

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

GIULIANO SILVEIRA D'ANDREA ROSSI

**O CONSENTIMENTO NA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E A EXTENSÃO
SUBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA SOB O ASPECTO DOS GRUPOS
SOCIETÁRIOS**

São Paulo

2024

GIULIANO SILVEIRA D'ANDREA ROSSI

**O CONSENTIMENTO NA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E A EXTENSÃO
SUBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA SOB O ASPECTO DOS GRUPOS
SOCIETÁRIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado ao Departamento de Direito
Processual da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Professor Doutor Carlos Alberto
Carmona

São Paulo

2024

FOLHA DE APROVAÇÃO

GIULIANO SILVEIRA D'ANDREA ROSSI

Nº USP 11821365

O CONSENTIMENTO NA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E A EXTENSÃO SUBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA SOB O ASPECTO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

Professor: _____

Nota: _____ Assinatura: _____

Instituição: _____

Professor: _____

Nota: _____ Assinatura: _____

Instituição: _____

Professor Orientador: Doutor Carlos Alberto Carmona

Nota: _____ Assinatura: _____

Instituição: Universidade de São Paulo – FDUSP

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo investigar a vinculação de partes não signatárias da convenção de arbitragem ao juízo arbitral, especialmente os aspectos da extensão dos efeitos da cláusula compromissória ao grupo societário. Inicialmente, propõe-se um estudo da relevância do elemento volitivo como fundamento do poder do árbitro à luz da complexidade das relações transacionais contemporâneas, cujos contornos multifacetados e pluripessoais se contrapõem à bilateralidade da arbitragem concebida como um negócio jurídico processual baseado no consentimento. O estudo se concentrará, então, na expressão mais iminente da dificuldade de conformação da arbitragem no contexto de transações complexas e multifacetadas: a Teoria do Grupo Societário. A partir de um estudo de casos, ver-se-á como a doutrina dos grupos societários se esforça para adequar a arbitragem à intrincada realidade transacional sem renunciar ao paradigma da arbitragem como negócio jurídico processual bilateral e vinculado ao consenso. Por fim, será apresentada uma análise crítica da teoria dos grupos societários, propondo uma ressignificação prática do conceito.

Palavras-chave: arbitragem; cláusula compromissória; consentimento na arbitragem; limites subjetivos da cláusula compromissória; Teoria dos Grupos Societários.

ABSTRACT

This monograph aims to investigate the binding of non-signatory parties to the arbitration agreement, engrossing particularly on the aspects of the extension of the effects of the arbitration clause to the group of companies. Initially, a study is proposed on the relevance of the volitional element as the foundation of the arbitrator's authority in light of the complexity of contemporary transactional relationships, whose multifaceted and multi-personal feature contrast with the bilateral nature of arbitration conceived as a procedural legal transaction based on consent. The study will then focus on the most imminent expression of the difficulty of framing arbitration in the context of complex and multifaceted transactions: the group of companies doctrine. Through a case study, it will be observed how the doctrine of group of companies endeavors to adapt arbitration to the intricate transactional reality without relinquishing the paradigm of arbitration as a bilateral procedural legal transaction bound to consensus. Finally, a critical assessment of the theory of corporate groups will be proposed, suggesting a practical re-signification of the concept.

Keywords: arbitration; arbitration clause; consent to arbitration; subjective limits of the arbitration clause; Group of Companies Doctrine.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	7
1.1. A Cláusula Compromissória e o Compromisso Arbitral.....	7
1.2. A Natureza Jurídica da Arbitragem.....	9
1.2.1. <i>A Teoria Contratualista</i>	9
1.2.2. <i>A Teoria Jurisdicional</i>	10
1.2.3. <i>A Teoria Mista e Teoria Autonomista</i>	11
1.3. A Arbitragem como Negócio Jurídico	12
2. O CONSENTIMENTO NA ARBITRAGEM	13
2.1. O Consensualismo, a Relatividade e os Limites Subjetivos da Cláusula Compromissória	13
2.2. Interpretando o Consentimento	14
2.3. O Consentimento Tácito e a Extensão da Cláusula Compromissória para Não Signatários.....	16
3. A FORMA ESCRITA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: ENTRE A FORMA E A SUBSTÂNCIA	23
3.1. A Exigência da Forma Escrita da Cláusula Compromissória	23
3.2. A Função <i>Ad Substantiam</i> da Forma Escrita	24
3.3. A Função <i>Ad Probationem</i> da Forma Escrita.....	25
3.4. A Flexibilização do Requisito Formal na Lei Modelo e em Legislações Estrangeiras	27
3.5. A Forma Escrita na Lei de Arbitragem	28
4. A TEORIA DOS GRUPOS DE SOCIEDADE	32
4.1. O Conceito de Sociedade Grupal, os Grupos de Fato e os Grupos de Direito	32
4.2. A Personalidade Jurídica das Sociedades Grupais.....	34
4.3. A Vontade nos Grupos de Sociedade	36
4.3.1. <i>Os Grupos de Coordenação e os Grupos de Subordinação</i>	37
4.3.2. <i>Os Grupos de Fato e os Grupos de Direito</i>	38
4.4. Análise de Precedentes.....	40
4.4.1. <i>Caso Dow Chemical vs. Isover Saint-Gobain</i>	40
4.4.2. <i>Caso MAP Tankers Inc. vs. Mobil Tankers, Ltd.</i>	42
4.4.3. <i>Caso Trelleborg</i>	43
4.5. Crítica ao Uso da Teoria dos Grupos de Sociedade na Ampliação dos Efeitos Subjetivos da Cláusula Arbitral	44
CONCLUSÃO	47

INTRODUÇÃO

O presente estudo concentra-se no repisado, mas ainda muito pertinente, debate sobre os efeitos da convenção de arbitragem na arbitragem multiparte. As transações inseridas na economia globalizada contemporânea são marcadas pela complexidade resultante da multiplicidade de partes entre as diversas relações econômicas que as suportam.

Logicamente, tal complexidade é vertida pelos litígios provenientes dessas transações. Nesse contexto pluripessoal e intrincado, as disputas judiciais são caracterizadas pelo litisconsórcio, o que representa um desafio, particularmente, para a arbitragem, na medida em que essa se define como um negócio jurídico bifronte, sendo o poder do árbitro extraído fundamentalmente do consenso consubstanciado na convenção de arbitragem para autorizar a derrogação da jurisdição estatal.

Ou seja, enquanto nos processos judiciais o litisconsórcio e a ampliação da responsabilidade patrimonial é um expediente comum, justificar a extensão dos efeitos da cláusula arbitral é significativamente mais difícil. Assim, em primeiro plano, esse estudo irá analisar a posição do consenso na arbitragem e as hipóteses que permitem esse elemento assumir uma posição marginal na instauração da arbitragem.

Ver-se-á que a arbitragem comercial internacional vem relativizando o consentimento na caracterização da arbitralidade, investigando as diversas bases dessa prática, quer seja na doutrina, quer seja nos tribunais arbitrais estrangeiros e, subsequentemente, apresentando um breve exercício de direito comparado para avaliar o enquadramento dessas técnicas nas arbitragens brasileiras à luz da legislação pátria.

Oportunamente, concluindo essa primeira parte do trabalho, uma nova proposta de abordagem para a fundamentação da jurisdição arbitral centrada mais na disputa do que no consenso será estudada criticamente.

Na segunda parte, por sua vez, o foco se volta aos casos de extensão subjetiva de cláusula compromissória por excelência: os grupos societários. Em razão da aludida complexidade transacional contemporânea, é fato que a estrutura comercial predominante na economia globalizada contemporânea se baseia majoritariamente nos conglomerados empresariais – os grupos de sociedade.

A inexistência de um processo judicial societário no Brasil e as vantagens intrínsecas da arbitragem para a dinâmica empresarial a consagra como meio preferido para a resolução de conflitos societários. Além disso, a Teoria dos Grupos Societários é onde majoritariamente se

assenta a hipótese de extensão subjetiva da cláusula compromissória para partes não-signatárias, inclusive havendo precedentes nacionais. Daí a importância de um estudo aprofundado do conceito, seu tratamento no ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro e de sua relevância para a discussão da centralidade do consenso na arbitralidade anteriormente elaborada.

Concluindo, em deferência à larga e prolífica produção acadêmica em torno da temática, este trabalho, antes de qualquer coisa, pretende proporcionar uma visão compreensiva da discussão, apresentando o contexto que irrompeu a problemática e explorando as vertentes doutrinárias a respeito, bem como as principais soluções sugeridas na doutrina e técnicas adotadas pelos tribunais arbitrais nacionais e internacionais no que se refere à extensão dos efeitos da cláusula arbitral em arbitragens multiparte.

Sem prejuízo dessa proposta dogmática, o presente estudo também pretende contribuir para o debate ao suscitar um aspecto do tema pouco analisado na doutrina brasileira: a interpretação da arbitralidade a partir da disputa, e não apenas do consenso, especialmente nos procedimentos multiparte, onde este trabalho irá penetrar a Teoria dos Grupos Societários.

1. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

1.1. A Cláusula Compromissória e o Compromisso Arbitral

A Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), que regulamenta os procedimentos arbitrais no Brasil, assim prescreve em seu artigo 3º: “*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.*”

A convenção de arbitragem consubstancia a vontade das partes de submeter ao juízo arbitral todo e qualquer conflito proveniente da relação jurídica relevante, bem como de repelir a jurisdição estatal sobre esses litígios¹.

O referido dispositivo legal expõe a opção do legislador pelo binômio cláusula compromissória e o compromisso arbitral na definição da convenção de arbitragem², expediente que não é adotado de forma unânime entre as leis arbitrais, mas representa uma

¹ “Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 100).

² BAPTISTA, Luiz Olavo. **Cláusula compromissória e compromisso**. 1986, p. 31.

particularidade do sistema romano-germânico³. Portanto, seguindo o tratamento dispensado pela Lei de Arbitragem, a convenção de arbitragem é gênero que pode ser reduzido à duas espécies: cláusula compromissória e compromisso arbitral⁴.

Referidas espécies distinguem-se, primordialmente, pelo momento em que são avençadas: (i) a cláusula compromissória é a obrigação de fazer constituída sob a condição suspensiva, qual seja a superveniência de um conflito, enquanto (ii) o compromisso arbitral nasce após a materialização do litígio. De qualquer forma, ambos os institutos atendem a uma mesma *fattispecie*: a instauração da arbitragem. Por essa razão, alguns ordenamentos internos sequer praticam a distinção, como é o caso da Espanha, cuja lei de arbitragem unifica o compromisso arbitral e a cláusula compromissória em um só ato jurídico, denominado convênio arbitral, e refere-se simplesmente como arbitragem ao que o direito brasileiro denomina convenção de arbitragem⁵.

A distinção já foi mais relevante⁶, quando a cláusula compromissória se equiparava a um pré-contrato (no Brasil, anteriormente ao advento da Lei de Arbitragem), ou seja, era o equivalente a um compromisso das partes de instituir o juízo arbitral para dirimir potenciais litígios e apenas com a celebração do compromisso arbitral ocorria a instauração da arbitragem.

Porém, após a Lei de Arbitragem, o procedimento arbitral pode ser inaugurado sem a celebração do compromisso arbitral, bastando a cláusula compromissória para este fim, deste que contenha em seu bojo os elementos necessários à instituição da arbitragem⁷, nos termos do artigo 5º da Lei de Arbitragem⁸.

Sob este aspecto, inclusive, se ausentes na cláusula compromissória os elementos aptos a conformar a arbitragem, denominadas de cláusula compromissória “vazia”, é possível adjudicar a celebração do compromisso arbitral para viabilizar a instauração da arbitragem (cumprimento específico), dada a força vinculante da cláusula compromissória *per se*, conforme há muito consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), aqui

³ DERAIS, Yves. International Commercial Arbitration in Civil Law Countries. In: Pieter Sanders (ed.), **Arbitration in Settlement of International Commercial Disputes Involving the Far East and Arbitration in Combined Transportation**, ICCA Congress Series, v. 4, Kluwer Law International, 1989, p. 230.

⁴ JABARDO, Cristiane Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. 2009, 6 f. Tese (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

⁵ ALVIM, J.E. Carreira. Tratado Geral de Arbitragem. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 208.

⁶ FOUCARD, Philippe *et. al.* **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 194.

⁷ CARMONA, *op. cit.*, p. 17.

⁸ Nesse sentido, também, os artigos 3º, 19 e 20 da Lei de Arbitragem.

representada pelo paradigmático julgamento da homologação de sentença estrangeira nº 5.206-7, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence⁹.

Como corolário dessa definição, a cláusula compromissória pressupõe um vínculo contratual¹⁰, isso é, como cláusula, é englobada por um contrato, ainda que não esteja nele inserta, mas não se limita a ele, produzindo efeitos próprios que tornam a cláusula compromissória, em si, um contrato.

1.2. A Natureza Jurídica da Arbitragem

O tema da natureza jurídica da convenção de arbitragem é complexo do ponto de vista teórico e possui profunda relevância prática¹¹.

É inegável que a superação dos impasses fundamentais da temática tenha reduzido a pertinência prática do debate, assumindo este uma torção eminentemente acadêmica. De qualquer forma, compreender a natureza jurídica da convenção de arbitragem ainda é fundamental para interpretá-la.

Assim, há quatro principais vertentes nesta cognição: (i) a contratualista; (ii) a jurisdicional; (iii) a mista; e (iv) a autônoma. As primeiras estão amparadas em premissas frontalmente distintas, enquanto as duas últimas visam harmonizar as bases das suas predecessoras para construir uma noção mais compreensiva da arbitragem. Passamos a estudá-las.

1.2.1. A Teoria Contratualista

A Teoria Contratualista, também intitulada como clássica, atribui natureza contratual à arbitragem, interpretando a convenção de arbitragem como uma representação da autonomia da vontade privada e da liberdade contratual que viabiliza a derrogação da jurisdição estatal e a incorporação da função jurisdição pelo árbitro¹².

⁹ “(...) a possibilidade de execução específica da obrigação de firmar o compromisso arbitral objeto da cláusula compromissória, se necessário, mediante provimento judicial substitutivo da manifestação da parte recalcitrante.” STF. SEC 5.206 – AgR. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julg. em 12.12.2001.

¹⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 166.

¹¹ FICHTNER, José Antonio. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹² “Consistent with the traditional notion of private arbitration, one may define [the arbitration clause] as an agreement according to which two or more specific or determinable parties agree in a binding way to submit one or several existing or future disputes to an arbitral tribunal, to the exclusion of the original competence of state courts and subject to a (directly or indirectly) determinable legal system.” (BORN, Gary. **International Commercial Arbitration: International Arbitration Agreements**. 2. ed. [The Hague]: Kluwer Law International, 2014. 3 v. p. 3).

Inicialmente, a arbitragem era enquadrada como um genuíno contrato de agência, em que os árbitros atuavam como mandatários das partes¹³. Com o passar do tempo, o contratualismo abandonou o vínculo entre o árbitro e as partes e voltou-se à relação intrínseca às partes, considerando a origem da arbitragem no encontro de vontades das partes materializada na convenção de arbitragem.

Com efeito, a interpretação contratualista da arbitragem vincula-se, sobretudo, à doutrina processualista, haja vista a premissa de negação da função jurisdicional do árbitro à luz do monopólio estatal da jurisdição¹⁴. Este argumento contratualista escorado na ausência de poder jurisdicional do árbitro corroborava-se pela necessidade de homologação do laudo arbitral, no Brasil prevista no artigo 1.045 do Código Civil de 1916: “*Artigo 1.045. A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como arbitro nomeado pelas partes.*”

Assim, a Teoria Contratualista da arbitragem cai por terra quando a atividade homologatória do juiz estatal deixa de ser requisito à atribuição de força executiva à sentença arbitral, movimento materializado na regulamentação brasileira da arbitragem por meio do artigo 31 da Lei de Arbitragem: “*Art. 31. 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.*”

1.2.2. A Teoria Jurisdicional

Assume o lugar da Teoria Contratualista, então, a Teoria Jurisdicional, segundo a qual a cláusula compromissória resulta em um verdadeiro processo no âmbito do qual o árbitro irá exercer função jurisdicional em substituição ao juiz togado e cujo resultado é um título executivo com a mesma eficácia de uma sentença judicial.

O efeito prático da Teoria Jurisdicional é a aproximação da arbitragem com o processo judicial e do árbitro com o juiz togado, tudo dentro do mesmo invólucro da jurisdição¹⁵. Por essa razão, explica Andrea Steingruber¹⁶, a vertente é amplamente difundida e aceita onde as instituições arbitrais estão associadas às câmaras de comércio, uma vez que a correlação seria sintomática da contiguidade entre a arbitragem e o Estado.

¹³ STEINGRUBER, Andrea Marco. **Notion, Nature and Extent of Consent in International Arbitration**. Londres: Queen Mary, University of London, 2009, p. 75.

¹⁴ “Um dos maiores expoentes da teoria contratualista (ou teoria privatista) da arbitragem foi Giuseppe Chiovenda, não obstante poucas vezes o seu nome seja lembrado pela doutrina arbitralista.” (FICHTNER, José Antonio. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019).

¹⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. **Arbitragem internacional privada**. 1986. p. 21.

¹⁶ STEINGRUBER, p. 76.

A vertente jurisdicional, porém, não enjeita a origem evidentemente contratual da cláusula compromissória e da própria arbitragem, mas propõe que o reconhecimento do seu desenvolvimento é propriamente jurisdicional¹⁷.

1.2.3. *A Teoria Mista e Teoria Autonomista*

É nessa tônica de conciliação da origem contratual da arbitragem com sua finalidade jurisdicional que irrompe a terceira vertente, a Teoria Mista ou Híbrida, propondo a análise da arbitragem como um genuíno sistema privado de justiça concebido por um contrato¹⁸.

Desse modo, a arbitragem decorre de um acordo de vontades, cujo objeto é a criação da jurisdição do árbitro, sendo que a gênese contratual não anula seu resultado de formação da jurisdição. Portanto, a arbitragem está sujeita às regras materiais das obrigações em sua origem, de caráter contratual, ilustrada, a título de exemplo, na possibilidade de execução específica da cláusula compromissória¹⁹, mas sobre o seu desenvolvimento efetivamente jurisdicional incidem normas e princípios processuais, como o devido processo legal, a imparcialidade, o contraditório, entre outros.

Cumprе mencionar que o desenvolvimento da Teoria Híbrida culminou na interpretação autonomista, introduzida a partir das mesmas premissas daquela, mas atribuindo ênfase à dimensão transnacional da arbitragem, como explicam Lew, Mistelis e Kroll²⁰:

Thus, the autonomous theory is an enlightened development of the mixed theory. However, it has the added dimension of being in tune with the modern forms of non-national, transnational and delocalised arbitration, as it does not attach too much value to the seat of arbitration and its law. [...]. The autonomous theory is a refined mixed theory which develops the regime to reflect the market place.

No entanto, a essa altura, como mencionado acima, as distinções começam a perder relevância prática e se traduzem em um furor de classificação de interesse exclusivamente acadêmico ou doutrinário, nas palavras de Carlos Alberto Carmona²¹: “*A verdade, porém, é que o debate adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma.*” e Gary Born²²: “*(...) even less so than other*

¹⁷ WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. **Revista do IASP**, São Paulo: RT, v. 23, p. 22 e ss., jan.-jun. 2009.

¹⁸ “The mixed or hybrid theory has become the dominant world-wide theory as elements of both the jurisdictional and the contractual theory are found in modern law and practice of international commercial arbitration. According to the mixed theory we have a private justice system created by contract. It is also common that such a hybrid system exists de facto. [...]. Thus, both the contractual origin and the jurisdictional function have an important influence on arbitration” (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer, 2003. p. 81).

¹⁹ COSTA, Nilton César Antunes. **Poderes do Árbitro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2002, p. 31.

²⁰ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan, *op. cit.*, p. 82.

²¹ CARMONA, *op. cit.*, p. 27.

²² BORN, *op. cit.*, p. 215.

characterizations, it is unclear what doctrinal or practical consequences result from this analysis”.

1.3. A Arbitragem como Negócio Jurídico

Conforme ensina J.E. Carreira Alvim²³, porque a arbitragem nasce da convenção de arbitragem, ambas têm a mesma natureza, todas as vertentes acima elaboradas para elucidar a natureza da arbitragem aplicam-se, *mutatis mutandis*, à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral.

No âmbito deste estudo, fundamental é compreender a cláusula compromissória como um ato jurídico, eis que originado pela vontade das partes, cuja objetivo específico possui índole jurisdicional.

Os atos jurídicos são fatos voluntários marcados pela manifestação consciente de vontade dirigida à obtenção de um efeito jurídico determinado²⁴. A espécie se subdivide entre atos jurídicos lícitos, atos jurídicos ilícitos e negócios jurídicos, estes últimos caracterizados pela liberdade de escolha dos agentes sobre a estruturação do conteúdo e efeitos da relação jurídica.

Ora, assim, é evidente que a arbitragem, enquanto ato jurídico, é negócio jurídico processual, bilateral, uma vez que representa uma convenção voltada a produzir o efeito específico de submeter à arbitragem os potenciais litígios adjacentes ao contrato em que está inserida, nas palavras de Carlos Alberto Carmona²⁵:

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

Em resumo, a arbitragem é originada da vontade das partes e resulta na jurisdição do árbitro, ao passo que a cláusula compromissória constitui um negócio jurídico processual cujo efeito almejado é a conformação de uma jurisdição privada a partir do consentimento das partes anuentes à convenção de arbitragem²⁶.

²³ ALVIM, J.E. Carreira. **Tratado Geral de Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

²⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 332.

²⁵ CARMONA, *op. cit.*, p. 102.

²⁶ NUNES PINTO, José Emilio. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. Revista de Mediação e Arbitragem, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 4, ano 2, 2005.

2. O CONSENTIMENTO NA ARBITRAGEM

Like consummated romance, arbitration rests on consent.

William W. Park

2.1. O Consensualismo, a Relatividade e os Limites Subjetivos da Cláusula Compromissória

Conforme esclarecido acima, a origem contratual da arbitragem faz da vontade dos contratantes o fundamento da jurisdição arbitral. A opção válida pela arbitragem passa necessariamente pela pactuação de um negócio jurídico com dois objetivos específicos: o de afastar a jurisdição do Estado e, em substituição, outorgar poderes ao árbitro²⁷.

O STF teve a oportunidade de examinar com profundidade a questão do consentimento como peça conformadora da arbitragem na esteira do controle de constitucionalidade sobre os artigos 6º, parágrafo único, 41 e 42 da Lei de Arbitragem, cujo posicionamento é representado pelas palavras do Ministro Néri da Silveira em seu voto-vista²⁸:

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 arbitragem está, assim, baseado, fundamentalmente, vontade das partes.

O consentimento é o ponto de encontro de duas ou mais vontades ou a declaração dessa vontade em si²⁹. Daí decorrem dois postulados, comuns aos contratos em geral: (i) a arbitragem existirá apenas se for possível verificar o consentimento; e (ii) a cláusula compromissória apenas produz efeitos nas esferas jurídicas dos contratantes.

O primeiro postulado é caudatário do Princípio do Consensualismo, segundo o qual, conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira³⁰, a vontade é a entidade geradora do contrato. É dizer que, sendo o consenso das partes a expressão proemia da sua vontade, o contrato nasce, em última análise, do consentimento. Portanto, nos negócios jurídicos bilaterais não há vontade onde não houver o consentimento. Inexistindo consentimento, por outro lado, não há contrato.

O segundo, por sua vez, remete ao Princípio da Relatividade dos contratos, que representa a noção de que o contrato obriga apenas aqueles que tenham consentido aos seus termos, sendo os terceiros, que não manifestaram vontade para a criação da normativa contratual, indiferentes ao vínculo em questão³¹.

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. **Revista do Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 373, out/dez. 2001.

²⁸ AgRg na SE 5.207-7, DJU 19.12.2001.

²⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 2008. p. 56.

³⁰ PEREIRA, da Silva Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III, ed. 24. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 19.

³¹ RODRIGUES, Silvio. **Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.3, p. 97.

Extremamente arraigados que são na interpretação dos contratos, o Consensualismo e a Relatividade podem ser ilustrados por alguns dos mais vulgares brocardos jurídicos, como: “*pacta sunt servanda*”, “*res inter alios*” e “*res sic standibus*”.

Direcionando os Princípios da Autonomia da Vontade, o Consensualismo e a Relatividade para a arbitragem, na condição de negócio jurídico que lhe é característica, a conclusão é de que o árbitro apenas teria jurisdição sobre aqueles que lhe outorgaram poderes para tanto³², isto é, somente as partes que expressamente contrataram a convenção de arbitragem³³.

Como se verá adiante, a questão do Consensualismo e da Relatividade repercute negativamente sobre a ampliação da arbitralidade subjetiva para terceiros não signatários, tendo em vista a limitação dos efeitos da cláusula compromissória às partes contratantes.

2.2. Interpretando o Consentimento

Na arbitragem, a vontade das partes de enformar o juízo arbitral, explica Carlos Alberto Carmona, tem uma torção ainda mais arrebatadora, haja vista o seu grave efeito de derrogação da jurisdição estatal³⁴. O Consentimento para arbitrar, então, deve ser qualificado, isto é manifestado de forma cabal e inequívoca.

Dessa forma, sob a perspectiva da universalidade e da inafastabilidade da jurisdição, a arbitragem representa uma ressalva à regra da jurisdição do Estado e, por isso, quando a vontade das partes de submeter um litígio a um juízo de exceção não for de fácil intelecção, a interpretação dos indícios de consentimento que houver deve favorecer a regra da competência judicial.

Em outras palavras, a noção de que a arbitragem importa renúncia ao Direito Constitucional de acessar as cortes judiciais conduz à tendência de limitação do conteúdo na

³² XAVIER, Rafael Branco. A desconsideração na arbitragem? O consentimento atrás do véu, *In*: João Bosco Lee and Flavia Foz Mange (eds), **Revista Brasileira de Arbitragem**. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2020, Volume XVII Issue 66, p. 37.

³³ “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 queira participar, ou seja, chamado a participar da arbitragem, condiciona-se à própria convenção arbitral” (WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, volume 2, maio-ago. 2004, p. 15).

³⁴ “A convenção arbitral, que produz efeitos contundentes, tem como contrapartida que demonstrar cabal, clara e inequívoca vontade dos contratantes de entregar a solução de litígio (atual ou futuro, não importa) à solução de árbitros. O efeito severo de afastar a jurisdição do estado não pode ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido. O consentimento dos interessados é essencial.” (CARMONA, *op.cit*, p. 83).

interpretação da cláusula compromissória³⁵. Este é o Princípio da Interpretação Restritiva, muito subscrito por cortes judiciais e tribunais arbitrais³⁶.

Não é raro, inclusive, que a cláusula compromissória seja analisada a partir de um *standard* elevado de apreciação do consentimento das partes para a validação do procedimento arbitral que se pretende instalar³⁷, rejeitando construções contemporizadas do consenso mútuo, como o consentimento tácito ou outras formas de consenso induzido.

A realidade, contudo, não se coaduna com o argumento principiológico que privilegia a jurisdição estatal e fundamenta a interpretação restritiva. No âmbito das disputas comerciais internacionais, é evidente que a arbitragem atende mais satisfatoriamente aos interesses e às expectativas dos agentes econômicos na resolução dos conflitos e, em face disto, supor um consentimento qualificado, superior aos contratos em gerais é contraproducente.

O Princípio da Interpretação Eficaz ou Efeito Útil, então, surge em reconhecimento ao fato do ambiente transacional ser majoritariamente pró-arbitragem e presumindo que a existência de uma cláusula arbitral *per se* é indício suficiente de que as partes pretendem ser arbitradas. Adotado em larga escala pelos tribunais arbitrais, domésticos e internacionais, o Princípio do Efeito Útil é um refluxo à interpretação restritiva e visa estabelecer a interpretação com o viés de favorecer a validade e a eficácia da arbitragem.

A Câmara Internacional de Comércio (CCI) no paradigmático caso *Two Israeli companies v. Government of an African State* definiu a interpretação eficaz da seguinte forma: “(...) *when inserting an arbitration clause in their contract the intention of the parties must be presumed to have been willing to establish an effective machinery for the settlement of disputes covered by the arbitration clause*”³⁸.

A interpretação eficaz é particularmente relevante quando o tribunal arbitral ou judicial é confrontado pelo árduo expediente de interpretação de uma cláusula compromissória patológica, uma vez que o processo interpretativo do árbitro ou do juiz deverá colmatar as ambiguidades da vontade ali manifestada e, para tanto, usualmente recorrem à interpretação pró-arbitragem³⁹.

³⁵ STEINGRUBER, *op. cit.*, p. 136.

³⁶ “A large number of courts, arbitral tribunals and writers in continental Europe continue to contend that arbitral clauses should receive a restrictive interpretation, since they remove the parties from the jurisdiction of their “natural” judge: the national network of law courts.” (HANOTIAU, p. 4).

³⁷ BORN, p. 11.

³⁸ International Criminal Court Case No. 2321 (1974), **Two Israeli companies v. Government of an African State**, I YBCA 133 (1976).

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 94.

O Princípio do Efeito Útil é tomado como uma regra de interpretação universal da cláusula compromissória, mormente na arbitragem comercial internacional, e, de fato, a persecução da eficácia e da validade são mais adequadas para a satisfação da vontade básica das partes de ter o conflito dirimido por meio da arbitragem, não obstante os meios viciados pelos quais a tenham externalizado.

Não há nunca que se perder de vista, entretanto, que o Consentimento é o fator definitivo da arbitragem: é nele que se encontra o fundamento do poder do árbitro e da rejeição da jurisdição judicial – e a constatação de que a arbitragem se enraizou na realidade econômica moderna e de que não altera o fato de a vontade das partes ser a principal baliza interpretativa da cláusula arbitral⁴⁰.

O modo como o tribunal arbitral ou a corte judicial decidem interpretar a cláusula compromissória reflete diretamente no *standard* de consentimento que será exigido para a conformação do juízo arbitral e, portanto, para a eventual inclusão de terceiros não signatários no processo arbitral.

A interpretação restritiva não mais faz sentido no ambiente negocial complexo da atualidade, mas o consentimento é ainda o fundamento da jurisdição do árbitro e qualquer exercício de interpretação da cláusula arbitral deve se concentrar no seu discernimento⁴¹.

2.3. O Consentimento Tácito e a Extensão da Cláusula Compromissória para Não Signatários

Como visto, o consentimento é no que se baseia a formação válida da arbitragem. Também estudamos que o consentimento, em seu sentido estrito, significa a corporificação da ideia de vontade no mundo exterior.

Classicamente, o processo de externalização de uma vontade pode ocorrer de maneira expressa ou tácita. É expresso quando manifestado inequívoca e deliberadamente pelo agente, com o objetivo próprio de externar um pensamento íntimo. Será tácito, por outro lado, quando perceptível somente por indução, com base em um comportamento concludente⁴².

Ocorre, porém, no caso da arbitragem, marcante resistência ao consenso tácito como uma forma válida de fundamentar a arbitralidade. Em função do seu resultado de renúncia ao

⁴⁰ FOUCHARD, Philippe *et. al.* **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 261.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 100, 2011, p. 10.

⁴² BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, p.191.

direito fundamental de acessar o Judiciário, a arbitragem demanda, como já delineado, um consentimento expresso e inequívoco⁴³.

No Brasil, tal é o posicionamento de Carlos Alberto Carmona, para quem a jurisdição do árbitro “*está naturalmente limitada pela convenção arbitral (objetiva e subjetivamente), de forma que seria inadmissível (e ineficaz) a decisão do árbitro que envolvesse na arbitragem terceiro que não lhe outorgou jurisdição*”⁴⁴.

Então, em razão da relatividade dos efeitos dos negócios jurídicos e da autonomia da vontade, princípios aplicáveis à convenção de arbitragem, é inconcebível a vinculação de terceiro não conveniente à arbitragem.

Notório que os argumentos contrários ao consentimento tácito e a extensão subjetiva da cláusula arbitral para não dignatários é derivado da Lógica Consensualista da arbitragem e dos seus efeitos jurisdicionais. Isso é, a incompatibilidade é fruto da própria natureza jurídica autonomista da arbitragem.

Contudo, como já delineado brevemente neste estudo, a arbitragem emergiu como o principal meio de resolução de disputas no ambiente transacional, desafiando a tradicional ideia de que a tutela jurisdicional é a norma⁴⁵. Sua ascensão pode ser atribuída à flexibilidade, confidencialidade e especialização que oferece⁴⁶.

Ao optar pela arbitragem, as partes podem evitar os trâmites burocráticos dos tribunais estatais, beneficiando-se de procedimentos mais ágeis e adaptados às complexidades do comércio internacional. Além disso, a possibilidade de escolher árbitros especializados no assunto em questão contribui para a qualidade das decisões.

Soma-se à crescente utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos a difusão de relações econômicas complexas, marcadas pela proliferação de agentes econômicos e feixes de contratos em uma singular transação, além da massificação e da informalidade dos negócios⁴⁷.

⁴³ BLACKABY, Nigel. *et. al. Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 19. Disponível em: <https://law.fudan.edu.cn/upload/article/files/77/16/8ff0afe240e99a627fc2b2dfcac5/b4b6dd2d-19a1-4fc2-8690-3857d32b5cd7.pdf>. Acesso em: jan. de 2024.

⁴⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei n. 9.307/96, *op. cit.*, p. 83. Note-se que o Professor põe a salvo, no entanto, a intervenção consensual do não conveniente.

⁴⁵ BLACKABY, Nigel. *et. al. Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

⁴⁶ FICHTNER, *op.cit.*, pp. 81-88.

⁴⁷ HANOTIAU, Bernard. **Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties, issues**, *op.cit.*

Assim, modernamente, participar da relação jurídica (e, em última análise, do conflito), não significa necessariamente assinar um contrato. Restringir a arbitralidade ao consenso expresso é, subtrair a eficácia do instituto nas arbitragens multipartes, insulando partes que tenham interesse jurídico ou financeiro a defender ou pleitear, mas que não sejam partes na convenção de arbitragem, como resume Nathalie Voser⁴⁸:

The second main obstacle to multi-party arbitration, which is closely related to the consensual nature of arbitration, is the notion that arbitration is in principle a two party setup or, as it is sometimes called, a bipolar proceeding. In a bipolar proceeding, the parties are considered to be arbitrating an existing or future dispute amongst themselves.

Por esse motivo, a doutrina e a prática dos tribunais judiciais ou arbitrais passaram a admitir interpretações construtivas do consentimento, um consentimento tácito, para permitir a extensão da cláusula compromissória para partes não signatárias da convenção de arbitragem.

Fundamentalmente, o comportamento concludente na arbitragem pode ocorrer: (i) com a participação ativa de não signatários na negociação, formação ou execução do contrato; (ii) uma estrutura de contrato único constituído por múltiplos documentos ligados entre si; (iii) a aceitação do contrato ou acordo de arbitragem pelo não signatário, seja na arbitragem específica em si ou em outro fórum; (iv) a ausência *ab initio* de personalidade jurídica corporativa; (v) a fraude ou o abuso da personalidade jurídica, entre outros casos.

Nestas e em outras hipóteses, a cláusula compromissória tem, então, seus efeitos deliberadamente estendidos para atingir sujeitos não signatários da convenção de arbitragem, mas que se enquadram no perfil do consentimento tácito delimitados por condutas concludentes exemplificadas acima.

Como explica Guilherme Recena Costa, em alusão a Alan Scott Rau⁴⁹, o consentimento na arbitragem deve ser visualizado como uma série de círculos concêntricos, ao invés de uma dicotomia *consentir ou não consentir*. No núcleo do arranjo está a convenção de arbitragem válida para instalar o processo arbitral. Nos anéis externos repousa o consentimento inicial à arbitragem – na medida em que nos afastamos para a periferia, o consentimento é relativizado, tornando-se nitidamente mais flexível.

⁴⁸ VOSER, Nathalie. Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties. In: BERG, Albert Jan van den (ed.), **50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference**, ICCA Congress Series, v. 14, Kluwer Law International. 2009, p. 350.

⁴⁹ RAU, Alan Scott. Consent to Arbitral Jurisdiction: Disputes with Non-Signatories. In: Multiple Party Actions in International Arbitration, Permanent Court of Arbitration. Oxford University Press: 2009, p. 68. In: COSTA, Guilherme Recena. **Partes e terceiros na arbitragem**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/T.2.2015.tde-02122015-154004. Acesso em: 2024-06-08

É provável que nos anéis extremos seja possível verificar um consentimento induzido pelas ações do sujeito, que se distingue daquele sujeito no centro do círculo cujo consentimento está consubstanciado na convenção de arbitragem. Por essa razão, os árbitros analisam com profundidade os fatos das causas sob sua competência a fim de aferir todas as vontades possivelmente manifestadas⁵⁰.

Com efeito, quando uma parte que não tenha assinado a convenção de arbitragem é incluída no processo arbitral em deferência a um consentimento tácito, resta configurado o fenômeno da extensão subjetiva da cláusula compromissória⁵¹.

Ainda na doutrina brasileira, Arnaldo Wald fundamenta a extensão subjetiva da cláusula compromissória na tutela da confiança. A boa-fé objetiva, cláusula geral do Código Civil Brasileiro (CCB), faz com que as circunstâncias negociais também constituam elemento afeiçoador da vontade que enforma a arbitragem⁵².

No seio de uma crítica de ordem terminológica, Cristina Saiz Jabardo, citando Poudret e Besson, sugere o termo *abrangência* no lugar de *extensão*, uma vez que a discussão não repousa sobre a ampliação do perímetro de incidência da cláusula arbitral, mas cuida de aferir todos os consentimentos que foram, de uma maneira ou outra, concedidos à submissão à arbitragem⁵³.

Outra relevante distinção no interior da discussão se dá entre o conceito de *extensão* e a ideia de *transmissão*. Em que pese serem ambos casos de submissão de terceiro não signatário ao processo arbitral, ensina Inaê Siqueira de Oliveira que a *extensão* trata da imposição da eficácia da cláusula arbitral para além dos convenientes, enquanto a *transmissão* refere-se à continuidade dos efeitos da cláusula compromissória por ocasião da cessão de posições jurídicas em contratos prevendo o foro arbitral⁵⁴. O enfoque deste estudo não compreende a transmissão da cláusula arbitral, somente as hipóteses de sua extensão subjetiva, especificamente sob a égide da Teoria dos Grupos Societários.

⁵⁰ CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 21/2003, p. 339-386, jul.-set./2003.

⁵¹ “A cláusula arbitral, obrigatoriamente escrita, pode abranger quem não foi signatário. Isso ocorre em virtude de um consentimento tácito da pessoa em questão, o qual indica sua inequívoca adesão à cláusula. Esse tipo de consentimento (tácito) decorre de atos do sujeito os quais indicam sua adesão ao contrato que contém a cláusula, ou que indicam a aceitação da obrigação de arbitrar. É um exemplo alguém intervir espontaneamente no processo arbitral.” (BAPTISTA, *op. cit.*, p. 118).

⁵² WALD, Arnaldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2, p. 31-59, mai./ago., 2004, §111.

⁵³ POUDRET e BESSON *apud* JABARDO, p. 70.

⁵⁴ SIQUEIRA DE OLIVEIRA, Inaê. **Transmissão da cláusula compromissória**. São Paulo, 2021. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

São cinco as principais situações de inclusão de não signatários da convenção de arbitragem no procedimento arbitral: (i) as transferências de contratos (ou transmissão da cláusula arbitral); (ii) a representação (ou Teorias da Agência ou autoridade aparente); (iii) o terceiro beneficiário; (iv) a incorporação por referência; e (v) a doutrina do grupo de companhias⁵⁵. Todos estes casos encontram ressonância na jurisprudência e, até mesmo, em algumas legislações arbitrais⁵⁶.

A incorporação por referência não envolve propriamente um consentimento tácito. Ocorre quando um instrumento expressamente absorve a cláusula compromissória inscrita em outro contrato. A técnica está, inclusive, expressamente prevista na Lei Modelo⁵⁷:

Article 7. Definition and form of the arbitration agreement. (6) The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract.

Porém, a questão do comportamento concludente se torna relevante quando a remissão à convenção de arbitragem do instrumento incorporado não é expressa no novo contrato.

Paradigmático nesse sentido é o caso *Bomar Oil N.V. v. Enterprise Tunisienne d'Activités Pétrolières (ETAP)*. Aqui, a cláusula compromissória estava veiculada nos termos e condições gerais (TCG) do contrato padrão da ETAP, mencionadas genericamente nas trocas de mensagens que perfizeram a venda.

O tribunal arbitral se declarou competente para julgar a demanda, sendo corroborado pela Corte de Apelação parisiense, pela Corte de Apelação de Versalhes e, após uma revisão, também pela Corte de Cassação Francesa, não obstante a ausência de menção expressa à incorporação da cláusula arbitral contidas no TCG.

A decisão foi fundamentada na *expertise* dos contratantes, nos costumes daquele ramo de negócio, na duradoura relação negocial que mantinham as partes, entre outras circunstâncias que geram a presunção de conhecimento dos termos gerais do contrato padrão incorporado, incluindo o foro arbitral⁵⁸.

⁵⁵ BREKOUKAKIS, Stavros. **Third parties in international commercial arbitration**. Nova Iorque: Oxford, 2010. p. 3.

⁵⁶ Vide o caso do Peru: “Artículo 14. - Extensión del convenio arbitral El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.” (PERU, Decreto Legislativo n° 1.071).

⁵⁷ UNCITRAL, **Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006**. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf. Acesso em: 2024-06-08.

⁵⁸ Corte de Apelação de Paris. *Société Bomar Oil N. V. v Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, 4683, 20/01/1987.

A aparência também decorre de uma vontade tácita⁵⁹. Não há dúvida de que o mandante se vincula aos atos praticados pelo mandatário dentro dos poderes que lhe foram outorgados. O consentimento aqui é expresso no instrumento de mandato.

Ocorre na Teoria da Aparência que, em que pese a ausência de autorização do mandante para contratar a cláusula arbitral em seu nome, o mandatário atuou na negociação de modo a levar a outra parte a legitimamente acreditar que tinha poderes para tanto. Por exemplo, uma entidade governamental que aparenta agir em nome de um Estado ou uma subsidiária que parece atuar dentro dos poderes transmitidos pela sua controladora⁶⁰. Nesses casos, é admitida a vinculação não apenas do representante que induziu a aparência, mas também do seu representado.

A própria outorga de poderes também é passível de ocorrer tacitamente. No Caso CCI 5730, conhecido como Orri, um magnata grego do transporte marítimo que utilizou fraudulentamente de uma subsidiária descapitalizada para uma contratação acabou vinculado ao processo arbitral pela desconsideração da personalidade jurídica aplicada pela ICC e, ao mesmo tempo, sob o fundamento de que a subsidiária havia sido contratada tacitamente como representante na negociação⁶¹.

No Brasil, explica Paula Butti Cardoso⁶² que a Teoria da Aparência não tem aplicabilidade. O Código Civil pátrio exige forma escrita para o mandato e para a expressa transferência de poderes⁶³. Veremos adiante, entretanto, que apenas a cláusula compromissória deve, necessariamente, observar a forma escrita na Lei de Arbitragem. Já o consentimento pode ser provado por qualquer meio.

Cabe citar aqui a doutrina do *estoppel*, também intimamente relacionada ao consentimento tácito. Na *civil law*, o *estoppel* se manifesta à semelhança da boa-fé como

⁵⁹ HANOTIAU, Bernard. **Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties, issues** – *op.cit.*, p. 259.

⁶⁰ BREKOULAKIS, Stavros. Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality. *In*: BREKOULAKIS, Stavros; LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A. (Ed.). **The Evolution and Future of International Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2016. p. 127-128.

⁶¹ ICC Case No. 5730. Claimant v. Respondent, Final Award, *In*: PARK, William. **Non-Signatories and International Contracts: an Arbitrator's Dilemma**. *In*: Multiple Parties in International Arbitration. Oxford: 2009.

⁶² CARDOSO, Paula Butti. **Limites subjetivos da cláusula compromissória**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Acesso em 2024-04-11.

⁶³ Vide Artigo 661, §§1º e 2º: O mandato em termos gerais só confere poderes de administração. §1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos. §2º O poder de transigir não importa o de firmar compromisso.

vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). No direito brasileiro, a boa-fé é cláusula-geral e o Princípio de Interpretação dos negócios jurídicos⁶⁴.

Na *common law*, Eliazabeth Cooke assim define esse velho conhecido: “*Estoppel... is a principle of justice and equity. It comes to this: when a man, by his words or conduct, has led another to believe in a particular state of affairs, he will not be allowed to go back on it when it would be unjust or inequitable for him to do so*”⁶⁵.

A doutrina do *estoppel* é empregada para vincular terceiro que auferiu benefício e cumpriu obrigações de contrato que não assinou (*direct-benefit estoppel*)⁶⁶; pela associação existente entre as partes e entre a demanda e o contrato, em razão de seus pleitos estarem ligados ao contrato (*equitable estoppel*); ou mesmo somente pelo vínculo existente entre as partes (*direct-benefit estoppel*)⁶⁷.

O objeto deste estudo é somente o caso da extensão subjetiva da cláusula compromissória com base na Teoria dos Grupos de Sociedade. No entanto, faz-se necessário apresentar um panorama das demais hipóteses a fim de introduzir a interpretação conferida pela doutrina e pelos tribunais à figura do consentimento tácito.

Veremos que a existência de uma sociedade grupal, por si só, não é suficiente para a autorização da ampliação da eficácia subjetiva da cláusula arbitral. Vários dos fatores de consentimento tácito percorridos nos outros casos até aqui – como usos e costumes dos negócios, comportamentos concludentes nas negociações, cumprimento do contrato, aferição de benefício com o contrato – também são artifícios utilizados para a submissão do não signatário ao compromisso arbitral com fulcro no grupo de sociedades. Porém, como será elaborado em uma análise crítica da Teoria dos Grupos de Sociedade, a extensão subjetiva da cláusula compromissória deve ser tomada *cum grano salis*.

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado: sistema de tópicos no processo obrigacional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 448. Vide, também, artigo 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁶⁵ COOKE, Elizabeth. **The Modern Law of Estoppel** 2, 1st ed., 2000 *apud* BORN, Gary. *op. cit.*, 2014. p. 1473.

⁶⁶ Vide o emblemático caso da Court of Appeals do Primeiro Circuito dos EUA, *Deloitte Noraudit A/S v Deloitte Haskins & Sells*. A reclamada, empresa de contabilidade norueguesa, firmou contrato verbal (porque a minuta nunca foi assinada) envolvendo, entre outros direitos e deveres, a cessão do uso da marca Deloitte pela reclamante. Quando a disputa surgiu com base no contrato, o tribunal impediu que a reclamada se eximisse da jurisdição arbitral por não ter assinado a cláusula compromissória sob a justificativa de ter cumprido com parte do contrato, incluindo o uso da marca (United States Court of Appeals, Second Circuit. *Deloitte Noraudit A/S v Deloitte Haskins & Sells*. 9 F.3d 1960. 1993). E *Int'l Paper Co. v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GMBH*, 206 F.3d 411, 418 (4th Cir. 2000): “a party may be estopped from asserting that the lack of his signature on a written contract precludes enforcement of the contract's arbitration clause when he has consistently maintained that other provisions of the same contract should be enforced to benefit him.”; *Tepper Realty Company v. Mosaic Tile Company*, 259 F. Supp. 688. 1966.

⁶⁷ Ver CARDOSO, Paula Butti. **Limites subjetivos da cláusula compromissória**, *op.cit.*

No exercício de sua prerrogativa de competência-competência, é imperativo que o árbitro, como guardião da autonomia das partes e da eficácia do instituto arbitral, imponha sua autoridade com parcimônia na delimitação de sua jurisdição.

Há que sempre ter em vista que os poderes do árbitro emanam exclusivamente da manifestação de vontade dos contratantes. Qualquer relativização indiscriminada do consentimento na arbitragem poderia resultar na transformação dos poderes legítimos do árbitro em uma autoridade arbitrária e absoluta, contrariando os fundamentos da arbitragem como meio alternativo de resolução de disputas baseado na autonomia da vontade das partes.

Portanto, o zelo em preservar a essência consensual da arbitragem não só protege a integridade do processo arbitral, mas também salvaguarda sua legitimidade perante as partes e a comunidade jurídica.

Em um contexto em que a arbitragem se destaca como um meio cada vez mais utilizado e necessário na dinâmica econômica e transacional contemporânea, é crucial não ceder à tentação de facilitar excessivamente sua utilização em detrimento da segurança jurídica e da confiança no sistema arbitral.

Afinal, a precipitação em tornar a arbitragem sempre disponível e eficaz, sem a devida consideração aos princípios fundamentais que a sustentam, pode inadvertidamente pavimentar o caminho para seu próprio fracasso, minando a confiança essencial na arbitragem como um mecanismo confiável e equitativo de resolução de disputas.

3. A FORMA ESCRITA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: ENTRE A FORMA E A SUBSTÂNCIA

3.1. A Exigência da Forma Escrita da Cláusula Compromissória

Outro relevante aspecto da cláusula compromissória para a compreensão da sua extensão subjetiva para terceiros não signatários é a sua forma. Enquanto o consentimento é a faceta de manifestação da vontade das partes, a forma do negócio jurídico é o meio pelo qual a vontade é externalizada. Logo, na Teoria dos Negócios Jurídicos, a forma é o meio de expressão da vontade – todo o negócio jurídico se reveste de alguma forma⁶⁸, ainda que esta não seja obrigatória, isto é, decorrente de específica exigência legal.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, a forma do negócio jurídico pode ser escrita ou verbal, mas também expressa ou tácita, conforme a vontade é induzida por palavras ou deduzida das circunstâncias, e, ainda, ativa ou omissiva, a depender se a conduta do agente for

⁶⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 126.

positiva, em que a vontade é manifestada ativamente, ou negativa, quando a inércia revestir à vontade⁶⁹.

De qualquer modo, como expressamente enuncia o artigo 107 do Código Civil, os negócios jurídicos no ordenamento brasileiro são, em regra, livres no que diz respeito à forma⁷⁰. De fato, o Princípio da Liberdade Formal é o mais adequado à dinamicidade intrínseca às transações econômicas e, por isso, é adotado majoritariamente nas legislações internas e em normas de direito internacional privado, como a Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (CISG)⁷¹.

A forma escrita da cláusula compromissória também está prescrita na Lei de Arbitragem (artigo 4º, §1º) e no artigo II da Convenção de Nova Iorque (CNI), de 1958, sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras⁷².

3.2. A Função *Ad Substantiam* da Forma Escrita

A princípio, conclui-se que o legislador arbitral decidiu enquadrar a arbitragem em exceção à regra da liberdade formal dos contratos. Defendem Giovanni Ettore Nanni⁷³ e Cristiano Zanetti⁷⁴ que a consequência do artigo 4º, §1º da Lei de Arbitragem é a caracterização da cláusula compromissória como genuíno negócio jurídico formal, em que a forma escrita é o elemento da própria essência do ato e sua ausência resulta na invalidade da cláusula compromissória.

O Código de Processo Civil francês, por exemplo, determina que, nas arbitragens internacionais, a convenção de arbitragem será escrita, sob pena de nulidade⁷⁵. Assim, na legislação processual francesa a forma escrita é a substância do negócio jurídico, podendo todo o ato praticado ser invalidado quando negligenciada referida formalidade.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 126 a 128.

⁷⁰ Conforme o art. 107 do CCB: “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

⁷¹ Vide o seu art. 11: “o contrato de compra e venda não requer instrumento escrito nem está sujeito a qualquer requisito de forma. Poderá ele ser provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas.”

⁷² Em seu Artigo II: Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem. 2. Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

⁷³ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

⁷⁴ ZANETTI, Cristiano de Souza. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 199.

⁷⁵ FRANÇA. Código Processual Civil Francês. Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4715F15B86C483E160CEF620354A1085.tpdila24v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20140702. Acesso em: nov. de 2023.

Em linhas gerais, a doutrina da forma escrita como requisito de validade nada mais é que outro postulado da universalidade da jurisdição, porque o seu severo efeito negativo de derrogação do modelo padrão de tutela jurisdicional é o que justifica a imposição de formalidade adicional em contraste com a forma livre dos contratos em geral⁷⁶.

A imposição da forma escrita, nesse sentido, seria técnica para obter um consentimento expresso e inequívoco. Ocorre que, ao exigir que o consentimento também seja encartado por escrito inviabilizaria, por completo, todas as possibilidades de extensão da cláusula compromissória para não signatários. Por esse motivo, muitos sugerem uma cisão axiomática entre forma e o consentimento. Seguindo por esse caminho, o artigo 4º, §1º da Lei de Arbitragem remete apenas à forma da cláusula, podendo o consentimento se manifestar de qualquer outra maneira.

Cindindo-se a cláusula e a vontade é possível explicar o requisito formal de validade da cláusula arbitral à luz das hipóteses de sujeição de não signatários ao procedimento arbitral, afinal, se apenas a cláusula precisa ser escrita, é perfeitamente possível que partes não signatárias tenham expressado seu consentimento à jurisdição arbitral valendo-se de outro artifício, conforme leciona Judith Martins-Costa⁷⁷:

Embora a Lei de Arbitragem 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 (...) o critério adequado para avaliar a inclusão de terceiro no processo arbitral baseia-se na averiguação do consentimento (expresso ou tácito) para participar da arbitragem.

3.3. A Função *Ad Probationem* da Forma Escrita

A concepção de que a tutela jurisdicional é a principal via para a resolução de disputas está se tornando obsoleta, à medida que a arbitragem se consolida como o meio preferido pelos agentes do mercado global⁷⁸.

Formalidades que são desdobramentos do universalismo da jurisdição do Estado passam a perder força e se mostram ineficientes para a melhor satisfação do tipo de conflitos existentes na economia moderna.

Assim, chegamos ao exame da função *ad probationem* da forma escrita. Esta vertente considera a forma escrita apenas o meio de prova típico para o consentimento inicial das partes à submissão do litígio à arbitragem. Com efeito, a cláusula compromissória, ao contrário do

⁷⁶ ALVIM, *op.cit.*, p. 218.

⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 547.

⁷⁸ MISTELIS, Lukas. **International Arbitration** – Corporate Attitudes and Practices. 12 Perceptions tested: Myths, Data and Analysis.

compromisso arbitral, não é um ato solene, porque não está submetida à exigência formal prescrita em lei, sendo a forma escrita apenas um meio de comprovação física da avença, o qual, inclusive, sequer exaure outros meios probatórios⁷⁹. Para Steingruber, dentro da função probatória da forma escrita, é possível vislumbrar, ainda, três subfunções a esse respeito⁸⁰.

Conforme a função acautelatória, a forma escrita tem o objetivo de induzir as partes a refletirem e negociarem a cláusula arbitral, reforçando o consentimento ao seu conteúdo. Na prática, é cediço que a cláusula compromissória em muitos contratos acaba como uma “*midnight clause*”⁸¹, usualmente elaborada pela simples transposição de algum modelo institucional, o que nos leva a questionar o quão de fato é eficaz a forma escrita para impelir cautela às partes na negociação da cláusula arbitral⁸².

Em segundo lugar, tem-se a função probatória em sentido estrito, em que a forma escrita tem o condão óbvio de impor certeza ao consentimento das partes, provando a vontade de submeter a disputa à arbitragem.

Por fim, a função canalizadora destina à forma escrita o atributo de atrair consequências legais específicas para a cláusula compromissória. Por exemplo, na Inglaterra, a forma escrita determina a incidência da Lei de Arbitragem de 1996, incluindo todos os seus efeitos jurídicos⁸³.

A exigência de forma escrita *ad substantia tantum* não se justifica quando houver circunstâncias suficientes para deduzir inequivocamente o consentimento das partes, especialmente pelo inconveniente que a formalidade pode significar à instalação do procedimento arbitral⁸⁴.

Por outro lado, a forma escrita *ad probationem tantum* apenas facilita a comprovação do consentimento, mas não impede que este seja extraído de outros fatores, suprimindo, eventualmente, a necessidade da forma escrita⁸⁵.

⁷⁹ SCALETSKY, Fernanda Sirotsky. **O consensualismo e a arbitragem comercial**. 1. ed. Curitiba: Brazil Publishing: 2019, p. 167.

⁸⁰ STEINGRUBER, pp.112-114.

⁸¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. In Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo, julho de 2012, n. 116, p. 183.

⁸² STEINGRUBER, p. 112.

⁸³ *Ibidem*, p. 113.

⁸⁴ UNCITRAL, Working Grp. 11 (Arbitration), **Uniform Rules on Certain Issues Concerning Settlement of Commercial Disputes**: Conciliation, Interim Measures of Protection, Written Form for Arbitration Agreement, Report of the Secretary General, 7, U.N. Doc. A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 (Jan. 26, 2000) [hereinafter SG Report].

⁸⁵ SCALETSKY, *op. cit.* p. 92.

3.4. A Flexibilização do Requisito Formal na Lei Modelo e em Legislações Estrangeiras

Na arbitragem internacional, muito se discute se o artigo II (2) da CNI ainda poderia ser considerado, como foi por muito tempo, um *standard* mínimo de forma para a validade da convenção de arbitragem, sem o qual não é possível iniciar a arbitragem.

A título de exemplo, o Tribunal Federal Suíço no caso *Tracomina v. Sudan Oil Seeds*⁸⁶ se recusou a cumprir um acordo de arbitragem cuja aceitação por uma das partes não fora formalizada por escrito, remetendo à observância do requisito formal mínimo prescrito no artigo II (2) da CNI.

Por outro lado, Gary Born explica que uma interpretação sistemática da CNI levaria à rejeição da premissa de que em seu artigo II (2) conteria requisito mínimo de validade formal, uma vez que seria incoerente com o objetivo geral da CNI de tornar a arbitragem sempre possível e eficaz:

A related question is whether Article II imposes a “minimum” form requirement, which Contracting States are required to apply, even if national law would provide a less demanding form requirement. As discussed below, the better view is that Article II’s form requirement leaves Contracting States free from any “minimum” form requirement, thereby allowing states to adopt national arbitration legislation recognizing international arbitration agreements based on less rigorous written form requirements than those under the Convention (or imposing no form requirements at all for arbitration agreements).

A Lei Modelo, após a revisão de 2006, passou a propor uma leitura muito mais condizente e razoável do que a CNI – em linha com as conclusões expostas até aqui, o regulamento paradigma editado pela The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) liberou qualquer formalidade sobre a cláusula compromissória, bastando a demonstração do seu conteúdo e comprovação do consentimento por qualquer outro meio.

Além disso, as emendas cuidaram de ressignificar a noção de “por escrito” da cláusula compromissória⁸⁷, passando a contemplar os documentos eletrônicos e as hipóteses de incorporação por referência.

Na esteira das emendas de 2006 à Lei Modelo, a UNCITRAL também editou recomendações oficiais encorajando uma interpretação não exaustiva do artigo II (2) da CNI a

⁸⁶ “Both the arbitration clause and the submission agreement must be in a written form as described by Art. II(2) of the Convention. This provision prevails over national laws and constitutes a uniform law governing the form of the arbitration clause and the submission agreement. The recognition of the arbitration agreement cannot involve requirements which are less or more demanding than the form described by Art. II (2).” Judgment of 5 november 1985. XII Y.B. Comm. Arb. 511 (1987) (Swiss Fed. Trib.). Disponível em: BORN, Gary B. International Arbitration: Cases and Materials. 2nd edition Kluwer Law International, 2015. p. 381.

⁸⁷ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce and the 2005 United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf. Acesso em: out. de 2023.

fim de ampliar a semântica do “acordo escrito válido”. Além disso, as recomendações também veicularam a extensão do artigo VII da CNI para a análise da validade da cláusula arbitral, sujeitando quaisquer elementos de forma porventura dúbios no caso concreto à lei nacional mais favorável às partes (*more favourable law provision*), ao revés da CNI, o que se entende como a lei que irá favorecer a eficácia da convenção de arbitragem não impondo a forma como um requisito incontornável de validade.

O posicionamento adotado pela UNCITRAL com as emendas de 2006 e a nova interpretação da CNI representam o triunfo da ideia de que a arbitragem não é mais considerada um perigoso *waiver* de direitos fundamentais, mas o próprio foro natural de disputas comerciais internacionais⁸⁸, o que torna difícil de respaldar um regime de forma mais restritivo do que aquele praticado nos contratos em geral⁸⁹.

Muitas legislações passaram a remeter expressamente aos termos da Lei Modelo e a regulamentar a forma da cláusula compromissória a partir do princípio probatório e não da substância do ato. Na lei arbitral da Nova Zelândia é expressamente admitida a convenção de arbitragem na forma oral, enquanto nas leis escocesa, sueca, belga ou mesmo a francesa, para arbitragens domésticas⁹⁰, sequer mencionam qualquer requisito formal quanto à validade da avença⁹¹.

Em outros casos em que o requisito formal ainda é exigido, como na Espanha, na Inglaterra e na Suíça⁹², o conceito de escrito é alargado de tal maneira que passa a abranger hipóteses construtivas de consentimento, como o consentimento tácito e incorporação por referência, os quais serão analisados mais detidamente adiante.

De modo geral, o que parece estar amplamente consolidado é que a forma escrita deverá servir ao consentimento, e não o contrário, de modo que, havendo alguma evidência do consentimento à arbitragem, a forma da cláusula compromissória é irrelevante.

3.5. A Forma Escrita na Lei de Arbitragem

Sobre a forma da cláusula compromissória, assim determina o §1º do artigo 4º da Lei de Arbitragem:

⁸⁸ STEINGRUBER, p. 54.

⁸⁹ KAPLAN, p. 30 *apud* Steingruber.

⁹⁰ STEINGRUBER, *op.cit*, p. 114.

⁹¹ New Zealand Arbitration Act de 1996; Sweden Arbitration Act de 1999; Scotland Arbitration Act de 2010. Belgian Judicial Code, reforma de 2013.

⁹² England Arbitration Act de 1996; Espanha. Lei de Arbitragem Espanhola, 2003. Switzerland. Federal Statute on Private International Law, 1987.

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.

O dispositivo legal é uma reprodução, *mutatis mutandis*, do seu equivalente do Código de Processo Civil francês, mas com a relevante exclusão da expressão “sob pena de nulidade”⁹³, o que sutilmente evidenciaria a intenção do legislador pátrio de não tornar a forma escrita parte da essência do ato.

Analisando a questão sob a ótica do Código Civil brasileiro no tocante às formalidades dos negócios jurídicos, é importante levar em conta a técnica legislativa do legislador pátrio de sempre explicitar a natureza substancial da forma quando este for o caso, de modo que, no silêncio da lei, a presunção é pela finalidade probatória da forma⁹⁴.

A inflexão na função da forma é oriunda da noção de que o consentimento para arbitrar não é apenas aquele reduzido por escrito, em documento assinado, mas qualquer manifestação de vontade no sentido de conceber a jurisdição arbitral, como explica Cristina Saiz Jabardo⁹⁵:

A mudança de enfoque é clara: a noção de escrito, sendo mais abrangente, serve, tão-somente, como meio de prova da existência da convenção arbitral. Não é, porém, de sua essência, sua ausência não justificando a invalidade da convenção. O importante, para que se tenha por cumprida a exigência de acordo escrito, é a existência de clara e livre manifestação de vontade das partes no sentido de submeterem-se à arbitragem, demonstrável por meio de documentos – ainda que desprovidos de assinatura.

Além disso, ressalta-se que a prova escrita não seria o único meio admitido de demonstração do consentimento ao processo arbitral. O fato do artigo 4º, §1º representar mera reserva de legalidade, e não requisito essencial ao ato, torna possível sua convivência com outros meios probatórios da cláusula arbitral⁹⁶. A forma escrita prescrita no artigo 4º, §1º da Lei de Arbitragem traduz na demonstração documental da inequívoca vontade das partes de se submeterem ao procedimento arbitral, ainda que sejam documentos desprovidos de assinatura.

⁹³ SCALETISKY, *op. cit.*, p. 116.

⁹⁴ Vide o artigo 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir” e artigo 108 do Código Civil: “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.”

⁹⁵ JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da Cláusula Compromissória na Arbitragem Comercial**

Internacional: o caso dos grupos societários. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 104.

⁹⁶ NALIN, Paul; HASSON, Felipe. Existência e validade da cláusula compromissória não escrita: interpretação extensiva do artigo 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem, à luz do direito brasileiro e comparado. In João Bosco Lee Daniel de Andrade Levy (eds), **Revista Brasileira de Arbitragem**, (Kluwer Law International 2017, Volume XIV Issue 55) p. 31.

Sobre o aspecto da assinatura, cabe uma breve análise da evolução da posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Se a doutrina pátria tem prestigiado substância sobre a forma, a flexibilização de formalidades nem sempre esteve na ordem do dia deste tribunal.

No repercutido caso *Oleaginoso Moreno Hermanos S. A. vs. Moinho Paulista Ltda.*, a disputa irrompeu de contrato de compra e venda de trigo pactuado verbalmente entre a requerente, argentina, e a brasileira requerida. Não obstante, a empresa argentina ingressou com a arbitragem alegando a existência da cláusula compromissória escrita em telegramas trocados entre as partes.

O STJ, porém, no julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 866/GB⁹⁷ entendeu ser incompatível a cláusula compromissória com o contrato verbal, não apenas em deferência à Lei de Arbitragem e à autonomia da vontade, mas também em razão da universalidade da jurisdição estatal⁹⁸.

Em outro caso do STJ, *Plexus Cotton Ltd. vs. Santana Têxtil S.A.*, sinalizado como paradigma negativo da análise de validade da convenção de arbitragem, a corte se recusou a homologar laudo arbitral emanado pela *Liverpool Cotton Association* (LCA) no âmbito de procedimento instalado com base em cláusula arbitral inserta em contrato não assinado por uma das partes⁹⁹.

Ao que parece, precedentes do *Caso Oleaginoso* e do *Caso Plexus* foram largamente revertidos e atualizados pelo próprio STJ, passando a adotar a interpretação desvinculada da forma e absorta na existência de anuência inequívoca das partes ao procedimento arbitral¹⁰⁰.

Na SEC nº 856, a ausência de assinatura do pacto arbitral não foi suficiente para negar a arbitralidade do réu que compareceu no procedimento e apresentou defesa, significando verdadeiro consentimento tácito ao juízo arbitral.

Mesmo no caso *Plexus*, que declinou a jurisdição arbitral defronte a ausência de assinatura da convenção de arbitragem, a denegação foi assentada não sei antes uma breve

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC n. 866. Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial. Julgado em: 17/05/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: fev. 2024.

⁹⁸ “Eu mesmo fui Relator de um caso (SEC 866/GB), no qual foi negado o pedido de homologação do respectivo laudo arbitral, porque os contratos foram negociados de forma verbal entre as partes. Na ocasião, destaquei que a legislação brasileira exigia que a cláusula compromissória fosse estipulada por escrito no contrato, ou, ainda, em outro documento apartado referente ao contrato. Não seria aceitável, diante da regra contida na Lei de Arbitragem, a renúncia não escrita à jurisdição estatal.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC nº 6.335. Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial. Julgado em: 12/04/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: mai. de 2024).

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC nº 967. Rel. Min. José Delgado, Corte Especial. Julgado em: 15/02/2006; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. SEC nº 978, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial. Julgado em: 17/12/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: out. de 2023.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.569.422/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Corte Especial. Julgado em: 26/04/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: mai. de 2024.

análise das circunstâncias fáticas não revelarem um consentimento tácito da parte não contratante¹⁰¹.

Cristiane Jabardo, em alusão a André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, lembra ainda que a admissibilidade teórica do consentimento tácito, embora não verificada no suporte fático *in concreto*, também foi aventada pelo STJ em outras oportunidades¹⁰².

Além disso, já se acumulam na jurisprudência do STJ precedentes positivos acerca da incorporação da cláusula compromissória por referência¹⁰³ e da transmissão da cláusula arbitral por sub-rogação¹⁰⁴, casos em que, como vimos acima, a cláusula arbitral incide sobre partes não signatárias da convenção de arbitragem.

A validade da cláusula compromissória não depende necessariamente da assinatura dos envolvidos, desde que haja algum método para expressar o acordo mútuo. A comunicação por correspondência, por exemplo, pode ser considerada como uma forma de expressão da vontade das partes envolvidas. O ponto crucial é que ambas as partes aceitem a arbitragem como método de resolução de disputas do contrato, o que pode ocorrer de maneiras diversas além da simples assinatura. O essencial é demonstrar o consentimento¹⁰⁵.

A questão da assinatura, inclusive, é extremamente relevante no contexto do comércio internacional, em que a maioria das transações são amparadas em propostas comerciais ou ordens de serviços que veiculam a cláusula arbitral, assinadas apenas pelo proponente.

As evoluções legislativas, jurisprudenciais e tecnológicas percorridas até aqui são contundentes impulsos de superação, ou ao menos mitigação, das formalidades na convenção de arbitragem. No fim do dia, a validade da cláusula compromissória depende apenas do consentimento, sendo indiferente a forma que este esteja externalizado, nas palavras de Gary Born¹⁰⁶:

Indeed, under the 2006 revisions to the UNCITRAL Model Law and a small but increasing number of developed national laws, the decisive issue is simply whether

¹⁰¹ JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da Cláusula Compromissória na Arbitragem Comercial**

Internacional: o caso dos grupos societários. *op.cit.*, p.108. Acreditamos que a autora se refere ao trecho do voto condutor: “O caso em análise não se amolda ao princípio da aceitação tácita de juiz arbitral.”

¹⁰² ABBUD, André de Carvalho Albuquerque Cavalcanti. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. São Paulo: Atlas, 2008. P. 143, *In*: JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da Cláusula Compromissória na Arbitragem Comercial Internacional:** o caso dos grupos societários. *op.cit.*, p.108.

¹⁰³ REsp nº 1.818.982/MS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/2/2020, DJe de 6/2/2020.

¹⁰⁴ Súmula 5, Corte Especial, julgado em 10/05/1990, DJ 21/05/1990, p.4407; Súmula 7, Corte Especial, julgado em 28/06/1990, DJ 03/07/1990, p.6478; REsp nº 1.988.894/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 15/5/2023.

¹⁰⁵ MARTINS, *op.cit.*, p. 78. Nesse sentido, ver também: BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho; BENETTI, Giovana Valentiniano. O consensualismo como fundamento da arbitragem e os impasses decorrentes do dissenso. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 2, p. 303-341, mar.-abr./2014.

¹⁰⁶ BORN, *op.cit.*, p. 706.

the parties agreed to arbitrate – whether orally or in writing, and whether expressly or impliedly – with the writing requirement being reformulated as an evidentiary principle, rather than a rule of formal validity

A aplicação da Teoria de Extensão subjetiva da cláusula compromissória representa, em si, a superação dos requisitos formais da convenção de arbitragem¹⁰⁷.

4. A TEORIA DOS GRUPOS DE SOCIEDADE

“We speak, teach, litigate and legislate about 'company law'. But the predominant reality is not today the company: is the corporate group.”

WEDERBURN, Multinational and the Antiquities of Company Law, Mod. Lr (1983), p. 320

4.1. O Conceito de Sociedade Grupal, os Grupos de Fato e os Grupos de Direito

Introduzir este capítulo abordando a questão dos grupos de sociedade como um recentíssimo fenômeno do nosso século seria um equívoco. A palavra “multinacional” está há muito presente na linguagem econômica do capitalismo¹⁰⁸.

O crescimento orgânico da globalização ocorreu por meio da formação dos grupos de sociedade. Tipicamente, companhias agigantadas, após subjugar a produção e o mercado doméstico, iniciam a expansão para além-mar estabelecendo subsidiárias em domínios estrangeiros. Num primeiro momento, é possível que essa nova filial permaneça operando com sua própria identidade e produtos, porém é provável que seja gradualmente incorporada à ampla rede de produção e marketing da empresa-mãe¹⁰⁹.

No seio da acirrada concorrência capitalista, os arranjos tornaram-se fundamentais para a competitividade das empresas em mercados externos, proporcionando, entre outros ganhos, o aproveitamento de sinergia, a desmobilização de capital e a obtenção de uma economia de escala. O resultado são grupos formados por empresas que conservam a autonomia jurídica e a formal (personalidade jurídica) entre si, mas cuja gestão é realizada a partir de um único centro

¹⁰⁷ NALIN, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁸ Em 1977, Tom Hadden já afirmava: “The natural culmination of unfettered capitalist development in organizational terms is the multi-national company, which transcends national boundaries and thus to a large extent the power of national governments to control its activities.” (HADDEN, Tom. **Company Law and Capitalism**. London: Weidenfield and Nicolson. 1977. 2 ed. p. 87).

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 88.

de gravitação¹¹⁰. O grupo seria então, uma pessoa jurídica secundária, sem personalidade jurídica ou uma “super sociedade”¹¹¹.

Assim, os elementos característicos dos grupos de sociedade são a unidade diretiva do grupo e a independência jurídica das suas sociedades integrantes¹¹². A direção unitária é o que conduz à subordinação de interesses, integrando economicamente as sociedades de modo que não mais é possível falar em um interesse distinto de cada sociedade, mas apenas no interesse do grupo¹¹³.

Ao revés do que se possa inicialmente pressupor, então, o grupo de sociedades não se caracteriza pelo interesse comum entre diferentes sociedades, mas de uma política de negócios em comum, denominada pela doutrina de direção unitária¹¹⁴.

A própria noção de interesse grupal é complexa em si mesma. A conclusão para a qual a doutrina se inclina é que o interesse comum não existe nos grupos de sociedades, porque a finalidade concêntrica não corresponde aos interesses compartilhados por todas as sociedades integrantes do grupo, mas tão somente ao interesse da sociedade controladora, sobrepostos ao interesse das sociedades isoladas¹¹⁵.

Ademais, o interesse grupal é resistido pela doutrina mesmo nos grupos de direito. O contrato associativo, na maioria dos casos, ao invés de regular a influência recíproca entre sociedades isoladas, serve de instrumento de ratificação formal da absorção da controlada pela controladora¹¹⁶.

Cumprе ressaltar que a interferência direcional não será, necessariamente, uma ingerência até sobre o mais corriqueiro assunto dos negócios das filiais. Estará caracterizada, na verdade, pela interferência nas linhas macropolíticas da subsidiária, de forma centralizada

¹¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. 1976, p. 93.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 98.

¹¹² LOBO, Jorge. Direito dos grupos de sociedade. **Revista do Ministério Público**. 1999, p. 109.

¹¹³ WALD, p. 314.

¹¹⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Arbitragem e Grupos de Sociedades. In: **Arbitragem institucional: 12 anos da Lei nº 9.307/1996**. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 158.

¹¹⁵ Conforme explica Daniel Ivo: “O grupo, convém reiterar, não possui fins próprios, sendo o veículo para a afirmação dos propósitos de quem o controle. Também deste ponto de vista, portanto, não parece convincente se falar em interesse do grupo, ainda que como mera metáfora ou suposta síntese do interesse coletivo das sociedades grupadas, pois, na mais das vezes, a expressão representará mero anteparo para encobrir o interesse próprio de quem exerce o poder de controle – e é exatamente em tal ponto que a imprecisão do termo se transmuta em perigo.” (VIO, Daniel de Avila. **Ensaio sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.183).

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 184.

ou não, por hierarquia ou colegiadamente, fazendo reprimir todo e qualquer impulso que não seja correspondente ao interesse do grupo¹¹⁷.

Veremos, no entanto, que os grupos de sociedade podem ser classificados de acordo o nível de interferência da matriz na subsidiária e que a graduação da unidade diretiva é um aspecto fundamental avaliado pelos tribunais arbitrais para decidir sobre a extensão subjetiva da cláusula compromissória.

4.2. A Personalidade Jurídica das Sociedades Grupais

Citamos que a independência jurídica das sociedades integrantes do grupo é o segundo elemento fundamental das sociedades grupais. Esta feição, porém, é, evidentemente, apenas formal. Diz acerca da conservação da personalidade jurídica e do patrimônio separado por parte de cada sociedade integrante, não obstante a formação do grupo em sobreposição a estas.

No tratamento conferido à matéria pela Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações), a opção por não considerar o grupo de sociedades uma “sociedade de segundo grau”, dotada de personalidade jurídica, foi franca. Em seu artigo 266, a Lei das Sociedades por Ações determina expressamente a preservação da personalidade jurídica e do patrimônio de cada sociedade incluída na convenção grupal¹¹⁸.

A intenção do legislador ao rejeitar a consagração do conceito de “sociedade grupal” foi prestigiar a funcionalidade em detrimento do formalismo jurídico¹¹⁹, sob o argumento de que, haja vista a fragilidade da definição jurídica do grupo de sociedades, a outorga de personalidade jurídica à supra sociedade incumbiria uma série de critérios para a designação do grupo que acabariam confinando a abrangência do conceito em favor de uma ânsia formalista em vislumbrar invariavelmente a personalidade de qualquer ente passível de ser sujeito de direitos.

No entanto, nos parece que o problema da personalidade jurídica dos grupos de sociedade é mais do que uma afetação formalista. No campo do Processo Civil, por exemplo, a personalidade jurídica permitiria que a sociedade grupal fosse demandada judicialmente, simplificando o procedimento, enquanto os bens das sociedades grupadas responderiam solidariamente em eventual execução¹²⁰.

Indagava-se há anos Fábio Konder Comparato o motivo da resistência em transigir com a personalidade jurídica das sociedades grupais quando os três elementos fundamentais à

¹¹⁷ LOBO, *op. cit.*, p. 111.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**, Ed. RT, 1978, p. 205.

¹²⁰ LOBO, *op. cit.*, p. 118.

caracterização de uma sociedade estão vividamente presentes nestes entes: (i) o interesse comum; (ii) a contribuição individual com esforços e recursos; e (iii) a repartição dos lucros e dos prejuízos¹²¹.

Cobrando a vanguarda do Professor Comparato, Jorge Lobo cuidou de depurar os elementos de caracterização das sociedades presentes nas Leis das Sociedades por Ações em cotejo com os atributos dos grupos de sociedades para demonstrar que falta à personalização das sociedades grupais tão somente uma norma que dê cabo de normatizar essa realidade¹²².

Ora, se a confusão patrimonial a partir da comunhão de empenho e capital, transferido livremente entre as sociedades do grupo sem qualquer deferência ao biombo da personalidade jurídica, é um fato que beneficia o grupo de sociedades, por que não poderia existir, concomitantemente, para a proteção de terceiros, como os acionistas das sociedades grupadas, os quais têm seus interesses potencialmente contrariados em proveito da conveniência do grupo, ou os seus credores, cuja satisfação do crédito seria revigora com a possibilidade de executar solidariamente os bens de todas as sociedades constituintes? É aí que reside a funcionalidade prática da personalização das sociedades grupais.

A despeito do evidente interesse prático na formalização jurídica dos grupos de sociedade, não concordamos que as sociedades grupais devam ser personalizadas.

Vimos que no âmago dos grupos de sociedades reside o binômio unidade econômica e pluralidade jurídica¹²³. Contudo, um grupo de sociedades com personalidade jurídica corresponderia propriamente a um sujeito de direitos e agregaria todos os direitos e as obrigações das sociedades grupadas, aniquilando a pluralidade jurídica que lhe é própria.

A personificação do grupo de sociedades equivale a uma fusão *ex legi* das sociedades que o compõem, concebendo uma forma unissocietária de organização que desnatura a própria definição do grupo de sociedades¹²⁴.

¹²¹ COMPARATO, Fábio Konder. **O Direito dos Grupos e a Concentração das Empresas**. Ed. Universitária, 1975, pp. 83/84.

¹²² “(1º) uma sociedade de sociedades, uma de segundo grau, uma supersociedade; (2º) com denominação específica, que o distingue dos demais e das próprias sociedades que o compõem (art. 267); (4º) se tem de duração (art. 269, IV); (5º) se possui administradores próprios, distintos dos gestores das empresas grupadas (art. 269, VI); (6º) se a convenção especifica as atribuições e poderes dos órgãos administrativos (art. 269, VI, parte final); (7º) se os atos do grupo, discriminados nos incisos I a III do artigo 271, devem ser arquivados no registro do comércio (art. 271, caput), quando, então, será considerado, para todos os efeitos jurídicos, constituído o grupo (art. 271, caput, primeira parte); (8º) se, inclusive, 1/3 do grupo pode representar, se previsto na convenção, as próprias sociedades grupadas (par. Único do art. 272); (9º) se os administradores do grupo fazem jus a remuneração e a gratificação (art. 274); (10º) se o grupo está obrigado a publicar demonstrações financeiras consolidadas (art. 275), independentemente das publicações das demonstrações financeiras da sociedade de comando (§ 1º do art. 275), o que lhe falta para adquirir personalidade jurídica: uma norma legal expressa?” (LOBO, *op. cit.*, p. 118).

¹²³ MUNHOZ, p. 171.

¹²⁴ ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedades**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2002.

Além disso, discordamos que os grupos de sociedade reúnam quaisquer componentes distintivos das sociedades em geral. Avaliamos que o interesse comum mencionado pelo Professor Comparato, na realidade, ampara-se ao interesse da sociedade controladora. A organização autônoma inerente às sociedades, por sua vez, cede à centralização da gestão em torno da sociedade controladora. Por fim, o patrimônio separado deixa de existir quando as sociedades do grupo transferem livremente recursos e comungam esforços em genuína manifestação de confusão patrimonial¹²⁵.

4.3. A Vontade nos Grupos de Sociedade

Na arbitragem, porém, a possibilidade de os grupos de sociedade demandarem e serem demandados transcende a problemática da personalidade jurídica.

Conforme longamente debatido neste estudo, o problema da extensão subjetiva da cláusula compromissória é, em última instância, um problema de consentimento. A definição dos limites subjetivos da cláusula compromissória, então, é a busca pela vontade das partes.

Assim, não é a ausência de personalidade jurídica o empecilho à integração dos grupos de sociedades ao procedimento arbitral, mas a averiguação do consentimento da sociedade grupal à convenção de arbitragem.

Considerando a impossibilidade lógica do grupo de sociedades aderir formalmente à convenção de arbitragem, haja vista a ausência de uma estrutura formal com órgão deliberativo (as assembleias gerais) ou administrativo (o conselho de administração ou a diretoria), a manifestação de vontade nesses casos é presumida a partir do consentimento de uma das sociedades grupadas à jurisdição arbitral.

Isso porque, a direção econômica unitária da sociedade grupal – considerando que todas as sociedades integrantes se orientam por um interesse comum e que as decisões negociais, entre as quais se insere a adesão à convenção de arbitragem, concentram-se na sociedade controladora ou no grupo como um todo – e o consentimento de uma sociedade grupada são expansíveis às sociedades componentes ou à sociedade controladora.

Nesse contexto, os grupamentos de sociedade revelam-se instrumentos para a relativização destes limites subjetivos na medida em que a unidade diretiva submete a vontade de uma sociedade isolada com a expressão do interesse do grupo como um todo ou da sociedade controladora.

¹²⁵ MUNHOZ, *op.cit.*, pp. 169-170.

Ou seja, a mera existência do agrupamento não enseja, *prima facie*, a integração de terceiro não signatário integrante do grupo ao procedimento arbitral. É imprescindível que, além da unidade do grupo e da subordinação de interesses, existam, no caso concreto, elementos suficientes para extrair o consentimento da sociedade integrante, pois este é o fundamento da arbitragem.

Todavia, a manifestação da vontade grupal como fusão ou subordinação dos interesses das sociedades integrantes não é característica apriorística dos agrupamentos. Em verdade, a realidade econômica demonstra que a própria formação de uma vontade superior do grupo resultante do poder de controle subjacente à unidade diretiva não é unânime entre os grupos de sociedade.

Como são múltiplas as formas de expressão da unidade econômica dentro da diversidade jurídica do grupo de sociedades, algumas mais contundentes, outras menos evidentes, nem sempre a subordinação será rigorosa o suficiente para permitir a extensão subjetiva da cláusula compromissória.

Esta dificuldade na aferição da vontade grupal e, por consequência, da extensão subjetiva da cláusula compromissória, é sintoma da existência de múltiplas estruturas de agrupamento, variando a concentração da gestão proporcionada pelo agrupamento de acordo com a forma de sua organização.

4.3.1. Os Grupos de Coordenação e os Grupos de Subordinação

É em deferência à complexidade da manifestação da vontade grupal que a doutrina reparte a classificação das sociedades grupadas entre grupos de coordenação e grupos de subordinação. A própria denominação taxonômica forjada pela doutrina sugere que a subordinação da vontade da sociedade isolada à vontade da controladora ou do grupo em si não está presente em uma das espécies de grupos de sociedades.

Nos grupos de coordenação, a estruturação interna das sociedades agrupadas ocorre de maneira horizontal. A vontade unitária, nestes casos, não sucede a vinculação das sociedades isoladas ao agrupamento, mas é rebento da gestão conjunta exercida por todas as sociedades integrantes.

Em verdade, nos grupos de coordenação, a noção do interesse grupal como a comunhão da vontade das sociedades integrantes, à semelhança do conceito tradicional da finalidade nas sociedades como o interesse comum dos sócios, é válida no caso dos grupos de coordenação.

Assim, os grupos de coordenação subvertem a organização verticalizada que se imagina quando se associa o vetor da unidade diretiva ao poder de controle da empresa-mãe. A

perspectiva mais adequada aos grupos de coordenação seria a de uma rede, estruturada horizontalmente, em que a direção única se refere à coordenação centralizada de centros de ação autônomos¹²⁶.

Por outro lado, nos grupos de subordinação, há uma rígida hierarquia entre a sociedade controladora e as demais integrantes do agrupamento, expiando as sociedades controladas de qualquer autonomia negocial e econômica em proveito do interesse global do grupo ou particular da empresa-mãe, inexistindo qualquer encontro de vontades no seio do agrupamento¹²⁷.

Sob a ótica dos limites subjetivos da convenção de arbitragem, a ampliação da incidência dos efeitos da cláusula compromissória ocorre com mais facilidade nos grupos de subordinação¹²⁸.

Na maioria das vezes, revela-se que outras sociedades do grupo além da empresa signatária da cláusula compromissória, especialmente a controladora, participaram ativamente da negociação ou da execução do contrato em que está inserida a convenção de arbitragem, donde é extraído o consentimento apto a incluí-las no procedimento arbitral.

4.3.2. *Os Grupos de Fato e os Grupos de Direito*

Outra distinção conceitual entre as espécies de grupos de sociedade que repercute sobre o processo de formação da vontade grupal ocorre na classificação entre os grupos de direito e os grupos de fato.

O que delimita a classificação é a aceitação formal do controle externo ou sua existência como fato dentro da dinâmica econômica em um determinado perímetro de sociedades. A ideia do grupo é sempre originada do poder de controle como fato, mas em alguns casos as sociedades agrupadas podem consentir com este controle e discipliná-lo por meio de uma convenção¹²⁹. Nestas hipóteses, estaremos diante de um grupo de direito.

¹²⁶ TEUBNER, Gunther. Unitas Multiplex: a organização do grupo de empresas como exemplo. **Revista Direito GV**, v.1, n. 2, pp. 77-110, jun./dez. 2005. p. 97.

¹²⁷ “É oportuna a ressalva de que a vontade da sociedade controladora muitas vezes coincide com o interesse das sociedades controladas, precisamente como destaca Daniel Ivo: “Com isso não se quer dizer que um grupo de subordinação não possa compreender, por exemplo, participações em sociedade em conta de participação ou em comandita por ações. A questão é que se o grupo não tivesse como elemento constitutivo elementar a sociedade personificada com responsabilidade limitada dos sócios, os fatores justificadores de sua adoção prática (Capítulo 3) e da criação de sua disciplina jurídica (Capítulo 4) estariam presentes de forma anêmica ou meramente embrionária.” (VIO, Daniel de Avila. **Ensaio sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.183.

¹²⁸ MUNHOZ, p. 171.

¹²⁹ VIO, *op.cit.*, p. 238.

A Lei das Sociedades por Ações pioneiramente lançou uma disciplina legal para os grupos de direito. Nos seus termos, o grupo de sociedades é constituído por uma *sociedade de comando* e suas *filiadas*, em que aquela irá exercer o poder de controle sobre estas a partir da titularidade de ações ou quotas ou mesmo por acordo de acionistas ou bloco de controle, sem que seja necessária a participação direta da sociedade de comando no capital social das filiadas¹³⁰.

A subordinação de interesses é regulada pela convenção do grupo, cujo arquivamento no registro comercial da circunscrição da sede da sociedade comando constitui formalmente o grupo de sociedades¹³¹.

Os grupos de fato, por sua vez, são uma construção doutrinária não expressamente disciplinados na Lei das Sociedades por Ações. A rigor, pela lei, os grupos de sociedade são apenas os grupos de direito, aqueles formalizados por meio de convenção e sujeitos aos artigos 265 e seguintes da lei acionária.

Assim, os grupos de fato são definidos negativamente, a partir da não subsunção dos critérios disciplinados na Lei das Sociedades por Ações. O núcleo essencial de caracterização dos grupos de fato parece apenas indicar a falta de uma formalização explícita da estrutura de grupo por meio de acordo, em oposição ao grupo convencional, ou "grupo de direito" – este último também sendo um termo doutrinário, já que a lei se refere apenas a "grupo" ou "grupo de sociedades".

Conceitualmente, a diferenciação é relevante porque os grupos de fato geralmente revelam um modelo bastante descentralizado em que a administração uniforme só pode ser

¹³⁰ Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns; § 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.

¹³¹ Art. 271. Considera-se constituído o grupo a partir da data do arquivamento, no registro do comércio da sede da sociedade de comando, dos seguintes documentos: I - convenção de constituição do grupo; II - atas das assembleias-gerais, ou instrumentos de alteração contratual, de todas as sociedades que tiverem aprovado a constituição do grupo; III - declaração autenticada do número das ações ou quotas de que a sociedade de comando e as demais sociedades integrantes do grupo são titulares em cada sociedade filiada, ou exemplar de acordo de acionistas que assegura o controle de sociedade filiada. § 1º Quando as sociedades filiadas tiverem sede em locais diferentes, deverão ser arquivadas no registro do comércio das respectivas sedes as atas de assembleia ou alterações contratuais que tiverem aprovado a convenção, sem prejuízo do registro na sede da sociedade de comando. § 2º As certidões de arquivamento no registro do comércio serão publicadas. § 3º A partir da data do arquivamento, a sociedade de comando e as filiadas passarão a usar as respectivas denominações acrescidas da designação do grupo. § 4º As alterações da convenção do grupo serão arquivadas e publicadas nos termos deste artigo, observando-se o disposto no § 1º do artigo 135.

realizada de forma segura com um controle central mínimo e níveis elevados de autonomia local¹³².

Contudo, fato é que a faculdade concedida pela Lei das Sociedades por Ações à criação dos grupos de sociedades de direito em conjunto com as exíguas vantagens que a regulamentação por meio do estatuto grupal proporcionaria tornaram a convenção grupal letra morta da lei acionária¹³³.

Não obstante, o estudo superficial ora realizado sobre estas espécies, bem como dos grupos de coordenação e grupos de subordinação, é relevante para demonstrar como a unidade diretiva é uma noção impossível de ser uniformizada e que, por este motivo, a busca da vontade grupal apta a viabilizar a extensão subjetiva da cláusula compromissória está adstrita à verificação das condições de subordinação e concentração do poder de controle no caso concreto.

4.4. Análise de Precedentes

Em vista da volatilidade da ideia de unidade econômica do grupo e vontade grupal, a extensão subjetiva da cláusula compromissória praticada com base na Teoria dos Grupos de Sociedades é sempre casuística.

Assim, é importante nos voltarmos à análise de julgados de tribunais arbitrais e da jurisprudência estatal que representam duas interpretações da Teoria dos Grupos de Sociedades aplicada à inclusão de terceiros não signatários no procedimento arbitral, com o intuito de verificar como a solução é efetivamente empregada nos casos concretos.

4.4.1. *Caso Dow Chemical vs. Isover Saint-Gobain*

Neste caso de vanguarda da aplicação da Teoria dos Grupos de Sociedades na interpretação dos limites subjetivos da cláusula compromissória, uma subsidiária da empresa multinacional americana *Dow Chemical* celebrou um contrato de distribuição com três empresas francesas.

Posteriormente, um segundo contrato foi firmado entre as mesmas empresas francesas e uma controlada da primeira subsidiária e, portanto, sujeita indiretamente ao controle exercido pela *Dow Chemical*.

Na execução dos contratos de distribuição, que incluíam cláusulas arbitrais, surgiu o litígio. As subsidiárias signatárias dos contratos, a própria controladora *Dow Chemical* e uma

¹³² ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedades**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 32.

¹³³ MUNHOZ, p. 174.

terceira subsidiária do grupo *Dow Chemical* notificaram a *Isover Saint-Gobain* para iniciar um processo de arbitragem. A *Isover Saint-Gobain* suscitou exceção de ausência de jurisdição do tribunal arbitral em relação às empresas *Dow Chemical* e à terceira subsidiária, as quais não haviam assinado nenhum dos dois acordos.

Os árbitros, inicialmente, fixaram a *Lex Mercatoria* como a norma de interpretação da cláusula compromissória em questão. Em seguida, afirmaram sua jurisdição sobre as partes não signatárias dos contratos litigiosos com base na realidade econômica única do Grupo *Dow Chemical* e na participação da *Dow Chemical* e a terceira subsidiária na negociação e execução das avenças, arrematando¹³⁴:

(...) a convenção de arbitragem aceita expressamente por certas companhias do grupo deve vincular as outras companhias que, em virtude de seu papel na conclusão, execução ou extinção dos contratos contendo tais cláusulas, e de acordo com a intenção mútua de todas as partes do processo, aparentemente ter sido as verdadeiras partes de tais contratos, ou terem por estes sido primordialmente consideradas, e dos litígios que deles poderiam surgir.

Entre as ações das não signatárias que induziram o tribunal arbitral a reconhecer seu consentimento tácito à cláusula compromissória estão, por exemplo, a efetiva negociação do contrato em nome das subsidiárias signatárias e a troca de correspondências com as contrapartes francesas, as quais, inclusive referiam-se às empresas americanas e aos contratos de distribuição perante a terceira subsidiária como “Grupo Dow Chemical” e “nossos contratos”¹³⁵.

Objetivamente, do ponto de vista da execução dos contratos de distribuição, estes acordos continham previsão de que seu objeto poderia ser cumprido por qualquer subsidiária da controladora americana. Além disso, a demandada francesa procurava no próprio procedimento a responsabilização material das não signatárias.

Com efeito, em decisão ratificada pelas cortes francesas no julgamento dos recursos interpostos pela *Isover Saint-Gobain*, o tribunal arbitral verificou que havia uma realidade econômica única dentro do grupo americano, evidenciada pela participação de subsidiárias não contratantes na negociação, e que pelo teor disposições contratuais pouco importava a empresa que executaria os contratos. Todo este contexto serviu de supedâneo à identificação de um consentimento tácito da sociedade controladora e a terceira subsidiária à convenção de arbitragem¹³⁶.

¹³⁴ ICC case No. 4131 (1982). **The Dow Chemical Company and Others v. Isover Saint Gobain**, Interim Award, In: Pieter Sanders (ed.), Yearbook Commercial Arbitration 1984-Volume IX ICCA & Kluwer Law International, 131, 136-137.

¹³⁵ JABARDO, p. 41.

¹³⁶ “Segundo os árbitros, o fato de as cláusulas compromissórias terem sido expressamente aceitas por algumas das sociedades do Grupo Dow Chemical implicou a vinculação das demais sociedades do grupo, dada a sua

4.4.2. Caso *MAP Tankers Inc. vs. Mobil Tankers, Ltd.*

A disputa aqui referia-se a um contrato de afretamento entre um porto inglês até um porto da Alexandria e, em sequência, outro situado nos Pirineus, firmado entre uma sociedade francesa e uma subsidiária de um grupo estadunidense. O grupo francês demandou contra diversas empresas não signatárias do acordo, mas integrantes do *Grupo Mobil*, as quais, em reconvenção, suscitaram a incompetência do tribunal arbitral.

Na breve decisão dos árbitros sobre jurisdição, anterior, inclusive, à decisão de *Dow Chemical vs. Isover Saint-Gobain*, em nenhuma oportunidade investiga o consentimento das subsidiárias americanas que não eram partes no contrato objeto do litígio. A afirmação da jurisdição foi fundamentada tão somente na existência do agrupamento e no interesse das não signatárias no negócio, evidenciado por sua participação na conclusão do transporte¹³⁷:

It has been argued by some that the charter party arbitration clause simply provides for the adjudication of disputes between Owner and Charterer and that no other party may enter the proceedings unless it does so with the express consent of the two so named. This is surely so as respects third parties not in any way associated with the parties to the charter party. However, it is neither sensible nor practical to exclude the claims of companies who have an interest in the venture and who are members of the same corporate family. The practicality of such an approach is apparent. To consider the arbitration clause as one which limits the right to arbitrate to the chartering subsidiary and to no other company within the same corporate family involved in the venture is to narrowly restrict the parties apparent intention to arbitrate their differences.

Assim, a inclusão de outras empresas do grupo da subsidiária foi a solução que pareceu mais “prática” e “razoável” ao tribunal arbitral em benefício da boa administração da justiça. Em outras palavras, a existência de um grupo de sociedades, *per se*, foi o argumento para contemplar empresas não-signatárias na cláusula compromissória¹³⁸.

participação na celebração, execução ou extinção dos contratos – nos quais estavam inseridas as convenções arbitrais. Por essa razão, foram consideradas partes dos contratos não apenas sociedades signatárias, mas também aquelas que deles participaram.” (MELO, Leonardo Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades na prática CCI. **Revista de arbitragem e mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, jan.-mar. 2013, p. 261). Na jurisprudência francesa, é celebre o julgamento da Corte de Apelação de Pau, de 26 de dezembro de 1986, no caso *Société Sponsor A.B vs. Lestrade*, que andou no caminho desbravado pelas conclusões do tribunal arbitral da ICC no caso *Dow Chemical vs. Isover Saint-Gobain*, julgando a corte com base nos costumes do comércio internacional e decidiu pela extensão da cláusula compromissória a terceiro não signatário que participou da negociação e execução do contrato que continha a cláusula arbitral: “É aceito no direito que a cláusula compromissória expressamente aceita por algumas das empresas do grupo deve vincular as outras empresas que, pelo papel que desempenharam na celebração, execução ou rescisão dos contratos contendo tais cláusulas, aparecem de acordo com a vontade comum de todas as partes envolvidas no processo como verdadeiras partes desses contratos, ou como estando diretamente envolvidas neles e nas disputas que deles possam decorrer. De fato, um grupo de empresas possui, apesar da personalidade jurídica distinta de cada uma delas, uma realidade econômica única, que os tribunais devem levar em consideração, sendo sua existência reconhecida pelos usos do comércio internacional.”

¹³⁷ Map Tankers, Inc v. MOBIL Tankers, Ltd, (Partial Final Award), SMA Case No. 1510, 28 November 1980.

¹³⁸ Em um caso muito difundido em matéria dos limites objetivos da cláusula compromissória, a Corte Provincial de Barcelona adotou racional semelhante, ratificando a jurisdição do tribunal arbitral sobre partes não signatárias da convenção de arbitragem pela simples constatação do grupo de sociedades: “Considera-se suficiente para

4.4.3. Caso Trelleborg

Trazemos à baila a Apelação Cível nº 267.450/6, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em maio de 2006, porque é a expressão máxima da aplicação da Teoria dos Grupos de Sociedades no Brasil, em meio a uma jurisprudência escassa sobre o assunto.

Neste caso, a *Trelleborg do Brasil Ltda.* concluiu a compra de uma participação majoritária no capital social da *PAV - Projetos e Aplicações de Vibrotécnica de Vedação Ltda.*, vendida pela *Anel Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda.* e seu sócio-diretor, constituindo a *Trelleborg PAV*.

Quando um conflito se instaurou sobre o contrato de compra e venda de quotas, a *Anel Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda.* moveu ação de instituição de arbitragem e lavratura da convenção de arbitral, em face da *Trelleborg Brasil Ltda.*, mas incluindo também a sua controladora e não signatária da convenção, a *Trelleborg Industri AB*.

Irresignada com o julgamento de procedência da ação, as rés apelaram contra a inclusão da sociedade controladora no procedimento arbitral, uma vez que não havia a *holding* sido parte do contrato em que estava inserta a cláusula arbitral. O acórdão negou provimento ao recurso depreendendo o consentimento da sociedade controladora do seu envolvimento no negócio e, principalmente, pela sua participação ativa no procedimento arbitral¹³⁹:

É 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 observa a participação ativa da apelante Trelleborg Industri AB.

O consentimento no Caso Trelleborg foi deduzido da participação ativa da sociedade controladora na negociação do contrato, tendo inclusive assinado o Memorando de Entendimentos alusivo à transação.

aplicar o referido contrato a uma empresa que faz parte do grupo, desde que a parte apelante não tenha refutado os argumentos apresentados na decisão impugnada, nem a explicação detalhada da operação desse contrato e da relação entre as diferentes empresas envolvidas, incluindo sua relação com o contrato, fornecida pela parte demandada, e também não tenha apresentado outros indícios que contradigam as alegações da parte demandada.” (ROZAS, José Carlos Fernández. TUELLS, Evelio Verdera. Arbitraje: **Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones**. vol. I. Madrid: IproLex, 2008. pp. 15-21).

¹³⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível Contestada nº 2674504/6-00, Sétima Câmara de direito privado. Relatora: Constança Gonzaga. Julgado em 24 maio 2006.

4.5. Crítica ao Uso da Teoria dos Grupos de Sociedade na Ampliação dos Efeitos Subjetivos da Cláusula Arbitral

A jurisprudência selecionada representa dois raciais utilizados na aplicação da Teoria dos Grupos Societários para a ampliação dos limites subjetivos da cláusula compromissória.

O primeiro, construído pelos árbitros em *MAP Tankers Inc. vs. Mobil Tankers, Ltd.* e posteriormente emulado pela Corte Provincial de Barcelona no caso *Cadbury Adams Middle East, S.A.L. vs. Chupa Chups, S.A.*, recorre à Teoria dos Grupos Societários como um pressuposto de ampliação automática da incidência da cláusula compromissória.

Estudamos, porém, que o fundamento da arbitragem é o consentimento consubstanciado na convenção de arbitragem. Os grupos de sociedade, nessa conjuntura, apenas propiciam um indício de consentimento em razão da unidade diretiva que lhes é característica.

Além disso, investigamos, também, que a complexidade e multiplicidade dos arranjos grupais nem sempre proporciona uma unidade diretiva convincente o bastante para que se possa inferir o consentimento tácito das sociedades isoladas à convenção de arbitragem em virtude da subordinação de interesses.

Em muitos casos, quando sopesada com a autonomia jurídica das sociedades grupadas, outro critério de definição dos grupos de sociedade estudado, a concentração econômica parece perante a organização autônoma das sociedades isoladas¹⁴⁰.

Portanto, a mera existência do grupo de sociedades não valida aprioristicamente que os desdobramentos da convenção de arbitragem tenham impacto sobre outras empresas do mesmo agrupamento. É por essa razão que as decisões citadas receberam escassa adesão.

A segunda linha interpretativa dos limites subjetivos da cláusula arbitral à luz da Teoria dos Grupos Econômicas, inaugurada no paradigmático caso *Dow Chemical vs. Isover Saint-Gobain*, é precisamente a que utiliza do grupo de sociedades como esteio para a análise da vontade e do comportamento das partes no caso concreto.

Em última análise, nesses casos, a existência do agrupamento foi um início de prova para a análise da inequívoca participação do não signatário na negociação, execução ou extinção do contrato que prevê a cláusula compromissória, de onde é extraído seu consentimento à arbitragem.

¹⁴⁰ JABARDO, p. 71.

Contudo, nem mesmo este raciocínio predominante está infenso às críticas. Os tribunais arbitrais e as cortes estatais quando o empregam parecem, com razão, apegar-se muito mais ao comportamento das partes apreciado em concreto do que à verificação dos grupos de sociedades.

É inevitável indagar, então, se aplicar a Teoria dos Grupos de Sociedades para integrar não signatários ao procedimento arbitral é mera aferição da existência de um acordo de vontades para submissão à arbitragem.

Se o que está sendo avaliado pelos árbitros ou juízes estatal é o comportamento de pessoas ou entidades que não assinaram a cláusula arbitral, mas atuaram como se a esta tivessem consentido, a sua sujeição aos efeitos da convenção de arbitragem é unicamente porque optaram por se tornar partes envolvidas não obstante a ausência de assinatura, o que, como vimos, não é requisito para a validade da arbitragem.

É evidente que a unidade diretiva e a confusão patrimonial dos grupos de sociedade conferem uma feição particular à expressão da vontade nesse âmbito e tornam a existência de comportamentos contraditórios dessa natureza mais propícios de ocorrerem.

A nossa posição, todavia, é de que, no caso concreto, os grupos de sociedade são puramente circunstanciais. Em outras palavras, o agrupamento é a circunstância que conduziu as sociedades não signatárias a agirem como se fossem contratantes, mas a extensão da cláusula compromissória sobre elas é operada em razão da sua conduta no âmbito da negociação e execução do contrato em si – e, conforme anteriormente esmiuçado, a ideia do comportamento concludente no contexto dos limites subjetivos da arbitragem se aproxima do conceito da boa-fé objetiva, *estoppel* ou mesmo da Teoria da Aparência.

O *Caso Orri*, sobre o qual já discorremos, é frequentemente citado para amparar o uso da Teoria dos Grupos de Sociedades na inclusão de não signatários na arbitragem. Contudo, como referimos anteriormente, a decisão foi embasada na representação ou Teoria da Agência para sancionar a interposição fraudulenta da pessoa signatária¹⁴¹.

Até mesmo no emblemático *Dow Chemical vs. Isover Saint-Gobain* a utilização da Teoria dos Grupos de Sociedade como argumento para o alcance dos efeitos da cláusula compromissória a partes não signatárias pode ser interpretado como impróprio. O racional por trás do *decisium* pode ser resumido ao consentimento tácito, derivado do fato de a parte não

¹⁴¹ CLAY, Thomas. A Extensão da Cláusula Compromissória às Partes não Contratantes (Fora Grupos de Contratos e Grupos de Sociedades/Empresas). *Revista Brasileira de Arbitragem*. 2005, 74 ss., p. 76.

signatária ter participado na negociação e na execução do contrato, manifestando assim a sua vontade de permanecer vinculada à convenção de arbitragem.

Em todo o desenvolvimento de *Dow Chemical vs. Isover Saint-Gobain*, não há qualquer análise profunda, tanto pelo tribunal arbitral do caso, quanto pelas cortes estatais francesas, da estrutura societária das empresas ou gradação da unidade diretiva do grupo e subordinação dos interesses das subsidiárias não signatárias. O que foi apreciado pelos árbitros e juizes que tocaram os fatos foi, na prática, a participação das subsidiárias do grupo *Isover-Saint Gobain* na negociação do contrato e prestação do seu objeto.

Ora, recorrer ao comportamento concludente nada mais é do que invocar a boa-fé objetiva como fator de extensão da cláusula arbitral.

Resumidamente, parece mais adequado que a Teoria dos Grupos de Sociedades seja tomada como prova, valorada de acordo com a unidade diretiva e autonomia societária do agrupamento, do que propriamente como uma fórmula para desenvolver um raciocínio jurídico que tenha plena eficácia para incluir não signatários da convenção de arbitragem no procedimento arbitral¹⁴², porque os limites subjetivos da cláusula arbitral devem sempre ser balizados pelo consentimento.

¹⁴² “Express consent or conduct as an expression of implied consent – or as a substitute for consent – is still the basis on which most courts and arbitral tribunals reason to decide on the extension. It is true that the factual existence of a group of companies gives a special dimension to the issue of conduct or consent. But the fact that the signatory and the non-signatory belong to the same group is only one factual element (un indice) to be taken into consideration to determine the existence of consent.” (HANOTIAU, *op.cit.*, p. 94).

CONCLUSÃO

O presente estudo se propôs a analisar o consentimento como fundamento da arbitragem e a aplicação da Teoria dos Grupos de Sociedades para a extensão dos efeitos da cláusula compromissória para não signatários da convenção de arbitragem.

A fim de introduzir a premissa consensualista da arbitragem, analisamos as diferentes vertentes que explicam a sua natureza jurídica e concordamos que a arbitragem pode ser caracterizada como um negócio jurídico, porque decorre de um acordo de vontades, que produz efeitos jurisdicionais, na medida em que constitui uma jurisdição privada sob o domínio do árbitro.

Em virtude da sua índole contratualista, o consentimento, então, compõe o núcleo essencial da arbitragem, de modo que a maioria das legislações e tribunais, sejam arbitrais ou cortes estatais, procuram prova cabal e inequívoca de sua existência.

Além disso, vimos como a incidência de certos princípios interpretativos pertinentes aos negócios jurídicos em gerais atuam sobre a convenção de arbitragem de modo a limitar seu pressuposto de existência (Princípio do Consensualismo) e a sua abrangência subjetiva (Princípio da Relatividade) à verificação do consentimento das partes.

No entanto, enfatizamos que, em que pese a sua torção consensualista, não há de se perder de vista que a arbitragem, diferente de qualquer outro negócio jurídico também resulta na criação de uma jurisdição.

Com efeito, avaliamos como é importante para a arbitragem, com o objetivo de assegurar a competência do árbitro e a efetividade de sua jurisdição, que sua incidência nem sempre seja relativizada aos contratantes e que o consentimento não seja corroborado somente de forma expressa.

Vimos como a questão torna-se especialmente sensível no contexto das relações econômicas contemporâneas – onde a arbitragem mais se prolifera como forma preferida de resolução de disputas – caracterizadas pela atuação de múltiplos agentes cujas preocupações concentram-se muito mais na dinamicidade dos seus negócios do que na formalização contratual de todos os operadores que efetivamente participam do conteúdo material dos contratos.

Ou seja, nem todo consentimento é expresso e o fato de não estar consubstanciado na convenção de arbitragem não significa que apenas os contratantes anuíram à cláusula arbitral, inibindo por completo a jurisdição do árbitro sobre terceiros que não assinaram o contrato, mas que negociaram seus termos e realizaram seu objeto.

Importante foi, então, mencionar a questão da forma da cláusula compromissória, eis que se trata de uma profícua representação da relativização do consentimento ao poder do árbitro.

Nesse sentido, averiguamos que, mesmo em países cujo diploma normativo da arbitragem exige a forma escrita da convenção de arbitragem, os tribunais arbitrais e estatais costumam reconhecer que a forma deve estar a serviço do consentimento, não o contrário, assim como fez, inclusive, a Lei Modelo. Enfim, arrematamos que a finalidade da forma escrita é comprovar em definitivo o consentimento. Porém, se houver evidência de consentimento, ainda que tácito, para a arbitragem, a forma da cláusula arbitral não deve ser significativa para a delimitação da sua incidência subjetiva.

Tendo compreendido suficientemente a relevância do consentimento na arbitragem e como esse consentimento pode e deve ser interpretado, voltamo-nos ao estudo do conceito de grupos de sociedade para compreender seus dois principais elementos que proporcionam, em muitos casos, a revelação do consentimento tácito: a unidade diretiva e a subordinação de interesses – ambos, em conjunto, conformam uma “vontade grupal”, que contempla a vontade de mais de uma sociedade grupada, mesmo que nem todas tenham assinado o contrato em que está inserta a cláusula compromissória.

A vontade grupal nunca é expressa, mas inferida com base nas circunstâncias de negociação e execução do contrato. Por essa razão, a Teoria dos Grupos de Sociedade irrompe como instrumento de ampliação da incidência da cláusula compromissória para além dos seus limites iniciais, subordinados aos contrato litigioso.

Pela análise de precedentes emblemáticos, concluímos que são duas possíveis formas de manusear a Teoria dos Grupos de Sociedade para integrar não signatários da convenção de arbitragem ao procedimento arbitral: aprioristicamente, operando a extensão a partir da simples verificação da existência do agrupamento; ou com mais rigor metodológico, baseando-se na análise do comportamento do não signatário grupado no âmbito da celebração do contrato e perfazimento do seu objeto.

A primeira omite por completo o consentimento, dissimulando a própria natureza da arbitragem. É, na prática, atalho para elidir o raciocínio jurídico rigoroso, o que, como mencionamos, pode ser extremamente pernicioso para a integridade da arbitragem, mais do que qualquer restrição *pro forma* da jurisdição do árbitro.

A segunda, por outro lado, embora condizente com todas as conclusões expostas até o momento, demonstra, em uma análise profundada, que os árbitros não argumentam a extensão

subjativa da cláusula compromissória com apoio na organização societária e diretiva da sociedade contratante, mas na verificação do denominado comportamento concludente.

Portanto, o racional por trás da inclusão de terceiros não signatários na arbitragem com base na Teoria dos Grupos de Sociedade, desde seu concebimento, em nada difere da consumada doutrina da boa-fé objetiva ou *estoppel*.

Finalmente, então, concluímos pela necessidade de ressignificação da Teoria dos Grupos de Sociedade na arbitragem. Apesar de ser referida na doutrina como técnica jurídica para expansão dos limites subjetivos da cláusula compromissória, o caminho para o aumento da incidência subjativa da arbitragem será sempre e somente o consentimento.

A Teoria dos Grupos de Sociedade é então, um indício de consentimento tácito, tanto quanto a forma escrita é prova do consentimento expresso. Na arbitragem, o consentimento é como o eixo de uma engrenagem, movendo e alinhando todos os outros componentes subjetivos em perfeita sintonia. Apenas o consentimento pode determinar quem será parte no procedimento arbitral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBUD, André de Carvalho Albuquerque Cavalcanti. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. São Paulo: Atlas, 2008, p. 143, *In*: JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da Cláusula Compromissória na Arbitragem Comercial Internacional**: o caso dos grupos societários. *op.cit*, p.108.

ALVIM, J.E. Carreira. **Tratado Geral de Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 332.

ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedades**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2002.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. *In*: **Revista do Advogado**. Associação dos Advogados de São Paulo, julho de 2012, n. 116, p. 183.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 126.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Cláusula compromissória e compromisso**. 1986, p. 31.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, p.191.

BÉLGICA. **Belgian Judicial Code**, reforma de 2013. Disponível em: [http://www.arbiter.com.sg/pdf/laws/Belgian%20Judicial%20Code%20Provisions%20\(2013\).pdf](http://www.arbiter.com.sg/pdf/laws/Belgian%20Judicial%20Code%20Provisions%20(2013).pdf). Acesso em: nov. de 2023.

BLACKABY, Nigel. *et. al.* **Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009. Disponível em: https://law.fudan.edu.cn/_upload/article/files/77/16/8ff0afe240e99a627fc2b2dfcac5/b4b6dd2d-19a1-4fc2-8690-3857d32b5cd7.pdf. Acesso em: jan. de 2024.

BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**: International Arbitration Agreements. 2. ed. [The Hague]: Kluwer Law International, 2014. 3 v. p. 3.

BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho; BENETTI, Giovana Valentiniano. O consensualismo como fundamento da arbitragem e os impasses decorrentes do dissenso. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 2, p. 303-341, mar.-abr./2014.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. **Lei n. 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: jul. de 2023.

BREKOULAKIS, Stavros. **Third parties in international commercial arbitration**. Nova Iorque: Oxford, 2010. p. 3.

BREKOULAKIS, Stavros. Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality. *In*: BREKOULAKIS, Stavros; LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A. (Ed.). **The Evolution and Future of International Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2016. p. 127-128.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 166.

CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 21/2003, p. 339-386, jul.-set./2003.

CARDOSO, Paula Butti. **Limites subjetivos da cláusula compromissória**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Acesso em: abr. de 2024.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 100.

CLAY, Thomas. A Extensão da Cláusula Compromissória às Partes não Contratantes (Fora Grupos de Contratos e Grupos de Sociedades/Empresas). **Revista Brasileira de Arbitragem**. 2005, 74 ss., p. 76.

COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. 1976, p. 93.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**, Ed. RT, 1978, p. 205.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Direito dos Grupos e a Concentração das Empresas**. Ed. Universitária, 1975, pp. 83/84.

COOKE, Elizabeth. **The Modern Law of Estoppel** 2, 1st ed., 2000 *apud* BORN, Gary. *op. cit.*, 2014. p. 1473.

COSTA, Nilton César Antunes. **Poderes do Árbitro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2002, p. 31.

DERAINS, Yves. International Commercial Arbitration in Civil Law Countries. *In*: Pieter Sanders (ed.), **Arbitration in Settlement of International Commercial Disputes Involving the Far East and Arbitration in Combined Transportation**, ICCA Congress Series, v. 4, Kluwer Law International, 1989, p. 230.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 94.

ESPANHA. **Lei de Arbitragem**, 2003. Disponível em: <https://klawerlawonline.com/journalarticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/1.2/RBA2004020>. Acesso em: dez. de 2023.

FICHTNER, José Antonio. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FINKELSTEIN, Cláudio. A Questão da Arbitrabilidade *In Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 13, São Paulo, IOB, 2007, p.30.

FOUCHARD, Philippe *et. al.* **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 194.

FRANÇA. **Código Processual Civil Francês**. Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4715F15B86C483E160CEF620354A1085.tpdila24v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20140702. Acesso em: nov. de 2023.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 2008. p. 56.

HADDEN, Tom. **Company Law and Capitalism**. London: Weidenfield and Nicolson. 1977. 2 ed. p. 87.

HANOTIAU, Bernard. **Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties, issues – *op.cit.***, p. 259.

INGLATERRA. **Arbitration Act 1996**. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>. Acesso em: nov. de 2023.

VIO, Daniel de Avila. **Ensaio sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.183.

JABARDO, Cristiane Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. 2009, 6 f. Tese (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan. **Comparative international commercial arbitration**. The Hague: Kluwer, 2003. p. 81.

LOBO, Jorge. Direito dos grupos de sociedade. *Revista do Ministério Público*. 1999, p. 109.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Arbitragem internacional privada**. 1986. p. 21.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado: sistema de tópica no processo obrigacional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 448.

MELO, Leonardo Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades na prática CCI. **Revista de arbitragem e mediação**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 36, jan.-mar. 2013, p. 261.

MISTELIS, Lukas. **International Arbitration – Corporate Attitudes and Practices**. 12 Perceptions tested: Myths, Data and Analysis.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Arbitragem e Grupos de Sociedades. In: **Arbitragem institucional: 12 anos da Lei nº 9.307/1996**. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

NALIN, Paulo; HASSON, Felipe. Existência e validade da cláusula compromissória não escrita: interpretação extensiva do artigo 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem, à luz do direito brasileiro e comparado. *In* João Bosco Lee Daniel de Andrade Levy (eds), **Revista Brasileira de Arbitragem**, (Kluwer Law International 2017, Volume XIV Issue 55) p. 31.

- NOVA ZELÂNDIA. **Arbitration Act 1996**. Disponível em: <https://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/DLM403277.html>. Acesso em: nov. de 2023.
- NUNES PINTO, José Emilio. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. Revista de Mediação e Arbitragem, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 4, ano 2, 2005.
- PEREIRA, da Silva Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III, ed. 24. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 19.
- PERU, **Decreto Legislativo nº 1.071**, que norma el Arbitraje, vigente desde el 1 de septiembre de 2008. Disponível em: <https://www.gob.pe/institucion/osce/normas-legales/308659-1071>. Acesso em: fev. de 2024.
- REPÚBLICA DO BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Revogado). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: set. de 2023.
- RODRIGUES, Silvio. **Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.3, p. 97.
- ROZAS, José Carlos Fernández. TUELLS, Evelio Verdura. Arbitraje: **Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones**. vol. I. Madrid: IproLex, 2008. pp. 15-21.
- SCALETISKY, Fernanda Sirotsky. O consensualismo e a arbitragem comercial. 1. ed. Curitiba: Brazil Publishing: 2019.
- ESCÓCIA. **Arbitration Act 2010**. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/asp/2010/1/contents>. Acesso em: out. de 23.
- SIQUEIRA DE OLIVEIRA, Inaê. **Transmissão da cláusula compromissória**. São Paulo, 2021. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.
- STEINGRUBER, Andrea Marco. **Notion, Nature and Extent of Consent in International Arbitration**. Londres: Queen Mary, University of London, 2009.
- SUÉCIA. **Sweden Arbitration Act 1999**. Disponível em: https://scarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/the-swedish-arbitration-act_1march2019_eng-2.pdf. Acesso em: dez. de 2023.
- SUIÇA. **Federal Act on Private International Law, 1987**. Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en. Acesso em: dez. de 2023.
- TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 100, 2011, p. 10.
- TEUBNER, Gunther. Unitas Multiplex: a organização do grupo de empresas como exemplo. **Revista Direito GV**. v.1, n. 2, pp. 77-110, jun./dez. 2005. p. 97.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. **Revista do Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 373, out/dez. 2001.

UNCITRAL. Working Grp. 11 (Arbitration), **Uniform Rules on Certain Issues Concerning Settlement of Commercial Disputes**: Conciliation, Interim Measures of Protection, Written Form for Arbitration Agreement, Report of the Secretary General, 7, U.N. Doc. A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 (Jan. 26, 2000) [hereinafter SG Report].

UNCITRAL. **Model Law on Electronic Commerce and the 2005 United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts**. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf. Acesso em: out. de 2023.

VOSER, Nathalie. Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties *In* BERG, Albert Jan van den (ed.), **50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference**, ICCA Congress Series, v. 14, Kluwer Law International. 2009.p. 350.

WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. **Revista do IASP**, São Paulo: RT, v. 23, p. 22 e ss., jan.-jun. 2009.

WEDERBURN, Multinational and the Antiquities of Company Law, Mod.Lr (1983), p. 320.

XAVIER, Rafael Branco. A desconsideração na arbitragem? O consentimento atrás do véu, *In*: João Bosco Lee and Flavia Foz Mange (eds), **Revista Brasileira de Arbitragem**. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2020, Volume XVII Issue 66, p. 37.

JURISPRUDÊNCIAS CITADAS

Supremo Tribunal Federal

STF. SEC 5.206 – AgR. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julg. em 12.12.2001

AgRg na SE 5.207-7, DJU 19.12.2001.

Superior Tribunal de Justiça

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC nº 866. Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial. Julgado em: 17/05/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC nº 6.335. Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial. Julgado em: 12/04/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: mai. de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC nº 967. Rel. Min. José Delgado, Corte Especial. Julgado em: 15/02/2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. SEC nº 978, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial. Julgado em: 17/12/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: out. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.569.422/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Corte Especial. Julgado em: 26/04/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: mai. de 2024.

REsp nº 1.818.982/MS, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 4/2/2020, DJe de 6/2/2020.

REsp nº 1.988.894/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 15/5/2023.

Súmula 5, Corte Especial, julgado em 10/05/1990, DJ 21/05/1990, p.4407.

Súmula 7, Corte Especial, julgado em 28/06/1990, DJ 03/07/1990, p.6478.

Tribunal de Justiça de São Paulo

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível Contestada nº 2674504/6-00, Sétima Câmara de direito privado. Relatora: Constança Gonzaga. Julgado em 24 maio 2006.

International Chamber of Commerce

ICC Case No. 2321 (1974), Two Israeli companies v. Government of an African State, I YBCA 133 (1976).

ICC Case No. 5730. Claimant v. Respondent, Final Award, *In*: PARK, William. **Non-Signatories and International Contracts: an Arbitrator's Dilemma.** *In*: Multiple Parties in International Arbitration. Oxford: 2009.

ICC case No. 4131 (1982). **The Dow Chemical Company and Others v. Isover Saint Gobain**, Interim Award, *In*: Pieter Sanders (ed.), Yearbook Commercial Arbitration 1984-Volume IX ICCA & Kluwer Law International, 131, 136-137.

Corte Estadunidense

United States Court of Appeals, Second Circuit. Deloitte Neraudit A/S v Deloitte Haskins & Sells. 9 F.3d 1960. 1993.

Corte Francesa

France - 09 November 1993 - France, Cour de cassation - Société Bomar Oil N.V. v. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)/91-15.194. Disponível em: https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=138. Acesso em: fev. de 2024.

Sociedade de Árbitros Marítimos

Map Tankers, Inc v. MOBIL Tankers, Ltd, (Partial Final Award), SMA Case No. 1510, 28 November 1980.