A.], em que a sociedade controladora e suas controladas instituem um vínculo de natureza obrigacional entre si, celebrando, de acordo com o *caput*, um contrato – a convenção do grupo – pelo qual se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.”¹²⁹

Interessante anotar, inclusive, que os grupos de fato são mais comuns do que os de direito¹³⁰. É natural observar seu crescimento em um mundo globalizado, no qual grandes conglomerados atuam internacionalmente e em diversos segmentos econômicos, sendo inviável sua estruturação em uma única organização¹³¹.

É importante observar, também, que existem diferentes graus de controle. Não necessariamente um grupo econômico implica em uma cadeia única e comum de atividade econômica entre as sociedades. Dentro do contexto do bloco, podem existir interesses autônomos, peculiares a cada pessoa jurídica. Nesse sentido, Carlos Augusto da Silveira Lobo pontua:

“Na diversidade dos grupos de sociedades, são observadas diferentes graduações de domínio pela sociedade controladora sobre as sociedades controladas. Numa ponta dessa graduação, encontram-se casos em que os órgãos da administração da controladora se reservam apenas a faculdade de verificar a observância de diretrizes, planos, projetos e orçamentos das controladas, que aprovaram para as controladas, ficando à discrição das administrações destas o detalhamento e a execução das normas expedidas pela administração da controladora. Na outra ponta, o comando da sociedade dominante se exerce por uma interferência estrita na administração da

¹²⁹ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada. Volume IV. Arts. 206 a 300.** 2ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015. p. 426, 430 e 431

¹³⁰ “Embora os grupos de fato existam em grande número, os grupos de direito não são muito utilizados. Assim, não se justifica maior esforço doutrinário na interpretação das normas que tratam do instituto”. Ibid. p. 431

¹³¹ “No final do século XIX, começou o movimento concentracionista das empresas. Inicialmente, por meio de fusões e de incorporações, houve o crescimento interno das estruturas empresariais. A excessiva expansão, contudo, originou complexos problemas organizacionais e de gestão decorrentes da formação de gigantescos impérios. Buscou-se a solução deste problema com a expansão externa da empresa, mediante a aquisição do bloco de controle de outras sociedades, formando os denominados grupos societários. (...) Atualmente, constata-se que as grandes empresas estruturam-se na forma de grupos societários.” PRADO, 2006, Op. Cit. p. 18/19.

controlada, com a eleição de administradores comuns para exercerem, no próprio âmbito da controlada, a supervisão dos trabalhos de execução.

Há grupos de sociedades em que as sociedades controladas, sob o ponto de vista econômico, não passam de verdadeiros departamentos personificados de uma empresa. Exemplos disso encontram-se nos grupos multinacionais: “personificam” os estabelecimentos localizados nos diversos países em cujos territórios distribuem seus produtos, mediante a constituição de sociedades (wholly owned subsidiaries) sob o seu controle absoluto, mas sem conferir autonomia de gestão a tais sociedades. As SPE (sociedades de propósito específico) constituem exemplos, hoje muito em moda, desse fenômeno.”¹³²

É razoável afirmar, portanto, que as pessoas jurídicas dentro do grupo podem ter seus objetivos particulares, como expõe Viviane Müller Prado: “sob a perspectiva da sociedade controlada, entretanto, participar de um grupo não retira a sua caracterização como pessoa jurídica com organização interna, patrimônio e interesses próprios”¹³³. O art. 266 da Lei das S.A. também traz esse indicativo¹³⁴.

Isso pode ser relevante, adiantando uma provável discussão desse estudo, para justificar que a extensão da cláusula compromissória não necessariamente se impõe ao grupo econômico quando a sociedade signatária está executando um contrato relativo a seus interesses exclusivos e atuando de forma autônoma¹³⁵.

Feitos esses esclarecimentos e concluída a abordagem dos conceitos relevantes, passa-se a examinar se existem cenários que autorizam a extensão dos efeitos da cláusula compromissória às sociedades não-signatárias que compõe o mesmo grupo de sociedades de uma das partes signatárias.

¹³² LOBO, 2016, Op. Cit. p. 34

¹³³ PRADO, 2006, Op. Cit. p. 18

¹³⁴ Art. 266 da Lei das S.A. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos

¹³⁵ Reforçando o quanto exposto no parágrafo imediatamente anterior: “em suma, o exercício do controle das sociedades controladas pela sociedade dominante, não retira a autonomia das personalidades jurídicas das sociedades controladas, nem a independência de seus patrimônios e, conseqüentemente, não lhes despe da qualificação de centros autônomos de interesses, direitos e obrigações. Aliás, o grupo de sociedades é instituído exatamente para propiciar a criação de centros de interesses independentes dotados de personalidade jurídica autônoma.” LOBO, 2016. Op. Cit. p. 34/35

5 POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA AO GRUPO DE SOCIEDADES

A problemática acerca da possibilidade de extensão da cláusula compromissória às sociedades não-signatárias pertencentes ao mesmo grupo econômico de uma das sociedades contratantes é de particular relevância no ambiente negocial atual. Conforme abordado no capítulo anterior, a organização econômica moderna exige a formação de grandes grupos de sociedades, que atuam de forma coordenada e sob um direcionamento único para satisfazer os interesses de seus controladores.

A formação do grupo possibilita o agrupamento de fatores de produção e de capital entre diversas pessoas jurídicas supostamente “autônomas”, assegurando uma robustez econômica única que se reflete na cadeia de contratações executada por essas sociedades. É fato incontroverso que contratar com um grupo, quando este está agindo como tal, reflete em maior segurança para a outra parte contratante de que as obrigações serão adimplidas.

Cita-se, exemplificativamente, os grandes projetos de infraestrutura, tão comuns no Brasil, cujos empreendimentos muitas vezes são capitaneados por sociedades de propósito específico (“SPEs”) que captam recursos de fontes públicas e/ou privadas, inclusive no mercado de capitais, por meio da confiança proporcionada pelo grupo instituidor da sociedade¹³⁶.

Nesse cenário, como explica Carlos Augusto da Silveira Lobo, o espírito da contratação reside muito mais na formalização de uma avença com o grupo do que com uma pessoa jurídica específica. Em suas palavras: “os agentes econômicos, ao contratar com uma sociedade grupada, frequentemente o fazem por confiar que o grupo confere à sociedade contratante um grau de idoneidade que ela não teria, caso considerada isoladamente”¹³⁷.

¹³⁶ “Há grupos de sociedades em que as sociedades controladas, sob o ponto de vista econômico, não passam de verdadeiros departamentos personificados de uma empresa. Exemplos disso encontram-se nos grupos multinacionais: “personificam” os estabelecimentos localizados nos diversos países em cujos territórios distribuem seus produtos, mediante a constituição de sociedades (*wholly owned subsidiaries*) sob o seu controle absoluto, mas sem conferir autonomia de gestão a tais sociedades. As SPE (sociedades de propósito específico) constituem exemplos, hoje muito em moda, desse fenômeno” LOBO, 2016. Op. Cit. p. 34

¹³⁷ Ibid. p. 34

Por essa razão, cumpre ao presente estudo tentar examinar os requisitos observados em determinados contextos que autorizaram a extensão dos efeitos de uma cláusula compromissória assinada por uma única sociedade às outras sociedades de seu grupo.

Para tanto, com vistas a afastar qualquer confusão conceitual a respeito da extensão da cláusula compromissória por outros fatores, vale esclarecer o que não é a extensão em razão da existência do grupo de sociedades.

5.1 Delimitando o conceito: o que não é a teoria da extensão da cláusula compromissória ao grupo de sociedades

Já foi mencionado, com particular ênfase no subcapítulo 3.6 do presente estudo, que a extensão da cláusula compromissória aos não-signatários parte de uma acepção contemporânea de busca da autonomia da vontade para além do formalismo da pactuação escrita. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), exemplificativamente, já reconheceu, na ocasião do julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 856 – EX pela Corte Especial, que a jurisdição arbitral pode ser extensível ao terceiro que ingressa na arbitragem, sem oposição de nenhuma das partes, e que atua como se parte fosse. Reproduz-se abaixo a ementa:

“Sentença arbitral estrangeira. Cláusula compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos.

- 1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória.**
2. Descabe examinar o mérito da sentença estrangeira no presente requerimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal.
3. Homologação deferida.” (grifou-se)¹³⁸

Existe, também, a conhecida teoria da extensão da cláusula compromissória ao grupo de contratos, que ocorre quando as partes formalizam um negócio por meio de um contrato principal, mas diversas peculiaridades da contratação são disciplinadas por meio de contratos acessórios. Nesses cenários, não é incomum que um dos contratos acessórios não contenha a previsão de resolução de conflitos pela via arbitral e o contrato principal preveja que todas as controvérsias acerca do negócio serão solucionadas dessa forma.

¹³⁸ STJ, Sentença Estrangeira Contestada nº 856 – EX, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, j. em 18/05/2005, DJe em 27/06/2005

Diante da existência desse conflito, por vezes a solução encontrada pelos tribunais consiste na extensão dos efeitos da cláusula compromissória pactuada no instrumento principal aos demais negócios a ele vinculados, especialmente para evitar a prolação de decisões conflitantes entre os juízos arbitral e estatal sobre temas afetos à negociação principal¹³⁹.

Outra das hipóteses veio a ser conhecida como a teoria da interferência de terceiros. Nessa tese, vislumbra-se a possibilidade de extensão da jurisdição arbitral ao terceiro que, de má-fé, contribuiu para o inadimplemento do contrato objeto da controvérsia. Essa talvez seja a menos adotada na “jurisprudência arbitral” pública¹⁴⁰, por requerer uma averiguação extremamente complexa do dolo do terceiro, além de se distanciar da ideia de arbitragem como mecanismo de solução de litígios pautado na autonomia da vontade das partes.

Por fim, a que mais se confunde com a extensão em razão do grupo de sociedades, é a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Está previsto no art. 50 do Código Civil¹⁴¹ que, nas hipóteses de “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial”, a sociedade pode ter sua autonomia desconsiderada para que “os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”.

A extensão das obrigações em decorrência de fraude/abuso pode significar, em alguns casos, a ampliação da própria cláusula compromissória, já que o(s) indivíduo(s) não pode(m) fazer uso do manto da pessoa jurídica para se furtar do alcance do meio adequado de solução de conflitos, principalmente para prejudicar a(s) outra(s) parte(s) contratante(s). Arnoldo Wald explica:

“Em recentes decisões, tem sido invocada a teoria da desconsideração, especialmente quando a parte não tem patrimônio suficiente para honrar os seus débitos, e a operação

¹³⁹ KONDER, 2019, Op. Cit. p. 314

¹⁴⁰ Utiliza-se o termo “pública” aqui para se referir às arbitragens que tem suas peças e decisões divulgadas, já que a maioria dos procedimentos dessa natureza são regidos pela confidencialidade.

¹⁴¹ Art. 50 do Código Civil. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

foi realizada em virtude da credibilidade de sua controladora que pode, ou não, ter sido garantidora, mas que não aceitou a cláusula compromissória.”¹⁴²

Naturalmente, como exposto pelo autor, tal vinculação de terceiros à cláusula compromissória pode ter incidência sob a esfera do grupo de sociedades, inclusive porque a supressão da autonomia plena da pessoa jurídica que esse tipo de arranjo corporativo possibilita pode ser caracterizada como abuso.

No entanto, não necessariamente a desconsideração incidirá sobre um grupo. O elemento central de tal teoria é a utilização indevida da pessoa jurídica, o que pode resultar no alcance da cláusula compromissória também a terceiros pessoas físicas envolvidos no abuso. Não há qualquer relação direta e determinante entre a existência de um grupo e a extensão da cláusula por essa teoria, exceto pelo fato de que a pessoa envolvida na fraude pode ser uma sociedade controladora e/ou parte de um grupo econômico.

Carlos Augusto da Silveira Lobo é esclarecedor a esse respeito:

“Enfatize-se uma importante diferença entre a teoria do grupo e a técnica da desconsideração: a primeira pode atingir uma sociedade controladora inocente, pois permite ao julgador concluir que ela se vinculou tacitamente à cláusula compromissória ainda que seu comportamento nada tenha de ilícito ou antiético. A segunda só é aplicável quando o julgador se convence de que a sociedade controladora comportou-se de modo antijurídico, seja usando a controlada para livrar-se da responsabilidade por ato ilegal ou ilícito, seja promovendo confusão patrimonial, embora mantendo formalmente autônomas as personalidades jurídicas de controladas. Daí dizer-se que a desconsideração da personalidade jurídica é uma sanção.”¹⁴³

Em síntese, há um denominador comum entre as teorias ora mencionadas que as afastam do objeto do presente estudo: todas possibilitam a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros que não necessariamente pertencem a um grupo de sociedades. Evidentemente, tais vertentes possibilitam a ampliação da abrangência da cláusula dentro do contexto de sociedades agrupadas, mas o cerne da sua incidência não está no fato de que tais sociedades atuam de forma coordenada, sob um direcionamento único, na persecução de um mesmo interesse-fim, ou seja, como se uma única sociedade fossem – unicidade que tornaria justificável admitir que o pacto executado por uma sociedade teria sido assumido por outras.

¹⁴² WALD, Arnoldo. **A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos**. Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, São Paulo, vol. 4/2014, p. 101 – 134, set., 2014. p. 105

¹⁴³ LOBO, 2016, Op. Cit. p. 38/39

É sob esse último foco que está direcionado o presente estudo. O trabalho aqui desenvolvido procura investigar as ocasiões nas quais foi permitida a extensão da cláusula compromissória pela razão de ser de um grupo econômico: a ideia de que as sociedades atuam de forma única e que, portanto, a contratação se deu com a conjuntura econômica envolvida no negócio.

5.2 Introduzindo a teoria do grupo

A possibilidade de extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória pela condição de grupo econômico, ou teoria do grupo, é uma construção mista entre doutrina e jurisprudência. O ponto focal dessa ideia, como adiantado, é a constatação de que a contratação da cláusula compromissória se deu pela integralidade ou parte do grupo, agindo como entidade única.

Importante frisar, contudo, que a existência de um grupo de sociedades, por si só, não tem o condão de afastar a formalidade do §1º do art. 4º da Lei de Arbitragem (cláusula compromissória escrita), até porque já se confirmou que as sociedades componentes do grupo conservam sua autonomia e possuem seus interesses particulares.

Carlos Augusto da Silveira Lobo expõe:

“Na verdade, em termos de consenso, é de se presumir em princípio que uma sociedade grupada não quer participar de obrigações assumidas por outra, pois, no final de contas, é para separar patrimônios e responsabilidades que um grupo societário existe. Portanto, o fato de uma sociedade integrar o mesmo grupo da sociedade subscritora da cláusula compromissória, em nada ajuda, antes atrapalha a adoção da presunção de que quis aderir à convenção de arbitragem.”¹⁴⁴

Ocorre que, em determinadas ocasiões, existem elementos caracterizadores da atuação como grupo no negócio jurídico que autorizam a flexibilização. Distinguindo essa das outras hipóteses do subcapítulo 5.1 acima, Arnoldo Wald leciona os requisitos necessários para a ampliação sob essa ótica:

“Assim, para a ampliação dos efeitos da cláusula, há de ser atendido um dos seguintes requisitos:

¹⁴⁴ Ibid. p. 37

a) a sociedade tem que ter desempenhado um papel ativo nas negociações das quais decorreu o acordo no qual consta a cláusula compromissória;

b) a sociedade deve estar envolvida, ativa ou passivamente, na execução do contrato no qual consta a cláusula compromissória;

c) a sociedade tem que ter sido representada, efetiva ou implicitamente, no negócio jurídico.”¹⁴⁵

Pode parecer impetuoso iniciar a investigação acerca da possibilidade de extensão pela própria conclusão da doutrina quanto aos seus elementos autorizadores. Não há, contudo, imprudência na delimitação prematura desses quesitos. Isso porque, na realidade, o que se construiu doutrinariamente a respeito da extensão dos efeitos da cláusula compromissória teve como marco inicial a observação de situações concretas que exigiram tal ampliação e nas quais ela foi deferida.

Os comentários da doutrina, portanto, serão utilizados nos tópicos a seguir, mas a discussão será norteadada pelos casos paradigma que fomentaram o embate relacionado à teoria do grupo. O primeiro deles, como não poderia deixar de ser, é o *leading case*¹⁴⁶ *Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain* (Caso CCI nº 4131), julgado perante a CCI, que é considerado pelos estudiosos do tema como a primeira e mais importante situação concreta na qual se autorizou a extensão dos efeitos da cláusula compromissória às sociedades não-signatárias em razão da existência de um grupo de sociedades.¹⁴⁷ Esse precedente, pode-se dizer, é até hoje utilizado como o norte técnico na averiguação da possibilidade de extensão da jurisdição arbitral ao grupo.

Em segundo lugar, será examinada a Apelação Cível com Revisão nº 267.450-4/6-00, julgada pela 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJ-SP”) em 24 de maio de 2006, caso que popularmente veio a ser conhecido como “Trelleborg vs. ANEL”, por se tratar do primeiro julgado brasileiro que adotou o entendimento exarado na sentença *Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain*.

¹⁴⁵ WALD, 2014, Op. Cit. 103/104

¹⁴⁶ *Leading case* é o precedente de maior relevância, aquele que tem repercussão ímpar ou inaugural na discussão acerca de determinada temática.

¹⁴⁷ “A mais relevante decisão sobre o tema - um verdadeiro *leading case* - é a sentença arbitral parcial proferida no caso *Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain*, no âmbito da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional” LOBO, 2016, Op. Cit. p. 36

Vale destacar, em notas finais, que não serão averiguados os casos que não resultaram na extensão dos efeitos da cláusula compromissória, uma vez que, como reconhecido por Olivier Caprasse, na maior parte deles o fundamento de rejeição da ampliação foi justamente a ausência de preenchimento dos requisitos expostos no caso *Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain*¹⁴⁸. Tampouco serão examinadas as situações em que ocorreu a extensão dos efeitos ao grupo sem resistência das partes, haja vista que, nessas hipóteses, incide a tese do precedente da Sentença Estrangeira Contestada nº 856 – EX, mencionado no subcapítulo 5.1.

5.3 A sentença parcial *Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain*

Como adiantado, o caso paradigmático e, pode-se dizer, criador da teoria do grupo de sociedades é o emblemático Caso CCI nº 4131 ou *Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain*, julgado na CCI pelos árbitros Pieter Sanders (Presidente), Berthold Goldman e Michel Vasseur, em 23 de setembro de 1982. Apesar das décadas transcorridas entre o julgamento e o presente momento, o precedente ainda é utilizado pela moderna prática arbitral para averiguação dos requisitos necessários à extensão da cláusula compromissória no contexto do grupo de sociedades.

Para alguns, o caso teria simplesmente ratificado o posicionamento teórico que apontava para a necessidade de reconhecimento da execução do contrato e, conseqüentemente, da cláusula compromissória pela íntegra dos grupos nas hipóteses em que suas sociedades agem como mecanismo único e que se verifica o consentimento da outra parte contratante com tal conjuntura. Seja como for, certo é que a sentença parcial pavimentou o caminho da ampla jurisprudência da CCI que hoje reconhece a possibilidade de extensão da cláusula compromissória aos grupos empresariais.

Leonardo de Campos Melo assim expõe:

“A partir do *leading case Dow Chemical VS. Isover Saint-Gobain*, de 1982, a prática arbitral segundo o regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional tem permitido, em determinadas circunstâncias, que sociedade integrante de grupo empresarial, que não a efetiva signatária de cláusula compromissória, seja parte na

¹⁴⁸ “Muito embora tenha concretamente negado a ‘extensão’ da cláusula, a sentença proferida nesse caso não contradiz, em nada, a jurisprudência que aceitou tais “extensões”. Ela procede, ao contrário, da aplicação dos critérios por esta extraídos, para concluir, em razão das circunstâncias da espécie, pela não “extensão” da cláusula.” CAPRASSE, Olivier. **A arbitragem e os grupos de sociedades**. Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, São Paulo, vol. 4/2014, p. 451-506, set., 2014. p. 456

arbitragem. E a extensão subjetiva da convenção arbitral não decorre da mera existência de grupo de sociedades, mas sim porque as partes não signatárias participaram ativamente da relação comercial subjacente, aderindo a ela e a respectiva cláusula arbitral, com a aquiescência dos signatários.

(...) muito se discute se o caso *Dow Chemical* teria criado ou chancelado a denominada *teoria dos grupos de sociedades*, segundo a qual, para alguns, a mera existência de grupo empresarial teria o condão de tornar parte da arbitragem toda e qualquer sociedade que o integre, mesmo que não signatária do contrato e da cláusula compromissória subjacentes.”¹⁴⁹

A controvérsia que originou a teoria do grupo de sociedades tinha como pano de fundo a execução de dois contratos de fornecimento/distribuição de equipamentos celebrados entre as sociedades Dow Chemical A.G. e Dow Chemical Europe (fornecedoras/distribuidoras), sociedades suíças, e a companhia francesa Isover Saint Gobain (compradora), ambos com cláusulas compromissórias que previam a submissão de litígios à arbitragem nos termos do regulamento da CCI.

Apesar da existência das referidas cláusulas, a Isover Saint Gobain ajuizou inúmeras ações em face das sociedades do grupo Dow Chemical perante as cortes francesas, nas quais requereu o arbitramento de indenizações por supostos defeitos na entrega do produto *roofmate* (isolante térmico para telhados invertidos). Diante da previsão expressa dos contratos acerca da jurisdição adequada, os tribunais franceses reconheceram sua incompetência e as fornecedoras Dow Chemical A.G. e Dow Chemical Europe apresentaram requerimento de arbitragem perante a CCI, com o intuito de discutir sua versão de que a culpa por tais defeitos na qualidade do produto seria exclusivamente imputável à compradora.

Em conjunto com as fornecedoras, figuraram como requerentes no pedido de instauração do procedimento as sociedades Dow Chemical France (francesa) e The Dow Chemical Company (americana), sendo esta última a controladora do grupo Dow Chemical, sob o fundamento de que tiveram ampla participação nos negócios decorrentes dos contratos com a concordância da contraparte. Em vista disso, a Isover Saint Gobain, na fase de objeções preliminares, suscitou a incompetência do tribunal arbitral para apreciação dos pedidos formulados pelas sociedades não-signatárias.

¹⁴⁹ MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupo de sociedades na prática CCI (de acordo com o Regulamento CCI-2012)**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, vol. 36, p. 255-278, jan.-mar., 2013. p. 256/257

Diante desse cenário, os árbitros posicionaram-se, de forma pioneira na prática internacional, a respeito da competência de uma corte arbitral para exame dos requerimentos feitos por sociedades não-signatárias que integram o grupo econômico de partes signatárias da cláusula arbitral. Para tanto, procederam ao exame das seguintes questões: (1) a lei aplicável à interpretação da cláusula compromissória; (2) a participação das demandantes nas diversas fases do contrato (quais sejam: negociação, execução e extinção); e (3) a existência de consentimento da contraparte quanto ao envolvimento dessas sociedades não-signatárias no curso do negócio jurídico.

O primeiro dos exames, quanto à lei aplicável, foi relevante para determinar o formalismo exigido na celebração da cláusula compromissória. Não obstante o contrato contasse com previsão de aplicação da lei francesa, os árbitros entenderam que o julgamento acerca da jurisdição emanante da cláusula não estava condicionado às normas do ordenamento jurídico aplicável à solução do litígio. Ademais, concluíram que a formalização da cláusula por meio negocial e a execução internacional do negócio também exigiam que a convenção fosse analisada à luz da *lex mercatoria*. Essas constatações resultaram na averiguação do efetivo consentimento das partes para além da manifestação escrita.

Rafael Francisco Alves comenta a decisão:

“Sendo a convenção silente quanto à lei aplicável a ela própria, o Tribunal decidiu que não estaria vinculado a qualquer direito nacional (tampouco o direito francês), devendo se ater apenas à vontade das partes para determinar o escopo, os efeitos e a extensão da convenção, além dos usos do comércio internacional. Dessa forma, a análise do Tribunal Arbitral a respeito de sua própria competência deveria passar pelo crivo apenas da vontade das partes e, em última instância, da ordem pública internacional, sem estar vinculado a qualquer direito nacional”¹⁵⁰

Leonardo de Campos Melo auxilia na contextualização:

“A lei escolhida pelas partes para a solução do litígio, de acordo com os dois contratos de fornecimento, foi a da França. Diante disso, a *Isover Saint-Gobain* alegou que a lei escolhida pelas partes seria aplicável tanto ao mérito da disputa quanto à interpretação do alcance e dos efeitos das cláusulas compromissórias. De acordo com os árbitros, todavia, a lei aplicável ao mérito da disputa não coincidia, necessariamente, com a lei aplicável à interpretação da convenção arbitral. Adicionalmente, o Regulamento CCI então vigente (de 1975), tal como o Regulamento que o antecedeu (de 1955), afirmava a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato, além de conferir aos árbitros poder para decidir sobre a sua própria competência, sem vinculação com a lei

¹⁵⁰ALVES, Rafael Francisco. **Clássicos da Arbitragem. Corte Internacional de Arbitragem da CCI – Sentença Parcial nº 4.131, de 23 de setembro de 1982, Dow Chemical v. Isover Saint Gobain**. Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo, nº 20, p. 197-206, out. – dez., 2008. p. 197-198

nacional. Dessa forma, levando-se em consideração a intenção comum das partes, e observadas as peculiaridades na celebração, execução e extinção do contrato, os árbitros invocaram, para reger a interpretação da convenção de arbitragem, as regras do comércio internacional (*lex mercatoria*), com destaque para aquelas aplicáveis aos grupos de sociedades.”¹⁵¹

Frente a isso, passaram a examinar a participação das demandantes não-signatárias no decorrer do negócio. Importante mencionar, como explica William W. Park, que o envolvimento dessas partes teve que ser averiguado nos diversos estágios da contratação, uma vez que não seria suficiente a mera participação isolada em uma das fases necessárias à concretização do negócio (o que é comum no curso regular de contratações com sociedades pertencentes a grupos). Nesse sentido:

*“Dow Chemical assumes that the party sought to be joined will have been involved in the initial and final stages of the transaction: the negotiation and conclusion of the contract, as well as in performance and termination. Participation in “performance” of the contract does not seem to receive significance when isolated from at least one other element, such as negotiation.”*¹⁵²

A análise, portanto, foi minuciosa, para que se considerasse a amplitude do negócio jurídico. Com isso, chegaram aos requisitos fáticos que autorizariam a extensão da cláusula compromissória no contexto do grupo de sociedades. Como explica Paula Butti Cardoso, primeiro em relação à Dow Chemical France:

“O tribunal arbitral analisou os contratos, correspondências e demais documentos relativos ao caso. Com isso, verificou que os contratos previam que as entregas contratadas deveriam ser feitas por Dow Chemical França ou por qualquer subsidiária de Dow Chemical Company, ou seja, não havia formalismo ou especificidade quanto à definição das sociedades do grupo encarregadas da execução dos contratos. Mais do que isso, os árbitros constataram que Dow Chemical França efetuara as entregas previstas nos contratos. Além disso, Dow Chemical França frequentemente se correspondia com Isover Saint Gobain, referindo-se ao contrato como sendo do Grupo Dow Chemical, sem alusão a sociedades específicas do grupo. Dow Chemical França, ainda que não tivesse assinado os contratos que deram origem ao litígio, havia executado importante papel na negociação, execução e rescisão dos contratos.”¹⁵³

Em seguida sobre a Dow Chemical Company:

¹⁵¹ MELO, 2013, Op. Cit. p. 259

¹⁵² “[o caso] Dow Chemical assume que a parte que será integrada teria estado envolvida nas fases inicial e final da transação: a negociação e conclusão do contrato, bem como na execução e rescisão. A participação na ‘execução’ do contrato não parece ter relevância quando isolada de pelo menos um desses outros elementos, como a negociação” (tradução livre) PARK, William W. **Non-signatories and international contracts: an arbitrator’s dilemma**. 2009. Disponível em <https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012571271340940park_joining_non-signatories.pdf>; Acesso em: 27.05.2022. p. 20

¹⁵³ CARDOSO, Paula Butti. **Limites subjetivos da convenção de arbitragem**. Orientador: Carlos Alberto Carmona. Dissertação (Mestrado) – Direito, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013. p. 41

“O tribunal arbitral verificou também que Dow Chemical Company era a sociedade que mais se comunicava com Isover Saint Gobain; que fora a Dow Chemical Company que efetivamente negociara os termos dos instrumentos contratuais; e que as relações contratuais não poderiam ter se aperfeiçoado sem o envolvimento de Dow Chemical Company”¹⁵⁴

Leonardo de Campos Melo reforça, ainda, que a Dow Chemical era imprescindível à concretização do objeto da avença, de modo que seria ineficaz a contratação se excluída essa sociedade, “seja porque era dela a titularidade das marcas dos produtos entregues à Isover *Saint-Gobain*, seja porque ela detinha controle absoluto sobre todas as suas subsidiárias que possuíam relação direta com o negócio”¹⁵⁵.

Percebeu-se, portanto, que a Dow Chemical Company liderou a contratação e era peça essencial para o sucesso de sua execução, enquanto titular das marcas dos produtos fornecidos e formadora do “direcionamento único do grupo”, bem como que a distribuição dos equipamentos ocorria exclusivamente em função do envolvimento logístico da Dow Chemical France. Essa participação substancial das companhias era condição *sine qua non* para o negócio, o que fez com que os árbitros chegassem à conclusão de que, embora a formalização escrita da avença tivesse se dado exclusivamente com a Dow Chemical A.G. e Dow Chemical Europe, o cumprimento do objeto contratual só poderia ter ocorrido com a participação unitária do grupo, de modo que não seria possível afastar a aceitação tácita da compradora com a participação dessas outras partes na transação. Leonardo de Campos Melo explica:

“a *Dow Chemical France*, embora não figurasse como signatária, esteve no centro das negociações. Além disso, segundo os árbitros, os contratos não poderiam ter sido celebrados sem a aprovação da *The Dow Chemical Company*, titular das marcas dos produtos que seriam comercializados na França. Por essa razão, era irrelevante, para as partes nos contratos, qual seria a sociedade integrante do Grupo *Dow Chemical* a figurar como efetiva signatária (razão pela qual as provas apresentadas na arbitragem não indicaram ter havido qualquer discussão nesse sentido). De acordo com o tribunal arbitral, portanto, as sociedades posteriormente sucedidas pela *Isover Saint-Gobain* tiveram a convicção de ter celebrado contratos de distribuição com o conjunto de sociedades integrantes do Grupo *Dow Chemical*.”¹⁵⁶

Nesses termos foi proferida a sentença:

“*Considering that it is indisputable — and in fact not disputed — that DOW CHEMICAL COMPANY (USA) has and exercises absolute control over its*

¹⁵⁴ CARDOSO, 2013, Op. Cit. p. 41

¹⁵⁵ MELO, 2013, Op. Cit. p. 260

¹⁵⁶ Ibid. p. 260

subsidiaries having either signed the relevant contracts or, like DOW CHEMICAL FRANCE, effectively and individually participated in their conclusion, their performance, and their termination;

Considering that irrespective of the distinct juridical identity of each of its members, a group of companies constitutes one and the same economic reality (une réalité économique unique) of which the arbitral tribunal should take account when it rules on its own jurisdiction subject to Article 13 (1955 version) or Article 8 (1975 version) of the ICC Rules”¹⁵⁷.

Em outras palavras, “o tribunal ficou convencido de que era indiferente, tanto para o grupo Dow Chemical como para a Isover Saint Gobain, quais sociedades de Dow Chemical eram signatárias dos contratos”¹⁵⁸. Desta feita, ainda que as sociedades fossem juridicamente autônomas, “o grupo Dow *Chemical* consistia em realidade econômica única, a ser considerada pelo tribunal arbitral na análise de sua competência para dirimir o conflito a ele submetido”¹⁵⁹, especialmente no âmbito daquela contratação.

Por essas razões, os árbitros chegaram à conclusão que inaugurou a teoria do grupo de sociedades:

“(…) the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise (...) In conclusion it is appropriate for the tribunal to assume jurisdiction over the claim brought not only by DOW CHEMICAL AG (Zürich) and DOW CHEMICAL EUROPE, but also by DOW CHEMICAL COMPANY (USA) and DOW CHEMICAL FRANCE”¹⁶⁰

¹⁵⁷ “(...) Considerando que é indiscutível — e de fato não contestado — que a DOW CHEMICAL COMPANY (EUA) tem e exerce controle absoluto sobre suas subsidiárias, tendo assinado os respectivos contratos ou, como a DOW CHEMICAL FRANCE, participou efetiva e individualmente de sua celebração, execução e rescisão; Considerando que, independentemente da identidade jurídica distinta de cada um dos seus membros, um grupo de sociedades constitui uma e a mesma realidade econômica (une réalité économique unique) que o tribunal arbitral deve ter em conta quando se pronunciar sobre a sua própria competência, nos termos do artigo 13º (versão de 1955) ou Artigo 8 (versão de 1975) das Regras da ICC” (tradução livre). Disponível em: <https://www.trans-lex.org/204131/_/icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq-/>; Acesso em: 29.05.2022

¹⁵⁸ CARDOSO, 2013, Op. Cit. p. 41

¹⁵⁹ MELO, 2013, Op. Cit. p. 261

¹⁶⁰ (...) a cláusula compromissória expressamente aceita por determinadas sociedades do grupo deve vincular as outras sociedades que, em virtude do papel que tiveram na conclusão, na execução ou na rescisão dos contratos contendo as referidas cláusulas e, de acordo com a vontade comum de todas as partes do procedimento, aparentam terem sido verdadeiras partes nos contratos, ou terem sido consideravelmente envolvidas pelos mesmos e pelos litígios que deles podem resultar.” Disponível em: <https://www.trans-lex.org/204131/_/icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq-/>; Acesso em: 29.05.2022

A Isover Saint Gobain ainda buscou a anulação da sentença parcial perante a Corte de Apelações de Paris (*Cour d'appel* de Paris), que indeferiu o pedido e ratificou a conclusão do tribunal arbitral. Conforme resume Olivier Caprasse:

“A Cour d'appel de Paris rejeitou o recurso visando à anulação da sentença apresentado pela sociedade Isover-Saint-Gobain, considerando que "por uma interpretação soberana das convenções (...) os árbitros julgaram, depois de uma motivação pertinente e isenta de contradição, que (...) Dow Chemical e X foram partes das convenções, embora não as tenham materialmente assinado" e "que eles também recorreram acessoriamente à noção de grupo de sociedades, cuja existência, como uso do comércio internacional, não é seriamente contestada”¹⁶¹

A partir disso, formou-se uma jurisprudência firme na prática arbitral acerca da possibilidade de extensão da cláusula compromissória aos não-signatários no contexto de grupo de sociedades, com reflexos em decisões proferidas por cortes arbitrais e estatais em inúmeras jurisdições. Como se verá abaixo, inclusive no Brasil.

5.4 Trelleborg vs. Anel: a experiência brasileira com a teoria do grupo de sociedades

Como adiantado, os reflexos do julgamento *Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain* estenderam-se para inúmeras jurisdições. No Brasil, o principal e pioneiro caso que adota a teoria do grupo de sociedades é a Apelação Cível com Revisão nº 267.450.4/6-00, julgada pela 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 24 de maio de 2006, também conhecido como “Trelleborg vs. Anel”.

O caso envolve um contrato de compra e venda de quotas celebrado entre a Anel Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda. (“Anel” e “Vendedora”) e a Trelleborg do Brasil Ltda. (“Trelleborg do Brasil” e “Compradora”), no qual se pactuou a alienação de quotas correspondentes à 60% (sessenta por cento) do capital social da PAV – Projetos e Aplicações de Vibrotécnica de Vedação Ltda. (“PAV”), subsidiária da Anel, à Trelleborg do Brasil. Toda a negociação ocorreu sob o escrutínio e com a aquiescência da Trelleborg Industri AB, companhia sueca controladora do Grupo Trelleborg.

Passado algum tempo após a aquisição, a sociedade Trelleborg Holding AB, um dos braços da Trelleborg Industri AB, formalizou a aquisição da AVS Brasil Getoflex Ltda.,

¹⁶¹ CAPRASSE, 2014, Op. Cit. p. 455

sociedade atuante no mesmo setor econômico da PAV. Esse movimento causou perplexidade na Anel, ainda sócia de parte da PAV, haja vista que a compra de uma concorrente por uma sociedade do Grupo Trelleborg poderia prejudicar as atividades da PAV e, especialmente, gerar um conflito de interesses por parte da Trelleborg do Brasil.

Diante disso, com fundamento na cláusula compromissória constante do contrato objeto da transação, a Anel apresentou requerimento de arbitragem em face da Trelleborg do Brasil e Trelleborg Industri AB, alegando que, apesar dessa última não ser signatária, teria participado no negócio firmado e, portanto, também assumiria a responsabilidade pelos danos causados.

Ocorre que, a instauração da arbitragem foi resistida pelas sociedades do Grupo Trelleborg, o que obrigou a Anel a mover ação própria, conforme possibilita o art. 7º da Lei de Arbitragem¹⁶², para que as requeridas fossem compelidas a lavar o compromisso arbitral.

Em sede de contestação, as rés arguíram a ilegitimidade passiva da Trelleborg Industri AB para a arbitragem, eis que parte alheia ao contrato e não-signatária da cláusula compromissória. Sobreveio, então, a sentença que reconheceu a legitimidade da controladora sueca por sua ampla participação na transação, nos seguintes termos:

“Apesar de a constituição da Trelleborg PAV Indústria e Comércio Ltda. e de os contratos de associação e consultoria referidos na inicial vincularem apenas a Trelleborg do Brasil Ltda. e a Anel – Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda. (f.), é certo que toda negociação que culminou com a celebração dos referidos contratos contou com a participação direta da Trelleborg Industri AB. (...) Além disso, consoante anotou a autora (f.), todos os contratos que vincularam a Anel – Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda. e a Trelleborg do Brasil Ltda. foram redigidos nos idiomas inglês e português, circunstância indicativa de que os negócios por elas celebrados não estavam circunscritos aos interesses das empresas sediadas no Brasil, vinculando, também, à evidência, a sócia majoritária da Trelleborg do Brasil Ltda. (...) Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* arguida pelas rés na resposta que apresentaram a f., já que manifesta a coresponsabilidade da Trelleborg Industri AB pelas obrigações decorrentes dos contratos firmados entre a autora e a Trelleborg do Brasil Ltda.”¹⁶³

Irresignadas, as rés interpuseram recurso de apelação, o qual foi distribuído à 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e, paralelamente, foi

¹⁶² 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 lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

¹⁶³ Justiça de São Paulo, Ação Ordinária nº 000.01.060969-5 – 13ª Vara Cível da Comarca da Capital de São Paulo, Juiz Ademir Modesto de Souza, São Paulo, 15 de maio de 2002

instaurado o procedimento arbitral, que resultou na condenação das sociedades do Grupo Trelleborg ao pagamento de indenização no montante de quatro milhões de dólares à Anel.

Apesar da reiteração dos argumentos formulados na origem quanto à necessidade de formalização escrita da cláusula compromissória e impossibilidade de sujeição de parte não-signatária ao procedimento arbitral, a 7ª Câmara de Direito Privado, por unanimidade, nos termos do voto da Desembargadora Relatora Constança Gonzaga, rejeitou a tese de ilegitimidade passiva da controladora, em acórdão assim ementado:

“SENTENÇA QUE INSTITUIU TRIBUNAL ARBITRAL PARA DIRIMIR CONFLITO ENTRE AS PARTES – ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA AFASTADA – ARGUMENTO REITERADAMENTE DESENVOLVIDO QUE CAI POR TERRA, FACE ÀS PROVAS DOS AUTOS QUE DEMONSTRAM À TODA EVIDÊNCIA O ENVOLVIMENTO NAS NEGOCIAÇÕES DE QUE DECORREU O LITÍGIO INSTAURADO – INEXIGIBILIDADE DE HAVER PRÉVIO CONTRATO – ART. 1º DA LEI 9.307/96 QUE TEM COMO EXIGÊNCIA A CAPACIDADE DAS PARTES PARA CONTRATAR, O QUE DEVE SER ENTENDIDO COMO CAPACIDADE CIVIL QUE ENVOLVA DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS.
APLICAÇÃO DE MULTA POR OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE NATUREZA INFRINGENTE – DECISÃO QUE SE REVESTE DE CERTO RIGORISMO, CUMPRINDO SER AFASTADA A PENALIDADE IMPOSTA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.”¹⁶⁴

O voto condutor asseverou, na linha de fundamentação do caso *Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain*, que teria sido cumprido o requisito de efetiva participação da parte não-signatária e verificado o consentimento tácito das partes contratantes em relação ao envolvimento da controladora. *In verbis*:

“acrescenta-se que a apelante ‘Trelleborg Industri AB’, em várias oportunidades, vem demonstrando o seu vínculo com a questão objeto dos autos, ou seja: participou como figurante em ‘Carta de Intenção’, conforme docs. 4 e 5 de fls. 27; enviou carta redigida nos idiomas português e inglês em que são abordados termos da negociação; o documento n. 6, retrata carta enviada pela ‘Trelleborg Industri AB’, demonstrando interesse na efetivação dos negócios (fls. 38/39); o documento 11, nada mais é do que a versão para o inglês do contrato, dele constando a ‘Trelleborg Industri AB’, representada pelo Sr. Nils Olag Lennart Nöjd, vertido também para o português (fls. 103) (...) não obstante inexistente assinatura da apelante ‘Trelleborg Industri AB’, é mais do que evidente, face à farta documentação existente, a relação jurídica que há entre as partes, decorrente dos negócios em comum travados, em que se observa participação ativa da apelante ‘Trelleborg Industri AB’” (p. 4/5)

¹⁶⁴ TJ-SP, Apelação Cível com Revisão nº 267.450-4/6-00, Rel(a). Des(a). Constança Gonzaga, 7ª Câmara de Direito Privado, j. em 24 de maio de 2006.

Ademais, em demonstração de desapego aos formalismos, a Câmara reconheceu que o art. 1º da Lei de Arbitragem¹⁶⁵ não impõe a forma escrita como condição imprescindível para a vinculação de uma parte ao procedimento arbitral, sendo suficiente a capacidade civil. Veja-se:

“No tocante à manifestação por último apresentada, reiterando os argumentos de que a Empresa ‘Trelleborg Industri AB’, em nenhum momento assinou os contratos para cuja discussão a r. sentença instituiu o Tribunal Arbitral e de que essa circunstância foi expressamente reconhecida naquela r. sentença, coloca-se como contra-argumentação, o fato de que a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que trata da arbitragem, no capítulo que aborda as Disposições Gerais, deixa claramente expressa a desnecessidade de haver prévio contrato assinado pelas partes que participarão de Juízo Arbitral. No artigo 1º está previsto que: ‘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 de que se exige capacidade (civil) das partes para contratar abstratamente falando.” (p. 5)

Por fim, para sedimentar o envolvimento e responsabilidade solidária da Trelleborg Industri AB, os Desembargadores ainda ressaltaram que a condenação imposta pelo juízo arbitral foi cumprida pelas sociedades do grupo:

“a apelante ‘Trelleborg Industri AB’, vem demonstrando, de forma clara, o seu envolvimento no negócio pois, conforme afirma a apelada e as apelantes não dissentem, ‘a parte líquida da decisão arbitral foi espontaneamente cumprida pelas apelantes, empresas Trelleborg, condenadas solidariamente em litisconsórcio’” (p. 5)

Com esse cotejo, embora não tenham feito qualquer menção específica ao julgado da CCI nº 4131, ficou nítida a adoção pela 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo do entendimento esposado no *leading case* internacional, conforme constata Gustavo Tepedino:

“Apesar de não se aduzir, ao longo da decisão, à teoria do grupo, a decisão estendeu, com razão, a cláusula compromissória à sociedade não signatária. O comportamento ativo de Trelleborg AB foi o fato a partir do qual deduziu o julgador seu consentimento em relação à convenção arbitral.¹⁶⁶”

Em comentários a respeito do caso, João Victor Carloni de Carvalho confirma a adesão dos julgadores à teoria do grupo de sociedades e esclarece que o consentimento implícito foi essencial no convencimento dos desembargadores¹⁶⁷:

¹⁶⁵ Art. 1º da Lei de Arbitragem. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁶⁶TEPEDINO, Gustavo. **Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades**. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 100, n. 903, p. 9-25, jan., 2011. p. 25

¹⁶⁷ Observe-se que a existência do consentimento também foi objeto de análise cuidadosa no caso *Dow Chemical x Isover Saint Gobain*, de modo que não se pretende, aqui, estabelecer tal observação como critério distintivo do julgado brasileiro com o da CCI.

“Percebe-se, novamente, que para a configuração da extensão foi necessário comportamento ativo da parte nas celebrações e negociações, requisito que se não estivesse cumprido, poderia ensejar o não acolhimento do pedido de instauração de tribunal arbitral. Nesse sentido, crê-se que o elemento a ser observado não é o pertencimento a um grupo societário, de per si – o que afasta a teoria pura do group of companies -, mas sim a conduta dentro das negociações que evidenciem uma concordância, ainda que tácita, com a resolução do litígio pela via arbitral (*implied consent*).”¹⁶⁸

Tal decisão, portanto, é um marco jurisprudencial na história da arbitragem brasileira, esposando uma teoria amplamente consolidada nas cortes internacionais após o detido exame das condições fáticas que autorizariam a extensão da cláusula compromissória pactuada no contrato de compra e venda de quotas à sociedade não-signatária Trelleborg Industri AB, controladora do grupo econômico da Compradora. A partir disso que Rafael Branco Xavier firma:

“Considerados os exemplos da jurisprudência, se o efeito da constatação das figuras for obrigar não signatário a participar da arbitragem, o raciocínio sobre essas balizas estará sempre pautado pelo consentimento no momento da celebração do negócio – como no caso Trelleborg – ou em consentimento posterior em participar do processo, cujo voltar atrás implica violação à boa-fé objetiva – como no caso Comverse.”¹⁶⁹ (grifos nossos)

Os julgados, deve-se dizer, ainda são escassos na jurisprudência brasileira, mas confirmam que as cortes nacionais não estão completamente alheias às discussões propostas no cenário internacional.

¹⁶⁸ DE CARVALHO, João Victor Carloni. **Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem: uma análise acerca da extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. vol. 22, n. 1, p. 488-513, jan.-abr. 2021. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/47475/36329>>; Acesso em: 30.05.2022. p. 502

¹⁶⁹ XAVIER, Rafael Branco. **A desconsideração na arbitragem? O consentimento atrás do véu**. Revista Brasileira de Arbitragem. v. 66, n. 17, pp. 35-66, 29.06.2020. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6085810/mod_resource/content/1/Rafael%20Branco%20Xavier%20-%20A%20desconsidera%C3%A7%C3%A3o%20na%20arbitragem%20O%20consentimento%20atr%C3%A1s%20do%20v%C3%A9u.pdf> Acesso em: 30.05.2022. p. 56

6 CONCLUSÃO

Parece ficar claro a partir da investigação proposta nesse estudo que alguns dos pilares da Lei de Arbitragem, assim como de qualquer outra norma jurídica, não são estanques. Na origem, em um tempo de incerteza acerca da constitucionalidade da própria lei e, mais ainda, da natureza jurisdicional da arbitragem, mostrava-se essencial uma formalidade rígida como aquela prevista no §1º do art. 4º da Lei de Arbitragem, segundo o qual “a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito”.

Até então, era imprescindível a demonstração do consenso por escrito, o qual, somado a outras particularidades, como a limitação das matérias que poderiam ser submetidas à jurisdição arbitral, confirmava uma postura inicial de desconfiança de um estado e sociedade que se adaptavam ao novo contexto de reaparecimento dos tribunais eleitos pela autonomia dos indivíduos.

Esse recorte, por certo, não se limitava ao Brasil, eis que a exigência da cláusula compromissória escrita era, como visto também nos extratos da doutrina internacional colecionada, uma condição *sine qua non* da manifestação da vontade da parte que contrata a jurisdição dos árbitros.

Já se afirmou antes e reitera-se aqui que não há dúvidas acerca da importância da preservação da formalidade prevista na lei nacional e consolidada na prática arbitral. De fato, parece razoável afirmar que a confirmação da renúncia à jurisdição estatal por meio da exigência de convenção escrita reflete um cenário de maior confiança para as partes contratantes, uma vez que não estariam sujeitas à verificação arbitrária de sua vontade “jurisdicional” sempre que surgisse uma nova lide.

A acepção tradicional de que os contratos têm eficácia, em regra, *inter partes*, o que se aplica a cláusula compromissória – na qualidade de manifestação contratual da vontade de arbitrar, deve ser o padrão hermenêutico, em respeito à segurança jurídica. No entanto, tal qual há muito foi superada a ideia de que os efeitos do contrato em toda e qualquer situação estão limitados às partes contratantes, também já se esvaziou o entendimento doutrinário de que a vontade de arbitrar uma disputa se restringe às partes signatárias de um contrato.

A realidade contratual comprovou que os negócios jurídicos devem ser compreendidos à luz da boa-fé, da tutela da confiança e da proibição de comportamentos contraditórios. A pauta civil-constitucional estendeu-se à interpretação da cláusula compromissória, com reflexos em inúmeras possibilidades de sua extensão subjetiva. Como se demonstrou, a flexibilização dos requisitos ocorreu de forma gradual, mas hoje aparenta ser uma premissa consolidada entre os modernos arbitralistas.

O que é efetivamente complexo, portanto, é delimitar as situações excepcionais que autorizam a flexibilização dessa formalidade. Nesse contexto, as contratações com grupos de sociedades têm se mostrado um cenário fértil para estudo. O problema das partes nas arbitragens envolvendo contratos com grupos econômicos já existe há décadas, como se comprova de um *leading case Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain* de 1982, e continua surgindo em novos casos submetidos às principais câmaras arbitrais internacionais.

Diante de todo o exposto, não se acredita que será criada uma solução universal para o problema, como um manual aplicável a toda averiguação da participação de sociedades não-signatárias no curso de negócios jurídicos para fins de extensão da cláusula compromissória. Parece, inclusive, que é justamente o contrário. Vê-se que as premissas adotadas pelos julgados emblemáticos são, de certa forma, um tanto quanto vagas: “efetiva participação na negociação”, “aparência de representação”, “confiança na contratação com o grupo”, dentre outras. Tais requisitos não retiram ampla margem de discricionariedade do julgador, seja um tribunal arbitral ou estatal, na decisão acerca da possibilidade de integração de parte não-signatária ao procedimento.

Sob uma visão radicalmente liberal, pode-se dizer que não cumpre aos árbitros e muito menos ao estado decidir a respeito dos requisitos autorizadores da extensão da cláusula compromissória. Isso porque, conforme constatado, a existência dos grupos de sociedades não é fato novo, mas verdadeira realidade consolidada há décadas. Por essa razão, não seria tão irrazoável afirmar que a parte que contrata com uma das sociedades integrantes do grupo entende o risco de não incluir as demais no seio da obrigação. Em outras palavras, seria como assumir o papel de credor de uma subsidiária sem exigir a inclusão de sua controladora como fiadora.

Respeita-se eventual entendimento nesse sentido, mas parece mais adequada a interpretação da cláusula compromissória à luz dos deveres laterais da boa-fé objetiva. É fato incontroverso que os contratantes nem sempre estão em posição de igualdade material, bem como que não se pode exigir das partes, no momento de celebração do negócio jurídico, que antecipem todas as controvérsias que possam vir a surgir. Por esses motivos, deve-se buscar a verdadeira intenção dos contratantes.

Assim, se desde o princípio existia uma legítima expectativa e o comportamento das partes sinalizava que o contrato estava sendo celebrado e seria executado pela unidade do grupo econômico, parece inapropriado não admitir a extensão da cláusula compromissória aos não-signatários por mero apego às formalidades.

O enfrentamento da questão pela jurisprudência arbitral e estatal possivelmente ainda ensejará novas dúvidas e embates, mesmo porque, conforme demonstrado, a averiguação dos requisitos é matéria eminentemente fática e sujeita à análise “caso a caso”. No cenário internacional, parece que a questão está ganhando corpo com a formação de precedentes, os quais ajudam a formar uma base amostral para a aplicação em novos casos. Para o contexto nacional, o amadurecimento não deve ser diferente, em uma jurisdição originalmente civilista que aprendeu a respeitar os precedentes e na qual o instituto da arbitragem cresce de forma vertiginosa, pode-se esperar uma adoção positiva pelas cortes arbitrais e estatais das melhores práticas internacionais, o que já se tem visto nas principais câmaras arbitrais e em cortes como o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rafael Francisco. **Clássicos da Arbitragem. Corte Internacional de Arbitragem da CCI – Sentença Parcial nº 4.131, de 23 de setembro de 1982, Dow Chemical v. Iover Saint Gobain.** Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo, nº 20, p. 197-206, out. – dez., 2008.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e Arbitragem no novo Código de Processo Civil. In: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Resende (coord.). *A Reforma da Lei de Arbitragem.* Rio de Janeiro: Forense, pp. 233-266, 2016.

BERMUDES, Sergio. **Arbitragem: um instituto florescente.** Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, vol. 50/2016, p. 387 – 389, jul-set., 2016.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5ª Ed. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2009.

BONILHA, Márcio Martins. **Do efeito vinculante da cláusula arbitral.** Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, vol. 3/2004, p. 138 – 141, set-dez., 2004.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário.** 14ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

BORN, Gary B. **International Arbitration: cases and materials.** Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2022.

_____. **International commercial arbitration.** Nova Iorque: Kluwer Law International, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº 9.307/96.** 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CAPRASSE, Olivier. **A arbitragem e os grupos de sociedades**. Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, São Paulo, vol. 4/2014, p. 451-506, set., 2014.

CARDOSO, Paula Butti. **Limites subjetivos da convenção de arbitragem**. Orientador: Carlos Alberto Carmona. Dissertação (Mestrado) – Direito, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição**. Revista de Processo. São Paulo, vol. 58, p. 33 – 40, abr./jun., 1990.

_____. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. Ed. Única. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à lei de arbitragem brasileira**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DE CARVALHO, João Victor Carloni. **Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem: uma análise acerca da extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. vol. 22, n. 1, p. 488-513, jan.-abr. 2021. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/47475/36329>>; Acesso em: 30.05.2022.

DINAMACO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do novo Processo Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários: da formação à falência**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada. Volume IV. Arts. 206 a 300**. 2ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Orientador: Umberto Celli Júnior. Tese (Doutorado) – Direito, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. I., 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 4ª ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1988. Segunda Parte - do Estado, Capítulo XVII: das causas, geração e definição de um.

KONDER, Carlos Nelson. **O alcance da cláusula compromissória em contratos coligados: leitura a partir da tutela da confiança**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 63/2016. p. 295-331. São Paulo: RT, out-dez., 2019.

LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro B; GARCEZ, José Maria R. (orgs.). *Reflexões sobre Arbitragem, in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Pesquisa – 2020. Arbitragem em números e valores. Oito Câmaras. 2 anos Período de 2018 (jan./dez.) a 2019 (jan./dez.)**, 2020. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>>
Acesso em: 21.04.2022

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. **Cláusula compromissória e grupo de sociedades**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, vol. 48/2016, p. 33 – 52, jan./mar., 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. I. São Paulo: RT, 2015.

MARTIN, André; RIBEIRO; Flávio Santana C.; FACKLMANN, Juliana; GEMIGNANI, Karina. **O perecimento da convenção de arbitragem**. Revista de Direito Empresarial. São Paulo, vol. 3/2014, p. 265 – 293, maio-jun, 2014.

MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupo de sociedades na prática CCI (de acordo com o Regulamento CCI-2012)**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, vol. 36, p. 255-278, jan.-mar., 2013.

MOSER, Luiz Gustavo Meira. **A cláusula compromissória, a conduta das partes e a força jurídica dos usos e costumes - comentário da sentença estrangeira contestada 855-EX**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, vol. 35/2021, p. 317 - 339, out-dez., 2012.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. PRADO, Maria da Graça Almeida. **Agreement in writing e requisitos formais da cláusula de arbitragem: nova realidade, velhos paradigmas**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, vol. 2/2014, p. 171 – 186, set., 2014.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. et. al. **Reforma da Lei de Arbitragem. Comentários ao texto completo**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Francisco Maia & Associados, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PARK, William W. **Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma**. 2009. Disponível em <https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012571271340940park_joining_non-signatories.pdf>; Acesso em: 27.05.2022

PINTO, José Emílio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do código civil**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, vol. 2/2014, p. 221 – 238, set., 2014.

PRADO, Viviane Müller. **Conflito de interesses nos grupos societários**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006.

RICCI, Edoardo Flávio. **Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão / questões polêmicas**. Edoardo Flavio Ricci; com a colaboração de Mariulza Franco. São Paulo: RT, 2004.

SANT'ANNA, Valéria Maria. **Arbitragem: Comentários à Lei nº 9.307 de 23-9-96**. 1ª ed. São Paulo: EDIPRO, 1997.

SATTA, Salvatore. **Direito processual civil, vol. II**, trad. bras. de Luiz Autuori, Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades**. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 100, n. 903, p. 9-25, jan., 2011.

TIBÚRCIO, CARMEN. **Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo**. Revista de Processo. São Paulo, vol. 241/2015, p. 521 – 566, mar., 2015.

WALD, Arnoldo. **A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, vol. 4/2014, p. 101 – 134, set., 2014.

XAVIER, Rafael Branco. **A desconsideração na arbitragem? O consentimento atrás do véu**. Revista Brasileira de Arbitragem. v. 66, n. 17, pp. 35-66, 29.06.2020. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6085810/mod_resource/content/1/Rafael%20Branco%20Xavier%20-%20A%20desconsidera%C3%A7%C3%A3o%20na%20arbitragem%20O%20consentimento%20atr%C3%A1s%20do%20v%C3%A9u.pdf> Acesso em: 30.05.2022.