Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Ciro Rangel Azevedo

Vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória: o caso dos grupos societários à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Mestrado em Direito

São Paulo
2017

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Ciro Rangel Azevedo

Vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória: o caso dos grupos societários à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito: efetividade do Direito, área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Giovanni Ettore Nanni.

São Paulo
2017

Aprovado em: __/__/__

Banca Examinadora

Professor Dr. Orientador Giovanni Ettore Nanni

Instituição: _____ **Assinatura:** _____

Julgamento: _____

Professor: _____

Instituição: _____ **Assinatura:** _____

Julgamento: _____

Professor _____

Instituição: _____ **Assinatura:** _____

Julgamento: _____

Aos meus pais, Heitor e Ana Beatriz, com quem aprendi a importância do caráter, comprometimento e dedicação.

Aos meus irmãos e irmã, Cássio, Éric e Lara. Que acompanharam esta difícil etapa acadêmica, sempre com muito incentivo e amor.

À minha madrastra. Mariane, meu padrasto, Janson, e à Cilene, que em minha vida exerceu muitos papéis simultaneamente, de irmã de criação, de amiga, de segunda mãe.

AGRADECIMENTOS

A escolha profissional de atuar no jurídico interno de empresa multinacional usualmente é vista por muitos como, de certa maneira, incompatível com a vida acadêmica. Eu sempre pensei diferente. A escolha do mestrado sempre significou a possibilidade de profundo desenvolvimento intelectual, cujos frutos certamente podem ser aproveitados em qualquer ambiente profissional do universo jurídico.

A minha família, sempre atenta ao meu constante desejo de alcançar o máximo da produtividade intelectual, sempre me incentivou a perseguir este sonho, que se tornou realidade quando da confirmação da aprovação para o curso de mestrado na PUC/SP. A notícia foi bastante comemorada, como também objeto de advertências, no sentido de adaptar a rotina para acomodar a necessidade de pesquisa e demais necessidades do mestrado.

Agora, em reta final para obter a tão pretendida aprovação para a obtenção de título de mestre, novamente a minha família, assim como meus amigos mais próximos que questionaram o meu “sumiço” da vida social que tanto valorizava, colocam-se ao meu lado, com orgulho de que batalhei muito para a obtenção deste resultado.

Muito obrigado por todo apoio e compreensão!

Além da família e dos amigos, agradeço também o apoio de Rogério Bautista, que durante bastante tempo foi meu líder na empresa multinacional em que trabalhamos. Seu papel incentivador foi muito importante durante todo este processo. Obrigado!

Por fim, agradeço ao meu Professor Orientador, Giovanni Ettore Nanni, e aos meus colegas de mestrado, com quem tive o prazer de conviver e aprender ao longo desses anos.

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto a análise do fenômeno da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos dos denominados grupos societários à luz do ordenamento jurídico brasileiro. A partir do regime jurídico da convenção de arbitragem segundo a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, de uma análise a partir de princípios jurídicos e, ainda, de julgados sobre o tema proferidos em sede de arbitragem e pelas cortes judiciais domésticas, este trabalho busca compreender o conteúdo e alcance da declaração negocial da parte não signatária – pressuposto elementar para caracterizar a vinculação. Nesse contexto, será compreendido o papel desempenhado pela parte não signatária na negociação, celebração, execução e/ou cessação do contrato em que figuraram como partes signatárias outra sociedade do mesmo grupo societário e uma contraparte, de modo a revelar típico comportamento concludente apto a exteriorizar o consentimento, via declaração negocial tácita, da sociedade não signatária em relação ao contrato e à cláusula compromissória. Contudo, a mera existência do grupo societário não autoriza a automática vinculação da sociedade não signatária à cláusula compromissória, contudo a sua configuração gera presunção relativa de consentimento da sociedade não signatária, em razão das características de tais grupos. Ao final, o trabalho conduz à conclusão segundo a qual é possível vincular uma parte não signatária à cláusula compromissória nos casos de grupos societários à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Convenção. Arbitragem. Vinculação. Parte. Consentimento. Declaração Negocial. Grupos Societários.

ABSTRACT

The purpose of the present paper is to analyze the phenomenon related to the binding of a non-signatory party to the arbitration agreement in the context of group of companies under the Brazilian legal system. Therefore, starting from the Brazilian legal framework of the arbitration agreement under the Brazilian law n° 9.307/1996 and also a legal evaluation based on principles and arbitral and Brazilian court's precedents, this paper seeks to comprehend the concept and extent of the non-signatory consent, which is the fundamental element to impose the binding effect. In this context, it will be comprehended the role carried out by the non-signatory party along the negotiation, execution and/or termination of the contract in which other company of the same group of companies celebrated with another party. The behavior adopted by the non-signatory party, though, may indicate the implied consent to the contract and to the arbitration provision inserted, justifying binding effect of the arbitration procedure upon the mentioned non-signatory party. However, the simple existence of a group of companies does not authorize immediately the binding effect, but generates the relative presumption of the non-signatory company's consent. In conclusion, this paper indicates that is possible to bind a non-signatory party in the context of group of companies under Brazilian legal system.

Key words: Arbitration. Agreement. Binding. Non Signatory Party. Consent. Group of Companies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 REGIME JURÍDICO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	14
1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	14
1.2 MODALIDADES DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	16
1.3 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	18
1.3.1 Existência, validade e eficácia da cláusula compromissória.....	21
1.3.2 Elementos de existência da cláusula compromissória.....	24
1.3.2.1 <i>Elementos gerais intrínsecos: forma, objeto e circunstâncias negociais</i>	25
1.3.2.2 <i>Elementos gerais extrínsecos: sujeito, tempo e lugar</i>	28
1.3.2.3 <i>Elementos categoriais</i>	29
1.3.3 Requisitos de validade da cláusula compromissória.....	30
1.3.4 Fatores de eficácia da cláusula compromissória.....	35
1.4 O CONSENTIMENTO NA TEORIA TRICOTÔMICA APLICADA À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	37
2 PANORAMA GERAL DA VINCULAÇÃO DE PARTES NÃO SIGNATÁRIAS À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	47
2.1 A DENOMINAÇÃO “VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA”.....	47
2.2 O FENÔMENO DA VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	50
2.3 A INTEGRAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA AO PROCEDIMENTO ARBITRAL E SUA APRECIACÃO JURISDICIONAL PELO JUÍZO ARBITRAL.....	53
2.3.1 A integração ativa da parte não signatária ao procedimento arbitral.....	53
2.3.2 A integração passiva da parte não signatária ao procedimento arbitral.....	55
2.3.3 A integração e a questão envolvendo litisconsórcio unitário.....	56
2.3.4 Apreciação jurisdicional da integração da parte não signatária ao procedimento arbitral.....	59
2.4 VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA: DISTINÇÃO ENTRE OS CASOS DE GRUPOS SOCIETÁRIOS E DE GRUPOS DE CONTRATOS.....	61
2.5 INCOMPATIBILIDADE COM O COMPROMISSO ARBITRAL.....	62

2.6	DISTINÇÃO ENTRE O FENÔMENO DA VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA E A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO.....	64
2.7	A VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA E OS INSTITUTOS DO “ESTOPPEL” E DO “IMPLIED CONSENT”	67
3	PRINCÍPIOS JURÍDICOS E A VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	70
3.1	A VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA À LUZ DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	72
3.1.1	Igualdade.....	73
3.1.2	Livre iniciativa e da liberdade individual.....	74
3.1.3	Solidariedade social.....	76
3.1.4	Inafastabilidade da jurisdição.....	78
3.2	A VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL.....	80
3.2.1	Liberdade contratual e autonomia privada.....	82
3.2.2	Consensualismo.....	84
3.2.3	Força obrigatória (<i>pacta sunt servanda</i>).....	85
3.2.4	Relatividade dos efeitos do contrato.....	86
3.2.5	Boa-fé objetiva.....	87
3.2.6	Função social do contrato.....	90
3.3	A VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA À LUZ DE PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA ARBITRAGEM.....	91
3.3.1	Autonomia da cláusula compromissória.....	92
3.3.2	Princípio <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	94
3.3.3	Princípio da interpretação em favor da arbitragem (<i>favorem validitatis</i>).....	96
4	OS GRUPOS SOCIETÁRIOS.....	98
4.1	BREVE HISTÓRICO.....	98
4.2	O CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS.....	99
4.2.1	Os grupos de direito e os grupos de fato – a disciplina dos grupos societários na Lei nº 6.404/76.....	105
4.3	OS DIFERENTES MODELOS DE GRUPOS SOCIETÁRIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	108
4.3.1	Direito do trabalho.....	109

4.3.2	Direito do consumidor.....	111
4.3.3	Direito econômico-regulatório.....	113
4.3.4	Direito previdenciário.....	114
4.3.5	Lei Anticorrupção.....	115
4.4	A RELAÇÃO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS COM A VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA.....	116
5	VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: O CASO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS.....	119
5.1	ANÁLISE DAS DECISÕES ARBITRAIS SELECIONADAS E DOS JULGADOS NACIONAIS ADERENTES AO TEMA.....	121
5.1.1	Decisões arbitrais.....	121
5.1.1.1	<i>Caso CCI 4131/1982: Dow Chemical vs Isover Saint Gobain.....</i>	<i>121</i>
5.1.1.2	<i>Caso CCI 11160/2002.....</i>	<i>125</i>
5.1.2	Os julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.....	127
5.1.2.1	<i>O Caso Trelleborg.....</i>	<i>127</i>
5.1.2.2	<i>O Caso GP Capital Partners.....</i>	<i>129</i>
5.2	O PRESSUPOSTO JURÍDICO DO CONSENTIMENTO POR MEIO DA DECLARAÇÃO NEGOCIAL TÁCITA.....	131
5.2.1	A revelação do consentimento.....	132
5.2.2	A declaração negocial tácita e o comportamento concludente como elemento objetivo.....	135
5.2.3	A influência da teoria dos grupos societários na exteriorização da declaração negocial tácita.....	138
	CONCLUSÕES.....	141
	REFERÊNCIAS.....	145

INTRODUÇÃO

A partir da edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (“Lei de Arbitragem”), o Brasil passou a representar um ambiente mais convidativo para que a arbitragem passasse a se tornar um método alternativo eficaz e largamente utilizado para a solução de controvérsias decorrentes de uma relação abrangendo direitos patrimoniais disponíveis.

A promulgação da Lei de Arbitragem representou um movimento também em sintonia com a extensa aplicação do instituto em âmbito internacional, em que a sua utilização já se fazia presente em diversos segmentos, especialmente o setor de infraestrutura.

Contextualizando a temática da arbitragem no Brasil, temos que, antes da edição da Lei de Arbitragem, o instituto era pouquíssimo utilizado, muito em função da carência de efetividade de seu regime jurídico anterior.

Posteriormente à edição da Lei de Arbitragem, o Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7, em julgamento proferido em 2001¹, reconheceu a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei de Arbitragem, o que representou um evento determinante para o reconhecimento da validade e efeitos da convenção de arbitragem.

Vale destacar, ainda, a ratificação no Brasil da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras mediante o Decreto Legislativo nº 52, de 2002, e a promulgação, pelo Presidente da República, da referida Convenção, por meio do Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002 (Convenção de Nova York).

Nesse contexto, a arbitragem representa fundamental mecanismo de solução de controvérsias decorrente de uma relação jurídica envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Contudo, sem embargo de sua ampla difusão, há questões emergentes da aplicação da arbitragem que desafiam o jurista a encontrar a solução e contornos jurídicos adequados à espécie. Situação emblemática diz respeito à vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória, embora não tenha figurado como signatária do contrato e da convenção de arbitragem. Situações como essa são presenciadas nos casos dos grupos societários e grupo de contratos.

O presente trabalho explorará especificamente a hipótese de vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória em situações envolvendo os grupos societários. Ou seja,

¹ SEC 5206-7, Relator (a). Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Pleno. Data do Julgamento: 12/12/2001. Data da Publicação/Fonte: DJU 19.12.2001.

pode uma sociedade não signatária estar vinculada a contrato e convenção de arbitragem celebrados apenas por uma sociedade do mesmo grupo societário e uma contraparte? Este trabalho apresentará um posicionamento para esse desafiador questionamento.

Na experiência internacional, o tema já foi objeto de inúmeras decisões arbitrais e judiciais, sob diversas roupagens e fundamentos, já havendo notícia da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, dos institutos estrangeiros do “*estoppel*” e do “*implied consent*”, dentre outros. A análise de todas as referidas decisões foge ao escopo do presente trabalho, até porque atualmente resta pacífico na jurisprudência internacional o entendimento de que, presentes determinados requisitos, é possível se reconhecer a vinculação da parte não signatária à convenção da arbitragem. O enfoque do presente trabalho é a análise da vinculação da parte não signatária à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, discorrer-se-á, no capítulo 1, sobre o regime jurídico da convenção de arbitragem, para que, a partir do domínio hermenêutico do instituto e de sua natureza jurídica, seja possível concluir acerca da possibilidade de vincular um sujeito que não foi signatário da avença.

No âmbito da análise do regime jurídico da convenção de arbitragem, serão abordadas as suas modalidades – cláusula compromissória e compromisso arbitral. O enfoque será na espécie cláusula compromissória, que será analisada nos planos da existência, validade e eficácia. A análise dos referidos planos será determinante para compreender os elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia da cláusula compromissória, especialmente quanto ao papel e forma da declaração negocial como veículo de exteriorização do consentimento, à luz das exigências da Lei de Arbitragem.

Neste momento, importante ressaltarmos o seguinte: como o propósito deste trabalho é abordar a vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos de grupos societários à luz do ordenamento jurídico brasileiro, toda a análise pressupõe que a lei aplicável à cláusula compromissória é a lei brasileira, sem prejuízo da escolha da lei aplicável à relação contratual subjacente. Essa é uma premissa metodológica fundamental, já que a admissão de outra lei para reger a cláusula compromissória comprometeria todo o objetivo deste estudo. Com efeito, para fins deste trabalho, admitiremos que a lei aplicável à cláusula compromissória é a lei brasileira.

Feita a abordagem acerca dos planos de existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, com o enfoque na declaração negocial manifestada pela parte não signatária, passaremos para uma análise, no capítulo 2, acerca do panorama geral da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória. Primeiramente, faremos uma breve explicação

sobre a terminologia adotada no presente trabalho sob o título de “vinculação da parte não signatária”, em substituição da expressão usualmente adotada pela doutrina para descrever esse fenômeno jurídico como “extensão da cláusula compromissória”.

No passo seguinte, justificaremos a inaplicabilidade da vinculação da parte não signatária no bojo do compromisso arbitral, em razão das suas características. Do mesmo modo, abordar-se-á que a tese da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória é usualmente analisada nos casos dos grupos societários e grupos de contratos. Na sequência, exploraremos a compatibilidade, à luz do direito brasileiro, de determinados fundamentos e teorias já exploradas pela experiência jurídica internacional para viabilizar a integração ao procedimento arbitral de uma parte não signatária, com destaque para os institutos da desconsideração da personalidade jurídica, do “*estoppel*” e do “*implied consent*”.

Já no capítulo 3, a tese da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória será analisada à luz de princípios jurídicos, os quais devem orientar a hermenêutica de todo e qualquer instituto jurídico, de modo que seja possível oportunamente concluir, com base em sólida base principiológica, que o fenômeno da vinculação é plenamente aderente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Como o presente trabalho tem por enfoque a vinculação de parte não signatária à cláusula compromissória nas situações envolvendo grupos societários, será explorado no Capítulo 4 o panorama geral dos referidos grupos, percorrendo o histórico do instituto, suas características e seu regime jurídico aplicável. Desta forma, será possível compreender como e em que medida a verificação da existência dos grupos societários no caso concreto pode influenciar na verificação da declaração negocial da sociedade não signatária.

Por fim, caminharemos no Capítulo 5 para o objetivo central do presente trabalho, a saber, a análise acerca do fenômeno da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos envolvendo grupos societários, identificando os pressupostos jurídicos necessários, em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Como será visto, o tema da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória se faz presente em determinadas situações envolvendo grupos societários, situações estas em que determinada pessoa jurídica, pertencente a mesmo grupo societário de sociedade signatária da convenção, é integrada a determinado procedimento arbitral, seja por iniciativa própria ou da contraparte, na medida em que, tendo em vista o comportamento adotado ao longo da negociação, celebração, execução e/ou terminação de um determinado contrato em que há previsão de cláusula compromissória, vinculou-se aos referidos acordos.

Para a identificação dos pressupostos necessários para se autorizar a vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos dos grupos societários, faremos referência aos conceitos explorados quando da análise do regime jurídico da convenção de arbitragem, dos princípios jurídicos abordados e, ainda, de julgados proferidos em sede de arbitragens conduzidas sob o regulamento da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), e, ainda, de recentes decisões judiciais proferidas pelas cortes brasileiras. Com base em tais sólidas referências, alcançaremos a conclusão do trabalho, em que serão apresentadas as principais razões jurídicas que servem de base para embasar a plena aderência ao ordenamento jurídico brasileiro da tese da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos de grupos societários.

1. REGIME JURÍDICO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

O objeto do presente trabalho consiste no estudo da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos envolvendo grupos societários. Deste modo, para a adequada compreensão acerca deste fenômeno e sua aderência à luz do ordenamento jurídico brasileiro, é necessário fazer uma consistente explanação sobre o regime jurídico da convenção de arbitragem, gênero do qual a cláusula compromissória é espécie.

1.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A convenção de arbitragem consiste no negócio jurídico por meio do qual os sujeitos capazes integrantes de uma determinada relação jurídica envolvendo direito patrimonial disponível acordam, mediante livre e espontâneo consentimento, submeter as controvérsias emergentes da aludida relação jurídica, já existentes ou não, à jurisdição arbitral, com o objetivo de obter solução definitiva, com força de título executivo judicial (coisa julgada).

FRANCISCO JOSÉ CAHALI caminha na mesma direção acerca do conceito da convenção de arbitragem ao expor que “a convenção de arbitragem é a matriz deste método de solução de conflito. Ou seja, é a forma pela qual as partes exercem a sua opção pela jurisdição arbitral.”²

No mesmo sentido se posiciona J. E. CARREIRA ALVIM, conforme se extrai da seguinte passagem:

A convenção de arbitragem é expressão da vontade das partes interessadas, manifestada numa mesma direção, de se socorrerem da arbitragem para a solução dos seus (virtuais ou reais) litígios. Em outros termos: uma via jurisdicional concorrente com a estatal, posta pela lei à disposição das partes, para resolverem seus conflitos, em sede privada, com igual extensão e eficácia à efetivada pelos órgãos do Poder Judiciário.³

Nesse contexto, o art. 1^o⁴ da Lei de Arbitragem dispõe que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Já o art. 2^o⁵ faculta, a critério das partes, a escolha da arbitragem de direito ou de

² CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação e conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 119.

³ CARREIRA ALVIM, J. E. **Direito arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 171.

⁴ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

⁵ “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.”

equidade. Do mesmo modo, o art. 3º da Lei de Arbitragem⁶ disciplina que as partes podem submeter controvérsia ao juízo arbitral por meio da convenção de arbitragem, que compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Tais dispositivos lidos e interpretados em conjunto reforçam a ideia de que a arbitragem deve resultar da livre e espontânea escolha do interessado, à luz do princípio da autonomia privada e do consensualismo, a respeito dos quais falaremos mais adiante.

Com base nos conceitos acima, passamos a explorar a natureza jurídica da convenção de arbitragem⁷. Há três grandes blocos de teorias que se propõem a identificar a natureza jurídica da convenção de arbitragem, como explica ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO:

As teorias. (a) Enunciado. Com fins de estudo, cabe fixar a natureza da convenção de arbitragem. À partida, surgem três grandes blocos de teorias: (a) teorias materiais: a convenção de arbitragem seria um contrato de Direito substantivo privado; (b) teorias processuais: as partes dispõem sobre uma relação adjetiva; (c) teorias mistas: embora sendo uma unidade, a convenção de arbitragem apresenta uma vertente civil e uma vertente processual⁸.

PONTES DE MIRANDA define o compromisso arbitral como “contrato processual”.⁹ Esse também é o entendimento de ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO ao fazer referência à convenção de arbitragem como um “negócio processual”.¹⁰ LUIS FERNANDO GUERRERO também caminha no mesmo sentido ao expor que “não há como negar que a convenção de arbitragem tem a natureza de negócio jurídico processual, pois é nítido que o fim do acordo celebrado entre as partes é a solução do litígio, do modo estabelecido na convenção de arbitragem”¹¹.

A nosso sentir, em adesão aos entendimentos doutrinários acima expostos, entendemos que a convenção de arbitragem consiste em negócio jurídico com repercussão e efeitos processuais, que materializa a possibilidade conferida às pessoas capazes de se valerem da jurisdição arbitral para a resolução de controvérsias envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, decorrentes de uma relação jurídica estabelecida mediante acordo mútuo –

⁶ “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

⁷ Importante diferenciar a discussão sobre a natureza jurídica da arbitragem, de caráter mais abrangente, em que se discute sua natureza jurisdicional ou contratual, da discussão sobre a natureza jurídica da convenção de arbitragem.

⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da arbitragem**: comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2015, p. 87.

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 473. t. XV.

¹⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da arbitragem**: comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2015, p. 88.

¹¹ GUERRERO, Luiz Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12.

entabulado como resultado do livre e inequívoco consentimento –, em que se comprometem a submeter tais controvérsias ao (s) árbitro (s), cuja decisão será vinculativa e definitiva.

Assim, a compreensão da natureza jurídica da arbitragem enquanto negócio jurídico contribui na revelação da complexidade da questão se permitir a vinculação da parte não signatária à arbitragem, já que esta não subscrevera o negócio jurídico do qual constou a cláusula compromissória, colocando em dúvida a existência ou não de uma declaração negocial – elemento de existência de qualquer negócio jurídico – em relação à cláusula compromissória.

Essa é a razão pela qual, para se cogitar na possibilidade de vinculação a procedimento arbitral de um sujeito que não celebrou, na origem, a convenção de arbitragem, tendo em vista a sua natureza de negócio jurídico, será imprescindível demonstrar que a sua vinculação se deu em razão de seu livre consentimento exteriorizado por meio de uma declaração negocial.

1.2. MODALIDADES DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

O art. 3º¹² da Lei de Arbitragem indica que a convenção de arbitragem representa o gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória consiste em disposição inserida no próprio contrato ou em documento subjacente que a ele se refira, por meio da qual as partes se comprometem a submeter eventuais litígios decorrentes do contrato à jurisdição arbitral. Assim, nos termos do art. 4º, *caput*¹³, da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória é o negócio jurídico por meio do qual as partes obrigam-se a direcionar à arbitragem os potenciais litígios que possam vir a surgir em razão do contrato.

Importante observar que a cláusula compromissória representa negócio jurídico sob condição, na medida em que a sua eficácia está condicionada ao surgimento de um evento futuro e incerto, a saber, a controvérsia decorrente do contrato subjacente. Uma vez surgida a controvérsia, a cláusula compromissória se revestirá de plena eficácia, impondo às partes contratantes a submissão da contenda à jurisdição arbitral.

O compromisso arbitral, por sua vez, consiste em negócio jurídico mediante o qual as partes resolvem submeter um litígio concreto já identificado, decorrente de uma determinada relação jurídica envolvendo direito patrimonial disponível, à jurisdição arbitral. O

¹² “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

¹³ “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

compromisso arbitral deve atender aos requisitos de forma previstos nos arts. 9^o¹⁴ e 10^o¹⁵ da Lei de Arbitragem.

FRANCISCO JOSÉ CAHALI aponta as distinções entre as espécies de convenção de arbitragem, ao expor o que se segue:

A cláusula compromissória é a previsão em contrato de que eventuais conflitos dele emergentes serão resolvidos pela arbitragem. Tem caráter preventivo, na medida em que as partes estão na expectativa de contratar e honrar seus compromissos contratuais, porém desde então deixam previsto que eventual conflito decorrente do contrato deverá ser resolvido por arbitragem, não pelo Judiciário.

Já o compromisso arbitral é o instrumento firmado pelas partes por meio do qual, diante de um conflito manifesto, já deflagrado entre os envolvidos, faz-se a opção por direcionar ao juízo arbitral a jurisdição para solucionar a questão¹⁶.

Vale dizer que no regime jurídico anterior à Lei de Arbitragem a diferença entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral era mais expressiva. Isso porque a cláusula compromissória se revestia das características de um típico pré-contrato, obrigando as partes à oportuna celebração do compromisso arbitral. Como na maioria dos casos as partes já encerravam as comunicações em razão da configuração do litígio, o compromisso arbitral deixava de ser celebrado. A consequência, na ocasião, era apenas a potencial satisfação de perdas e danos pelo infrator. O compromisso arbitral, por sua vez, era revestido de maior exequibilidade, já que sua celebração contava com a definição precisa do litígio, partes litigantes, dentre outros aspectos necessários à regular instituição da arbitragem.

Com o advento da Lei de Arbitragem, as diferenças entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral se resumiram a aspectos formais, sendo certo que ambos os institutos possuem objetivo comum, qual seja, submeter determinada controvérsia, potencial ou existente, à jurisdição arbitral, cuja decisão será definitiva e revestida da exigibilidade de um título executivo judicial.

De todo modo, considerando as características e requisitos do compromisso arbitral, especialmente a realidade de que o conflito já está identificado e definido de forma

¹⁴ “Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.”

¹⁵ “Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.”

¹⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação e conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 119-120.

consensual e expressa pelos sujeitos que se definem como as únicas partes legítimas do litígio, essa modalidade de convenção de arbitragem não terá relevância para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho, cujo objeto é a vinculação de parte não signatária à cláusula compromissória nos casos de grupos societários¹⁷. Desse modo, passamos a explorar especificamente a cláusula compromissória.

1.3 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Conforme brevemente abordado, antes do regime jurídico instituído pela Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória se revestia de natureza de mero pacto de compromisso, “pois se tratava de uma obrigação de celebrar compromisso arbitral, criando apenas uma obrigação de fazer”¹⁸. De acordo com a sistemática anterior, portanto, a cláusula compromissória representava apenas uma obrigação de fazer: celebrar compromisso arbitral na ocasião da deflagração da controvérsia¹⁹.

Com a Lei de Arbitragem, contudo, a cláusula compromissória passou a gozar de natureza de típico negócio jurídico pronto e acabado, estando condicionado apenas e tão somente ao surgimento da controvérsia, que, uma vez estabelecida, já se tornará plenamente exigível a instituição da arbitragem, sendo dispensável a posterior celebração de compromisso arbitral²⁰.

¹⁷ No mesmo sentido: MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos societários**. A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 60.

¹⁸ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13

¹⁹ Sobre as dificuldades do regime jurídico anterior da arbitragem, explica CARLOS ALBERTO CARMONA: “Era nítida no direito brasileiro anterior à LArb a posição de desvantagem que a doutrina reservava à cláusula compromissória, eis que esta, por si só, não gerava efeito negativo algum (não excluía a competência do juiz togado) e para gerar efeito positivo (isto é, para instaurar a arbitragem) dependeria da celebração do compromisso (e, portanto, da vontade do outro contratante). Havendo resistência quanto à celebração do compromisso, o ordenamento jurídico brasileiro de então não estabelecia de modo específico um procedimento eficaz para a formalização judicial do compromisso mediante intervenção judicial, devendo então a parte interessada recorrer à sentença substitutiva de vontade de parte (arts. 639-641 do Código de Processo Civil), não havendo um único julgado jurisprudencial que revele ter seguido este caminho nos 21 anos em que vigorou o sistema arbitral previsto no Estatuto do Processo, sendo certo que a doutrina não mostrava particular simpatia pelo remédio (em especial porque dificilmente o juiz teria à sua disposição todos os elementos do pré-contrato para ‘substituir’ a vontade das partes). Em poucas palavras, a relação entre cláusula (pré-contrato) e compromisso (contrato) estava subordinada a esquema pouco confortável (e pouco confiável) [...]”. In: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 101-102.

²⁰ Vale dizer, no entanto, que a prática tem demonstrado a importância da posterior celebração do compromisso arbitral para a indicação das partes em litígio, delimitação da controvérsia e pedidos, dentre outros aspectos.

Do art. 4º, *caput*²¹, da Lei de Arbitragem, podem ser extraídos alguns conceitos importantes acerca da cláusula compromissória. O primeiro consiste na definição da cláusula compromissória enquanto convenção prevista em contrato, revestindo-se, portanto, da estrutura de típico negócio jurídico. Desse modo, para que a cláusula compromissória seja existente, deverá haver livre e inequívoco consentimento dos interessados, veiculado por meio de uma declaração negocial.

A segunda característica importante refletida no dispositivo acima diz respeito ao compromisso de as partes submeterem à arbitragem os litígios, destaque-se, “que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Essa passagem revela um traço fundamental acerca da cláusula compromissória, a saber, que se trata de uma convenção submetida a uma típica condição suspensiva, conforme art. 121 do Código Civil²², que é o surgimento da controvérsia.

Como é cediço, a condição representa elemento acidental do negócio jurídico que mantém suspensa a produção de efeitos jurídicos até o advento de um evento futuro e incerto – a controvérsia decorrente da relação jurídica subjacente. Nas palavras de J. E. CARREIRA ALVIM, “a cláusula compromissória consubstancia uma obrigação sujeita a condição, de que se produza, no futuro, controvérsia entre as partes²³”.

A cláusula compromissória, uma vez pactuada, implica na renúncia à jurisdição estatal. Trata-se do denominado efeito negativo da cláusula compromissória, ou seja, a sua aptidão em afastar imediatamente do Poder Judiciário a apreciação das controvérsias em relação às quais as partes pactuaram livremente a sua submissão à arbitragem. Em outras palavras, o efeito negativo da convenção de arbitragem “consiste na exclusão da jurisdição dos tribunais estaduais para julgar os litígios abrangidos pela convenção por força e como efeito da celebração desta”²⁴.

Do mesmo modo, a cláusula compromissória confere às partes interessadas a prerrogativa de instituir compulsoriamente a arbitragem, no caso de recalcitrância das contrapartes. Essa prerrogativa materializa o denominado efeito positivo da cláusula compromissória, segundo o qual obriga as partes a cumprir o estipulado, sujeitando-se ao juízo arbitral²⁵. Com efeito, no caso de resistência de uma das partes que impeça efetivamente

²¹ “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

²² “Art. 125. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

²³ ALVIM, J. E. Carreira. **Direito arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 176.

²⁴ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 168.

²⁵ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 168.

a instauração do procedimento arbitral poderá a parte interessada fazer uso da ação judicial prevista no art. 7º²⁶ da Lei de Arbitragem, com objetivo de obter a correspondente execução específica.

A cláusula compromissória, quanto à sua concepção, pode assumir diversas metodologias. Primeiramente, podemos mencionar que a cláusula compromissória pode ser cheia ou vazia. A cláusula compromissória cheia consiste na cláusula que disciplina todos os requisitos necessários a regular instauração do procedimento arbitral. Desse modo, “será considerada cheia a cláusula que contempla o quanto necessário para e dar início à arbitragem (art. 19 da Lei 9.307/1996)”²⁷. A cláusula cheia poderá fazer referência também às normas de regulamento de determinada câmara arbitral. A cláusula vazia, por sua vez, não contém todos os requisitos necessários para a instauração do procedimento arbitral, demandando, pois, de novo engajamento das partes para endereçamento dos pontos omissos, seja por meio do compromisso arbitral quando do surgimento do litígio, ou por intermédio do Poder Judiciário²⁸.

A cláusula compromissória pode ser, ainda, escalonada, isto é, prever que, antes da submissão da controvérsia à arbitragem, as partes devem engajar outro método de solução de controvérsias, a exemplo da mediação e conciliação²⁹. As partes devem sempre estar atentas na ocasião da elaboração da cláusula compromissória, para evitar a caracterização das cláusulas patológicas, que são aquelas que apresentam alguma imprecisão, equívoco e/ou falhas que “contaminam a regularidade da arbitragem pelos entraves surgidos, e podem até impedir a efetiva implementação do juízo arbitral”³⁰.

Quanto às questões envolvendo a autonomia da cláusula compromissória e o instituto do “*kompetenz-kompetenz*”, essas serão abordadas no capítulo dedicado aos princípios jurídicos relacionados à arbitragem.

²⁶ “Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.”

²⁷ CAHALI, Francisco José Cahali. **Curso de arbitragem**: mediação e conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 3. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013, p. 115

²⁸ CAHALI, Francisco José Cahali. **Curso de arbitragem**: mediação e conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 3. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013, p. 118

²⁹ CAHALI, Francisco José Cahali. **Curso de arbitragem**: mediação e conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 3. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013, p. 128.

³⁰ CAHALI, Francisco José Cahali. **Curso de arbitragem**: mediação e conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 3. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013, p. 124.

1.3.1 Existência, validade e eficácia da cláusula compromissória

A cláusula compromissória, como visto, é negócio jurídico mediante o qual as partes de um contrato acordam, mediante mútuo consentimento, em submeter potenciais litígios do contrato à arbitragem.

Como negócio jurídico que é, portanto, a cláusula compromissória impõe a presença de duas ou mais declarações negociais. Isso porque “não há negócio jurídico que não tenha em seu suporte fático pelo menos uma declaração de vontade”³¹. Essa exigência, vale dizer, encontra-se presente em diversos dispositivos da Lei de Arbitragem, que refletem a alternativa que os sujeitos dispõem de se valerem da arbitragem para as resoluções de controvérsias decorrentes de uma relação jurídica envolvendo direito patrimonial disponível.

As referidas declarações devem ser destinadas à produção de efeitos jurídicos concretos, sendo certo que, no caso da cláusula compromissória, é a submissão das controvérsias decorrentes do contrato subjacente à jurisdição arbitral. Vale dizer, ainda, que o aludido efeito jurídico não deve ser constatado a partir da vontade íntima do sujeito emissor da declaração, tampouco da declaração isoladamente, mas sim em razão do cotejo da referida declaração no contexto social em que fora lançada, de modo que seja “socialmente vista como destinada a produzir efeitos jurídicos”³². Com efeito, diversamente do que pensam os autores adeptos da teoria da vontade ou voluntarista, em que o negócio jurídico é visto como um ato de vontade interna do sujeito³³, assim como em contraposição aos autores adeptos da teoria da declaração ou objetivista³⁴, que entendem que a declaração deve prevalecer sobre a vontade

³¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: [s.e], 1986, p. 16.

³² AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: [s.e], 1986, p. 21.

³³ Boa parte da tradicional doutrina de direito civil nacional, ao definir o negócio jurídico, faz menção à vontade. É o caso, por exemplo, de autores como Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**; parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 183).

³⁴ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO faz a seguinte referência à teoria objetivista, *in verbis*: “segundo Scognamiglio, as primeiras concepções do negócio jurídico que se afastaram da visão voluntarista e que, portanto, o encararam de forma mais objetiva foram as de Brinz e Thon; ambos viram, no negócio, antes um meio concedido pelo ordenamento jurídico para produção de efeitos jurídicos que propriamente um ato de vontade. Posteriormente, o ataque às concepções tradicionais agravou-se com o debate entre a teoria da vontade (*willenstheorie*) e a teoria da declaração (*erklarungstheorie*); embora tal assunto, nesta obra, seja desenvolvido mais adiante, porque diz respeito diretamente a qual papel atribuir à vontade no negócio jurídico, não podemos deixar de apontar, desde agora, que os partidários da teoria da declaração, mesmo admitindo que, nas situações normais, o negócio jurídico corresponde à vontade, ao defenderem, por uma proteção ao comércio jurídico, a predominância da declaração objetiva sobre a vontade subjetiva, em caso de divergência entre ambas, abriram larga brecha para que o negócio jurídico deixasse de ser visto como um ato de vontade”. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 10.

interna, perfilhamos o entendimento segundo o qual o enfoque deve se dar na declaração “vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos”³⁵.

A declaração que deve se fazer presente no negócio jurídico é, portanto, qualificada, assumindo, pois, a natureza de declaração negocial. Sobre esse ponto, explica ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO:

Percebe-se, assim, que a declaração de vontade, suporte fático do negócio jurídico, não é qualquer declaração de vontade; há de ser uma hipótese específica, Poder-se-ia dizer, num primeiro momento, com a teoria voluntarista do século passado, que o que a distingue é o fato de o sujeito visar diretamente obter efeitos jurídicos. Acontece, porém, que, para obter ‘efeitos jurídicos’, deve o sujeito atuar dentro de moldes socialmente reconhecíveis como aptos a produzir efeitos jurídicos. É a sociedade que lhe fornece esses moldes, e não, a sua vontade. Segue-se daí que essa declaração de vontade – declaração negocial – passa a se distinguir das demais, não pela vontade do sujeito, e sim, pelo modelo social de atitude em que está vertida³⁶.

O conceito de declaração negocial está em sintonia com a teoria da confiança, adotada pelo Código Civil de 2002, que superou a teoria da vontade e a teoria da declaração. Nesse sentido, expõe JUDITH MARTINS COSTA:

As regras centrais estão nos arts. 112, 113 e 114 do Código Civil. Pela primeira foi acolhido, como já se viu, a Teoria da Confiança, um meio termo entre a Teoria da Vontade e a Teoria da Declaração, razão pela qual a atenção do intérprete deverá estar voltada à intenção tal qual exteriorizada, buscando-se o sentido da declaração em vista de um determinado contexto, fático e normativo. No art. 113 está o direcionamento aos elementos contextuais. Consequentemente, ao menos prima facie, o sentido da manifestação há de ser obtido não apenas pela sua literalidade, mas na correspondência a padrões de correção e lealdade (boa-fé) e ao que é usual no específico setor em que situado o negócio jurídico³⁷.

Exposta a premissa fundamental de todo e qualquer negócio jurídico – a declaração negocial –, passamos a analisar a cláusula compromissória, na qualidade de negócio jurídico, à luz da teoria tricotômica, que orienta o conceito segundo o qual o negócio jurídico deve ser analisado em três planos, a saber, os planos da existência, da validade e da eficácia, de forma

³⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 16.

³⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese para o concurso de Professor Titular de Direito Civil da Universidade de São Paulo, São Paulo, [s.e], 1986, p. 20.

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 499-500.

a verificar a sua plena realização³⁸. PONTES DE MIRANDA esclarece com exatidão as diferenças entre os referidos planos, conforme trecho a seguir transcrito:

1. EXISTIR E VALER. – Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois que se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos.
2. VALER E SER EFICAZ. – Os fatos jurídicos, inclusive atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes. O testamento, antes da morte do testador, nenhuma outra eficácia tem que a de negócio jurídico unilateral, que, perfeito, aguarda o momento de eficácia. Há fatos jurídicos que são ineficazes, sem que a respeito deles se possa discutir validade ou invalidade. De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo³⁹.

A teoria tricotômica do negócio jurídico é aplicada mediante o que se denominou de técnica de eliminação progressiva. Sobre a referida técnica, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO assim se posiciona:

O exame do negócio, sob o ângulo negativo, deve ser feito através do que batizamos com o nome de técnica de eliminação progressiva. Essa técnica consiste no seguinte: primeiramente, há de se examinar o negócio jurídico no plano da existência e, aí, ou ele existe, ou não existe. Se não existe, não é negócio jurídico, é aparência de negócio (dito “ato inexistente”) e, então, essa aparência não passa como negócio, para o plano seguinte, morre no plano da existência. No plano seguinte, o da validade, já não entram os negócios aparentes, mas sim somente os negócios existentes; nesse plano, os negócios existentes serão, ou válidos, ou inválidos; se forem inválidos, não passam para o plano da eficácia, ficam no plano da validade; somente os negócios válidos continuam e entram no plano da eficácia. Nesse último plano, por fim, esses negócios, existentes e válidos, serão eficazes ou ineficazes (ineficácia em sentido restrito)⁴⁰.

³⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24.

³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade. Atualizado por Marco Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 66-67. t. IV.

⁴⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63-64.

A análise acerca dos elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia da cláusula compromissória será importante para a compreensão acerca da possibilidade de vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nas situações envolvendo os grupos societários.

1.3.2 Elementos de existência da cláusula compromissória

O plano da existência é analisado à luz dos elementos gerais do negócio jurídico, que são aqueles elementos sem os quais o negócio jurídico sequer pode existir. Segundo a técnica da eliminação progressiva, caso não seja possível identificar os referidos elementos, a análise do negócio jurídico se encerra nessa etapa, não avançando, pois, para as etapas subsequentes em que são analisados, sucessivamente, os requisitos de validade e fatores de eficácia do negócio jurídico.

Evidentemente, todos os elementos de existência do negócio jurídico giram em torno da declaração negocial, já que todo negócio jurídico é declaração negocial⁴¹.

Para a classificação dos elementos de existência do negócio jurídico, faz-se necessário, primeiramente, identificar qual negócio jurídico sob enfoque, isto é, se o negócio jurídico em abstrato, enquanto espécie de ato jurídico *lato sensu*, ou se de algum negócio jurídico em particular, a exemplo da compra e venda, locação etc. Isso porque a classificação dos elementos de existência do negócio jurídico há de ser gradual, considerando o grau de abstração, partindo do mais abstrato (negócio jurídico enquanto conceito e espécie dos atos jurídicos em geral) até o particular, levando em consideração as características da respectiva categoria (contrato, enquanto espécie de negócio jurídico⁴²) e a modalidade particular de contrato (compra e venda, locação, cláusula compromissória, dentre outros).

Tendo essa premissa como base, os elementos de existência do negócio jurídico podem ser assim classificados:

- a) elementos gerais, isto é, comum a todos os negócios;
- b) elementos categoriais, isto é, próprios de cada tipo de negócio;

⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: [s.e], 1986, p. 20.

⁴² Como ensina SILVIO RODRIGUES: “Dentro da teoria do negócio jurídicos, é tradicional a distinção entre o atos unilaterais e os bilaterais. Aquele se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de uma das partes, enquanto estes dependem da coincidência de dois ou mais consentimentos. Os negócios bilaterais, isto é, o que decorrem de acordo de mais de uma vontade, são os contratos. Portanto, o contrato representa uma espécie do gênero negócio jurídico. E a diferença específica entre ambo consiste na circunstância de o aperfeiçoamento do contrato depender da conjunção da vontade de duas ou mais partes”. In: RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

- c) elementos particulares, isto é, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócios⁴³.

Dentre os elementos gerais, aqueles necessários para a existência de todo e qualquer negócio jurídico, podemos encontrar os elementos intrínsecos e os extrínsecos. Os primeiros dizem respeito à forma, ao objeto e às circunstâncias negociais, ao passo que os últimos referenciam a identificação do sujeito, lugar e o tempo do negócio jurídico. Passamos a analisá-los a seguir.

1.3.2.1 Elementos gerais intrínsecos: forma, objeto e circunstâncias negociais

Primeiramente, abordaremos o elemento da forma na ótica do plano da existência. Importante ressaltar que a forma assume duas feições em matéria de negócio jurídico: a forma geral e a forma vinculada. A forma geral consiste na maneira pela qual a vontade do sujeito é revelada. Está no plano da existência. De acordo com NATHALIA MASSON, a forma “segundo uma definição geral, é a modalidade através da qual a vontade do particular se manifesta no exterior”⁴⁴. Prossegue a autora aduzindo ainda que “um negócio jurídico, por conseguinte, manifesta-se no exterior sempre e necessariamente através de uma forma qualquer, uma estrutura morfológica que o possibilite ser conhecido no plano social”⁴⁵. A forma vinculada, por sua vez, está no plano da validade e é aquela que “corresponde a um ato cuja manifestação exterior não pode se dar através de qualquer ato e sim de um ato particular, uma forma específica prevista em lei e que se não for observada enseja nulidade”⁴⁶. Nesse item, contudo, trataremos apenas sobre a forma numa perspectiva geral no plano da existência⁴⁷.

Com efeito, no plano da existência, a forma se traduz na exteriorização da declaração negocial do particular. Se isso não ocorrer, não há sequer negócio jurídico.

De várias formas a declaração pode ser exteriorizada. A mais comum é a modalidade expressa, em que o emissor da declaração faz uso de palavras (escritas ou orais), gestos ou sinais destinados a externar a sua vontade para algum propósito específico. A forma tácita,

⁴³ Esta classificação foi proposta por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 32.

⁴⁴ MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro, 2006, p. 169-170.

⁴⁵ MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro, 2006, p. 169-170.

⁴⁶ MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro, 2006, p. 170.

⁴⁷ Pontes de Miranda explica que a forma pode ser exigida nos três planos. Neste sentido: “a forma pode ser pressuposto de existência do ato jurídico, de eficácia ou de validade”. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 444. t. III.

por sua vez, é depreendida de atos praticados pelo sujeito que são inconciliáveis com a vontade de não aceitação da avença⁴⁸. Logo, a declaração será exteriorizada de forma tácita quando decorrer de “ato inequívoco, indubitoso da intenção de contratar, tornando-se desnecessária a manifestação expressa⁴⁹”. A lei também admite a declaração negocial presumida em determinadas hipóteses, como é o caso da aceitação da herança, nos termos do art. 1807 do Código Civil de 2002⁵⁰.

Há autores, ainda, que optam por distinguir a declaração em direta e indireta. A primeira é aquela em que o sujeito emissor visa dar conhecimento de sua declaração ao destinatário, e ela pode se dar de maneira expressa, seja por meio de discurso oral ou escrito, ou, ainda, por meio de gestos ou sinais. A declaração indireta, por sua vez, é aquela que provém de atos praticados pelo sujeito que, embora não tenham o objetivo específico de dar conhecimento da declaração num determinado sentido a terceiros, levam à crença da tomada de posição num determinado sentido pelo sujeito em seu contexto social. Nesse sentido, SILVIO DE SALVO VENOSA explica que “a manifestação indireta é perceptível por atos que, não tendo a finalidade precípua de demonstrar a vontade contratual, denotam a vontade de contratar”⁵¹.

Do ponto de vista de forma em geral dentro do plano da existência, em matéria de cláusula compromissória, basta que os particulares exteriorizem a declaração negocial no sentido de submeter as controvérsias decorrentes do contrato ao juízo arbitral. Essa declaração negocial pode ser expressa ou tácita, como se verá adiante.

Ainda no plano da análise dos elementos gerais intrínsecos, exige-se que o negócio jurídico tenha um objeto, isto é, que tenha um conteúdo, conforme a declaração negocial dos sujeitos particulares, que pode se materializar nas diversas cláusulas de um contrato, em disposições testamentárias, dentre outros.

Ilustrativamente, o objeto de um contrato de compra e venda de um imóvel é a transferência de domínio do bem, mediante o pagamento do respectivo preço; no caso da empreitada o objeto é a realização da obra, tendo como contraprestação a respectiva remuneração, e assim por diante.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 3. d. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 308-309. v. 1.

⁴⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria das obrigações e teoria dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 513. v. 2.

⁵⁰ “Art. 1.807. O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de trinta dias, para, nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita.”

⁵¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria das obrigações e teoria dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 513. v. 2.

O objeto do negócio jurídico, portanto, revela o seu conteúdo negocial, materializando o fim do negócio jurídico⁵² e correspondentes efeitos perseguidos pelas partes contratantes.

Especificamente no caso da cláusula compromissória, o objeto é caracterizado pela emissão de declarações negociais recíprocas das partes interessadas no sentido de estabelecer que os potenciais conflitos decorrentes da relação jurídica serão submetidos à arbitragem, renunciando, pois, à jurisdição estatal. Esse é o objeto da cláusula compromissória.

As circunstâncias negociais, por sua vez, consistem nos fatores, baseados em padrões culturais, que indicam que determinada declaração negocial foi emitida com a finalidade de produzir determinados efeitos jurídicos no ambiente social em que foi veiculada. A declaração, pois, inserida no contexto das circunstâncias negociais, gera a crença social que foi emitida com propósito de produção de efeitos jurídicos concretos, assumindo o seu revestimento de declaração negocial.

Vale lembrar que o caráter jurídico da declaração reside não no querer do emissor, mas sim da crença social de que a referida declaração é revestida de materialidade jurídica. Nas palavras de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, as circunstâncias negociais são “um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigido à produção de efeitos jurídicos”⁵³.

No caso da cláusula compromissória, as circunstâncias negociais se manifestam quando o particular emite uma declaração – a declaração negocial – no sentido de produzir o efeito jurídico de submeter as controvérsias decorrentes de uma determinada relação jurídica envolvendo direito patrimonial disponível à jurisdição arbitral.

É certo, evidentemente, que a força vinculante da declaração pode variar de intensidade a depender do ambiente social em que é lançada. Desse modo, a declaração de instituição de cláusula compromissória terá mais executividade (ou “*enforcement*”) quando lançada em ambiente no qual os sujeitos estão em nível de paridade, como é o caso do universo empresarial, habitado por agentes econômicos que conhecem o conteúdo e extensão de uma disposição dessa natureza. O mesmo não ocorrerá em ambientes em que se verifica um desnível entre os interlocutores, como é o caso da relação entre fornecedor e consumidor nas relações de consumo e do trabalhador e empregado nas relações de trabalho. Essa é a

⁵² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p 119.

⁵⁴ “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. [...] § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.”

razão pela qual a Lei de Arbitragem, quanto às relações de consumo, exige determinados requisitos de forma para a validade da declaração negocial⁵⁴.

1.3.2.2 Elementos gerais extrínsecos: sujeito, tempo e lugar

Os elementos gerais extrínsecos traduzem o conceito segundo o qual a declaração negocial deve ter sido emitida por um sujeito, em determinado tempo e lugar. Evidentemente, como estamos tratando da figura do negócio jurídico, haverá a necessidade de identificação dois ou mais sujeitos, de forma a verificar a presença de duas ou mais declarações negociais destinadas à formação do negócio jurídico.

A doutrina explica que tais elementos não seriam apenas extrínsecos, como também pressupostos⁵⁵, no sentido de que existem antes mesmo de o negócio jurídico ser entabulado. A razão é lógica: para se falar em negócio jurídico, há de se verificar a declaração negocial, a qual, por sua vez, necessariamente, foi emitida por alguém, num determinado espaço de tempo e em algum lugar.

A doutrina tem dado pouca atenção aos elementos extrínsecos do negócio jurídico. Contudo, tais elementos projetam fatores importantes. Com efeito, a figura do sujeito, enquanto elemento extrínseco do negócio jurídico, tem relevância para a identificação daqueles que figuram como parte do contrato ou são meramente terceiros. Esse ponto tem especial destaque na medida em que esta dissertação se debruça sobre a questão do vínculo da parte não signatária à cláusula compromissória constante de contrato do qual não figurou como subscritora.

Em relação ao tempo do negócio jurídico, inúmeras são as disposições do código civil cujos efeitos dependem da verificação do tempo em que se deu o negócio jurídico. Vide, por exemplo, os arts. 158, § 2º⁵⁶, 295⁵⁷, 299⁵⁸, 320⁵⁹, dentre outros. O tempo, ainda, adquire

⁵⁴ “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. [...] § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.”

⁵⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33.

⁵⁶ “Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos. [...] § 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.”

⁵⁷ “Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.”

grande relevância em matéria de decadência – fenômeno de extinção de direito potestativo pelo decurso do tempo. Em contratos específicos, o tempo também assume grande relevância em matéria obrigacional, como é o caso do momento de início e fim da obrigação de confidencialidade (que em muitos casos se projeta para tempo posterior ao encerramento do contrato). Em matéria de cláusula compromissória, será importante a identificação do momento temporal em que foi entabulada para certificar o momento de deflagração do efeito negativo da cláusula compromissória, ou seja, o momento em que as partes definiram não mais submeter determinadas controvérsias à justiça ordinária em relação àquele contrato subjacente.

Por fim, o elemento extrínseco relativo ao lugar, do mesmo modo como se dá em relação ao tempo, também influencia na interpretação e aplicação de diversos institutos. O lugar do negócio jurídico tem impacto na identificação da lei aplicável, nos casos de obrigações entre sujeitos de diferentes jurisdições, nos termos do art. 9^{o60} da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), dentre outros.

Especificamente em matéria de arbitragem, a questão do lugar também merece destaque. Isso porque a definição do lugar onde será proferida a sentença arbitral é requisito obrigatório da sentença arbitral, nos termos do art. 26, IV⁶¹, da Lei de Arbitragem.

1.3.2.3 Elementos categoriais

Além dos elementos gerais intrínsecos e extrínsecos, ainda dentro do plano da existência do negócio jurídico, têm-se os elementos categoriais, ou seja, os elementos típicos de determinados negócios jurídicos que definem a sua natureza. Observe-se que essa classificação projeta o jurista para uma situação jurídica mais particularizada (*in concreto*), dentro de um menor grau de abstração na escala dos negócios jurídicos.

Os elementos categoriais podem ser divididos em essenciais ou inderrogáveis; e naturais ou derogáveis. Os primeiros fazem parte da essência de determinados negócios

⁵⁸ “Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava.”

⁵⁹ “Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.”

⁶⁰ “Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

⁶¹ “Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: (...) IV - a data e o lugar em que foi proferida.”

jurídicos, sendo certo que se não identificados também resultam na inexistência do negócio jurídico. Os elementos derogáveis, por sua vez, embora usualmente previstos em determinados tipos de negócio jurídico, podem ser afastados pelas partes contratantes.

Os elementos categoriais inderrogáveis resultam da lei, não sofrendo influência da vontade das partes contratantes. A título de exemplo, a coisa e preço são elementos essenciais do contrato de compra e venda (espécie de negócio jurídico); a entrega e a guarda do bem móvel do contrato de depósito; a remuneração e a obra, no contrato de empreitada, dentre outras hipóteses. Já os elementos naturais ou derogáveis estão na esfera de disposição e autonomia privada das partes, podendo ser afastados, sem que com essa medida o negócio mude de tipo. Exemplo de elemento categorial derogável é a responsabilidade pela evicção no contrato de compra e venda.

No caso da cláusula compromissória, a deliberação das partes no sentido de atribuir à decisão de árbitros os potenciais litígios decorrentes de um contrato representa elemento categorial essencial. Por outro lado, a definição da lei aplicável ao contrato e à cláusula de arbitragem⁶², ou, ainda, a escolha da sede da arbitragem, são exemplos de elementos categoriais derogáveis.

Feita essa abordagem sobre os elementos de existência da cláusula compromissória, em linha com a técnica da eliminação progressiva, passemos para a etapa subsequente, em que são analisados os requisitos de validade do negócio jurídico em exame – a cláusula compromissória.

1.3.3 Requisitos de validade da cláusula compromissória

Presentes os elementos de existência do negócio jurídico, o intérprete deve passar para a etapa subsequente – o plano da validade –, que consiste na verificação da regularidade do negócio jurídico, isto é, na sua adequação às exigências legais. Nesse plano, a lei estabelece determinados requisitos que, se ausentes, podem implicar na nulidade ou anulabilidade de determinado negócio jurídico, a depender do caso. Tais requisitos, vale dizer, são qualificações dos elementos de existência do negócio jurídico, vistos no item anterior.

A lógica dos requisitos de validade tem por base viabilizar a segurança jurídica, de forma a assegurar a regularidade da declaração negocial dos particulares na dinâmica da vida em sociedade e no comércio jurídico.

⁶² Conforme antecipado na introdução, o escopo deste trabalho pressupõe a análise da cláusula compromissória de acordo com a lei brasileira.

Adotando a metodologia elaborada por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, os requisitos de validade e regularidade da declaração podem ser agrupados em requisito relativos à formação, requisitos relativos à estrutura e requisitos relativos ao fim do negócio jurídico. A falta de qualquer desses requisitos leva à irregularidade da declaração negocial⁶³.

Os requisitos inerentes à formação estão associados à proteção da integridade da vontade, reunindo os pontos relativos à capacidade do sujeito e à verificação da inexistência dos denominamos vícios do consentimento (erro, dolo, coação, estado de necessidade e lesão). Quanto à capacidade, em matéria de cláusula compromissória, o art. 1º⁶⁴ da Lei de Arbitragem, em linha com o art. 104, I⁶⁵, art. 166, I⁶⁶, e art. 171, I⁶⁷, todos do Código Civil de 2002, determina que apenas as pessoas capazes de contratar podem fazer uso da arbitragem.

No que tange às pessoas físicas, para se valer da arbitragem, os sujeitos devem estar em pleno gozo de sua capacidade de fato, ou seja, da sua prerrogativa de contrair livremente direitos e obrigações. Como decorrência lógica, os relativamente incapazes e os absolutamente incapazes, nos termos da legislação civil, se não estiverem devidamente assistidos ou representados, conforme o caso, não poderão celebrar convenção de arbitragem. A incapacidade relativa pode motivar a anulabilidade do negócio jurídico, nos termos do art. 171, inciso I⁶⁸, do Código Civil de 2002, ao passo que a incapacidade absoluta ensejará a nulidade da avença, consoante art. 104, I⁶⁹ e art. 166, I⁷⁰, ambos do Código Civil de 2002.

As pessoas jurídicas, por sua vez, devem ter seus atos constitutivos devidamente arquivados no registro público competente para certificar a existência de personalidade jurídica. Além disso, as pessoas jurídicas somente estarão autorizadas a celebrar cláusula compromissória se observarem as regras de representação previstas nos seus atos constitutivos. Os entes despersonalizados, a exemplo do condomínio, também podem celebrar cláusula compromissória, pois gozam de autonomia negocial. Trata-se do universo da arbitrabilidade subjetiva, isto é, de quem pode celebrar cláusula compromissória.

⁶³ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: [s.e], 1986, p. 105.

⁶⁴ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

⁶⁵ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz;”

⁶⁶ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;”

⁶⁷ “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente;”

⁶⁸ “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente;”

⁶⁹ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz;”

⁷⁰ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;”

Em relação aos vícios do consentimento (erro, dolo, coação etc.), como não é a proposta desta dissertação fazer uma longa exposição acerca de cada um desses institutos, basta dizer que a sua configuração no contexto de um negócio jurídico, tendo ou não cláusula compromissória, poderá ensejar a anulabilidade, nos termos do art. 171, II⁷¹, do Código Civil de 2002.

Avançando na classificação de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, temos os denominados requisitos inerentes à estrutura do negócio jurídico, abrangendo nesse conceito a forma (na sua acepção vinculada) e o objeto do negócio jurídico no plano da validade.

Quanto à forma, vigora no sistema civil o princípio da liberdade das formas, consoante art. 107 do Código Civil de 2002, segundo o qual “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

O sistema privilegiou a liberdade das formas com o objetivo de assegurar a autonomia privada das partes contratantes, que, dessa maneira, estão livres para fazer uso de qualquer forma para a exteriorização da declaração negocial e, conseqüentemente, para a celebração de negócios jurídicos. Em caráter excepcional, contudo, em razão dos interesses tutelados ou por simples política legislativa, a lei impõe que o ato deve observar uma determinada forma especial para ser válido. É o caso, por exemplo, dos negócios jurídicos envolvendo direitos reais, nos termos do art. 108⁷² do Código Civil, com valores superiores a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. A observância ao requisito da forma está prevista no art. 104, inciso III⁷³, e no art. 166, incisos IV e V⁷⁴, todos do Código Civil de 2002, e o seu não cumprimento poderá ensejar a invalidade ou a ineficácia, a depender da sanção cominada pela lei.

Especificamente no que pertine à cláusula compromissória, em razão da exigência prevista no §1º do art. 4º⁷⁵ da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória deve assumir a forma escrita. Prossegue o referido dispositivo indicando, ainda, que a cláusula compromissória pode estar prevista no próprio contrato em que ela está inserida ou em

⁷¹ “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

⁷² “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

⁷³ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: (...) III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

⁷⁴ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;”

⁷⁵ “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.”

documento apartado que se refira ao contrato objeto de potenciais controvérsias que possam surgir. Em reforço a esse requisito de forma, o art. 37, inciso II⁷⁶, da Lei de Arbitragem exige o original da convenção de arbitragem para a homologação de sentença estrangeira.

É bem verdade que esse requisito de forma escrita pode significar um obstáculo à teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória, já que em relação a esse, numa percepção míope do tema, não há ajuste escrito pactuado. Veremos mais adiante que esse requisito de forma não representa empecilho à tese proposta neste trabalho.

Do mesmo modo, o art. II, item 2, da Convenção de Nova York⁷⁷ dispõe que o acordo escrito pode ser entendido como a cláusula compromissória inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

O conceito de documento apartado vem sendo ampliado, em sintonia com a Convenção de Nova York, aduzindo que a cláusula compromissória pode ser entabulada por meio de troca de correspondências, fax, telegrama, até mesmo correios eletrônicos, desde que os referidos documentos efetivamente conduzam à conclusão de que as partes visaram o estabelecimento da jurisdição arbitral.

Adotando essa mesma linha de raciocínio, CARLOS ALBERTO CARMONA afirma que “a forma epistolar, com todos seus inconvenientes, é válida para a pactuação da cláusula de arbitragem, já que o legislador fixou forma rígida apenas para o compromisso (art. 9º da Lei)⁷⁸”. Arremata o referido autor, ainda, dizendo que “não está descartada, igualmente, a contratação por via eletrônica [...]”⁷⁹.

Em relação aos contratos de adesão, dispõe §2º do art. 4º⁸⁰ da Lei de Arbitragem que a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

⁷⁶ “Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com: I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial; II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.”

⁷⁷ Artigo II, item 2: “Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.”

⁷⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 105.

⁷⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processoprocesso**: um comentário comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 105.

⁸⁰ “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.”

Observe-se que a Lei de Arbitragem, atenta à discrepância existente entre as posições contratuais entre as partes, exigiu requisitos de forma mais rígidos.

Quanto às exigências de regularidade da declaração negocial para o objeto do negócio jurídico, a lei exige que esse seja lícito, possível, determinado ou determinável, consoante art. 104, inciso II⁸¹, e art. 166, II⁸², ambos do Código Civil de 2002. No que tange à cláusula compromissória, o seu objeto não deve versar sobre matéria insuscetível de apreciação pelo juízo arbitral por imposição legal, a exemplo dos direitos indisponíveis. Isso porque a Lei de Arbitragem é clara ao impor que apenas litígios envolvendo direito patrimonial disponível podem ser submetidos à arbitragem. Acerca do conceito de direito patrimonial disponível, explica CARLOS ALBERTO CARMONA:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família (em especial ao estado das pessoas, tais como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes⁸³.

Esse é o universo da arbitralidade objetiva, ou seja, das matérias que podem ser submetidas ao juízo arbitral.

Quanto ao objeto ser possível, vale lembrar que a cláusula compromissória consiste em negócio jurídico por meio do qual as partes, antecipadamente, acordam em submeter eventuais conflitos decorrentes do contrato subjacente à jurisdição arbitral. Logo, a cláusula compromissória é negócio jurídico cuja eficácia está condicionada ao surgimento do litígio, o que significa dizer que, para que o seu objeto seja possível, deve existir a possibilidade de surgimento do litígio. Será inválida a cláusula compromissória por impossibilidade de objeto aquela que, por exemplo, apenas submeter à jurisdição arbitral os conflitos decorrentes de contenda envolvendo valores superiores a um bilhão de reais, quando o contrato versa apenas

⁸¹ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: (...); II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;”

⁸² “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...); II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;”

⁸³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38.

sobre operação econômica de valor estimado de cem mil reais. Por fim, entendemos que a cláusula compromissória, ao materializar o acordo das partes de submeterem eventuais litígios à arbitragem, revela um objeto determinado numa perspectiva abstrata (litígios decorrentes do contrato) e determinável no plano concreto, já que não se sabe os contornos e natureza do litígio que motivará a deflagração da cláusula compromissória.

Por fim, os requisitos de regularidade do negócio jurídico podem ser classificados na ótica do fim da declaração negocial. O conceito de “fim da declaração” ou de “fim do negócio jurídico” tem sido utilizado pela doutrina em substituição à causa do negócio jurídico, especialmente em razão da polissemia do termo “causa”⁸⁴. Mas qual seria o conceito de “fim da declaração”? Explica-se: são as hipóteses nas quais os particulares se valem de negócios jurídicos cujos efeitos são conhecidos pela sociedade em geral com a finalidade de obter um resultado (ou seja, um fim) ilícito. Os institutos da fraude contra credores e da simulação, previstos, respectivamente nos arts. 158⁸⁵ (e seguintes) e 167⁸⁶, todos do Código Civil de 2002, são hipóteses de negócios jurídicos com fim ilícito, os quais estão sujeitos às sanções previstas no diploma civil.

Dentro dessa perspectiva, a cláusula compromissória pactuada com a finalidade de submeter os potenciais litígios emergentes do contrato subjacente à jurisdição arbitral não estará, em tese, em desacordo com as exigências de regularidade quanto ao fim da declaração negocial. Por outro lado, caso a cláusula compromissória tenha sido celebrada com a finalidade de obter resultado ilícito, a referida cláusula estará sujeita à invalidação por irregularidade do fim negocial.

1.3.4 Fatores de eficácia da cláusula compromissória

O plano da eficácia é a última etapa de análise do negócio jurídico. É nesse momento que se analisará se o negócio jurídico reúne todas as condições de eficácia necessárias para que esteja apto a produzir todos os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes (via de regra – criação, modificação e extinção)⁸⁷. Com efeito, em determinados negócios jurídicos, a

⁸⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 124.

⁸⁵ “Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.”

⁸⁶ “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.”

⁸⁷ Não é objetivo do presente trabalho expor as particularidades relativas aos efeitos do ato jurídico nulo. Trata-se de uma abordagem geral acerca da teoria tricotômica do negócio jurídico.

produção dos efeitos jurídicos pretendidos pode estar associada a fatores de eficácia, que são fatos extrínsecos ao negócio, isto é, eventos externos, cuja definição pode resultar da lei ou da vontade das partes, que influenciam diretamente na eficácia do negócio jurídico entabulado.

Em linhas gerais, os fatores de eficácia podem ser classificados da seguinte forma: a) os fatores de eficácia de atribuição da eficácia em geral; b) os fatores de atribuição de eficácia diretamente visada; e c) os fatores de atribuição de eficácia mais extensa⁸⁸.

Os fatores de eficácia de atribuição da eficácia em geral são aqueles que subordinam praticamente toda a eficácia do negócio jurídico. A condição suspensiva representa uma espécie de fator de eficácia dessa natureza, na medida em que “subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”, consoante art. 121⁸⁹ do Código Civil de 2002. O evento futuro e incerto é o fato extrínseco ao negócio que condiciona à sua eficácia. Com efeito, até que esse evento se materialize no mundo dos fatos, o negócio jurídico permanecerá em estado latente. Nesse sentido, assim dispõe o art. 125 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”. Vale dizer, contudo, que a condição suspensiva não retira toda a eficácia do negócio jurídico, já que são autorizadas medidas cautelares destinadas a conservar o direito eventual, consoante art. 130⁹⁰ do Código Civil de 2002⁹¹.

Os fatores de atribuição de eficácia diretamente visada são aqueles que são necessários para que determinado negócio jurídico já de algum modo eficaz entre as partes esteja apto a produzir seus efeitos normais. É o caso, por exemplo, do negócio jurídico celebrado por um mandatário sem poderes e um terceiro. Nessa situação, embora o negócio jurídico seja válido e eficaz em relação ao mandatário e o terceiro, esse não será oponível ao mandante até o momento da ratificação. Esse é o teor do art. 662⁹² do Código Civil de 2002.

Finalmente, os fatores de atribuição de eficácia mais extensa abrangem os casos de negócios jurídicos que, embora já sejam plenamente eficazes em relação às partes, necessitam ampliar seu perímetro de eficácia, tornando-os oponíveis a terceiros ou até passando a fruir de

⁸⁸ Classificação proposta por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57.

⁸⁹ “Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

⁹⁰ “Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.”

⁹¹ “Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.”

⁹² “Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar. Parágrafo único. A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato.”

eficácia *erga omnes*. São exemplos dessa modalidade de fator de eficácia a notificação ao devedor acerca da cessão de crédito, na forma do art. 290⁹³ do Código Civil de 2002, e o registro do instrumento de consórcio, no termos do parágrafo único⁹⁴ do art. 279 da Lei nº 6.404/76.

Conforme já exposto, a cláusula compromissória representa típico negócio jurídico subordinado à condição suspensiva, na medida em que a produção de seus efeitos jurídicos está subordinada a evento futuro e incerto, que é a deflagração da controvérsia decorrente do contrato subjacente. Enquanto a controvérsia não se verificar, a cláusula compromissória ficará em estado latente, mas desprovida de efeitos jurídicos plenos. Por outro lado, uma vez verificada a controvérsia acerca da qual as partes ajustaram a sua submissão à arbitragem, a cláusula compromissória produzirá regularmente seus efeitos, sem a necessidade, via de regra, de qualquer procedimento adicional.

Os fatores de eficácia até o momento tratados estão associados ao início da produção de efeitos do negócio jurídico, tendo em vista a proximidade com estudo proposto. Vale lembrar, contudo, que, para se ter um panorama completo acerca da questão eficaz, seria necessário abordar, ainda, os fatores de eficácia que podem se dar de forma superveniente ao início da vigência do negócio jurídico. São os casos, por exemplo, dos fatores que, se verificados, podem resultar no encerramento do negócio jurídico (termo final ou condição resolutiva) ou na sua revisão, nos casos de onerosidade excessiva superveniente à celebração do negócio.

Feita essa abordagem mais geral dos fatores de eficácia, é certo que a sua exegese repercute no estudo em exame na medida em que a parte não signatária da cláusula compromissória também estará submetida aos efeitos jurídicos da cláusula compromissória inserta no referido contrato, quando do surgimento do litígio (o fator externo eficaz).

1.4 O CONSENTIMENTO NA TEORIA TRICOTÔMICA APLICADA À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Como vem sendo destacado ao longo deste trabalho, a arbitragem deve ser fruto do livre e espontâneo consentimento das partes interessadas. Em resumo, as partes devem optar e querer a arbitragem como método de solução de controvérsias decorrente de uma relação

⁹³ “Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.”

⁹⁴ “Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.”

jurídica envolvendo direito patrimonial disponível.

Desse modo, a questão relacionada à verificação do consentimento das partes envolvidas, por meio de uma declaração negocial, assume papel fundamental, visto que a sua ausência implica, necessariamente, inexistência da convenção de arbitragem em relação ao sujeito que não consentiu⁹⁵. Dentro dessa perspectiva, trazendo esse conceito para o objeto do presente trabalho, a questão relacionada à vinculação de uma parte não signatária do contrato e da cláusula compromissória inegavelmente faz despertar dúvidas quanto à revelação da declaração negocial do referido sujeito no sentido de se vincular ao contrato e à cláusula compromissória. Esse é o ponto que passaremos a explorar adiante.

Primeiramente, indaga-se: como o consentimento do sujeito em relação a um contrato se revela juridicamente? Pois bem. Como visto, o consentimento do sujeito, em superação às antigas teorias da vontade e da declaração, é aferido a partir da declaração negocial, que, por sua vez, consiste na declaração que, no contexto negocial e social em que foi emitida, gera a crença social de que está plenamente apta a produzir determinados efeitos jurídicos. O conceito da declaração negocial tem por pressuposto um elemento objetivo, que é a sua recepção, no ambiente social em que foi veiculada, como instrumento hábil a transmitir um significado negocial.

A declaração negocial, quanto à forma, pode ser expressa, tácita ou presumida. Segundo a doutrina tradicional, será expressa quando as partes contratantes se utilizem de qualquer veículo para exteriorizá-la no mundo civil, por palavras, escritas ou orais, e até mesmo por mímica⁹⁶, desde que o sujeito se exprima por um gesto tradutor de seu querer. Por outro lado, será tácita a declaração negocial quando surgem do comportamento, atos e fatos dos contratantes⁹⁷. Poderá, ainda, ser presumida a declaração de vontade quando, em não sendo expressa, a lei deduz do comportamento do sujeito⁹⁸, como ocorre nos casos de presunção de pagamento (arts. 322⁹⁹, 323¹⁰⁰, e 324¹⁰¹ do Código Civil) ou com a presunção de

⁹⁵ PONTES DE MIRANDA expõe que “a falta de vontade de negócio jurídico exclui a existência da declaração de vontade ou da manifestação de vontade (= ato declarativo) para compor o suporte fático do negócio jurídico: não há negócio jurídico”. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 59. t. III.

⁹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 512. v. 2.

⁹⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 512. v. 2.

⁹⁸ Como a lei deduz objetivamente do comportamento do sujeito uma declaração com significado, alguns autores entendem que a declaração negocial presumida, na verdade, está abrangida na declaração negocial tácita. Neste sentido: AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial**. São Paulo: [s.e], 1986, p. 18-19.

⁹⁹ “Art. 322. Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores.”

remissão, conforme art. 387¹⁰² do Código Civil¹⁰³.

Alguns autores destacam que a declaração negocial pode ser veiculada por meio de manifestação direta ou manifestação indireta¹⁰⁴. A primeira se verifica por meio de sinais externos inequívocos, pela fala, pela escrita ou por gestos, quando tais atitudes revelam socialmente uma intenção¹⁰⁵. É, pelo contrário, indireta e implícita a manifestação, quando se produz por meio de uma conduta que, tomada em si mesma, não tem a função de fazer conhecer aos interessados o conteúdo em questão, mas que, por ilação necessária e inequívoca, permite deduzir e tornar reconhecível uma tomada de posição vinculativa, a respeito de certos interesses alheios¹⁰⁶.

Feita essa abordagem conceitual, cabe a indagação: como o tema da declaração negocial é explorado pela Lei de Arbitragem? Vejamos.

O §1º do art. 4º¹⁰⁷ da Lei de Arbitragem exige que a cláusula compromissória seja estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Aqui estamos no plano da validade. Essa exigência já indica um potencial obstáculo a ser superado para viabilizar a teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória, na medida em que, em relação a esse sujeito, já que não signatário, não haveria cláusula compromissória escrita. ARNOLDO WALD sinalizou dificuldades no acolhimento da tese da vinculação da parte não signatária em razão das exigências de forma previstas na Lei de Arbitragem¹⁰⁸.

O referido dispositivo, vale frisar, disciplina uma exigência de forma especial, qual seja, a reprodução por escrito da cláusula compromissória, não fazendo menção quanto à necessidade de forma expressa ou tácita da declaração negocial, embora a primeira seja a mais comum, tendo em vista o maior grau de certeza que a forma expressa transmite quanto à

¹⁰⁰ “Art. 323. Sendo a quitação do capital sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos.”

¹⁰¹ “Art. 324. A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento.”

¹⁰² “Art. 387. A restituição voluntária do objeto empenhado prova a renúncia do credor à garantia real, não a extinção da dívida.”

¹⁰³ NANNI, Giovanni. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 40.

¹⁰⁴ Segundo SILVIO DE SALVO VENOSA: “a correspondência entre as manifestações expressa e direta, por um lado, e tácita e indireta, por outro, não é total [...]”. In: VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.p. 513. v. 2.

¹⁰⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 435. v. 2.

¹⁰⁶ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 98-99.

¹⁰⁷ “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. §1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.”

¹⁰⁸ WALD, Arnoldo. “A arbitragem, os Grupos Societários e os conjuntos de contratos conexos”. In **Revista de arbitragem e mediação** n. 2, ano 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31-59.

manifestação negocial do sujeito. A Lei de Arbitragem apenas exige a forma expressa (além da forma escrita e destaque em negrito) para a declaração negocial do aderente, no contexto dos contratos de adesão, consoante §2º do art. 4º¹⁰⁹.

Nesse contexto, tendo por base o texto legal, é possível se afirmar que o requisito da forma escrita representa elemento de prova (*ad probationem*) da configuração da cláusula compromissória, e não um requisito da substância da declaração negocial (*ad substantiam*)¹¹⁰. Nesse sentido, explica J. E. CARREIRA ALVIM:

Diversamente do compromisso, que deve revestir-se de forma especial, confundindo-se a sua forma com a própria existência do ato (art. 9º, §§1º e 2º, LA), exigindo, portanto, prova *ad substantiam*, a cláusula compromissória, no direito brasileiro, não exige forma solene, contentando-se a lei em que seja estipulada por escrito (art. 4º, §1º, LA), sendo a prova apenas *ad probationem*. Pode a cláusula ser convenionada mediante troca de correspondência epistolar entre as partes, telex, telegrama, fac-símile, desde que comprovada a proposta de uma das partes e a aceitação da outra¹¹¹.

Com efeito, a exigência de forma escrita prevista na Lei de Arbitragem para a cláusula compromissória, por se revestir de natureza meramente probatória, não interfere na aferição do consentimento (e, portanto, da declaração negocial), cuja hermenêutica estará sujeita às regras previstas no Código Civil de 2002 e nos princípios do direito privado aplicáveis. Nesse sentido, explica JUDITH MARTINS-COSTA:

Por outro lado, embora a LArb determine dever ser a cláusula compromissória estipulada por escrito (art. 4º, §1º), tal exigência não tem o condão de eliminar o texto do Código Civil, posterior no tempo, relativamente à interpretação dos contratos. Os cânones hermenêuticos legais incidentes aos negócios jurídicos (e, portanto, à interpretação das manifestações negociais) centram-se nos arts. 111 a 114 do Código Civil, ainda que a esses não se limitem¹¹².

Nesse diapasão, considerando que as regras interpretativas aplicáveis aos negócios jurídicos não foram alteradas pela Lei de Arbitragem e estão sujeitas à teoria geral dos

¹⁰⁹ “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. (...) § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.”

¹¹⁰ Em sentido contrário: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 1432.

¹¹¹ ALVIM, J. E. Carreira. **Direito arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 179-180.

¹¹² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 500.

negócio jurídicos, a existência da declaração negocial, seja ela expressa ou tácita, é apurada através da interpretação, do mesmo modo que seu conteúdo¹¹³.

No mesmo sentido, CARLOS ALBERTO CARMONA, por sua vez, explica que a Lei de Arbitragem apenas fixou a forma rígida para o compromisso, aduzindo, em relação à cláusula compromissória, que, “tratando-se de contrato, sem formalidade específica, a não ser a utilização escrita, submete-se a cláusula compromissória aos mecanismos gerais previstos na lei civil para a celebração de contratos”¹¹⁴.

Em linha com a abordagem acima, EDUARDO MUNHOZ sustenta que bastaria a cláusula compromissória reduzida a escrito, acompanhada de outros elementos de prova documentais no sentido da adesão da parte não signatária a essa cláusula, conforme se depreende da seguinte passagem:

Dessa forma, para a extensão da cláusula arbitral a uma parte não signatária seria suficiente demonstrar a existência da cláusula reduzida a escrito, acompanhada de outros elementos de prova documentais, no sentido da adesão da parte não signatária a essa cláusula. Veja-se que o art. 4º, §1º, admite que a cláusula compromissória esteja inserta “no próprio contrato ou em documento em apartado que a ele se referida”. Ressalte-se, a esse respeito, que a jurisprudência internacional tem-se orientado por flexibilizar as exigências de forma da cláusula arbitral para efeito de estender sua aplicação a terceiros não signatários, notadamente no caso de Grupos Societários¹¹⁵.

Evidentemente, a lógica da exigência da forma escrita da cláusula compromissória, tendo por base uma interpretação¹¹⁶ teleológica¹¹⁷ do referido dispositivo, apresenta como pressuposto a necessidade de assegurar que a escolha da arbitragem tenha sido fruto do livre e

¹¹³ PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 748.

¹¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 105.

¹¹⁵ MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos societários. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9. 307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 178.

¹¹⁶ Sobre os métodos de interpretação: ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

¹¹⁷ NATHALIA MASSON propõe uma interpretação teleológica da forma, conforme se depreende do trecho de sua obra, *in verbis*: “A natureza inderrogável de uma norma que versa sobre a forma de um ato, não existe a priori, somente a posteriori, porque é resultado de uma interpretação que leve em conta os interesses e os valores tutelados pela disposição normativa, a intensidade da sua relevância e as garantias que protege. Essa posição contrasta com a perspectiva dominante na doutrina tradicional que ainda se prende a uma concepção, por assim dizer, estruturalista e extrínseca da norma inderrogável. Logo, há muita dificuldade em aceitar uma perspectiva teleológica, na qual o que decide o caráter cogente da norma não são elementos formais e extrínsecos, mas sim os aspectos substanciais ligados ao tipo de interesse tutelado e a finalidade em concreto perseguida pela norma”. In: MASSON, Nathalia. “O princípio da liberdade das formas”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 177.

espontâneo consentimento das partes contratantes. O que importa, portanto, “é uma declaração negocial inequívoca, ainda que solene¹¹⁸.”

ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO apresenta uma crítica quanto à exigência da forma escrita prevista em determinadas legislações, como a brasileira, conforme trecho a seguir transcrito:

10. Crítica legislativa. A mera exigência da forma escrita, para as convenções de arbitragem, presta-se a observações críticas. Por certo que as fontes internacionais se contenham como a forma escrita, consubstanciável em esquemas que podem ser de difícil controlo: por exemplo, como adivinhar que, na empresa, houve uma troca de e-mails, armazenados fora do contrato, dos quais resulta uma convenção de arbitragem? Tudo isso é feito em nome da facilitação das arbitragens.

As arbitragens não devem, apenas, se facilitar: antes e também, dignificadas. A exigência para uma decisão tão grave, de um escrito assinado, com as assinaturas reconhecidas, não parece se impedir. E, a todos os títulos, seria muito útil para o próprio comércio jurídico. Os textos internacionais não devem ser absolutizados: eles são preparados para uma generalidade de países, todos com as suas regras, de tal modo que ficam obrigados a apontar para o menor denominador comum, necessariamente elementar¹¹⁹.

O STJ enfrentou a questão relativa à exigência de forma escrita prevista na Lei de Arbitragem e a sua relação com a declaração negocial. Nos autos da Sentença Estrangeira Contestada n. 856, foi decidido que a participação da requerida no procedimento, sem qualquer impugnação a respeito da competência do juízo arbitral, significou aceitação inequívoca da convenção de arbitragem pela parte.

Esse foi o entendimento refletido no acórdão proferido, conforme ementa a seguir transcrita:

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 julgados do Supremo Tribunal Federal.

3. Homologação deferida¹²⁰.

¹¹⁸ NANNI, Giovanni. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 40.

¹¹⁹ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado da arbitragem**: comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2015, p. 106-107.

¹²⁰ SEC 856 / GB. Ministro Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 18/05/2005, Data da Publicação/Fonte: DJe 27/06/2005.

No caso acima retratado, a participação da requerida no procedimento arbitral, sem impugnação em relação ao juízo arbitral, foi elemento determinante considerado pelo STJ para suplantar o ponto relativo a não assinatura do contrato¹²¹. *In casu*, configurado o forte argumento da participação no procedimento arbitral, sem qualquer impugnação ao juízo arbitral, a questão da não-assinatura do contrato restou superada.¹²² Admitiu-se, portanto, a declaração negocial tácita, depreendida do comportamento da parte.

Por outro lado, o STJ decidiu, nos autos da Sentença Estrangeira Contestada nº 967, que não restou caracterizada a manifestação ou a vontade da requerida no tocante à eleição do Juízo arbitral, uma vez que não constou a sua assinatura nos contratos nos quais se estabeleceu a cláusula arbitral¹²³. Importante ressaltar que, nesse caso, a parte sempre impugnou a competência do tribunal arbitral em razão da ausência de sua expressa aceitação com relação à cláusula compromissória e à instituição da arbitragem¹²⁴.

Os referidos julgados indicam que o STJ admite, mesmo em contratos não assinados, a hipótese de consentimento tácito (declaração negocial tácita) à cláusula compromissória nos casos em que o sujeito participou do procedimento arbitral, sem impugnação da competência do tribunal arbitral. O comportamento do sujeito em tais casos serviu de base para que a corte chegasse à interpretação acerca da existência de uma declaração negocial tácita inequívoca quanto à aceitação da cláusula compromissória, que, em todos casos, obedeceu à exigência de forma, tendo sido entabulada (reproduzida) por escrito, tornando inequívoca a sua configuração.

A partir dos apontamentos conceituais expostos e dos julgados do STJ, passamos a explorar os efeitos e alcance da declaração negocial tácita à cláusula compromissória, com enfoque na questão referente ao comportamento do sujeito como elemento fático objetivo a sinalizar, com razoável grau de certeza do ponto de vista hermenêutico, a exteriorização de uma declaração negocial tácita.

¹²¹ BRAGUETTA, Adriana. "Cláusula Compromissória – Contrato Não Assinado – Participação no Procedimento Arbitral – SEC 865 – STJ" In Revista Brasileira de Arbitragem. No. 7. Setembro 2005, Editora Thomson/IOB, p. 121.

¹²² BRAGUETTA, Adriana. "Cláusula Compromissória – Contrato Não Assinado – Participação no Procedimento Arbitral – SEC 865 – STJ" In Revista Brasileira de Arbitragem. No. 7. Setembro 2005, Editora Thomson/IOB, p. 121.

¹²³ SEC 967/GB. Ministro Relator: José Delgado. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 15/02/2006, Data da Publicação/Fonte: DJe 20/03/2006, p. 175.

¹²⁴ Entendimento similar foi adotado nos autos da Sentença Estrangeira Contestada nº 11593, em que decidiu-se que contrato não assinado pelas partes representa "não observância da forma escrita para a cláusula compromissória, exigida pela lei brasileira (art. 4º, § 1º, da Lei 9.307/96), aplicável em primeiro lugar para a verificação da validade da cláusula de lei e foro (art. 9º, § 1º, da LINDB)." (SEC 967/GB. Ministro Relator: Benedito Gonçalves. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 16/12/2015, Data da Publicação/Fonte: DJe 18/12/2015, p. 175).

Pois bem. A nosso sentir, a verificação de uma declaração negocial tácita, nesse caso, tem por base o comportamento concludente, que consiste, basicamente, na conduta a partir da qual se pode efetuar uma ilação¹²⁵. O destinatário, a partir dos chamados “fatos concludentes”, extrai uma conclusão no sentido de compreender tais fatos como uma declaração com significado negocial.

No caso da teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos dos grupos societários, a conduta da parte não signatária é consubstanciada pelo comportamento adotado ao longo da negociação, celebração, execução e/ou cessação do contrato como se signatário fosse. Esse comportamento da parte não signatária, exteriorizado por atos diversos de conteúdo negocial (escritos ou não escritos), gera nos participantes daquele ambiente jurídico-social a ilação lógica de que a parte não signatária emitiu uma declaração com inequívoca aceção negocial no sentido de aderir ao contrato e à cláusula compromissória. Observe-se que, em tais casos, a manifestação do sujeito não se dá por meio de uma declaração negocial expressa, mas é depreendida, com elevado grau de univocidade, projetando típica declaração negocial tácita.

Nesse contexto, temos que o comportamento do sujeito é concludente (ou seja, conducente, conclusivo) de uma declaração tácita com sentido negocial. Essa é a razão pela qual a doutrina pontua que o comportamento concludente consiste no “elemento objetivo da declaração negocial tácita”¹²⁶.

A forma negocial tácita da declaração não conflita com o requisito de forma escrita previsto na Lei de Arbitragem. Primeiramente, porque a Lei de Arbitragem não reserva a forma de declaração negocial à manifestação expressa. Desse modo, a cláusula compromissória pode ser pactuada mediante declaração negocial expressa, sendo esta a maneira a mais usual, ou por meio de declaração negocial tácita, desde que, em qualquer caso, seja preservada a solenidade da forma escrita, essa sim explicitamente prevista no texto legal.

¹²⁵ PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 747.

¹²⁶ PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 747.

Esse mesmo conceito foi reproduzido em laudo parcial proferido em 30.03.2009, no Caso ICC N. 15372/JRF, procedimento arbitral conduzido pela Corte Internacional de Arbitragem da CCI, por tribunal arbitral composto pelos árbitros Pedro Antônio Batista Martins, Gustavo José Mendes Tepedino e Juan Fernández-Armesto, conforme se depreende da seguinte passagem:

74. É possível que, apesar da exigência legal de documento escrito, uma pessoa fique vinculada a uma convenção arbitral, simplesmente expressando o seu consentimento de forma tácita?

75. A resposta deve ser parcialmente afirmativa: o requisito formal de forma cumpre-se, desde que a cláusula conste por escrito; o consentimento de um terceiro, sem embargo, pode manifestar-se de forma implícita, por atos concludentes que demonstrem de forma inequívoca a sua vontade de submeter-se à convenção arbitral¹²⁷.

Dentro dessa perspectiva, quando o sujeito, mesmo não tendo subscrito a cláusula compromissória, participa ativamente da negociação, celebração, execução e/ou cessação de contrato com cláusula compromissória escrita, praticando atos de significado negocial, sejam formais, escritos e não escritos, a exemplo de correios eletrônicos, atas de reunião, dentre outros, em típica revelação da “*facta concludencia*”, estará caracterizada a declaração negocial tácita, satisfazendo a exigência prevista no §1º¹²⁸ do art. 4º da Lei de Arbitragem.

Portanto, em determinadas circunstâncias, embora não exista ajuste escrito assinado entre as partes envolvidas, não há dúvidas de que o consentimento foi manifestado, nesse caso de forma tácita, considerado o elemento objetivo do comportamento concludente da parte não signatária.

Diante do exposto, entendemos que a declaração negocial – enquanto revelação do consentimento – é elemento de existência da cláusula compromissória, na qualidade de negócio jurídico que é. Especificamente, quanto à forma de exteriorização da declaração negocial, a Lei de Arbitragem apenas exige a forma escrita como elemento probatório, e não como substância do ato. Dessa forma, a declaração negocial da cláusula compromissória pode se dar de forma expressa ou tácita, desde que respeitada a solenidade relativa à sua reprodução por escrito.

¹²⁷ MARTINS, Pedro A. Batista; TEPEDINO, Gustavo. Convenção de arbitragem: reconhecimento de legitimidade passiva: caso ICC n. 15372/JRF: VRG Linhas Aéreas vs. Matlin Patterson: laudo parcial e voto divergente de Pedro A. Batista Martins. In **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 9, n. 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 440.

¹²⁸ “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. §1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.”

Nos casos envolvendo a vinculação da parte não signatária nos casos dos grupos societários, a declaração negocial se manifesta na forma tácita, tendo por base o elemento objetivo do comportamento concludente, que, por sua vez, consiste no conjunto de atos de significado negocial praticados pela parte não signatária, que sejam capazes de gerar uma ilação por seus interlocutores, considerado o contexto negocial envolvido, no sentido de que adotou uma posição com aceção negocial numa determinada direção.

2. PANORAMA GERAL DA VINCULAÇÃO DE PARTES NÃO SIGNATÁRIAS À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

2.1 A DENOMINAÇÃO “VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA”

O tema da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória já foi objeto de estudo pela doutrina nacional e internacional, especialmente após a sua aplicação em arbitragens internacionais, com destaque para alguns casos administrados sob o regulamento da CCI, que deram origem a importantes julgados sobre a matéria.

Muito se discute acerca da expressão mais adequada para descrever esse fenômeno com o maior grau de precisão jurídica, sendo a mais comum a expressão “extensão da cláusula compromissória”, como se depreende de obras doutrinárias sobre a matéria¹²⁹.

O vocábulo “extensão”, segundo DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, caracteriza o ato ou efeito de estender, alargar, dilatar¹³⁰. Desse modo, a expressão “extensão da cláusula compromissória” pressupõe, necessariamente, que, num primeiro momento, a cláusula compromissória foi pactuada entre dois personagens identificados e, em momento posterior, um outro sujeito particular, não signatário na origem da avença, foi alcançado pela referida extensão. Ao que tudo indica, numa interpretação perfunctória do fenômeno, ocorreu uma ampliação subjetiva da composição contratual da cláusula compromissória.

Em sintonia com essa questionável premissa conceitual, é bastante usual o emprego do vocábulo “terceiros” para fazer alusão ao personagem que foi atingido pela eficácia da cláusula compromissória durante a realização das etapas contratuais. Essa ideia, a nosso sentir, é incompatível com a tese proposta neste trabalho. Explicamos.

Primeiramente, é mister distinguir o conceito jurídico de parte do conceito jurídico de terceiro. Essa distinção, sob a ótica do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, esclarecerá na compreensão acerca de quem está sujeito aos efeitos do contrato ou não. Nesse sentido, explica TERESA NEGREIROS que o princípio da relatividade define os limites da eficácia do contrato com base na distinção entre “parte” *versus* “terceiro”, dentro da

¹²⁹ Nesse sentido: MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos societários. A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2012; e JABARDO, Cristina Jaiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. Tese de Dissertação de Mestrado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo, Biblioteca de Direito Internacional da FDUSP, São Paulo, 2009.

¹³⁰ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1290.

concepção clássica segundo a qual os contratos só produzem efeitos em relação às partes, não projetando efeitos na esfera jurídica de terceiros¹³¹.

É verdade, todavia, que o princípio da função social do contrato impôs uma releitura¹³² do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, na medida em que o contrato não pode ser havido como um instrumento isolado em favor das partes contratantes, como também um fato social capaz de influenciar na esfera jurídica de terceiros. Além disso, vale dizer que o Código Civil de 2002 traz exceções a esse clássico princípio liberal ao dispor acerca dos institutos da estipulação em favor de terceiro (art. 436¹³³ e ss.), da promessa de fato de terceiro (art. 439¹³⁴ e ss.) e do contrato com pessoa a declarar (art. 467¹³⁵ e ss.).

Nessa perspectiva, em que pese a robusta discussão doutrinária acerca do tema, entendemos que o conceito de parte está diretamente vinculado à situação jurídica do sujeito que “adquire tal condição mediante manifestação de vontade declarada com propósito e interesse negocial”¹³⁶. A figura jurídica do “terceiro”, por sua vez, é aferida, via de regra, por exclusão, sendo todo aquele que não é parte da relação contratual, ou seja, que não manifestou vontade negocial¹³⁷.

Nesse sentido, MARCELO BENACCHIO¹³⁸, propondo critério inovador, sustenta que parte é todo aquele que está sujeito ao efeito interno do contrato, por sua vontade ou por norma jurídica, considerada a utilidade social do contrato, ao passo que terceiro é aquele que não é parte da relação jurídica contratual, não estando sujeito aos efeitos internos do contrato.

Partindo das premissas acima, temos que, indubitavelmente, o sujeito particular que, embora não tenha figurado formalmente como signatário do contrato e da cláusula compromissória, ao participar ativamente da negociação, celebração, execução e/ou cessação

¹³¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 215.

¹³² Nesse sentido, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *in verbis*: “o antigo princípio da relatividade dos efeitos contratuais precisa, pois, ser interpretado, ou re-lido, conforme a Constituição”. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e a responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 142.

¹³³ “Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.”

¹³⁴ “Art. 439. Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar.”

¹³⁵ “Art. 467. No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes.”

¹³⁶ NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 240.

¹³⁷ NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 240

¹³⁸ BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual**. 2005. Tese de Doutorado em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 54.

do contrato, comportando-se de forma concludente, vinculou-se como parte na medida em que exteriorizou o seu consentimento por meio de uma inequívoca declaração negocial tácita.

A premissa da vinculação do sujeito não signatário, portanto, reside em identificar se houve ou não declaração negocial. Desse modo, se ficar demonstrado que o sujeito em referência – o não signatário da convenção – consentiu ao contrato e à cláusula compromissória, o que ocorreu foi uma vinculação a tais instrumentos, e não a extensão dos efeitos desses em relação ao referido personagem. Nesse caso, portanto, o não signatário não é um “terceiro”, pelo contrário, é parte integrante da relação jurídico-contratual. Por outro lado, se não ficar demonstrado o consentimento do sujeito não signatário, esse personagem, agora sim na condição de terceiro, diante da inexistência de declaração negocial, não se sujeitará aos efeitos internos do contrato e da cláusula compromissória em razão da incidência do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, corolário do princípio da autonomia privada.

Com efeito, se o sujeito não signatário, uma vez demonstrando consentimento mediante inequívoca declaração negocial, se comporta como parte vinculada ao contrato e à cláusula compromissória, a expressão “extensão da cláusula compromissória” não se mostra adequada sob a ótica da dogmática jurídica, já que pressupõe, erroneamente, que há um sujeito externo ao contrato e à cláusula compromissória.

A questão da vinculação do sujeito não signatário, portanto, está associada à avaliação acerca de quem manifestou ou não consentimento ao contrato e à cláusula compromissória¹³⁹ por meio de uma declaração negocial. Se a resposta for positiva, esse sujeito, embora não signatário, será parte, ao passo que, se a resposta for negativa, o referido sujeito será meramente um terceiro, não estando, via de regra, sujeito aos efeitos internos do contrato e da cláusula compromissória.

BERNARD HANOTIAU apontou o mesmo equívoco terminológico, conforme se depreende da seguinte passagem:

A ampla expressão de “extensão” da cláusula compromissória a não signatários é inexata e, ainda, é em grande extensão provavelmente errônea, porque na maioria dos casos, cortes judiciais e tribunais arbitrais continuam a basear a determinação na questão acerca da existência ou não de intenção comum das partes e, desta forma, do consentimento. A questão básica, assim sendo, permanece: quem é parte para a cláusula; quem aderiu a ela; quem

¹³⁹ No mesmo sentido, EDUARDO MUNHOZ, em artigo escrito sobre o tema, afirmou que “não se cuida propriamente de uma extensão da convenção de arbitragem a terceiro que com ela não consentiu, mas sim de determinar as partes que efetivamente manifestaram sua vontade no sentido e se submeter ao juízo arbitral”. In: MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e Grupos Societários. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional**: 12 anos da Lei 9. 307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 151.

está eventualmente impedido alegar que não aderiu. Este é um típico problema de direito contratual¹⁴⁰.

Nesse sentido, por questões de técnica jurídica e metodologia, utilizaremos a expressão “vinculação da parte não signatária” para a identificação e melhor qualificação desse personagem que, embora não tenha subscrito o contrato e a cláusula compromissória, vinculou-se ao contrato e à cláusula compromissória em razão do comportamento concludente adotado ao longo da negociação, celebração, execução e/ou cessação do contrato, revelando inequívoca declaração negocial tácita ao contrato e à cláusula compromissória dele constante.

2.2 O FENÔMENO DA VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Após a abordagem acerca do regime jurídico da cláusula compromissória, cabe indagar no que consiste o fenômeno da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória? Passamos a explicar.

A vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória consiste no fenômeno segundo o qual um determinado sujeito, embora não tenha figurado formalmente como signatário do contrato e da cláusula compromissória dele constante, tendo em vista a sua efetiva participação na negociação, celebração, execução e/ou cessação do contrato, praticando atos concludentes, manifestou inequívoco consentimento ao contrato e à cláusula compromissória, vinculando-se aos seus correspondentes efeitos jurídicos, de modo a permitir a sua integração à arbitragem, tanto por iniciativa própria quanto por iniciativa da contraparte contratual.

A realidade da participação da parte não signatária numa avença da qual não figurou como signatária na ocasião da assinatura do instrumento pode se dar por falhas de governança de maneira geral ou até mesmo por uma escolha empresarial da parte não signatária, que pode ter por base aspectos logísticos, fiscais, regulatórios, cambiais, dentre outros fatores.

As razões que justificam o interesse da demonstração da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória e sua conseqüente sujeição à jurisdição arbitral são

¹⁴⁰ No original, em tradução livre do autor: “*The widely-used of “extension” of the arbitration clause to non-signatories is a misleading one and, moreover, it is to a large extent probably erroneous, because in most cases, courts and arbitral tribunals continue to base their determination of the issue on the existence of a common intent of the parties and, therefore, on consent. The basic issue, therefore, remains: who is a party to the clause; who has adhered to it; or who is eventually estopped from contending that is has not adhered to it. This is a classic contract law problem. [...]*”. In: HANOTIAU, Bernard. *Multiple Parties and Multiple Contracts in International Arbitration*. In: **Multiple Party Action and International Arbitration**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 37.

diversas. A contraparte contratual interessada numa decisão de caráter condenatório pode ter o interesse de vincular compulsoriamente a parte não signatária com o objetivo de aumentar a expectativa de efetivo recebimento do valor da condenação, especialmente se a parte não signatária gozar de maior capacidade econômico-financeira, em comparação com a parte que efetivamente figurou como signatária. Por outro lado, a própria parte não signatária pode ter interesse de integrar-se ao procedimento, com o objetivo de obter provimento jurisdicional em seu favor, com força de título executivo judicial¹⁴¹.

A título ilustrativo, imagine-se conflito envolvendo contrato de construção entre determinada sociedade de propósito específico (“SPE”), empreendedora de um projeto eólico, e o construtor, sendo que o referido contrato de empreitada, embora tenha sido efetivamente negociado entre a sociedade controladora da SPE (“*holding*”) e o construtor, foi celebrado e assinado entre a SPE e o construtor, sem a participação da *holding* enquanto signatária. Ainda nessa situação hipotética, há farta comprovação documental de que toda a comunicação estabelecida com o construtor ao longo da relação jurídico-contratual deu-se por meio da *holding*. Além disso, é fato notório que os órgãos de administração da *holding* e da SPE são composta pelas mesmas pessoas naturais.

Nessa situação hipotética, o conflito diz respeito a pleito do construtor em fazer jus a valores adicionais de empreitada em razão de suposto aumento do escopo contratual da empreitada, ou, ainda, nos casos de materialização de riscos não alocados no seu escopo contratual, os quais geraram custos não previstos, como são os casos de força maior, fato do príncipe, dentre outros, eventos esses que lhe asseguram, via de regra, o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato¹⁴². Nesse caso específico, em linha com o que se pretende sustentar neste trabalho, pode o construtor requerer a instituição do procedimento arbitral em face da SPE (parte signatária) e da *holding* (parte não signatária) em razão da participação ativa da sociedade não signatária na dinâmica contratual como o potencial objetivo de aumentar as chances de recebimento dos valores devidos.

Por outro lado, numa outra situação com base no mesmo exemplo hipotético, suponha-se que o conflito, agora, tenha por objeto atraso causado pelo construtor na conclusão do empreendimento eólico, motivando a incidência de penalidades contratuais específicas, a título de pré-fixação de perdas e danos decorrentes do atraso. Eventualmente, pode ser interesse do grupo societário do qual faz parte a *holding* (não signatária) e a SPE (parte

¹⁴¹ De acordo com o art. 515, inciso VII, do CPC/2015, a sentença arbitral goza de natureza de título executivo judicial.

¹⁴² No segmento de engenharia e construção, tais reivindicações usualmente são referenciadas como “claims”, fazendo uso na língua inglesa, ou “pleitos”.

signatária), que o procedimento arbitral seja instaurado e integrado tanto pela SPE como pela *holding* em face do construtor, com o objetivo de monetizar eventual valor indenizatório em favor de ambas as sociedades (SPE e *holding*).

As situações acima retratam as hipóteses de integração passiva – quando a contraparte interessada requer a vinculação da parte não signatária da cláusula compromissória à arbitragem com o objetivo de sujeitar os efeitos do provimento jurisdicional pretendido à esfera jurídico-patrimonial da parte não signatária; e de integração ativa, isto é, quando a parte não signatária tem o interesse em voluntariamente integrar procedimento arbitral decorrente de cláusula compromissória inserta em contrato do qual não tenha figurado como signatário. Essa classificação será abordada mais adiante.

Especificamente no caso dos grupos societários, a relação existente entre as sociedades do mesmo grupo (a signatária e a não signatária) também assume papel de extrema relevância na viabilidade da aplicação do instituto da vinculação da parte não signatária ao contrato e à cláusula compromissória dele integrante, principalmente no contexto da aferição e interpretação da declaração negocial da parte não signatária. Isso porque, nos casos dos grupos societários em que seja demonstrada esta forma de atuação, apesar da pluralidade de pessoas jurídicas com personalidades jurídicas autônomas, como um organismo único, muito em função dos efeitos do exercício do poder de controle e dominação pela sociedade dominante, tal participação integrada representará elemento que contribuirá para a conclusão segundo a qual a sociedade não signatária e a sociedade signatária, por atuarem nos interesses da sociedade dominante ou em nome do grupo societário do qual fazem parte (desvigorando a autonomia da personalidade jurídica), compõem uma entidade única e, portanto, exteriorizam declarações com o mesmo significado negocial, gerando legítima expectativa na contraparte contratual de que que, efetivamente, integram uma entidade orgânica singular.

Dentro desse contexto, o comportamento adotado pela parte não signatária ao longo da relação estabelecida com as partes signatárias orientará a interpretação acerca do seu consentimento em relação ao contrato e à cláusula compromissória. Isto é, na medida em que, no curso da referida relação contratual, a parte não signatária praticar atos e adotar comportamento como se parte signatária fosse, essa situação, aliada à eventual configuração de grupo societário entre a sociedade não signatária e a sociedade signatária do ajuste, poderá, a depender das circunstâncias do caso concreto, significar exteriorização do consentimento, via declaração negocial tácita, ao contrato e à cláusula compromissória, sujeitando a parte não signatária aos efeitos jurídicos dos referidos instrumentos, especialmente quanto à submissão à jurisdição arbitral, em razão do efeito negativo da cláusula compromissória.

2.3 A INTEGRAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA AO PROCEDIMENTO ARBITRAL E SUA APRECIÇÃO JURISDICIONAL PELO JUÍZO ÁRBITRAL

Primeiramente, importante esclarecer que os efeitos da vinculação no procedimento arbitral pode se dar por integração¹⁴³ ativa ou passiva da parte não signatária¹⁴⁴, a depender de como se dá a integração da referida parte ao procedimento arbitral instaurado com base em cláusula compromissória constante de contrato do qual não figurou como subscritora.

Observe-se que a vinculação da parte não signatária, em ambos os casos de integração, decorre da mesma premissa conceitual, que diz respeito à aferição e interpretação acerca do consentimento ao contrato e à cláusula compromissória, por meio de uma declaração negocial.

A diferença reside, na verdade, na dinâmica da integração da parte não signatária, em razão da caracterização de sua vinculação, ao procedimento arbitral. A avaliação acerca do cabimento da referida integração e suas repercussões jurídicas caberão ao juízo arbitral, conforme será a seguir exposto.

2.3.1 A integração ativa da parte não signatária ao procedimento arbitral

A integração ativa da parte não signatária se dá quando essa, de forma voluntária, em conjunto com a sua sociedade do mesmo grupo societário que figurou como parte signatária, instaura, na qualidade de requerente, procedimento arbitral em face da contraparte contratual, com o objetivo de formular pedidos a serem apreciados pelo juízo arbitral. O interesse da parte não signatária nesse caso é fazer valer para si os efeitos subjetivos da coisa julgada.

Nesse tipo de situação, é usual que a parte requerida, contra quem foi instaurada a arbitragem, apresente impugnação no sentido de solicitar ao juízo arbitral que não aprecie os pedidos formulados pela parte não signatária sob o fundamento de que tal sujeito não figurou

¹⁴³ A expressão “integração” é utilizada no regulamento de arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, como se depreende do artigo 7º (1), *in verbis*: “Artigo 7º (1) - Integração de partes adicionais. A parte que desejar integrar uma parte adicional à arbitragem deverá apresentar à Secretaria requerimento de arbitragem contra a parte adicional (“Requerimento de Integração”). A data na qual o Requerimento de Integração for recebido pela Secretaria deverá, para todos os fins, ser considerada como a data de início da arbitragem em relação à parte adicional. Qualquer integração estará sujeita ao disposto nos artigos 6º(3)–6º(7) e 9º. Nenhuma parte adicional será integrada após a confirmação ou nomeação de qualquer árbitro, a menos que todas as partes, inclusive a parte adicional, estejam de acordo. A Secretaria poderá fixar prazo para a submissão do Requerimento de Integração.”

¹⁴⁴ Essa é uma classificação proposta pelo autor desta dissertação.

como parte signatária do contrato e da cláusula compromissória, impossibilitando, em razão do princípio da relatividade, a fruição dos efeitos jurídicos decorrentes da convenção.

A integração ativa de um sujeito não signatário, para efeito da tese proposta na presente monografia, demandará a necessária avaliação acerca da existência ou não da declaração negocial do sujeito não signatário ao contrato e à cláusula compromissória dele constante. Essa é a premissa fundamental que será analisada pelo juízo arbitral para permitir a sua integração, no polo ativo, do sujeito não signatário ao procedimento arbitral.

Com efeito, nesse tipo de situação, tendo a parte não signatária apresentado requerimento de arbitragem, em conjunto ou isoladamente, com o objetivo de instaurar procedimento arbitral em face da contraparte signatária da avença, caso seja demonstrada a sua participação ativa na negociação, celebração, execução e/ou extinção do contrato com previsão de cláusula compromissória, de forma a exteriorizar típica declaração negocial tácita, a conclusão do juízo arbitral deverá ser, necessariamente, no sentido de homologar a participação do sujeito não signatário em razão da sua qualidade de parte.

Uma questão distinta é aquela relativa ao interesse de um terceiro (numa acepção de um sujeito estranho à relação jurídico-contratual) que objetiva se valer de um procedimento arbitral decorrente de instrumentos contratuais do qual não figurou como parte e que não tenha manifestado, previamente à instauração do procedimento e no curso da relação contratual, consentimento sob qualquer forma, mas que, por alguma razão, tenha interesse em participar do procedimento arbitral por meio de um pedido de adesão voluntária.

Em ambos os casos, o juízo arbitral deverá levar em consideração as regras de direito contratual aplicáveis. No primeiro caso, aferido e constatado o consentimento, por meio de uma declaração negocial, o julgador arbitral, em respeito à convenção livremente consentida e a qualidade de parte do pretendente, deverá privilegiar os institutos do direito contratual que asseguram a eficácia das convenções, numa ótica voltada à autonomia privada. No caso de ingresso do terceiro não signatário, mediante requerimento de integração, o juízo arbitral, em que pese também partir da eficácia da convenção, deverá analisar a situação numa ótica voltada ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato e da função social do contrato¹⁴⁵.

¹⁴⁵ PEDRO BATISTA MARTINS sugere uma flexibilização do princípio da relatividade dos efeitos do contrato quando há interesse de terceiro no sentido de aderir a procedimento arbitral instaurado com base em cláusula compromissória constante de contrato do qual o terceiro não figurou como parte. Nesse sentido, esclarece o autor: “com a integração desses valores jurídicos ao sistema legal nacional não se pode olvidar a nova realidade em que se enquadram as relações contratuais. É imperativo que sejam encarados com focos abertos e uma visão mais flexível. Com certeza, esses valores impõem limitação ao direito contratual. Restrições essas que operam efeitos, justamente, em favor de terceiros interessados. E é por esse caminho que sugiro seja pensado o interesse de terceiros que, espontaneamente, buscam integrar um dos polos da relação processual arbitral. Sob a luz da função social do contrato e da convenção de arbitragem, a intervenção de terceiros no processo arbitral, norteado

2.3.2 A integração passiva da parte não signatária ao procedimento arbitral

A integração passiva, por sua vez, ocorre quando a parte não signatária é arrolada pela contraparte contratual requerente da arbitragem para integrar o procedimento na qualidade de requerido, em conjunto ou não com a sociedade signatária integrante do mesmo grupo societário. O interesse da parte requerente do procedimento arbitral pode se justificar por várias razões, a depender do caso concreto. Um exemplo é quando se pretende buscar a responsabilidade solidária e ampliar a possibilidade de efetivo recebimento de eventual valor condenatório, nos casos de pretensões dessa natureza.

Embora a integração passiva, a rigor, não se diferencie da integração ativa, já que em ambos os casos a integração da parte não signatária será sempre analisada a partir da constatação do consentimento (o que atrai a aplicação das mesmas regras e princípios), é prudente a afirmação no sentido de que a integração forçada de uma parte não signatária se reveste de maior preocupação, na medida em que há sujeição impositiva do procedimento arbitral a um sujeito que não figurou formalmente como subscritor do contrato e da cláusula compromissória.

A integração passiva pode projetar no julgador uma atenção especial em razão da potencial repercussão relacionada à sujeição compulsória aos efeitos da cláusula compromissória de um sujeito que não assinou o contrato e da cláusula compromissória, o que faz despertar dúvidas acerca da existência de declaração negocial – sustentáculo da viabilidade da arbitragem¹⁴⁶. A atenção é compreensível, dentro de uma análise que leva em consideração o relevante efeito negativo da cláusula compromissória, consubstanciado na renúncia à jurisdição estatal para os conflitos decorrentes daquela relação contratual envolvida, num cenário jurídico em que o princípio da inafastabilidade da jurisdição ganha relevo diferencial.

Além da atenção especial do julgador, é natural que o sujeito não signatário, buscando evadir-se da submissão dos efeitos da cláusula compromissória, insurja-se contra a iniciativa

por interesse de tal terceiro, é mais palatável e deve conduzir o intérprete a uma exegese contemporânea, onde a contratualidade da convenção de arbitragem será posta em confronto com os princípios que dela irradiam, função social, solidariedade e socialidade”. In: MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e Intervenção Voluntária de Terceiros: Uma Proposta. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2012, p. 265.

¹⁴⁶ Especificamente no caso de terceiros não signatários, frise-se, numa acepção de um personagem estranho à relação contratual, PEDRO BATISTA MARTINS demonstra sua preocupação no sentido de submetê-los compulsoriamente à arbitragem ao expor que “complexo é o exercício oposto, de imposição da arbitragem a terceiros”. In: MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta. In **Revista de arbitragem e mediação**. v.9, n. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 265.

de vinculá-lo ao procedimento arbitral, sob a alegação de que não celebrou o contrato e a cláusula compromissória. Caberá ao requerente e interessado na integração passiva demonstrar que a parte não signatária manifestou declaração negocial tácita em razão da sua participação na negociação, celebração, execução e/ou na extinção do contrato que constou a cláusula compromissória em debate.

2.3.3 A integração e a questão envolvendo litisconsórcio unitário

No contexto de aprofundamento dos tipos de integração de uma parte não signatária do contrato e da cláusula compromissória ao procedimento arbitral, há uma relevante discussão envolvendo o instituto do litisconsórcio, que, embora seja inaplicável à arbitragem – que tem índole contratual –, faz despertar reflexão sobre a eficácia da sentença arbitral. Passamos a explorá-la.

O litisconsórcio é um instituto de direito processual que consiste na “reunião de duas ou mais pessoas, assumindo, simultaneamente, a posição de autor ou de réu”¹⁴⁷. Desse modo, o litisconsórcio, assim, pode ser ativo ou passivo, a depender do polo em que se verificar. Poderá, ainda, ser considerado misto se a pluralidade de pessoas se verificar em ambos os polos da relação jurídico-processual.

O litisconsórcio também pode ser classificado à luz da obrigatoriedade de formação da composição do polo da relação processual, hipótese em que poderá ser necessário ou facultativo, bem como pode ser classificado tendo como premissa o resultado da sentença, quando então será classificado em simples ou unitário.

O litisconsórcio necessário se verifica quando há indispensabilidade de integração do polo passivo por todos os sujeitos, em razão de imposição legal ou pela natureza da relação jurídica¹⁴⁸. O litisconsórcio facultativo, por sua vez, consiste no litisconsórcio que pode ou não se formar, ocorrendo quando entre os sujeitos (i) houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; (ii) entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; ou (iii) ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito¹⁴⁹. Sua

¹⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 307.

¹⁴⁸ “Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.”

¹⁴⁹ Consoante art. 113 do CPC/15 “Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.”

interpretação se dá, via de regra, por exclusão, de modo que será facultativo quando o litisconsórcio não for necessário.

Por fim, temos a classificação entre litisconsórcio simples e unitário, que, diga-se de passagem, é a que mais interessa para os objetivos do presente trabalho. O litisconsórcio simples (ou comum) é aquele em que “cada um do litisconsortes é tratado como parte autônoma”¹⁵⁰, de modo que a decisão judicial pode ser diferente para cada litisconsorte. Já o litisconsórcio unitário é aquele em que o provimento jurisdicional deve ser uniforme para os litisconsortes, tendo em vista a indivisibilidade da relação jurídica envolvida, que impossibilita o tratamento distinto para cada um dos litisconsortes. É aqui que reside o ponto de reflexão sobre o qual passamos a esmiuçar.

Suponha-se a situação em que um requerimento de arbitragem é instaurado por uma parte integrante de uma relação contratual (“Parte A”) em face da contraparte contratual (“Parte B”) e de uma parte não signatária da avença (“Parte Não Signatária”), tendo por pressuposto a circunstância de que a sentença arbitral, para ser plenamente eficaz sob a ótica da adequada prestação jurisdicional, considerando a indivisibilidade da relação jurídica entre a Parte B e a Parte Não Signatária, depende da integração de ambas ao procedimento arbitral. Nessa situação, considerando o caráter unitário da relação entre os requeridos, como o juízo arbitral deve se posicionar?

Como vem sendo exposto ao longo deste trabalho, a arbitragem tem como pedra angular a autonomia privada, devendo ser fruto do consentimento inequívoco dos sujeitos, exteriorizado por meio de uma declaração negocial. Dessa forma, a integração da parte não signatária deve ter por base uma avaliação acerca do seu consentimento, seja ele exteriorizado por meio de uma declaração negocial expressa ou tácita, de modo a caracterizar a sua vinculação. Partindo dessa premissa, a questão é simples: se a Parte Não Signatária consentiu, essa deverá integrar o procedimento como requerida em conjunto com a Parte B. Por outro lado, se ausente a demonstração do consentimento, em que pese a indivisibilidade da relação jurídica estabelecida entre a Parte B e a Parte Não signatária, o juízo arbitral estará impossibilitado de integrá-la compulsoriamente ao procedimento arbitral, o que resultará na impossibilidade de prosseguimento da arbitragem, de forma que a Parte Não Signatária, em razão da sua qualidade de terceiro estranho à relação jurídica contratual, possa exercer adequadamente o contraditório na justiça estatal.

¹⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 309.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR analisou o tema do litisconsórcio no contexto da arbitragem e assim se manifestou:

Se, porém, o debate vai envolver contrato diverso do que foi o objeto específico da convenção de arbitragem ou pessoas que não firmaram dita convenção, em princípio não haverá como forçar a formação do litisconsórcio, nem como ampliar a competência do árbitro para negócio diverso daquele previsto no compromisso.

Como a arbitragem repousa nos vínculos contratuais entre as partes e entre estas e o árbitro, seus liames não se manifestam senão entre os contratantes. A legitimidade de parte para o procedimento arbitral, por isso, só se estabelece entre os sujeitos contratuais. A única via de legitimação, ativa ou passiva, para quem queria participar, ou seja, chamado a participar da arbitragem, condiciona-se à própria convenção arbitral.

Pouco importa, portanto, seja necessário ou facultativo o litisconsórcio. Sua formação só será admissível, de forma cogente, entre os que celebraram a convenção arbitral. Assim, se todos os que devem ser litisconsortes são aderentes à convenção arbitral, tudo se desenvolverá naturalmente dentro da força contratual.

Se, contudo, o terceiro, que se deseja incluir no processo, não firmou o ajuste, sua inserção no litisconsórcio, ainda que necessário, somente se tornará possível se ele consentir em aderir ao compromisso. Havendo, pois, recusa, de sua parte o árbitro não terá força para submetê-lo à relação processual. Se o caso for de litisconsórcio facultativo, o procedimento da arbitragem terá de prosseguir só com as partes vinculadas à convenção arbitral. Se for necessário o litisconsórcio, só restará ao árbitro encerrar o procedimento sem julgamento do mérito, por falta de integração da convenção de arbitragem. Proferirá sentença terminativa na esfera arbitral, para que a lide possa ser resolvida pelo Poder Judiciário¹⁵¹.

No mesmo sentido, MANUEL PEREIRA BARROCAS reforça os diferentes âmbitos de aplicação dos institutos tipicamente processuais associados à intervenção de terceiros em relação ao tema envolvendo a integração de partes não signatárias ao procedimento arbitral:

Em face do exposto, os conceitos e o regime jurídico de litisconsórcio e de coligação definidos no CPC só ao processo civil pertencem, nada tendo a ver com arbitragem. A intervenção de terceiros no processo arbitral é, fundamentalmente, regulada pela convenção de arbitragem e pelo princípio que lhe é inerente do consentimento das partes, expresso, tácito ou implícito, para a submissão do seu litígio a arbitragem. A participação limitada no processo arbitral obedece ao que se deixou dito, que nada tem a ver com o regime daquelas figuras do CPC¹⁵².

Diante do exposto, devemos registrar que o instituto do litisconsórcio, embora desperte importantes reflexões conceituais no contexto do fenômeno da vinculação da parte

¹⁵¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**. v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 379-380.

¹⁵² BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 212.

não signatária à cláusula compromissória, não altera ou impacta o principal escopo de investigação para permitir a integração da parte não signatária à arbitragem, qual seja, a aferição do seu efetivo consentimento em relação ao contrato e à cláusula compromissória, exteriorizado por meio de uma declaração negocial efetiva.

2.3.4 Apreciação jurisdicional da integração da parte não signatária ao procedimento arbitral

A Lei de Arbitragem é clara ao dispor em seu art. 8º, parágrafo único¹⁵³, que caberá ao árbitro, de ofício ou por provocação das partes, apreciar as questões relativas à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória. O referido dispositivo consubstancia o denominado princípio *kompetenz-kompetenz*, cujos contornos jurídicos abordaremos em item próprio. Com base nessa expressa disposição normativa, as questões relacionadas à integração de uma parte não signatária, em qualquer polo, deverão ser apreciadas previamente pelo árbitro.

A prudência exige que as questões envolvendo a existência, validade e eficácia da cláusula compromissória sejam apreciadas logo no começo do procedimento, de forma a proporcionar previsibilidade e segurança jurídica a todos os atores envolvidos com essa decisão, que passam a saber, desde logo, se deverão participar ou não do procedimento, sem prejuízo do posterior controle de legalidade pelo judiciário, mediante o ajuizamento da ação anulatória. Foi o que ocorreu no Caso ICC N. 15372/JRF, procedimento arbitral conduzido pela Corte Internacional de Arbitragem da CCI, por tribunal arbitral composto pelos árbitros Pedro Antônio Batista Martins, Gustavo José Mendes Tepedino e Juan Fernández-Armesto, em que o procedimento arbitral sofreu uma bifurcação, de modo que ficou decidido que, num primeiro momento, o tribunal deveria analisar a questão relacionada à legitimidade das partes, incluindo sujeitos não signatários; e o mérito ao final do procedimento arbitral¹⁵⁴.

Nesse sentido, vale dizer que os regulamentos de arbitragem das câmaras de arbitragem dispõem sobre a regra da competência do árbitro para analisar as questões relativas

¹⁵³ “Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”

¹⁵⁴ Conforme se extrai da seguinte passagem: “27. Na Ordem Processual n. 2, o Tribunal Arbitral estipulou que as pretensões das partes deveriam ser divididas em duas grandes alíneas: (i) a questão da legitimidade passiva das Requeridas 3 e 4 e (ii) o mérito da questão que, na sua essência, conite em determinar o ajuste de preço previsto na cláusula 5.1. do Contrato, e que deveriam ser tratadas em peças escritas separadas, que seguiriam os seus trâmites em paralelo e de forma simultânea no tempo”. In: MARTINS, Pedro A. Batista; TEPEDINO, Gustavo. Convenção de arbitragem: reconhecimento de legitimidade passiva: caso ICC n. 15372/JRF: VRG Linhas Aéreas vs. Matlin Patterson: laudo parcial e voto divergente de Pedro A. Batista Martins. In **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 9, n. 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 428.

à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória. Com efeito, transcrevemos a seguir a regra constante do art. 6º (3) do regulamento de arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, *in verbis*:

Art. 6º (3): Caso alguma das partes contra a qual uma demanda é formulada não apresente uma resposta, ou formule uma ou mais objeções quanto à existência, validade ou escopo da convenção de arbitragem ou quanto à possibilidade de todas as demandas apresentadas serem decididas em uma única arbitragem, a arbitragem deverá prosseguir e toda e qualquer questão relativa à jurisdição ou à possibilidade de as demandas serem decididas em conjunto em uma única arbitragem deverá ser decidida diretamente pelo tribunal arbitral, a menos que o Secretário Geral submeta tal questão à decisão da Corte de acordo com o art. 6º(4).

O regulamento de arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá também dispõe acerca da competência do tribunal arbitral para a apreciação das questões acerca existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem. Este é o teor do item 4.5 do referido regulamento, abaixo transcrito:

4.5. Antes de constituído o Tribunal Arbitral, o Presidente do CAM-CCBC examinará objeções sobre a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem que possam ser resolvidas de pronto, independentemente de produção de provas, assim como examinará pedidos relacionados à conexão de demandas, nos termos do art. 4.20. Em ambos os casos, o Tribunal Arbitral, após constituído, decidirá sobre sua jurisdição, confirmando ou modificando a decisão anteriormente prolatada.

Do mesmo modo, o regulamento de arbitragem do Centro Brasileiro de Medição e Arbitragem disciplina a competência do árbitro, como se depreende do item 4 e seguintes do regulamento, a seguir reproduzidos:

4. Eficácia da Convenção de Arbitragem

4.1. Questionada a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem, o Centro deverá dar prosseguimento à arbitragem, exceto quando entender ser a convenção de arbitragem manifestamente inexistente, inválida ou ineficaz.

4.2. Caberá ao Tribunal Arbitral decidir acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, do contrato que contenha a cláusula compromissória, bem como sobre a sua própria competência. A decisão do Centro pelo prosseguimento da arbitragem conforme o item 4.1 acima não vincula o Tribunal Arbitral.

4.3. A parte que pretender arguir a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem ou a inarbitrabilidade da controvérsia deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar.

Por fim, reproduzimos o art. 4 do regulamento de arbitragem da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp:

4. DA DECISÃO *PRIMA FACIE*

4.1. Caberá ao Presidente da Câmara examinar em juízo preliminar, ou seja, *prima facie*, antes de constituído o Tribunal Arbitral, as questões relacionadas à existência, à validade, à eficácia e ao escopo da convenção de arbitragem, bem como sobre a conexão de demandas e a extensão da cláusula compromissória, cabendo ao Tribunal Arbitral deliberar sobre sua jurisdição, confirmando ou modificando a decisão da Presidência.

Nesse contexto, a questão relacionada à integração da parte não signatária ao procedimento arbitral – que envolve uma avaliação acerca da existência da convenção de arbitragem em relação ao não signatário – deverá ser apreciada pelo juízo arbitral, independentemente do polo processual em que se busca integrar o não signatário.

2.4 VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA: DISTINÇÃO ENTRE OS CASOS DE GRUPOS SOCIETÁRIOS E DE GRUPOS DE CONTRATOS

O fenômeno da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória se mostra presente em duas situações típicas: a vinculação nos casos de grupos societários e nos casos de grupos de contratos.

Como brevemente exposto até o momento, a discussão acerca da vinculação da parte não signatária no caso dos grupos societários envolve a avaliação sobre a possibilidade de vincular a sociedade não signatária à cláusula compromissória constante de contrato celebrado por uma sociedade do mesmo grupo societário e uma contraparte contratual. A vinculação se dá pela aferição e interpretação do consentimento da sociedade não signatária em referência, dada a sua participação na negociação, celebração, execução e/ou terminação do contrato subjacente.

A questão dos grupos societários passa pela avaliação acerca da forma de atuação do grupo societário, isto é, se o referido agrupamento se projeta como um organismo único, com mitigação da autonomia jurídica da personalidade de cada sociedade dele integrante. Dentro dessa perspectiva, a declaração negocial da sociedade signatária pode significar, em alguns casos, o interesse negocial da sociedade dominante do grupo e/ou, em última análise, do grupo societário como um todo, o que influenciaria a análise acerca da aferição e interpretação do consentimento da sociedade não signatária integrante do mesmo grupo, por meio de declaração negocial tácita.

O caso da vinculação da parte não signatária nas situações envolvendo grupos dos contratos¹⁵⁵, embora também tenha como premissa a aferição e interpretação do consentimento, tem características distintas. Nessa situação, verifica-se uma pluralidade de contratos que compõem uma unidade econômica¹⁵⁶, dada a relação de dependência unilateral ou recíproca, em razão de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito)¹⁵⁷. Caberá ao órgão jurisdicional, nesse caso, averiguar as circunstâncias negociais dessa relação contratual, de modo a buscar o verdadeiro conteúdo negocial pretendido pelas partes.

O objeto deste trabalho, como já antecipado, diz respeito apenas às situações da vinculação da parte não signatária no contexto de grupos societários, mas vale a pena registrar que, nas duas situações em que a teoria da vinculação da parte não signatária se mostra presente, o escopo do aplicador do direito sempre estará voltado à aferição da existência ou não de uma declaração negocial à cláusula compromissória.

2.5 INCOMPATIBILIDADE COM O COMPROMISSO ARBITRAL

Como exposto, a convenção de arbitragem é gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória é a convenção das partes por meio da qual se comprometem a submeter litígios que possam vir a surgir decorrentes de um determinado contrato. O compromisso arbitral, por sua vez, representa a convenção em que as partes resolvem submeter conflito já configurado e identificado, tanto sob a perspectiva objetiva (objeto) quanto subjetiva (partes), à arbitragem.

A Lei de Arbitragem impõe regime formalista ao compromisso arbitral. Se for judicial, esse deve ser celebrado por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a

¹⁵⁵ Em artigo específico sobre o tema, Ananda Portes Souza esclarece que a denominação do instituto varia no direito comparado e no âmbito da doutrina nacional, *in verbis*: “a denominação do instituto varia no direito comparado. O direito italiano emprega a expressão contratos coligados (*contratti collegati*), ou coligamento *negoziale*. Na França, utiliza-se o termo grupo de contratos (*groupe de contrats*). Em Portugal, emprega-se a terminologia união ou coligação de contratos. Espanha e Argentina, por sua vez, utilizam a expressão contratos conexos ou redes contratuais. No Brasil, embora a doutrina empregue designações diversas (contratos coligados, coligação contratual, contratos conexos, redes contratuais – expressões que serão tomadas, no presente artigo como sinônimas), há uma unidade de apreensão do fenômeno, sempre compreendido como contratos que, embora estruturalmente diferenciados, guardam nexos funcional-econômico” (SOUZA, Ananda Portes. Extensão de cláusula arbitral em contratos coligados celebrados entre as mesmas partes. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 52, ano 14, p. 171-194, jan./mar. 2017).

¹⁵⁶ KATAOAKA, Eduardo Takemi. **A coligação contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 64.

¹⁵⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99.

demanda, nos termos do §1^{o158} do art. 9º da Lei de Arbitragem. Se for extrajudicial, por sua vez, o compromisso deverá ser celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público, nos termos do §2^{o159} do art. 9º do mesmo dispositivo legal.

O art. 10¹⁶⁰ da Lei de Arbitragem, por sua vez, dispõe acerca dos elementos obrigatórios do compromisso arbitral, dentre os quais se incluem a qualificação das partes e dos árbitros, a matéria que será objeto da arbitragem e o lugar em que será proferida a sentença arbitral. Em razão de tais características, com destaque para a delimitação consensual precisa das partes e do objeto do litígio, o fenômeno da vinculação da parte não signatária se mostra absolutamente incompatível com o compromisso arbitral¹⁶¹. Nesse mesmo sentido, LEONARDO DE CAMPOS MELO é assertivo, conforme posicionamento a seguir reproduzido:

Dessa forma, o rigor formal exigido por lei, com a necessária indicação de todos os envolvidos e da lide que será decidida na arbitragem, torna impossível a extensão do compromisso arbitral a parte que nele não esteja indicada expressamente. O compromisso arbitral, portanto, não é passível de extensão a não signatários¹⁶².

Com efeito, diante da incompatibilidade jurídica acima apontada, o presente trabalho abordará o fenômeno da vinculação apenas em relação à cláusula compromissória, sem qualquer tipo de abordagem ao compromisso arbitral.

¹⁵⁸ “Art. 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.”

¹⁵⁹ “Art. 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. (...); § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.”

¹⁶⁰ “Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.”

¹⁶¹ Nesse sentido: JABARDO, Cristina Jaiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional**: o caso dos grupos societários. Tese de Dissertação de Mestrado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo, Biblioteca de Direito Internacional da FDUSP, São Paulo, 2009.

¹⁶² MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos societários**. A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 60-61.

2.6 DISTINÇÃO ENTRE O FENÔMENO DA VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA E A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica já foi invocada em jurisdições alienígenas para permitir o alcance da sociedade controladora não signatária e integrá-la ao procedimento arbitral instaurado com base em contrato e cláusula compromissória pactuados pela sociedade controlada e uma contraparte contratual. A decisão proferida pela *Southern Disctric Court* de Nova Iorque no caso *Smoothline Ltd. vs. American Foreign Trading Corp.*, é conhecida por ter aplicado a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no contexto da convenção de arbitragem¹⁶³.

No caso acima referenciado, vale explicar, a “sociedade-mãe” esvaziou a “sociedade filha” que efetivamente assinou a convenção de arbitragem, por meio de operações e contratos entre partes relacionadas a preços exorbitantes, tendo a referida corte se pronunciado no sentido de que tais operações configuravam fraude apta a justificar o afastamento da personalidade jurídica, de forma a alcançar a “sociedade-mãe”, compelindo-a a participar da arbitragem instaurada com fundamento na convenção de arbitragem formalmente assinada pela “sociedade-filha”.

Dentro dessa perspectiva, a integração do sujeito não signatário a procedimento arbitral teria como fundamento a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade signatária, que teria sido abusivamente usada pela sua controladora para a prática de atos fraudulentos, consubstanciados nas operações entre partes relacionadas a preços destoantes do mercado.

Sem sombra de dúvidas, vale dizer, que o direito brasileiro, diante de uma situação de fraude como aquela descrita na célebre decisão *Smoothline Ltd. vs. American Foreign Trading Corp.*, também admitiria a desconsideração da personalidade jurídica, com base no disposto no art. 50¹⁶⁴ do Código Civil Brasileiro, de modo a alcançar o sócio que se valeu de forma fraudulenta da personalidade jurídica da sociedade controlada.

¹⁶³ *Smoothline Ltd. vs. North American Foreign Trading Corp.*, 2002 WL 31885795 (S.D.N.Y 27.12.2002) citada em HANOTIAU, Bernard. **Complex arbitration** – multiparty, multicontract, multi-issue and class actions. The Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 60.

¹⁶⁴ “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

A nosso sentir, contudo, o fenômeno da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória não se confunde com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como será exposto a seguir.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, conhecida no direito comparado como “*disregard doctrine*”, “*disregard of legal entity*” ou, ainda, “*lifting the corporate veil*”, tem origem no direito anglo-saxão, tendo o caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd* como referência de um dos primeiros registros acerca da aplicação da teoria. Atribui-se a Rolf Serick o mérito de ter sido um dos principais sistematizadores da referida teoria, na tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tubigen, em 1953.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica ingressa na doutrina brasileira no final do ano 1960, em conferência ministrada por Rubens Requião na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Na ocasião, Rubens Requião buscou trazer reflexões acerca do dogma, quase absoluto, da autonomia existencial da pessoa jurídica em relação a seus sócios¹⁶⁵, nos casos envolvendo o abuso e uso fraudulento da personalidade jurídica.

Em linhas gerais, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica autoriza que, em determinadas situações, caracterizadas pelo abuso da personalidade jurídica, fraude, desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial, os efeitos da personalidade jurídica da sociedade sejam afastados. O Código Civil de 2002 expressamente autoriza a desconsideração em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, de modo que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. Esse é o comando do art. 50¹⁶⁶ do referido diploma legal. A legislação extravagante também dispõe acerca do instituto¹⁶⁷.

Pelas características expostas acima, é evidente que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com a tese proposta neste trabalho no sentido de permitir a vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória e a sua consequente integração à arbitragem no caso de grupos societários¹⁶⁸. Isso porque, como será explorado no

¹⁶⁵ Importante lembrar o teor do artigo 20 do Código Civil de 1916, *in verbis*: “Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”.

¹⁶⁶ “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

¹⁶⁷ Conforme, por exemplo, artigo 28 da Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor; artigo 4º da Lei 9.608/1998, dentre outras hipóteses legais.

¹⁶⁸ No mesmo sentido, EDUARDO MUNHOZ: “Essa teoria, consagrada pelo art. 50 do CC, se adotada em sua concepção objetiva, levaria à sistemática desconsideração da personalidade das sociedades integrantes dos Grupos Societários, já que nestes, como e afirmou, a ruptura da autonomia patrimonial e organizacional, ainda

decorrer deste trabalho, a vinculação da parte não signatária se dá não pela prática de atos evitados por desvio de finalidade ou confusão patrimonial, mas em virtude da manifestação de consentimento por meio de uma declaração negocial tácita, que encontra sua base hermenêutica nos atos concludentes praticados pela parte não signatária ao longo na negociação, celebração, execução e/ou terminação do contrato em que se pactuou a cláusula compromissória.

Com efeito, nos casos de vinculação da parte não signatária, o sujeito não signatário não pratica, via de regra, atos fraudulentos, tampouco se vale abusivamente da personalidade jurídica da sociedade signatária, em relação à qual possui relação societária. O que se mostra nesse tipo de situação é a adoção de um comportamento concludente, consubstanciado na prática de atos inerentes à condição de parte, que serve de base para uma ilação lógica no sentido de que o sujeito, embora formalmente não signatário, manifestou consentimento inequívoco, mediante uma declaração negocial tácita. Situação bem diferente do suporte fático componente da norma legal acerca da desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse horizonte, a desconsideração da personalidade jurídica decorre da lei, diante da constatação de fraude, desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial, ao passo que a vinculação da parte não signatária decorre da constatação da exteriorização do seu inequívoco consentimento, via uma declaração negocial tácita. Situações, portanto, bastante distintas.

BERNARD HANOTIAU é claro ao expor a inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos casos de vinculação de terceiros não signatários, *in verbis*:

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é geralmente considerada como limitada aos casos de fraude, abuso de direitos e violação de regras mandatórias. Deveria ser destacado, ainda, que esta teoria é usualmente apresentada e aplicada erroneamente por juristas. Eles invocam a teoria de estender a cláusula compromissória além da companhia que se objetiva afastar a personalidade jurídica, para os sócios da companhia. Em vários sistemas legais, isto não é correto: levantar o véu significa que a personalidade jurídica da companhia está em disputa e deve ser afastada e, por esta razão, a ação deveria ser direcionada apenas aos sócios, aqueles que se posicionam atrás do véu. Em outras palavras, é frequente a ideia de “os sócios ao invés da companhia” e não “a companhia e os sócios”. Antes de levantar tal teoria o interessado deveria, portanto, ter presente um bom

que em grau mínimo, é de natureza estrutural, decorrendo da própria função econômica do instituto. Adotando-se por outro lado, a concepção subjetiva da teoria da desconsideração (abuso de direito, fraude, simulação), deixariam de ser atribuídas obrigações e responsabilidades a sociedades integrantes do grupo em situações em que a realidade econômica e o sentimento de justiça para o caso concreto exigiriam a adoção dessa solução”. In: MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e Grupos Societários. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional**: 12 anos da Lei 9. 307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 175-176.

entendimento acerca dos princípios básicos de direito societário, o que nem sempre é o caso¹⁶⁹.

Nesse contexto, podemos concluir que o fenômeno da vinculação da parte não signatária explorado no presente trabalho não se confunde com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

2.7 A VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA E OS INSTITUTOS DO “ESTOPPEL” E DO “IMPLIED CONSENT”

Nos estudos desenvolvidos pela doutrina internacional sobre sujeitos não signatários e a vinculação à cláusula compromissória, é comum a referência, além da teoria acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a outros institutos jurídicos para servir de fundamento para a integração do sujeito não signatário¹⁷⁰. Nesse tópico, destacamos especial atenção aos institutos do “*stoppel*” e do “*implied consent*”.

Como delimitado na introdução, o objetivo deste trabalho é analisar o fenômeno da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos envolvendo grupo societário à luz do ordenamento jurídico brasileiro, sem prejuízo de nos valermos dos estudos desenvolvidos pela doutrina estrangeira e jurisprudência internacional sobre o tema para servir de norte para a qualificação jurídica do fenômeno sob a ótica do direito brasileiro.

A partir dessa premissa, temos que os institutos do “*estoppel*” e do “*implied consent*”, apesar das similaridades com institutos do direito brasileiro, não servem de base para qualificar e descrever tecnicamente o fenômeno da vinculação da parte não signatária à

¹⁶⁹ No original em tradução livre do autor: “*The application of the theory of lifting the corporate veil is generally considered to be limited to cases of fraud, abuse of rights, and violation of mandatory rules. It should moreover be pointed out that this theory is very often wrongly presented and applied by advocates. They invoke the theory to extend the arbitration clause beyond the company whose corporate veil allegedly has to be lifted, to the owners of the company. In many legal systems, this is not correct: lifting the corporate veil means that the legal personality of the company is disputed and has to be lifted and that therefore the action should be directed only to its owners, those who stand “behind the corporate veil”. In other words, it is often “the stakeholders instead of the company” and not “the company plus the stakeholders”. Before raising such a theory one should therefore have in the first place a good understanding of basic principles of corporate law, which is not always the case*”. In: HANOTIAU, Bernard. **Complex arbitration: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions**. The Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 98.

¹⁷⁰ Nesse sentido, explica WILLIAM W. PARK, *in verbis*: “tradicionalmente, a inclusão de uma parte adicional num procedimento arbitral se justifica por si só em fundamentos como agenciamento, desconsideração da personalidade jurídica, alter ego, e ‘estoppel’, e pode ser vista tanto por signatários como não signatários”. No original, em tradução livre do autor: “traditionally, joinder of an additional party into arbitral proceedings justifies itself on grounds such as agency, veil-piercing, alter ego, and estoppel, and can be sought by either signatories or non-signatories”. In: PARK, William W. “Non –Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma. Multiple Party Actions. In: **Multiple party action and international arbitration**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 5.

cláusula compromissória à luz do ordenamento jurídico brasileiro, como passaremos a explicar.

O “*estoppel*” foi desenvolvido pela jurisprudência anglo-saxã, sendo esse um instituto com características similares ao “*venire contra factum proprium*”, sobre o qual falaremos mais adiante. Com efeito, segundo essa teoria, uma determinada pessoa estaria impedida (ou “*estopped*”) de afirmar ou negar um fato se em momento anterior praticou ato em sentido diametralmente oposto. Consiste, pois, numa barreira ou freio erigido às pretensões de quem reclama algo em aberta contradição com o que anteriormente havia aceitado¹⁷¹. ALAN SCOTT RAU resume o fenômeno do “*estoppel*” ao afirmar o seguinte:

Em um caso como este – assim como em tantos outros casos discutidos ao longo dessas notas – a noção de *estoppel* – tomada amplamente para sugerir que um não estaria autorizado a abrir sua boca para contradizer-se em detrimento de outro – atos que significariam uma espécie de substituto do verdadeiro consentimento¹⁷².

Com efeito, o “*estoppel*” é destinado como meio de defesa, o que, a rigor, é incompatível com a teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória, cujo pressuposto básico é a aferição do consentimento. BERNARD HANOTIAU, ao falar sobre o “*estoppel*”, destacou que, embora esse instituto seja um princípio geral de direito internacional, a sua origem permanece anglo-americana, sendo raramente utilizado na Europa continental em arbitragens internacionais¹⁷³. Apesar de seu parentesco com o instituto da proibição do comportamento contraditório, que decorre do princípio da boa-fé objetiva, não é recomendável que institutos utilizados com base em cultura jurídica alienígena sejam utilizados como base legal para a avaliação do fenômeno da vinculação da parte não signatária à luz do direito brasileiro.

Outro instituto bastante utilizado em arbitragens internacionais consiste no “*implied consent*”, que, como explica WILLIAM W. PARK, se manifesta por meio de comportamento ao invés de palavras¹⁷⁴. Apesar da similaridade com a declaração negocial tácita, instituto que

¹⁷¹ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 46.

¹⁷² No original, em tradução livre do autor: “*in a case like this – as indeed in so many of the cases discussed throughout the notes here – the notion of estoppel – taken broadly to suggest that one should not be allowed to open one’s mouth to contradict oneself to another’s detriment - acts as a sort of ‘surrogate’ for true ‘consent’*”. In: RAU, Alan Scott. “Consent” to Arbitral Jurisdiction Disputes With Non-Signatories, in **Multiple party action and international arbitration**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 117.

¹⁷³ HANOTIAU, Bernard. **Complex arbitration**: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions. The Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 20.

¹⁷⁴ Nas palavras do autor: “consentimento implícito concentra-se na verdadeira intenção das partes. Construir suposições que permeiam grande parte do direito contratual, a integração alcança os paradigmas básicos do mútuo consentimento para situações em que a convenção se mostra por comportamento ao invés de palavras”. No original, em tradução livre do autor: “*Implied consent focuses on the parties’ true intentions. Building on assumptions that permeate most contract law, joinder extends the basic paradigm of mutual assent to situations*

será estudado com profundidade ao longo deste trabalho, como se trata de uma figura específica do *common law*, cuja importação nem sempre é adequada, o instituto do “*implied consent*” não servirá de base jurídica para permitir a vinculação da parte não signatária à luz do direito brasileiro, de origem romano-germânica, especialmente diante da necessidade do enfrentamento da exigência da forma escrita prevista na Lei de Arbitragem.

De todo modo, até mesmo a doutrina internacional tende a se posicionar no sentido de que tais teorias jurídicas – usualmente invocadas para justificar a integração de um sujeito não signatário à arbitragem – levam o intérprete e aplicador do direito a perder de vista a verdadeira questão associada ao fenômeno da vinculação do sujeito não signatário, que é a aferição do seu consentimento em relação ao contrato e à cláusula compromissória. É o que explica ALAN SCOTT RAU:

O que achamos em tais casos se não abundantes e equivocado exercícios de ingenuidade – talvez implantados na busca de uma solução equitativa, mas metafisicamente e em última instância instável? O argumento acerca do impedimento inevitavelmente nos faz perder de vista o problema central – a questão do consentimento – esta é a raiz de toda questão¹⁷⁵.

Nesse contexto, perfilhamos o entendimento segundo o qual os institutos do “*estoppel*” e do “*implied consent*”, embora úteis na perspectiva de entendimento do racional jurídico associado às referidas teorias, não servem de base para justificar e permitir a aplicação da teoria da vinculação da parte não signatária sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, sendo inaplicáveis, portanto, quando se tratar de cláusula compromissória regida pela lei brasileira – que é uma das premissas metodológicas deste trabalho.

in which the agreement show itself in behavior rather than words” (PARK, William. W. “*Non-signatories and international contracts: an arbitrator’s dilemma*”. In: **Multiple party actions in international arbitration**. Oxford University Press, 2009, p. 6.

¹⁷⁵ No original, em tradução livre do autor: “*What do we find in such cases other than abundant and misplaced exercises of ingenuity – perhaps deployed in the search for an equitable solution, but metaphysical and ultimately unstable? Such estoppel talk inevitably causes us to lose sight of the central issue – the issue of assent – that is the root of the entire matter*”. In: RAU, Alan Scott. “Consent” to Arbitral Jurisdiction Disputes With Non-Signatories. Multiple Party Actions, in **Multiple Party Action and International Arbitration**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 120.

3. PRINCÍPIOS JURÍDICOS E A VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Como explica JUDITH MARTINS-COSTA, “a noção de princípio jurídico é polissêmica e polêmica”¹⁷⁶. A natureza do princípio jurídico está associada a diversas acepções de compreensão hermenêutica, podendo indicar o núcleo básico de um determinado instituto, servir de guia orientador, ou, ainda, expressar uma ideia de finalidade e propósito de determinado instituto jurídico.

Seja qual for a acepção de significado, perfilhamos o entendimento segundo o qual os princípios jurídicos servem de guia orientador para a adequada hermenêutica dos institutos do direito de modo a orientar o intérprete e aplicador do direito a compreender a inteligência e alcance dos institutos de modo a conferir-lhes a mais adequada interpretação jurídica.

Sobre o papel dos princípios no direito, esta é a posição de CLAUS-WILHELM CANARIS:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo¹⁷⁷.

Os princípios jurídicos não se confundem com as regras jurídicas. Sobre a distinção entre princípios e regras, explica JUDITH MARTINS-COSTA:

As regras são aplicáveis à maneira das disjuntivas (se-então) enquanto os princípios, sem sequer os que mais se assemelham a regras, estabelecem consequências jurídicas que se seguem automaticamente, quando satisfeitas as condições previstas. Por essa razão, afirma Dworkin, os princípios atuam numa dimensão estranha à dimensão das regras: a dimensão do peso ou da importância. O intérprete, ao aplicar a norma que consigna um princípio, deve ter em conta o seu peso, podendo um mesmo princípio ser ou não aplicado num determinado caso concreto, sem perder, contudo, a sua validade no sistema¹⁷⁸.

¹⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 146.

¹⁷⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 69 e 77-78.

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 148.

HUMBERTO ÁVILA propôs uma distinção científica entre princípios e regras. Ao elaborar a sua tese, o autor partiu da premissa de que determinados dispositivos normativos, a depender da ótica do intérprete e aplicados do Direito, podem se revestir de natureza de regra, princípio ou postulado¹⁷⁹. Trata-se de uma perspectiva pluridimensional¹⁸⁰. Dentro desse contexto, o autor lançou critérios de dissociação, sendo eles: a) critério da natureza do comportamento prescrito; b) critério da natureza da justificação exigida; e c) critério da medida de contribuição para a decisão¹⁸¹.

De acordo com o critério da natureza do comportamento exigido, temos que os princípios prescrevem o fim a ser atingido e exigem a promoção de um estado de coisas - bens jurídicos – que impõem a adoção de condutas para a sua preservação ou realização¹⁸². Tais condutas não são prescritas no princípio jurídico, mas depreendidas pelo intérprete e aplicador como forma de preservação do fim almejado. Essa é a razão pela qual o referido autor rotula os princípios como normas imediatamente finalísticas. As regras, por sua vez, de acordo com o critério em exame, são normas mediamente finalísticas, na medida em que estabelecem indiretamente os fins, mas descrevem com exatidão o comportamento exigido.

O critério da natureza da justificação exigida, como decorrência do critério acima exposto, coloca princípios e regras em planos diferentes na ótica da justificativa de sua aplicação. Isso porque os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, isto é, prescritivas do fim almejado, exigem do jurista o exercício de uma tarefa maior para justificar a exigência de determinado comportamento como meio de atingir o fim estabelecido pelo princípio. A situação é diferente com as regras, já que estabelecem com precisão o comportamento exigido, sendo suficiente que jurista indique a compatibilidade do fato analisado com o suporte fático previsto na norma, que importará numa determinada consequência jurídica objetivamente descrita.

¹⁷⁹ Essa premissa está em harmonia com a ideia de que os princípios podem estar expressos em dispositivos normativos ou, ainda, implícitos. Sobre esse ponto, vale transcrever a lição de Judith Martins-Costa, *in verbis*: “os princípios podem ser inexpressos, isto é, destituídos de um suporte textual de cunho legislativo. Há princípios que vêm expressos por dicção legislativa e os que estão (ainda) inexpressos ou implícitos, sendo recolhidos, retirados ou formulados pelo intérprete. Os princípios ditos expressos são aqueles explicitamente baseados em uma determinada disposição legislativa que lhes confere base textual direta. São princípios inexpressos legislativamente (ditos implícitos) aqueles que, embora não correlacionados a uma determinada disposição legislativa, são, à vista da racionalidade do sistema, da natureza e certa instituição, ou do conjunto normativo aplicável a certo campo, elaborados, construídos, recolhidos ou formulados pelo intérprete como verdadeiras normas, isto é, incidindo e vinculando condutas“. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 154.

¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 71.

¹⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 71.

¹⁸² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 72.

Por fim, o critério da medida da contribuição para decisão diferencia princípios e regras, visto que indica que os princípios, por não descreverem condutas e comportamentos, “não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão”.¹⁸³ Já as regras têm pretensão terminativa, uma vez que pretendem gerar uma solução específica para o caso concreto.

Com base nas razões acima, estruturamos a presente avaliação da teoria da vinculação do sujeito não signatária à luz de princípios jurídicos que, a nosso sentir, exercem influência determinante¹⁸⁴ na análise do fenômeno da vinculação da cláusula compromissória a partes não signatárias nos casos dos grupos societários. E são princípios jurídicos porque (i) prescrevem fins a serem alcançados, de forma a assegurar determinados bens jurídicos; (ii) para serem aplicados, demandam do intérprete uma tarefa maior para depreender as condutas e comportamentos cabíveis para preservar os bens jurídicos; e (iii) representam métodos complementares, na medida em que, como não indicam soluções específicas, devem ser conciliados com outros fundamentos para permitir a tomada de decisão.

Feita essa abordagem acerca da distinção entre princípios e regras, passaremos a analisar a teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos de grupos societários à luz de princípios constitucionais, de princípios que orientam o direito contratual e, ainda, de princípios que pilotam a exegese atinente à arbitragem.

3.1 A VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA À LUZ DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Primeiramente, o fenômeno da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória deve ser analisado sob a ótica de princípios constitucionais. A precedência constitucional da análise se justifica uma vez que todo e qualquer instituto veiculado pela legislação ordinária, como é o caso da arbitragem e seus efeitos¹⁸⁵, deve estar em harmonia com as normas constitucionais¹⁸⁶.

¹⁸³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 76.

¹⁸⁴ Optamos pela seleção dos princípios que, a nosso sentir, mais se aproximam do estudo da teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória. Contudo, não pretendemos esgotar a análise principiológica dessa teoria que, certamente, admite avaliação à luz de outros princípios jurídicos.

¹⁸⁵ Vale lembrar o voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim, quando do julgamento da SEC nº 5.206-7 ocorrido em 12.12.2011, por meio do qual se reconheceu a constitucionalidade da cláusula compromissória e de seus efeitos, tal como estabelecido pela Lei 9.307/96 (SEC 5206-7, Relator (a). Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Pleno. Data do Julgamento: 12/12/2001, Data da Publicação/Fonte: DJU 19.12.2001).

¹⁸⁶ HANS KELSEN sistematizou a análise do direito, analisando-o sob uma perspectiva científica que tem por base a norma jurídica. Segundo Kelsen, a norma jurídica deve extrair seu fundamento de validade de outra norma

Nessa mesma linha de raciocínio, pontua PIETRO PERLINGIERI:

A normativa constitucional eleva-se a justificação da norma ordinária, que com a primeira deve se harmonizar coerente e razoavelmente, segundo critérios ou princípios de adequação e de proporcionalidade que postulam o conhecimento aprofundado também das peculiaridades do caso concreto. [...] Desse modo, justifica-se totalmente a natureza, por definição evolutiva, da interpretação, que revela de uma vez por todas a ilusão da objetividade dos textos e da sua interpretação somente literal: a constitucionalização do direito, de fato, colocou no centro dos sistemas jurídicos contemporâneos, uns documentos jurídicos, como as constituições que, contendo princípios éticos, devem ser interpretadas evolutivamente de acordo com o modificar-se dos valores ético-políticos no bojo da comunidade à qual a constituição se refere¹⁸⁷.

Assim, passamos a analisar determinados princípios constitucionais que, a nosso sentir, têm influência direta no tema discutido neste trabalho.

3.1.1 Igualdade

O princípio da igualdade está previsto no art. 5º, *caput*¹⁸⁸, da Constituição Federal de 1988. Trata-se de um dos pilares estruturais do Estado Democrático de Direito, garantindo a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Não pretendemos esgotar o estudo acerca do princípio da igualdade, que, inclusive, já mereceu atenção concentrada e especial da doutrina¹⁸⁹. Resumidamente, o princípio da igualdade se desdobra em igualdade formal e igualdade material. Em apertada síntese, quando a ótica é sobre a igualdade formal, não há distinção entre os personagens, estando esses em equivalentes circunstâncias fáticas e/ou jurídicas, o que justifica o tratamento isonômico entre tais sujeitos. Na perspectiva da igualdade material, contudo, os sujeitos não se encontram em situações equivalentes, de modo que o tratamento diferenciado pode ser aplicado com o objetivo de equacionar as situações díspares verificadas.

jurídica de hierarquia superior, até alcançar a Constituição Federal, que extrai sua essência da norma origem (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009).

¹⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 574-575.

¹⁸⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

¹⁸⁹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **O conceito jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Dentro desse contexto, em que medida o princípio da igualdade se comunica com a tese proposta acerca da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória? A razão é simples, como passaremos a expor.

Como estamos sustentando ao longo deste trabalho, a parte não signatária, ao adotar comportamento concludente nas etapas de negociação, celebração, execução e/ou terminação do contrato, manifestou declaração negocial tácita em relação ao contrato e à cláusula compromissória, passando a fazer parte de tais instrumentos.

Nessa perspectiva, do ponto de vista jurídico-contratual, não há qualquer diferença da parte não signatária em relação às partes signatárias, motivo pelo qual, em razão do princípio da igualdade que norteia o ordenamento jurídico brasileiro, tanto a parte não signatária quanto a parte signatária podem estar sujeitas à integração ao procedimento arbitral instaurado com base em cláusula compromissória prevista em contrato do qual participaram na condição de parte, considerando as declarações negociais manifestadas, independentemente se na forma expressa ou tácita. Com efeito, o reconhecimento, pelo tribunal arbitral, se confrontado diante de uma situação de equivalência de condições jurídicas, no sentido de integrar a parte não signatária ao procedimento arbitral, consistiria em decisão aderente e fundamentada no princípio da igualdade, na sua feição formal, já que materializaria o mesmo tratamento para personagens em situações rigorosamente equivalentes.

Diante das razões acima, entendemos que a teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos envolvendo grupos societários está em sintonia com o princípio da igualdade formal, cujo preceito se irradia por todo o ordenamento jurídico brasileiro.

3.1.2 Livre iniciativa e da liberdade individual

Os princípios da livre iniciativa e da liberdade individual serão explorados em conjunto na medida em que representam o fundamento constitucional para os princípios clássicos do direito privado¹⁹⁰, que serão estudados mais adiante.

O art. 1º, inciso IV¹⁹¹, prevê como um dos princípios fundamentais da república o valor social do trabalho e da livre iniciativa. O destaque para o qual chamamos a atenção do

¹⁹⁰ O princípio do direito de propriedade, previsto no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal também serve de fundamento aos princípios clássicos do direito privado. Contudo, por questões de aderência e mais proximidade à tese ora proposta, concentrar-nos-emos nos princípios da livre iniciativa e da liberdade individual.

leitor em relação a esse dispositivo constitucional é a qualificação “social” para a livre iniciativa. Por outro lado, a Constituição Federal volta a garantir princípio da livre iniciativa no capítulo dedicado aos princípios da atividade econômica, como se depreende do art. 170, *caput*¹⁹².

A livre iniciativa representa, portanto, um princípio constitucional de fundamental importância para fomentar a atividade econômica, que encontra no contrato um dos principais veículos para a sua operacionalização.

O princípio da liberdade individual, por sua vez, está refletido no princípio da legalidade, previsto no art. 5º, *caput* e inciso II¹⁹³, dentro dos direitos e garantias fundamentais, de acordo com o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Resumidamente, o conceito é simples em relação à liberdade individual no contexto dos contratos – o que não está proibido está permitido. Esse princípio serve de base estrutural para a autonomia privada, na medida em que autoriza que os particulares possam livremente realizar operações econômicas e celebrar os contratos correspondentes, visando à circulação de riquezas¹⁹⁴.

Tais princípios constitucionais, interpretados em conjunto, e, ainda, projetados na órbita contratual, foram um bloco valorativo que assegura aos cidadãos a prerrogativa de livremente realizarem operações visando à circulação de riquezas, sem a interferência estatal em tais expedientes¹⁹⁵. Sobre esse ponto, afirma HUMBERTO THEODORO JUNIOR:

[...] é forçoso reconhecer que nosso Estado se acha estruturado constitucionalmente à base de compromissos notórios com a autonomia da vontade (art. 5º, *caput*, e inciso II); com a garantia da propriedade privada

¹⁹¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

¹⁹² “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”

¹⁹³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...); II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

¹⁹⁴ Vale apenas advertir que, nos termos do artigo 2035, parágrafo único do Código Civil de 2002, de acordo com o qual “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

¹⁹⁵ Sobre este ponto, interessante a crítica de Eros Roberto Grau sobre interferência do Judiciário na esfera contratual, *in verbis*: “Não posso deixar de notar que, infelizmente, nossa jurisprudência às vezes se esmera em fazer ruir esse pressuposto de certeza e de segurança, intervindo em contratos privados celebrados entre agentes econômicos que nada têm de hipossuficientes. A autonomia da vontade, que deveria ser a regra, é indevidamente substituída pelo entendimento que o julgador tem do negócio. Passa o Judiciário, então, a ignorar o pressuposto básico da racionalidade dos agentes econômicos arvorando-se a condição de protetor daqueles que tinham plenas condições de contratar e se obrigar em igualdade de condições”. In: GRAU, Eros Roberto. Um Novo Paradigma dos Contratos?. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2001. p. 73-74.

(arts. 5º, inciso XXII, e 170, inciso II); e com a justiça e a segurança das relações jurídicas (valores ‘supremos’ conforme o Preâmbulo da Carta Magna)¹⁹⁶.

Com efeito, por decorrência lógica, os referidos princípios constitucionais irradiam seus valores aos princípios da autonomia privada, consensualismo, força obrigatória dos contratos e relatividade dos efeitos do contrato, formando um feixe principiológico que reflete os valores conquistados no contexto das revoluções liberais.

Nesse diapasão, a sintonia de tais princípios com a teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos de grupos societários é evidente. Isso porque o conceito de permitir a integração de uma parte não signatária ao procedimento arbitral tendo por base comportamento concludente praticado nas etapas de negociação, celebração, execução e/ou cessação do contrato, exteriorizando inequívoca declaração com significado negocial, tem por substrato a preservação do negócio jurídico e a projeção de seus efeitos àqueles que efetivamente são partes, garantindo segurança jurídica às transações comerciais.

Desse modo, a tese da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos dos grupos societários encontra fundamento nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade individual, princípios que integram a estrutura valorativa do ordenamento jurídico brasileiro.

3.1.3 Solidariedade social

O princípio da solidariedade social pode ser encontrado em diversos dispositivos constitucionais. O art. 1º, inciso IV¹⁹⁷, que foi acima comentado ao falarmos sobre a livre iniciativa, é claro ao qualificar a livre iniciativa enquanto valor social. O art. 3º, inciso I¹⁹⁸, da Constituição Federal, por sua vez, estabelece como um dos objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Do mesmo modo, o art. 170, *caput*¹⁹⁹, dispositivo inserido no capítulo dedicado aos princípios da ordem econômica, faz a menção

¹⁹⁶ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do consumidor, a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito Processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

¹⁹⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

¹⁹⁸ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

¹⁹⁹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”

aos ditames da justiça social, e em seus incisos III e VII, destacada a função social da propriedade e a redução das desigualdades sociais.

A solidariedade serve como instrumento para a dignidade social do cidadão, que pode se materializar de algumas formas, como explica PIETRO PERLINGIERI, *in verbis*:

De acordo com a interpretação mais restrita, a igual dignidade social impõe ao Estado agir contra as situações econômicas, culturais e morais mais degradantes e que tornam os sujeitos indignos do tratamento social reservado à generalidade. A valoração em negativo da igualdade social significaria apenas que a posição de uns não deve ser degradante em relação àquela de outros.

[...]

É necessário tomar uma posição contra a concepção que considera o indivíduo como valor pré-social, relevante também na ótica jurídica, prescindindo da relação com o outro. Desse modo, acentua-se o isolamento do indivíduo e dos seus problemas daqueles da sociedade na qual vive, inspirando-se em uma visão individualista não compatível com o sistema constitucional²⁰⁰.

Evidentemente, o princípio da solidariedade, que tem como origem o Estado do Bem-Estar social – disseminado no período pós-Segunda Guerra Mundial – serve de equilíbrio aos princípios da liberdade individual e da livre iniciativa, cuja proteção irrestrita, especialmente verificada no âmbito dos contratos, mostrou-se como fonte de injustiças sociais e desequilíbrios inaceitáveis.

Essa é a razão pela qual também podemos afirmar que a Constituição Federal de 1988 não é de índole liberal, já que estabelece em diversas ocasiões a justiça social como um valor a ser perseguido. Nesse sentido, afirma TERESA NEGREIROS:

Por outro lado, porém, é esta mesma Constituição a estabelecer como finalidade da ordem econômica “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, caput, da CF), afirmando ainda os princípios da função social da propriedade e da redução das desigualdades sociais (art. 170, III e VII)²⁰¹.

O princípio da solidariedade social irradia seus valores para outros princípios do direito contratual, com destaque para a boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio econômico-financeiro. Dedicaremos itens específicos para a abordagem sobre os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Com base neste princípio, estabeleceu-se o

²⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37-38.

²⁰¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 279.

preceito da proteção da confiança, de modo que não somente o que está previsto no contrato é relevante, como também a conduta das partes no trato da relação contratual.

Posto isso, como se demonstrará mais adiante, temos que o princípio da solidariedade, por servir de fundamento valorativo para os princípios da boa-fé objetiva, confiança e da função social dos contratos, representa, da mesma forma que os princípios anteriormente abordados, fundamento constitucional importante para se permitir a vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos de grupos societários.

3.1.4 Inafastabilidade da jurisdição

A Constituição Federal de 1988 é clara ao assegurar que toda e qualquer lesão ou ameaça a direito não poderá ser afastada da apreciação do Poder Judiciário. Esse é o comando do art. 5º, inciso XXXV, de acordo com o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O referido dispositivo constitucional materializa o denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição (ou também princípio do acesso à justiça) e o direito de ação, que assegura o direito fundamental de qualquer cidadão de provocar o Poder Judiciário com a finalidade de eliminar lesão ou ameaça a direito.

Sobre o referido princípio, este é o posicionamento da doutrina:

O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça²⁰².

Como esse princípio orienta a tese proposta neste trabalho acerca da possibilidade de vinculação da parte não signatária à arbitragem nos casos de grupos societários? Explicamos.

Já foi exposto neste estudo que o STF analisou a constitucionalidade de determinados dispositivos da Lei de Arbitragem na ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, em julgamento proferido em 12/12/2001, tendo reconhecido,

²⁰² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39-40.

na ocasião, a plena compatibilidade de dispositivos da Lei de Arbitragem com a Constituição Federal de 1988²⁰³.

No referido acórdão, a excelsa corte, nos diversos votos proferidos pelos ministros, destacou que a opção pela arbitragem deve decorrer da escolha livre e espontânea das partes, que optam por renunciar, em relação aos potenciais litígios decorrentes de uma determinada relação jurídico-contratual de natureza disponível, o acesso à jurisdição estatal, direcionando-os à solução via arbitragem, cuja observância é mandatória, gozando a decisão arbitral dos mesmos efeitos atribuídos às sentenças judiciais²⁰⁴.

Desse modo, não podem restar dúvidas sobre o seguinte ponto: a arbitragem deve ser uma manifestação autêntica, livre e espontânea daqueles que desejam se valer desse método alternativo de solução de controvérsias.

Pois bem. Trazendo esse princípio para o estudo ora em desenvolvimento, poder-se-ia concluir que a permissão da vinculação de uma parte não signatária do contrato e da cláusula compromissória à arbitragem, especialmente nos casos envolvendo integração passiva, configuraria violação ao referido princípio constitucional, pois a integração à arbitragem (e renúncia ao juízo estatal) estaria sendo imposta ao referido sujeito não signatário, já que inexistente o consentimento. Essa conclusão estaria equivocada pelas seguintes razões.

Como será discorrido ao longo do presente trabalho, a autorização da vinculação da parte não signatária à arbitragem nos casos de grupos societários está visceralmente associada ao papel desempenhado pela parte não signatária na negociação, celebração, execução e/ou terminação do contrato, de forma que, a partir da análise do caso concreto, seja demonstrado que esse sujeito não signatário manifestou inequivocamente o seu consentimento, por meio de uma declaração negocial tácita, em relação ao contrato e à cláusula compromissória, em razão do comportamento concludente por ele adotado ao longo da dinâmica contratual.

Nesse contexto, em linha com os fundamentos que serviram de base para a decisão do STF que reconheceu a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Arbitragem, tendo em vista a premissa fática de que a parte não signatária demonstrou inequívoco consentimento quanto ao contrato e à cláusula compromissória por meio do comportamento concludente, renunciando, pois, à jurisdição estatal, não há o que se falar em violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, na medida em que a opção pela arbitragem está materializada

²⁰³ SEC 5206-7, Relator (a). Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Pleno. Data do Julgamento: 12/12/2001, Data da Publicação/Fonte: DJU 19.12.2001.

²⁰⁴ Segundo o Artigo 31 da Lei de Arbitragem, “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

numa declaração negociação tácita.

Desse modo, o fenômeno da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória, na verdade, reforça o princípio da inafastabilidade da jurisdição, já que remete às partes contratuais, incluindo a não signatária, à jurisdição privada livremente escolhida, sem prejuízo do controle *a posteriori* do Poder Judiciário se instado por meio de ação anulatória perante a justiça estatal, com o fito de impugnar eventuais vícios da sentença arbitral.

3.2 A VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

A teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória também deve ser estudada à luz dos princípios que regem o direito contratual. Isso porque, como visto, a cláusula compromissória tem natureza jurídica de negócio jurídico²⁰⁵.

Começamos a presente abordagem fazendo referência aos princípios clássicos do direito contratual, que tiveram como origem as revoluções liberais, que preconizaram as garantias e liberdades individuais dos cidadãos frente ao Estado. O dogma e princípio fundamentais do liberalismo tinham como alicerce a autonomia de vontade (e liberdade contratual), como forma de total oposição de qualquer intervenção do Estado nas relações entre particulares.

As revoluções liberais viabilizaram substancial crescimento econômico, levando ao auge do liberalismo econômico, sob a égide da famosa expressão “*laissez faire et laissez passer, le monde v alui-même*”, que orientou a política econômica de não interferência do Estado como premissa fundamental da economia.

Dentro desse cenário, em razão do primado da autonomia privada e da não intervenção do Estado na relação entre os particulares, surgiram os princípios que asseguram a liberdade contratual, a força obrigatória dos contratos (“*pacta sunt servanda*”) e a relatividade dos efeitos do contrato, os quais serviram de base principiológica para orientar a relação entre Estado e os particulares²⁰⁶.

²⁰⁵ Nesse sentido, vale lembrar o teor do Artigo 4º da Lei de Arbitragem, *in verbis*: “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

²⁰⁶ Remetemos o leitor à sistematização de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO: “São três os princípios do direito contratual que vêm do século passado; giram eles em torno da autonomia da vontade e assim se formulam: a) as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei – princípio da liberdade contratual *lato sensu*; b) o contrato faz lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil francês), *pacta sunt*

No Brasil, os referidos princípios inspiraram, por exemplo, a elaboração e promulgação do código civil de 1916, diploma de índole absolutamente liberal e individualista.

Posteriormente, mais especificamente após o período pós-guerra, observaram-se situações contratuais que, por força desse evento extraordinário, se tornaram insustentáveis. Além desse fator, verificou-se que o modelo principiológico de índole liberal que tinha como base a autonomia da vontade gerava injustiças sociais gritantes, o que motivou, inclusive, a deflagração de movimentos sociais com ideais socialistas e adeptos ao modelo do Estado Social.

No Brasil, após a promulgação do Código Civil de 1916, foram promulgadas leis específicas destinadas a regular situações singulares em relação às quais os ideais liberais se mostraram absolutamente incompatíveis, como foi o caso da promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho.

Promulgada a Constituição Federal de 1988, que veiculou princípios de índole social, a exemplo do princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, e, ainda, diante da promulgação de importantes diplomas como o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, o modelo clássico do direito contratual, inspirado nos princípios de índole liberal, passou a ser reinterpretado de acordo com o modelo contemporâneo, que tem como base os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio econômico-financeiro²⁰⁷.

Dentro deste contexto, passamos a estudar a teoria da vinculação da parte não signatária à luz dos princípios que orientam o direito contratual.

servanda – princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais; c) o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* – princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Os grandes movimentos sociais do final do século passado e da primeira metade do século XX obrigaram os juristas a reconhecer o papel da ordem pública, acrescentando-se, pois, segundo alguns, um quarto princípio, dito princípio da supremacia da ordem pública”. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito e exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 115.

²⁰⁷ TERESA NEGREIROS expõe que “a tarefa do intérprete, diante da hipercomplexidade antes referida, é reconstruir o sistema contratual, com o impulso da entrada em vigor de um novo Código Civil, de forma a conciliar os princípios clássico, de índole liberal, com os princípios contemporâneos, de índole social e tutelar, num equilíbrio o mais fiel possível ao compromisso que a esse respeito foi formado na arena constitucional”. In: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 111.

3.2.1 Liberdade contratual e autonomia privada

A liberdade contratual, em sua concepção clássica, tem por base os ideais liberais que asseguravam o não intervencionismo do Estado na relação entre os particulares. A liberdade, ainda dentro da perspectiva clássica, era compreendida como um elemento inato ao ser humano, que estava livre para contratar como e com quem desejasse²⁰⁸. E essa liberdade, evidentemente, tinha por base o princípio da autonomia da vontade.

Sucedem que, com o advento do modelo contemporâneo dos princípios contratuais, a liberdade de contratar conferida aos particulares passou a ser compreendida em alinhamento com os valores sociais, com atenção à boa-fé objetiva, função social do contrato e, ainda, aos limites da ordem pública²⁰⁹. Essa nova leitura da liberdade contratual tem por base a autonomia privada, que não tem por lastro o dogma absoluto da vontade²¹⁰.

O princípio da autonomia privada²¹¹ confere aos particulares a prerrogativa de autorregulamentação de seus próprios interesses, visando à criação, modificação ou extinção de relações jurídicas passíveis de livre disposição. Trata-se da prerrogativa de decidir acerca do interesse em contratar, com quem contratar, o que contratar e como contratar. É a essência da liberdade contratual.

Sobre a autonomia privada, EMILIO BETTI registra o que se segue:

Esta autonomia é reconhecida pela ordem jurídica, no campo do direito privado, exclusivamente na segunda das indicadas funções. É, portanto, reconhecida como atividade e potestas, criadora, modificadora ou extintora de relações jurídicas entre particulares: relações cuja vida e cujas vicissitudes, são, antecipadamente,

²⁰⁸ LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 22-23.

²⁰⁹ Destaque para o parágrafo único do Artigo 2035 do Código Civil de 2002. “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

²¹⁰ DIOGO LEONARDO MACHADO DE MELO aborda a questão da extensão da liberdade concedida pela autonomia privada: “a autonomia privada sofre restrições, e não poderia ser diferente. A autonomia privada não prevê uma liberdade absoluta, pois não existe liberdade contra o sistema do direito. Assim, a ela se impõem as restrições decorrentes do próprio ordenamento jurídico, que tem de ter univocidade, e por assim ser, a autonomia privada tem de ser exercida dentro dos limites da ordem pública e da observância aos valores e preceitos constitucionais”. In: MELO, Diogo Leonardo Machado. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 82.

²¹¹ A doutrina vem entendendo que a expressão autonomia privada superou a expressão autonomia da vontade, já que esta última ainda pressupõe os resquícios da vontade íntima dos sujeitos. Neste sentido: AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77-78; GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 42-43.

disciplinadas por normas jurídicas preexistentes. A manifestação precípua desta autonomia é o negócio jurídico, o qual, precisamente, é concebido como um acto de autonomia privada, a que o direito liga o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas entre particulares. Estes efeitos jurídicos produzem-se na medida em que são previstos por normas que, tomando por pressuposto de facto o acto de autonomia privada, os ligam a ele como sendo a fatiespecie necessária e suficiente²¹².

ANA PRATA assim se posiciona sobre a autonomia privada:

A autonomia privada é dotada de poder normativo “estatal”, limitada pelo ordenamento jurídico, ou seja, o ordenamento concede aos particulares uma esfera de poder para normatizarem, para realizarem a norma concretamente, estabelecendo regras entre si, as quais se obrigam, e o ordenamento reconhece a validade de tais regras, bem como a necessária observância a elas. A autonomia privada, como poder normativo, ou melhor dizer, como potestade, concedendo aos particulares o poder de efetuar negócio jurídico, esse, a seu turno, passa a criar uma norma que deverá ser observada pelos sujeitos que o criaram. A autonomia privada é aquela que o sistema confere aos particulares como potestade, para criar autorregulação²¹³.

Como reflexo natural princípio da autonomia privada, a liberdade de contratar assume papel determinante em matéria de direito contratual. De acordo com esse princípio, os particulares gozam de autonomia para decidir se desejam ou não fazer parte de determinado negócio jurídico contratual.

No contexto da teoria da vinculação da parte não signatária da cláusula compromissória à arbitragem, o princípio da autonomia privada ganha nitidez, uma vez que a parte não signatária, em razão de seu comportamento concludente nas etapas de negociação e/ou execução do contrato, manifesta inequívoco consentimento em relação ao contrato e à cláusula compromissória dele constante.

O fenômeno da vinculação da parte não signatária, portanto, não se trata de exceção ao princípio da autonomia privada. Na verdade, a permissão da vinculação da parte não signatária ao contrato e à cláusula compromissória tem por base a manifestação do consentimento inequívoco por meio de atos e/ou comportamento concludente da parte não signatária, de forma a revelar uma declaração negocial tácita. Esse conjunto de elementos conduz inexoravelmente à crença social, especialmente para os signatários do contrato subjacente, de que a parte não signatária consentiu com o contrato e sua cláusula

²¹² BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 98-99.

²¹³ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

compromissória.

Dentro dessa perspectiva, a teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória, essencialmente, tem lastro nos princípios da liberdade contratual e da autonomia privada, na medida em que o sujeito não signatário, em função do comportamento concludente adotado na dinâmica contratual, exteriorizou, por meio de uma declaração negocial tácita, consentimento em relação aos instrumentos, devendo estar sujeito aos efeitos dele decorrentes.

3.2.2 Consensualismo

O princípio do consensualismo indica que os contratos, como regra geral, aperfeiçoam-se pelo mero consenso entre as partes, por meio da manifestação de consentimento recíproco das partes em relação à avença. Logo, não há convenção sem o consentimento dos sujeitos particulares envolvidos.

Como regra, não há forma especial para a veiculação do consentimento, conforme art. 107 do Código Civil²¹⁴. Todavia, em determinadas hipóteses, o legislador pode exigir forma especial para o aperfeiçoamento dos contratos, como é o caso da escritura pública para os negócios envolvendo direitos reais, nos termos do art. 108²¹⁵ do Código Civil.

O consensualismo é a base estrutural da arbitragem. Isso porque a convenção de arbitragem deve ser fruto do livre e inequívoco consentimento dos sujeitos particulares, já que importa renúncia à jurisdição estatal. O STF, no famoso julgamento acerca da constitucionalidade de dispositivos da Lei de Arbitragem, também destacou a importância de que a escolha da arbitragem deve ser fruto da vontade das partes, conforme se depreende do voto-vista prolatado pelo Min. Néri da Silveira, *in verbis*:

Pois bem, diante do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição, parece fora de dúvida de que nem a cláusula compromissória nem o compromisso arbitral, enquanto modalidades de convenção de arbitragem, podem ser impostos pela lei, eis que conduzem a solução de litígios subtraídas ao Poder Judiciário, o que, para tanto, há de resultar da expressa vontade das partes e jamais da imposição da lei. Com efeito, não caberá instaurar-se juízo arbitral senão com o consenso das partes no sentido de sujeitar o litígio à decisão definitiva de um juízo particular, extrajudicial, constituído pela vontade das partes interessadas e segundo a convenção celebrada. O instituto da

²¹⁴ “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

²¹⁵ “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

arbitragem está, assim, baseado, fundamentalmente, na vontade das partes²¹⁶.

A Lei de Arbitragem, em diversos momentos, irradia o consensualismo, especialmente quanto à escolha da arbitragem como método de solução de controvérsias envolvendo direito patrimonial disponível (art. 1º), da possibilidade de escolha acerca da arbitragem de direito ou de equidade (art. 2º), da lei aplicável, no caso de arbitragem de direito (art. 2º, §1º).

Nesse diapasão, passamos a analisar como esse princípio dialoga com a questão relacionada à vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos dos grupos societários.

O pressuposto fático do fenômeno da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos dos grupos societários é o comportamento desempenhado pelo sujeito nas etapas de negociação, celebração, execução e/ou cessação do contrato em que consta a cláusula compromissória, aliado, ainda, as circunstâncias de configuração do grupo societário. Desse modo, o sujeito, embora não tenha subscrito o contrato, se comportou como se dele fosse signatário, não deixando margem de dúvida quanto à demonstração de seu inequívoco consentimento, em revelação de uma típica declaração negocial tácita à avença.

Vimos que a Lei de Arbitragem exige o requisito da forma escrita para a convenção de arbitragem. Sucede que a referida exigência não impede a declaração negocial possa ser veiculada de maneira tácita, quando tiver por base comportamento concludente e desde que respeitada a sua solenidade escrita.

Nesse horizonte, a teoria da vinculação da parte não signatária nos casos dos grupos societários também encontra fundamento jurídico no princípio do consensualismo.

3.2.3 Força obrigatória (*pacta sunt servanda*)

No que tange ao princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), esse projeta o conceito de acordo com o qual o contrato é vinculativo e obrigatório em relação às partes contratantes, devendo ser cumprido em todos os seus termos, sob pena das sanções legais cabíveis. Traduz-se no famoso brocardo “o contrato faz lei entre as partes”. Em outras palavras, o princípio da força obrigatória dos contratos preconiza que as disposições livremente pactuadas pelas partes deverão ser fielmente cumpridas, sob pena de execução patrimonial do devedor inadimplente.

²¹⁶ SEC 5206-7, Relator (a). Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Pleno. Data do Julgamento: 12/12/2001, Data da Publicação/Fonte: DJU 19.12.2001.

Evidentemente, esse princípio também se irradia no princípio da confiança, da boa-fé entre as partes e na função social, pois as normas contratuais livremente pactuadas geram a expectativa de adimplemento da contraparte.

Esse princípio pode ser visualizado em relação à cláusula compromissória na medida em que, uma vez surgida a controvérsia oriunda do contrato subjacente, a cláusula compromissória se reveste de plena eficácia, devendo o procedimento arbitral ser instituído.

Importando esse princípio para o tema objeto deste trabalho, temos que a força obrigatória dos contratos impõe que a parte não signatária da cláusula compromissória também esteja submetida ao procedimento arbitral, visto que, em razão dos atos praticados nas etapas de negociação e/ou execução do contrato, os quais assumiram natureza de comportamento concludente, exteriorizou típica declaração negocial tácita ao contrato (e, portanto, à cláusula compromissória), passando a fazer dele parte material, devendo estar sujeita, pois, a todos os efeitos jurídico-contratuais decorrentes.

Desse modo, o fenômeno da vinculação do sujeito não signatário também está em plena harmonia com o princípio da força obrigatória dos contratos.

3.2.4 Relatividade dos efeitos do contrato

O princípio da relatividade, por sua vez, materializa a regra geral segundo a qual os efeitos do contrato alcançam apenas às partes contratantes. No direito romano, este princípio era referenciado pelo brocardo “*res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet*”, ou seja, os atos concluídos por uns não podem beneficiar ou prejudicar outros. Trata-se, evidentemente, de um princípio que decorre do princípio da força obrigatória dos contratos, já que apenas aqueles que dele foram parte podem estar sujeitos aos seus efeitos²¹⁷. É o que se depreende das palavras de CARVALHO SANTOS:

Em regra, as obrigações não podem ser opostas a terceiros, nem por eles invocadas. É natural e lógico que assim seja, porque sem o consentimento válido não pode ter existência o ato jurídico, nem, por conseguinte, a obrigação, que, para essas pessoas que na sua formação não intervierem, é como se não existisse²¹⁸.

²¹⁷ De todo modo, vale lembrar que dizer que o Código Civil de 2002 disciplina, em hipóteses específicas, institutos que efetivamente condicionam ou projetam efeitos contratuais a terceiros que não figuraram como parte na origem. É o caso, por exemplo, da estipulação em favor de terceiro e da promessa de fato de terceiro, institutos previstos nos Artigos 436 e 439, respectivamente, do Código Civil de 2002.

²¹⁸ CARVALHO SANTOS, J. M. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 14. v. XIII.

Dessa forma, em relação à sua aplicação para a cláusula compromissória, o princípio da relatividade impõe que os efeitos da convenção de arbitragem apenas devem atingir as partes do contrato no qual a cláusula compromissória está inserida. Com base nesse conceito, numa percepção apressada, poder-se-ia cogitar que o fenômeno da vinculação da parte não signatária afronta o princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Essa conclusão estaria equivocada pelas razões que veremos a seguir.

Como exposto ao longo do presente trabalho, especialmente quando falamos a expressão “vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória” ao invés de “extensão da cláusula compromissória a terceiros não signatários”, o sujeito em referência, ou seja, aquele personagem que não lançou a sua assinatura no contrato que constou a cláusula compromissória, na medida em que participara ativamente da negociação e/ou execução do referido contrato, exteriorizou, com base em seu comportamento concludente, declaração negocial tácita, aceitando, pois, o contrato e todas as demais disposições, inclusive a cláusula compromissória.

O referido sujeito não signatário é, pois, parte do contrato e com base nesse mesmo princípio da relatividade dos efeitos do contrato, deve estar sujeito aos efeitos da cláusula compromissória e ao correspondente procedimento arbitral. Dentro desta perspectiva, é indubitável que a tese da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos dos grupos societários está em sintonia com o princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

3.2.5 Boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva exprime os valores da eticidade, probidade, lealdade e confiança nas relações jurídicas. Tendo como premissa esses valores, impõe-se aos particulares o cumprimento dos denominados deveres laterais e/ou anexos, dentre os quais se incluem os deveres de cuidado, informação e lealdade. TERESA NEGREIROS esclarece os contornos do princípio da boa-fé objetiva, conforme trecho a seguir:

Com efeito, o princípio da boa-fé representa, no modelo atual de contrato, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõem o seu substrato, o que explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos eles assoma o repúdio ao abuso da liberdade contratual a que tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos.
[...]

Na promoção de uma ética de solidariedade contratual, o princípio da boa-fé opera de diversas formas e em todos os momentos da relação, desde a fase de negociação à fase posterior à sua execução, constituindo-se em fonte de deveres e de limitação de direitos de ambos os contratantes²¹⁹.

O princípio da boa-fé objetiva, por meio do princípio da eticidade, representa um princípio orientador da elaboração do Código Civil de 2002, ao lado dos princípios da socialidade e da operabilidade.

A doutrina destaca que a boa-fé tem três funções principais: a) a função interpretativa, conforme art. 113²²⁰ do Código Civil; b) função integrativa, nos termos do art. 422²²¹ do Código Civil; e c) função negativa, consoante art. 187²²² do Código Civil, que disciplina o abuso de direito.

É evidente que o princípio da boa-fé objetiva tem aplicação direta em relação à cláusula compromissória. Em razão de sua onipresença em matéria contratual, é dever das partes contratantes de um determinado contrato que conste cláusula compromissória atuar em conformidade com os ditames da boa-fé objetiva, de forma a pautar suas condutas com lealdade, probidade e respeito ao princípio da confiança, que representa o seu substrato.

A boa-fé objetiva tem grande relevância para o tema em comento. Isso porque a ideia de permitir vinculação da parte não signatária da cláusula compromissória à arbitragem está associada ao fato de que a parte não signatária efetivamente participou das tratativas iniciais, da celebração e/ou da execução do contrato subjacente, gerando legítima expectativa, crença e confiança no ambiente social e nos seus interlocutores contratuais de que representava um personagem com ampla legitimidade contratual.

Nas óticas das funções interpretativa e integrativa da boa-fé, a cláusula compromissória deve ser interpretada e aplicada de modo a permitir a vinculação dos sujeitos não signatários integrantes de grupo societário de uma determinada parte signatária que manifestou consentimento em relação ao seu conteúdo, inclusive quando decorrente da prática de atos concludentes plenamente aptos a demonstrar o assentimento da parte não signatária, via declaração negocial tácita.

No contexto da vinculação da parte não signatária nos casos de grupos societários, a boa-fé objetiva se mostra mais eloquente na sua faceta de função negativa. Isso porque a

²¹⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.116-118.

²²⁰ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

²²¹ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

²²² “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória é bastante aderente à teoria dos atos próprios, base do instituto do “*nemo potest venire contra factum proprium*”, que estabelece a vedação ao comportamento contraditório²²³. Nessa perspectiva, o sujeito não signatário, ao se comportar e adotar atos inerentes a uma parte signatária-contratual, gerando legítima expectativa e confiança nos interlocutores contratuais, não pode se furtar, quando instado, sob a alegação de que não é signatário, à sujeição aos efeitos da cláusula compromissória, uma vez que essa postura configuraria típica hipótese de comportamento contraditório em relação ao comportamento adotado ao longo de toda a dinâmica contratual, vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, na dicção do art. 187²²⁴ do Código Civil, que disciplina o abuso de direito.

Nesse sentido, vale citar a obra de ANDERSON SCHREIBER sobre a impossibilidade de se adotar comportamento incompatível com aquele desempenhado ao longo da relação jurídica, gerando legítima expectativa na contraparte:

A terceira função geralmente atribuída à boa-fé objetiva é a de impedir o exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas. Trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conforme aos standards impostos pela cláusula geral. Aqui, a doutrina utiliza frequentemente a expressão exercício inadmissível de direitos, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé²²⁵.

Nesse contexto, a teoria da vinculação da parte não signatária encontra respaldo no princípio da boa-fé objetiva, pelas seguintes razões: a) a parte não signatária gerou legítima confiança nos seus interlocutores contratuais – os signatários; e b) a parte não signatária não está autorizada a adotar, na ocasião da produção de efeitos da cláusula compromissória, comportamento diametralmente oposto àquele adotado ao longo de toda relação jurídico-contratual do qual participou como verdadeiro protagonista.

²²³ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

²²⁴ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

²²⁵ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 83-84.

3.2.6 Função social do contrato

Já o princípio da função social do contrato traz como seu preceito norteador a impossibilidade de utilização do contrato como veículo de satisfação de interesses próprios, em detrimento de princípios e valores sociais previstos na Constituição Federal de 1988. Dentro dessa abordagem, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 1º, incisos III e IV²²⁶, respectivamente, o princípio da dignidade da pessoa humana e o destaque para os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O Código Civil de 2002 também prevê o princípio da função social nos arts. 421²²⁷ e 2035, parágrafo único²²⁸.

CLAUDIO LUIZ BUENO GODOY destaca a base constitucional do princípio da função social do contrato, *in verbis*:

É pois diante desse tecido normativo, desses verdadeiros objetivos fixados, que o contrato deve ser funcionalizado. Deve, há de se reconhecer, voltar-se à promoção dos valores básicos do ordenamento, o que, no Brasil, resta claro da disposição do art. 170, logo no caput, da Constituição federal, que estabelece, como princípios fundamentais da ordem econômica – de que o contrato é fundamental instrumento, conforme atrás examinado, no Capítulo 1 -, a dignidade da pessoa humana e a justiça social, já antes, nos arts. 1º, III e IV, bem assim no art. 3º, I, consagrados como princípios e objetivos fundamentais da República (princípios da dignidade e do solidarismo). E sem que, nesse passo, porque os objetivos perseguidos são o solidarismo e a dignidade humana, se possa separar uma função que seja social, de integração social, de outra individual, que seja de garantir condições de desenvolvimento pessoal dos indivíduos²²⁹.

Segundo TERESA NEGREIROS, o conteúdo da função social pode ser assim exposto:

Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas²³⁰.

²²⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.”

²²⁷ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

²²⁸ “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

²²⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 115.

²³⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206.

Para a mencionada autora, o princípio da função social impõe uma nova leitura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato²³¹, pois sugere uma interpretação do contrato além do interesse individual das partes contratantes.

Na nossa perspectiva, o princípio da função social, lançado ao tema objeto do presente trabalho, reforça a ideia de que a parte não signatária, por ter participado ativamente na realização do contrato, comportando-se como se parte signatária fosse, deve ser integrado ao procedimento arbitral, já que exteriorizou seu consentimento tácito, por meio de uma declaração negocial tácita. A função social projeta o intérprete, pois, a uma análise mais abrangente e que extrapola a mera conferência da assinatura do sujeito no instrumento contratual, tendo por base o comportamento adotado pela parte não signatária ao longo da relação jurídico-contratual.

Dessa forma, a teoria da vinculação do terceiro não signatário à cláusula compromissória também encontra fundamento principiológico no princípio da função social do contrato.

3.3 A VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA À LUZ DE PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA ARBITRAGEM

A arbitragem é orientada não somente pelos princípios constitucionais e princípios do direito contratual, como também por princípios próprios do instituto, os quais levam em consideração suas particularidades²³². Em resumo, os princípios orientadores da arbitragem têm por objetivo comum, cada um no seu espectro de atuação, assegurar a efetividade da arbitragem como método livremente escolhido pelas partes para solução das controvérsias decorrentes de determinadas relação jurídico-contratual.

Desse modo, é de fundamental importância explorar a teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória de acordo com os princípios que orientam a arbitragem: princípio da autonomia da cláusula compromissória, princípio “*kompetenz-*

²³¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 216-217.

²³² MARIA HELENA DINIZ ressalta a importância de pesquisar os princípios específicos de cada instituto ao dizer que “cada ramo do direito, cada assunto jurídico tem seus princípios peculiares, que podem ser trazidos a lume por via indutiva. Por exemplo: num caso referente a sucessões, estuda-se, primeiramente, o capítulo com ele relacionado; na falta de êxito investigam-se os institutos afins, no Livro IV do Código em seu conjunto, indo depois ao direito civil integral, em seguida ao direito privado e depois a todo direito positivo. Recorre-se, pois, aos princípios gerais de um instituto jurídico, de vários institutos afins, do direito privado, do direito público, enfim, do direito positivo em sua plenitude”. In: DINIZ, Maria Helena. **Lacunhas no Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva 1995, p. 236.

kompetenz” e princípio do “*favorem validitatis*”.

3.3.1 Autonomia da cláusula compromissória

A cláusula compromissória, embora representando uma das várias disposições de um contrato, é autônoma em relação a esse. Este é o conceito previsto no art. 8º²³³, caput, da Lei de Arbitragem, que é claro que dispor acerca da absoluta autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato. O referido princípio tem reconhecimento no direito comparado, sendo conhecido em inglês de “*separability*” e em francês de “*séparabilité*”.

Como regra, as disposições acessórias seguem o mesmo destino do contrato principal, consoante consolidado brocardo “*accessorium sequitur principale*”. Essa é a previsão contida, inclusive, no art. 92²³⁴ do Código Civil de 2002. É o que ocorre, por exemplo, com o contrato de fiança, ou seja, uma vez extinto o contrato principal, extinguir-se-á a fiança prestada. Não é esse o caso, por outro lado, da cláusula compromissória, que é autônoma em relação ao contrato subjacente por expressa disposição legal.

Desse modo, a rigor, as hipóteses de nulidade do contrato principal não contaminam a cláusula compromissória, salvo as hipóteses em que o vício, necessariamente, alcança tanto o contrato quanto à cláusula compromissória.

A lógica desse princípio obedece a duas razões principais: (i) a primeira diz respeito à preservação da escolha das partes em relação à arbitragem como método de resolução de controvérsias oriundas do contrato; e (ii) a função específica exercida pela cláusula compromissória em relação às demais disposições do contrato subjacente.

Examinando a primeira razão lógica do princípio da autonomia da cláusula compromissória, podemos perceber que o seu conceito visa prevenir situações indesejáveis capazes de comprometer a regular instituição da arbitragem, em razão de atos da parte recalcitrante. Isso porque, na ausência dessa disposição, no caso de eventual surgimento de controvérsia decorrente de uma determinada relação jurídico-contratual, a parte não interessada na instituição da arbitragem poderia pretender suscitar vícios do contrato, visando macular a sua existência, validade ou eficácia, e, ato contínuo, com base nos vícios do contrato, atingir a cláusula compromissória dele integrante. Essa medida representaria uma

²³³ “Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.”

²³⁴ “Art. 92. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.”

espécie de subterfúgio da parte recalcitrante para prejudicar e comprometer a instituição da arbitragem.

Para evitar situações como essa, o princípio da autonomia da cláusula compromissória impõe a regra de que eventuais vícios do contrato não afetarão, *a priori*, a higidez da convenção de arbitragem. Sobre esse ponto, explica GIOVANNI ETTORE NANNI:

Ainda que a cláusula compromissória detenha, em sua gênese, conforme a letra da norma, um certo grau de acessoriedade ao contrato em que foi incluída, já que sua existência supõe a do principal (art. 92, CC), o que poderia levar à conclusão de sua característica acessória, a verdade é que a LArb subtrai esse predicado, conferindo-lhe autonomia.

A despeito do estado das coisas reciprocamente consideradas, a lei e/ou a vontade das partes pode afastar o caráter acessório de determinado bem e, por extensão, de um negócio jurídico. É assim em relação à cláusula compromissória, por expressa previsão do art. 8º, caput, da LArb, que a considera autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta.

Acessoriedade pressupõe dependência, o que não é o caso em relação à cláusula compromissória. Sendo assim, ela não obedece à regra de que o acessório segue o principal, mesmo porque a extinção do contrato – pelo término da vigência, por exemplo – em que ela foi incluída não lhe acarreta o mesmo efeito²³⁵.

Vale ressaltar, todavia, que a autonomia da cláusula compromissória não significa que essa disposição deva ser interpretada de forma apartada das demais disposições. A razão de existir do princípio da autonomia da cláusula compromissória é evitar que as partes se valham de fundamentos de nulidade do contrato para comprometer a higidez da cláusula compromissória. Portanto, no que tange aos aspectos relacionados à formação, execução e terminação do contrato, a cláusula compromissória deve ser interpretada como uma disposição integrante do organismo contratual.

Desse modo, em matéria de interpretação da cláusula compromissória em relação ao conjunto contratual, o princípio da autonomia da cláusula compromissória não autoriza a pretensão de se estudar e interpretar a declaração negocial ao contrato e à cláusula compromissória separadamente. A declaração negocial se dá em relação ao conjunto contratual, inclusive no que pertine à cláusula compromissória dele constante, na medida em que o contrato e a cláusula compromissória dele constante são instrumentalmente unificados²³⁶. O princípio da autonomia não se presta, portanto, para permitir que se pretenda

²³⁵ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19.

²³⁶ PITOMBO, Eleonora C. Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do princípio da Kompetenz-Kompetenz no Brasil In: FERREIRA, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.).

direcionar o consentimento manifestado pela parte não signatária para disposições aleatórias do contrato, à sua livre escolha.

A parte não signatária, pois, ao exercer participação ativa nas etapas de celebração, execução ou extinção do contrato, comportando-se, pois, concludentemente, manifestou consentimento em relação ao contrato como um todo, aqui incluída a cláusula compromissória, e não apenas em relação a determinadas disposições contratuais.

Dentro dessa perspectiva, podemos afirmar que teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória não conflita com o princípio da autonomia da cláusula compromissória.

3.3.2 Princípio *Kompetenz-Kompetenz*

Outro princípio de grande importância em matéria de arbitragem diz respeito ao princípio *kompetenz-kompetenz*, previsto no parágrafo único do art. 8º²³⁷ da Lei de Arbitragem. Basicamente este preceito legal impõe que caberá ao árbitro decidir com precedência as questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Dentre dessa perspectiva, caberá ao árbitro decidir todas as questões relacionadas ao contrato e à cláusula compromissória, inclusive no que diz respeito à arbitralidade objetiva, ou seja, a natureza do litígio submetido à arbitragem; e à arbitralidade subjetiva, isto é, quem são aqueles que estão sujeitos à jurisdição arbitral. Nesse sentido, explica ELEONORA C. PITOMBO:

Felizmente a Lei nº 9.307/96, a exemplo dos países em que a arbitragem é instituto consolidado e desenvolvido, adotou de forma irrestrita o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, ou seja, houve por bem atribuir aos árbitros a apreciação de sua própria competência – aí incluída a análise da arbitralidade objetiva e subjetiva do litígio – e de todas e quaisquer alegações de validade e eficácia tocantes à convenção de arbitragem²³⁸.

Em razão da atribuição ao juízo arbitral da competência para apreciar as referidas

Arbitragem: estudo em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, p. 329.

²³⁷ “Art. 8º. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”

²³⁸ PITOMBO, Eleonora C. Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil In: FERREIRA, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords). **Arbitragem: estudo em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam.** São Paulo: Atlas, 2007, p. 328.

questões com precedência em relação ao juízo estatal, a doutrina sugere que o referido princípio deveria ser denominado como “jurisdição-jurisdição”, na medida em que caberá ao árbitro decidir sobre a existência de jurisdição arbitral em relação ao objeto do litígio, não se tratando de regra de competência, que está associada, a rigor, à forma de organização da justiça. Nesse sentido, explica FRANCISCO JOSÉ CAHALI:

Na verdade, embora se traduza como princípio da competência-competência, e assim se refira a doutrina ao identificar esta regra, como antes referido, se contém neste princípio a essência da jurisdição que, *in abstracto*, é inerente ao árbitro, pois se atribui a ele, *in concreto*, o poder de avaliar o litígio a ele submetido e concluir pela inviabilidade de sua apreciação no seu próprio juízo arbitral, ou seja, diz o árbitro que a matéria não é arbitrável, e assim, impossível de ser por ele apreciada. Desta forma, a regra confirma uma vez mais a opção legislativa de outorgar jurisdição ao juízo arbitral. Neste caminho a doutrina, à qual no filiamos, diz que o princípio da competência-competência deveria ser da “jurisdição-jurisdição”. O árbitro tem competência para avaliar a possibilidade de o litígio ser submetido à sua jurisdição ou não, haja vista a natureza jurídica da arbitragem [...] ²³⁹.

A *ratio essendi* desse princípio é similar à que orienta o princípio da autonomia da cláusula compromissória – evitar que a parte resistente à instituição da arbitragem busque se valer das vias judiciais estatais para trazer empecilhos à regular instauração do procedimento arbitral.

Evidentemente, os efeitos negativos e positivos da cláusula compromissória têm relação direta com esse princípio, uma vez que impõem ao Poder Judiciário o dever de se abster de apreciar as questões relativas à existência, validade e eficácia do contrato e da cláusula compromissória com precedência em relação aos árbitros, sem prejuízo do posterior controle da legalidade, após a prolação da sentença arbitral ²⁴⁰.

Esse princípio é importante para o desenvolvimento da tese ora proposta, pelas seguintes razões. Primeiramente, vale dizer que caberá ao árbitro, em função do princípio *kompetenz-kompetenz*, decidir se a parte não signatária da convenção deverá ou não integrar o procedimento arbitral, considerando a ausência de assinatura no contrato em que consta a cláusula compromissória. Os regulamentos de algumas instituições de arbitragem, como visto, já refletem a prerrogativa dos árbitros de decidirem acerca da arbitralidade subjetiva.

Essa decisão, evidentemente, demandará do árbitro o conhecimento e apreciação dos elementos de prova, com o objetivo de aferir se a parte não signatária teve participação nas

²³⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: resolução CNJ 125/2010. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 101-102.

²⁴⁰ “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.”

etapas contratuais, adotando comportamento concludente, de modo a indicar o seu assentimento em relação ao contrato e à cláusula compromissória²⁴¹. Essa análise levará em consideração as circunstâncias decorrentes da configuração do grupo societário.

Nesse contexto, a interface que o princípio da *kompetenz-kompetenz* exerce sobre o tema objeto do presente trabalho é no sentido de atribuir aos árbitros a competência para apreciar, com precedência, a questão de ordem acerca da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória, sem prejuízo do posterior controle pelo Poder Judiciário²⁴².

3.3.3 Princípio da interpretação em favor da arbitragem (*favorem validitatis*)

O princípio da interpretação “*favorem validitatis*” informa que, nos casos de dúvidas quanto à arbitragem, a hermenêutica deve se dar em benefício de sua realização, especialmente quando presentes indícios que demonstram que as partes optaram pela arbitragem. Trata-se de um princípio universal²⁴³.

Sobre o referido princípio, PEDRO BATISTA MARTINS afirma que “não se trata de um favorecimento da arbitragem em sentido pejorativo, mas de algo positivo e transcendente. O favor se consubstancia como garantismo da vontade das partes e da boa-fé que impera nas relações contratuais”²⁴⁴.

²⁴¹ A doutrina tem entendido que em determinadas hipóteses, especialmente aquelas nas quais em que é possível identificar um vício *prima facie* da cláusula compromissória, a exemplo da inexistência de declaração de uma das partes, o princípio da competência-competência, segundo o qual cabe ao árbitro decidir, com precedência, as questões relativas à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, cede lugar ao princípio da segurança das relações jurídicas, permitindo que a controvérsia seja conhecida diretamente pelo Poder Judiciário. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, por exemplo, indica que “em situações especiais, como nos casos em que a instauração do procedimento arbitral se fará por indicação do juízo estatal em cumprimento da cláusula compromissória vazia (art. 7º da Lei 9.307/1996), a convenção será previamente analisada pelo Judiciário, de forma superficial, tal como também acontece quando uma das partes ingressa com a ação no juízo estatal e a outra parte invoca a existência de cláusula compromissória com o objetivo de se extinguir o processo, sem julgamento de mérito (art. 267, III c/c art. 301, IX, do CPC). Verificada, *prima facie*, gritante vício na convenção ou no próprio contrato, objetivamente apurado, tem sido admitido o reconhecimento judicial nesta oportunidade. Como exceção à regra, a análise é circunstancial, ou seja, dependerá de quanto apresentado na hipótese submetida a exame. O relevante é saber que, diante de uma anomalia evidente, detectada *primo ictu oculi*, há que se admitir a avaliação prévia (ou concomitante) do vício pelo Judiciário, permitindo-lhe até mesmo, se o caso, seguir à apreciação do mérito do conflito”. In: CAHALI, Francisco José Cahali. **Curso de arbitragem**: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 108.

²⁴² É o que dispõe o artigo 33 da Lei de Arbitragem: “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.”

²⁴³ LEMES, Selma Ferreira. Equidade e celeridade: Advogado deve abandonar processo civil na arbitragem. Revista **Consultor Jurídico**, 12 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-12/entrevista-selma-lemes-advogada-professora-especialista-arbitragem>>. Acesso em: 8 jun. 2017.

Na mesma linha, SELMA M. FERREIRA LEMES explica que:

O princípio da interpretação pró-validade da cláusula arbitral encontra-se albergado na doutrina e jurisprudência como princípio auxiliar aos demais princípios, mas que não deve isoladamente ser aplicado, posto que há de ser sempre priorizado no processo exegético a verificação da real intenção das partes em dispor sobre arbitragem. Todavia, é um princípio auxiliar que conjuntamente com os demais poderá ser invocado para interpretar a cláusula compromissória ambígua ou contraditória²⁴⁵.

Esse princípio tem grande importância na tese ora proposta. Isso porque a parte não signatária, ao participar e desempenhar papel ativo nas etapas contratuais de celebração, execução ou extinção do contrato, praticando atos concludentes, manifesta seu consentimento em relação ao todo contratual, por meio de uma declaração negocial tácita.

O comportamento concludente, interpretado à luz do princípio em comento, indica que o árbitro deverá levar em consideração que a parte não signatária manifestou declaração negocial em relação à cláusula compromissória, devendo o juízo arbitral garantir que a escolha das partes seja privilegiada, de forma que o litígio emergente do contrato subjacente seja submetido à arbitragem.

Nesse contexto, o princípio do *“favorem validitatis”* é aderente à tese acerca da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória, de modo que o juízo arbitral, diante dos elementos de prova que indiquem que a parte não signatária, por meio do seu comportamento concludente, consentiu com a cláusula compromissória constante de contrato, deverá priorizar a integração desse sujeito ao procedimento, com os desdobramentos naturais dessa decisão.

²⁴⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. Autonomia da Cláusula Compromissória. In: AZEVEDO, André Gomma. (Coord.). **Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação**. Brasília, 2003. v. 2. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/segunda-parte-artigos-dos-professores/autonomia-da-clausula-compromissoria>. Acesso em: 8 jun. 2017.

²⁴⁵ LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam** do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, p. 207.

4. OS GRUPOS SOCIETÁRIOS

4.1 BREVE HISTÓRICO

Para compreendermos a extensão e alcance dos agrupamentos empresariais de maneira geral, gênero do qual os grupos societários são espécie, é necessário recuperarmos a evolução histórica do desenvolvimento desses agrupamentos.

As primeiras associações comerciais surgem a partir do século XII, com características similares às sociedades anônimas, em razão da necessidade de engajamento de recursos e esforços por diversos sujeitos para fazer frente aos custos e riscos associados aos movimentos de colonização para posterior exploração econômica das colônias ao redor do mundo. A ideia de separação entre o patrimônio do sócio da sociedade (autonomia da personalidade jurídica) tem os seus primeiros contornos traçados nessa época. Exemplo clássico que retrata esse momento histórico foi a constituição da companhia holandesa das Índias orientais.

JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA discorre acerca dessa evolução histórica:

O desenvolvimento maior das sociedades, de sorte a aproximá-las de sua configuração moderna, somente se verificaria na Idade Média, quando a noção da separação entre o patrimônio da sociedade e o dos sócios passou a se definir. Foram-se tornando comuns sociedades que tomavam contorno da sociedade em nome coletivo e da sociedade em comandita simples, e que, por desenvolverem atividades de natureza mercantil, eram consideradas comerciais.

No início do século XVII surgiriam as companhias de comércio, destinadas à exploração colonial, com características semelhantes às das sociedades por ações. A Companhia Holandesa das Índias Orientais teria sido a primeira dentre estas. A Revolução Industrial, dois séculos após, faria da sociedade anônima o grande instrumento de sua realização²⁴⁶.

Com a eclosão da revolução francesa e a difusão do liberalismo econômico, a sociedade anônima representou o grande veículo de conjugação de recursos de sujeitos empresariais para a exploração comercial de atividades econômicas com a finalidade de obtenção de lucro e sua repartição.

Já a partir do século XX, notadamente após a segunda guerra mundial, e, ainda, diante da extensa globalização que marcou esse período histórico, despertou-se um grande movimento de concentração empresarial, quando então surgiram os grandes grupos

²⁴⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 2.

empresariais, constituídos por uma multiplicidade de pessoas jurídicas integrantes de uma mesma organização empresarial.

Com efeito, nas palavras de LUIZ GASTÃO P. BARROS LEÃES, “a evolução da economia capitalista, nos últimos quarenta anos, e notadamente a partir da segunda guerra mundial, tem sido comandada pelo fenômeno da concentração empresarial”²⁴⁷. Esse fenômeno – a concentração empresarial – materializa-se por uma “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”²⁴⁸.

Sobre as fases do direito empresarial, sintetiza o Professor FABIO KONDER COMPARATO:

A associação de empresas juridicamente independentes, atuando sob uma direção unitária, compõe a figura dos grupos econômicos, que são atualmente os grandes sujeitos empresariais. O direito empresarial entra, assim, na terceira fase histórica de seu desenvolvimento. A primeira corresponde ao surgimento do comerciante individual, como profissional dotado de um estatuto próprio, destacado do sujeito do direito comum. A segunda fase abre-se com a multiplicação das empresas societárias, notadamente com a vulgarização da sociedade anônima no curso do século passado [século XIX], como instrumento de captação do investimento popular. Agora, o universo das multinacionais, das holdings, joint ventures e consórcios indica que os atuais protagonistas da vida empresarial são associações de empresas, e não mais sociedades isoladas.²⁴⁹

Os grupos societários, enquanto modelo de agregação de diversas sociedades com personalidades jurídicas independentes, sob unidade de direção e coordenação, portanto, emergem a partir deste novo formato de desenvolvimento da atividade empresarial por meio do fenômeno da concentração empresarial.

4.2 O CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS

Os grupos societários²⁵⁰ consistem num agrupamento²⁵¹ empresarial integrado por pluralidade de sociedades empresárias, sob direção e coordenação única, conduzido por uma

²⁴⁷ LEÃES, Luiz Gastão P. de Barros. A estruturação de um grupo empresarial. In: **Direito comercial** – textos e pretextos. José Bushatsky, Editor: São Paulo, 1976, p. 122.

²⁴⁸ DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários: da formação à falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1

²⁴⁹ COMPARATO, Fabio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. Saraiva: São Paulo, 1995, p. 275.

²⁵⁰ A abordagem acerca dos grupos de sociedade feita no presente trabalho é geral e abrange os grupos formados por diversas sociedades com personalidade jurídica própria, porém com unidade de direção. Esse conceito, portanto, não busca adotar o conceito de grupos societários previsto no Capítulo XXI da Lei nº 6.404/76, que, quando mencionado, será referenciado e/ou acompanhado da expressão “grupos de direito”.

sociedade dominante, preservando cada uma delas a sua respectiva personalidade jurídica. Com efeito, os grupos societários apresentam duas características essenciais: a) diversidade jurídica, em razão da composição por diversas sociedades empresárias com personalidade jurídica autônoma; e b) direção unitária econômica definida conforme a vontade da sociedade dominante. Ou seja, o grupo societário revela uma diversidade jurídica aliada à unidade econômica²⁵².

Os grupos societários pertencem ao gênero dos grupos de subordinação, que são aqueles caracterizados pela estrutura hierarquizada, em que uma sociedade exerce uma dominação, mediante o exercício do poder de controle, em relação às demais sociedades do grupo. Essa característica faz com que os grupos de subordinação, do qual o grupo societário é espécie, diferenciem-se dos denominados grupos de coordenação²⁵³, em que não há a presença de uma sociedade dominante e sociedades dominadas, mas sim o engajamento de parceiros com objetivo comum, como é o caso dos consórcios²⁵⁴.

Nesse contexto, os grupos societários, portanto, têm natureza jurídica de grupos de subordinação. Sobre este ponto específico, importante a explicação de FÁBIO KONDER COMPARATO:

Os grupos econômicos são de duas espécies: grupos de subordinação e de coordenação. Os primeiros apresentam uma estrutura hierárquica, em que uma empresa (individual ou societária, pública ou privada) exerce um poder de dominação, denominado poder de controle, sobre os demais. Nos grupos de coordenação, ao revés, não há empresas dominantes e dominadas, mas a coordenação de duas ou mais empresas sob a mesma direção unitária: são os consórcios²⁵⁵.

²⁵¹ A expressão agrupamento pode revelar uma situação de fato na qual diversas sociedades agrupam-se, e uma situação de direito, que é o modelo de grupo societário disciplinado pela Lei nº 6.404/76, constituído mediante convenção do grupo, que deverá ser levada a registro perante a junta comercial competente. Interessa-nos, neste estudo, explorar apenas os grupos de fato, já que os denominados grupos de direito são pouco utilizados no Brasil. Deste modo, utilizaremos indistintamente os termos “agrupamento” ou “grupo” (de sociedades, econômico, empresarial) sempre para designar os denominados grupos de fato.

²⁵² COMPARATO, Fabio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 15, n. 23, p. 91-107, 1976.

²⁵³ GUSTAVO SAAD DINIZ define os grupos de coordenação da seguinte forma: “já nos grupos de coordenação, normalmente identificados em consórcios (art. 278 da LSA), ocorre a cooperação interempresarial na qual as sociedades resguardam a independência econômica para executar somente a parte prometida nos esforços conjuntos do consórcio, com delimitação da responsabilidade de cada consorciada. Entre as sociedades não existe dependência hierárquica ou vínculo societário que implique controle, mesmo que a Exposição de Motivos da LSA tenha tratado o consórcio como sociedade não personificada. Privilegia-se a regulação de uma forma associativa”. In: DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários: da formação à falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 82.

²⁵⁴ Sobre a questão dos consórcios enquanto grupos de coordenação, vale a referência à obra que escrevi em coautoria acerca dos contratos de consórcios (AZEVEDO, Ciro Rangel; TEIXEIRA, Pedro Freitas. Notas sobre contrato de consórcio empresarial. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 76, abr. /2017, p. 91-114).

²⁵⁵ COMPARATO, Fabio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 275.

Em razão das suas características (diversidade jurídica e unidade econômica), a estruturação dos grupos societários proporciona vantagens substanciais. Sob a ótica da diversidade jurídica, o grupo permite a adoção de múltiplas estruturas organizacionais, em escala mundial, capazes de rápidas modificações (inclusive desmobilização de capitais), segundo os desejos dos mercados consumidores, com limitação dos riscos à órbita de cada unidade²⁵⁶.

Pela perspectiva da unidade econômica, o grupo propicia a concentração do poder empresarial, indispensável para a obtenção de economias de escala, para o investimento em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos e para arcar com os altos custos de distribuição e de publicidade, em escala mundial²⁵⁷.

Os grupos societários são, portanto, “estruturas empresariais desempenhadas por diversas organizações ligadas por convenção ou por participação de controle ou coligação”²⁵⁸. Sem embargo, vale ressaltar que a direção empresarial dos grupos societários é definida, via de regra, pela sociedade dominante, de forma que as sociedades subordinadas desenvolvam suas atividades empresariais de acordo com o ordenamento estratégico concebido e imposto pela sociedade dominante. Sobre esse ponto, explica GUSTAVO SAAD DINIZ:

O poder no âmbito da sobreorganização grupada se manifesta pela atuação do controlador sobre a gestão da controlada e sobre a esfera jurídica subjetiva e patrimonial dos demais sócios. Repercute em toda a extensão da organização, seja no ordenamento societário de atribuição e garantia dos direitos do sócio; no ordenamento patrimonial, com a boa gestão dos ativos de capital; e no ordenamento da empresa, com a administração societária conduzida de modo ativo e probo pelo bem dos interesses sociais²⁵⁹.

Os grupos societários em que se verifique a dominação imposta pela sociedade dominante se projetam no universo jurídico, via de regra, como um organismo único. Isso porque a relação societária entre as sociedades integrantes do grupo societário enseja, inexoravelmente, numa unidade de direção e intercomunicação patrimonial²⁶⁰.

A dominação imposta pela sociedade controladora se dá pelo exercício do poder de controle, que representa a forma de exteriorização do grupo societário mais presente no universo empresarial.

²⁵⁶ MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos societários. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional**: 12 anos da Lei 9. 307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 150.

²⁵⁷ MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e Grupos Societários. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional**: 12 anos da Lei 9. 307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 150.

²⁵⁸ DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários: da formação à falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 3

²⁵⁹ DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários: da formação à falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 35-36

²⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 360.

Nesse diapasão, nos termos do art. 116 da Lei nº 6.404/76, o poder de controle é exercido quando por acionista controlador: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-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. Esse é o comando expresso do referido dispositivo, *in verbis*:

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 assembleia-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.

GUSTAVO SAAD DINIZ contextualiza o controle no contexto dos grupos societários, conforme se depreende do trecho abaixo transcrito:

A definição de controle é objeto de diversas teorias no direito brasileiro. A prevalência da tese da preponderância nas deliberações e na escolha dos administradores repercutiu diretamente na opção do legislador, retratada no art. 116, alíneas “a” e “b” e reproduzida com adaptação no art. 243, §2º, da LSA e art. 1.098, inciso I, do CC. Com essa supremacia permanente nas deliberações e na administração, valoriza-se juridicamente a presunção de poder na sociedade controladora e nas sociedades controladas, ainda que ele não seja exercido²⁶¹.

O exercício do poder de controle e a unidade econômica podem ser visualizados nos grupos societários, além da efetiva prevalência nas deliberações em sede de assembleia-geral das sociedades controladas, nas composições dos órgãos de administração da sociedade dominante e das sociedades controladas, que usualmente replicam-se total ou parcialmente, tudo com o objetivo de ratificar e assegurar o alinhamento empresarial dentro de tais grupos.

A realidade é que, em muitos casos, o controle é de tal maneira exercido que ocorre um verdadeiro esvaziamento das funções deliberativas e de gestão das sociedades controladas, que passam a praticar atos de atendimento a decisões tomadas no âmbito da sociedade

²⁶¹ DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários**: da formação à falência. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 76.

dominante, em benefício dela ou do grupo. Essa situação é descrita por GUSTAVO SAAD DINIZ, conforme trecho a seguir:

Esse componente fático derivado do controle [i. 5.2] implica consequência prática da perda de independência econômica das sociedades que fazem parte do grupo. Assim, a identificação da direção unitária qualifica o agrupamento, tendo por referência a competência para decisões financeiras, escolhas contratuais, planejamento e até a contratação de pessoal na esfera de influência da sociedade controladora.

É também influenciada a discricionariedade de administradores da sociedade em grupo, já que a tomada de decisões das sociedades controladas tem autonomia mitigada pela superposição de sociedade controladora²⁶².

A partir desse ponto é que passamos a identificar os percalços. Isso porque a constatação dessas características dos grupos societários, a diversidade jurídica e a unidade econômica, aliadas à verificação de uma ampla e profunda dominação imposta pela sociedade dominante, revela uma verdadeira crise entre institutos básicos do direito societário, na medida em que a sua forma de atuação como um organismo único, em que as sociedades dominadas atuam conforme determinações da sociedade dominante, causa certa mitigação com a ideia de autonomia organizacional e patrimonial entre as sociedades integrantes do grupo, que passam a se pautar pelo interesse da sociedade dominante ou do grupo²⁶³.

Em contraposição à realidade empresarial, a Lei nº 6.404/76 é clara ao dispor que o acionista controlador (art. 115²⁶⁴ e 117, §1º, “c” e “e”²⁶⁵) e os administradores (art. 154²⁶⁶) das

²⁶² DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários**: da formação à falência. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 42.

²⁶³ EDUARDO MUNHOZ explica essa crise: “com a integração da sociedade isolada ao grupo, a estrutura organizacional assim concebida entra em profunda crise, pois o exercício do poder passa a observar uma lógica diversa em relação a cada um dos órgãos das sociedades agrupadas. No tocante à assembleia-geral, ocorre um total esvaziamento de sua importância e de suas atribuições nas sociedades dominadas. Os grupos envolvem necessariamente uma direção econômica unitária, de modo que as decisões mais importantes sobre a vida societária deixam de ser tomadas no âmbito da assembleia-geral de cada sociedade, passando a sê-lo no âmbito da sociedade dominante ou dos administradores comuns do grupo. Nos grupos de subordinação a assembleia-geral das sociedades controladas transforma-se em mera formalidade legal, numa etapa burocrática a ser cumprida pela controladora, para a imposição de sua vontade”. In: MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos societários. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional**: 12 anos da Lei 9. 307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 165-166.

²⁶⁴ “Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.”

²⁶⁵ “Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: (...); c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; (...); e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral;”

sociedades integrantes de grupo não submetido ao regime de grupo previsto no Capítulo XXI da referida lei devem exercer o voto no interesse social da companhia. Os administradores, ainda, estão impedidos de favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, consoante art. 245²⁶⁷ do referido diploma legal, em prejuízo da companhia. Evidentemente, a Lei nº 6.404/76 está desconectada da prática empresarial corrente, em que há uma verdadeira atuação em benefício do grupo societário como um todo, enquanto realidade econômica única.

O conjunto de circunstâncias fáticas sobre a dinâmica de relacionamento entre as sociedades do grupo influencia diretamente na avaliação do consentimento da sociedade não signatária integrante de grupo societário no contexto em que se busca vinculá-la a procedimento arbitral instaurado com base em contrato e cláusula compromissória assinados por outra sociedade do mesmo grupo. Isso porque, tendo como premissa a configuração de um grupo societário com ostensiva dominação da sociedade controladora (não signatária) sobre a sociedade controlada (signatária), esta situação tende a revelar que a declaração negocial dessa, em certa medida, reflete também a declaração negocial do grupo e/ou, em última instância, de outras sociedades integrantes do grupo, já que atuam como verdadeiro organismo único.

Importante ressaltar, contudo, que a interpretação acima deve estar sempre pautada na técnica de ponderação de interesses, de forma que não ocorra supressão de princípios e institutos consolidados, que foram reconhecidos por meio de relevantes conquistas. Desse modo, o intérprete jamais poderá perder de vista a necessidade de proteção da autonomia e independência econômica da pessoa jurídica para a análise acerca das repercussões jurídicas da configuração do grupo societário sobre a questão que efetivamente é relevante para aferir o cabimento da vinculação à cláusula compromissória, que é o consentimento, nesse caso, materializado em atos concludentes capazes de revelar a declaração negocial tácita.

Desse modo, a mera configuração de um grupo societário, por mais ostensiva que seja a atuação da sociedade dominante, não afastará a necessidade de averiguar se houve ou não declaração negocial, mediante demonstração da prática de atos concludentes praticados pela sociedade não signatária que se busca integrar ao procedimento, de forma a indicar a sua

²⁶⁶ “Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.”

²⁶⁷ “Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo.”

específica e inequívoca declaração negocial ao contrato e à cláusula compromissória. Pensamento distinto pode gerar, uma vez mais, confusão entre o fenômeno da vinculação com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, cuja distinção já foi abordada neste trabalho.

Dentro desse contexto, à luz das premissas estabelecidas neste trabalho, a integração ao procedimento arbitral apenas deve alcançar, a rigor, a sociedade não signatária que efetivamente tenha praticado atos concludentes (na negociação e/ou execução do contrato e da cláusula compromissória) de modo a fazer despertar, na contraparte contratual, a expectativa legítima de que tal sociedade, embora não signatária, é parte do contrato, assim como a sociedade signatária do mesmo grupo societário. As sociedades não signatárias que não tenham participado de qualquer etapa contratual, apesar de serem integrantes do grupo societário, estão fora do alcance da integração, pois não emitiram qualquer declaração com este significado negocial.

4.2.1 Os grupos de direito e os grupos de fato – a disciplina dos grupos societários na Lei nº 6.404/76

A Lei nº 6.404/76 disciplina, no Capítulo XXI, compreendendo os arts. 265 a 277, os grupos de sociedades, também denominados de grupos de direito.

Os grupos de direito se constituem mediante a averbação de convenção por meio da qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns, consoante art. 265²⁶⁸ da Lei nº 6.404/76.

A convenção à que alude o art. 265 disciplinará, nos termos do art. 266²⁶⁹, as relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas. Como se depreende desse dispositivo, o controle de uma sociedade dominante sobre as demais sociedades é elemento essencial dos grupos de

²⁶⁸ “Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo societário, 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. § 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas. § 2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244.”

²⁶⁹ “Art. 266. 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.”

sociedades. Em linha com o conceito dos grupos societários, a Lei nº 6.404/76 também indica que cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos (art. 266).

A grande particularidade dos grupos de sociedades está refletida no art. 276²⁷⁰, que trata expressamente da hipótese de subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra, o que, via de regra, é vedado numa estrutura de agrupamento empresarial não submetida ao regime dos grupos de sociedades.

Em que pesem as particularidades dos grupos de direito, especialmente no que tange à possibilidade de abdicação dos interesses de uma sociedade em benefício dos interesses de outra integrante do mesmo grupo, a realidade é que tais grupos têm sido pouco utilizados no Brasil, principalmente em razão da sua burocracia e potencial engessamento para a dinâmica empresarial. Nesse sentido, NELSON EIZIRIK chega a dizer que as regras legais sobre os grupos de direito previstas na Lei nº 6.404/76 basicamente caíram em desuso²⁷¹, na medida em que, explica o autor, “são raríssimos os casos de empresas que estabelecem, mediante convenção, o regramento de suas relações. Assim, não se justifica maior esforço doutrinário na interpretação das normas que tratam do instituto”.²⁷² CALIXTO SALOMÃO também ratifica que “os grupos de direito no Brasil são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira”²⁷³.

De todo modo, as regras previstas para os grupos de direito, com destaque para a autonomia da personalidade jurídica das sociedades integrantes, e, ainda, a presença de uma sociedade dominante contribuem para a ilustração do conceito e características dos grupos societários de maneira geral, sendo certo que esse instituto, em razão do seu desuso e pouca utilidade no universo empresarial, não servirá de base para compor a interpretação do consentimento da sociedade não signatária no âmbito do fenômeno da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória.

²⁷⁰ “Art. 276. A combinação de recursos e esforços, a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo, e a participação em custos, receitas ou resultados de atividades ou empreendimentos somente poderão ser opostos aos sócios minoritários das sociedades filiadas nos termos da convenção do grupo.”

²⁷¹ HANS KELSEN aborda as hipóteses de não aplicação de uma norma jurídica, definindo essa situação como desuetudo. Nesse sentido: “por outro lado, também não se considera como válida uma norma que nunca é observada ou aplicada. E, de fato, uma norma jurídica pode perder a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inaplicada ou inobservada, quer dizer, através da chamada desuetudo. A desuetudo é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente. Se o costume é em geral um fato gerador do Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser derogado através do costume. Se a eficácia, no sentido acima exposto, é condição da validade não só da ordem jurídica como um todo mas também das normas jurídicas em singular, então a função criadora de Direito do costume não pode ser excluída pela legislação, pelo menos na medida em que se considere a função negativa da desuetudo.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 237-238.

²⁷² EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011, p. 519-220. v. II.

²⁷³ FILHO, Calixto Salomão. O novo direito dos grupos: conflito de interesses *versus* regras de responsabilidade. In: **O novo direito societário**. São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 169.

Os grupos de fato, por sua vez, qualificam-se por uma situação de fato, em que há a pluralidade de sociedades empresárias agrupadas, submetidas a uma direção unitária imposta por uma sociedade dominante, sem a existência e/ou necessidade de qualquer convenção. Tais grupos representam a realidade brasileira quanto às organizações empresariais. Como aponta GUSTAVO SAAD DINIZ, o regime jurídico dos grupos de fatos é caracterizado pelas seguintes regras:

Em função da omissão do CC nesse ponto, aplicam-se as regras da LSA para os grupos de fato em relação a algumas medidas e padrões para os grupos:

- (a) Responsabilidade da controladora na condução dos negócios da sociedade controlada (art. 246 da LSA), pautando a conduta e penalizando o abuso de poder na forma dos arts. 116 e 117 da LSA;
- (b) Os administradores devem elaborar relatório anual para indicar os investimentos em sociedades controladas e respectivas modificações em relação ao exercício anterior (art. 243, *caput*, da LSA);
- (c) A sociedade controladora deve esclarecer, no balanço do final do exercício, os investimentos relevantes em sociedades controladas (art. 247 da LSA), com avaliação feita pelo método da equivalência patrimonial (art. 248 da LSA e arts. 1º e 5º a 16 da Instrução CVM nº 247/1996);
- (d) Os administradores das sociedades do grupo (controladoras, controladas e coligadas) têm o padrão de conduta delimitado no art. 245 da LSA e não podem, em prejuízo da Companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativa ou com pagamento compensatório adequado, sob pena de responsabilidade. Ademais, as operações entre as sociedades devem manter condições estritamente comutativas, como entidades isoladas, sob pena de responsabilidade pela celebração de negócios prejudiciais a controladas, controladoras ou coligadas²⁷⁴.

As características dos grupos de fato já foram exaustivamente percorridas ao longo do item acerca do conceito e características dos grupos societários de maneira geral. Essa metodologia tem um propósito lógico: os grupos societários na realidade brasileira são os grupos de fato, caracterizados pela pluralidade de sociedades empresárias reunidas num agrupamento, sob direção unitária. Tais características decorrem do poder de controle, conforme definição já explorada no item anterior. Nesse contexto, cabe-nos registrar que, ao longo desta dissertação, os conceitos de grupos societários e grupos de fato serão tratados como sinônimos, em que pese a existência dos grupos de direito, cuja extinção prática já foi consumada no cenário empresarial brasileiro.

²⁷⁴ DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários**: da formação à falência. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 71.

Em suma, podemos propor os seguintes apontamentos:

- a) os grupos societários, como conceito geral, são organizações empresariais compostas pluralidade de sociedades empresárias (diversidade jurídica) reunidas por convenção ou controle, que impõe uma direção unitária;
- b) os grupos societários, na ótica da Lei nº 6.404/76, podem ser classificados em grupos de direito ou grupos de fato. Os grupos de direito, caracterizados pela reunião de sociedades cuja relação é estabelecida por convenção, estão praticamente em desuso no ambiente empresarial. Os grupos de fato, por sua vez, refletem com precisão os conceitos e características gerais dos grupos societários, na medida em que consistem no agrupamento empresarial composto por sociedades empresárias submetidas à direção unitária;
- c) desse modo, ao longo deste trabalho, abordaremos os grupos societários dentro da mesma perspectiva do regime jurídico dos grupos de fato.

Feita a explicação acima, vale mencionar que os grupos societários podem assumir diversos modelos e formatos na legislação esparsa, mas sempre preservarão as características básicas: a diversidade jurídica caracterizada pela existência de diversas sociedades com personalidade jurídica própria; e a unidade de direção definida pela sociedade dominante, mediante o exercício do poder de controle. A abordagem da legislação extravagante contribuirá para reforçar o conceito e características dos grupos societários sobre as quais falamos até o momento.

Passaremos, no item subsequente, a analisar os diversos modelos de grupos societários previstos na legislação esparsa. Esse panorama servirá para reforçar as características essenciais dos denominados grupos societários.

4.3. OS DIFERENTES MODELOS DE GRUPOS SOCIETÁRIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Até o presente momento, abordamos a evolução histórica dos grupos societários, o conceito e características essenciais de tais organizações empresariais, com enfoque na diversidade jurídica e na direção unitária. No passo seguinte, abordamos o tratamento da legislação societária acerca dos denominados grupos de fato e grupos de direito, quando então destacamos os primeiros devem ser tratados como sinônimo dos grupos societários por representarem a realidade empresarial brasileira e, ainda, por reunirem as características essenciais dos grupos societários.

Agora, passamos a explorar o tratamento jurídico dos grupos societários por outros diplomas legais. Como se demonstrará adiante, os grupos societários podem receber *nomen iuris* distintos a depender da respectiva lei em referência, porém, essencialmente, revestir-se-ão das mesmas características essenciais dos grupos societários sobre as quais no debruçamos nos itens anteriores. Com efeito, as expressões “grupo econômico”, “grupo empresarial”, “grupo societário”, “grupo de fato” e/ou “grupo societário” serão tratadas de igual forma, considerando a equivalência dogmática dos conceitos jurídicos envolvidos.

Feita a abordagem acima, sem pretender exaurir toda a legislação do ordenamento jurídico brasileiro, passamos a explorar alguns diplomas normativos que trataram sobre o tema do grupo societário.

4.3.1 Direito do trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT disciplina em seu art. 2º, *caput*²⁷⁵, o conceito de empregador, definindo como a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. A finalidade do referido dispositivo é identificar a figura do empregador e, por consequência, aquele que será responsável pelo cumprimento das obrigações trabalhistas frente a seus empregados.

Com o objetivo de assegurar o cumprimento dos direitos trabalhistas, os quais possuem expresse assento constitucional²⁷⁶, o §2º do referido dispositivo legal da CLT prevê a responsabilidade solidária de sociedades integrantes de grupo econômico, sendo esse configurado quando existir pluralidade de sociedades, preservando cada uma delas personalidade jurídica própria, sob controle ou administração de outra, constituindo um grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica. Esse é o teor do referido dispositivo, que é uma referência normativa fundamental para o estudo dos grupos societários:

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

²⁷⁵ “Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”

²⁷⁶ Vide, principalmente, artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Diverge a doutrina acerca do alcance do referido dispositivo, se poderia englobar todas as formas de associação comercial, ou apenas as estruturas associativas nas quais esteja presente o controle (grupos de subordinação). Sobre a questão, destaca AMAURI MASCARO NASCIMENTO:

Um segundo problema está na discussão sobre as formas de que se revestirão os grupos de empresas, uma vez que são conhecidas várias formas de união criadas para atender às necessidades do capitalismo, como a holding, o consórcio, a coligação, o pool etc. Para alguns, haverá o grupo quando entre as empresas houver um controle acionário. Para outros, basta o grupo de fato para que se caracterizem as obrigações atribuídas pela lei às diversas empresas. A lei trabalhista não indica formas ou tipos de grupos, fazendo apenas a exigência de que o grupo seja industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, sem outras especificações, com o que, para os seus fins, não há como limitar formas de grupos, desde que se enquadrem nos seus conceitos fundamentais, mais flexíveis que os do direito comercial²⁷⁷.

No âmbito da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho – TST, há julgados no sentido de indicar as questões do controle e da administração como elementos essenciais para a caracterização do “grupo econômico”, conforme se depreende do julgado a seguir transcrito:

GRUPO DE EMPRESAS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. Cuidando-se de empresas que estão sob o mesmo controle e administração, caracterizado está o grupo econômico, nos termos do art. 2º, § 2º, da CLT, mesmo em tendo personalidades jurídicas próprias ---- situação que não tem o condão de afastar referida norma -. Assim, havendo expressa previsão no art. 2º, § 2º, da CLT, de responsabilidade solidária das empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, não há ofensa a ele próprio, mas sua fiel aplicação. [...]. Agravo de Instrumento a que se nega provimento²⁷⁸.

Por outro lado, o TST também já se posicionou no sentido de abranger os grupos de coordenação, como se depreende da decisão a seguir reproduzida:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO. No Direito do Trabalho, o reconhecimento do grupo econômico não se reveste das características e exigências comuns à legislação comercial. Da exegese do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho pode-se concluir que é suficiente para a caracterização de grupo econômico a presença de relação de coordenação entre as diversas empresas, sendo irrelevante a prova quanto à dominação de uma sobre as outras, bastando que haja indícios da existência de uma coordenação

²⁷⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 27. ed. revista e atualizada. São Paulo: LTr, 2001, p. 199.

²⁷⁸ AIRR - 33840-56.2001.5.04.0122. Data de Julgamento: 14/03/2007, Relator Juiz Convocado: Ricardo Alencar Machado, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 13/04/2007.

interempresarial com objetivos comuns. Foi por esse contexto que se pautou a decisão do Regional. Não há, portanto, como se aferir a alegada violação do art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, tampouco a divergência jurisprudencial com os arestos colacionados, sem se proceder ao reexame do conjunto fático-probatório, em hipótese que o Tribunal de origem concluiu, a partir da análise da prova documental, que ocorreu a configuração de grupo econômico familiar. Recurso de revista não conhecido²⁷⁹.

Sem embargo da divergência jurisprudencial, a realidade é que o dispositivo legal faz expressa referência às duas características essenciais: a) preservação da personalidade jurídica de cada sociedade integrante do grupo; e b) controle, de forma a assegurar a direção e coordenação unitária do grupo.

Nessa perspectiva, a CLT, ao dispor sobre os grupos econômicos, em sintonia com o regime jurídico aplicável aos grupos societários, como suporte fático para a caracterização de tais grupos, exigiu a verificação das referidas características essenciais. A perspectiva trabalhista do instituto, pois, por meio da atribuição da responsabilidade solidária entre as sociedades, compreende o grupo como um empregador único, já que o trabalho do empregado, em última instância, teria beneficiado todas as sociedades. Essa perspectiva está em linha com o conceito segundo o qual o grupo econômico, em determinadas circunstâncias, pode atuar como uma unidade orgânica singular, de forma que a declaração negocial da sociedade signatária pode servir de sinalização, aliada a outros fatores, acerca da declaração negocial de determinadas sociedades integrantes do mesmo grupo que não figuraram como subscritoras dos instrumentos contratuais.

4.3.2 Direito do consumidor

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que veiculou o Código de Defesa do Consumidor – CDC, também abordou o tema dos grupos societários. Com efeito, nos termos do art. 28, §2º, estabeleceu-se a responsabilidade subsidiária das sociedades integrantes dos grupos societários pelas obrigações decorrentes da legislação consumerista. Eis o teor do referido dispositivo, *in verbis*:

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

²⁷⁹ **Processo:** RR - 1014066-46.2003.5.04.0900 **Data de Julgamento:** 14/12/2005, **Relator Ministro:** Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, **Data de Publicação:** DJ 24/02/2006.

Do mesmo modo, como se depreende do referido dispositivo legal, o CDC, em linha com o regime jurídico dos grupos societários, fez menção à diversidade jurídica, ao mencionar em separado “os grupos societários e as sociedades”, bem como à unidade de direção, ao mencionar a circunstância do controle imposto às “sociedades controladas”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em recente acórdão, aplicou o referido dispositivo e reconheceu a responsabilidade subsidiária de sociedade integrante de grupo econômico, como se depreende do julgado a seguir reproduzido:

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Rejeição da impugnação ante a existência de grupo econômico – Inconformismo – Desacolhimento – Compra e venda – Alienação de mais lotes do que os existentes no loteamento – Condenação da loteadora a indenizar os compromissários compradores – Inexistência de patrimônio capaz de satisfazer a obrigação – Oferecimento de terrenos nos lotes da agravante – Responsabilidade subsidiária da agravante pela satisfação das obrigações da executada – Grupo econômico evidenciado – Inteligência do art. 28, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor – Decisão mantida – Recurso desprovido²⁸⁰.

Pergunta-se: qual é a *ratio essendi* do dispositivo legal? É evidente que o legislador buscou mitigar o risco de não atendimento da pretensão do consumidor em razão da possibilidade de insolvência do fornecedor de produtos ou serviços. Para isso, o legislador considerou a formação do grupo societário como um elemento que justificou a atribuição da reponsabilidade subsidiária das empresas integrantes do grupo, numa perspectiva que também, em certa medida, compreende o grupo societário como uma entidade singular.

Desse modo, conferiu-se ao consumidor a prerrogativa de buscar a imputação da responsabilidade subsidiária àquelas sociedades que pertençam ao mesmo grupo societário, na hipótese de restar infrutífera a execução patrimonial contra os bens do fornecedor de produtos e/ou prestador de serviços, conforme o caso. Caberá ao consumidor, nesse caso, demonstrar a existência do grupo societário, que se dará mediante a prova de que há um conjunto de sociedades, as quais preservam personalidade jurídica individual, submetidas a controle comum, que formam um grupo orgânico-empresarial singular, com unidade de direção e coordenação.

²⁸⁰ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2105551-42.2017.8.26.0000. Relator (a): J.L. Mônaco da Silva. Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 30/08/2017. Data de Registro: 31/08/2017).

4.3.3 Direito econômico-regulatório

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (“Lei Antitruste”), por sua vez, também faz menção aos grupos econômicos ao estabelecer a responsabilidade solidária das sociedades integrantes de grupo, quando uma das referidas sociedades praticar infrações à ordem econômica previstas na referida lei.

A Lei Antitruste disciplina em dois momentos distintos o tema dos grupos econômicos. O primeiro está previsto no art. 33, que estabelece a responsabilidade solidária entre as sociedades integrantes do grupo; o segundo, previsto no art. 37, inciso I, e §2º, na definição do cálculo das penalidades. A seguir, transcrevemos os referidos dispositivos legais:

Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

[...]

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste art., o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

É verdade que o art. 33 acima transcrito apenas faz menção expressa à diversidade jurídica, ao dispor sobre a responsabilidade solidária de “sociedades integrantes de grupo societário, de fato ou de direito”, o que pressupõe, por si só, a caracterização da autonomia da personalidade jurídica das sociedades. Quanto à característica da direção unitária, essa se extrai a partir do conceito de grupo societário, acerca do qual falamos ao longo deste trabalho, que tem como premissa a presença do controle – refletindo na imposição da dominação de uma sociedade sobre outras.

A atribuição da solidariedade das sociedades integrantes de grupo econômico, para efeitos da responsabilidade pelas sanções impostas pela Lei Antitruste, também sinaliza, em grande extensão, o pressuposto da unidade de direção que caracteriza o grupo societário.

Dentro desse contexto, nosso entendimento é no sentido de que caberá à autoridade competente, caso tenha o objetivo de reconhecer a solidariedade entre as sociedades integrantes do grupo econômico, demonstrar a presença das características essenciais dos grupos societários, ou seja, a existência de um agrupamento de sociedades com personalidade jurídica própria e, ainda, a direção e coordenação do grupo por uma sociedade dominante, caracterizando uma entidade singular, mediante o exercício do poder de controle.

4.3.4 Direito previdenciário

A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, no plano do direito previdenciário, também faz referência aos grupos econômicos para estabelecer a responsabilidade solidária das sociedades dele integrantes. Esta é a disciplina legal do art. 30 da lei previdenciária, *in verbis*:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:
[...]
IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;

Essa disposição legal apenas faz referência à diversidade jurídica ao estabelecer a solidariedade entre “as empresas que integram grupo econômico”, expressão que já indica a existência de sociedades com distintas personalidades jurídicas. De todo modo, essa norma legal deve ser interpretada à luz do regime jurídico dos grupos societários, que pressupõem, como vem sendo abordado nesta dissertação, a imposição de dominação pela sociedade dominante, mediante o exercício do poder de controle, de modo a assegurar a unidade de direção do grupo.

Sobre a responsabilidade solidária nos casos envolvendo o recolhimento das contribuições previdenciárias, entendeu o STJ que a responsabilidade solidária do art. 124 do CTN, c/c o art. 30 da Lei n. 8.212/1990 demanda a comprovação de práticas comuns, prática conjunta do fato gerador ou, ainda, quando há confusão patrimonial, o que pode se verificar pela identidade de endereços de sede e filiais, objeto social, denominação social, quadro societário, contador e contabilidade.²⁸¹ Em que pese a associação feita pelo STJ entre o grupo econômico com os requisitos para a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (ao mencionar confusão patrimonial), que são fenômenos jurídicos distintos, a corte superior vem

²⁸¹ Superior Tribunal de Justiça. AGRG no ARESP 89.618/PE. Rel. Ministro Gurgel de Faria. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgado: 23/06/2016. Publicado: DJe 18/08/2016.

apontando elementos fáticos que indicam as características essenciais dos grupos societários, especialmente no que tange à unidade de direção, ao mencionar os elementos de identidade entre as sociedades, que sinalizam uma atuação orgânica singular do grupo.

É sabido, ainda, que a legislação previdenciária, em razão da indissociável vinculação com o regime trabalhista, deve ser interpretada em conjunto com o art. 2º, §2º, da CLT, que disciplina expressamente as características dos grupos societários. Além disso, no termos do art. 110²⁸² do Código Tributário Nacional, a legislação tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado, disposição essa que remete a interpretação da legislação previdenciária aos preceitos societários, os quais pressupõem a diversidade jurídica e a unidade de direção para a caracterização dos grupos societários.

Nesse contexto, em sintonia com a disciplina jurídica dos grupos societários, caberá à autoridade previdenciária demonstrar a configuração do grupo societário, de modo a reconhecer a presença de suas características essenciais.

4.3.5 Lei Anticorrupção

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, também conhecida como “Lei Anticorrupção” ou “Lei da Empresa Limpa”, entrou em vigor em 29.01.2014 e teve por objetivo dispor sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

O §2º do art. 4º do referido diploma legislativo, embora não tenha referência expressa a grupos econômicos, dispõe acerca da responsabilidade solidária das sociedades controladoras, controladas e coligadas (o que pressupõe grupo econômico de fato) pela prática dos atos previstos na lei. Vale transcrever o referido dispositivo para melhor entendimento do tema:

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

²⁸² “Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

O §5º²⁸³ do art. 16 da Lei Anticorrupção, por sua vez, ao dispor sobre os efeitos do acordo de leniência, dispõe que eles serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

A interpretação conjunta dos referidos dispositivos da Lei Anticorrupção também conduz à inexorável conclusão de que, para efeitos da referida lei, os grupos societários são compostos por sociedades com autonomia jurídica, porém submetidos a controle apto a garantir a unidade de direção. Do mesmo modo, a atribuição da responsabilidade solidária e, ainda, a extensão dos efeitos do acordo de leniência para outras sociedades do grupo são disposições que sinalizam a compreensão do grupo societário como uma entidade orgânica unitária, em linha com o regime jurídico geral dos grupos societários.

4.4 A RELAÇÃO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS COM A VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA

Feito esse panorama acerca dos grupos societários no ordenamento jurídico brasileiro, sem, evidentemente, esgotar todas as hipóteses legais, passamos a formular algumas reflexões que se comunicam com o estudo ora proposto, em que se busca permitir a vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos dos grupos societários.

Como visto, os grupos societários apresentam duas características essenciais: (a) a presença de pluralidade de sociedades com personalidades jurídicas próprias; e (b) a unidade de direção imposta pela sociedade dominante, mediante o exercício do poder de controle. Pois bem.

A dominação imposta pela sociedade dominante que caracteriza os grupos societários mitiga, em grande medida, a ideia de autonomia patrimonial e organizacional das sociedades dele integrantes. Dessa forma, é possível afirmar que as deliberações dos órgãos de administração das sociedades subordinadas, submetidas à profunda dominação e controle, visam atender aos interesses da sociedade dominante e/ou aos anseios do grupo societário do qual a sociedade faça parte, e não o atendimento dos interesses da companhia, como, inclusive, determina a Lei n. 6.404/76.

²⁸³ “Artigo 16, § 5º: Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.”

Dessa forma, em razão da unidade de direção imposta pela sociedade dominante, as sociedades integrantes de tais grupos, embora titulares de personalidade jurídica individual, obedecem a um mesmo direcionamento empresarial, em benefício da sociedade dominante e/ou do grupo societário, o que deve ser considerado para a aferição, em conjunto com outros fatores (atos concludentes), de eventuais declarações negociais tácitas emitidas pelas sociedades não signatárias integrantes do grupo societário.

A assertiva acima deve ser vista “*cum grano salis*”, uma vez que a sua interpretação e aplicação desmedida podem significar a ruptura do princípio básico do direito societário, acerca da diferenciação da pessoa jurídica do acionista da sociedade²⁸⁴, apenas desafiado via instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse contexto, diante de uma estrutura de grupo societário submetido à profunda dominação e controle, em que medida uma sociedade não signatária integrante de grupo societário pode se vincular às obrigações contraídas por outra sociedade do mesmo grupo societário, especialmente no que tange ao tema da cláusula compromissória?

O questionamento é de extrema relevância, já que é bastante usual no contexto das situações envolvendo cláusula compromissória e grupos societários, em que várias sociedades integrantes do grupo, além da signatária do instrumento, participam da negociação e/ou execução de contratos com cláusula compromissória.

Como regra, em razão do princípio da autonomia da personalidade jurídica e do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, as obrigações são atribuídas apenas em relação à sociedade signatária, sem possibilidade de oponibilidade às sociedades “parentes”²⁸⁵. Essa é a razão pela qual, como será visto, a mera existência de grupo societário não dá azo à automática vinculação da parte não signatária integrante do grupo.

Por outro lado, em determinadas circunstâncias fáticas, especialmente quando demonstrada a participação ativa da sociedade não signatária na realização do contrato e da cláusula compromissória celebrados por sociedade integrante do mesmo grupo societário com uma contraparte, a sociedade não signatária poderá estar sujeita aos efeitos da cláusula compromissória por ter demonstrado seu consentimento inequívoco em relação aos instrumentos, por meio da exteriorização de declaração negocial tácita pela “*facta concludentia*”.

²⁸⁴ Vale lembrar que esse princípio tem origem histórica. Apena a título de referência, o Código Civil de 1916 disciplinava expressamente em seu Artigo 20 que “*as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.*”

²⁸⁵ HANOTIAU, Bernard. Groupes de sociétés et groupes de contrats dans l’arbitrage commercial international. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 4, n. 12, p. 116, jan./mar. 2007.

Nessa linha de raciocínio, transcrevemos trecho da obra de MANUEL PEREIRA BARROCAS, *in verbis*:

Conclui-se, assim, que um dos traços distintivos na jurisprudência arbitral da CCI tem, relativamente aos grupos de sociedades, sido colocado antes de mais na participação activa de sociedades do grupo não signatárias na negociação, celebração, execução e cessação do contrato ou, ao menos, nalgumas dessas fases de forma significativamente decisiva.

Quanto maior e mais íntimo tiver sido o envolvimento das sociedades do grupo não signatárias no contrato maiores são, conseqüentemente, as possibilidades de se justificar a extensão a elas da convenção de arbitragem²⁸⁶.

Dentro desse contexto de prática de atos concludentes, a circunstância da existência de um grupo societário autoriza o aplicador a presumir²⁸⁷ que, em razão da unidade de direcção imposta por sociedade dominante, de forma a denotar uma atuação orgânica unitária do grupo, a sociedade não signatária também consentiu com o contrato e com a cláusula compromissória dele constante. Essa presunção, evidentemente, admite prova em contrário, de forma que, caso não demonstrada a participação da sociedade não signatária na negociação e execução do contrato, estará afastada a hipótese de sua vinculação à cláusula compromissória e ao procedimento arbitral²⁸⁸.

²⁸⁶ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem**. Coimbr: Almedina, 2010, p. 200.

²⁸⁷ Vale lembrar que o Código Civil, em seu artigo 212, IV, admite a presunção como meio de prova de fatos jurídicos.

²⁸⁸ Vale dizer que a demonstração de uma governança clara pode contribuir para o afastamento da presunção relativa de consentimento.

5. VINCULAÇÃO DA PARTE NÃO SIGNATÁRIA À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: O CASO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS

O tema relativo à vinculação ao procedimento arbitral de sujeitos que não subscreveram a convenção de arbitragem nos casos dos grupos societários já foi enfrentado no cenário internacional por cortes judiciais e em arbitragens, com destaque para os procedimentos arbitrais administrados pela CCI, como se depreende de extratos de sentenças arbitrais tornados disponíveis, o que torna a análise de decisões arbitrais uma etapa importante para a adequada compreensão dos pressupostos necessários à caracterização da vinculação da parte não signatária à arbitragem nos casos dos grupos societários. A seguir, transcrevemos trecho de doutrina internacional que relata o enfrentamento do tema no cenário internacional:

Uma questão que árbitros e cortes judiciais são frequentemente confrontados é se a convenção de arbitragem assinada por uma companhia pertencente a um grupo societário pode ser estendida para incluir outra sociedade do mesmo grupo que não assinou o contrato. [...] Em genuíno caso de grupo societário, consistindo em cada sociedade possuindo sua personalidade jurídica, árbitros e cortes judiciais estenderão a convenção. O entendimento é que se pode ir além da estrita visão do grupo dividido ente diferentes sociedades para estender a convenção de arbitragem assinada por uma sociedade do grupo para contemplar outras do mesmo grupo societário quando determinadas condições são satisfeitas. Evidentemente, contudo, não será a mera existência do grupo que resulta na vinculação das várias sociedades à convenção assinada apenas por uma delas, mas sim se isto resultou da verdadeira intenção das partes²⁸⁹.

No cenário doméstico, a jurisprudência nacional sobre a teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos dos grupos societários ainda está em fase de desenvolvimento e maturação. As primeiras referências sobre a questão, que não analisam especificamente o tema, têm origem nas decisões proferidas pelo STJ, em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira, em relação às quais o tribunal apenas sinalizou

²⁸⁹ No original, em tradução livre do autor: “500.- A question with both arbitrators and the courts are often confronted is whether and arbitration agreement signed by a company belonging to a group of companies can be extended to include another company of the same group which has not signed the agreement. This question can only arise where each entity has a separate legal personality. [...]. In the case of a genuine group of companies, consisting of entities each having its own legal personality, arbitrators and the courts will sometimes extend the agreement. The thinking is that one can go beyond a strict view of a group divided into separate legal entities to extend an arbitration agreement signed by one company of the group to encompass other companies of the same group when certain conditions are satisfied. Clearly, however, it is not so much the existence of a group that results in the various companies of the group being bound by the agreement signed by only one of them, but rather the fact that such was the true intention of the parties”. In: GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 282-283.

acerca da possibilidade de consentimento tácito²⁹⁰, se o terceiro, que pretende obstar a homologação da decisão alienígena em território nacional, participou ativamente do procedimento arbitral, sem apresentar qualquer objeção. O STJ ainda não analisou especificamente a questão da possibilidade de vinculação de parte não signatária à cláusula compromissória nos casos dos grupos societários.

Há, todavia, decisões proferidas em tribunais regionais que analisaram especificamente o ponto, de forma que a análise dos referidos julgados proporcionará uma ótica, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, dos fundamentos jurídicos que vêm sendo utilizados pelos órgãos julgadores domésticos para a configuração da vinculação da parte não signatária nas situações envolvendo grupos societários.

Como será possível depreender da análise dos referidos julgados, o pressuposto básico que autoriza a vinculação da parte não signatária nos casos de grupos societários é a aferição da existência de declaração negocial, a partir de prática do comportamento concludente.

A realidade é que a possibilidade de vincular um sujeito que não subscreveu a convenção ao procedimento arbitral desperta grande reflexão jurídica quando confrontado com princípios tradicionais do direito privado, com destaque para o consensualismo - base da arbitragem. Isso porque, a rigor, apenas quem livremente optou pela arbitragem, mediante inequívoca declaração negocial, deve estar submetido à arbitragem. E não poderia ser diferente, já que a escolha da arbitragem importa renúncia à jurisdição estatal, como decorrência do efeito negativo da cláusula compromissória.

Sucedem em determinadas situações, dado o papel desempenhado pela parte não signatária na negociação, celebração, execução e/ou extinção do contrato (e da cláusula compromissória), essa parte não signatária pode ser chamada a integrar o procedimento arbitral, na medida em que demonstrou, por meio de seu comportamento, inequívoco consentimento em relação à convenção. Será analisado nos tópicos a seguir como tal comportamento pode se manifestar nas etapas contratuais e qual é seu regime jurídico à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

A questão ganha robustez quando a parte não signatária é sociedade integrante de mesmo grupo societário de uma das partes contratantes, circunstância essa que, aliada a outros elementos de prova, pode conduzir e dar corpo à ideia de que as sociedades integrantes do

²⁹⁰ Como se depreende da seguinte passagem: “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” (SEC 856 / GB. Ministro Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 18/05/2005, Data da Publicação/Fonte: DJe 27/06/2005).

mesmo grupo societário, em razão da unidade de direção que o caracteriza, atuaram na dinâmica contratual como um organismo único em relação à contraparte. Todavia, veremos que a mera existência de grupo societário não representa, por si só, elemento suficiente a justificar a integração da parte não signatária.

Como método de construção da tese ora proposta, organizaremos o desenvolvimento específico da tese expondo, inicialmente, duas sentenças arbitrais conduzidas no âmbito da CCI, quais sejam, o caso 4131/1982 – *Dow Chemical vs Isover Saint Gobain*, que ilustra hipótese de integração ativa ao procedimento arbitral; e o caso CCI 11160/2002, que apresenta uma situação envolvendo integração passiva ao procedimento arbitral.

Na sequência, exploraremos dois julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: o caso *Trelleborg* e o caso *GP Partners*, que abordaram importantes conceitos para permitir a vinculação da parte não signatária ao procedimento arbitral.

Na sequência, com base em todas as premissas e conceitos desenvolvidos ao longo do presente trabalho, e, ainda, nos julgados acima mencionados, passaremos a analisar os pressupostos jurídicos essenciais e não essenciais para a caracterização da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos dos grupos societários.

5.1 ANÁLISE DAS DECISÕES ARBITRAIS SELECIONADAS E DOS JULGADOS NACIONAIS ADERENTES AO TEMA

5.1.1 Decisões arbitrais

5.1.1.1 *Caso CCI 4131/1982: Dow Chemical vs Isover Saint Gobain*

Passamos a analisar o caso *Dow Chemical vs Isover Saint Gobain*, que serviu de referência para outros casos submetidos a procedimento arbitral administrado pela CCI²⁹¹. Vale dizer, ainda, que este caso CCI 4131/ 1982 é o paradigma orientador em matéria de vinculação de parte não signatária à cláusula compromissória nos casos dos grupos societários. A compreensão desse caso é, pois, fundamental para o desenvolvimento desta dissertação.

²⁹¹ LEONARDO DE CAMPOS MELO, em sua obra, faz menção dos seguintes casos que permitiram a vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos dos grupos societários, são eles: Caso CCI nº 6519/1991; Caso CCI 7604 e 7610/1995; Caso CCI 10510/2000; Caso CCI 5103/1988; Caso CCI 5730/1988, dentre outros. In: MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos societários**. A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Em 1965, a sociedade *Dow Chemical* (Venezuela) celebrou contrato de distribuição com a sociedade francesa *BoussoisIsolation*, tendo essa sociedade cedido posteriormente seus direitos e obrigações para a sociedade francesa *Isover Saint-Gobain*, cujo objeto consistia na distribuição na França de equipamentos de isolamento térmico. A *Dow Chemical* (Venezuela), por sua vez, cedeu o contrato para a *Dow Chemical A.G.*, uma subsidiária da sociedade *Dow Chemical Company*. Logo, esse primeiro contrato de distribuição foi celebrado entre *Dow Chemical A.G.* (sucessora contratual da *Dow Chemical – Venezuela*) e *Isover Saint-Gobain* (sucessora contratual da sociedade *BoussoisIsolation*).

Em 1968, um segundo contrato de distribuição foi celebrado entre *Dow Chemical Europe*, sociedade controlada da *Dow Chemical A.G.*, com outras três companhias, incluindo a *BoussoisIsolation*, cujos direitos e obrigações foram posteriormente cedidos à sociedade francesa *Isover Saint Gobain*, para a distribuição dos mesmos produtos na França. Esse segundo contrato de distribuição foi celebrado entre *Dow Chemical Europe* e *Isover Saint-Gobain* (sucessora contratual da sociedade *BoussoisIsolation*).

Ambos os contratos de 1965 e 1968 (“Contratos de Distribuição”), nos quais havia previsão de cláusula compromissória para a submissão das controvérsias à arbitragem de acordo com as regras da CCI, disciplinaram que as entregas dos equipamentos seriam realizadas pela *Dow Chemical France* ou por qualquer outra sociedade controlada da *Dow Chemical Company*. Na prática, a *Dow Chemical France*, não signatária dos Contratos de Distribuição, realizou as entregas dos equipamentos à *Isover Saint-Gobain* na França.

Diversas ações judiciais foram manejadas perante as cortes judiciais francesas pela *Isover Saint-Gobain* contra as sociedades integrantes do grupo *Dow Chemical* em razão de irregularidades relacionadas com um dos produtos objeto dos Contratos de Distribuição, denominado “Roofmate”.

Com base nas cláusulas compromissórias previstas nos Contratos de Distribuição, as sociedades *Dow Chemical A.G.* e *Dow Chemical Europe*, partes signatárias dos Contratos de Distribuição, e, ainda, as sociedades *Dow Chemical Company* e a *Dow Chemical France*, partes não signatárias, promoveram demanda arbitral contra a *Isover Saint-Gobain* alegando que essa era responsável pelos danos resultantes do uso do produto “Roofmate” na França. O caso, portanto, ilustra hipótese de integração ativa ao procedimento arbitral.

Em sede de impugnação, a *Isover Saint-Gobain*, em conformidade com o Regulamento da CCI, suscitou a ausência de jurisdição do tribunal arbitral para apreciar os pedidos das sociedades *Dow Chemical Company* e *Dow Chemical France*, já que não foram signatárias dos Contratos de Distribuição (e das respectivas cláusulas compromissórias).

Em sentença parcial proferida em 23/09/1982, o tribunal arbitral julgou-se competente para apreciar os pedidos das sociedades não signatárias *Dow Chemical Company* e a *Dow Chemical France* pelos seguintes fatos e fundamentos.

Para justificar a sua competência em relação aos pedidos da *Dow Chemical France*, o tribunal arbitral, com base nos elementos probatórios carreados aos autos do procedimento arbitral, afirmou que ficou demonstrado que a *Dow Chemical France*, na ocasião da assinatura do contrato de distribuição celebrado em 1965 e nas negociações que levaram à assinatura do contrato de distribuição celebrado em 1968, esteve no centro das negociações da relação contratual com as sociedades posteriormente sucedidas pela *Isover Saint-Gobain*.

No que tange à execução dos Contratos de Distribuição, o tribunal arbitral asseverou que tais Contratos de Distribuição indicaram expressamente que as entregas ao distribuidor dos equipamentos seriam realizadas pela *Dow Chemical France*, o que efetivamente ocorreu na prática, embora tivesse sido reservada a prerrogativa de indicar qualquer outra sociedade controlada da *Dow Chemical Company* para essa finalidade (sinalizando, nesse ponto, a unidade de direção do grupo societário).

Além disso, indicou o tribunal arbitral que a *Dow Chemical France* também teve papel essencial na fase de encerramento dos Contratos de Distribuição.

Quanto à sociedade controladora *Dow Chemical Company*, o tribunal arbitral sustentou que os Contratos de Distribuição não poderiam ser celebrados (e, conseqüentemente, executados) sem a aprovação desta sociedade. Além disso, para o exercício das atividades de distribuição, haveria necessidade de obtenção de licenças de uso das marcas dos produtos de titularidade da *Dow Chemical Company*. Essa situação mostrou, na leitura do tribunal arbitral, envolvimento próximo da “sociedade-mãe” nos Contratos de Distribuição.

Para reforçar a vinculação da sociedade controladora *Dow Chemical Company*, o tribunal voltou a fazer alusão à cláusula contratual segundo a qual as entregas dos produtos poderiam ser efetivadas por qualquer sociedade do grupo *Dow Chemical*, disposição essa que reforça que a sociedade controladora era interlocutora importante na relação contratual estabelecida com as sociedades francesas distribuidoras.

Além das circunstâncias contratuais, o tribunal arbitral mencionou as ações judiciais manejadas pela *Isover Saint-Gobain* contra a *Dow Chemical Company*, em que sustentou a responsabilidade dessa sociedade, enquanto titular das marcas e coordenadora da fabricação e distribuição do Roofmate, alegação essa, pois, que reforça a ideia de que a sociedade *Dow*

Chemical Company, na visão da própria contraparte *Isover Saint-Gobain*, exercia papel central na realização dos Contratos de Distribuição.

Dentro desse contexto fático-probatório, ficou demonstrado que a qualidade individual das sociedades integrantes do grupo *Dow Chemical* não era dado relevante na relação jurídico-contratual estabelecida com a *Isover Saint-Gobain*, que, na realidade, acreditava estar realizando negócios com o grupo *Dow Chemical* como um todo, enquanto uma estrutura organizacional e econômica singular.

A existência e estruturação do grupo societário foram levantadas pelo tribunal para reforçar a vinculação das sociedades não signatárias integrantes do grupo. Nesse contexto, afirmou-se que a *Dow Chemical Company* detinha controle absoluto das sociedades *Dow Chemical A.G* e *Dow Chemical Europe*, partes signatárias dos Contratos de Distribuição e, ainda, da sociedade *Dow Chemical France*, que efetivamente participou individualmente da celebração, execução e terminação dos referidos Contratos de Distribuição.

Prosseguiu o tribunal arbitral aduzindo que, apesar da independência das personalidades jurídicas de cada sociedade, as sociedades do grupo *Dow Chemical* constituíam uma mesma realidade econômica, circunstância que o tribunal arbitral deveria levar em consideração. Por fim, afirmou o tribunal que a cláusula compromissória expressamente aceita pelas companhias do grupo deveria vincular outras companhias do mesmo grupo, em razão do papel desempenhado por tais sociedades não signatárias na celebração, execução e terminação dos contratos de distribuição.

Dentro desse contexto, o tribunal arbitral deu-se por competente para apreciar os pedidos das partes não signatárias em razão dos seguintes argumentos:

- a) a *Dow Chemical France* (não signatária) participou ativamente das etapas de formação, execução e extinção dos contratos de distribuição;
- b) os Contratos de Distribuição foram precedidos de autorização da *Dow Chemical Company* (não signatária), na medida em que essa sociedade era a titular das marcas dos produtos;
- c) a sociedade *Dow Chemical Company* (não signatária) controlava as sociedades que estavam envolvidas na relação jurídico-contratual;
- d) as entidades envolvidas acreditavam reciprocamente que a relação contratual envolvia a *Isover Saint-Gobain* e o Grupo *Dow Chemical*, enquanto realidade econômica única.

Por todos os elementos fáticos acima apontados, o tribunal arbitral não teve dúvidas de que todas as partes envolvidas, tenham ou não assinado os contratos de distribuição, pela

dinâmica da relação estabelecida entre elas, manifestaram consentimento inequívoco em relação à escolha da via arbitral para dirimir as controvérsias decorrentes dos referidos Contratos de Distribuição.

Vale ressaltar que, posteriormente, a *Isover Saint-Gobain* provocou o Poder Judiciário com o objetivo de decretar a nulidade da sentença parcial, todavia a pretensão foi rejeitada em 21.10.1983 pela Corte de Apelação de Paris, ratificando a posição do tribunal arbitral.

Do referido caso, podemos destacar os seguintes elementos e circunstâncias a serem explorados nos tópicos seguintes:

- a) os papéis desempenhados pelas sociedades não signatárias, de forma a indicar a exteriorização do consentimento inequívoco, na forma de uma declaração negocial tácita (como veremos, via comportamento concludente); e
- b) a atuação do grupo societário como realidade econômica única.

5.1.1.2 Caso CCI 11160/2002²⁹²

O caso CCI 11160/2002 é bastante valioso para esta dissertação uma vez que retrata simultaneamente as hipóteses de integração ativa e de integração passiva ao procedimento arbitral. Contudo, o fator de destaque desse caso reside na integração passiva, situação em que se busca, compulsoriamente, integrar um sujeito não signatário a procedimento arbitral instaurado com base em cláusula compromissória constante de contrato do qual não figurou como signatário.

Nesse contexto, o caso retrata relação contratual estabelecida entre uma determinada sociedade (SOCIEDADE A), filial de uma companhia latino-americana cujo objeto social consistia em serviços de engenharia (SOCIEDADE B); e uma outra sociedade (SOCIEDADE C) – subsidiária integral de uma sociedade de engenharia europeia (SOCIEDADE D). Com efeito, as sociedades SOCIEDADE A e SOCIEDADE C eram as signatárias do contrato, que tinha por objeto a execução de serviços associados a projeto de desenvolvimento sob a responsabilidade de consórcio integrado por sociedades internacionais, incluindo a SOCIEDADE D. O contrato continha previsão de cláusula compromissória, que fez referência às regras da CCI.

Deflagrada a controvérsia entre os sujeitos, a SOCIEDADE B (não signatária do contrato) instaurou arbitragem contra a subsidiária SOCIEDADE C (signatária) e sua controladora, SOCIEDADE D (parte não signatária). Em sede preliminar, as requeridas

²⁹² A arbitragem foi sediada em Caracas, Venezuela. ICC International Court of Arbitration Bulletin, v. 16, n. 2, 2005, p. 99-101.

apontaram que (i) a SOCIEDADE B não era parte do contrato, mas apenas a sua controlada – a SOCIEDADE A; e (ii) a SOCIEDADE D não era parte do contrato (e, portanto, da cláusula compromissória).

Em relação à SOCIEDADE B, o árbitro único decidiu no sentido de mantê-la na arbitragem, sob o fundamento de que a SOCIEDADE B seria uma mera extensão da SOCIEDADE A. Quanto à impugnação da participação da SOCIEDADE D na arbitragem, o julgador entendeu que a realidade comercial estabelecida, consoante provas carreadas aos autos, indicava a existência de relação profunda entre a SOCIEDADE C e SOCIEDADE D, sua controladora.

Segundo o árbitro único, durante as tratativas, as negociações de cunho operacional e legal foram estabelecidas preponderantemente entre a SOCIEDADE B e SOCIEDADE D, sendo que todos os pagamentos efetuados durante a etapa inicial do contrato foram realizados pela SOCIEDADE D.

Além disso, destacou o julgador que os executivos da SOCIEDADE D e da SOCIEDADE C responsáveis pelo projeto eram as mesmas pessoas. Do mesmo modo, grande parte das reuniões ocorreu na Inglaterra, onde a SOCIEDADE D mantinha a sede do projeto, e não em Caracas, sede da SOCIEDADE C.

Outro ponto que chamou atenção foi a questão relacionada ao propósito de constituição da SOCIEDADE C, que teria sido motivada meramente em razão do aproveitamento de um benefício fiscal.

Ressaltou-se, ainda, que a SOCIEDADE D tinha o comando das negociações, sendo que seus executivos eram os destinatários das notificações enviadas pela contraparte contratual. Por fim, o árbitro também apontou que, no âmbito do contrato de consórcio, todas as sociedades seriam solidariamente responsáveis, incluindo as SOCIEDADE C e SOCIEDADE D, sendo certo, ainda, que a SOCIEDADE D se beneficiaria diretamente do projeto.

Diante desse conjunto fático, o árbitro concluiu que a SOCIEDADE D teve participação determinante na negociação e execução do contrato, o que justificou a sua integração ao procedimento arbitral na qualidade de requerida.

Do mesmo modo que no caso anterior, podemos destacar os seguintes elementos e circunstâncias a serem explorados nos tópicos seguintes:

- a) os papéis desempenhados pelas sociedades não signatárias, de forma a indicar a exteriorização do consentimento inequívoco, na forma de uma declaração negocial tácita (como veremos, via comportamento concludente); e
- b) a atuação do grupo societário como realidade econômica única.

5.1.2 Os julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo

5.1.2.1 *O Caso Trelleborg*

O caso versa sobre ação de instituição de arbitragem ajuizada por Anel Empreendimentos, Participações e Agropecuária LTDA (“Anel”) em face das empresas do Grupo Trelleborg, com base em contrato de compra e venda de 60% do capital social da sociedade PAV – Projetos e Aplicações de Vibrotécnica de vedação LTDA celebrado entre Anel e seu sócio diretor Nelson Pacheco da Fonseca, como vendedores, e Trelleborg do Brasil LTDA, enquanto compradora. Após a aquisição da participação societária, a sociedade passou a se denominar Trelleborg PAV.

A operação societária foi implementada pelo contrato de compra e venda de ações, que foi seguido de três outros contratos, além da própria alteração no contrato social da sociedade adquirida.

A controvérsia emerge em razão da aquisição, pela Trelleborg Holding AB, que seria mera extensão da Trelleborg Industri AB e controladora da Trelleborg do Brasil LTDA, da AVS Brasil Getoflex LTDA, empresa essa que, segundo a Anel, é fabricante da mesma linha de produtos destinados às mesmas montadoras de veículos.

Proposta a ação de instituição de arbitragem contra Trelleborg do Brasil LTDA (signatária do contrato) e Trelleborg Industri AB (não signatária), em típica hipótese de integração passiva, o juízo singular proferiu decisão reconhecendo a legitimidade passiva das partes, o que motivou recurso de apelação da Trelleborg Industri AB, sob a alegação de que não figurou como parte no contrato de onde emergiu o litígio.

Somado a isso, o tribunal arbitral instituído pelo juízo estatal monocrático condenou empresas Trelleborg do Brasil LTDA e Trelleborg Industri AB, em caráter solidário, a pagar à Anel a participação societária remanescente na sociedade Trelleborg Pav – Industria e Comercio LTDA. A Trelleborg Industri AB efetuou pagamento decorrente da condenação imposta pelo juízo arbitral.

Interposto o recurso contra a decisão que reconheceu a legitimidade da Trelleborg Industri AB, a 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação Cível nº 267-450-4/6-00 (9193203-03.2002.8.26.0000), de relatoria do Desembargador Constança Gonzaga, em julgamento ocorrido em 24.05.2006, se posicionou no sentido de manter a decisão recorrida e reconhecer a legitimidade da empresa para figurar no procedimento arbitral, na medida em que a referida empresa, embora não signatária,

participou ativamente das negociações do contrato. É o que se depreende da passagem a seguir, extraída do acórdão do referido tribunal:

Expostos esses fatos, 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 Olaf Lennart Nøjd, vertido também para o português (fls. 103).

[...]

E o que se vê nos autos, em que 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”.

Como se depreende do trecho acima reproduzido, o órgão julgador destacou que a sociedade Trelleborg Industri AB, apesar de não ter figurado como parte signatária no contrato, teve um papel determinante nas negociações do referido contrato, na medida em que (i) enviou carta de intenção (documento usualmente adotado em negociações pré-contratuais); (ii) o nome Trelleborg Industri AB constou da versão em inglês do contrato; e (iii) a Trelleborg Industri AB participou ativamente do procedimento arbitral. Tais circunstâncias demonstraram ao tribunal que a Trelleborg Industri AB, embora não signatária do contrato, teve uma participação ativa na relação contratual estabelecida, devendo, portanto, ser integrada ao procedimento arbitral. Dessa forma, restou caracterizado consentimento inequívoco da Trelleborg Industri AB em relação ao contrato e à cláusula compromissória.

Com base em tais fundamentos, o tribunal decidiu por manter a decisão do juízo singular que reconheceu a legitimidade da Trelleborg Industri AB.

Do referido caso, em linha com as decisões arbitrais acima referenciadas, podemos destacar os mesmo elementos:

- a) os papéis desempenhados pelas sociedades não signatárias, de forma a indicar a exteriorização do consentimento inequívoco, na forma de uma declaração negocial tácita (como veremos, via comportamento concludente); e
- b) a atuação do grupo societário como realidade econômica única.

5.1.2.2 O Caso GP Capital Partners

O caso tem origem na celebração de contrato de compra e venda de ações de emissão da sociedade Imbra S/A entre Fernando Correa Soares e Rodrigo Martins de Souza, na condição de vendedores, e Arbeit Gestão de Negócios LTDA, na condição de compradora, empresa essa controlada pela Baladare Participações S/A, que, por sua vez, é controlada da Smiles, sendo essa última controlada do GP Capital Partners (“GP”). O contrato de compra e venda de ações continha cláusula compromissória.

Surgida a controvérsia, os vendedores promoveram arbitragem, tendo incluído no polo passivo o GP, parte não signatária da arbitragem. A hipótese, portanto, é de integração passiva. No curso do procedimento arbitral, não foram feitas objeções pelo GP em relação à impossibilidade de sua participação no referido procedimento, tendo o GP participado regularmente do referido procedimento²⁹³.

Proferida sentença arbitral condenatória, o GP ajuizou ação anulatória de sentença arbitral alegando, dentre outros fundamentos, que não estaria vinculado à cláusula compromissória ajustada no contrato de compra e venda de ações celebrado entre os réus Fernando e Rodrigo e a Almeria, não tendo assinado qualquer contrato concordando com a arbitragem, o que determina a nulidade da sentença arbitral. O juízo singular julgou improcedentes os pedidos formulados na ação.

Interposta apelação, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu manter a sentença de 1º grau, conforme se extrai da ementa a seguir transcrita:

Apelação. Direito Comercial/Empresarial. Ação anulatória de sentença arbitral. Alegação de não sujeição das autoras à cláusula compromissória e à sentença arbitral. Afastamento. Discussão sobre a extensão da cláusula compromissória a partes que não firmaram o contrato gerador do litígio. Existência de grupo societário que não implica presunção ‘jure et de jure’ para o reconhecimento da anuência de sociedade não signatária à convenção de arbitragem. Caso concreto. Vinculação que pode ser reconhecida em razão das circunstâncias negociais. Contrato empresarial precedido de intensa negociação. Consentimento implícito à eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos derivados do negócio entre a GP, suas controladas e os corréus Rodrigo e Fernando. [...] Improcedência mantida. Reforma da sentença apenas quanto ao valor arbitrado a título de honorários de sucumbência, a serem pagos pelas autoras aos patronos dos corréus

²⁹³ A esse respeito, vale lembrar o julgado do STJ – SEC 856 – em que ficou decidido que a participação da parte no procedimento arbitral, sem objeção, importa aceitação tácita.

Fernando e Rodrigo. Redução para R\$ 400.000,00. Apelo a que se dá parcial provimento²⁹⁴.

O referido acórdão destacou importantes aspectos sobre o comportamento da GP para chegar à sua conclusão, conforme passaremos a expor a seguir.

Foi demonstrado que o GP foi o verdadeiro contratante e capitaneou as negociações que resultaram na alienação das ações de propriedade de Fernando e Rodrigo que conferiam o poder de controle da Imbra para a Almeria, sua controlada indireta por meio da Baladare e Smiles.

Ademais, os executivos do GP negociaram diretamente os termos do contrato de compra e venda das ações com Fernando e Rodrigo e, depois de adquirido o controle, assumiram a direção da operação comercial para viabilizar a transferência, tendo, por fim, atuado para consumir a efetiva alienação do controle à sociedade Almeria, integrante do grupo econômico liderado pelo GP.

Destacou-se, ainda, que os recursos financeiros foram encaminhados indiretamente, pela GP, que, para fazê-lo, serviu-se da Baladare e da Almeria, que foram simples instrumentos de seus investimentos.

E, ao final, arrematou o tribunal que o GP, após expressa referência ao contrato de compra e venda de ações e outras avenças, garantiu, em caráter irrevogável e irretratável, solidária e integralmente, o cumprimento de todas as obrigações assumidas pela Almeria no contrato principal de compra das ações de emissão da Imbra, o que evidencia a assunção da cláusula compromissória.

Ficou evidente que “na exata compreensão da realidade empresarial, como decidido na sentença arbitral, o GP foi o verdadeiro contratante, sujeitando-se à cláusula compromissória”. De acordo com o referido julgado, portanto, o comportamento adotado pela parte demonstrou consentimento inequívoco em relação ao contrato e à convenção de arbitragem.

Vale destacar que o Desembargador Relator do referido acórdão se debruçou sobre a análise da teoria objeto deste trabalho e, especificamente sobre a questão dos grupos societários, perfilhou entendimento segundo o qual “mera existência de grupo de empresas não constitui fundamento suficiente para, por si só, autorizar a ampliação da convenção de arbitragem às sociedades componentes de grupo econômico”. De todo modo, restou claro na

²⁹⁴ Apelação nº 0035404-55.2013.8.26.0100. Desembargador Relator: Manoel de Queiroz Pereira Calças. Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Data do Julgamento: 26/8/2015, Data da Publicação/Fonte: 07/10/2015.

fundamentação do acórdão que a engrenagem do referido grupo, atuando como unidade econômica, o que se extrai, inclusive, da similaridade entre as composições dos órgãos de administração das sociedades integrantes do grupo, foi elemento substancial para a conclusão alcançada pelo tribunal no sentido de manter o GP, embora não signatário da convenção, vinculado ao procedimento arbitral.

Do mesmo modo que nos casos anteriores, podemos destacar que:

- a) os papéis desempenhados pelas sociedades não signatárias foram determinantes para a análise do tribunal no sentido de mantê-las no procedimento; e
- b) a atuação do grupo societário da GP como realidade econômica única representou fator importante na conclusão alcançada pelo tribunal.

5.2 O PRESSUPOSTO JURÍDICO DO CONSENTIMENTO POR MEIO DA DECLARAÇÃO NEGOCIAL TÁCITA

A partir das decisões arbitrais analisadas e dos julgados acima comentados, foi possível observar que, em determinadas circunstâncias, uma parte não signatária da convenção, integrante de grupo societário, pode vincular-se à cláusula compromissória e ao procedimento arbitral, considerando o papel desempenhado nas etapas de negociação e/ou execução do contrato subjacente em que constou a cláusula compromissória.

Outro ponto de destaque dos julgados foi a questão relativa à coordenação dos papéis das sociedades integrantes do grupo societário na realização dos contratos e na relação contratual com a contraparte, demonstrando que as sociedades do grupo atuaram como um organismo único, muito em função do controle exercido pela sociedade dominante.

Nesse contexto, a partir dos julgados acima, e, ainda, com base em todos os institutos jurídicos abordados ao longo desta dissertação, passaremos a analisar detalhadamente o pressuposto jurídico necessário para permitir a vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos grupos societários – o consentimento²⁹⁵.

²⁹⁵ ARNOLDO WALD elenca os seguintes requisitos para a “extensão” da convenção de arbitragem a terceiros não signatários: “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 tem que ter sido 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”. In: WALD, Arnaldo. A arbitragem, os Grupos Societários e os conjuntos de contratos conexos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 2, ano 1, RT, 2004, p. 31-59. Ocorre que, a nosso sentir, os referidos requisitos apenas ilustram formas de exteriorização do consentimento, este sim pressuposto básico para permitir o fenômeno da “extensão”, já que a convenção de arbitragem tem por base a declaração negocial.

5.2.1 A revelação do consentimento

Como já amplamente destacado ao longo deste trabalho, em razão dos princípios da liberdade contratual, autonomia privada e consensualismo, a arbitragem deve, obrigatoriamente, ser fruto do livre consentimento das partes, sendo esse entendido como um acordo de vontades. Isso porque a escolha da arbitragem implica, necessariamente, na renúncia à jurisdição estatal. Sem a demonstração do consentimento do sujeito, portanto, não há o que se cogitar em sua vinculação à cláusula compromissória e ao procedimento arbitral.

A questão da verificação do consentimento é tema central da admissibilidade da teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos grupos societários. MANUEL PEREIRA BARROCAS reforça esse ponto, consoante trecho a seguir transcrito:

O ponto de partida, dada a natureza contratualista da arbitragem, é pois o consentimento para a arbitragem.

Em princípio, não deve ser admitido a intervir num processo arbitral um terceiro que não tenha consentido na arbitragem ou que, razoavelmente, se possa ou deva presumir que não deu o seu consentimento.

[...]

Somente, caso a caso, é por conseguinte possível concluir se uma parte não signatária pode ou deve ser considerada parte num processo arbitral, examinando detidamente todos os fatos e circunstâncias da sua intervenção no contrato, seja porque participou na negociação, celebração ou execução e, eventualmente, na sua cessação, seja porque o efeito econômico do contrato e da sua execução lhe interessa e, ainda assim, em que medida efetivamente lhe interessa²⁹⁶.

Como visto, o consentimento pode ser manifestado por meio de declaração negocial expressa²⁹⁷, tácita ou presumida. Os julgados apresentados ilustraram claramente casos concretos em que os órgãos jurisdicionais consideraram que o papel da parte não signatária na negociação e/ou execução do contrato subjacente, somado às circunstâncias da verificação do grupo societário como realidade econômica única, foi fator que não deixou dúvidas quanto à aceitação tácita da sociedade não signatária em relação ao contrato e à cláusula compromissória.

Para melhor entender a forma de exteriorização do consentimento, passaremos a demonstrar como e em que medida os atos e comportamento da parte não signatária podem conduzir à caracterização do consentimento nas etapas contratuais. Analisaremos, portanto, o suporte fático do consentimento, ou seja, como ele se revela no plano dos fatos jurídicos.

²⁹⁶ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 195-196.

²⁹⁷ Como a manifestação do consentimento de forma expressa não geraria dúvidas quanto ao consentimento de seu emitente, não trataremos dessa forma de exteriorização da vontade.

As decisões arbitrais selecionadas e os julgados regionais depositaram grande ênfase no papel desempenhado pela parte não signatária nas etapas de negociação e/ou execução do contrato que continha a cláusula compromissória, o que foi determinante para as decisões de reconhecimento do efeito vinculativo da cláusula compromissória.

Nesse contexto, é importante a narrativa de como se dá o engajamento de sujeitos empresariais para a oportuna celebração e execução de um contrato. Com efeito, é habitual que, antes da efetiva celebração do contrato, os sujeitos se engajem em negociações preliminares, mediante troca de correspondências e realizações de reuniões, as quais resultam, usualmente, na celebração de instrumentos jurídicos para formalizar a intenção para a potencial exploração conjunta de uma oportunidade de negócio e assegurar a confidencialidade pela troca de informações etc. Na prática empresarial, tais instrumentos geralmente são formalizados, por exemplo, por meio de “Carta de Intenções”, acordos de confidencialidade, memorandos de entendimentos, dentre outros instrumentos bastante conhecidos no universo jurídico-empresarial.

Nessa etapa de engajamento, por ter um caráter introdutório, os sujeitos empresariais, por meio de seus executivos e prepostos, passam a se relacionar de maneira próxima por meio da realização de reuniões presenciais, participação de conferências telefônicas variadas e intensa troca de correios eletrônicos, expedientes esses que são realizados para a troca de informações e para a aproximação com vistas ao desenvolvimento de uma potencial oportunidade de negócio.

Uma vez alcançada a convergência quanto ao prosseguimento do negócio, as partes caminham para a efetiva negociação e celebração do instrumento contratual com todos os contornos necessários para formalizar a parceria, que pode se dar mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços, constituição de uma sociedade, compra e venda de um determinado bem, dentre outras operações econômicas.

Dentro desse cenário, a circunstância de determinada sociedade ter comprovadamente participado de forma ativa, por meio de seus executivos, empregados, prepostos e/ou mandatários, dos variados expedientes relativos às etapas de engajamento, negociação e celebração, representa um conjunto fático-probatório que será considerado pelo órgão jurisdicional para a aferição do consentimento do sujeito não signatário em relação ao contrato e à cláusula compromissória dele constante, mesmo que, eventualmente, esse particular não tenha figurado como subscritor do instrumento final, relativo à operação empresarial desenvolvida, do qual constou a cláusula compromissória.

Passada a etapa de engajamento, a próxima etapa compreende a execução do contrato,

que, sem sombra de dúvidas, é a etapa em que a parte não signatária mais se comporta de forma a revelar seu consentimento inequívoco ao contrato e à cláusula compromissória.

Pois bem. Ao longo da execução do contrato, o sujeito não signatário pode praticar atos e adotar comportamento como se signatário fosse do contrato. Isso ocorre, por exemplo, quando esse sujeito, na prática, efetivamente executa ou realiza obrigações previstas no contrato, as quais, a rigor, não seriam dele exigíveis, em razão do princípio da relatividade dos contratos.

Esse foi o caso, por exemplo, de uma das empresas integrantes do Grupo *Dow Chemical*, conforme relatado da decisão arbitral comentada, em que a empresa *Dow Chemical France*, embora não signatária do contrato de distribuição, foi a empresa que efetivamente promoveu a entrega dos produtos contratados.

De forma geral, dentro desse conceito, o fato de o sujeito não signatário praticar atos em conformidade com as disposições do contrato, agindo como se dele fosse signatário, sinaliza o seu consentimento inequívoco, via declaração negocial tácita, em relação ao instrumento e todo o conjunto de disposições, inclusive quanto à cláusula compromissória.

Tais atos podem se materializar por comportamento consubstanciado em envio de notificações exigindo o cumprimento de obrigações contratuais da contraparte; aplicação de penalidades contratuais; mobilização e alocação de recursos humanos (executivos, prepostos, empregados) e financeiros para a execução do contrato; interação com terceiros em função do contrato (financiadores, seguradores, entidades governamentais etc.). Ora, por questão de lógica, indaga-se: a prática de tais atos é compatível com a alegação de não ser parte do contrato e da cláusula compromissória? Evidentemente que não. Trazemos mais uma vez os preceitos da confiança e boa-fé objetiva, com destaque para a vedação ao comportamento contraditório, que impõem a atuação coerente das partes contratantes.

A parte não signatária pode, ainda, ter papel essencial para a realização do contrato do qual não fez parte, na medida em que, eventualmente, seja dele prestador de garantia pessoal²⁹⁸ sem a qual a contraparte jamais teria celebrado o contrato, ou algum ato de execução do contrato dependa de sua participação direta ou indireta, circunstância essa de conhecimento das partes contratantes.

O primeiro exemplo foi ilustrado no caso GP Capital Partners, em que a GP garantiu as obrigações do contrato de compra e venda do qual não era signatário. A decisão arbitral do

²⁹⁸ O fato de o terceiro ter outorgado garantia pessoal para o cumprimento de obrigações decorrentes de outro contrato sinaliza, na teoria da vinculação da parte não signatária no caso dos grupos societários, o conhecimento e potencial consentimento da parte não signatária (e garantidor) dos termos do contrato garantido, em que constou a cláusula compromissória.

caso *Dow Chemical*, por sua vez, ilustra a segunda hipótese acima mencionada, em que a *Dow Chemical Company*, embora não signatária, era a titular das marcas dos produtos objeto dos Contratos de Distribuição, que não poderiam ser celebrados sem a sua autorização. Ou seja, os Contratos de Distribuição jamais poderiam ter sido ultimados sem a participação da sociedade não signatária.

Ademais, pode a parte não signatária, ainda, ter participação na etapa de terminação do contrato, praticando atos como a expedição de notificação visando à resolução ou rescisão contratual, buscando os correspondentes efeitos contratuais e legais (penalidades e/ou perdas e danos), se cabíveis, ou até mesmo na negociação de eventual distrato para formalizar o encerramento contratual mediante mútuo acordo de vontades.

Até mesmo a iniciativa de instauração do procedimento de arbitragem visando à extinção do contrato e demais desdobramentos, situação possível de se verificar nos casos de integração ativa da parte não signatária, consistirá elemento probatório a integrar a avaliação do órgão jurisdicional quanto ao seu consentimento em relação ao contrato e à cláusula compromissória.

Nesse contexto, a revelação do consentimento da parte não signatária à cláusula compromissória pode materializar-se nos diversos atos praticados ao longo da relação contratual, desde a sua concepção até seu encerramento. Esse modelo comportamento estabelecido pela parte não signatária representa elemento objetivo a integrar a análise acerca do consentimento do sujeito não signatário ao contrato e à cláusula compromissória, na forma de uma declaração negocial tácita.

5.2.2 A declaração negocial tácita e o comportamento concludente como elemento objetivo

A indagação que permanece é a seguinte: qual o regime jurídico, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, do consentimento veiculado por meio de atos e comportamento da parte não signatária ao longo das fases de negociação e/ou execução do contrato do qual não figurou como subscritor? Passamos a explicar.

Em determinadas circunstâncias, o comportamento adotado pela parte não signatária pode significar a exteriorização de uma declaração negocial, que, como visto, é elemento de existência da cláusula compromissória. A declaração negocial, nesse caso, é tácita e tem por elemento objetivo de aferição do denominado comportamento concludente.

O comportamento concludente, do ponto de vista jurídico, consiste no elemento objetivo da “declaração tácita”, o qual é determinado, como na declaração expressa, por via interpretativa²⁹⁹.

Por meio do comportamento concludente, pois, o sujeito, embora não tenha por objetivo dar notícia a terceiros acerca de determinado conteúdo negocial (o que tornaria expressa a manifestação), pratica atos e se comporta de tal maneira que, em razão do ambiente social em que está inserido, induz terceiros a formularem ilações lógicas no sentido de que o sujeito em referência adotou uma posição numa direção esperada e coerente com o comportamento adotado.

Nesse sentido, explica EMILIO BETTI:

Um determinado modo de se comportar, embora não sendo, deliberadamente, destinado a dar notícia de um dado conteúdo preceptivo àqueles a quem interessa, pode, todavia, adquirir, no ambiente social em que se desenvolve, significado e valor de declaração, na medida em que torna reconhecível, de acordo com a experiência comum, uma certa tomada de posição a respeito de alguns interesses que afectam a esfera jurídica alheia, naquela parte em que interfere com a do sujeito³⁰⁰.

Dentro dessa perspectiva, a indução em terceiros acerca do direcionamento volitivo do sujeito que adotou determinado modelo de comportamento opera de forma a permitir que aqueles que tiveram contato com tal dinâmica comportamental façam legítimas ilações lógicas, as quais, por sua vez, permitem ligar na declaração tácita a componente material, externa, manifestante, com um significado³⁰¹.

As ilações são conclusões extraídas, objetivamente, da “concludência” da conduta. Sobre esse ponto, PAULO DA MOTA PINTO observa:

Já referimos que a ilação é aqui realizada a partir dos chamados “factos concludentes”. Estes são aqueles factos a partir dos quais, de acordo com o critério interpretativo, se pode concluir uma declaração tácita – podem, portanto, ser todos os que se devem considerar do ponto de vista hermeneuticamente relevante, sejam eles positivos ou negativos, desde que sirvam para constituir uma “impressão do destinatário” no sentido da existência de uma declaração tácita e que não se trate de símbolos integrantes de uma linguagem (pois então a declaração seria expressa)³⁰².

²⁹⁹ PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 746-747.

³⁰⁰ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 268. t. I.

³⁰¹ PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 746-747.

³⁰² PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 752.

A “concludência” do comportamento, portanto, autoriza a formulação de ilações lógicas, coerentes e, portanto, “concludentes”, a partir do modelo de comportamento adotado. Tais ilações não precisam ser inequívocas, bastando um elevado grau de probabilidade de declaração, a partir de uma inferência segundo uma “lógica de interação”, à luz das regras do jogo ou “usos da vida” ou “vida dos negócios”³⁰³.

O caráter concludente do comportamento, de modo a autorizar uma legítima ilação, deverá ser analisado e interpretado no conjunto das circunstâncias do caso concreto. Ou seja, o comportamento será concludente se, dentro do ambiente social em que foi estabelecido, das práticas dos negócios e das características dos personagens envolvidos, seja possível depreender um significado material relevante da conduta, apto a revelar uma declaração negocial tácita segura. Do mesmo modo, afirma EMILIO BETTI:

O valor concludente é aqui entendido como idoneidade de um indício para justificar uma ilação unívoca e segura (é instrutivo, pela clareza da formulação, o critério estabelecido pelo art. 476.º). Mas é, no entanto, conveniente não haver equívocos quanto ao sentido dessa ilação. Trata-se, não já de inferir da atitude exterior a existência de uma vontade meramente interna, mas de inferir da conduta, enquadrada no conjunto das circunstâncias, o significado objetivo do negócio jurídico, que não está explícito, só sendo reconhecível por uma forma implícita e indireta³⁰⁴.

Sem embargo, vale frisar que a consciência do sujeito acerca da concludência do seu comportamento é absolutamente irrelevante, de modo que se aquele modelo de comportamento levado a cabo pelo sujeito, considerando as circunstâncias inerentes ao ambiente social em que está inserido, permitir ilações legítimas por terceiros, tal comportamento exprimirá conteúdo de declaração negocial tácita com plena aptidão de produção de efeitos jurídicos³⁰⁵.

Dentro desse contexto, entendemos que a parte não signatária do contrato e da cláusula compromissória, tendo em vista o papel desempenhado nas etapas de negociação e/ou execução do contrato, praticando atos e se comportando como signatário fosse, revela

³⁰³ PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 893.

³⁰⁴ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 270. t. I.

³⁰⁵ PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 425.

comportamento concludente plenamente apto a exteriorizar seu consentimento, via declaração negocial tácita, do contrato e da cláusula compromissória³⁰⁶.

Com efeito, o comportamento adotado pela parte não signatária, lançando-se como protagonista nas etapas de negociação e/ou execução de um contrato celebrado entre uma sociedade afiliada e uma contraparte com cláusula compromissória, certamente autoriza a realização de legítimas inferências pelos demais interlocutores, que são as partes signatárias e eventualmente terceiros que com elas se relacionem, no sentido de formular uma ilação lógica de que o sujeito, embora não signatário, consentiu ao referido contrato e à cláusula compromissória, por meio da revelação de uma declaração negocial tácita.

Trazendo mais uma vez a referência das decisões arbitrais e dos julgados comentados, em todos os casos, os comportamentos adotados por cada sujeito não signatário ao longo da relação contratual foram conclusivos no sentido de indicar os respectivos consentimentos aos contratos e às cláusulas compromissórias.

Nesse contexto, resta evidente que atos praticados e o comportamento adotado pela parte não signatária na negociação e/ou execução contratual materializam comportamento concludente hábil a revelar o consentimento da parte não signatária, na forma de declaração negocial tácita, ao contrato e à cláusula compromissória.

5.2.3 A influência da teoria dos grupos societários na exteriorização da declaração negocial tácita

De plano, podemos afirmar que a mera existência de grupo societário, por si só, não acarreta a automática vinculação da sociedade não signatária integrante do agrupamento societário à cláusula compromissória. Conclusão diversa poderia macular institutos básicos do direito empresarial, com destaque para o princípio da autonomia da personalidade jurídica da sociedade em relação ao sócio.

A invocação da teoria dos grupos societários, na verdade, atua como uma presunção de consentimento da sociedade não signatária, já que integrante de grupo societário cuja engrenagem singular, em razão do exercício do poder de controle imposto pela sociedade dominante, incute legitimamente em seus interlocutores uma realidade econômica única³⁰⁷.

³⁰⁶ Vale lembrar, conforme indicado no item 3.3.1, que o princípio da autonomia da cláusula compromissória não pode servir de argumento para segregar o consentimento do contrato em relação à cláusula compromissória, na medida em que estão instrumentalmente vinculados.

³⁰⁷ Nas palavras do autor: “a existência de um grupo de sociedades pode ser relevante, particularmente porque isso gera certa dinâmica nos termos da organização, controle e participação comum em projetos, no intercâmbio dos membros dentro do grupo”. No original, em tradução livre do autor: “*the existence of a group of companies*”.

A presunção, no caso, é relativa, devendo o consentimento de cada sociedade integrante do grupo societário ser aferido e verificado individualmente, com o objetivo de averiguar a efetiva participação desta sociedade não signatária na dinâmica da realização do contrato.

No mesmo sentido, GUSTAVO TEPEDINO posiciona-se no sentido de que a existência de grupo societário não implica presunção absoluta de consentimento das demais sociedades integrantes do grupo que não assinaram o contrato, *in verbis*:

Na busca pela determinação da vontade das partes, não apenas o comportamento se afigura indicativo da concordância com o procedimento arbitral, mas a Corte considera, por vezes, que a existência de grupo societário gera presunção de consentimento. Não se trata, todavia, de presunção absoluta, mas de simples indício de submissão ao procedimento arbitral, que pode ser afastado por outras circunstâncias. [...] Nota-se, desse modo, que, ao evocar a teoria do grupo societário, não se objetivou afastar o consensualismo na instauração do procedimento arbitral. A existência de grupo societário não resulta, de per si, na participação de todos os integrantes no processo arbitral a que apenas uma sociedade se vinculou. Para Hanotiau, a função dos grupos se limitaria a estabelecer presunção de que todas as sociedades consentiram com a submissão ao tribunal, presunção esta que deve ser afastada nos casos em que não houver outros elementos que ratifiquem a existência de consentimento. Trata-se de mero elemento fático, a ser analisado em conjunto com as demais circunstâncias apresentadas, vez que ‘a existência de um grupo não implica a vinculação de todas as entidades que o compõem, quando uma dentre elas assume um compromisso. Faz-se necessário estabelecer o consentimento de cada uma [...]’³⁰⁸.

Nesse diapasão, a configuração de grupo societário no contexto de determinado caso concreto, integrado por sociedades sob direção unitária, atuando como uma realidade econômica única, representa elemento indicativo, por presunção relativa, da manifestação do consentimento de outras sociedades não signatárias dele integrantes, mitigando o princípio da autonomia da personalidade jurídica.

Isso pode se mostrar, especialmente, quando, em razão do efetivo exercício do poder de controle, o grupo revelar uma engrenagem que autorize a avaliação acerca da potencial aceitação de sociedades não signatárias integrantes do grupo em relação ao contrato e à cláusula compromissória. A título ilustrativo, essa engrenagem pode se mostrar na forma de

may be relevant, particularly because it generates certain dynamics in terms of organization, control, common participation in projects, the interchangeability of the members within the group, etc.”. In: HANOTIAU, Bernard. “Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision? (The 2010 Annual Freshfields Lecture, London, 21 October 2010)”, in *Arbitration International*, Kluwer Law International, 2011, v. 27, Issue 4, p. 545.

³⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. “Consensualismo na Arbitragem e Teoria do Grupo de Sociedades”. In **Revista dos Tribunais**, n. 903, jan/2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 9-25, p. 18.

reprodução total ou parcial da composição dos órgãos de administração das sociedades integrantes do grupo, no esvaziamento das deliberações societárias de determinadas sociedades (que passam a ser meras formalidades), dentre outras evidências que serão analisadas à luz do caso concreto.

Como dito, a presunção é relativa, admitindo, pois, prova em contrário. Dessa maneira, caso seja demonstrado que a sociedade não signatária integrante do grupo societário não teve qualquer participação nas etapas contratuais, estará afastada à sua vinculação, o que já ocorreu em diversos casos também apreciados pela CCI³⁰⁹.

Dentro desse contexto, caso o grupo societário tenha uma governança transparente e eficaz, de modo a indicar em seu mercado de atuação que cada sociedade possui uma atuação singular e independente, essa circunstância poderá contribuir para a conclusão acerca da impossibilidade de se vincular a sociedade não signatária que se busca integrar ao procedimento arbitral.

Diante do exposto, a teoria dos grupos societários, no contexto do tema relativo à vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória, atua no sentido de servir como uma presunção relativa do consentimento da sociedade não signatária. Essa presunção deverá encontrar lastro em elementos probatórios que indiquem a efetiva participação da sociedade não signatária nas etapas contratuais relativas ao negócio jurídico do qual participaram como subscritores a sociedade integrante do mesmo grupo societário e a contraparte.

³⁰⁹ LEONARDO DE CAMPOS MELLO faz menção aos casos CCI 4504/1985; Caso CCI 98732/1999; Caso CCI 9517/2000, dentre outros. In: MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos societários**. A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CONCLUSÕES

Neste trabalho, exploramos o tema da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória nos casos dos grupos societários.

Foram enfrentados relevantes desafios para que pudéssemos explorar o fenômeno da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, abordamos as complexas questões envolvendo:

- a) o consentimento e sua exteriorização por meio da declaração negocial tácita, principalmente em razão do requisito da forma escrita previsto no art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem;
- b) a interpretação do fenômeno da vinculação à luz de determinados princípios jurídicos;
- c) a formação dos grupos societários e a sua influência na interpretação da declaração negocial tácita da parte não signatária dele integrante; e
- d) a revelação do comportamento concludente como elemento objetivo da declaração negocial tácita.

Como a aferição do consentimento representa o cerne deste estudo, adotamos a expressão “vinculação da parte não signatária” ao invés da clássica definição intitulada “extensão da cláusula compromissória a terceiros não signatários”, tendo em vista que a premissa fundamental reside em saber quem emitiu declaração negocial ou não em relação ao contrato e à cláusula compromissória – e não se a cláusula compromissória deve ser estendida em favor de terceiros estranhos à relação jurídica (porque não é efetivamente o caso).

Ainda tendo como base o consentimento como pilar estrutural da teoria da vinculação do sujeito não signatário à cláusula compromissória, exploramos a sua natureza no contexto do regime jurídico da convenção de arbitragem, mais especificamente a cláusula compromissória. O consentimento, pois, revela-se por meio de uma declaração negocial, que representa elemento de existência da cláusula compromissória.

A exteriorização do consentimento pode se dar através de uma declaração negocial expressa, tácita ou presumida. Entendemos que, para fins da teoria da vinculação da parte sujeito não signatária nos casos de grupos societários, o consentimento é manifestado por meio de uma declaração negocial tácita, que tem como elemento objetivo o comportamento concludente.

A manifestação do consentimento por meio da declaração negocial tácita não é incompatível como o requisito de forma escrito previsto no art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem.

Essa afirmação pode ser extraída, inclusive, de posicionamento do STJ que expressamente admitiu hipótese de aceitação tácita nos casos em que a parte não signatária participa regularmente do procedimento arbitral, sem qualquer objeção.

A compatibilidade da declaração negocial tácita com a Lei de Arbitragem decorre dos seguintes motivos:

- a) a Lei de Arbitragem apenas exige a forma escrita, não fazendo exigência se a manifestação deve ser expressa ou tácita no âmbito dos contratos paritários;
- b) as regras de interpretação do negócio jurídico, dentre as quais se incluem as normas sobre a declaração negocial, estão previstas no código civil e não são desafiadas pela Lei de Arbitragem; e
- c) o requisito de forma escrita tem natureza meramente probatória (*ad probationem*) da existência da cláusula compromissória, não representando, portanto, requisito de substância do ato (*ad substantiam*). Nesse contexto, bastará que a cláusula compromissória esteja reproduzida por escrito que a exigência legal terá sido atendida.

Quando passamos a analisar a teoria da vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória sob a ótica de princípios jurídicos, restou evidente que a vinculação da parte não signatária, quando verificadas determinadas circunstâncias, não é somente possível, como mandatória, tendo em vista a manifestação de consentimento da parte não signatária ao contrato e à cláusula compromissória, exteriorizada por meio de atos e comportamento concludentes, compondo a declaração negocial tácita. Dentro dessa perspectiva, o fenômeno da vinculação da parte não signatária encontra fundamento:

- a) nos princípios constitucionais da igualdade, da livre iniciativa, da liberdade individual, da solidariedade social e da inafastabilidade da jurisdição;
- b) nos princípios de direito privado, assegurando a efetiva vinculação daquele que é parte do contrato, mesmo que não signatário, com destaque para a liberdade contratual, autonomia privada, consensualismo, força obrigatória e boa-fé objetiva; e
- c) nos princípios que regem a arbitragem – de forma a assegurar a sua efetividade e a preservar a declaração negocial das partes de se valerem deste método alternativo de solução de controvérsias.

Quanto aos grupos societários, a partir de suas características essenciais – a diversidade jurídica e a direção unitária determinada pelo controle exercido pela sociedade dominante –, afirmamos que o grupo atuará com uma engrenagem capaz de projetar em seus interlocutores externos uma realidade econômica única. Ressaltamos, contudo, que a mera

configuração do grupo societário não autoriza, por si só, a vinculação da sociedade não signatária. Isso porque a regra é que o contrato vincula apenas as partes signatárias, não alcançando indistintamente as sociedades dos grupos empresariais dos signatários, sob pena de violação, numa perspectiva de direito civil, do princípio da relatividade dos efeitos do contrato; e, numa ótica societária, do princípio da autonomia da personalidade jurídica, princípios fundamentais do direito privado e que contribuíram para a circulação de riquezas e desenvolvimento da sociedade contemporânea.

Dentro dessa perspectiva, a configuração do grupo societário como uma realidade econômica única implica, na verdade, numa presunção relativa de consentimento das sociedades dele integrantes. Sucede que a parte interessada na integração da parte não signatária deverá demonstrar mais do que isso, ou seja, deverá demonstrar quais sociedades não signatárias efetivamente participaram da negociação e/ou execução do contrato, adotando comportamento concludente, de modo a exteriorizar uma declaração negocial tácita.

O ponto importante dos grupos societários reside, portanto, na sua influência circunstancial nas regras de interpretação do consentimento manifestado via declaração negocial. Com efeito, a sua caracterização autoriza o intérprete a presumir que a sociedade não signatária também consentiu ao contrato e a cláusula compromissória. Essa presunção pode ser objeto de prova em contrário de forma a demonstrar que a referida sociedade, embora seja integrante do mesmo grupo societário, não exerceu qualquer papel, não praticou atos e não teve comportamento concludente apto a materializar seu consentimento ao contrato e à cláusula compromissória, motivos tais que justificarão a sua não integração ao procedimento arbitral.

O ponto central da dissertação, portanto, é o consentimento e a sua forma de exteriorização. Como vimos, o consentimento se dá através de uma declaração negocial tácita que tem o comportamento concludente como elemento objetivo para a sua revelação. Esse comportamento pode se revelar ao longo das etapas contratuais, sendo capaz de gerar nos interlocutores a expectativa, por ilação lógica, de que o referido sujeito não signatário emitiu uma declaração com significado negocial.

Com efeito, o comportamento concludente ocorre quando o sujeito não signatário adota comportamento que, embora não tenha objetivo de dar notícia a terceiros acerca de uma posição jurídica, tendo em vista o ambiente social em que foi praticado, leva seus interlocutores a formularem uma ilação lógica de declaração, a partir da conclusividade do comportamento. A ilação dos interlocutores do sujeito não signatário no caso explorado nesta dissertação é a compreensão de sua qualidade de parte do contrato, sujeitando-se a todos os

efeitos jurídicos decorrentes dessa qualidade, inclusive quanto à renúncia à jurisdição estatal mediante o estabelecimento de cláusula compromissória.

As decisões arbitrais selecionadas e os julgados nacionais comentados ilustraram o papel desempenhado por partes não signatárias na negociação e/ou execução dos contratos, não deixando dúvidas de que os atos praticados por tais sujeitos integraram um comportamento tal que foi conducente (conclusivo) no sentido de que o sujeito não signatário manifestou consentimento em relação ao contrato e à cláusula compromissória dele constante. De maneira geral, no plano dos fatos jurídicos, o comportamento pode se revelar pela prática, pelo sujeito não signatário, de atos aderentes às obrigações previstas no contrato, as quais não seriam, a rigor, dele exigíveis, bem como pela sua condição de garantidor e/ou de personagem determinante para a conclusão da operação comercial.

Nessa direção, os atos concludentes usualmente praticados pela parte não signatária levam à conclusão lógica de que a parte não signatária assentiu em relação ao contrato e à cláusula compromissória dele constante. O assentimento, nesse caso, se dá via uma declaração negocial tácita da parte não signatária, que tem por elemento objetivo o comportamento concludente por ele praticado em determinado ambiente social.

Diante de todo exposto, concluímos que o fenômeno da vinculação da parte não signatária da cláusula compromissória nos casos dos grupos societários tem guarida no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando como pilar a demonstração do inequívoco consentimento da parte não signatária integrante do grupo societário em relação ao contrato e à cláusula compromissória, por meio de uma declaração negocial tácita.

A verificação desse consentimento se dará a partir da aferição do papel desempenhado pela parte não signatária nas etapas contratuais de negociação, celebração, execução e/ou cessação do contrato. Caso seja demonstrada a participação ativa e eficaz do sujeito não signatário na dinâmica contratual, por meio da adoção de modelo de comportamento concludente, as regras de interpretação autorizam que este comportamento revele objetivamente uma declaração negocial tácita à cláusula compromissória, permitindo a sua integração ao procedimento arbitral.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial**. São Paulo: [s.e], 1986.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito e exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. In **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

AZEVEDO, Ciro Rangel; TEIXEIRA, Pedro Freitas. Notas sobre contrato de consórcio Empresarial. **Revista de Direito Privado**. v. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010.

BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual**. Tese de Doutorado em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRAGUETTA, Adriana. "Cláusula Compromissória – Contrato Não Assinado – Participação no Procedimento Arbitral – SEC 865 – STJ" In **Revista Brasileira de Arbitragem**. No. 7. Setembro 2005, Editora Thomson/IOB.

CAHALI, Francisco José Cahali. **Curso de arbitragem: mediação e conciliação**. Resolução CNJ 125/2010. 3. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Direito arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO SANTOS, J. M. **Código Civil brasileiro interpretado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. XIII.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. Os Grupos Societários na nova Lei de Sociedades por Ações. In: **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo: n. 23, ano XV, p. 91-107, 1976.

_____.SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da arbitragem**: comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e Processo de Conhecimento. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários: Da Formação à Falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Lacunas no direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva 1995.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011. v. II.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FILHO, Calixto Salomão. O novo direito dos grupos: conflito de interesses *versus* regras de responsabilidade. In: **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

FRADERA, Véra Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; César, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. **Aspectos controvertidos no novo Código Civil**: escrito em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 569-582.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Contratos e atos unilaterais. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2001. v. 5.

GUERRERO, Luiz Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009.

HANOTIAU, Bernard. Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision? (The 2010 Annual Freshfields Lecture, London, 21 October 2010), **Arbitration International**, Kluwer Law International, v. 27, Issue 4, 2011.

_____. **Complex arbitration**: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

_____. Groupes de sociétés et groupes de contrats dans l'arbitrage commercial international. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 4, n. 12, 2007.

_____. Multiple Parties and Multiple Contracts in International Arbitration. In: **Multiple party action and international arbitration**. New York: Oxford University Press, 2009.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001

JABARDO, Cristina Jaiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional**: o caso dos grupos societários. Tese de Dissertação de Mestrado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo, Biblioteca de Direito Internacional da FDUSP, São Paulo, 2009.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**. v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Humberto Theodoro. **Direitos do consumidor, a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios Gerais do direito civil e do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KATAOAKA, Eduardo Takemi. **A coligação contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEÃES, Luiz Gastão P. de Barros. A estruturação de um Grupo Empresarial. In: **Direito comercial – textos e pretextos**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Equidade e celeridade: Advogado deve abandonar processo civil na arbitragem. **Revista Consultor Jurídico**, 12 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-12/entrevista-selma-lemes-advogada-professora-especialista-arbitragem>>. Acesso em: 8 jun. 2017.

_____. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Equidade e celeridade: Advogado deve abandonar processo civil na arbitragem. **Revista Consultor Jurídico**, 12 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-12/entrevista-selma-lemes-advogada-professora-especialista-arbitragem>>. Acesso em: 8 jun. 2017

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS, Pedro A. Batista. Autonomia da Cláusula Compromissória. In: **Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação**. AZEVEDO, André Gomma. (Coord.). Brasília, 2003. v. 2. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/segunda-parte-Art.s-dos-professores/autonomia-da-clausula-compromissoria>>. Acesso em: 8 jun. 2017.

MARTINS, Pedro Batista; TEPEDINO, Gustavo. Convenção de arbitragem: reconhecimento de legitimidade passiva: caso ICC n. 15372/JRF: VRG Linhas Aéreas vs. Matlin Patterson: laudo parcial e voto divergente de Pedro A. Batista Martins. In **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 9, n. 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Pedro Batista. Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta. In **Revista de arbitragem e mediação**. v.9, n. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MASSON, Nathalia. “O princípio da liberdade das formas”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro, 2006.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **O conceito jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, Diogo Leonardo Machado. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos societários**. A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos societários. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional**: 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008.

NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011

_____. Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001,

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

PARK, William W. “Non-signatories and international contracts: an arbitrator’s dilemma. **Multiple party action in international arbitration**. New York: Oxford University Press, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra. Almedina, 1995

PITOMBO, Eleonora C. Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do princípio da Kompetenz-Kompetenz no Brasil In: FERREIRA, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). **Arbitragem: estudo em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: Parte Geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade. Atualizado por Marco Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. IV.

_____. **Tratado de direito privado**: Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. III.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. XV.

RAU, Alan Scott. “Consent” to arbitral jurisdiction disputes with non-signatories. **Multiple party actions in international arbitration**: permanent court of arbitration. Oxford University Press, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo: Saraiva, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. Tutela de Confiança e Venire Contra Factum Proprium. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA, Ananda Portes. Extensão de cláusula arbitral em contratos coligados celebrados entre as mesmas partes. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 52, ano 14, p. 171-194, jan./mar. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na Arbitragem e Teoria do Grupo de Sociedades. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 903, p. 9-25, jan. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria das obrigações e teoria dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

WALD, Arnoldo. “A arbitragem, os Grupos Societários e os conjuntos de contratos conexos”. In **Revista de arbitragem e mediação** n. 2, ano 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31-59.

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