

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL

THAÍS PERINOTTO CORTES

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO FUNDAMENTO
PARA A VINCULAÇÃO DE TERCEIROS AO PROCEDIMENTO ARBITRAL**

São Paulo

2021

THAÍS PERINOTTO CORTES
NÚMERO USP: 10339793

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO FUNDAMENTO
PARA A VINCULAÇÃO DE TERCEIROS AO PROCEDIMENTO ARBITRAL**

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos termos do Edital CG-FD n.º 01/2020 para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Paulo De Crescenzo Marino

São Paulo
2021

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho aos meus pais e ao meu irmão, pela companhia diária e pelo apoio constante. Também a toda minha família, por sempre celebrarem minhas conquistas – e principalmente ao meu avô, por ter me inspirado desde pequena a seguir no ramo do Direito.

Agradeço também aos amigos com quem convivi durante a faculdade, em especial Giulia Cavallieri, Fernando Benites, André Pignatari, Daniel Gavranic, Gustavo Guega, Bruno Blum, Nicolas Dutra e Lucas Dias, por tornarem mais acolhedora e divertida a experiência nas Arcadas.

Aos amigos da escola, Thaís Abreu, Danyella Marques, Marina Morata, Pedro Moya, Raquel Kim e Nicollas Gerardi, por se fazerem presentes até hoje e por terem me acompanhado em momentos tão importantes.

Aos que conheci no intercâmbio, Alina, Beatrice, Martina, Nelly e Raquel, por me ensinarem que as conexões verdadeiras ultrapassam fronteiras.

Ao Professor Marcelo Vieira von Adamek e ao colega André Nunes Conti, pela inspiração e ensinamentos diários.

Agradeço, por fim, ao Professor Francisco Marino, quem tanto me incentivou ao longo da graduação e por quem tenho inestimável admiração. E a minha chefe e amiga, Ana Paula Mageste, por ter me introduzido ao tema que escolhi estudar e me ensinado muito do que sei.

RESUMO

Esta tese busca analisar a doutrina e a jurisprudência acerca da possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica como fundamento para a vinculação ao procedimento arbitral de terceiros não signatários da convenção de arbitragem. Procura-se examinar em que medida os argumentos levantados pelos autores e pelos julgados sobre o tema permitiriam concluir se os requisitos legais para incidência da desconsideração da personalidade jurídica poderiam ou não funcionar como elementos para aferição do consentimento tácito com relação à arbitragem. Após breve estudo sobre as origens e características da técnica da desconsideração, a tese buscou sistematizar os argumentos contrários e favoráveis ao manejo da desconsideração pelos árbitros. Dessa análise, verificou-se que os fundamentos elencados pelos autores se pautam majoritariamente nos limites subjetivos da convenção de arbitragem e na diferenciação entre a técnica da desconsideração da personalidade jurídica e os modos de aferição do consentimento com relação ao procedimento arbitral. Na sequência, realizada a ponderação entre os argumentos favoráveis e contrários à aplicação da desconsideração como fundamento para vinculação de terceiros não signatários ao procedimento arbitral, conclui-se que a técnica não é capaz, por si só e em abstrato, de funcionar como elemento a partir do qual seja possível depreender a manifestação de vontade com relação à arbitragem. Contudo, diante das possibilidades de utilização da instância judicial para invocação da desconsideração, em complemento à arbitragem, verifica-se que o âmbito delimitado de aplicação dessa técnica pra atingimento de terceiros no procedimento arbitral não prejudica a efetividade da arbitragem, mesmo diante de conflitos que demandem o manejo da desconsideração para que se atinja solução satisfatória.

Palavras-chave: desconsideração da personalidade jurídica; arbitragem; consentimento; vinculação de terceiros não signatários.

ABSTRACT

This thesis addresses an analysis of the doctrine and the jurisprudence regarding the possibility of applying the disregard of the legal entity doctrine as a basis for integration to an arbitral procedure of non-signatory third parties. The thesis seeks to examine the extent to which the arguments raised by the authors and the judges would allow to conclude whether the legal requirements for the application of the piercing the corporate veil doctrine could or could not function as elements for the assessment of the tacit consent in relation to arbitration. After a brief study on the origins and characteristics of the disregard technique, the thesis sought to systematize the arguments contrary to and in favor of the management of this technique by the arbitrators. From this analysis, it was found that the arguments listed by the authors were mainly about the subjective limits of the arbitration agreement and about the differentiation between the technique of disregarding the legal personality and the ways of measuring consent in relation to the arbitral procedure. As a result, considering the arguments in favor and against the application of the disregard doctrine as a basis for binding non-signatory third parties to an arbitral procedure, it is possible to conclude that the technique is not capable, by itself and in abstract, to act as an element from which it is possible to derive the expression of consent in relation to arbitration. However, in view of the possibilities of turning to the judicial courts to invoke the disregard doctrine, in addition to the arbitration procedure, it is verified that the limited scope of application of this technique to reach third parties in the arbitration does not affect the effectiveness of arbitration as a method, even in face of conflicts that demand the handling of the disregard doctrine to achieve a satisfactory solution.

Keywords: disregard of the legal entity doctrine; arbitration; consent; *joinder* of non-signatory third parties.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	parágrafo
§§	parágrafos
art.	artigo
arts.	artigos
atual.	atualizador(a)/atualizadores/atualização
CC	Código Civil de 2002
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CDC	Código de Defesa do Consumidor
cf.	conferir
CPC	Código de Processo Civil de 2015
coord.	coordenador/coordenadora/coordenadores/coordenação
Des.	Desembargador/Desembargadora
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
j.	julgado
Min.	Ministro/Ministra
m.v.	maioria votante
n.º	número
p.	página
rel.	relator
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SEC	sentença estrangeira contestada
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

v.	volume
vs.	<i>versus</i>
v.u.	votação unânime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	12
1.1. Considerações iniciais sobre a personificação e as pessoas jurídicas	12
1.2. A desconsideração da personalidade jurídica e seus efeitos	14
1.3. Requisitos para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica	20
1.3.1. A perspectiva doutrinária	20
1.3.2. O desenvolvimento jurisprudencial	25
1.4. A positivação do tema	27
1.4.1. A disciplina legal da desconsideração da personalidade jurídica	27
1.4.2. As alterações implementadas pela Lei da Liberdade Econômica	31
2. A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ARBITRAGEM	34
2.1. O consentimento e a vinculação à arbitragem	36
2.2. As posições da doutrina nacional	43
2.2.1. Rejeição da desconsideração da personalidade jurídica como fundamento para inclusão de terceiros no procedimento	44
2.2.1.1. Os limites subjetivos da convenção de arbitragem	44
2.2.1.2. Os limites objetivos da convenção de arbitragem	49
2.2.1.3. Os requisitos formais da convenção de arbitragem e da manifestação do consentimento	52
2.2.1.4. Distinção entre a desconsideração e as teorias que fundamentam a vinculação de terceiros à arbitragem	54
2.2.2. Admissão do manejo da desconsideração da personalidade jurídica pelos árbitros para inclusão de terceiros no procedimento	60
2.2.2.1. O enfoque na realidade prática e nos modos de aferição do consentimento à arbitragem	61

2.2.2.2. Desconsideração enquanto matéria inserida na jurisdição dos árbitros	70
2.2.2.3. Desconsideração como técnica sancionatória independente do consentimento	76
2.2.3. Conclusão quanto às perspectivas doutrinárias	77
2.3. Análise dos critérios empregados na jurisprudência.....	84
2.3.1. Desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem	85
2.3.1.1. O caso <i>Continental vs. Serpal</i>	86
2.3.1.2. O caso <i>Newedge vs. Garcia</i>	96
2.3.1.3. Outros casos	98
2.3.2. Extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a terceiros não signatários	100
2.3.3. Conclusão quanto aos critérios jurisprudenciais	107
3. A EFETIVIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	110
3.1. Necessária delimitação de competências entre as esferas arbitral e estatal ...	110
3.2. A conciliação entre os limites da esfera arbitral e a realidade prática	113
3.2.1. Possibilidade de dedução da demanda em processo judicial autônomo de conhecimento.....	114
3.2.2. Invocação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no cumprimento da sentença arbitral proferida	118
CONCLUSÃO.....	126
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	129
JULGADOS CITADOS	134

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca examinar a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em procedimento arbitral como fundamento para a inclusão de um terceiro que não integra originalmente a lide, por não ser signatário da convenção de arbitragem.

Essa questão surge diante do fato de que a desconsideração da personalidade jurídica se configura como técnica que, por meio de sua função precípua de coibir a utilização disfuncional da pessoa jurídica, busca atingir bens de terceiros que dela se utilizaram de forma abusiva.¹ Entretanto, a presente dissertação não objetiva analisar a possibilidade de manejo da desconsideração pelos árbitros para atingir sujeitos que, embora sejam terceiros na relação jurídica de direito material, já figuram como parte no procedimento arbitral, por serem signatários da convenção de arbitragem.

Pretende-se, em realidade, verificar se é possível que os árbitros decidam sobre um pedido de desconsideração da personalidade jurídica que busque atingir terceiro não signatário da convenção de arbitragem e que, portanto, ainda não é parte do procedimento arbitral.

A questão ganha relevância na medida em que, para que os árbitros possam decidir sobre a esfera patrimonial desses sujeitos, seria necessária sua integração ao contraditório, sob pena de violação ao devido processo legal. Por outro lado, para que um terceiro não signatário que não manifestou sua vontade possa ingressar no procedimento arbitral, é necessária a verificação sobre se estaria caracterizado de alguma forma o seu consentimento tácito.

Assim é que surge a necessidade de verificar se os requisitos para a aplicação da técnica da desconsideração serviriam também como critérios para aferição do consentimento com relação à arbitragem. Surge também a importância do exame sobre como conciliar eventual conclusão sobre a delimitação da jurisdição dos árbitros para o manejo dessa técnica com a efetividade do procedimento arbitral enquanto método de resolução de disputas, na medida em que a desconsideração é medida que costuma aparecer em muitos casos práticos.

A temática envolve, dentro outros pontos, a análise acerca da jurisdição dos árbitros sobre eventual pedido de desconsideração formulado por uma das partes e que vise atingir terceiro não signatário, bem como o exame sobre a possibilidade de a desconsideração da personalidade

¹ Conforme explica Roberta Dias Tarpinian de Castro, “[o] sócio é terceiro em relação à dívida cobrada da pessoa jurídica, mas poderá ter seus bens respondendo por essa dívida”, de modo que se configura, no caso de procedência do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a responsabilidade patrimonial secundária do sócio atingido pela medida (CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica*: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 150).

jurídica servir como fundamento para extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a esse terceiro.²

Relaciona-se, ainda, a discussões sobre a possibilidade de inclusão de um terceiro no curso de um procedimento arbitral e sobre a necessidade de verificação do preenchimento dos requisitos da desconsideração da personalidade jurídica para que esse sujeito seja responsabilizado patrimonialmente. Portanto, em síntese, a questão se resume a saber se podem os árbitros, com fundamento na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, determinar a inclusão de um terceiro no procedimento para que se possibilite o atingimento de seus bens, caso verifiquem se tratar de hipótese de incidência da técnica.

Em busca pela resposta ao questionamento acima elencado e por uma abordagem que analise as principais problemáticas a ele relacionadas, o trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro deles busca introduzir brevemente o tema da desconsideração da personalidade jurídica, passando pela descrição da técnica e de seus objetivos, bem como pelos desenvolvimentos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos sobre o assunto no Direito brasileiro.

Já o segundo capítulo, destina-se a à exposição dos diversos argumentos da doutrina nacional e dos critérios fixados na jurisprudência relacionados ao objeto do presente trabalho, bem como à sistematização dos resultados, à ponderação sobre os argumentos expostos e às conclusões sobre o nosso posicionamento. Por fim, no terceiro capítulo, serão exploradas as alternativas existentes para que se possa conciliar, de um lado, a possibilidade delimitada de aplicação da desconsideração na arbitragem e, de outro, a necessidade de combate a fraudes e abusos de direito.

² Necessário mencionar, desde já, que muitas críticas são levantadas ao termo “extensão” da convenção de arbitragem, sendo que o mais adequado é que se fale em extensão da eficácia da convenção de arbitragem ou na “verificação da ‘abrangência subjetiva horizontal e vertical da convenção de arbitragem’” (XAVIER, Rafael Branco. A Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 66, p. 35-66, abr./jun. 2020, aqui p. 52).

1. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como ponto de partida, o presente capítulo destina-se à análise sobre as principais características da desconsideração da personalidade jurídica, passando por considerações iniciais acerca da personificação (item 1.1), pela função da técnica da desconsideração e seus efeitos (item 1.2), pelos requisitos para sua aplicação, com destaque para os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre assunto (item 1.3) e, por fim, pelo desenvolvimento do tema na legislação, abordando a disciplina material e processual da técnica (item 1.4).

1.1. Considerações iniciais sobre a personificação e as pessoas jurídicas

A atribuição da personalidade jurídica a determinadas organizações funciona como modo por meio do qual o ordenamento concentra direitos e responsabilidades em um ente dotado de capacidade jurídica, resultando na criação de um “centro de interesses autônomos”, distinto dos membros que lhe constituem.³

O reconhecimento da personalidade jurídica tem como principal decorrência o princípio da autonomia patrimonial, sendo visto como técnica de separação entre a esfera do patrimônio da pessoa jurídica e a de seus integrantes, justamente para que este patrimônio apartado fique vinculado aos direitos e obrigações assumidos pelo ente personificado no exercício dos fins perseguidos pela pessoa jurídica.⁴⁻⁵

O caráter histórico e relativo da pessoa jurídica pode ser evidenciado pelas diversas construções teóricas as quais versaram sobre o tema da personalidade jurídica.⁶ A menção aos

³ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 66-67; SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73.

⁴ “Explica Comparato que a constituição de sociedades personificadas apresenta por *causa* a necessidade de separação patrimonial, isto é, a constituição de um patrimônio autônomo, cujos elementos não se confundem com a esfera patrimonial dos sócios; sendo essa autonomia um instrumento para a consecução do objetivo social, que só se sustenta pela permanência desse escopo e pela possibilidade de sua realização, assim, enquanto os próprios sócios não a corromperem.” (SCALZILLI, João Pedro. *Confusão Patrimonial no Direito Societário e no Direito Falimentar*. 2ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Almedina, 2020, p. 79-80). No mesmo sentido: SZTAJN, Rachel. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, vol. 3, p. 1.239-1.261, out./2010. Publicado originalmente em: RT 762/81, abr./1999, aqui p. 6 do pdf; KOURY, *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, op. cit., p. 12-13.

⁵ Necessário destacar que a autonomia patrimonial não se confunde com a limitação ou não de responsabilidade dos sócios, pois esse último aspecto depende do tipo societário adotado pela pessoa jurídica. (PRADO, Viviane Muller; DECACCHE, Antonio. *Arbitragem e Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f5496252609c43eb>. Acesso em: 25/07/2021, aqui p. 6 do pdf; GANACIN, João Cánovas Bottazzo. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. Coleção Liebman - Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 32-33).

⁶ Destacando o caráter histórico e relativo das discussões sobre a desconsideração da personalidade jurídica, Suzy Elizabeth Koury menciona que “toda e qualquer teoria abstrata da pessoa jurídica não está imune a

principais desses desenvolvimentos, sem pretensão exaustiva, é capaz de evidenciar que se trata de assunto que rendeu diversas discussões doutrinárias.

Inicialmente, destaca-se a teoria da ficção, atribuída a Savigny, quem cunhou o termo “pessoa jurídica”,⁷ o qual definia como uma ficção do direito que reconheceria a existência de um sujeito de relações jurídicas diverso das pessoas físicas e dotado de capacidade patrimonial.⁸ Referida concepção é apontada como seguida pelo legislador brasileiro de 1916 ao diferenciar as pessoas físicas das jurídicas.⁹

Em contraposição, Otto von Gierke sustentou a teoria orgânica ou do realismo, concebendo o fenômeno associativo como realidade social com pluralidade de componentes e dotada de vontade própria, distinta daquela de seus integrantes, voltada à consecução de seus próprios fins.¹⁰

Distinguem-se, ainda, a teoria do patrimônio de afetação, a qual considera a pessoa jurídica simplesmente como um patrimônio destinado a um determinado fim,¹¹ a teoria individualista de Jhering – quem colocou a personalidade jurídica como modo de apresentar interesses juridicamente protegidos no âmbito das ações judiciais, mas sustentava que os verdadeiros titulares do direito subjetivo perseguido seriam as pessoas naturais que compunham o ente coletivo¹² – e a teoria institucionalista, a qual vê nas pessoas jurídicas a caracterização de instituições formadas pela combinação da vontade de diversos sujeitos e destinadas à consecução de um certo escopo.¹³

No Brasil, além dos desenvolvimentos que serão tratados no item seguinte, destaca-se a obra de José Lamartine Corrêa de Oliveira, datada de 1979. O autor estudou a conceituação da pessoa jurídica, defendendo “concepção ontológico-institucionalista”, segundo a qual se trataria de uma “realidade permanente, individual, completa, incomunicável fonte de atividade

condicionamentos históricos e influências resultantes da realidade social dominante, razão pela qual deve-se analisar o seu processo de formação e significado verdadeiro em relação às situações que as determinaram” (KOURY, *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, op. cit., p. 6).

⁷ CORDEIRO, António Menezes. *O Levantamento da Personalidade Colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 20-21.

⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário: Eficácia e sustentabilidade*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 413; CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no direito civil e comercial*, op. cit., p. 39.

⁹ SZTAJN, Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, op. cit., aqui p. 2-3 do pdf.

¹⁰ SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário: Eficácia e sustentabilidade*, op. cit., p. 416-417; SZTAJN, Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, op. cit., aqui p. 4 do pdf.

¹¹ SZTAJN, Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, op. cit., aqui p. 4 do pdf.

¹² CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no direito civil e comercial*, op. cit., p. 48.

¹³ SZTAJN, Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, op. cit., aqui p. 5 do pdf.

consciente e livre, realidade distinta”.¹⁴ Lamartine expôs, ainda, o que chamou de dupla crise da personalidade jurídica, caracterizada pelos problemas no reconhecimento desses agrupamentos sociais como pessoas de direito e pela denominada crise de função.¹⁵

Analizada a personalidade jurídica enquanto construção histórica com relevante influência prática no exercício da atividade empresarial, necessário notar que pode ocorrer a utilização anormal desse ente dotado de personalidade jurídica. Nesse contexto, surge a técnica da desconsideração da personalidade jurídica, voltada a coibir abusos.

1.2. A desconsideração da personalidade jurídica e seus efeitos

Um primeiro aspecto relevante refere-se à finalidade da desconsideração da personalidade jurídica. A técnica surge diante do desvio de função da personalidade jurídica, quando a utilização desse ente personificado se dá de modo conflitante com os objetivos tutelados pelo ordenamento jurídico e com os fins para os quais foi criada.¹⁶

A desconsideração surgiria, portanto, como instrumento para combate da utilização da pessoa jurídica para propósitos “egoísticos e sequer tomados em consideração pelo direito ao modelar as sociedades personificadas”.¹⁷ Nessas circunstâncias, afasta-se, no caso concreto, a separação patrimonial e a distinção subjetiva que existe entre os sócios e as pessoas jurídicas,¹⁸

¹⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da personalidade jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 46, p. 119-149, 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14977/10029>. Acesso em: 18/09/2021, aqui p. 128.

¹⁵ A descrição da dupla crise identificada por Lamartine é bem sintetizada por Viviane Muller Prado e Antonio Decacche, nos seguintes termos: “A crise de sistema revela-se na existência de uma série de entes não dotados de personalidade jurídica, tais como sociedade ou associação irregular, condomínio, massa falida, espólio e herança jacente. Em vista disto, a noção *numerus clausus* de pessoas jurídicas no nosso sistema deixa de abranger uma série de entes e organizações que tem capacidade jurídica parcial sem serem personificadas e consideradas pessoas para o ordenamento jurídico. Já a crise de função da pessoa jurídica refere-se a situações de desconsideração da personalidade jurídica, nas quais há desvirtuamento funcional do instituto, que pode ser utilizado de forma abusiva ou para fraudar a lei ou terceiros.” (PRADO; DECCACHE, *Arbitragem e Desconsideração da Personalidade Jurídica*, op. cit., aqui p. 10-11 do pdf).

¹⁶ Desde a obra de Serick, aponta-se o exercício disfuncional da personalidade jurídica, em contraste com as finalidades positivadas pelo ordenamento, como o pressuposto para a desconsideração. Nos termos defendidos pelo autor: “[n]ei casi di abuso della persona giuridica la giustificazione per il disconoscimento della sua forma è data dal fatto che con essa si perseguono scopi in contrasto con l’ordinamento giuridico. La persona giuridica si muove, cioè, in un ambito nel quale essa non merita alcuna tutela.” (SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Traduzione di Marco Vitale. Milano, Giuffrè, 1966, p. 281). No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 68-69; ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. *Teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Soluções Práticas – Arruda Alvim*, vol. 3, p. 133-186, ago./2011, aqui p. 14 do pdf; KOURY, *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, op. cit., p. 198.

¹⁷ JUSTEN FILHO, *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, op. cit., p. 92-93.

¹⁸ KOURY, *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, op. cit., p. 68.

possibilitando que “os efeitos de obrigações sejam estendidos sobre o patrimônio dos beneficiados pelo abuso de personalidade”.¹⁹

A noção de desvio de função também está associada ao aspecto do abuso de direito, o qual costuma ser invocado como fundamento para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.²⁰ Assim, a importância da técnica da desconsideração está na formulação de um instrumento jurídico destinado à repressão do uso abusivo e disfuncional da personalidade jurídica.²¹

Destacada a função da desconsideração da personalidade jurídica, necessário debruçar-se sobre a sua definição enquanto técnica, a qual se caracteriza como variável ao longo do tempo, como decorrência do próprio fato de que a noção de pessoa jurídica também variou.²²

Na Europa, a problemática acerca da desconsideração teria surgido já em 1892, após a criação das sociedades por quotas pelo legislador alemão. Nos Estados Unidos, por sua vez, a questão surgiu no final do século XVIII.²³ Já quanto às teorias que admitiam a desconsideração da personalidade jurídica, seu desenvolvimento deu-se no século XX, sendo que passaram a ganhar força com a publicação do trabalho de Rolf Serick – intitulado *Rechtsform und Realität juristischer Personen*²⁴ –, em 1955.

Rolf Serick definiu a desconsideração da personalidade jurídica como um “conceito técnico específico, contraposto e excepcional com relação ao princípio da separação patrimonial”,²⁵ buscando distinguir quais seriam os critérios para a aplicação da técnica em casos de abusos ou fraudes, a partir do exame da jurisprudência alemã e norte-americana.

Ao fim de sua obra, enuncia quatro princípios que sintetizam as conclusões obtidas. Interessa para o presente trabalho principalmente a conclusão de que o abuso da personalidade jurídica – caracterizado quando, por meio da pessoa jurídica, busca-se burlar uma disposição

¹⁹ XAVIER, Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 39.

²⁰ KOURY, *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, op. cit., p. 69.

²¹ JUSTEN FILHO, *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, op. cit., p. 151; ALVIM NETTO, *Teoria da desconsideração da pessoa jurídica*, op. cit., aqui p. 14 do pdf.

²² JUSTEN FILHO, *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, op. cit., p. 65; KOURY, *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, op. cit., p. 199.

²³ CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no direito civil e comercial*, op. cit., p. 103-108.

²⁴ A obra foi traduzida para o italiano em 1966, por Marco Vitale, sob o título “Forma e realtà dela persona giuridica”, sendo que esta foi a versão consultada para o presente trabalho.

²⁵ SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário: Eficácia e sustentabilidade*, op. cit., p. 354.

legal, esquivar-se de uma obrigação contratualmente assumida ou prejudicar fraudulentamente terceiros – autorizaria a aplicação pelo juiz da desconsideração da personalidade jurídica.²⁶

Ademais, nota-se que o autor defendeu a teoria unitarista, a qual “vê na personalidade jurídica um fenômeno unitário, ou seja, a regra, e na sua desconsideração, a exceção”.²⁷ Como contraposição, a teoria dos centros de imputação, dominante na Alemanha e desenvolvida a partir da obra de Müller-Freienfels, em 1957, nega que a personificação jurídica e a desconsideração configurem fenômeno unitário, de modo que a observância à separação patrimonial “depende da análise da situação concreta e da verificação do objetivo do legislador ao impor uma determinada disciplina”.²⁸

No Brasil, o tema ganhou espaço no final da década de 60, sendo que os grandes desenvolvimentos doutrinários sobre o assunto são anteriores ao atual Código Civil, mas influenciaram referido diploma legal, bem como a jurisprudência e a doutrina mais recentes.

Rubens Requião é considerado pioneiro na análise do assunto, após conferência datada de 1969 e realizada na Universidade Federal do Paraná, sob o título de “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*)”. Inspirado na obra de Serick e de Piero Verrucoli, seu estudo sustentou a adequação da técnica da desconsideração ao cenário

²⁶ No original, os quatro princípios conclusivos de Serick são enunciados da seguinte forma: (i) “Se si abusa della forma della persona giuridica il giudice può, al fine di impedire che venga raggiunto lo scopo illecito perseguito, non rispettare tale forma, allontanandosi quindi dal principio della netta distinzione tra socio e persona giuridica. Esiste abuso quando, attraverso lo strumento della persona giuridica, si cerca di eludere una legge o di sottrarsi ad obbligazioni contrattuali o di danneggiare fraudolentemente dei terzi. Non si può giustificare il disconoscimento della persona giuridica appellandosi all’esigenza della tutela della buona fede se non nella mistura in cui esista un abuso nel senso sopra specificato.” (SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, op. cit., p. 275-276); (ii) “Non è possibile disconoscere l’autonomia soggettiva della persona giuridica, solo perchè, altrimenti, non si realizzerebbe lo scopo di una norma o la causa oggettiva di un negozio giuridico. Questo principio può, però, ammettere eccezioni di fronte a norme di diritto societario la cui funzione è tanto fondamentale da non ammettere una, neppure indiretta, limitazione della propria efficacia” (Ibid., p. 281); (iii) “Anche norme basate su attributi o capacità o valori umani possono trovare applicazione nei confronti di una persona giuridica, quando non vi sia contraddizione tra lo scopo di queste norme e la funzione della persona giuridica. In questo caso, se necessario, è possibile, per determinare i presupposti normativi, far riferimento alle persone fisiche che agiscono attraverso la persona giuridica.” (Ibid., p. 287); e (iv) “Se attraverso la forma della persona giuridica si cela il fatto che le parti di un determinato negozio sono, in realtà, lo stesso soggetto, è possibile disconoscere l’autonomia soggettiva della persona giuridica, quando si deve applicare una norma basata sulla effettiva e non anche sulla solamente giuridico formale differenziazione o identità delle parti del negozio giuridico.” (Ibid., p. 292-293).

²⁷ SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário*: Eficácia e sustentabilidade, op. cit., p. 356.

²⁸ Ibid., p. 364.

brasileiro, de modo que teve forte impacto na aplicação jurisprudencial da desconsideração,²⁹ bem como na formulação do Projeto de Lei n.º 634/1975 (“Projeto do Código Civil”).³⁰

O autor defendia a utilização da desconsideração da personalidade jurídica “em todos os casos em que a separação patrimonial é utilizada com abuso de direito ou para praticar uma fraude à lei”,³¹ sustentando tratar-se de instrumento necessário para coibir a utilização abusiva da personalidade jurídica. Requião encorajou, assim, a aplicação da técnica pelos juízes, mesmo no cenário de então, em que inexistia previsão legal para essa utilização – mas sem deixar de fazer a ressalva de que a aplicação deveria se dar apenas em casos excepcionais.³²

Na sequência, em 1976, Fabio Konder Comparato publicou a obra “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, na qual defendeu interpretação funcional da técnica da desconsideração, sob a perspectiva do exercício do poder de controle societário.³³

Segundo o autor, o desvio de função da personalidade jurídica seria o elemento justificador da aplicação da desconsideração, em casos nos quais estivesse ausente a figura do centro de interesses autônomos cuja existência é propiciada pela personificação jurídica. Ademais, Comparato nega que o abuso ou a fraude configurem elemento central da técnica, bem como sustenta que a desconsideração possibilitaria evitar a confusão patrimonial.³⁴

Em 1979, José Lamartine Corrêa de Oliveira publicou a obra “A dupla crise da pessoa jurídica”, evidenciando ainda mais a visão, já presente em Comparato, de que a desconsideração da personalidade jurídica é a consequência para uma disfunção da personalidade jurídica.³⁵

²⁹ Nos termos do autor, foi formulada a defesa da posição segundo a qual “diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.” (REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*, vol. 803, p. 751-764, set./2002. Publicado originalmente em: RT 410/12, dez./1969, aqui p. 3 do pdf).

³⁰ KOURY, *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, op. cit., p. 139; SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*, op. cit., p. 68-69.

³¹ SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário: Eficácia e sustentabilidade*, op. cit., p. 377.

³² BLOK, Marcella. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 59/2013, p. 91-167, jan.-mar./2013, aqui p. 7 do pdf; PRADO; DECCACHE, Arbitragem e Desconsideração da Personalidade Jurídica, op. cit., aqui p. 10-11 do pdf; SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*, op. cit., p. 68-69.

³³ Destacando a perspectiva de Comparato, André Pagani de Souza ressalta que, segundo aquele autor, “a desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. Ou seja, a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, e aquele que o exercer com desvio ou buscando uma fraude estará sujeito à desconsideração da personalidade jurídica.” (SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*, op. cit., p. 69-70).

³⁴ SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário: Eficácia e sustentabilidade*, op. cit., p. 377; PRADO; DECCACHE, Arbitragem e Desconsideração da Personalidade Jurídica, op. cit., aqui p. 10-11 do pdf.

³⁵ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

Segundo o autor, a principal função da personalidade jurídica seria a separação patrimonial, derivada da personificação jurídica e da consequente existência de um centro autônomo de interesses. Lamartine nega o unitarismo de Serick para defender que seria necessário conferir tratamento diferenciado às pessoas jurídicas. Ainda, o autor diferencia a técnica da desconsideração dos casos de mera imputação de atos, pois enquanto na primeira haveria imputação de responsabilidade por dívida alheia, a última hipótese versaria sobre imputação de atos próprios.³⁶⁻³⁷

Por fim, destaca-se também Marçal Justen Filho, em obra escrita em 1987, momento no qual ainda não havia admissão expressa no direito positivo brasileiro, “excluídos casos esparsos”, da desconsideração da personalidade jurídica societária.³⁸ O autor definiu a técnica como “a ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade de ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica”.³⁹

Expostos os principais desenvolvimentos teóricos sobre o assunto, conclui-se que a definição de desconsideração guarda relação com o exercício disfuncional e abusivo da personalidade jurídica, sendo esse aspecto que unificaria as mais variadas perspectivas doutrinárias sobre o assunto.

Cumprindo ainda analisar os efeitos da aplicação de referida técnica. A desconsideração consiste na declaração da ineficácia da separação patrimonial decorrente da personalidade jurídica em determinado caso concreto, para que, por meio da desconsideração episódica dessa autonomia patrimonial, se possa atingir o patrimônio daqueles envolvidos na prática do ato.⁴⁰ Assim, a desconsideração “somente objetiva a desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem”.⁴¹

³⁶ SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário*: Eficácia e sustentabilidade, op. cit., p. 379-381; MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 128-129.

³⁷ Calixto Salomão Filho critica, entretanto, essa última conclusão, por entender que Lamartine defende que há “no processo de desconsideração, um modo de fazer prevalecer a ‘realidade sobre a aparência’, identificando a pessoa que ‘realmente está a agir’. Trata-se de afirmação muito mais próxima à imputação de uma atividade a uma determinada pessoa do que da responsabilidade sem dívida propugnada pela teoria dualista” (SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário*: Eficácia e sustentabilidade, op. cit., p. 381).

³⁸ JUSTEN FILHO, *Desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, op. cit., p. 117.

³⁹ *Ibid.*, p. 155.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, *Desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, op. cit., p. 156; SZTAJN, Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, op. cit., aqui p. 14 do pdf; SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*: Aspectos Processuais, op. cit., p. 78-79.

⁴¹ REQUIÃO, Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), op. cit., aqui p. 2 do pdf.

A finalidade da técnica, portanto, guarda relação com a responsabilização patrimonial de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso da personalidade jurídica, com a extensão dos efeitos de certas relações de obrigações aos seus bens particulares. Trata-se, com efeito, da determinação da responsabilidade patrimonial secundária dos sócios em virtude de obrigação assumida pela pessoa jurídica, sendo que a sociedade permanece sendo a responsável patrimonial primária.⁴²

Entretanto, a desconsideração da personalidade jurídica não configura apenas regra de atribuição de responsabilidade patrimonial. Nesse sentido, Calixto Salomão Filho distingue quatro resultados aplicativos da desconsideração da personalidade jurídica: (i) a desconsideração atributiva, voltada à aplicação das normas conforme o escopo do legislador;⁴³ (ii) a desconsideração para fins de responsabilidade, a qual ocorre diante da confusão de esferas, de subcapitalização ou de abuso de forma; (iii) a desconsideração em sentido inverso; e (iv) a desconsideração em benefício do sócio, nas circunstâncias em que, em sociedades unipessoais, atribui-se ao sócio único a legitimidade para postular em nome próprio o ressarcimento dos danos sofridos pela sociedade.⁴⁴

Antônio Menezes Cordeiro também sintetiza os casos concretos que dão origem à utilização da desconsideração, dentre os quais estariam: (i) a confusão de esferas jurídicas, verificada quando “por inobservância de certas regras societárias ou, mesmo, por decorrências puramente objectivas, não fique clara, na prática, a separação entre o património da sociedade e a do sócio ou sócios”; (ii) a subcapitalização, quando a sociedade é constituída com capital insuficiente; e (iii) o atentado a terceiros e abuso de personalidade, quando a personalidade jurídica é usada de forma ilícita ou abusiva para prejudicar terceiros.⁴⁵

Delimitados os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, evidencia-se que se trata de técnica distinta de outras figuras. Para Calixto Salomão Filho, por exemplo, a responsabilização do beneficiário em decorrência de uma atividade abusiva refere-se a uma

⁴² CASTRO, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica*: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual, op. cit., p. 139-140.

⁴³ Em sua obra, o autor destaca quatro dos casos que considera mais típicos de desconsideração atributiva (a chamada *Zurechnungsdurchgriff*), quais sejam: (i) “características pessoais do sócio podem ser atribuídas à sociedade”; (ii) “comportamentos do sócio podem ser atribuídos à sociedade”; (iii) “conhecimentos do sócio podem, em certos casos, ser atribuídos à sociedade”; e (iv) “proibições impostas ao sócio podem ser estendidas também à sociedade (e vice-versa)” (SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário*: Eficácia e sustentabilidade, op. cit., p. 367-369).

⁴⁴ Ibid., p. 367-376.

⁴⁵ CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no direito civil e comercial*, op. cit., p. 116-124.

responsabilidade societária, a qual não pode ser confundida com a responsabilidade civil ou mesmo com a responsabilidade civil aplicada ao direito societário.⁴⁶

Ademais, a desconconsideração também não se confundiria com aspectos relacionados à existência, validade ou eficácia de atos jurídicos, ainda que “haja alguma proximidade entre a desconconsideração, a simulação, a fraude contra credores, a fraude à execução e a revogação da Lei de Falências”.⁴⁷ Também não se poderia confundir a técnica com “hipóteses legais de *imputação* de deveres a sujeitos diversos da pessoa jurídica ou com a dissolução coativa de pessoas jurídicas” ou com todos os casos de “extensão eficaz de situações jurídicas passivas para além da pessoa jurídica”.⁴⁸

1.3. Requisitos para aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica

A desconconsideração da personalidade jurídica é temática que foi construída doutrinária e jurisprudencialmente, até que se atingisse sua positivação, iniciada na década de 90, por meio do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁹ Importa, dessa forma, analisar de que forma os requisitos para aplicação da referida técnica são tratados tanto doutrinariamente (item 1.3.1) quanto na jurisprudência (item 1.3.2).

1.3.1. A perspectiva doutrinária

Diante do fato de que os próprios conceitos de pessoa jurídica e da técnica da desconconsideração variaram ao longo do tempo, surge a dificuldade da determinação dos fundamentos para aplicação da desconconsideração.⁵⁰

⁴⁶ O autor enuncia essa distinção nos seguintes termos: “Seu caráter distintivo está na prática de uma atividade lesiva e no fato de que o responsável será sempre seu beneficiário, que não se confunde necessariamente com os executores da *atividade lesiva*. Assim, em uma sociedade isolada, a desconconsideração atingirá o patrimônio do controlador e não do administrador que executou as suas ordens. Em uma sociedade pertencente a um grupo econômico em que o benefício foi transferido a outra sociedade controlada e não à *holding*, será aquela e não esta última a ser atingida pela desconconsideração.” (SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário: Eficácia e sustentabilidade*, op. cit., p. 393).

⁴⁷ JUSTEN FILHO, *Desconconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, op. cit., p. 156.

⁴⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Da desconconsideração da pessoa jurídica à pessoa jurídica desconconsiderada*. Disponível em: https://www.academia.edu/14413921/Da_desconconsidera%C3%A7%C3%A3o_da_pessoa_jur%C3%ADdica_%C3%A0_pessoa_jur%C3%ADdica_desconconsiderada. Acesso em: 18/09/2021, aqui p. 17. Originalmente publicado como: O percurso e os percalços da teoria da pessoa jurídica na Universidade Federal do Paraná: da desconconsideração da pessoa jurídica à pessoa jurídica desconconsiderada, a partir de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. In: KROETZ, Maria Cândida (org). *Direito civil: inventário teórico de um século*. Curitiba : Kairós, 2012.

⁴⁹ PRADO; DECCACHE, Arbitragem e Desconconsideração da Personalidade Jurídica, op. cit., aqui p. 13 do pdf.

⁵⁰ “Reconhecendo a inexistência de um conceito único e transcendente para ‘desconconsideração’, deve-se concluir também pela inexistência de um único e específico *fundamento* jurídico para aplicação da teoria.” (JUSTEN FILHO, *Desconconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, op. cit., p. 65).

Um dos primeiros autores a versar sobre os pressupostos para a desconsideração foi Rolf Serick. Partindo do fato de que a doutrina não havia ainda tentado ordenar sistematicamente as sentenças que desconheciam a personalidade jurídica, baseou-se na análise jurisprudencial e concluiu que os abusos cometidos por meio da pessoa jurídica permitiriam a aplicação da desconsideração.⁵¹

A partir do exame da jurisprudência alemã e norte-americana, sustentou que a desconsideração costumava ser admitida em dois grupos de casos: (i) quando havia abuso para alcance de fins fraudulentos; e (ii) quando essa fosse providência necessária para tornar aplicável determinada regra à pessoa jurídica.⁵² Ainda, Serick elencou algumas outras circunstâncias de aplicação da técnica, como a violação à lei e a regramentos contratuais por meio da pessoa jurídica, determinadas situações de grupos econômicos, hipóteses de exigência de tutela da boa-fé e casos nos quais são causados danos a terceiros devido à utilização fraudulenta do ente personificado.⁵³

Verifica-se que a análise adequada dos fundamentos para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica é essencial, na medida em que se trata de providência excepcional, a qual deve estar dentro dos parâmetros legais e devidamente pautada em provas do abuso.⁵⁴ A determinação desses requisitos é caracterizada, inclusive, como o “problema crucial para a dogmática jurídica”.⁵⁵

A principal dificuldade encontrada quando o tema ainda não era positivado no Código Civil dizia respeito à ausência de “regras precisas para determinar-se quando se reconhece e quando se ignora a separação patrimonial”.⁵⁶ Nesse contexto, muitos autores reconheciam o obstáculo de formulação de quais seriam os pressupostos aplicáveis genericamente a todos os casos de desconsideração.⁵⁷

⁵¹ A conclusão do autor foi por ele sintetizada nos seguintes termos: “Se si abusa della forma della persona giuridica il giudice può, al fine di impedire che venga raggiunto lo scopo illecito perseguito, non rispettare tale forma, allontanandosi quindi dal principio della netta distinzione tra socio e persona giuridica. Esiste abuso quando, attraverso lo strumento della persona giuridica, si cerca di eludere una legge o di sottrarsi ad obbligazioni contrattuali o di danneggiare fraudolentemente dei terzi.” (SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, op. cit., p. 275).

⁵² Ibid., p. 275.

⁵³ Ibid., p. 26, 57-58, 101, 118-119 e 123.

⁵⁴ LEONARDO, Revisitando a teoria da personalidade jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira, op. cit., aqui p. 141; CASTRO, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica*: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual, op. cit., p. 147-148.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, op. cit., p. 92-93.

⁵⁶ SZTAJN, Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, op. cit., aqui p. 9 do pdf.

⁵⁷ Nesse sentido: “[f]ica evidente, assim, que é extremamente difícil formular um conceito único, aplicável a todas as hipóteses normalmente tidas como justificadoras da desconsideração” (KOURY, *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, op. cit., p. 86); “[i]nexiste o pressuposto

Marçal Justen Filho fez interessante análise na busca para o pressuposto autorizador da desconsideração. Para o autor, o requisito para a aplicação da técnica poderia ser resumido ao uso abusivo da pessoa jurídica, o qual se daria diante de sua “utilização anormal e surpreendente”, a ser determinada segundo o caso concreto,⁵⁸ indicando “a atividade atípica, descontrolada e insuportável, não prevista e, até mesmo, imprevisível, ocorrente na utilização pelo particular desse instrumental”.⁵⁹

Conforme seu entendimento, o abuso da personalidade jurídica deveria ser analisado com base na disponibilidade ou não do interesse juridicamente tutelado.⁶⁰ Entretanto, segundo Marçal Justen Filho, a confusão patrimonial não bastaria para o reconhecimento da desconsideração. Ademais, o autor defende que a desconsideração não depende da vontade do agente em realizar atos abusivos ou lesivos aos interesses de terceiros.⁶¹

Com a positivação no art. 50 do Código Civil, definiu-se que o abuso da personalidade jurídica seria caracterizado quando presentes desvio de finalidade ou confusão patrimonial, ambos relacionados a uma utilização disfuncional da pessoa jurídica.⁶²

A confusão patrimonial, incluída no ordenamento pela contribuição dos desenvolvimentos teóricos de Comparato,⁶³ pode ser definida como o “*estado jurídico presumido* de que os elementos ativos que compõem o patrimônio da sociedade foram desviados da sua função produtiva e acham-se alocados na esfera de outrem”. Nesses casos, segundo a definição de João Pedro Scalzilli, haveria uma utilização desses bens por aquele que deles se apropria “em detrimento do seu titular (em prejuízo de sua função de produção) e daqueles que com ele negociam (em prejuízo da função de garantia)”.⁶⁴

para a desconsideração, mas para ela há pressupostos variáveis de ordenamento para ordenamento. Mais ainda, variáveis dentro de cada ordenamento, segundo as peculiaridades de cada ramo. Pode-se aludir, genericamente, ao abuso da pessoa jurídica como fundamento da desconsideração” (JUSTEN FILHO, *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, op. cit., p. 156).

⁵⁸ JUSTEN FILHO, *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, op. cit., p. 156-157.

⁵⁹ Ibid., p. 121.

⁶⁰ Após a análise de alguns exemplos, o autor conclui que “[h]avendo a indisponibilidade, o sacrifício é bastante para caracterizar o abuso. Quando, entretanto, o interesse for disponível, somente haverá abuso se, além do sacrifício, concorrerem a anormalidade da utilização da sociedade e a surpresa quanto à dita utilização” (Ibid., p. 132-133).

⁶¹ Ibid., p. 138-142.

⁶² Conforme ressaltado por Marçal Justen Filho, “a desconsideração corresponde justamente à resposta do direito de uma utilização da sociedade personificada que é ofensiva à função e aos fins que orientam sua consagração. Portanto, é na análise dessa contradição funcional que podem ser localizados os pressupostos para a desconsideração” (Ibid., p. 125-126).

⁶³ SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*, op. cit., p. 73.

⁶⁴ SCALZILLI, *Confusão Patrimonial no Direito Societário e no Direito Falimentar*, op. cit., p. 185.

Haveria, na hipótese da confusão patrimonial, um uso disfuncional do ente personificado, na medida em que “a *mens* da criação de uma pessoa jurídica é a separação patrimonial entre ela e os membros que a compõem”.⁶⁵

Por sua vez, o desvio de finalidade corresponde à utilização disfuncional da pessoa jurídica, para finalidades distintas daquelas autorizadas pelos ordenamentos – ou seja, “com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”, como destacado no art. 50, § 1º do Código Civil.

Ainda, necessário notar que existem diversas formas de classificação da desconsideração da personalidade jurídica. Uma delas, pautada justamente nos requisitos autorizadores da aplicação dessa técnica de responsabilização patrimonial, refere-se às teorias maior e menor da desconsideração.⁶⁶

Apesar de a desconsideração da personalidade jurídica basear-se na ocorrência de prejuízo ao credor em decorrência de ato fraudulento e abusivo, existem hipóteses nas quais não haveria a exigência da demonstração do abuso da personalidade jurídica, sendo suficiente a insolvência do devedor.⁶⁷ São esses os casos de aplicação da teoria menor, a qual tem sua incidência reconhecida no art. 28, § 5º da Lei n.º 8.078/1990 (CDC), no art. 18 da Lei n.º 8.884/1994 (Lei Antitruste) e no art. 4º da Lei n.º 9.605/1998 (Lei do Meio Ambiente).⁶⁸

Entretanto, essa criação nacional é vista como afastada da *disregard doctrine* originada nos países de *common law*, assim como da autonomia da pessoa jurídica e da doutrina de Serick e de Requião. Contudo, o seu objetivo está na proteção do “hipossuficiente (no caso do consumidor)” e no reconhecimento de “situações consideradas de maior relevância (ambiental e ordem econômica)”.⁶⁹

Por outro lado, a teoria maior da desconsideração seria derivada do entendimento de Rubens Requião, estabelecendo que a autonomia patrimonial é a regra a ser observada. Essa foi a teoria adotada pelo art. 50 do Código Civil, ao positivar os requisitos para aplicação da

⁶⁵ BIANQUI, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, op. cit., p. 55.

⁶⁶ CASTRO, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual*, op. cit., p. 73.

⁶⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A desconsideração da pessoa jurídica: de Requião aos nossos dias. In: FACHIN, Edson; ABRÃO, Carlos Henrique; REQUIÃO, Rubens Edmundo (coord.). *O moderno direito empresarial no século XXI: estudos em homenagem ao centenário de Rubens Requião*. Rio de Janeiro: GZ, 2018, p. 350.

⁶⁸ CASTRO, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual*, op. cit., p. 74-75.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 76-77.

técnica.⁷⁰ Destaca-se, ainda, que a adoção da teoria maior pelos tribunais afasta a possibilidade de aplicação da desconsideração meramente diante da insuficiência patrimonial para responder às obrigações da sociedade.⁷¹

Ademais, nota-se que a teoria maior se divide nas vertentes subjetiva e objetiva. A formulação subjetiva destaca que os elementos capazes de autorizar a desconsideração no caso concreto são o abuso de direito ou a fraude.⁷² Essa vertente foi defendida por Serick,⁷³ quem destacava que era necessário considerar “a intenção do próprio agente” na conduta fraudulenta, pois “o levantamento exigiria um *abuso consciente* da pessoa colectiva”.⁷⁴

Há, inclusive, quem aponte a fraude como o “requisito mais presente na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica”, podendo se dar sob a forma de fraude à lei, em busca de afastamento do âmbito de incidência de uma norma, ou fraude a disposições contratuais, com o objetivo de esquivar-se do cumprimento de determinada cláusula contratualmente estipulada.⁷⁵

Assim, de acordo com essa perspectiva, mesmo aqueles que reconhecem que as fraudes e simulações “praticadas por intermédio da pessoa jurídica não são, a rigor, hipóteses de aplicação da *Disregard Doctrine*”, concluem que é necessário recorrer à desconsideração da personalidade jurídica nesses casos. Isso porque seria necessário alcançar soluções justas e em conformidade com o Direito, de modo a impedir o uso da personalidade jurídica para a prática de simulações e fraudes.⁷⁶

Já segundo a vertente objetiva, os requisitos para aplicação da técnica estão no desvio de finalidade ou na confusão patrimonial.⁷⁷ Com o advento do Código Civil, essa passou a ser a formulação mais aceita, porquanto refletida na própria norma, ao delimitar as hipóteses de abuso da personalidade jurídica aos casos de confusão patrimonial ou desvio de finalidade.

⁷⁰ CASTRO, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica*: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual, op. cit., p. 80.

⁷¹ PRADO; DECCACHE, *Arbitragem e Desconsideração da Personalidade Jurídica*, op. cit., aqui p. 14 do pdf.

⁷² SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*, op. cit., p. 71; AGUIAR JÚNIOR, *A desconsideração da pessoa jurídica: de Requião aos nossos dias*, op. cit., p. 328-329.

⁷³ Conforme mencionado por André Pagani de Souza, “ainda hoje sentimos a influência de Rolf Serick, que insistia no preenchimento de requisitos subjetivos como a intenção de fraudar ou de abusar de um direito para admitir a desconsideração da personalidade jurídica, entendendo a autonomia da pessoa jurídica como regra e a sua violação como exceção” (SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*, op. cit., p.73).

⁷⁴ CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no direito civil e comercial*, op. cit., p. 126.

⁷⁵ BIANQUI, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, op. cit., p. 57-58.

⁷⁶ KOURY, *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, op. cit., p. 197-198.

⁷⁷ SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*, op. cit., p. 71; AGUIAR JÚNIOR, *A desconsideração da pessoa jurídica: de Requião aos nossos dias*, op. cit., p. 328-329.

Entretanto, ambas as vertentes convivem, considerando que a “maioria da doutrina e dos julgados do STJ tem reiteradamente mencionado a fraude ou o abuso para fundamentar” a aplicação da técnica, “sem negar, porém, o enunciado do art. 50”.⁷⁸

Apesar da variedade de correntes versando sobre os requisitos para a aplicação da técnica, conclui-se que o principal pressuposto estaria no desvio de função da pessoa jurídica, com sua utilização abusiva, a qual pode ser deliberada ou não.⁷⁹ Ademais, a regra só deve ser aplicada quando for necessário determinar a responsabilidade pelo abuso ou fraude por meio da imputação de “certa norma, dever ou obrigação a pessoa diversa de seu destinatário normal”.⁸⁰

1.3.2. O desenvolvimento jurisprudencial

A jurisprudência também exerceu importante papel no desenvolvimento dos pressupostos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.⁸¹ O exame da aplicação jurisprudencial dessa técnica permite, à luz das circunstâncias fáticas de cada caso concreto examinado, conferir maior concretude a qual seria o valor probatório de um determinado ato enquanto caracterizador ou não de abuso da personalidade jurídica apto a ensejar o manejo da desconsideração.⁸²

Em perspectiva histórica, os precedentes que costumam ser mencionados como primeiras situações de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica são os casos *Bank of United States vs. Deveaux*, julgado nos Estados Unidos em 1809, e o caso *Salomon vs. Salomon*

⁷⁸ AGUIAR JÚNIOR, A desconsideração da pessoa jurídica: de Requião aos nossos dias, op. cit., p. 350; SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*, op. cit., p. 93.

⁷⁹ KOURY, *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, op. cit., p. 74.

⁸⁰ SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário: Eficácia e sustentabilidade*, op. cit., p. 389; SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*, op. cit., p. 79.

⁸¹ Há inclusive quem destaque o papel da jurisprudência no desenvolvimento do tema em questão, evidenciando que “a importância do trabalho dos juízes e tribunais na evolução do Direito, mantendo-se sempre sensíveis às atualizações das exigências axiológicas, é ressaltada em relação à *Disregard Doctrine*, por eles frequentemente empregada, mesmo em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, que consagram expressamente a separação entre a pessoa jurídica e seus membros” (KOURY, *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, op. cit., p. 198-199).

⁸² Como defendido por Rolf Serick, não só a análise do valor probatório de determinados atos depende do exame do caso concreto, como também a determinação de suas consequências jurídicas, pois o juiz deve analisar as peculiaridades da situação que lhe é submetida para verificar em que circunstâncias o abuso da personalidade jurídica pode ser constatado: “Dobbiamo infine domandarci quali conseguenze giuridiche derivano quando il giudice, di fronte ad un caso di abuso della forma della persona giuridica, giunge alla determinazione di non doverne rispettare l'autonomia soggettiva. L'unica risposta che si può dare in termini generali è che il giudice deve formulare la sua decisione in modo tale da impedire il conseguimento di quei fini contrari al diritto che si perseguivano. Ne deriva che le conseguenze giuridiche devono essere determinate, volta per volta, secondo le peculiarità della singola fattispecie.” (SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, op. cit., p. 280).

& Co., julgado na Inglaterra, em 1897.⁸³ Já no Brasil, segundo relata a doutrina, a aplicação jurisprudencial da técnica da desconsideração ganhou maior consistência na década de 70, após as obras de Requião e Lamartine.⁸⁴

Na década de 80, as discussões versavam sobre a responsabilização de sócios e administradores por obrigações da sociedade. Já na década de 90, a jurisprudência passou a “discutir diretamente a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica, a partir da análise dos fatos, sempre tentando evidenciar fraudes e abusos, ou então analisar a situação nos grupos econômicos”.⁸⁵

A evolução do tema e a sua positivação conduziram até o presente cenário, no qual a jurisprudência busca evidenciar o caráter excepcional da técnica, reduzindo sua aplicação às hipóteses legalmente previstas ou aos casos de comportamentos fraudulentos.⁸⁶ Partindo desse “valor paradigmático atribuído à pessoa jurídica” pela jurisprudência brasileira, Calixto Salomão Filho elenca dois grupos de casos, em classificação pautada no fundamento jurídico utilizado pelos tribunais para fundamentar a desconsideração.

O primeiro grupo diz respeito às situações nas quais a desconsideração é baseada em dispositivos legais, tais como aqueles inseridos na legislação trabalhista, consumerista e civil, incluindo as “regras sobre a nulidade, a anulação e o fim ilícito, contidas no Código Civil”. Já o segundo grupo, relaciona-se aos casos em que a desconsideração é admitida não com base em fundamento legal, mas sim na demonstração de “abuso ou fraude à lei no comportamento do sócio majoritário”.⁸⁷

Dado esse cenário, verifica-se que apesar de a técnica ser adotada em diversos casos, a jurisprudência adota atualmente visão restritiva acerca da desconsideração, buscando contornar

⁸³ CASTRO, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica*: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual, op. cit., p. 59; BLOK, *Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea*, op. cit., aqui p. 5 do pdf.

⁸⁴ Conforme síntese de Viviane Muller Prado e Antonio Decache, Lamartine agrupou as decisões anteriores à sua obra da seguinte forma: “a) decisões que visaram impedir fraude a dever contratual; b) decisões que visam coibir a fraude à lei; c) decisões que desconsideram a separação apenas para limitados efeitos de natureza processual; d) decisões que, de modo genérico, estendem a responsabilidade aos sócios em caso de insolvência da sociedade; e) sociedade entre marido e mulher” (PRADO; DECCACHE, *Arbitragem e Desconsideração da Personalidade Jurídica*, op. cit., aqui p. 10-11 do pdf).

⁸⁵ Ibid., aqui p. 12-13 do pdf.

⁸⁶ WALD, Arnoldo. A desconsideração na arbitragem societária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 44/2015, p. 49-64, jan.mar. /2015, aqui p. 7 do pdf; LEONARDO, *Da desconsideração da pessoa jurídica à pessoa jurídica desconsiderada*, op. cit., aqui p. 14-15; AGUIAR JÚNIOR, *A desconsideração da pessoa jurídica: de Requião aos nossos dias*, op. cit., p. 350.

⁸⁷ SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário*: Eficácia e sustentabilidade, op. cit., p. 384-385.

a aplicação desenfreada da técnica.⁸⁸ Nessas circunstâncias, grande relevo é conferido ao substrato probatório do caso concreto, para que se possa verificar se a medida é justificada ou não, com base nos pressupostos da desconsideração. Trata-se, portanto, de regra que consubstancia um poder do intérprete de analisar as circunstâncias fáticas e concluir pela possibilidade ou não de sua aplicação, caso preenchidos os seus pressupostos.

Contudo, mesmo diante da adequação da redação do art. 50 do Código Civil, ainda assim verifica-se a existência de críticas à atuação dos tribunais, a qual “não raras vezes mostra-se estranha às raízes da desconsideração da personalidade jurídica”, de modo que há quem atribua a esse fator a razão para as alterações promovidas pela Lei n.º 13.874/2019 (“Lei da Liberdade Econômica”).⁸⁹

1.4. A positivação do tema

Para encerrar a análise sobre a temática da desconsideração da personalidade jurídica sob o ponto de vista material, necessário mencionar a forma pela qual o tema se reflete na legislação, passando pela disciplina legal do assunto (item 1.4.1) e pelas alterações implementadas pela Lei da Liberdade Econômica (item 1.4.2).

1.4.1. A disciplina legal da desconsideração da personalidade jurídica

A disciplina legal da desconsideração da personalidade jurídica encontra reflexos nos âmbitos material e processual. Quanto ao aspecto material, relativo aos pressupostos para a incidência da técnica, diversos são os diplomas legais que contêm regras acerca do tema, incluindo os ramos do Direito comercial, tributário, do trabalho, do consumidor e econômico.

Dentre esses dispositivos, os quais não serão analisados por não se inserirem na delimitação do presente estudo, encontram-se: (i) art. 28, *caput* e § 5º do CDC o qual “prevê uma série de razões para a desconsideração: abuso de direito, excesso de poder, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou do contrato social, ou liquidação da sociedade por má

⁸⁸ Rodrigo Xavier Leonardo, após o exame de decisões judiciais sobre o tema da desconsideração da personalidade jurídica, sintetiza que “[a] experiência jurisprudencial é igualmente vasta e prescreve a desconsideração da pessoa jurídica em casos de encerramento irregular de sociedades personificadas, confusão patrimonial entre os bens do sócio e da pessoa jurídica, abuso de direito (como, por exemplo, em casos de grupo de sociedades), fraude contra credores e fraude contra a execução, dentre outras hipóteses”, concluindo, ao fim, que “[a] desconsideração da pessoa jurídica segue, entretanto, caracterizada como medida excepcional, dependente de prova circunstanciada sobre os fatos que justifiquem a providência extrema, que não se há de confundir com a dissolução” (LEONARDO, Revisitando a teoria da personalidade jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira, op. cit., p. 141).

⁸⁹ CASTRO, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica*: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual, op. cit., p. 83-84.

administração”;⁹⁰ (ii) art. 18 da Lei Antitruste, prevendo a responsabilidade subjetiva para aplicação da desconsideração nos casos de falência, insolvência ou cessação de atividade;⁹¹ (iii) art. 4º da Lei do Meio Ambiente, privilegiando a proteção ao meio ambiente por meio da desconsideração da personalidade jurídica quando, *in verbis*, “sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”; (iv) art. 34 da Lei 12.529/2011, a qual estrutura o sistema brasileiro da concorrência e permite a desconsideração da personalidade jurídica “nos mesmos termos do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor”; e (v) art. 14 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

Entretanto, insta ressaltar que embora a doutrina elenque esses dispositivos como previsões legais acerca da desconsideração da personalidade jurídica, verifica-se a existência de críticas a essa caracterização, derivadas do entendimento de que alguns deles corresponderiam, em realidade, a regra de imputação de responsabilidade patrimonial a sócios ou administradores.⁹²

Ademais, embora realmente exista a “necessidade de examinar-se, nos diferentes ramos do direito, os pressupostos próprios, pois há princípios e normas diversas que regem cada um deles”,⁹³ diversas são as críticas à abrangência dessas hipóteses de desconsideração, muitas das quais são tidas como desprovidas de maiores cuidados na delimitação de seu âmbito de aplicação.⁹⁴

No tocante à disciplina da desconsideração no Código Civil – o qual é o regramento que interessa para o presente estudo, por se inserir no âmbito das relações cíveis e empresariais –, verifica-se que a discussão se iniciou já em 1975, com o Projeto do Código Civil.

Na ocasião, o tema constava do art. 48 e seu parágrafo,⁹⁵ o qual determinava a exclusão do sócio responsável ou a dissolução da sociedade em caso de desvio de finalidade da pessoa

⁹⁰ SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário*: Eficácia e sustentabilidade, op. cit., p. 403.

⁹¹ SZTAJN, Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, op. cit., aqui p. 14-15 do pdf.

⁹² Nesse sentido: SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*: Aspectos Processuais, op. cit., p. 97-101; MARGONI, *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*, op. cit., p. 136. Também reforçando essa mesma conclusão, Rodrigo Xavier Leonardo e Otavio Luiz Rodrigues Jr. mencionam que “[a] excepcionalidade da medida descrita no art. 50 do Código Civil, portanto, também conduz à conclusão de que não se deve utilizar essa via quando o ordenamento jurídico estabelece outros mecanismos específicos de extensão da responsabilidade” (LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A desconsideração da pessoa jurídica – alteração do art. 50 do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto *et. al.* (coord.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*, p. 205).

⁹³ KOURY, *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, op. cit., p. 145.

⁹⁴ SZTAJN, Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, op. cit., aqui p. 14-15 do pdf.

⁹⁵ “Art. 48. A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de

jurídica, bem como a responsabilidade conjuntamente com esta dos bens pessoais do administrador ou representante.

Entretanto, muitas críticas foram feitas a referida redação, sendo que se chegou a dizer que o dispositivo não caracterizaria a “consagração normativa da *Disregard Doctrine*”, a qual não conduziria à dissolução da pessoa jurídica, mas sim à sua desconsideração em casos concretos para “responsabilizar as pessoas físicas ou jurídicas que a tenham desviado da função que o ordenamento jurídico busca alcançar por seu intermédio”.⁹⁶

Ademais, mencionava-se que, apesar de os elaboradores do Projeto do Código Civil terem invocado os desenvolvimentos de Rubens Requião, “a proposta não te[ria] qualquer filiação à teoria da desconsideração, nem representa[ria] a sua adoção”.⁹⁷ Nesse contexto, foram promovidas alterações já em 1984, quando o texto passou pelo Senado Federal.⁹⁸

Por fim, após algumas mudanças na redação, chegou-se ao texto que consta do art. 50 do Código Civil,⁹⁹ o qual contou também com as recentes alterações implementadas pela Lei de Liberdade Econômica¹⁰⁰ – as quais serão exploradas adiante, no item 1.4.2. Disciplinou-se que

qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade.

Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.”

Disponível

em:

http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf#page=1. Acesso em: 19/09/2021.

⁹⁶ KOURY, A *desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, op. cit., p. 144.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, op. cit., p. 151.

⁹⁸ CASTRO, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual*, op. cit., p. 82-83.

⁹⁹ Mesmo que ainda não houvesse positivação do tema no âmbito das relações cíveis e empresariais, verifica-se que “até a entrada em vigor do atual Código Civil, a desconsideração da personalidade jurídica era aplicada por nossos tribunais (i) com invocação da teoria, independente de qualquer previsão legal, nos casos de abuso de direito ou fraude; e (ii) nos casos previstos em lei descritos anteriormente.” (MARGONI, *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*, op. cit., p. 139).

¹⁰⁰ “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei n.º 13.874, de 2019).

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei n.º 13.874, de 2019).

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei n.º 13.874, de 2019)

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei n.º 13.874, de 2019)

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei n.º 13.874, de 2019)

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei n.º 13.874, de 2019).

a desconsideração pode ocorrer em caso de abuso da personalidade jurídica, o qual restaria caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, evidenciando em uma regra geral o “mau uso da pessoa jurídica que se pretende coibir com a aplicação da *disregard doctrine*”.¹⁰¹

O art. 50 do Código Civil é visto como adequado reflexo dos desenvolvimentos doutrinários sobre o tema,¹⁰² destacando a desconsideração como técnica a incidir em determinadas situações concretas, diante do abuso de personalidade, suspendendo provisoriamente a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios e administradores. Apesar disso, ainda assim subsistiram críticas à redação, visto que:

“não se pode deixar de reconhecer que o dispositivo não será suficiente para eliminar a incerteza que atualmente cerca a matéria, pois remanescerá aos juízes ampla margem para interpretar os conceitos indeterminados nele previstos (abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade, confusão patrimonial), segundo os critérios que pareçam mais adequados à justiça do caso concreto.”¹⁰³

Entretanto, como se verá, a Lei da Liberdade Econômica buscou conferir maior concretude às hipóteses caracterizadoras de abuso de personalidade. Ademais, é necessário ressaltar que “[e]ssa parece constituir uma crítica, porém, que não se dirige ao dispositivo em exame, mas à própria teoria da desconsideração”.¹⁰⁴

Por fim, quanto ao âmbito processual da disciplina da desconsideração da personalidade jurídica, o CPC de 2015 inovou ao introduzir, em seus arts. 133 a 137, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. O procedimento referente à desconsideração da personalidade jurídica, seja ela direta ou inversa, passou a ser disciplinado como um incidente

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei n.º 13.874, de 2019).

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei n.º 13.874, de 2019).

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei n.º 13.874, de 2019).”

¹⁰¹ SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*, op. cit., p. 102.

¹⁰² Em referência ao art. 50 do Código Civil, Calixto Salomão Filho menciona que “a reforma do Código Civil introduziu definição de desconsideração da personalidade jurídica que contribui para colocar a questão da desconsideração em moldes teóricos mais corretos”, sendo que o autor considera que nossa lei adotou “definição que, bem interpretada pela jurisprudência, poderá limitar ainda mais a aplicação da tese liberal em nosso país” (SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário: Eficácia e sustentabilidade*, op. cit., p. 386 e p. 404).

¹⁰³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e Direito Societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 166.

¹⁰⁴ Ibid., p. 166.

cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

De acordo com a disciplina legal, o requerimento é de iniciativa da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. Ainda, instaurado o incidente, oportuniza-se o contraditório, sendo que essa possibilidade de discussão entre o requerente e o terceiro acerca da caracterização dos pressupostos da desconsideração é tida como um dos maiores méritos da posituação desse incidente.¹⁰⁵⁻¹⁰⁶

1.4.2. As alterações implementadas pela Lei da Liberdade Econômica

A Lei da Liberdade Econômica adicionou novos parágrafos ao art. 50 do Código Civil, contendo maiores desenvolvimentos sobre os pressupostos caracterizadores da técnica, bem como definições exemplificativas das hipóteses que ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. Referidas alterações inserem-se no âmbito da delimitação da aplicação da técnica, buscando “ressaltar o caráter excepcional da medida” e enfatizar a “separação patrimonial e a responsabilidade limitada como uma sanção positiva ao empreendedorismo”.¹⁰⁷

Nesse sentido, os §§ 1º e 5º versam sobre o desvio de finalidade, sendo que aquele estabelece definição para esse desvio como a “utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”, enquanto este determina que a “mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica” não constituiriam âmbito de incidência dessa hipótese. Buscou-se, assim, delimitar a aplicação da técnica pautada no desvio de finalidade.¹⁰⁸

¹⁰⁵ SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário: Eficácia e sustentabilidade*, op. cit., p. 386; BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem. *Revista de Processo*, vol. 290, p. 473-492, abr./2019, aqui p. 5 do pdf.

¹⁰⁶ Mencionam-se, ainda, outras vantagens dessa novidade trazida pelo CPC, dentre as quais estão os fatos de que as disposições: “(a) regulam ambas as modalidades de desconsideração (direta e inversa); (b) exigem que o requerente demonstre a causa específica do pedido de dpj, o que limita a investigação e aponta para o autor do ato impugnado; (c) superam antiga controvérsia sobre o momento oportuno para requerimento da dpj, que pode acontecer em qualquer fase; (d) mas exigem a consequente suspensão do processo, com a instauração da fase instrutória e oportunidade ampla defesa; (e) consagram a ideia de que se cuida apenas de ineficácia do ato impugnado.” (AGUIAR JÚNIOR, *A desconsideração da pessoa jurídica: de Requião aos nossos dias*, op. cit., p. 348).

¹⁰⁷ LEONARDO; RODRIGUES JR., *A desconsideração da pessoa jurídica – alteração do art. 50 do Código Civil*: art. 7º, op. cit., p. 206.

¹⁰⁸ Rafael Branco Xavier conclui ser perceptível uma “nítida intenção de dificultar a aplicação do dispositivo nesse particular: embora a linguagem genérica na definição do § 1º aluda à prática de atos ilícitos de qualquer natureza, passou-se também a afastar, pelo § 5º, a hipótese mais intuitiva.” (XAVIER, *Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu*, op. cit., aqui p. 41). Entretanto, ressalta-se também o entendimento de que, em sentido contrário a referida intenção, o dispositivo acabou ampliando o espaço de interpretação quanto à caracterização do desvio de finalidade (LEONARDO; RODRIGUES JR., *A desconsideração da pessoa jurídica – alteração do art. 50 do Código Civil*: art. 7º, op. cit., p. 212).

Já o § 2º do dispositivo, ressaltou a definição de confusão patrimonial como a “ausência de separação de fato entre os patrimônios”, bem como estabeleceu algumas das hipóteses nas quais essa situação se caracterizaria. Entretanto, considerando que o inciso III desse parágrafo abriu mão da exemplificação contida nos incisos anteriores para destacar que “outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial” também autorizam a aplicação da técnica, verifica-se que o esforço de sistematização das hipóteses aptas a justificar a desconsideração pautada na confusão patrimonial perde parte do sentido.¹⁰⁹

O § 3º, por sua vez, ao evidenciar que o disposto nos dois parágrafos anteriores “também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica”, consagrou a desconsideração inversa no âmbito legal, a qual já era reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência.¹¹⁰

Por fim, o § 4º versa sobre a impossibilidade de desconsideração da personalidade jurídica somente em virtude da caracterização de um grupo econômico, sem o reconhecimento dos demais pressupostos da técnica. O dispositivo acompanha, assim, o desenvolvimento jurisprudencial sobre o assunto,¹¹¹ bem como a tendência internacional com relação ao tema.¹¹²

Cabível ressaltar, ainda, a inserção do art. 49-A no Código Civil,¹¹³ o qual evidencia a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas em relação aos seus sócios, associados, instituidores ou administradores. Dentro do contexto de estímulo ao exercício da liberdade econômica, referido dispositivo pode ser visto como a constatação legal do estímulo ao empreendedorismo. Ademais, configura-se como regra com função hermenêutica transversal

¹⁰⁹ LEONARDO; RODRIGUES JR., A desconsideração da pessoa jurídica – alteração do art. 50 do Código Civil: art. 7º, op. cit., p. 214.

¹¹⁰ GANACIN, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, op. cit., p. 55.

¹¹¹ “O § 4º do art. 50 do Código Civil traz ao direito positivo uma solução contemporaneamente engendrada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no movimento de barreira aos excessos da desconsideração da pessoa jurídica (vide comentários ao caput do art. 50).” (LEONARDO; RODRIGUES JR., A desconsideração da pessoa jurídica – alteração do art. 50 do Código Civil: art. 7º, op. cit., p. 214).

¹¹² Olivier Caprasse menciona não serem comuns, no direito comparado, determinações estabelecendo “um sistema automático de *lifting the veil* em virtude do qual a personalidade de uma sociedade seria automaticamente desconsiderada quando ela é membro de um grupo” (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, aqui p. 8 do pdf).

¹¹³ “Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. (Incluído pela Lei n.º 13.874, de 2019).

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

“de interpretação do instituto da ‘pessoa jurídica’” nos mais diversos contextos em que este aparece no ordenamento jurídico.¹¹⁴

¹¹⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A autonomia da pessoa jurídica – Alteração do art. 49-A do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto *et. al.* (coord.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*, p. 199-200.

2. A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ARBITRAGEM

Configurados os requisitos analisados no capítulo anterior, em se tratando de hipótese que ensejaria a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, surgem as questões de saber se é possível que os árbitros apliquem a desconsideração para atingir o patrimônio de um terceiro que não figura como signatário da convenção de arbitragem, bem como para determinar sua inclusão no procedimento – o que é, como será adiante explorado, medida necessária para que se possa validamente decidir sobre a esfera jurídica desse terceiro.¹¹⁵

Esses questionamentos colocam-se como problemas que se refletem na realidade prática, tendo em vista que pode ocorrer a dedução de um pedido de desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem, em busca da extensão dos efeitos de determinadas obrigações aos bens particulares “de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”, nos termos do art. 50 do Código Civil. Surgiria, nesse caso, a discussão sobre a responsabilidade patrimonial de alguém que não figura como parte no procedimento.

Nessas circunstâncias, caracterizado o interesse jurídico desse terceiro em integrar o processo arbitral,¹¹⁶ a grande questão está em saber o que se deve fazer em casos nos quais a desconsideração da personalidade jurídica é necessária para o correto equacionamento do litígio, mas esse terceiro que se pretende atingir pela medida não figura como parte do procedimento arbitral – por não ser signatário da convenção de arbitragem – e não concorda em integrá-lo.

¹¹⁵ Como bem destacado por Rafael Branco Xavier, apesar de a desconsideração da personalidade jurídica configurar instituto de direito material, a aplicação dessa técnica no procedimento arbitral “pode ser particularmente problemática”, diante do potencial atingimento da esfera jurídica de terceiros não signatários da convenção de arbitragem e, consequentemente, não vinculados à arbitragem (XAVIER, *Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu*, op. cit., aqui p. 37). Assim, necessário destacar que “a possibilidade de alcançar a posição de parte na arbitragem deve levar em consideração as limitações jurisdicionais impostas pela própria convenção de arbitragem (FARIA, Marcela Kohlbach de. *Participação de Terceiros na Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 55).

¹¹⁶ Como ressaltado por André Pagani de Souza, é preciso notar que em casos de efetiva constatação de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, o pedido de responsabilização patrimonial será formulado contra aquele a quem se imputa o abuso da personalidade jurídica definido no art. 50 do Código Civil. Evidencia-se, assim, que esse sujeito “tem interesse jurídico em participar do processo para influir na decisão que será tomada”, pois pode haver atingimento do seu patrimônio ou determinação da ineficácia de determinadas relações jurídicas das quais participa (SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*, op. cit., p. 119). No mesmo sentido, Pedro Henrique Torres Bianqui menciona que o sócio controlador que é alvo do pedido de desconsideração, “[e]nquanto não convidado ao debate, ele será terceiro, porque assim é todo aquele que não é parte”, sendo que como “ele é terceiro juridicamente interessado, poderá também intervir na demanda pendente e se tornará parte” (BIANQUI, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, op. cit., p. 99).

Nesse cenário, importa analisar não só a jurisdição dos árbitros para decidir sobre terceiro não signatário da convenção, como também para integrá-lo ao procedimento, já que eventual decisão sem sua integração geraria problemas procedimentais relativos, por exemplo, à garantia do contraditório.

Assim, o presente capítulo debruça-se sobre a análise das perspectivas doutrinárias, bem como dos fundamentos trazidos pela jurisprudência, para verificar se algum dos argumentos efetivamente propicia alguma explicação plausível para a inclusão de terceiros na arbitragem por meio do manejo da desconsideração da personalidade jurídica pelos árbitros. Cabe verificar, ainda, se algum dos requisitos da própria técnica desconsideração, explorados no capítulo 1 do presente trabalho, poderia servir como justificativa para a inclusão de terceiros na arbitragem.

Insta ressaltar que, neste estudo, fala-se em “terceiro” não simplesmente como alguém cujo patrimônio se pretende atingir por meio da desconsideração da personalidade jurídica,¹¹⁷ mas sim como um terceiro relativamente ao procedimento arbitral, na medida em que seja parte não signatária da convenção de arbitragem e que não integra aquele determinado processo.¹¹⁸

Assim, para que se examine a possibilidade de admissão pelos árbitros da inclusão de um terceiro no curso do procedimento arbitral, será necessário, inicialmente, examinar aspectos relativos ao papel fundamental que o consentimento assume na arbitragem, por meio da verificação de quais são os modos de sua aferição admitidos pelo sistema brasileiro.

Ainda, o tema desdobra-se em outras questões relevantes, como a necessidade de ponderação entre a inclusão do terceiro para garantia da efetividade da arbitragem e os possíveis transtornos que isso pode gerar ao procedimento, a análise do momento adequado para inclusão do terceiro e o exame do poder do árbitro para decidir se tem jurisdição sobre a parte que se

¹¹⁷ Destaca-se, nesse sentido, que “o integrante da pessoa jurídica, enquanto não aplicada a *disregard doctrine*, ostenta a qualidade de terceiro em relação ao processo, mas, a partir do momento que se passa a pedir algo em face desse terceiro, ele deve passar a ser tratado como parte.” (SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*, op. cit., p. 140-141).

¹¹⁸ No âmbito do processo civil, Cândido Rangel Dinamarco, recorrendo à conceituação feita por Enrico Tullio Liebman, define que: “[t]erceiros são todas as pessoas que não sejam parte no processo, ou seja, em determinado processo concretamente considerado.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 26). Já no contexto do procedimento arbitral, há necessidade de adequação desse conceito com atenção para o caráter consensual desse método. Assim, apesar de ser possível conceituar parte no procedimento arbitral como “aquele quem postula algum direito pela via arbitral, bem como aquele contra quem tal direito é postulado” e caracterizar o terceiro, por exclusão, como “aquele que não participa do processo arbitral”, nota-se que “no que tange à análise das partes e terceiros na arbitragem, caberá ao árbitro, em primeiro plano, verificar a existência de convenção de arbitragem e o âmbito de sua vinculação a eventuais terceiros que pretendam ingressar no feito, ou que as partes pretendam incluir na demanda arbitral, a fim de definir o âmbito da sua própria competência” (FARIA, *Participação de Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 48-53).

pretende incluir e sobre o mérito da própria controvérsia envolvendo o terceiro. Esses pontos serão analisados no tópico 2.1 do presente capítulo.

Em seguida, com base nessas considerações, serão expostos, no item 2.2, os posicionamentos da doutrina nacional acerca do tema da utilização da desconsideração da personalidade jurídica em arbitragem para fins de inclusão de terceiros ao procedimento. Embora a experiência internacional caminhe no sentido de admitir a extensão da eficácia da convenção de arbitragem a terceiros pelo fundamento da desconsideração, nota-se que a doutrina brasileira se divide quanto a esse aspecto, tornando necessária uma análise mais detida sobre os argumentos expostos.

Ato contínuo, o tópico 2.3 destina-se à análise da jurisprudência sobre o tema, para que seja possível verificar quais são os critérios utilizados pelos juízes em casos envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem e a inclusão de terceiros no procedimento arbitral.

Por fim, no item 2.4, serão feitas considerações acerca das conclusões obtidas, por meio da sistematização das posições apresentadas e da análise sobre a consistência dos argumentos contrários e favoráveis à aplicação da desconsideração para o fim ora analisado.

2.1. O consentimento e a vinculação à arbitragem

A arbitragem é método de resolução de conflitos pautado na manifestação de vontade das partes em submeter litígio existente ou futuro à jurisdição dos árbitros. Por meio da declaração de vontade, consubstanciada na convenção de arbitragem, os sujeitos renunciam à jurisdição estatal, nos exatos limites da delimitação de competências entre o juízo estadual e o arbitral, e concordam em confiar à instância arbitral a resolução de determinados conflitos.

A convenção de arbitragem configura, nesse sentido, negócio jurídico processual o qual faz com que determinados litígios estejam inseridos na esfera jurisdicional dos árbitros.¹¹⁹ Destaca-se, assim, o caráter contratual da arbitragem no sistema brasileiro, enquanto método de resolução de conflitos que, pautado na liberdade contratual, deriva da autonomia da vontade dos litigantes.¹²⁰

¹¹⁹ Para Carlos Alberto Carmona, a convenção de arbitragem caracteriza “negócio jurídico processual bifronte”, justamente em virtude de seu duplo efeito, pois “vincula as partes no que se refere à solução de litígios atuais ou futuros, submetendo-os à solução arbitral e derroga a jurisdição estatal” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei n. 9.307/96. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 82).

¹²⁰ Destaca-se, assim, que apesar de se tratar de atividade jurisdicional, a arbitragem tem sua origem enquanto procedimento na manifestação de vontade das partes: “Ainda que jurisdicional no desenvolvimento e na função, a arbitragem é convencional na origem [...]” (DIDIER JR., Fredie; ARAGÃO, Leandro. A desconsideração da

A jurisdição dos árbitros configura-se, portanto, como aspecto decorrente do consentimento das partes em submeter a resolução de um litígio à instância arbitral. Surgem daí as principais preocupações que pautam a análise quanto à possibilidade de utilização da desconsideração da personalidade jurídica em arbitragem, por ser necessário analisar o poder dos árbitros para integrar um terceiro ao procedimento, para que possam, só então, decidir sobre sua esfera patrimonial.

Inicialmente, destaca-se que em virtude do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, compete ao próprio árbitro a decisão acerca de sua própria competência, de modo que o tribunal arbitral será o primeiro a se manifestar sobre os pedidos de desconsideração da personalidade jurídica para atingimento de bens de terceiros – e, conseqüentemente, sobre a necessidade de integrar esses sujeitos ao contraditório.¹²¹

Ademais, não se cogita da possibilidade de determinação *ex officio* da inclusão de um terceiro pelo árbitro, quando constatados em um caso concreto os requisitos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.¹²² Assim, verifica-se que há aderência dos árbitros com relação aos pedidos das partes.

Entretanto, mesmo quando houver pedido de uma das partes do procedimento para aplicação dessa técnica com objetivo de atingimento de terceiros não signatários da convenção arbitral, não é sempre que caberá aos árbitros a determinação da inclusão desses sujeitos, por existirem situações nas quais estes estarão fora dos limites da convenção firmada. Desse modo,

personalidade jurídica no processo arbitral. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 263). No mesmo sentido: “a arbitragem possui natureza híbrida, ou seja, ao mesmo tempo em que (i) possui origem contratual (ii) representa o exercício da jurisdição” (GARCIA NETO, Paulo Macedo. *Arbitragem e conexão*. Poderes para decidir sobre questões de conexidade. São Paulo: Almedina, 2018, p. 121).

¹²¹ Nesse sentido, nota-se que, no âmbito da arbitragem, “a cada juiz compete decidir sobre a sua própria competência para apreciar o mérito das ações que lhe são submetidas”, de modo que caberá inicialmente ao árbitro a determinação sobre o âmbito de sua própria competência, bem como da vinculação da convenção de arbitragem a terceiros que pretendam ingressar no procedimento ou que sejam alvo de pedido de inclusão por uma das partes (FARIA, *Participação de Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 53).

¹²² Quanto a esse aspecto, João Cánovas Bottazzo Ganacin destaca que, no tocante ao incidente de desconsideração, “é inviável reconhecer ao juiz o poder de determina-lo *ex officio*. Admiti-lo seria aquiescer à possibilidade de o julgador ampliar *sponte própria* o objeto do processo, nele inserindo algo não postulado pelas partes, o que esbarra na proibição de que o magistrado decida a respeito do que não lhe tenha sido pedido.” (GANACIN, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, op. cit., p. 106). No mesmo sentido: “o art. 50 do Código Civil afirma expressamente que a desconsideração da personalidade jurídica será decidida pelo juiz ‘a requerimento da parte, ou do Ministério Público’. Claramente o art. 50 não autoriza o juiz a desconsiderar *ex officio* a personalidade jurídica e confere legitimidade a dois sujeitos: parte ou Ministério Público” (BIANQUI, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, op. cit., p. 117). Apesar de dizer respeito ao processo judicial, esse raciocínio guarda também relação com a restrição da atuação dos árbitros aos limites dos termos dos pedidos deduzidos pelas partes, especialmente no caso da desconsideração da personalidade jurídica, no qual o próprio art. 50 do Código Civil determina que o seu deferimento depende de requerimento da parte.

nota-se que “a última palavra sobre qualquer pleito de intervenção caberá necessariamente aos árbitros”,¹²³ a quem caberá a análise das circunstâncias do caso concreto.

Assim, verifica-se o poder do árbitro para decidir se tem jurisdição sobre a parte que se pretende incluir e sobre o mérito da própria controvérsia envolvendo o terceiro, bem como o relevante papel que o consentimento exerce no procedimento arbitral e na discussão sobre a qual o presente trabalho se debruça. Torna-se necessário analisar, em seguida, os modos de aferição do consentimento admitidos no sistema brasileiro, os quais podem ser utilizados pelos árbitros nas decisões sobre sua jurisdição sobre determinadas partes e sobre sua competência para dirimir certos litígios.

A princípio, ressalta-se que a importância do consentimento na arbitragem decorre da própria lei, a qual estabelece também critérios para a manifestação do consentimento para arbitrar. O art. 1º da Lei n.º 9.307/96 (“Lei de Arbitragem”), evidenciando o caráter contratual do método, determina que aqueles “capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

O art. 3º da Lei de Arbitragem estabelece, ainda, que “[a]s 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”. Ademais, o art. 4º da Lei de Arbitragem, ao definir o conceito legal de cláusula compromissória, destaca tratar-se da “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”. O § 1º deste artigo estabelece, ainda, que a “cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito”.

Referidos dispositivos, quando lidos em conjunto, evidenciam o papel que a manifestação da vontade das partes exerce na submissão de um litígio à jurisdição arbitral, seja por meio de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral. Assim, somente aqueles que tenham firmado a convenção de arbitragem nos moldes legais, submetendo a resolução de seu conflito à arbitragem, é que estarão sujeitos à jurisdição dos árbitros.

Da leitura dos dispositivos legais, depreendem-se, ainda, discussões acerca da necessidade de forma escrita para a convenção de arbitragem e para a manifestação do consentimento das partes com relação à cláusula firmada. Mais especificamente quanto à

¹²³ Considerando que a Lei de Arbitragem não regulamenta a participação de terceiros, “[s]e o regulamento da instituição arbitral escolhida ou mesmo a convenção de arbitragem nada disser sobre o procedimento com relação a terceiros e as partes não chegarem a um consenso sobre o procedimento a ser adotado, a decisão, via de regra, caberá ao árbitro ou tribunal arbitral” (FARIA, *Participação de Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 165). No mesmo sentido: CARMONA, *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei n. 9.307/96, op. cit., p. 310.

cláusula compromissória, apesar de a doutrina ser “praticamente uníssona no sentido de só reconhecer a cláusula compromissória celebrada por escrito”,¹²⁴ o aspecto formal da manifestação do consentimento com relação à convenção escrita demanda análise mais casuística.

Isso porque a “manifestação de vontade das partes no sentido de submissão de conflitos à arbitragem nem sempre se dá pela expressa assinatura na cláusula compromissória, podendo os comportamentos adotados na situação concreta também refletir a intenção das partes”.¹²⁵ Nesse sentido, caberá aos árbitros a interpretação da conduta dos contratantes e das circunstâncias de celebração do negócio jurídico no qual foi firmada convenção de arbitragem, “para averiguar, concretamente, se há elementos seguros a permitir a conclusão de que houve consentimento para arbitrar”.¹²⁶

Assim, na busca da efetiva manifestação de vontade dos contratantes – para que eventualmente seja possível concluir pela caracterização do consentimento de terceiros não signatários da convenção de arbitragem –, reconhece-se a possibilidade de adesão tácita à convenção de arbitragem.¹²⁷

Desse modo, apesar dos parâmetros legalmente definidos e do destaque conferido para o consentimento claro e inequívoco com relação à jurisdição arbitral, é possível encontrar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que admitem progressivamente a aferição do consentimento tácito como medida suficiente de concordância para com a arbitragem.¹²⁸

¹²⁴ WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2/2004, p. 31-59, mai.-ago/2004, aqui p. 11 do pdf.

¹²⁵ 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, aqui p. 14 do pdf.

¹²⁶ XAVIER, Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 45-46.

¹²⁷ Quanto à possibilidade de adesão tácita à convenção de arbitragem, verifica-se que “[n]a linha do disposto no art. 107 do CC brasileiro, o consentimento ou a manifestação de vontade podem se dar de forma tácita, podendo ser demonstrados por outros meios que não a assinatura da parte.” (BOSCOLO; BENETTI, O consensualismo como fundamento da arbitragem e os impasses decorrentes do dissenso, op. cit., aqui p. 14 do pdf).

¹²⁸ Quanto ao tema, é relevante a constatação de Arnoldo Wald, mencionando que “conforme já se tornou manso e pacífico, tanto na jurisprudência como na doutrina, a aceitação da arbitragem pelas partes costuma ser expressa, mas também pode ser tácita, comprovando-se por numerosas formas, desde a participação efetiva no processo arbitral ou no negócio que deu ensejo ao mesmo, até em virtude de remissão ao regime estabelecido em outro contrato, ou da aceitação das normas contidas no estatuto ou contrato social da empresa, ou ainda da adesão de uma entidade nacional ou internacional que estabelece princípios para determinadas transações, como a International Cotton Association, ou para solução de litígios entre determinadas pessoas, em certos casos, como ocorre no novo mercado da Bovespa.” (WALD, A desconsideração na arbitragem societária, op. cit., aqui p. 2 do pdf). Ademais, dentre os autores nacionais que mencionam essa possibilidade, é possível citar, sem pretensão exaustiva, Gustavo Tepedino, Viviane Muller Prado e Antonio Decacche, Rafael Branco Xavier, Paula Butti Cardoso e Ana Teresa de Abreu Coutinho Boscolo e Giovana Valentiniano Benetti.

Assim, há autores que reconhecem a existência de outros elementos que assumiriam maior relevância na verificação do consentimento das partes ao procedimento arbitral do que a simples assinatura do documento contendo convenção de arbitragem, como por exemplo a participação na contratação ou a existência de sociedades unidas por um controle comum e economicamente voltadas a uma mesma direção.¹²⁹

Haveria, segundo esse difundido entendimento, necessidade de ponderação entre, de um lado, o atingimento da necessária medida de consentimento para a instauração da arbitragem e, de outro, a superação das “teorias de interpretação restritivas do compromisso arbitral”, as quais não se mostrariam adequadas à realidade dos conflitos complexos que costumam ser submetidos à jurisdição arbitral.¹³⁰

Contudo, essa admissão da manifestação tácita do consentimento pode se dar apenas a depender das circunstâncias do caso concreto, sendo necessário proceder a verificação consistente sobre a efetiva participação do sujeito não signatário no negócio jurídico que ensejou o procedimento arbitral. Não se ignora, assim, a importância do elemento consensual para que as partes sejam submetidas à jurisdição arbitral, mas sim se reconhece que essa manifestação de vontade pode se dar de formas diversas da assinatura da convenção de arbitragem.

Expostos os principais aspectos relacionados ao consentimento com relação à arbitragem, passa-se à exposição de outros temas que devem ser analisados quando presentes discussões sobre a vinculação de terceiros ao procedimento arbitral. Isso porque a análise a ser realizada pelo árbitro quando de eventual inclusão de terceiro no procedimento não se esgota no exame do consentimento para com o método, seja ele expresso ou tácito. Outros aspectos devem ser também observados, como os possíveis transtornos derivados da inclusão do terceiro na arbitragem ou até mesmo o momento adequado para sua inclusão.

¹²⁹ Marcela Kohlbach de Faria sintetiza as situações em que se verificam discussões sobre o consentimento implícito, quais sejam: “a) a prática de atos pelos terceiros que atraíam a incidência da convenção de arbitragem; b) as circunstâncias fáticas do litígio que justificam a vinculação do terceiro não signatário; c) eventual benefício ou proveito (jurídico ou econômico) auferido pelo terceiro decorrente da relação contratual em que há cláusula compromissória; d) a existência de conexão indissociável entre relações jurídicas, sendo que uma delas encontra-se regulada por contrato em que há cláusula compromissória” (FARIA, *Participação de Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 56). A autora ressalta, ainda, que a análise de toda a relação contratual é examinada nesses casos, pois o “que usualmente se perquire é a prova de atos das partes ao longo de toda a relação contratual que demonstram a ciência com relação à convenção de arbitragem ou, ao menos, que as partes deveriam saber da sua existência, bem como o grau de envolvimento das partes não signatárias na relação jurídica objeto da convenção de arbitragem” (Ibid., p. 81).

¹³⁰ TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. *Revista dos Tribunais*, vol. 903, p. 9-25, jan./2011.

Quanto aos possíveis problemas decorrentes do acréscimo de nova parte em um procedimento arbitral já instaurado, opera-se uma tensão entre, de um lado, a busca pela garantia da eficiência da arbitragem que já está em curso e, de outro lado, a necessidade de inclusão de um terceiro.¹³¹ Esse aspecto exacerba-se no caso da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que a vinculação do terceiro a partir dessa técnica possui finalidade de garantir a efetividade do próprio pronunciamento jurisdicional.

A depender do momento processual no qual se encontra a arbitragem, a tendência é que, com a inclusão de nova parte no procedimento, ocorra impacto no cronograma previamente estabelecido, diante da necessidade de repetição de atos processuais, para permitir que as partes as quais integraram o procedimento posteriormente possam exercer os mesmos direitos de manifestação que os demais.

Assim, a viabilidade da inclusão do terceiro precisa ser analisada no caso concreto, sendo necessário ponderar o risco de demora excessiva do procedimento com a relevância do acréscimo do terceiro para a resolução efetiva da controvérsia.

No tocante ao momento adequado para inclusão de um terceiro, o problema mais relevante diz respeito à indicação dos árbitros e à formação do tribunal arbitral. Tendo em vista que os árbitros foram investidos em sua função em decorrência de indicação das partes originárias, torna-se necessário analisar a concordância do terceiro para com o tribunal arbitral instituído.

A grande questão deriva do fato de que essa composição de árbitros não constitui apenas o tribunal que julgará o litígio a partir da inclusão do terceiro no procedimento, mas também a própria fonte de jurisdição que determinará o seu acréscimo na arbitragem, o que pode dar ensejo a possíveis alegações de violação às garantias do contraditório e da ampla defesa.

No mesmo sentido, há também a necessidade de, antes da inclusão, oportunizar o contraditório das partes e do terceiro com relação à própria admissibilidade dessa integração, o que também poderá retardar a solução do litígio, apesar de caracterizar circunstância essencial para a garantia do devido processo legal.

Verifica-se, portanto, uma insegurança decorrente do fato de que os árbitros eleitos pelas partes originárias serão os responsáveis pela determinação de regras – sejam aquelas para a própria inclusão do terceiro, sejam as regras procedimentais e decisões de mérito posteriores

¹³¹ Quando se fala em eficiência, pensa-se na “adoção de um procedimento capaz de extrair maior rendimento com redução de custos e dispêndios de tempo e dinheiro.” (MARTINS, Pedro A. Batista. Consolidação de procedimentos arbitrais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 32, p. 251-264, jan.-mar./2012, aqui p. 3 do pdf).

que se fizerem necessárias na arbitragem – e pelos pronunciamentos decisórios. Eleva-se, assim, a possibilidade de questionamento acerca da legitimidade das decisões proferidas, incluindo até mesmo a própria determinação da inclusão do terceiro no procedimento.

Desse modo, é fundamental que o terceiro concorde com o tribunal arbitral já instituído,¹³² sob pena de necessidade de desconstituição dos árbitros e de formação de novo tribunal – o que também poderá gerar tumultos ao procedimento, pelo aumento do tempo de duração da arbitragem e porque os novos árbitros, em exercício do *Kompetenz-Kompetenz*, podem eventualmente sentir a necessidade de reavaliar a admissão do terceiro no processo.

Assim, o momento mais adequado para o pedido da inclusão de terceiros é antes mesmo da formação do tribunal arbitral. Não se ignora, porém, que na realidade dos litígios – e principalmente no caso aqui estudado, de desconsideração da personalidade jurídica –, pode ocorrer de a necessidade de integração de um novo sujeito ao procedimento só se verificar no decorrer do processo, o que aumenta a relevância dessa temática no momento da análise dos árbitros acerca de sua própria competência e dos riscos de demora excessiva do procedimento.

Ademais, necessário destacar que nem todos os regulamentos das câmaras de arbitragem fornecem diretrizes para as hipóteses de inclusão de terceiros, de modo que podem ocorrer situações nas quais o pedido seja formulado antes da instituição do tribunal arbitral. Contudo, de toda forma, o poder para analisar essa medida fica a cargo dos próprios árbitros.

Verifica-se, no entanto, que alguns regulamentos fornecem regras para os casos de intervenção de terceiros. Significativo, nesse sentido, o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), o qual determina, em seu art. 7º, itens 1 e 5, que o requerimento daquele que deseja integrar uma parte adicional deve ocorrer antes da nomeação dos árbitros,¹³³ sendo que eventuais requerimentos posteriores de integração ficarão sujeitos à

¹³² Expondo o caráter essencial da concordância do terceiro com relação ao tribunal arbitral constituído, Marcela Kohlbach de Faria menciona que: “[s]e, por um lado, o ingresso do terceiro pode ser benéfico do ponto de vista da efetividade, por outro lado, não poderá acarretar transtornos excessivo ao procedimento. Assim, entendemos que a admissibilidade do ingresso do terceiro após a formação do tribunal arbitral pressupõe a sua concordância com o árbitro nomeado ou com o tribunal formado, conforme o caso. [...] Por outro lado, é possível que o terceiro esteja em alguma posição que implique conflito de interesse com algum dos árbitros nomeados. [...] Caso haja conflito, o terceiro não deverá ser admitido no procedimento arbitral, salvo concordância expressa de todas as partes para que ocorra a substituição do árbitro conflitado. Caso as partes originárias no procedimento arbitral discordem da substituição do árbitro conflitado, o ingresso do terceiro deverá ser indeferido” (FARIA, *Participação de Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 217).

¹³³ Art. 7º, item 1, Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional: “A parte que desejar integrar uma parte adicional à arbitragem deverá apresentar à Secretaria um requerimento de arbitragem contra a parte adicional (“Requerimento de Integração”). A data na qual o Requerimento de Integração for recebido pela Secretaria deverá, para todos os efeitos, ser considerada como a data de início da arbitragem em relação à parte adicional. Qualquer integração estará sujeita ao disposto nos artigos 6(3)-6(7) e 9. Salvo acordo em contrário de todas as partes, incluindo a parte adicional, ou conforme disposto no artigo 7(5), nenhuma parte adicional poderá

aceitação da constituição do tribunal arbitral e do termo de arbitragem.¹³⁴ Ademais, o regulamento também fornece diretrizes relevantes quanto aos aspectos que devem ser levados em consideração pelos árbitros, em linha com os fatores aqui expostos.

Em síntese, destaca-se que não só o momento de inclusão do terceiro deve ser analisado, como também devem ser sopesados fatores relativos à celeridade do procedimento e ao respeito às garantias do devido processo legal.

Evidencia-se, portanto, que o tema do consentimento à arbitragem expõe uma tensão entre, de um lado, a necessária anuência das partes para submissão ao procedimento arbitral e, de outro lado, a efetividade da sentença arbitral. Isso ocorre especialmente em contextos de situações complexas que podem conduzir a alegações relativas à necessidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em arbitragem – considerando que a inclusão do terceiro pode ser fundamental para a resolução efetiva do litígio, ao mesmo tempo em que pode representar óbice ao adequado deslinde do feito, impossibilitando o juízo arbitral de se pronunciar sobre a controvérsia.

2.2. As posições da doutrina nacional

Destacadas as principais problemáticas que o tema do consentimento costuma levantar em hipóteses nas quais se discute a intervenção de terceiros no procedimento arbitral, passa-se, então, à análise dos posicionamentos adotados pela doutrina nacional quanto ao tema. Tanto no caso de admissão quanto da rejeição do manejo da desconsideração pelos árbitros, nota-se que a maioria dos argumentos encontra fundamentos nos limites subjetivos e objetivos da convenção de arbitragem, com destaque para os primeiros e para a lógica consensualista a qual baseia a arbitragem.

ser integrada após a confirmação ou nomeação de qualquer árbitro. A Secretaria poderá fixar prazo para a apresentação do Requerimento de Integração.”. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>. Acesso em 12/09/2021.

¹³⁴ Art. 7º, item 5, Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional: “Qualquer Requerimento de Integração formulado após a confirmação ou nomeação de árbitro será decidido pelo tribunal arbitral, quando este for constituído, e ficará sujeito à aceitação da constituição do tribunal arbitral e da Ata de Missão pela parte adicional, quando aplicável. Ao decidir sobre um Requerimento de Integração, o tribunal arbitral levará em conta todas as circunstâncias pertinentes, as quais poderão incluir a competência *prima facie* do tribunal arbitral sobre a parte adicional, o momento da submissão do Requerimento de Integração, possíveis conflitos de interesses, e o impacto que a integração terá na arbitragem. Qualquer decisão de integrar uma parte adicional será sem prejuízo da decisão do tribunal arbitral sobre a sua competência em relação à parte em questão.”. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>. Acesso em 12/09/2021.

Contudo, em um esforço de sistematização que buscou agrupar os argumentos da doutrina nacional por pertinência temática, foi também possível diferenciar outras razões invocadas pelos autores em defesa de suas posições. Inicialmente, a análise recairá sobre o posicionamento que rejeita a desconsideração da personalidade jurídica como fundamento para a inclusão de terceiros no procedimento (item 2.2.1). Após, serão examinados os argumentos daqueles que admitem o manejo dessa técnica pelos árbitros para que possam incluir partes não signatárias no processo arbitral (item 2.2.2).

2.2.1. Rejeição da desconsideração da personalidade jurídica como fundamento para inclusão de terceiros no procedimento

Neste item, serão analisados os argumentos daqueles que rejeitam a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem como fundamento para a inclusão de terceiros no procedimento arbitral.

O exame dos fundamentos invocados por aqueles que negam a possibilidade de extensão subjetiva dos efeitos da convenção de arbitragem por meio da desconsideração pode ser dividido em quatro ordens de argumentos, quais sejam: os limites subjetivos da convenção de arbitragem e a ausência de jurisdição dos árbitros para decisões relativas a partes que não manifestaram seu consentimento (item 2.2.1.1), os limites objetivos da convenção de arbitragem (item 2.2.1.2), a existência de requisitos formais para a manifestação do consentimento por meio da convenção de arbitragem (item 2.2.1.3) e a diferenciação entre a desconsideração da personalidade jurídica e as teorias que fundamentam a extensão subjetiva dos efeitos da convenção de arbitragem (item 2.2.1.4).

2.2.1.1. Os limites subjetivos da convenção de arbitragem

Enquadram-se nessa categoria de argumentos aqueles autores que enfatizam o consentimento como aspecto central da arbitragem e, como consequência, negam a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica como fundamento para a inclusão de terceiros no procedimento arbitral, por entenderem que os árbitros não detêm jurisdição sobre partes não signatárias da convenção de arbitragem.

Serão expostas, nesse sentido, as opiniões de Carlos Alberto Carmona, Guilherme Recena Costa, Renato Resende Beneduzi, Fredie Didier Jr. e Leandro Aragão, Rafael Branco Xavier e Paula Butti Cardoso.

Para Carlos Alberto Carmona, não haveria possibilidade de manejo da desconsideração da personalidade jurídica pelo árbitro, pois sua jurisdição “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”.¹³⁵

Desse modo, o autor rejeita a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pelos árbitros com vistas à expansão subjetiva da convenção de arbitragem, pautando-se no argumento de que, para submissão de um litígio à arbitragem, seria necessário o consentimento dos interessados, o qual dependeria de “cabal, clara e inequívoca vontade dos contratantes” em submeter a solução da controvérsia à instância arbitral.

Assim, Carmona nega a possibilidade de importação para o direito brasileiro da solução utilizada em precedentes internacionais, a qual autorizaria o reconhecimento da aceitação da convenção de arbitragem por sociedades integrantes de um mesmo grupo que tiverem tido participação ativa na negociação e execução do contrato.¹³⁶

Nesse sentido, mesmo que verificada confusão patrimonial entre sociedades do mesmo grupo – ou seja, ainda que presente pressuposto que caracterizaria abuso de personalidade jurídica, nos termos do art. 50 do Código Civil e que, em instâncias ordinárias, autorizaria a análise de eventual pedido de desconsideração da personalidade jurídica –, o autor nega a possibilidade de inclusão, por esse fundamento, de parte que não tenha firmado a convenção de arbitragem.

Carmona ressalva, porém, a hipótese na qual há intervenção consensual daquele que não firmou a convenção de arbitragem, ressaltando que o formalismo exacerbado não poderia, nesse caso, impedir a participação do terceiro. Assim, após proferida sentença, as partes não estariam autorizadas a alegar sua nulidade perante o Judiciário, pois isso configuraria contrariar “o próprio ato de concordância em participar (ou admitir a participação de outrem) do processo arbitral”.¹³⁷

¹³⁵ CARMONA, *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei n. 9.307/96, op. cit., p. 83.

¹³⁶ Significativo, nesse sentido, o caso *Isover Saint-Gobain vs. Dow Chemical* (caso CCI 4.131), julgado pela CCI de Paris, no qual a análise da vontade das partes, conforme a teoria do grupo de sociedades, conduziu à conclusão de que a convenção de arbitragem aceita por algumas das sociedades do grupo vinculava as outras sociedades que tivessem sido efetivas partes no negócio jurídico, por terem tido atuação na celebração ou rescisão do contrato. Na ocasião, os árbitros decidiram que “independentemente de as sociedades terem personalidade jurídica própria, o Grupo Dow Chemical seria uma realidade econômica única”, determinando que, apesar de não signatárias, aquelas sociedades as quais “participaram ativamente de todas as fases contratuais e possuíam interesse direto no negócio” eram também partes do contrato. Assim, o tribunal arbitral julgou-se competente para analisar os pedidos formulados por essas sociedades na arbitragem por elas instaurada (BOSCOLO; BENETTI, O consensualismo como fundamento da arbitragem e os impasses decorrentes do dissenso, op. cit., aqui p. 15 do pdf).

¹³⁷ CARMONA, *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei n. 9.307/96, op. cit., p. 83.

Quanto à utilização da desconsideração como maneira de responsabilizar patrimonialmente um terceiro que não participa do procedimento, Guilherme Recena Costa também levanta objeções relacionadas aos limites subjetivos da convenção de arbitragem. Pautando-se no “consentimento como fundamento de legitimidade da arbitragem”, pontua que não seria possível decisão arbitral que, determinando a desconsideração da personalidade jurídica, estabelecesse direitos e obrigações de terceiros estranhos ao procedimento.¹³⁸

Já para Renato Resende Beneduzi, os árbitros não têm jurisdição para decidir, com fundamento na desconsideração da personalidade jurídica, sobre questões relativas a terceiros não signatários da convenção de arbitragem e estranhos à relação jurídica material que deu origem ao litígio. O autor reforça o caráter essencialmente consensual da arbitragem para destacar que não haveria, no direito brasileiro, possibilidade de vinculação desses terceiros com base em teorias não consensuais, pois o consentimento configuraria condição de constitucionalidade da arbitragem no Brasil.¹³⁹

Ainda, Renato Beneduzi recorre à diferenciação entre “jurisdiction e liability”,¹⁴⁰ buscando evidenciar que, no âmbito do procedimento arbitral, para que se possa verificar se um terceiro pode ser responsabilizado com fundamento na desconsideração da personalidade jurídica, é preciso antes constatar se o árbitro possui jurisdição para decidir controvérsia relativa a parte não signatária da convenção de arbitragem.

Assim, seria necessário primeiramente examinar “a questão processual relativa à admissibilidade como parte na arbitragem de um terceiro não signatário, que não manifestou a vontade – explícita ou implicitamente – de levar à arbitragem o julgamento desse litígio”.¹⁴¹ Desse modo, a análise sobre a desconsideração ocorreria em um segundo momento, apenas caso admitida a jurisdição dos árbitros sobre o terceiro, e não como o próprio fundamento para a sua inclusão.

¹³⁸ COSTA, Guilherme Recena. *Partes e Terceiros na Arbitragem*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 163.

¹³⁹ BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem. *Revista de Processo*, vol. 290, p. 473-492, abr./2019.

¹⁴⁰ O autor cita a distinção evidenciada por Gary Born, nos seguintes termos: “Finally, it is well-settled that there is a distinction between jurisdiction and substantive liability. An entity may be a party to an arbitration agreement (despite its non-signatory status), but not liable substantively in the parties’ underlying dispute; conversely, an entity may not be bound by an arbitration agreement, despite being liable in the underlying dispute. This is a consequence of both the separability presumption (pursuant to which an entity may become a party to an arbitration agreement, but not the underlying contract) and potentially differing standards of jurisdiction and substantive liability under the applicable law or laws (BORN, Gary. *International commercial arbitration*. 2. ed. 2014. v. 1. p. 1418)” (BENEDUZI, Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem, op. cit., aqui p. 9 do pdf).

¹⁴¹ BENEDUZI, Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem, op. cit., aqui p. 2 do pdf.

No entendimento de Fredie Didier Jr. e Leandro Aragão, “a legitimidade para figurar como parte em um processo arbitral decorre da posição jurídica de parte na convenção de arbitragem”.¹⁴² Partindo dessa premissa, os autores consideram que a convenção de arbitragem, enquanto negócio jurídico decorrente da autonomia da vontade, obriga apenas aqueles contratantes que, por meio de expressa manifestação de vontade, dela fazem parte. Concluem, assim, que:

“[...] compelir alguém não signatário de uma convenção de arbitragem a tomar parte do procedimento arbitral sem que tenha havido uma nítida evidência de seu consentimento constitui uma séria invasão da livre autonomia da vontade.”¹⁴³

No entanto, como será mencionado no item 2.2.1.2, os autores consideram que a principal razão que impede a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em arbitragem relaciona-se, em realidade, aos limites objetivos da convenção de arbitragem.¹⁴⁴

Por sua vez, Rafael Branco Xavier, considerando que o consentimento é o critério que, segundo a lei brasileira, define a vinculação das partes ao procedimento arbitral, conclui que não está dentro da esfera de poder do árbitro a inclusão de um terceiro no procedimento através da desconsideração da personalidade jurídica, pois isso desnaturaria a arbitragem enquanto método pautado na declaração de vontade das partes. Assim, o autor ressalta que os árbitros detêm jurisdição apenas sobre os sujeitos que assinaram a convenção de arbitragem.¹⁴⁵

Nesse sentido, defende que a verificação do consentimento dos sujeitos ao procedimento arbitral não guarda relação com os pressupostos que pautam a desconsideração da personalidade jurídica, de modo que a “posição jurídica de responsável patrimonial a que se sujeita o terceiro por efeito da aplicação do instituto não se confunde com a posição jurídica de parte no processo arbitral”.¹⁴⁶

Ademais, o autor também refuta a aplicação da desconsideração na arbitragem ao sustentar que a norma que pauta essa técnica tem escopo distinto daquela que disciplina o

¹⁴² DIDIER JR.; ARAGÃO, A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral, op. cit., p. 256.

¹⁴³ Ibid., p. 264.

¹⁴⁴ Nesse sentido, sintetizando a posição dos autores, Ricardo Ramalho Almeida ressalta que ambos sustentam “que a desconsideração implicaria expandir a cognição do árbitro para fatos estranhos ao negócio jurídico objeto da convenção de arbitragem, tais como aqueles que demonstram o desvio de finalidade da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial, sendo essa outra razão que impediria o conhecimento de alegações de desconsideração da personalidade jurídica em sede arbitral” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na arbitragem: análise do Recurso Especial 1.698.730/SP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 59, out.-dez./2018, aqui p. 8 do pdf).

¹⁴⁵ XAVIER, Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 50-51.

¹⁴⁶ Ibid., aqui p. 45.

negócio jurídico através do qual as partes submetem seus litígios à arbitragem, de modo que ambas não poderiam conduzir ao mesmo resultado, qual seja a vinculação dos sujeitos ao procedimento arbitral. Isso porque enquanto o art. 50 do Código Civil estabelece como consequência a responsabilização patrimonial daquele beneficiado por determinado abuso, o art. 3º da Lei de Arbitragem versa sobre a obrigação de participar do processo arbitral, como efeito da convenção de arbitragem.¹⁴⁷

Entretanto, há duas únicas hipóteses nas quais o autor admite a desconconsideração relacionada ao procedimento arbitral. A primeira delas – a qual será explorada no item 2.2.1.4 do presente trabalho – é relativa ao direito de eventual prejudicado de buscar a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica em face de um não signatário quando estiver caracterizada a sua adesão tácita à convenção de arbitragem.

A segunda hipótese trata da situação na qual o terceiro concorda em ter essa questão discutida na seara arbitral. Entretanto, destaca-se esse caso não é o foco do presente trabalho, o qual busca compreender a possibilidade de manejo da desconconsideração pelos árbitros quando não houver concordância da parte que será atingida pela medida em ingressar na arbitragem e em discutir na jurisdição arbitral o preenchimento dos pressupostos dessa medida.

Já em todos os demais casos, com relação aos quais Rafael Branco Xavier se opõe à possibilidade de aplicação da desconconsideração em arbitragem, o autor defende que a alternativa restante para os sujeitos que pretendem a aplicação dessa técnica seria recorrer ao Judiciário¹⁴⁸ – seja em demanda autônoma, seja em sede de cumprimento da sentença arbitral proferida, como será explorado no item 3.2 do presente trabalho.

Por fim, especificamente quanto à aplicação da desconconsideração para fins de ampliação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem, ressalta-se a posição de Paula Butti Cardoso, quem nega essa possibilidade, porquanto seria “contrária ao consentimento manifestado pelas partes” e geraria “um alargamento indevido dos limites subjetivos da convenção”. Assim, a autora pauta-se na ausência de manifestação de consentimento no instrumento contratual – seja

¹⁴⁷ XAVIER, Desconconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 45-46.

¹⁴⁸ Nota-se que é justamente com base na existência dessas alternativas que Rafael Branco Xavier refuta os argumentos daqueles que defendem que deveria ser admitido o manejo da desconconsideração na arbitragem com fundamento no fato de que a escolha por essa instância jurisdicional de resolução de conflitos não poderia privar os sujeitos de seu direito subjetivo de propor a desconconsideração da personalidade jurídica. Isso porque, como mencionado, os sujeitos não ficam privados da possibilidade de propor essa medida, já que a via jurisdicional estatal continua sendo competente para isso. (Ibid., aqui p. 60-63).

este expresso ou tácito – das partes que se pretende incluir no procedimento, em virtude da convenção de arbitragem ali contida.¹⁴⁹

Insta ressaltar, em síntese, que essa lógica consensualista caracteriza o argumento no qual se baseia a maior parte dos autores contrários à possibilidade de invocar a desconconsideração como fundamento para a inclusão de terceiros no procedimento. Nesse sentido, mesmo que outros argumentos também sejam utilizados pelos que rejeitam essa aplicação em arbitragem, nota-se que o aspecto do consentimento necessário com relação à arbitragem é quase sempre mencionado, tendo em vista seu caráter primordial nessa instância de resolução de conflitos.

Assim, nota-se que esse fundamento consensualista para a jurisdição dos tribunais arbitrais é também mencionado ao longo da exposição dos argumentos elencados pelos demais autores, seja em defesa das demais razões empregadas contra o manejo da desconconsideração na arbitragem, seja como ressalva feita por aqueles que defendem posição contrária.

Desse modo, como será exposto adiante (*cf.* item 2.2.2.1), mesmo aqueles que são favoráveis à utilização da desconconsideração em arbitragem, não se desvinculam de argumentos com base consensualista, pois defendem a aplicação dessa técnica aliada a outros modos de aferição do consentimento, justamente por admitirem que a manifestação de vontade é critério fundamental nesse âmbito jurisdicional.

2.2.1.2. Os limites objetivos da convenção de arbitragem

Uma segunda ordem de argumentos invocados pela doutrina diz respeito aos limites objetivos da convenção de arbitragem, os quais impediriam a discussão de assuntos não abarcados no negócio objeto da cláusula pactuada. Nota-se, entretanto, que a análise dos argumentos levantados nesse sentido revela que estes geralmente guardam mais relação com o elemento do consentimento, acima exposto, do que com os limites objetivos propriamente ditos da controvérsia, como será a seguir evidenciado.

¹⁴⁹ Para alcançar essa conclusão, a autora menciona que os sujeitos que têm sido vinculados à arbitragem, na experiência norte-americana, em virtude da desconconsideração da personalidade jurídica, não teriam consentido com a convenção de arbitragem e que isso se dá “seja quando a signatária demanda a desconconsideração da personalidade jurídica da parte contrária, pois não há consentimento com a convenção por parte de seus sócios, diretores, administradores ou controladora, seja quando quem demanda a desconconsideração é a própria controladora, pois a signatária não consentiu em arbitrar com ela, mas tão somente com a controlada.” (CARDOSO, Paula Butti. *Limites subjetivos da convenção de arbitragem*. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 153).

Inserem-se dentre os autores que mencionam os limites objetivos da convenção de arbitragem como objeção ao manejo da desconsideração pelos árbitros: Carlos Alberto Carmona, Fredie Didier Jr. e Leandro Aragão e Guilherme Recena Costa.

Para Carlos Alberto Carmona, a desconsideração da personalidade jurídica esbarraria também nos limites objetivos da convenção de arbitragem, de modo que não seria possível admiti-la na instância arbitral para fins de extensão da jurisdição dos árbitros e dos efeitos da sentença.¹⁵⁰

Ainda, Fredie Didier Jr. e Leandro Aragão destacam que a discussão sobre a desconsideração da personalidade jurídica configura ampliação indevida do objeto do litígio para além das matérias às quais o árbitro estaria adstrito, por conta da convenção de arbitragem e da relação contratual que lhe dá base.

Isso porque surge nessas situações a necessidade de analisar matérias que, a princípio, transbordam o escopo do negócio jurídico celebrado, por não estarem contidas no “conjunto da arbitrabilidade objetiva submetido à apreciação de todo e qualquer Tribunal Arbitral”, para que se possa verificar se houve a caracterização dos pressupostos autorizadores da desconsideração, constantes do art. 50 do Código Civil.¹⁵¹

Concluem, por fim, que não cabe ao árbitro a decisão sobre a utilização da desconsideração da personalidade jurídica para imputação de responsabilidade a terceiros que não fazem parte da convenção de arbitragem, tendo em vista que isso ocasionaria, além da vinculação de partes não signatárias as quais não manifestaram o seu consentimento, o “transbordamento dos limites do negócio jurídico que permitiu a instauração da arbitragem”.¹⁵²

Da mesma forma, Guilherme Recena Costa é outro autor que destaca os limites objetivos da convenção de arbitragem enquanto restritivos da sua utilização como fundamento para a inclusão de terceiros no procedimento arbitral. O autor defende, assim, que o atingimento do patrimônio dos sócios – ou da sociedade, em se tratando do caso da desconsideração inversa –

¹⁵⁰ CARMONA, *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei n. 9.307/96, op. cit., p. 83.

¹⁵¹ Nesse sentido, os autores defendem que “[d]ecidir a desconsideração da personalidade jurídica é ir além dos limites da cognição arbitral, na medida em que será necessário analisar matérias não vinculadas ao negócio jurídico convencionado que se caracterizam nas hipóteses legais de abuso da personalidade jurídica: o desvio de finalidade e a confusão patrimonial”, de modo que “por ampliação indevida do objeto da arbitragem e por necessidade imperiosa de respeito à sua origem contratual – de onde, regularmente, se extrai a legitimidade para ser parte na arbitragem – a mencionada desconsideração não é matéria arbitrável. Essa é a principal razão pela qual não cabe desconsideração da personalidade jurídica em arbitragem, devendo essa sanção ser obtida perante o Poder Judiciário” (DIDIER JR.; ARAGÃO, *A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral*, op. cit., p. 266-267).

¹⁵² *Ibid.*, p. 267.

demandaria a análise da conduta do terceiro que se pretende responsabilizar, o que extrapolaria os limites objetivos da convenção arbitral.¹⁵³

Por fim, em sentido contrário, destaca-se o posicionamento de Rafael Branco Xavier, para quem os limites objetivos da convenção de arbitragem não impediriam que a desconconsideração da personalidade jurídica fosse determinada no procedimento arbitral enquanto instituto de direito material representativo de regra de imputação de responsabilidade patrimonial às partes.¹⁵⁴ Entretanto, nota-se que, para o autor, essa hipótese está justamente restrita às partes signatárias da convenção de arbitragem,¹⁵⁵ não podendo servir como fundamento para vinculação de terceiro que não consentiu ao processo arbitral (*cf.* item 2.2.1.4).

Nesse contexto, Rafael Branco Xavier discorda dos argumentos no sentido de que a desconconsideração estaria fora do escopo do negócio jurídico que pauta a convenção de arbitragem, implicando alargamento indevido do objeto do litígio. Entende, assim, que a “responsabilidade patrimonial de terceiro *poderá* ser atribuída, como sanção pelo tribunal”, sob pena de comprometimento da função jurisdicional da arbitragem.¹⁵⁶ Desse modo, a desconconsideração estaria entre as matérias discutíveis “em face do devedor originário por meio da arbitragem, embora sem eficácia em face do terceiro potencialmente atingido”.¹⁵⁷

No entanto, conforme mencionado, esse posicionamento não conduz o autor a concluir pela possibilidade de aplicação da desconconsideração no procedimento arbitral como fundamento para a inclusão de terceiros não signatários da convenção. Pelo contrário, Rafael Branco Xavier entende que o manejo dessa regra de responsabilidade patrimonial está restrito às partes da arbitragem.

¹⁵³ COSTA, *Partes e Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 163.

¹⁵⁴ Registra-se que a opção pela menção a referida posição nesse momento – e não no item 2.2.2.2 – deu-se tendo em vista que Rafael Branco Xavier integra a corrente contrária à desconconsideração como fundamento para a inclusão de terceiros no procedimento arbitral, apesar de fazer essa ressalva quanto ao fato de que a desconconsideração da personalidade jurídica pode fazer parte do objeto do litígio entre sujeitos signatários da convenção de arbitragem.

¹⁵⁵ É nesse contexto que o autor conclui que “[a] Lei de Arbitragem não exclui, contudo, que seja aplicada [a desconconsideração] às efetivas partes deste processo”, já que “a desconconsideração é um instituto de direito material, e a atribuição de responsabilidade patrimonial pelo descumprimento de um contrato também o é.” (XAVIER, *Desconconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu*, op. cit., aqui p. 49).

¹⁵⁶ Nesse ponto, o autor diz concordar com Carlos Lobo, autor cuja posição favorável à aplicação da desconconsideração na arbitragem será adiante explorada (*cf.* item 2.2.2.3), no tocante ao fato de que a competência dos árbitros abrange também a decisão sobre elementos relativos à personalidade jurídica das partes (*Ibid.*, aqui p. 49).

¹⁵⁷ *Ibid.*, aqui p. 50-51.

2.2.1.3. Os requisitos formais da convenção de arbitragem e da manifestação do consentimento

Há, ainda, posição que ressalta que os requisitos formais da convenção de arbitragem configurariam óbice para a aplicação da desconsideração em arbitragem, pois a manifestação do consentimento teria que se dar pela forma legalmente prevista, não podendo ser admitido seu reconhecimento de outra forma. Nesse sentido, para Otávio Joaquim Rodrigues Filho, não seria possível a extensão subjetiva ou objetiva da convenção de arbitragem, por se tratar de negócio jurídico processual fundado na autonomia da vontade, o qual poderia apenas vincular seus signatários.

Refutando as opiniões daqueles que entendem possível a incidência da desconsideração em arbitragem, o autor conclui que, se necessário, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica deve ser pleiteado frente ao Judiciário. Isso porque, caso contrário, haveria indevida extensão da convenção de arbitragem, tendo em vista que a desconsideração busca estender o efeito de relações obrigacionais a sujeitos diferentes daqueles integrantes da relação originária.¹⁵⁸

Referida conclusão é alcançada principalmente com base no argumento de que é necessário o consentimento formal e expresso à arbitragem para que a controvérsia possa ser submetida à jurisdição arbitral, nos termos do art. 4º da Lei de Arbitragem. Ainda, o autor recorre à noção de validade do negócio jurídico (art. 104, III, CC)¹⁵⁹ para argumentar que, tendo em vista a existência de forma escrita pela Lei de Arbitragem, é preciso respeitá-la para que se possa considerar válida a adesão à convenção de arbitragem.

Todavia, em defesa dessa sua posição formalista, nota-se que o autor sustenta a impossibilidade de adesão tácita à convenção de arbitragem, o que contraria amplo reconhecimento doutrinário e jurisprudencial acerca do assunto (*cf.* item 2.1).¹⁶⁰

Fora esse argumento, apesar de chegar à conclusão que também nos parece adequada – sustentando a incompetência do juízo arbitral diante de sujeitos que não firmaram convenção arbitral –, Otávio Joaquim Rodrigues Filho o faz a partir de razões que se limitam, no fundo, à

¹⁵⁸ RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 284-290.

¹⁵⁹ Art. 104, inc. III, CC: “A validade do negócio jurídico requer: [...] III – forma prescrita ou não defesa em lei.”.

¹⁶⁰ Quanto a esse aspecto, importante também mencionar que a necessidade de manifestação inequívoca do consentimento e de forma escrita para a convenção de arbitragem não se confundem com a possibilidade de adesão tácita a ela, conforme destacado por Rafael Branco Xavier: “[a] convenção de arbitral terá que ser escrita, embora a adesão a ela – negócio jurídico unilateral – poderá ser tácita” (XAVIER, *Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu*, op. cit., aqui p. 53).

lógica consensualista da arbitragem e à crítica de posicionamentos contrários de outros autores. O autor rebate, nesse contexto, os posicionamentos de Marcos Paulo de Almeida Salles e de Eduardo Secchi Munhoz.

Quanto ao primeiro, Otávio Joaquim Rodrigues Filho sustenta que Marcos Paulo de Almeida Salles defenderia não propriamente a submissão ao procedimento arbitral de sujeitos não signatários da convenção de arbitragem, mas sim a efetiva determinação da amplitude dos efeitos da sentença arbitral. Isso porque Marcos Paulo de Almeida Salles consideraria que os sócios ou administradores da pessoa jurídica ficam também sob o efeito do art. 50 do Código Civil a partir do momento em que a sociedade opta pela arbitragem enquanto método de resolução de conflitos e exerce abusivamente a personalidade jurídica.

Otávio Joaquim Rodrigues Filho refuta esse argumento, sob o fundamento de que não seria admissível a adesão implícita e tácita à convenção de arbitragem, em virtude da forma legalmente prescrita para a manifestação de vontade quanto à submissão dos litígios à arbitragem. Entretanto, como já mencionado, essa lógica contraria amplo reconhecimento doutrinário e jurisprudencial.¹⁶¹

Já quanto a Eduardo Secchi Munhoz, Otávio Joaquim Rodrigues Filho relembra que o autor versa sobre a desconsideração no contexto dos grupos de sociedades, como mecanismo para reestabelecimento da realidade econômica nos casos concretos. Contudo, o autor adequadamente destaca que Munhoz não versa propriamente sobre a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a sociedades de um mesmo grupo, mas sim sobre a determinação, a partir do grau de participação na formação e execução do contrato, de quais são as verdadeiras partes desse negócio jurídico.

Ademais, sustenta que apenas a unidade econômica dos grupos de sociedade não seria fundamento suficiente para possibilitar a desconsideração na seara arbitral. Assim, contraria o argumento com base no qual alega que Munhoz constrói sua posição, qual seja o de que a “unidade econômica deve implicar nas consequências da unidade jurídica”.¹⁶²

¹⁶¹ Apesar disso, o posicionamento de Marcos Paulo de Almeida Salles, como será explorado adiante (*cf.* item 2.2.2.2), também não nos parece adequado ao defender a automática possibilidade de vinculação dos sócios e administradores aos efeitos do art. 50 do Código Civil tão-somente porque a sociedade que integram firmou convenção de arbitragem. Pelo contrário, para que eventual consentimento tácito quanto a essa convenção pudesse ser determinado, seria necessária a análise da relação contratual como um todo, para que se constate se esses sócios e administradores realmente tinham ciência da convenção pactuada e atuaram substancialmente na negociação ou execução do negócio jurídico.

¹⁶² RODRIGUES FILHO, *Desconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*, op. cit., p. 287.

Em síntese, dada a verificação dos fundamentos nos quais o autor se baseia, conclui-se que, apesar de parecer inicialmente que Otávio Joaquim Rodrigues Filho pauta-se em lógica mais formalista para negar o manejo da desconsideração em arbitragem, não se trata propriamente de argumento diferenciado com relação àqueles que defendem a impossibilidade de aplicação da desconsideração em arbitragem com base na necessidade da observância dos limites subjetivos e objetivos da convenção de arbitragem.

2.2.1.4. Distinção entre a desconsideração e as teorias que fundamentam a vinculação de terceiros à arbitragem

Finalizando a análise dos argumentos contrários à utilização da desconsideração como fundamento para a inclusão de terceiros no procedimento arbitral, passa-se ao exame das razões invocadas por aqueles que estabelecem uma diferenciação entre a técnica da desconsideração e as teorias que baseiam a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a terceiros não signatários. Incluem-se nessa categoria os argumentos de Guilherme Recena Costa, Renato Resende Beneduzi, Fernanda Sirotsky Scaletsky, Fredie Didier Jr. e Leandro Aragão, Rafael Branco Xavier, Paula Butti Cardoso e Leonardo de Campos Melo, os quais passam a ser expostos.

Guilherme Recena Costa, ao se posicionar contra a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em arbitragem, conclui que “[p]ela sua própria natureza, o manejo da desconsideração cabe, assim, à jurisdição estatal, e não aos árbitros”.¹⁶³ Buscando destacar o papel reduzido que, em seu entendimento, a desconsideração deveria ter em arbitragem, o autor divide sua análise, diferenciando a vertente atributiva da desconsideração da personalidade jurídica daquela destinada à responsabilização patrimonial de terceiros – e concluindo, ao fim, que nenhuma delas serviria como fundamento para a extensão subjetiva da convenção de arbitragem.

Com relação à vertente atributiva, a qual teria a finalidade de atribuir a uma sociedade integrante de um grupo societário ou a um de seus sócios a obrigação de arbitrar assumida originariamente por outra parte integrante da estrutura societária, Guilherme Recena Costa rejeita sua aplicação com base em dois fundamentos.

O primeiro deles é o fato de que essa vertente costuma se confundir, na prática, com a aplicação da desconsideração para fins de responsabilização patrimonial, circunstância essa que

¹⁶³ COSTA, *Partes e Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 164.

¹⁶³ Ibid., p. 164.

seria especialmente problemática na esfera arbitral, tendo em vista que a vinculação à arbitragem, baseada no consentimento, não pode se confundir com a responsabilidade pelo débito eventualmente fixada em sede de execução da sentença arbitral.¹⁶⁴

O segundo motivo relaciona-se ao fato de que, segundo o autor, seria mais adequado recorrer, para a resolução de casos concretos, a outros institutos mais bem consolidados na doutrina e na jurisprudência,¹⁶⁵ os quais contariam com critérios mais precisos e deveriam ser privilegiados em detrimento da invocação – a qual muitas vezes se dá de forma imprecisa – da vertente atributiva da desconsideração.

Outro autor que também apresenta argumentos nesse sentido é Renato Resende Beneduzi, quem estabelece a ressalva quanto à possibilidade de vinculação de terceiros à arbitragem por meio do emprego de outros fundamentos, como a teoria do grupo de sociedades. Entretanto, para Beneduzi, a desconsideração da personalidade jurídica configuraria hipótese diversa e que, tendo em vista seu caráter sancionatório, não poderia funcionar como fundamento para a extensão subjetiva da cláusula compromissória.¹⁶⁶

Ademais, Fernanda Sirotsky Scaletsky também destaca que a adequada definição da abrangência subjetiva da cláusula compromissória deve se dar por meio da efetiva interpretação da vontade das partes e de sua manifestação de consentimento, e não da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, de modo que essa técnica não poderia servir como fundamento para a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Nos termos do autor, evidencia-se que: “[a] rigor, contudo, não deveriam ser misturadas as duas noções, pois ainda que a controladora possa ser eventualmente responsável pelo débito, recaindo a execução da sentença arbitral sobre o seu patrimônio, isso não significa que ela também esteja vinculada à arbitragem.” (COSTA, *Partes e Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 162).

¹⁶⁵ O autor cita, nesse sentido, “a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, da teoria dos atos próprios e do *equitable estoppel*”. Especificamente em comparação com relação ao *estoppel*, Guilherme Recena Costa menciona que, no caso de desconsideração para fins de atribuição de responsabilidade patrimonial, inexistiria, “ao contrário dos casos de aplicação da noção de *estoppel*, um ato do qual se possa deduzir concordância com a jurisdição arbitral; trata-se, antes, simplesmente de sancionar a conduta fraudulenta ou abusiva estranha ao contrato” (Ibid., p. 162-163).

¹⁶⁶ O autor cita o entendimento de Fouchard, Gaillard e Goldman, em comentários a sentença arbitral de 1990 da CCI, nos quais evidenciam que, em virtude de seu caráter sancionatório, não se pode utilizar a desconsideração da personalidade jurídica como fundamento para a vinculação de terceiros à convenção arbitral, nos seguintes termos: “[...] because of the contractual basis of arbitration, the scope of the arbitration agreement should not be extended to punish the behaviour of a third party. Such measures should only be taken by the courts, before which a party will always be able to argue that the corporate veil should be lifted. (GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold (eds.). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International commercial arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999 p. 284)” (BENEDUZI, Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem, op. cit., aqui p. 3 do pdf).

¹⁶⁷ SCALETSKY, Fernanda Sirotsky. *O caso Trelleborg e a extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias*. Tese (Pós-Graduação *latu sensu*) – Curso de especialização “O novo direito internacional: direito internacional público, privado, e direito da integração”. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, p. 56.

Ainda, Fredie Didier Jr. e Leandro Aragão ressaltam a existência de outras técnicas que são aplicadas pela doutrina e pela jurisprudência, as quais permitiriam constatar a existência de “adesão implícita” ao processo arbitral e, conseqüentemente, autorizariam a inclusão na arbitragem de partes que não subscreveram a convenção de arbitragem. Seria o caso, por exemplo, das situações de grupos de sociedades – a exemplo do que foi fixado no caso CCI n.º 4131, *Isover Saint Gobain vs. Dow Chemical*, decidido em 23 de setembro de 1982¹⁶⁸ – e da desconsideração da personalidade jurídica.

Apesar de enquadrarem a desconsideração como uma dessas hipóteses, destacando o paradigmático caso *Orri vs. Société des Lubrifiants Elf-Aquitaine* (CCI n.º 5730),¹⁶⁹ os autores ressaltam que, no Brasil, ainda não há posicionamento definitivo da doutrina e da jurisprudência acerca da extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários por meio da desconsideração da personalidade jurídica e concluem, como acima mencionado (*cf.* item 2.2.1.1), pela impossibilidade de utilização da desconsideração como fundamento para decisão dos árbitros sobre terceiros não signatários da convenção de arbitragem.

Ressalta-se, ademais, o posicionamento de Rafael Branco Xavier, quem destaca que, apesar de a adesão tácita de não signatários ser admitida pelo Direito brasileiro enquanto modo de aferição do consentimento para fins de extensão subjetiva da eficácia da convenção de arbitragem, esta não pode ser confundida com a desconsideração da personalidade jurídica, a qual funciona apenas como regra de atribuição de responsabilidade patrimonial e tem pressupostos que não guardam relação com a verificação do consentimento das partes para arbitrar.

É justamente com base nessa diferenciação que o autor conclui que a desconsideração não caracteriza fundamento para a inclusão de terceiros no procedimento arbitral.¹⁷⁰ Partindo

¹⁶⁸ Ao citar referido precedente e os requisitos para a inclusão de terceiros pelo fundamento da existência de um grupo de sociedades, os autores referem-se à importante advertência feita por Bernard Hanotiau, no sentido de que “cada caso envolvendo a extensão da convenção de arbitragem a outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo da sociedade signatária deve ser avaliado em razão do consentimento – explícito ou implícito – daquelas sociedades, não sendo apenas suficiente a simples existência de um grupo societário para autorizar-se a extensão” (DIDIER JR.; ARAGÃO, A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral, *op. cit.*, p. 265).

¹⁶⁹ O caso *Orri vs. Société des Lubrifiants Elf-Aquitaine* é considerado como paradigmático no âmbito internacional por ter permitido a desconsideração da personalidade jurídica em arbitragem. A Corte de Apelação de Paris, em decisão de 1990, manteve a extensão dos efeitos da cláusula compromissória, entendendo que o negócio jurídico existente entre os sujeitos estabeleceria uma presunção de aceitação e de conhecimento acerca da cláusula compromissória inserida no contrato estipulado (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Cláusula compromissória e grupo de sociedades. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 48, p. 33-52, jan.-mar/2016, aqui p. 5 do pdf; XAVIER, Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, *op. cit.*, aqui p. 58)

¹⁷⁰ Nesse sentido, conclui o autor que “[e]m síntese, o Direito brasileiro não admite como critério de vinculação ao procedimento arbitral o abuso da personalidade jurídica, pois a verificação do consentimento não se confunde com os pressupostos da desconsideração. Não se nega com isso a ‘extensão’ subjetiva da cláusula compromissória.

do consentimento enquanto fator primordial, Rafael Branco Xavier destaca que só seria possível a inclusão de um não signatário quando o tribunal arbitral, com base na prerrogativa que lhe é atribuída pelo princípio do *Kompetenz-Kompetenz*,¹⁷¹ verificasse a existência de consentimento – ainda que tácito – à convenção de arbitragem. Nesse sentido, sustenta que:

“[a] verificação da responsabilidade pela dívida será definida pelo árbitro na sentença. Esse juízo será feito em relação às partes que estiverem vinculadas pela convenção arbitral: tanto as signatárias quanto as não signatárias que tenham manifestado tacitamente a sua vinculação. O juízo que levará à aplicação do art. 50 na arbitragem é *posterius*, e não *prius*.”¹⁷²

Ainda, o autor também rebate a aplicação da desconsideração atributiva como meio para fundamentar a vinculação de terceiros ao procedimento arbitral,¹⁷³ por entender que o teor do art. 50 do Código Civil não abrangeria essa teoria, a qual não poderia, portanto, ser admitida no Direito brasileiro. Assim, não se poderia reconhecer, por meio da desconsideração atributiva da personalidade jurídica, a possibilidade de imputar a ente diverso daquele que assinou a convenção de arbitragem a posição jurídica de parte no procedimento arbitral, justamente pela posição central que a manifestação do consentimento ocupa quanto à vinculação à arbitragem.¹⁷⁴

Já Paula Butti Cardoso, ao versar sobre os limites subjetivos da convenção arbitral, também defende a inaplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica aos grupos de sociedade como fundamento para a vinculação de não signatários à convenção de arbitragem. Para a autora, recorrer à desconsideração para a extensão subjetiva dos efeitos da convenção não seria medida justificável nesses casos, pois os árbitros teriam a possibilidade de “reconhecerem a qualidade de parte das não signatárias que consentiram com a convenção” por meio de outras formas de identificação da vontade das partes.¹⁷⁵

Essa é possível segundo o Direito brasileiro. O seu fundamento não está na regra da desconsideração da personalidade jurídica, mas na correta identificação de quem são os figurantes do negócio jurídico. Trata-se de duas questões distintas.” (XAVIER, Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 37-38).

¹⁷¹ Com relação a esse aspecto, o autor ressalta que o “fato de a desconsideração não servir de fundamento à vinculação de não signatário não impacta a anterioridade do exame do caso pelo árbitro”, de modo que o “árbitro terá prevalência em relação ao Poder Judiciário para analisar o pedido de inclusão no polo passivo” (Ibid., aqui p. 63).

¹⁷² Ibid., aqui p. 63.

¹⁷³ Ao refutar essa teoria, o autor faz menção à anteriormente mencionada argumentação de Guilherme Recena Costa, segundo a qual essa teoria seria a única a possibilitar a vinculação de terceiros ao procedimento arbitral a partir da aplicação da técnica da desconsideração (Ibid., aqui p. 46).

¹⁷⁴ Ibid., aqui p. 46-49.

¹⁷⁵ CARDOSO, *Limites subjetivos da convenção de arbitragem*, op. cit., p. 55-57.

Assim, segundo Paula Butti Cardoso, a efetividade do procedimento arbitral restaria assegurada “sempre que os julgadores puderem identificar quem são as verdadeiras partes da convenção de arbitragem, de forma a permitir a sua participação no processo”, sendo que a aplicação da desconsideração aos grupos de sociedades deveria ser reservada aos casos necessários, nos quais “a existência do grupo seja prejudicial aos credores das sociedades integrantes”.¹⁷⁶

A autora destaca, porém, que é comum nos tribunais norte-americanos a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica para vincular um não signatário à convenção de arbitragem,¹⁷⁷ o que costuma ocorrer em duas situações: (i) quando se busca compelir a participação na arbitragem de sócios, administradores ou diretores que tenham utilizado a personalidade jurídica da signatária da convenção para a prática de atos fraudulentos; ou (ii) com a finalidade de vincular ao procedimento arbitral uma sociedade que seja o *alter ego* da signatária da convenção de arbitragem.

Paula Butti Cardoso destaca, ainda, que o fundamento utilizado pelos tribunais norte-americanos para a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade controlada e, conseqüentemente, para vincular a controladora à arbitragem, diz respeito à aplicação da regra de instrumentalidade, a qual refletiria “situação de fato em que a sociedade controlada está totalmente sujeita a todas as vontades e interesses da controladora, deixando de ter existência e vontade próprias”.¹⁷⁸

Segundo a autora, diversos são os fatores já identificados pela jurisprudência norte-americana e que justificariam a desconsideração da personalidade jurídica com fundamento em referida regra de instrumentalidade.¹⁷⁹ Entretanto, conforme explica Paula Butti Cardoso, há

¹⁷⁶ Em defesa dessa posição, a autora fornece o seguinte exemplo de situação na qual a desconsideração seria aplicável ao grupo de sociedades – ressaltando, entretanto, tratar-se de medida voltada a assegurar a execução da sentença arbitral e, portanto, de competência do Judiciário: “[p]or exemplo, quando houver perda da disponibilidade autônoma de recursos e resultados das sociedades integrantes do grupo a favor da controladora, responsável por administrar tais recursos e resultados em prol da consecução dos objetivos do grupo, e essa indisponibilidade repercutir na capacidade das sociedades do grupo de honrar seus compromissos, caberá a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, de forma a suprir a ausência de solidariedade entre as sociedades integrantes do grupo e permitir que os credores tenham acesso ao patrimônio do grupo.” (CARDOSO, *Limites subjetivos da convenção de arbitragem*, op. cit., p. 57).

¹⁷⁷ Apesar disso, a autora menciona também a opinião de Bernard Hanotiau, para quem é inapropriada a utilização pelos tribunais norte-americanos da desconsideração da personalidade jurídica como equivalente à extensão dos efeitos da convenção de arbitragem (Ibid., p. 149).

¹⁷⁸ Ibid., p. 150-151.

¹⁷⁹ Dentre os fatores apresentados pela autora, estão: “o descumprimento de formalidades societárias, tais como carência de gerentes ou diretores e a não escrituração de livros; a ausência de capitalização da sociedade controlada; a confusão de patrimônios; a sobreposição de funcionários, diretores e pessoal; o compartilhamento de espaço, escritório, endereço e de número de telefone; desvios de fundos das controladas pela controladora ou seus acionistas; desvio de recursos financeiros ou ativos para fins não corporativos, para utilização pessoal por

divergência doutrinária quanto à utilização do intuito fraudulento como requisito que poderia autorizar a desconsideração da personalidade jurídica com a vinculação de terceiro não signatário ao procedimento arbitral.

De toda forma, apesar de se referir à tendência internacional autorizadora da aplicação dessa técnica em arbitragem, conclui que essa solução geraria o alargamento indevido dos limites subjetivos da convenção de arbitragem. Evidencia-se, portanto, que a autora se posiciona contra essa utilização no âmbito dos procedimentos arbitrais nacionais, justamente por entender que não se trata de método para apuração do consentimento à arbitragem e nem de técnica de cuja aplicação a efetividade da arbitragem dependa.

Por fim, menciona-se o entendimento de Leonardo de Campos Melo, para quem a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser confundida com a extensão da convenção de arbitragem a não signatários, diante dos fundamentos e efeitos diversos que essas técnicas possuiriam, no seguinte sentido:

“[e]nquanto a desconsideração da personalidade jurídica, via de regra, consiste em sanção a fraudes, perpetradas por meio do uso irregular da personalidade jurídica, a extensão da convenção arbitral a parte não signatária se funda na devida identificação de sua vontade, manifestada por meio de seu comportamento, de se vincular a determinado contrato e à cláusula compromissória subjacente.”¹⁸⁰

Assim, se por um lado a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica decorreria de disposições legais que buscam combater fraudes, a extensão subjetiva da convenção de arbitragem dependeria da análise da vontade e do comportamento dos sujeitos envolvidos.

O autor recorre, ainda, ao alerta realizado por Bernard Hanotiau, para quem costuma ser comum a confusão, em procedimentos arbitrais, entre as hipóteses de extensão subjetiva da cláusula compromissória e de aplicação da desconsideração. Destaca, ademais, o entendimento de Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman, em comentários ao caso CCI 5721/1990, os quais se posicionam contrariamente à aplicação da desconsideração como forma

peessoa física; a assunção de dívidas ou o estabelecimento de garantias por parte da controladora a respeito de dívidas da controlada; o baixo grau de discricionariedade que mostra a sociedade controlada; o funcionamento das sociedades como unidades de negócios conjuntas” (CARDOSO, *Limites subjetivos da convenção de arbitragem*, op. cit., p. 151).

¹⁸⁰ MELO, Leonardo De Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades na prática CCI (de acordo com o regulamento CCI-2012). *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 36, p. 255-278, jan.-mar./2013.

de punição do comportamento de um terceiro que não participa da arbitragem, pois essa medida seria suscetível de ser tomada apenas pela corte competente para tanto.¹⁸¹

Conclui-se, dessa forma, que a maior parte dos autores contrários ao manejo da desconsideração em arbitragem se preocupa em estabelecer distinção entre a técnica da desconsideração e outras teorias que buscam subsidiar a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a partes não signatárias. No fundo, essa ordem de argumentos reforça o fundamento já exposto no item 2.2.1.1, quanto à ausência de jurisdição dos árbitros sobre partes que não manifestaram sua vontade para submeter o litígio à arbitragem.

Portanto, essa categoria de argumentos possui grande importância, justamente por ressaltar os limites subjetivos da convenção de arbitragem. Assim, ao evidenciarem que a desconsideração não se configura como um método de aferição do consentimento, esses autores abrem caminho para a conclusão de que sua utilização em arbitragem com relação a partes não signatárias da convenção só seria possível caso aliada a uma das formas de verificação do consentimento das partes no caso concreto. Somente assim seria possível a verificação da adesão tácita do sujeito que se pretende atingir pela regra de imputação de responsabilidade patrimonial.

2.2.2. Admissão do manejo da desconsideração da personalidade jurídica pelos árbitros para inclusão de terceiros no procedimento

Exposta a posição dos autores contrários ao uso da técnica da desconsideração como fundamento para inclusão de terceiros no procedimento arbitral, passa-se, então, à análise dos argumentos utilizados pelos defensores da possibilidade de utilização da desconsideração da personalidade jurídica em arbitragem para os fins aqui estudados.

Quanto aos fundamentos utilizados por aqueles que defendem a admissão da desconsideração pelos árbitros para inclusão de terceiros no procedimento, é possível dividi-los nas seguintes categorias: aqueles que consideram a desconsideração como técnica que, aliada a outros modos de aferição do consentimento à arbitragem, pode ajudar no favorecimento da realidade prática em detrimento de fraudes e formalismos exacerbados (item 2.2.2.1), os que entendem que a desconsideração seria matéria inserida na jurisdição dos árbitros por ser indissociável da análise do litígio subjacente (item 2.2.2.2) e aqueles que consideram que a

¹⁸¹ Trata-se do mesmo entendimento já referido na nota de rodapé n.º 166.

desconsideração é técnica sancionatória e, portanto, independente da aferição do consentimento (item 2.2.2.3).

2.2.2.1. O enfoque na realidade prática e nos modos de aferição do consentimento à arbitragem

Apesar de os autores que serão a seguir mencionados concluírem pela admissibilidade da desconsideração da personalidade jurídica como forma de inclusão à arbitragem de um terceiro não signatário da convenção, verifica-se que, em realidade, os argumentos usados por esses estudiosos guardam muita relação com a diferenciação exposta no item 2.2.1.4 do presente trabalho, a qual também é feita por aqueles que rejeitam a possibilidade de aplicação da desconsideração.

Assim, a exposição dos argumentos desses autores depende não só de uma análise de qual é a fundamentação por eles utilizada para que cheguem às suas conclusões, mas também do exame sobre se defendem que a desconsideração é capaz, por si só, de justificar a inclusão de terceiro no procedimento ou se sustentam que isso só seria possível após a utilização de algum outro modo para aferição do consentimento à arbitragem.

Dentre os autores que se enquadram nesse contexto, estão Eduardo Munhoz, Viviane Muller Prado, Antonio Decacche e Arnaldo Wald, cujos entendimentos passam a ser a seguir expostos.

Antes de tratar sobre o tema da desconsideração, Eduardo Secchi Munhoz tece considerações acerca da efetiva apuração da manifestação de vontade de partes que participaram de um negócio jurídico. Para isso, o autor parte do entendimento consolidado pela jurisprudência internacional acerca da possibilidade de extensão da convenção de arbitragem a sociedade que não tenha participado expressamente do vínculo contratual, mas que seja integrante de um grupo societário e tenha tido envolvimento na negociação e execução contratual.

O autor destaca a importância da manifestação de vontade clara e inequívoca para que seja possível a utilização da arbitragem no Brasil, mas conclui que esse requisito disposto na Lei de Arbitragem não impediria a extensão da convenção de arbitragem a um terceiro não signatário integrante de um grupo de sociedades, desde que presentes requisitos análogos aos

fixados pela jurisprudência internacional¹⁸² e caso seja verificada a manifestação de vontade no sentido de concordância com a submissão da resolução do litígio à arbitragem.

Especificamente quanto à desconsideração da personalidade jurídica, Eduardo Munhoz caracteriza a técnica, no contexto dos grupos de sociedades, como:

“a única válvula-de-escape no Direito Brasileiro para restabelecer, nos casos concretos, a realidade econômica, em detrimento da ficção jurídica consistente na absoluta independência e autonomia dos membros do grupo”.¹⁸³

Nesse sentido, Munhoz defende que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em sua vertente subjetiva, relacionada ao abuso de direito, à fraude e à simulação, não seria a melhor solução para a inclusão na arbitragem de uma parte que está ligada ao negócio jurídico, mesmo que não seja dele signatária. Entretanto, o autor sustenta a possibilidade de aplicação da desconsideração em sua vertente objetiva para que os árbitros possam estender os efeitos da convenção de arbitragem às sociedades integrantes de um grupo que tenham tido, em um determinado caso concreto, ativa participação na negociação ou execução de um contrato.¹⁸⁴

Assim, desde que caracterizados o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial no âmbito da pessoa jurídica, Munhoz defende a aplicação do art. 50 do Código Civil, em sua perspectiva objetiva, como fundamento para a extensão subjetiva dos efeitos da convenção de arbitragem por meio da apuração efetiva da manifestação de vontade daqueles que participaram de um negócio jurídico.¹⁸⁵

Essa aplicação seria decorrente das próprias características dos grupos de sociedade e da forma de apuração do consentimento nesses grupos, dentro dos quais a “ruptura da estrutura organizacional autônoma” estabelece a necessidade de que “a verificação da vontade

¹⁸² O autor elenca esses requisitos nos seguintes termos: “(1) a existência de um grupo de sociedades, indício de que se podem ter conjugado as vontades de mais de um membro do grupo para estabelecer a convenção arbitral; (2) a apuração, no caso concreto, a partir da estrutura e das características do grupo de sociedades, da vontade e do comportamento adotado pela sociedade integrante do grupo; e (3) a existência de documentos escritos que demonstrem a participação da sociedade integrante do grupo na negociação ou na execução do contrato.” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Arbitragem e Grupos de Sociedades. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Aspectos da arbitragem institucional*. 12 anos da Lei 9.307/1996. Malheiros Editores, São Paulo, 2008, p. 176).

¹⁸³ Ibid., p. 175.

¹⁸⁴ O autor destaca que, caso a desconsideração seja adotada em sua vertente objetiva, esta “levaria à sistemática desconsideração da personalidade das sociedades integrantes dos grupos societários, já que nestes, como se afirmou, a ruptura da autonomia patrimonial e organizacional, ainda que em grau mínimo, é de natureza estrutural, decorrendo da própria função econômica do instituto.” (Ibid., p. 175).

¹⁸⁵ Nas palavras do autor, trata-se de mecanismo que permite a efetiva apuração da realidade prática no contexto de um grupo societário, pois, “o art. 50 do CC, se interpretado de acordo com a corrente objetiva, permite a superação da ficção da personalidade jurídica autônoma e independente para alcançar as pessoas que, por detrás dessa estrutura, são os verdadeiros atores das relações jurídicas.” (Ibid., p. 179).

manifestada não se restrinja às fronteiras da personalidade jurídica de cada sociedade integrante do grupo”, para que não se caracterize um “desmedido prestígio à forma jurídica”.

A leitura do autor baseia-se, portanto, em privilegiar a realidade prática e econômica do fenômeno dos grupos societários em detrimento da premissa da lei societária brasileira de que as sociedades integrantes de um grupo de fato seriam absolutamente autônomas e independentes.¹⁸⁶

Para Munhoz, essa solução estaria em consonância com a lei brasileira, a qual autoriza que as partes determinem a realização da arbitragem com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (art. 2º, § 2º, Lei de Arbitragem), tendo em vista que a extensão da convenção de arbitragem a não signatários que participaram da negociação ou execução do negócio jurídico seria amplamente admitida no cenário internacional.

Ademais, não haveria contradição com o requisito de forma escrita da cláusula compromissória determinado pelo parágrafo 1º do art. 4º da Lei de Arbitragem, já que a existência de outras provas documentais demonstrando a adesão da parte não signatária à cláusula convencionada já seria suficiente. Por fim, essa seria solução autorizada pela lei, em seu art. 8º, parágrafo único, ao determinar a competência do árbitro para analisar “questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

Verifica-se, portanto, que apesar de Munhoz admitir a aplicação da desconsideração como fundamento para a inclusão de terceiros não signatários, o autor o faz em um contexto muito específico – o do grupo de sociedades – e sem deixar de lado a análise do consentimento enquanto fator primordial para a submissão à arbitragem. Isso porque chega à sua conclusão com base na análise de certos elementos que permitiriam, em um caso concreto, concluir pela apuração da vontade e do comportamento adotado por uma sociedade integrante de um grupo em uma determinada contratação.

Ademais, o autor defende que o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial no âmbito da pessoa jurídica poderiam autorizar essa inclusão de terceiros no procedimento, após a apuração da vontade efetiva dos envolvidos, mas não o abuso de direito, a fraude e a simulação.

¹⁸⁶ Segundo menciona Munhoz: “O art. 50 do CC de 2002 é tomado, para os efeitos do que ora se discute, como um instrumento útil para atribuir *realidade* ao que ocorre nos grupos societários, superando-se o paradigma das sociedades autônomas e independentes adotado pela lei societária.” (MUNHOZ, Arbitragem e Grupos de Sociedades, op. cit., p. 180).

Todavia, não tece maiores considerações sobre qual seria a diferença entre as hipóteses ou sobre o motivo pelo qual entende que apenas a vertente objetiva da técnica permitiria sua aplicação no âmbito da arbitragem. Restringe-se apenas a defender que a aplicação do art. 50 do Código Civil permitiria a efetiva determinação dos “verdadeiros atores das relações jurídicas”.

Assim, nota-se que a análise é pautada em superar o modelo adotado pela lei societária brasileira de autonomia das sociedades integrantes de um grupo de fato, para que se privilegie a realidade prática, tendo em vista as características específicas que baseiam a formação da vontade nos grupos societários.¹⁸⁷ Entretanto, não se desvincula da importância do consentimento com relação à arbitragem e nem da necessidade de apuração de atos efetivos que demonstrem a participação substancial dos envolvidos na negociação ou na execução do negócio jurídico.

Apresentada a posição de Eduardo Munhoz, insta ressaltar que, em suas obras, diversos autores apresentam contrapontos a esse posicionamento.

Paula Butti Cardoso, ao tecer comentários sobre a posição do autor, menciona que ele sugere a aplicação da forma objetiva da desconsideração da personalidade jurídica, em virtude da constatação de confusão patrimonial em um grupo de fato. Ressalta, entretanto, que a aplicação da desconsideração como fundamento para vinculação de terceiros ao procedimento arbitral não seria medida justificável ou necessária, pois seria possível alcançar a efetividade do procedimento arbitral com a verificação das “verdadeiras partes da convenção de arbitragem”.¹⁸⁸

Assim, a autora alinha-se àqueles que defendem que a extensão dos efeitos subjetivos da convenção não poderia se dar com fundamento na desconsideração, mas apenas com base em outras formas de verificação dos sujeitos que consentiram com a arbitragem. Conclui, dessa forma, que a aplicação da técnica no contexto dos grupos de sociedades “deverá ser reservada para um segundo momento, relacionado à execução das obrigações das partes, caso isso seja

¹⁸⁷ Segundo o autor, “o fenômeno dos grupos societários relativiza o princípio da organização autônoma”, de modo a reconhecer “autonomia às pessoas jurídicas integrantes do grupo”. Essa organização produziria efeitos também nos órgãos societários e na estrutura patrimonial, de modo que os “grupos gravitam entre os vetores *unidade empresarial e diversidade jurídica*”, conduzindo às conclusões de que a vontade “não se manifesta exclusivamente no âmbito de um dos membros do grupo, mas, como se observou, a partir das complexas relações entre os diversos órgãos que integram cada uma das sociedades” e de que “a compreensão da complexidade do fenômeno grupal e dos mecanismos pelos quais atuam as sociedades agrupadas torna-se fundamental para a apuração da *realidade* da vontade manifestada, pressuposto para a extensão da cláusula arbitral” (MUNHOZ, Arbitragem e Grupos de Sociedades, op. cit., p. 164-172).

¹⁸⁸ CARDOSO, *Limites subjetivos da convenção de arbitragem*, op. cit., p. 55-57.

necessário”, enquanto medida de competência do Poder Judiciário, e apenas após a efetiva determinação de quais são os sujeitos submetidos à jurisdição arbitral.

Otávio Joaquim Rodrigues Filho também questiona a posição adotada por Eduardo Munhoz, por entender que o autor foca mais na determinação das verdadeiras partes de um contrato do que na extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a sociedades de um mesmo grupo econômico a partir da desconsideração da personalidade jurídica. Ainda, defende também que a unidade econômica que caracteriza os grupos de sociedade não seria razão suficiente para autorizar o manejo da desconsideração na instância arbitral.¹⁸⁹

Por fim, Rafael Branco Xavier ressalta justamente o fato de que Eduardo Munhoz não se desvincula do consentimento enquanto fator primordial à submissão dos sujeitos à arbitragem. Dessa forma, constata que Munhoz não chega a desenvolver análise sobre de que forma o conteúdo material do art. 50 do Código Civil influenciaria no exame da possibilidade ou não de manejo da desconsideração para inclusão de terceiros no procedimento. Assim, conclui que o autor se pauta, em realidade, apenas na “necessidade de se verificar a manifestação volitiva para a vinculação”.¹⁹⁰

Retornando à análise dos argumentos favoráveis à utilização da desconsideração em arbitragem, passa-se ao exame do posicionamento de Viviane Muller Prado e Antonio Decacche, os quais também pautam sua posição no favorecimento da realidade prática em detrimento do formalismo excessivo.

De acordo com os autores, haveria uma tensão entre o que chamam de raciocínio formalista, o qual destaca a necessidade de assinatura da convenção de arbitragem para aferição do consentimento dos litigantes, e o raciocínio funcional, o qual baseia a desconsideração da personalidade jurídica enquanto forma de punição de abusos de direito e fraudes perpetradas por meio da personificação.

Os autores concluem que a “formalidade não deve ser mais relevante que a substância”, sendo que o formalismo deveria dar lugar a uma interpretação funcional – da mesma forma que teria sido feito na jurisprudência nacional acerca do tema da desconsideração da personalidade jurídica – de modo a se permitir o atingimento de “maior segurança no cumprimento dos contratos, afastando as situações abusivas e fraudulentas”.¹⁹¹

¹⁸⁹ RODRIGUES FILHO, *Desconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*, op. cit., p. 287.

¹⁹⁰ XAVIER, *Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu*, op. cit., aqui p. 59.

¹⁹¹ PRADO; DECCACHE, *Arbitragem e Desconsideração da Personalidade Jurídica*, op. cit., aqui p. 23 do pdf.

Segundo os autores, a regra geral seria a de impossibilidade de extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a terceiros que não consentiram formalmente, tendo em vista as formalidades relacionadas à convenção arbitral e o próprio fato de que a declaração de vontade nesse sentido afasta a jurisdição do juízo estatal sobre os litígios decorrentes do negócio jurídico no qual a cláusula está inserida. Entretanto, sustentam que, em virtude da evolução da realidade prática e da necessidade de coibir abusos e fraudes, não se pode privilegiar interpretação estritamente formalista e que determine a necessidade de cláusula escrita e assinada por todos aqueles que estão envolvidos em um litígio concreto.

Dessa forma, buscando uma conciliação entre as realidades societárias progressivamente complexas e o procedimento arbitral, os autores recorrem à experiência da doutrina e jurisprudência estrangeiras para destacar casos nos quais a desconsideração é admitida como fundamento para a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a uma parte não signatária.

Contudo, de acordo com os autores, mesmo no contexto internacional, essa ampliação subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória “requer fortes evidências de que uma empresa dominava as ações rotineiras de outra e/ou exercia este poder para fraudar ou cometer injustiças contra um terceiro”.¹⁹²

Assim, para Viviane Muller Prado e Antonio Decacche, “não parece razoável que a parte, tendo abusado da pessoa jurídica, ainda venha a dela poder se aproveitar para esquivar-se do cumprimento da obrigação de resolver seu conflito pela via arbitral”,¹⁹³ considerando a própria razão de ser da desconsideração da personalidade jurídica, enquanto técnica capaz de identificar no caso concreto a responsabilidade da parte que efetivamente participou de um negócio jurídico. Nesse cenário, os autores sugerem a inspiração na experiência internacional para que se admita a desconsideração no procedimento arbitral como modo de vinculação de parte não signatária da convenção.

Por fim, também se encaixa nessa categoria de argumentos o posicionamento de Arnoldo Wald. Segundo o autor, apesar de haver uma aparente incompatibilidade entre a desconsideração da personalidade jurídica e a arbitragem – porquanto esta depende do consenso das partes, enquanto aquela poderia gerar a sujeição ao procedimento de um terceiro que não consentiu expressamente com a convenção de arbitragem –, esse contraste não se sustenta na prática, de modo que entende ser cabível a desconsideração no processo arbitral.

¹⁹² PRADO; DECCACHE, Arbitragem e Desconsideração da Personalidade Jurídica, op. cit., aqui p. 19 do pdf.

¹⁹³ Ibid., aqui p. 20 do pdf.

Entretanto, o autor ressalta que, tanto na arbitragem quanto no Judiciário, há limites para essa aplicação, derivados da própria conformação da técnica da desconsideração enquanto mecanismo excepcional e que pressupõe um abuso ou uma fraude.¹⁹⁴ Assim, tendo em vista a crescente complexidade das estruturas societárias, bem como a necessidade de verificar a vontade real dos contratantes e de punir fraudes quanto a esse aspecto, o autor defende que cabe ao julgador – seja ele o juiz ou o árbitro – analisar o caso concreto para que verifique, com base nos pressupostos legais, se estão ou não preenchidos os requisitos para aplicação da desconsideração.

O autor entende não haver, para esse fim, distinção entre a posição do juiz e dos árbitros, já que ambos seriam aplicadores da lei e que “o consensualismo que se exige na arbitragem não pode ser um meio de fraudar a vontade real e efetiva das partes”.¹⁹⁵ Para Arnoldo Wald, a admissão doutrinária e jurisprudencial da aceitação tácita da convenção de arbitragem corrobora esse posicionamento,¹⁹⁶ já que os árbitros interpretariam a cláusula compromissória “de acordo com os documentos que constam nos autos e os fatos nele evidenciados, a fim de verificar qual é a vontade real, e não necessariamente a formal, das partes”.¹⁹⁷

O autor refere-se, nesse sentido, à tendência internacional de interpretação ampla e flexível da convenção de arbitragem, destacando diversos precedentes nos quais a extensão da cláusula compromissória foi admitida pela jurisprudência, mas ressalta que essa não é questão pacificada no direito brasileiro.¹⁹⁸ Wald cita, ainda, o posicionamento da doutrina internacional, representada por Bernard Hanotiau e Stravos Brekoulakis, a qual admite a desconsideração na arbitragem, pautada na teoria do *alter ego*, enfatizando a importância da análise da realidade comercial para que sejam efetivamente atendidas, pelos tribunais arbitrais, as necessidades de partes que recorreram a transações internacionais.

¹⁹⁴ Nesse sentido: “[...] o árbitro, como o juiz, só excepcionalmente deve fazer incidir a teoria da desconsideração, pelo caráter da mesma, que sempre pressupõe um abuso ou uma fraude, devendo estar caracterizada a má-fé da empresa, ou da pessoa que passa a ser abrangida na condenação, sem ter sido parte ostensiva e direta na arbitragem ou no negócio jurídico que ensejou o litígio.” (WALD, A desconsideração na arbitragem societária, op. cit., aqui p. 2 do pdf).

¹⁹⁵ Ibid., aqui p. 3 do pdf.

¹⁹⁶ Segundo o autor, a aceitação tácita pode ser verificada de diversos modos, “desde a participação efetiva no processo arbitral ou no negócio que deu ensejo ao mesmo, até em virtude de remissão ao regime estabelecido em outro contrato, ou da aceitação das normas contidas no estatuto ou contrato social da empresa, ou ainda da adesão de uma entidade nacional ou internacional que estabelece princípios para determinadas transações” (Ibid., aqui p. 2 do pdf).

¹⁹⁷ Ibid., aqui p. 3 do pdf.

¹⁹⁸ WALD, A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos, op. cit., aqui p. 17 do pdf.

Nota-se, assim, que apesar de defender que o formalismo exacerbado não deveria prejudicar o reconhecimento de abusos de direito na realidade prática e a consequente aplicação da desconsideração no procedimento arbitral, o autor não ignora o consentimento necessário à arbitragem e constrói o seu posicionamento não com base na admissão pura e simples da inclusão de terceiros por meio da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim pautado em formas de reconhecimento pelos árbitros do consentimento à convenção de arbitragem, ainda que de forma tácita.¹⁹⁹

Tanto é assim que Arnoldo Wald nega a possibilidade de aplicação da desconsideração quando não há consenso – o qual abrangeria “a vontade expressa, tácita ou presumida das partes, ou, ainda, os casos de simulação e fraude”²⁰⁰ –, destacando que, em casos nos quais estiver ausente a vontade do terceiro que se pretende incluir, os árbitros, ao contrário dos juízes, não poderiam ampliar sua competência, ainda que o objetivo seja o de garantir a eficiência da decisão a ser proferida.

Wald destaca, ainda, que não basta que uma empresa tenha se utilizado de outra como instrumento para determinada operação, devendo também ser identificada pelos julgadores a presença dos requisitos legalmente previstos para a desconsideração. Inclusive, o autor pondera os argumentos de quem se posiciona contra a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nesse contexto – dada a necessidade de comprovação da existência de expresso consentimento à convenção de arbitragem – e admite que a questão ainda demanda maiores aprofundamentos no cenário nacional, mas conclui, ao fim, que:

“[e]m princípio, portanto, o árbitro, ao ver requerida, em virtude de confusão patrimonial, a inclusão da sociedade controladora, pertencente ao mesmo grupo, não signatária da cláusula compromissória, poderia estar legalmente autorizado a desconsiderar a personalidade jurídica da controlada para incluir no procedimento a sócia controladora no caso de fraude ou em situações análogas.”²⁰¹

Finalizada a exposição dos argumentos desses autores, importante ressaltar que, como mencionado, os trabalhos que se manifestam nesse sentido estão inseridos em estudos os quais não focam propriamente na desconsideração da personalidade jurídica, mas sim na

¹⁹⁹ É com base nessa mesma constatação que Rafael Branco Xavier refuta a posição de Wald, destacando que “Arnoldo Wald aparentemente admite a desconsideração. Contudo, ao atrelar tal possibilidade à ocorrência de fraude ao consentimento, é possível afirmar que o autor não está propriamente a tratar de desconsideração como fundamento *per se*.” (XAVIER, Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 54).

²⁰⁰ WALD, A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos, op. cit., aqui p. 9 do pdf.

²⁰¹ Ibid., aqui p. 16 do pdf.

possibilidade de extensão da convenção de arbitragem para a apuração de quem seriam as partes contratantes que manifestaram a sua vontade no negócio jurídico que dá base ao litígio. Ainda, em especial nos casos de Eduardo Munhoz e Arnaldo Wald, há foco na aplicação da teoria do grupo de sociedades.²⁰²

Os textos inserem-se, assim, em perspectiva que privilegia a realidade prática e busca garantir que o procedimento arbitral capture a complexidade dos fenômenos societários, bem como eventuais abusos de personalidade jurídica.²⁰³ Há, assim, busca pela determinação da intenção das partes no negócio jurídico celebrado e da manifestação de vontade nas circunstâncias concretas.

Nota-se, nesse cenário, que ao versar sobre a eficácia da convenção de arbitragem a sociedade não signatária integrante do grupo societário, Eduardo Munhoz ressalta que esta “depende, fundamentalmente, da análise da vontade e do comportamento da sociedade no caso concreto”,²⁰⁴ de modo que a mera existência de um grupo de sociedades não é suficiente para justificar a extensão subjetiva da convenção de arbitragem, sendo fundamental a análise da real intenção daqueles envolvidos no negócio jurídico. Assim, nota-se que a discussão guarda mais relação com a aferição do consentimento à arbitragem do que com a análise da possibilidade de utilização da desconsideração no âmbito arbitral.

No mesmo sentido, cabível ressaltar a observação de Olivier Caprasse, ao versar sobre a motivação das decisões internacionais que admitem a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem nos grupos de sociedades, destacando que “[n]ão se trata de estender a cláusula a pessoas que não foram partes, mas tão-somente de determinar quais são essas partes”, evidenciando que a apuração da vontade dos não signatários é essencial para sua eventual vinculação à convenção de arbitragem.

O autor defende, ainda, que esse fenômeno não significaria a extensão subjetiva da cláusula compromissória – a qual seria inadmissível face ao caráter contratual do método de

²⁰² Ricardo Ramalho Almeida destaca, nesse sentido, que Arnaldo Wald tem o mesmo entendimento que Eduardo Munhoz, “fulcrado na prevalência da realidade sobre a aparência nos grupos empresariais e na experiência internacional permissiva do consentimento tácito à convenção arbitral” (ALMEIDA, A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na arbitragem: análise do Recurso Especial 1.698.730/SP, op. cit., aqui p. 9 do pdf).

²⁰³ Eduardo Munhoz defende, quanto a esse aspecto, a adoção de orientação “consentânea com a realidade da formação da vontade nos grupos societários, afastando-se da perspectiva absolutamente formalista – e, portanto, desligada da realidade econômica – pela qual se reconheceria independência absoluta a cada sociedade integrante do grupo” (MUNHOZ, Arbitragem e Grupos de Sociedades, op. cit., p. 164).

²⁰⁴ Ibid., p. 163.

resolução de disputas –, mas sim caracterizaria a identificação no caso concreto daqueles que fizeram parte do negócio jurídico no qual esta convenção arbitral está contida.²⁰⁵

Assim, no fundo, evidencia-se que essas análises as quais buscam privilegiar a realidade prática recaem na mesma diferenciação que foi feita no item 2.2.1.4 deste trabalho. Versam, portanto, fundamentalmente sobre modos de aferição da manifestação da vontade, no caso concreto, de um terceiro que não assinou a convenção de arbitragem, mas que se pretende seja incluído no procedimento.

Desse modo, respondendo ao questionamento trazido no início desse item, nota-se que esses autores não defendem a aplicação isolada da desconsideração como fundamento suficiente para a vinculação de terceiros ao procedimento, mas sim sustentam essa possibilidade após a apuração efetiva da vontade manifestada em um caso concreto.

Assim, apesar de se posicionarem favoravelmente ao manejo da desconsideração pelos árbitros, como técnica necessária para garantir a efetividade do pronunciamento arbitral frente à realidade prática, verifica-se que não é possível concluir que considerem a desconsideração como base, por si só, para a extensão subjetiva dos efeitos da convenção de arbitragem.

Entretanto, apesar das críticas tecidas por alguns autores a essas obras, necessário destacar que Eduardo Munhoz e Arnaldo Wald são os autores que mais se aproximam de uma análise no sentido de verificar se os requisitos da desconsideração seriam capazes de possibilitar, por si só, essa extensão dos efeitos da convenção de arbitragem.

Enquanto Munhoz entende que apenas a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade, segundo a vertente objetiva da técnica, permitiriam concluir pela eventual manifestação de vontade no âmbito de um grupo societário, Wald compreende que circunstâncias de simulação ou fraude também seriam elementos caracterizadores do consenso apto a permitir a aplicação da desconsideração na arbitragem.

2.2.2.2. Desconsideração enquanto matéria inserida na jurisdição dos árbitros

Passa-se à exposição dos argumentos daqueles que entendem que a desconsideração seria matéria inserida na jurisdição dos árbitros, permitindo sua decisão sobre o assunto. Nesse

²⁰⁵ Nesse sentido, o autor reforça que as particularidades fáticas do caso concreto devem ser analisadas para que se proceda à apuração das vontades, considerando, dentre outros elementos, a troca de documentos entre as partes, bem como as etapas de negociações e execução contratual. (CAPRASSE, A arbitragem e os grupos de sociedades, op. cit., aqui p. 10-11 do pdf).

sentido, inserem-se os posicionamentos de Ricardo Ramalho Almeida, Marcos Paulo de Almeida Salles e Pedro Henrique Torres Bianqui.

Para Ricardo Ramalho Almeida, a doutrina majoritária²⁰⁶ seria favorável à possibilidade de apreciação do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica no procedimento arbitral,²⁰⁷ sendo que esse também teria sido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n.º 1.698.730/SP, o qual será analisado no item 2.3.1.1.

Considerando a desconconsideração da personalidade jurídica como um instituto de direito material com reflexos no direito processual, o autor defende que não seria possível bipartir, respectivamente entre o juízo estatal e o juízo arbitral, a competência para julgamento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e da controvérsia principal. Segundo Ricardo Almeida, a competência do árbitro sobre o litígio principal deveria “atrair e absorver” a competência para a análise de eventual pedido de desconconsideração.²⁰⁸

O autor chega a essa conclusão rejeitando a alternativa elencada por alguns dos autores que negam a possibilidade de aplicação da desconconsideração em arbitragem – relativa à submissão do pleito de desconconsideração, em demanda autônoma, ao juízo estatal e, em caso de procedência dessa demanda, de posterior submissão do terceiro ao juízo arbitral.

²⁰⁶ Em sentido contrário, Rafael Branco Xavier defende que “[e]ntende-se que não há uma maioria favorável à desconconsideração”, concluindo que o “entendimento alegadamente majoritário segue considerando o consentimento como critério, ainda que se aluda ao *nome iuris* da desconconsideração” (XAVIER, Desconconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 54-56).

²⁰⁷ Além dos autores citados neste trabalho, Ricardo Ramalho Almeida menciona também que Cassio Pitangueiras Dias Iço Ribeiro e João Glicério de Oliveira Filho, bem como Antonio Celso Pinheiro Franco e José Roberto Pinheiro Franco, também se posicionam favoravelmente ao uso da desconconsideração da personalidade jurídica na arbitragem. Para os primeiros, essa conclusão é alcançada por meio da menção ao reconhecimento dessa possibilidade na jurisprudência internacional, embora haja adequada ressalva para o fato de que “a *disregard doctrine* deve ser aplicada sempre de modo restritivo e cauteloso, apenas quanto verificadas a hipótese instituída no Código Civil” (*sic*) (RIBEIRO, Cassio Pitangueira Dias Iço; FILHO, João Glicério de Oliveira. Terceiros na arbitragem: análise da extensão da convenção arbitral. In: FIUZA, César Augusto de Castro; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; RIBEIRO NETO, João Costa (Coords.). *Direito civil contemporâneo*. Recurso eletrônico online, publicação do XXVI Encontro Nacional do CONPEDI/DF. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 34-36. Disponível em: www.conpedi.org.br. Acesso em 26/08/2021.). Já para os últimos, seria “simplesmente inconcebível que temas de processo acabem por frustrar o reconhecimento de um direito”, sendo que isso tornaria possível a aplicação da desconconsideração inclusive no juízo arbitral, pois “já enfatizaram todos os doutrinadores que a doutrina da desconconsideração da pessoa jurídica é instrumento de que se valem ou devem valer os tribunais para dirimir, fazendo justiça, também situações nas quais as administrações se confundem e os negócios são de tal forma entrelaçados que se torna difícil a distinção do que interessa a quem” (FRANCO, Antonio Celso Pinheiro; FRANCO, José Roberto Pinheiro. Notas sobre a prestação da tutela arbitral no Brasil. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 1, p. 673-684, set./2014, aqui p. 5-6 do pdf).

²⁰⁸ O autor ressalta, nesse sentido, que “entre (i) a jurisdição sobre o *litígio concreto*, decorrente da convenção de arbitragem (jurisdição essa que existe e remanesce, seja antes, seja durante, seja ainda depois da alegação de desconconsideração e processamento do respectivo pedido) e (ii) a *ausência* de jurisdição, apenas e exclusivamente *a priori* e *ab initio*, sobre a pessoa do terceiro, a melhor solução está na prevalência da jurisdição do árbitro sobre o litígio subjacente, do qual o pleito de desconconsideração da personalidade jurídica se mostra inseparável” (ALMEIDA, A desconconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na arbitragem: análise do Recurso Especial 1.698.730/SP, op. cit., aqui p. 12 do pdf).

Isso porque a sentença estatal estaria “criando jurisdição do árbitro sobre o terceiro”, o que não se pode admitir. Essa possibilidade também não deveria vigorar tendo em vista o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, o qual permitiria que o árbitro pudesse reapreciar, com base nesse fundamento de anterioridade de sua competência para fixar sua própria competência, o julgamento realizado pelo juiz acerca da inclusão do terceiro no procedimento.

Ainda, o autor sustenta que retirar do árbitro o poder de julgar a desconconsideração afetaria a celeridade, a economia processual e a eficiência do procedimento arbitral. Nesse sentido, destaca que suprimir a possibilidade de manejo da desconconsideração na arbitragem produziria como “resultado indesejável a supressão de um direito assegurado à parte, muitas vezes indispensável à correta e adequada composição dos litígios e satisfação de créditos reconhecidos”.²⁰⁹

Por fim, considerando a desconconsideração da personalidade jurídica como técnica necessária para que alguns litígios sejam adequadamente resolvidos, o autor ressalta também que o reconhecimento da competência dos árbitros para julgar a desconconsideração não conduziria a uma extensão indevida do objeto da controvérsia submetida à instância arbitral. Pelo contrário, essa possibilidade garantiria a abrangência necessária do procedimento arbitral para permitir que a parte vencedora tenha a satisfação de seu direito material.

Nota-se que o posicionamento do autor não subsiste, porém, a uma análise sobre a forma como o Judiciário e a instância arbitral podem funcionar de forma harmônica na busca pela resolução efetiva de um litígio, ponto este que será explorado no capítulo 3.

Os argumentos de Marcos Paulo de Almeida Salles em defesa da possibilidade de aplicação da desconconsideração em arbitragem também podem ser encaixados nessa categoria.²¹⁰ O autor defende a impossibilidade de aplicação do art. 50 do Código Civil pelos árbitros quando não houver pedido expreso e específico sobre o assunto na pretensão deduzida, mas sustenta que, desde que dentro dos limites objetivos do pedido, é possível aos árbitros:

“[...] estender os efeitos de sua decisão às pessoas solicitadas pelas partes, que se vejam alvo da participação nas consequências da decisão, toda vez que houverem concorrido de modo indispensável para a concretização ou

²⁰⁹ ALMEIDA, A desconconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na arbitragem: análise do Recurso Especial 1.698.730/SP, op. cit., aqui p. 13.

²¹⁰ Inclusive, é de se notar que em sua análise sobre o tema, Ricardo Ramalho Almeida sintetiza a posição de Marcos Paulo de Almeida Salles com base em dois argumentos: “a plena equiparação entre juiz e árbitro no exercício da função jurisdicional” e “a circunstância de que os sócios e administradores das pessoas jurídicas não podem ignorar a norma do artigo 50 do Código Civil, vigorando uma presunção de ciência e concordância daqueles” quanto à convenção de arbitragem (Ibid., aqui p. 8 do pdf).

viabilização, mesmo que indireta, do negócio jurídico subjacente, do qual deriva a controvérsia sobre direitos patrimoniais disponíveis”.²¹¹

Para o autor, é preciso, portanto, observar os limites do litígio fixados no termo de arbitragem, sendo que seria necessária provocação das partes para que o árbitro pudesse manejar o art. 50 do Código Civil na solução da controvérsia.²¹² Ademais, apesar de também se referir aos limites subjetivos da convenção de arbitragem como limitação à aplicação da desconsideração no processo arbitral, Marcos Paulo de Almeida Salles conclui pela possibilidade de “decisão extensiva dos efeitos do julgamento” a sujeitos que não tenham celebrado o negócio jurídico subjacente à convenção arbitral, mas que tenham causado dano a um dos postulantes.

O autor entende, nesse sentido, que haveria um dever de conhecimento por parte dos membros integrantes da sociedade – embora não signatários da convenção de arbitragem –, decorrente da própria submissão do litígio à arbitragem pelo ente social, da possibilidade de virem a ser atingidos pelas consequências do julgamento, diante do fato de que o art. 50 do Código Civil estaria dentro do escopo do direito aplicável a esse procedimento arbitral ao qual a sociedade está sujeita.²¹³

Assim, diante do exercício abusivo da personalidade jurídica e do pedido de uma das partes para aplicação da desconsideração, o árbitro estaria autorizado a analisar o pedido e a

²¹¹ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica à arbitragem. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Aspectos da arbitragem institucional*. 12 anos da Lei 9.307/1996. Malheiros Editores, São Paulo, 2008, p. 147.

²¹² Nesse sentido, o autor ressalta que: “a possibilidade de extensão dos efeitos da sentença arbitral a outrem, que não as postulantes, há que constar do objeto, ou amplitude, da controvérsia *sub* arbitragem, sob pena de julgamento fora do pedido” (Ibid., p. 147).

²¹³ Marcos Paulo de Almeida Salles chega a essa conclusão nos seguintes termos: “[a] amplitude que se focaliza neste momento é aquela do comportamento do árbitro que, frente à lei brasileira, venha a proceder ao seu julgamento estendendo as consequências a pessoas que não houvessem participado diretamente do compromisso, mas que, como sócios ou administradores da postulante, em razão da permanente possibilidade de aplicação do art. 50 dentro dos limites da ordem pública e dos bons costumes, devam saber que a sociedade, ao se valer da arbitragem assim como da jurisdição estatal, está colocando seus sócios e administradores sob os efeitos da norma do art. 50, mesmo sem participar diretamente do ato, mas com ele se integrando por força do exercício abusivo do instituto da personalidade jurídica, por meio do desvio de função ou da confusão patrimonial em posição essencial para sua existência, validade ou eficácia.” (Ibid., p. 143).

Como contraponto, retoma-se a posição de Otávio Joaquim Rodrigues Filho (já desenvolvida no item 2.2.1.3) acerca desse aspecto, sustentando a impossibilidade de vinculação tácita de terceiros ao procedimento em virtude da exigência legal de forma escrita para a manifestação do consentimento relativo à arbitragem (RODRIGUES FILHO, *Desconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*, op. cit., p. 284-285). Também em sentido contrário, sustentando que a opção pela via arbitral produz efeitos apenas na esfera jurídica daqueles que manifestaram sua vontade nesse sentido: “[o] vínculo jurídico contratual não se estende aos respectivos sócios, aos acionistas ou às empresas do grupo” (XAVIER, *Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu*, op. cit., aqui p 45).

determinar a responsabilidade patrimonial desses sujeitos, caso caracterizados os requisitos para aplicação da técnica. Nesse sentido, o autor conclui que:

“[o] disposto do art. 50 do CC de 2002 atribui ao juiz - e, por via de consequência, também ao árbitro - o poder-dever de analisar, quando da prolação de sua sentença, se na formação de sua convicção não vê caracterizado o abuso da personalidade jurídica, se eventualmente condenada a pessoa jurídica a obrigação à qual não possa dar cumprimento em decorrência daquele fato abusivo, decidindo, então, pela extensão dos efeitos condenatórios de seu decisum aos bens particulares, conforme seja o caso, dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica.”²¹⁴

Por fim, o autor pondera que, apesar de o árbitro ser juiz de fato e de direito, outras limitações são a eles impostas na análise de eventual aplicação do art. 50 do Código Civil a uma controvérsia, de modo que nega a possibilidade de aplicação da desconsideração em arbitragem na mesma amplitude de cabimento que é conferida aos magistrados, registrando que a utilização da técnica seria possível apenas nos limites da controvérsia submetida à arbitragem e do escopo do negócio jurídico a esta relacionada. Ademais, os próprios requisitos do art. 50 do Código Civil também determinariam que a desconsideração deve ser manejada com prudência na seara arbitral.²¹⁵

Evidencia-se, assim, que Marcos Paulo de Almeida Salles não deixa de mencionar os limites objetivos e subjetivos da convenção de arbitragem. Ademais, defende posição polêmica, ao sustentar que os membros integrantes de determinada pessoa jurídica deveriam estar cientes da possibilidade de serem vinculados a procedimento arbitral simplesmente em virtude de cláusula compromissória firmada pelo ente social, a qual não parece dialogar com os diferentes modos admitidos para aferição do consentimento tácito em um caso concreto e com as variedades de tipos societários.

Por fim, Pedro Henrique Torres Bianqui é outro autor que também considera a desconsideração como matéria cujo conhecimento pode ser realizado na arbitragem, concluindo que pode o árbitro apurar a responsabilidade patrimonial de terceiros nessa situação, quando verificados os requisitos para aplicação da técnica. Essa conclusão é alcançada a partir da lógica de que defender entendimento contrário “significa irracionalmente desprestigiar a função do árbitro e a *mens* da criação da arbitragem”.²¹⁶

²¹⁴ SALLES, A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica à arbitragem, op. cit., p. 133.

²¹⁵ Ibid., p. 145-148.

²¹⁶ BIANQUI, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, op. cit., p. 91.

Entretanto, apesar de o autor se posicionar favoravelmente a esse uso na seara arbitral, algumas ressalvas devem ser feitas. Inicialmente, nota-se que Pedro Henrique Torres Bianqui em nenhum momento menciona a utilização da desconsideração em si como fundamento para a inclusão de terceiros no procedimento arbitral, mencionando-a apenas como matéria que pode ser decidida pelos árbitros. Em segundo lugar, defende que a execução da decisão a qual determina a desconsideração cabe ao Judiciário, argumento este que corrobora a percepção de que não caberia aos árbitros a jurisdição para integrar o terceiro e atingir seus bens.²¹⁷

Finalmente, o autor pondera o seu posicionamento com o de Marcos Paulo de Almeida Salles, mencionando a ressalva por este feita quanto a eventual atingimento de sujeitos não signatários da convenção de arbitragem, mas concluindo que, desde que exista pedido de desconsideração, pode o árbitro proceder à extensão dos efeitos de sua decisão a esses terceiros. Bianqui destaca, inclusive, que deve ser oportunizado o contraditório antes que o árbitro profira sua decisão, principalmente nas hipóteses em que o terceiro não integrou o procedimento.

Assim, é de se notar que Pedro Henrique Torres Bianqui não ignora a questão relativa ao potencial atingimento de terceiros não signatários da convenção arbitral, mas argumenta que isso não seria um problema justamente pela existência de outros fundamentos para a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a outros sujeitos, como no caso dos grupos econômicos. Desse modo, verifica-se que o autor, apesar de se posicionar favoravelmente ao manejo da desconsideração pelos árbitros, não considera a técnica como uma justificativa para a inclusão de terceiros no procedimento, mas sim recorre a outras “situações nas quais o efeito da cláusula compromissória se estende a partes não signatárias”.²¹⁸

No mesmo sentido, Bianqui também não ignora que o cumprimento de eventual sentença arbitral determinando responsabilidade patrimonial de terceiro deve ser feito no Judiciário. Portanto, não se trata de posição efetivamente favorável à inclusão de terceiros no procedimento arbitral pelo fundamento da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de reconhecimento da possibilidade de análise dessa matéria pelos árbitros, caso haja pedido nesse sentido.

²¹⁷ Nas palavras do autor, “o árbitro poderá apurar a responsabilidade do sócio, causas que autorizam a desconsideração, produzir provas acerca disso etc. Mas a execução desse *decisum* se dará por meio do Poder Judiciário, já que é ali que se executam as sentenças arbitrais (CPC, art. 475-N, IV – *cumprimento de sentença em processo autônomo*). Na execução, se o sócio tiver participado do processo, será considerado parte e a ele será aplicado o art. 475-L do Código de Processo Civil. Se não participou, terá de haver o contraditório antes da invasão patrimonial [...]” (BIANQUI, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, op. cit., p. 91).

²¹⁸ *Ibid.*, p. 91.

2.2.2.3. Desconsideração como técnica sancionatória independente do consentimento

Nesta categoria, inserem-se os argumentos de Carlos Augusto da Silveira Lobo.

Para o autor, quem também analisa a possibilidade de extensão da convenção de arbitragem dentro do contexto do grupo societário, a teoria do grupo de sociedades não poderia ser aplicada no Brasil para fins de extensão da cláusula compromissória à sociedade controladora, devido à exigência de forma escrita como condição de validade da cláusula compromissória, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem.

Ainda, essa vedação também seria imposta por conta da consequente impossibilidade de dedução, pelos árbitros, da existência de consentimento implícito pelo comportamento de um terceiro com relação ao negócio jurídico ao qual diz respeito a convenção de arbitragem. O autor nega, portanto, com base na obrigatoriedade da forma escrita da convenção, a possibilidade de aferição de consentimento tácito à obrigação de arbitrar.²¹⁹

Entretanto, Carlos Lobo defende que seria possível atingir resultado análogo, em certos casos, por meio da desconsideração da personalidade jurídica. O autor não ignora as objeções daqueles que negam a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no procedimento arbitral, pautados nos limites subjetivos e objetivos da convenção de arbitragem, mas sustenta que esses limites não seriam ultrapassados por meio da aplicação da desconsideração e que esse posicionamento não seria contraditório com relação ao seu entendimento de que a teoria do grupo de sociedades é inaplicável no Brasil.

Isso porque enquanto a teoria do grupo de sociedades basear-se-ia na aferição do consentimento tácito ou implícito de um terceiro para fins de vinculação ao procedimento arbitral, a desconsideração da personalidade jurídica, enquanto medida sancionatória, pauta-se na extensão da responsabilidade patrimonial decorrente de determinada relação jurídica a um terceiro que se valeu de forma abusiva da personalidade jurídica.²²⁰ Assim, a vinculação ao

²¹⁹ Segundo o autor, em conformidade com o direito brasileiro, “caso a convenção de arbitragem não se apresente por escrito, não se a pode deduzir de fatos que, a juízo do tribunal arbitral, denunciem consentimento tácito ou implícito. A forma escrita é indispensável para a validade da cláusula compromissória”. Nesse sentido, segue Carlos Lobo, “se a lei exige a forma escrita para a cláusula compromissória, está ipso facto requerendo que a concordância de cada parte seja documentada por escrito, o que se faz comumente pela assinatura da parte no próprio instrumento contratual, que contém a cláusula compromissória, ou em documento apartado, que lhe faça referência.” (LOBO, Cláusula compromissória e grupo de sociedades, op. cit., aqui p. 5-6 do pdf).

²²⁰ Interessante retomar, nesse aspecto, a já mencionada posição de Renato Resende Beneduzi, quem chega a conclusão contrária à de Carlos Lobo – ou seja, entende que não é possível a utilização da desconsideração como fundamento para inclusão de terceiros no procedimento arbitral –, partindo também dessa qualificação da desconsideração da personalidade jurídica como técnica sancionatória, a qual impediria seu manejo como

procedimento arbitral não seria baseada em uma determinação do consentimento para com a arbitragem, mas sim no “desfazimento da ardilosa ocultação” daquele que abusa da personalidade jurídica.

Ademais, ao destacar que a desconsideração funciona como sanção, Carlos Lobo ressalta que, apesar de não depender da aferição do consentimento em arbitrar, esta só seria técnica aplicável em caso de convencimento do julgador acerca da prática de ato antijurídico por parte daquele que se pretende atingir pela medida.

Em realidade, portanto, apesar de o autor defender a possibilidade de manejo da desconsideração pelos árbitros – com ênfase para o fato de que a desconsideração configuraria técnica sancionatória que, por isso mesmo, independeria do consentimento daquele que se pretende atingir –, nota-se que Carlos Lobo constrói seu raciocínio justamente com base na diferenciação entre a desconsideração da personalidade jurídica e a aferição do consentimento tácito, o que muito aproxima esse posicionamento com a posição daqueles que diferenciam a desconsideração da personalidade jurídica dos demais modos de aferição do consentimento (*cf.* item 2.2.1.4).

A diferença é que, no fim, o autor conclui pela possibilidade de manejo pelos árbitros, enquanto aqueles autores citados anteriormente defendem que essa atribuição caberia ao Judiciário. Ademais, apesar de caracterizar a desconsideração como técnica sancionatória independente do consentimento, há quem levante críticas a esse posicionamento, entendendo que, no fundo, Carlos Lobo também se pauta no caráter consensualista da arbitragem para desenvolver seus argumentos.²²¹

2.2.3. Conclusão quanto às perspectivas doutrinárias

Após a exposição das perspectivas doutrinárias quanto ao tema, verifica-se que a maioria da doutrina se posiciona em sentido contrário à possibilidade de utilização da desconsideração da personalidade jurídica para vinculação de terceiros ao procedimento arbitral.

fundamento para a extensão subjetiva dos efeitos da convenção de arbitragem (BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem. *Revista de Processo*, vol. 290, p. 473-492, abr./2019).

²²¹ Nesse sentido, Rafael Branco Xavier observa, quanto aos argumentos de Carlos Lobo, que “embora a uma primeira vista pareça que o argumento trazido por Carlos Lobo está depurado da lógica consensualista, também a ele se reporta. Esse entendimento resta claro a partir de remissão que faz ao estudo de Lamartine Corrêa, *in verbis*: “[...] que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas físicas ou jurídicas?”, evidenciando que o aspecto fundamental reside na determinação da identidade do sujeito que efetivamente agiu em um caso concreto, de modo que a “análise a ser feita é do *comportamento* e o problema desloca-se para a verificação do consentimento” (XAVIER, Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, *op. cit.*, aqui p. 59-60).

No fundo, por mais diversos que os argumentos contrários ao manejo da desconconsideração possam parecer, estes recaem sempre na análise dos limites subjetivos à convenção de arbitragem, sendo pautados no consentimento necessário à vinculação dos sujeitos ao procedimento arbitral.

Ademais, no tocante àqueles que fazem uma diferenciação entre os pressupostos da desconconsideração da personalidade jurídica e os modos de determinação do consentimento tácito, nota-se que contribuem justamente para a conclusão de que os requisitos da desconconsideração da personalidade jurídica não se confundem com a aferição do consentimento relativo à arbitragem.

Já quanto aos argumentos favoráveis ao manejo da desconconsideração na instância arbitral, cabe inicialmente ressaltar que a maior parte dos fundamentos adotados pelos autores não deixa de mencionar os limites subjetivos da convenção de arbitragem, o que evidencia a importância desse aspecto.

Nesse sentido, apesar de a primeira dessas correntes favoráveis, a qual versa sobre os diferentes modos de aferição do consentimento, parecer exercer uma tentativa de enfoque na realidade prática e no combate às fraudes que podem ser perpetradas por complexas estruturas societárias, de rigor destacar que, embora esse seja um esforço necessário, não é capaz de se sobrepor à caracterização da arbitragem enquanto mecanismo de resolução de disputas ao qual os contratantes consensualmente se submetem.

Isso porque seus argumentos se reduzem, ao fim, a análises relativas ao consentimento, por meio da busca de diferentes formas de aferi-lo, as quais não guardam, porém, relação com os pressupostos da desconconsideração da personalidade jurídica. Apesar disso, dois dos posicionamentos mencionados se aproximam de uma conclusão que possibilitaria aproximar a aferição do consentimento tácito com a análise dos requisitos da desconconsideração da personalidade jurídica.

O primeiro deles é o de Eduardo Munhoz, com o reconhecimento de que a vertente objetiva da desconconsideração autorizaria sua utilização em arbitragem. O segundo é o de Arnoldo Wald, com a defesa da posição segundo a qual o abuso de direito ou a fraude perpetrados por um controlador que utiliza seu poder de controle para evitar que o verdadeiro contratante seja atingido pelos efeitos da convenção de arbitragem autorizam a extensão subjetiva de seus efeitos.

Contudo, nota-se que essas análises – as quais buscam examinar se os próprios requisitos da desconconsideração da personalidade jurídica seriam suficientes para autorizar seu manejo

como fundamento para vinculação de terceiros – também não deixam de recorrer, em medidas variadas, à diferenciação entre os modos de aferição do consentimento e os pressupostos da técnica da desconsideração.

Assim, mesmo nesses casos, os autores não abrem mão da necessidade de verificar o consentimento tácito dos terceiros com relação ao método de resolução de conflitos para que estes possam ser integrados ao procedimento arbitral. Desse modo, não consideram que, independentemente de terem ou não consentido com a convenção de arbitragem, esses terceiros deveriam ser incluídos pelo fundamento da desconsideração.

Pelo contrário, consideram que o abuso da personalidade jurídica poderia ser uma das circunstâncias aptas a contribuir para a caracterização do consentimento implícito com relação a arbitragem. Nota-se, portanto, que esses posicionamentos também não infirmam a conclusão de que a desconsideração não é técnica voltada a funcionar como fundamento autônomo e sempre aplicável para a inclusão de terceiros não signatários no procedimento arbitral. Isso porque nem sempre a técnica da desconsideração poderá servir como um dos elementos para caracterização do consentimento com relação à arbitragem.

Ademais, a justificativa empregada por essa vertente doutrinária – pautada na necessidade de combate a fraudes – também não parece ser suficiente para permitir o manejo da desconsideração na arbitragem como modo para atingir terceiros não signatários da convenção de arbitragem. Isso porque existem maneiras – as quais serão exploradas adiante, no capítulo 3 – de conciliar os limites inerentes à instância arbitral com a preservação da utilidade da técnica da desconsideração, sem que seja preciso descaracterizar o exercício da jurisdição arbitral enquanto método pautado no consentimento.

Ainda, quanto àqueles argumentos favoráveis à aplicação da técnica na seara arbitral e relacionados ao fato de que a desconsideração estaria inserida nos limites objetivos da convenção de arbitragem, destaca-se que estes também não fornecem justificativas adequadas para o manejo da técnica como fundamento para a inclusão de terceiros no procedimento.

Quando o pedido de desconsideração for formulado em face de sujeitos que figuram no procedimento, realmente não se verificam óbices para a discussão sobre o mérito da desconsideração pelos árbitros – com a ressalva de que a análise se restringirá ao exame da presença dos requisitos autorizadores da desconsideração e a eventual determinação da responsabilidade patrimonial do atingido pela técnica, sendo que os atos coercitivos com relação ao patrimônio dos envolvidos serão efetivados posteriormente pelo Judiciário.

Entretanto, a hipótese aqui estudada relaciona-se à situação em que um dos litigantes formula pedido para aplicação dessa técnica com objetivo de atingimento de terceiros não signatários da convenção arbitral. Nesse caso, não caberá aos árbitros a determinação da inclusão desses sujeitos, por estarem fora dos limites subjetivos da convenção firmada.

Não se nega que os árbitros detêm anterioridade quanto ao exame sobre se são ou não competentes para decidir sobre a desconconsideração e sobre a parte que se pretende incluir no procedimento, em virtude do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*. Contudo, diante de todas as preocupações já mencionadas, a melhor solução em caso de litígio que suscite essa problemática seria o reconhecimento de sua ausência de jurisdição para manejar a técnica da desconconsideração para atingir partes que não consentiram com o procedimento arbitral.

Assim, apesar de ser possível distinguir diversas correntes de pensamento, todas elas remontam majoritariamente ao consentimento, e não a argumentos que permitam, pautando-se nos próprios requisitos para desconconsideração da personalidade jurídica, admitir seu emprego no procedimento arbitral para a vinculação de terceiros ao procedimento.

Portanto, nas situações em que se pretende utilizar a desconconsideração como fundamento para extensão subjetiva da cláusula compromissória, o presente trabalho filia-se ao entendimento de que os árbitros não detêm jurisdição para determinar essa medida. Conclui-se, assim, a partir do exame dos argumentos expostos, que a verificação do consentimento com relação à arbitragem nem sempre equivalerá à análise sobre a presença dos pressupostos autorizadores da desconconsideração da personalidade jurídica.²²²

Dessa forma, a desconconsideração só poderia ser arguida no procedimento arbitral caso antes seja determinado que o terceiro que se pretende atingir por essa técnica consentiu tacitamente com a convenção de arbitragem.²²³ Assim, o fundamento para a inclusão do terceiro não seria a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica, mas sim a aferição do consentimento do não signatário – o que, como evidenciado, não necessariamente equivalerá à análise sobre os pressupostos para incidência da desconconsideração.

²²² Como bem sintetizado por Rafael Branco Xavier, “o Direito brasileiro não admite como critério de vinculação ao procedimento arbitral o abuso da personalidade jurídica, pois a verificação do consentimento não se confunde com os pressupostos da desconconsideração” (XAVIER, Desconconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 37).

²²³ Isso resolve a preocupação quanto à necessidade de análise, na instância arbitral, acerca do aspecto processual relativo “à admissibilidade como parte na arbitragem de um terceiro não signatário, que não manifestou a vontade – explícita ou implicitamente – de levar à arbitragem o julgamento desse litígio”, considerando que “mesmo que, à luz do direito material aplicável, o árbitro possa considerar o terceiro responsável, ele só poderá fazer isso se superar antes – em sentido positivo, obviamente, a questão processual relativa à sua jurisdição para decidir o litígio de que é parte um não signatário da convenção arbitral” (BENEDUZI, Desconconsideração da personalidade jurídica e arbitragem, op. cit., aqui p. 2 do pdf).

Apenas após é que seria possível a discussão no procedimento arbitral acerca da responsabilidade patrimonial desse terceiro, com o exame sobre os requisitos do art. 50 do Código Civil. Necessário ressaltar, entretanto, a relevância da análise do caso concreto para a verificação do consentimento tácito, já que “[t]odo o contexto do litígio e das relações contratuais deve ser analisado para demonstrar a vinculação da parte não signatária à convenção de arbitragem”,²²⁴ demandando análise rigorosa pelos árbitros das circunstâncias fáticas e da conduta das partes.

Ainda, apesar de a técnica da desconsideração também ser dotada de certo caráter casuístico, porquanto dependente da análise das circunstâncias do caso concreto para determinação da existência dos pressupostos autorizadores, verifica-se que também nesse ponto a desconsideração se distancia da aferição do consentimento com relação à arbitragem.

Enquanto o “elemento característico do *método* de desconsideração da personalidade jurídica está em buscar seu fundamento na *atividade* societária e não em um determinado ato”,²²⁵ a aferição do consentimento pauta-se não na análise da atividade societária, mas sim da conduta das partes na negociação ou execução do contrato no qual está contida a convenção de arbitragem. Baseia-se, portanto, na busca de um “ato do qual se possa deduzir concordância com a jurisdição arbitral”,²²⁶ por meio da análise de toda a relação contratual.

Uma outra diferenciação que pode ser estabelecida diz respeito ao fato de que a desconsideração seria cabível diante da constatação de certas situações objetivas, como a “utilização desconforme a normalidade, de cunho surpreendente, que provoca sacrifício de interesses disponíveis ou, então, a simples ocorrência de sacrifício de interesses indisponíveis por decorrência da incidência do regime personificatório”.²²⁷ A medida não se confunde, porém, com a busca por uma conduta por meio da qual se possa deduzir a concordância do sujeito com relação à jurisdição dos árbitros.

Já a aferição do consentimento, apesar de também partir da análise de situações objetivas de determinado caso concreto, claramente depende do exame da intenção dos sujeitos envolvidos ao participarem da relação contratual na qual foi pactuada convenção de arbitragem.

²²⁴ FARIA, *Participação de Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 56.

²²⁵ SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário: Eficácia e sustentabilidade*, op. cit., p. 394.

²²⁶ COSTA, *Partes e Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 163.

²²⁷ Segundo Marçal Justen Filho, a desconsideração teria lugar quando “os fins almejados pelo direito não são realizados pelo agente – sem que se altere essa configuração pelo fato de que a intenção do agente era a de realizar os ditos fins”. Assim, a técnica “não depende da vontade de abusar ou da consciência de prejudicar os interesses alheios”, já que não “se indaga o elemento subjetivo do agente, mas tão-somente a situação objetiva do desempenho da função.” (JUSTEN FILHO, *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, op. cit., p. 141-142).

Por outro lado, mesmo que se considere – na esteira do pensamento de Serick e da vertente subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica – que, para que se determine a desconsideração, seria necessário não só verificar circunstâncias objetivas do caso concreto, mas também a intenção do agente de se utilizar da pessoa jurídica de forma fraudulenta, ainda assim não é possível afirmar genericamente que os pressupostos da técnica seriam sempre coincidentes com e suficientes para a aferição do consentimento com relação à arbitragem.

Contudo, necessário registrar também a única situação encontrada que permitiria certa aproximação entre os requisitos da desconsideração e a aferição do consentimento à arbitragem. Trata-se da hipótese de fraude a disposições contratuais, mencionada por alguns autores como autorizadora da desconsideração, diante da utilização abusiva da pessoa jurídica por um sócio para se esquivar de determinada vedação contratualmente estabelecida.²²⁸ Nesse caso, seria possível afirmar que o requisito para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica dialogaria com a aferição do consentimento relativo à arbitragem.²²⁹

Isso porque poderia haver, nessas situações, uma tentativa dos sócios de se esquivarem da incidência da convenção de arbitragem contratualmente pactuada, por meio da utilização abusiva da pessoa jurídica como sujeito interposto para celebração de negócio jurídico. Seria o caso, por exemplo, de contrato firmado por intermédio da pessoa jurídica, como modo de impedir que sócios ou administradores do ente coletivo – os quais, naquela mesma relação contratual, utilizam-se abusivamente dessa personalidade jurídica em benefício próprio, caracterizando a ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial – sejam atingidos por eventual procedimento arbitral.

²²⁸ Foi Rolf Serick quem inicialmente se referiu a essa situação, ao comparar a hipótese de fraude a disposições contratuais com a de violação de disposições legais por meio da utilização abusiva da personalidade jurídica, concluindo também se tratar se hipótese de incidência da técnica da desconsideração: “Se un soggetto cerca di eludere un obbligo a cui è tenuto in forza di un contratto (normalmente si tratterà di un obbligo di non fare), con il sistema di fare agire al suo posto una persona giuridica, ciò costituisce un esempio perfettamente parallelo al tentativo di eludere, attraverso la persona giuridica, una norma di legge.” (SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, op. cit., p. 101). Pedro Henrique Torres Bianqui também se refere a essa hipótese, inclusive citando o exemplo de Serick: “Também há a *fraude a disposições contratuais*, que se dá quando o sócio visa utilizar a pessoa jurídica para driblar determinada vedação a algum contrato. SERICK traz um interessante exemplo. A pessoa assume contratualmente uma obrigação de não fazer e, para burlar essa cláusula, constitui determinada pessoa jurídica para a prática do ato.” (BIANQUI, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, op. cit., p. 57-58).

²²⁹ Entretanto, necessário também ressaltar que mesmo nas jurisdições que admitem o manejo da desconsideração da personalidade jurídica pelos árbitros (como a norte-americana), é controvertido se o intuito fraudulento pode ser caracterizado como requisito apto a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica e a vinculação de terceiro não signatário ao procedimento arbitral (CARDOSO, *Limites subjetivos da convenção de arbitragem*, op. cit., p. 151).

Nesse caso, ao mesmo tempo em que a desconconsideração poderia ser determinada, a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem também poderia ocorrer, pautada no atingimento das verdadeiras partes do negócio jurídico. Entretanto, mesmo assim não deixa de ser verdadeira a premissa de que a desconconsideração da personalidade jurídica não é técnica apta a servir como fundamento automático para a inclusão de terceiros na arbitragem.

Isso porque não se trataria simplesmente de desconconsiderar a personalidade jurídica para incluir em procedimento arbitral um sujeito que se pretende responsabilizar, mas sim de vincular à arbitragem aqueles que com ela consentiram, através da verificação de quem efetivamente manifestou a vontade na pactuação da convenção de arbitragem. Assim, é notável que essa vinculação ao procedimento só aconteceria, no exemplo mencionado, em virtude da aferição da participação efetiva na relação contratual daqueles que seriam, concomitantemente, atingidos pela técnica – caso preenchidos também os pressupostos do art. 50 do Código Civil.

Em circunstâncias diversas, nas quais essa atuação no contrato não fosse verificada, a aplicação da desconconsideração para permitir a vinculação desses sujeitos à arbitragem não seria possível. Subsiste, portanto, a conclusão de que, mesmo em casos nos quais a aferição do consentimento à arbitragem e a desconconsideração da personalidade jurídica possam ocorrer simultaneamente, ainda assim a determinação da manifestação de vontade com relação ao método de resolução de conflitos parece ser medida prévia e independente da aplicação da técnica da desconconsideração.

Prosseguindo na análise das diferenças entre os requisitos da desconconsideração e a aferição do consentimento das partes, necessário versar também sobre uma especificidade da desconconsideração para fins de responsabilização patrimonial. Verifica-se que “o sócio não passará a ser quem realizou o negócio jurídico”, pois a técnica “não altera a titularidade do negócio jurídico [...]. Mantém-se havendo um obrigado (pessoa jurídica), com dupla responsabilidade patrimonial: da pessoa jurídica (responsabilidade patrimonial primária) e dos sócios (responsabilidade patrimonial secundária).²³⁰ Em sua análise, Roberta Dias Tarpinian de Castro conclui que o:

“art. 50 do CC refere-se à extensão dos *efeitos* de determinadas obrigações, e não imputação dessas *obrigações*, e complementa que esses efeitos recaem sobre os *bens* dos administradores e sócios, e não sobre as *pessoas* dos

²³⁰ CASTRO, *O Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica*: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual, op. cit., p. 139-140.

administradores e sócios. Tudo isso reforça o caráter de responsabilidade patrimonial, e não a característica de devedor (obrigado)”.²³¹

Assim, a desconsideração não é técnica destinada à determinação de quem foi o verdadeiro contratante em um certo caso concreto, mas sim que busca coibir o exercício disfuncional e abusivo da personalidade jurídica. A aferição do consentimento para com a arbitragem, por sua vez, pauta-se justamente na verificação de quem participou do negócio jurídico no qual figura convenção de arbitragem.

Dessa forma, apesar de a finalidade de coibir exercícios disfuncionais da pessoa jurídica estar presente tanto no caso da desconsideração, quanto na extensão dos efeitos da convenção de arbitragem aos sócios que buscam se furtar da obrigação de se submeter à arbitragem, verifica-se que são hipóteses que não necessariamente coincidem.

Assim, os requisitos para a aplicação da desconsideração – seja em sua vertente objetiva ou subjetiva – não autorizam, por si só e em abstrato, que seja possível defender a possibilidade de utilização da desconsideração como fundamento para inclusão de terceiros no procedimento arbitral. Dessa forma, conclui-se que a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser considerada como fundamento para a extensão subjetiva dos efeitos da convenção de arbitragem.

2.3. Análise dos critérios empregados na jurisprudência

Destacados os argumentos da doutrina nacional com relação ao tema em análise, passa-se ao exame dos critérios empregados pela jurisprudência quanto à possibilidade da utilização da desconsideração da personalidade jurídica em arbitragem.

Optou-se pela análise não só da posição da jurisprudência pátria quanto ao assunto da própria desconsideração em arbitragem, mas também dos principais casos em que o Judiciário analisou a vinculação de terceiros ao procedimento arbitral por fundamentos relacionados ao consentimento tácito.

Isso porque se constatou que é baixa quantidade de decisões brasileiras que versam propriamente sobre desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem como fundamento para inclusão de terceiros, bem como verificou-se que o tema da extensão subjetiva dos efeitos da convenção de arbitragem está intrinsecamente relacionado aos argumentos levantados pela

²³¹ CASTRO, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica*: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual, op. cit., p. 141.

doutrina nacional em defesa ou contra a admissão do manejo da desconsideração da personalidade jurídica no procedimento arbitral.

Desse modo, essas são decisões que, apesar de não versarem propriamente sobre a desconsideração, permitem que se analise quais foram os aspectos considerados pelos tribunais brasileiros no exame da possibilidade de extensão da eficácia da convenção de arbitragem a partes que a ela não aderiram expressamente – para que se possa, em seguida, verificar se esses critérios guardam alguma relação com os pressupostos de aplicação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica e, por fim, concluir se há espaço para a utilização da desconsideração como fundamento para inclusão de terceiros.

Ademais, apesar de muitas das posições doutrinárias expostas nos itens anteriores se basearem também em desenvolvimentos da jurisprudência internacional,²³² o presente trabalho não pretende analisar de forma detalhada e exaustiva esses casos, alguns dos quais foram mencionados brevemente no item anterior apenas na medida em que guardassem relação com os argumentos expostos pela doutrina.

2.3.1. Desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem

Quanto aos casos em que houve discussão sobre a desconsideração da personalidade jurídica ligada a procedimentos arbitrais, há destaque para o paradigmático caso *Continental vs. Serpal* (item 2.3.1.1) e para o caso *Newedge v. Garcia* (item 2.3.1.2). Ademais, a análise da jurisprudência do STJ e do TJSP revelou também alguns resultados cujo exame será desenvolvido (item 2.3.1.3).

²³² Dentre os casos internacionais que discutem o tema, é possível citar os seguintes: *Orri vs. Société des Lubrifiants Elf-Aquitaine* (CCI n.º 5.730), *Smoothline Ltd. vs. North American Foreign Trading Corp, Philip Rowe vs. Louis Exline*, CCI n.º 7.307/FMS, *Dallah Real Estate Co. vs. The Ministry of Religious Affairs, Gov. of Pakistan*, CCI n.º 3879, CCI n.º 5721, CCI n.º 7626, CCI n.º 8163, CCI n.º 11209. Para análise aprofundada dessas situações, consultar, entre outros: PRADO, Viviane Muller; DECACCHE, Antonio. Arbitragem e Desconsideração da Personalidade Jurídica. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f5496252609c43eb>. Acesso em: 25/07/2021; CARDOSO, Paula Butti. *Limites subjetivos da convenção de arbitragem*. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013; WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, p. 31-59, maio-ago./2004; COSTA, Guilherme Recena. *Partes e Terceiros na Arbitragem*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015; PIRES, Manoela. A desconsideração da Personalidade jurídica na Arbitragem. Uma Análise sob a ótica do Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito e Arbitragem: estudos Acadêmicos*. Volume II. Arraes Editores, 2017, p. 43-83.

2.3.1.1. O caso *Continental vs. Serpal*

O caso *Continental vs. Serpal*,²³³ julgado pelo STJ em 2018, versava sobre ação cautelar de arresto cumulada com pedido de desconconsideração da personalidade jurídica voltado a assegurar o resultado útil da futura sentença arbitral. Antes de analisar os fundamentos invocados pelos Ministros em seus votos, necessário traçar breve histórico sobre o litígio, o qual tinha origem em supostos inadimplementos relativos a contrato de prestação de serviços e obras de engenharia.

Na ocasião, Serpal Engenharia e Construção Ltda. (“Serpal”) e outros interpuseram recurso especial em face de Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda. (“Continental”), insurgindo-se contra acórdão proferido pelo TJSP. O acórdão recorrido havia mantido os termos de sentença a qual deferiu liminar de arresto de bens de titularidade de terceiros, nos termos pleiteados pela Continental, com a desconconsideração da personalidade jurídica da empresa ré Serpal, para atingir bens de seu proprietário e administrador, Juan Quirós.

Havia no contrato celebrado entre as partes cláusula compromissória estabelecendo a resolução dos litígios por meio de procedimento arbitral perante o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, mas a medida cautelar de arresto teria sido promovida pela Continental antes da instauração desse procedimento, “para assegurar a exequibilidade integral do valor da indenização reclamada na arbitragem”.²³⁴

Para basear a urgência da medida pleiteada, a autora Continental sustentou a existência de movimentações societárias pela Serpal, com desvio de finalidade na utilização da personalidade jurídica da empresa e transmissão de patrimônio a terceiros, caracterizando fraude contra seus credores.

Alegou, ainda, que existiriam “empresas de prateleira”, as quais nunca teriam tido operação e teriam o único propósito de distanciar a construtora Serpal de Juan Quirós. Por fim, o crescimento vertiginoso do patrimônio pessoal de Juan Quirós e de seus familiares no mesmo período do endividamento da Serpal foi outra circunstância elencada pela Continental como fundamento para alegação de que teria havido uso desvirtuado da personalidade jurídica da construtora.

²³³ STJ, REsp n.º 1.698.730/SP, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, m.v., j. 08/05/18, DJe, 21/05/2018.

²³⁴ STJ, REsp n.º 1.698.730/SP, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, m.v., j. 08/05/18, DJe, 21/05/2018, inteiro teor do acórdão, p. 4.

Após o deferimento da medida liminar pelo juízo da 30ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, com a inclusão dos terceiros atingidos no polo passivo da demanda, noticiou-se ao juízo a efetiva instituição de arbitragem. O tribunal arbitral, instado a se manifestar sobre a ratificação ou não da decisão estatal, considerou-se incompetente para analisar essas medidas, pois o *decisum* teria repercutido na esfera jurídica de terceiros não signatários da cláusula compromissória.

Ao fim, o juízo estatal confirmou a liminar anteriormente deferida, incluindo o arresto dos bens indicados na inicial e a desconsideração da personalidade jurídica da empresa ré, atingindo os bens do sócio controlador Juan Quirós, de seus filhos e de outras empresas interpostas, as quais teriam fraudulentamente recebido bens, em detrimento dos credores da Serpal. Os demandados interpuseram, então, recurso de apelação, ao qual foi negado provimento. Sobreveio, por fim, o recurso especial que ora se analisa, no qual os recorrentes, dentre outros aspectos, sustentaram a ausência dos requisitos para deferimento da cautelar de arresto e para a desconsideração da personalidade jurídica.

Por maioria, foi dado provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro relator Marco Aurélio Bellizze, para o fim de extinguir sem julgamento de mérito a ação cautelar de arresto cumulada com pedido de desconsideração da personalidade jurídica, declarando a decadência da medida cautelar deferida pelo juízo estatal. Foram vencidos os Ministros Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino. Passa-se, inicialmente, à análise dos termos da decisão do Ministro relator.

Inicialmente, Marco Aurélio Bellizze afastou a preliminar de omissão quanto às questões relativas à aplicação do art. 50 do Código Civil, destacando que o acórdão recorrido reconheceu a existência de esvaziamento patrimonial da empresa Serpal, mencionando as doações de Juan Quirós a seus filhos e a dificuldade financeira da Serpal para enfrentar os seus débitos, de modo que não poderia “sobressair o formalismo exacerbado”.

No mérito, quanto à análise sobre a necessidade de promoção pela Continental da ação principal perante o juízo arbitral contra todos os demandados no prazo de 30 dias, sob pena de perda de eficácia da medida, o relator teceu considerações sobre a competência para julgamento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, diante da delimitação da arbitragem enquanto método de resolução de conflitos.

Mencionou-se, a princípio, a competência provisória do Judiciário para análise das tutelas de urgência enquanto ainda não instaurada arbitragem, nos termos do art. 22-A da Lei de Arbitragem. Assim, o relator destacou que, após a instauração do juízo arbitral, os autos da

medida de urgência deveriam ter sido encaminhados aos árbitros, a quem caberia a análise sobre a subsistência ou não da liminar proferida. Concluiu, assim, que o juízo estatal se equivocou ao prosseguir na tramitação da cautelar de arresto.

Isso porque a subsistência do provimento cautelar de arresto deferido após cognição meramente sumária, como forma de salvaguardar a eficácia de eventual futura sentença de procedência, dependeria da conclusão final dos árbitros acerca dos pleitos de indenização diante do alegado inadimplemento contratual, após análise exauriente de todos os elementos constantes dos autos e da consequente formação de sua convicção.

Diante desse raciocínio, enfatizando que caberia aos árbitros, enquanto julgadores do processo principal, analisar a necessidade de manutenção da cautelar de arresto, o Ministro relator defendeu também que teria sido incorreto o pronunciamento do juízo arbitral ao se declarar incompetente para análise da subsistência dessa medida, sob o fundamento de que haveria o envolvimento de terceiros não signatários.

Prosseguiu ressaltando que, diante da procedência do pleito indenizatório da Continental em face da Serpal, em procedimento arbitral no qual não participaram os terceiros cujo patrimônio tinha anteriormente sido atingido pelo bloqueio de bens, teria se esvaziado o propósito assecuratório da medida cautelar de arresto sobre bens de terceiros,²³⁵ a qual ainda estava vigente e foi considerada pelos Ministros como medida indissociável e dependente da pretensão de desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora.

Esse esvaziamento do propósito da cautelar teria se dado porque, não tendo integrado o procedimento arbitral, os terceiros judicialmente atingidos não puderam exercer seu direito de defesa e a sentença proferida na arbitragem não produziu, portanto, efeitos sobre esses terceiros. Desse modo, a medida cautelar deferida não foi capaz, ao fim, de garantir o resultado útil da demanda arbitral.

Especificamente quanto à competência para análise do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, o relator concluiu que o incidente de desconsideração, ainda que

²³⁵ Nesse sentido, também defendendo a extinção da medida cautelar, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva destacou em seu voto que “o propósito acautelatório e assecuratório do resultado útil do processo principal, única razão de ser da medida cautelar, encontra-se completamente esvaziado no caso dos autos, pois, de um lado, não há nenhuma ação em curso no Judiciário e, de outro, os bens arrestados não poderão servir para garantir a execução de sentença arbitral alheia a todos os sujeitos e fatos que ensejaram a desconsideração da personalidade jurídica no procedimento preparatório. Nesse contexto, não há outra solução possível senão a extinção da medida cautelar em virtude da ausência de propositura da ação principal no prazo de 30 (trinta) dias [...]” (STJ, REsp n.º 1.698.730/SP, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, m.v., j. 08/05/18, DJe, 21/05/2018, inteiro teor do acórdão, p. 43).

veiculado inicialmente perante o juízo estatal, seria matéria de competência da jurisdição arbitral.

Nesse cenário, ressaltou que o processo arbitral não poderia servir de escudo para evitar a responsabilização patrimonial do terceiro que agiu de modo fraudulento e figura enquanto verdadeiro responsável pelas obrigações inadimplidas. Assim, a desconsideração da personalidade jurídica configuraria “remédio jurídico idôneo para contornar esse tipo de proceder fraudulento” e estabelecer a verdadeira vontade dos participantes do negócio jurídico em integrar o procedimento arbitral, especialmente por meio da verificação de consentimento tácito no caso concreto, o qual:

“há de ser reconhecido, ainda, nas hipóteses em que um terceiro, utilizando-se de seu poder de controle para a realização de contrato, no qual há a estipulação de compromisso arbitral, e, em abuso da personalidade da pessoa jurídica interposta, determina tal ajuste, sem dele figurar formalmente, com o manifesto propósito de prejudicar ou outro contratante, evidenciado, por exemplo, por atos de dissipação patrimonial em favor daquele.”²³⁶

Marco Aurélio Bellizze destacou, nesse sentido, que apesar de a desconsideração da personalidade jurídica ser medida voltada a atingir terceiros não signatários da cláusula compromissória, esta seria matéria inserida nos limites objetivos da convenção de arbitragem, porquanto relativa a direitos disponíveis e relacionada à relação contratual estabelecida entre as partes.

Ademais, frente ao reconhecimento do consentimento tácito, seria possível vincular esses terceiros ao procedimento arbitral, sob o fundamento da desconsideração da personalidade jurídica, diante da constatação de abuso dessa personalidade, de fraude e má-fé da parte que figurou formalmente como contratante no negócio jurídico.

Por fim, para basear sua fundamentação, o Ministro citou o entendimento de Arnaldo Wald, para quem a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em arbitragem pressupõe a existência de má-fé por parte de um terceiro que, por meio de abuso de direito ou meios fraudulentos, utiliza seu poder de controle para celebrar o contrato que dá ensejo ao litígio. Assim, aliou-se ao entendimento doutrinário segundo o qual a desconsideração poderia ser manejada no âmbito arbitral quando houver má-fé encobrindo o verdadeiro agente responsável em uma determinada relação contratual.

²³⁶ STJ, REsp n.º 1.698.730/SP, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, m.v., j. 08/05/18, DJe, 21/05/2018, inteiro teor do acórdão, p. 20.

Portanto, o entendimento ao qual se filiou a maioria votante do STJ entendeu que a má-fé e a fraude autorizariam o reconhecimento do consentimento tácito à convenção de arbitragem, de modo que seria possível vincular ao procedimento arbitral terceiros não signatários, favorecendo a real verificação da vontade dos contratantes em detrimento do formalismo exacerbado quanto ao consentimento.

Por sua vez, o voto vencido da Ministra Nancy Andrighi, acompanhado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino consignou entendimento diverso, concluindo pela incompetência dos árbitros para análise do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica.

Inicialmente, a Ministra asseverou ser pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de não ser possível, em sede de recurso especial, a verificação da existência dos requisitos para a desconconsideração da personalidade jurídica. Após, versando sobre a harmonia entre Judiciário e arbitragem, destacou que o correto equacionamento do litígio dependia da análise de dois fatores, quais sejam: (i) a competência do juízo arbitral para pronunciamento sobre incidentes de desconconsideração da personalidade jurídica; e (ii) a convivência de decisões estatais e arbitrais em uma mesma controvérsia.

Quanto ao primeiro ponto, destacou que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica “por definição, afeta direitos e interesses de terceiros”, de modo que não caberia a reapreciação pelos árbitros da decisão estatal no tocante a esse aspecto. Isso porque o objeto principal da lide arbitral não guardaria relação direta com esse incidente de desconconsideração²³⁷ e a arbitragem teria como pilar a autonomia da vontade, demandando o consentimento de todas as partes envolvidas.

Assim, declarou que estaria correto o entendimento do tribunal arbitral quando concluiu pela sua incompetência para reapreciação da decisão do Judiciário que, desconSIDERANDO a personalidade jurídica da empresa ré, abrangeu pessoas naturais e jurídicas não signatárias da convenção de arbitral, sob pena de violação à autonomia da vontade das partes.

No tocante ao segundo ponto, ressaltou a necessidade de convivência harmoniosa entre Judiciário e jurisdição arbitral, de modo a garantir o efetivo cumprimento das decisões proferidas nessa última instância. Relembrou, ainda, a importância de respeito ao princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, o que teria ocorrido no caso concreto, diante da possibilidade

²³⁷ Quanto a esse aspecto, a Ministra pontuou que o “incidente tem a finalidade precípua de preservar íntegro o patrimônio de empresa – ou seja, trata-se de uma medida conservativa – para posterior cumprimento de eventual sentença arbitral condenatória” (STJ, REsp n.º 1.698.730/SP, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, m.v., j. 08/05/18, DJe, 21/05/2018, inteiro teor do acórdão, p. 36).

concedida ao tribunal arbitral para manifestação sobre sua própria competência quanto à reapreciação da medida cautelar que envolvia terceiros alheios à cláusula compromissória.

Por fim, concluiu pela não ocorrência de decadência da medida cautelar de arresto, pois a ação principal, consubstanciada no procedimento arbitral, teria sido proposta em face da Serpal, enquanto a única contratante que efetivamente celebrou a convenção de arbitragem e que poderia figurar no processo arbitral.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, por sua vez, seguiu o entendimento do voto-vista por considerar que, enquanto a cautelar de arresto teria sido apenas medida antecipatória destinada a assegurar a futura execução da sentença arbitral, a desconsideração da personalidade jurídica seria medida voltada a tornar efetiva a execução do laudo arbitral. Desse modo, entendendo que a arbitragem não pode avançar na fase de execução, destacou que a competência para determinação da medida seria do Poder Judiciário.

Exposto o contexto fático do litígio, bem como os votos proferidos e seus fundamentos, passa-se ao exame dos argumentos utilizados pelos Ministros. Por um lado, é possível dizer que o caso *Continental vs. Serpal* expressa o entendimento da maioria votante do STJ segundo o qual a desconsideração da personalidade jurídica seria, nessa ocasião, matéria sujeita à jurisdição dos árbitros. No caso, a possibilidade de vinculação de terceiros ao procedimento foi garantida por meio da constatação do consentimento tácito à convenção de arbitragem, a qual se deu pautada no uso abusivo da pessoa jurídica interposta para que esses terceiros pudessem participar do contrato sem dele figurar formalmente.

Por outro lado, há o entendimento manifestado pela Ministra Nancy Andrigli, a qual expressou o enfoque no consentimento necessário para a submissão dos sujeitos à arbitragem. Por fim, necessário mencionar, ainda, a compreensão que os árbitros tiveram da situação no momento do litígio.

Conforme consta do acórdão, o ofício do tribunal através do qual os árbitros se designaram incompetentes registrou o seu entendimento de que a medida cautelar concedida pelo Judiciário não teria tido apenas o objetivo de preservar o interesse das partes da arbitragem ou a execução da futura sentença arbitral, pois foi dirigida a terceiros não signatários da cláusula compromissória. Ademais, destacou que a desconsideração da personalidade jurídica naquela situação em específico teria sido medida permanente, e não provisória.

Ainda, o tribunal ressaltou que a situação não se referia à decisão sobre se terceiros com relação aos quais os árbitros não detinham jurisdição poderiam integrar o procedimento, já que o tribunal arbitral não tinha sido instado a se manifestar sobre a extensão subjetiva dos efeitos

da convenção de arbitragem, diante da ausência de formulação de pedidos nesse sentido pelas partes no procedimento arbitral.

Em face desse cenário e das diversas posições sustentadas, a doutrina diverge quanto à solução adotada pelo STJ nesse caso paradigmático.

Do ponto de vista dos limites objetivos da convenção de arbitragem, Rafael Branco Xavier considera que foi irreparável a decisão da maioria nesse caso, por ter considerado que, excepcionadas as matérias relativas aos direitos indisponíveis, qualquer questão relacionada à relação contratual entre as partes pode ser submetida ao exame dos árbitros, sendo que “o pedido de desconsideração não foge a essa regra, a pretexto de atingir terceiros não signatários do compromisso arbitral”.²³⁸

Necessário ressaltar, porém, que conforme destacado pelo tribunal arbitral na ocasião, não teria havido formulação de pedido das partes no âmbito arbitral para extensão subjetiva dos efeitos da convenção de arbitragem, de modo que não caberia aos árbitros decidir se esses terceiros estariam sobre sua jurisdição. Assim, verifica-se que não se tratava, no caso, de matéria inserida nos limites do litígio, já que não foi formulado pedido nesse sentido diante da jurisdição arbitral.²³⁹

Prosseguindo em sua análise, feita essa ressalva com relação à adequação da decisão no tocante aos limites subjetivos da convenção arbitral, Rafael Branco Xavier tece suas críticas quanto à solução adotada pelo STJ. Isso porque sustenta ter havido confusão por parte da maioria votante, pois misturou-se a possibilidade de aplicação do art. 50 do Código Civil pelos árbitros com a análise da possibilidade de manejo dessa técnica como critério de determinação da adesão tácita dos contratantes à convenção de arbitragem.²⁴⁰

Ademais, o autor diferencia o caso *Continental vs. Serpal* com relação ao caso *Orri vs. Société des Lubrifiants Elf-Aquitaine*, em virtude do momento no qual teria se verificado a ocorrência de fraude: enquanto neste último caso internacional, o qual consagrou a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem, não teria sido verificada ocorrência de fraude após a contratação, no primeiro caso, a fraude foi constatada

²³⁸ STJ, REsp n.º 1.698.730/SP, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, m.v., j. 08/05/18, DJe, 21/05/2018, p. 22; XAVIER, Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 50.

²³⁹ O próprio autor reconhece isso ao destacar que, diante da solução dada pelo STJ ao caso, “[d]eixou-se a parte prejudicada pela fraude sem tutela jurisdicional”, pois “a desconsideração foi deferida em medida cautelar pré-arbitral pelo Poder Judiciário e, segundo o que se depreende, o pedido não foi renovado nem no Judiciário, tampouco na arbitragem” (XAVIER, Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 64).

²⁴⁰ Ibid., aqui p. 53.

apenas durante a execução do contrato – e, mais especificamente, em circunstância de descumprimento contratual.

É com base nesse aspecto que Rafael Branco Xavier questiona a decisão do STJ, sustentando que o consentimento tácito teria sido “inferido a partir da inexecução contratual”, a partir de supostos atos de dissipação patrimonial ocorridos não no momento da assinatura do contrato, mas sim durante o descumprimento de seus termos. Conclui, assim, que a “situação que se está a descrever é de abuso, não de manifestação de vontade”.²⁴¹

Com esse raciocínio, é possível afirmar que o autor afasta a possibilidade de o pressuposto para manejo da desconsideração da personalidade jurídica – o abuso dessa personalidade – ser confundido com os modos de manifestação de vontade com relação à arbitragem.

Por fim, Rafael Branco Xavier critica a solução adotada no caso também pelo aspecto de que, ao contrário do alegado, não se teria alcançado abordagem pragmática que privilegiasse a funcionalidade da técnica da desconsideração.²⁴² Pelo contrário, conclui que a parte prejudicada pela fraude teria ficado, na circunstância concreta, sem tutela jurisdicional, pois a confirmação da cautelar pré-arbitral de arresto não ocorreu diante do Judiciário – o qual se considerou com atuação já exaurida naquelas circunstâncias – ou dos árbitros – os quais se julgaram incompetentes para análise da medida.

Já Ricardo Ramalho Almeida, posiciona-se favoravelmente à decisão do STJ. Segundo o autor, a maioria teria adequadamente considerado que há uma necessidade de possibilitar a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem pelos árbitros pelo fundamento da desconsideração, sob pena de privilegiar fraudes e ausência de efetiva responsabilização patrimonial. Assim, ao contrário de Rafael Branco Xavier, sustenta que essa teria sido solução pragmática.

Para o autor, o STJ teria aderido à tese defendida por Marcos Paulo de Almeida Salles, no sentido de que aqueles sócios ou administradores que praticam fraude consentem tacitamente com sua submissão à arbitragem estipulada pela pessoa jurídica a qual estão vinculados. Ainda, Ricardo Ramalho Almeida conclui se tratar de questão relacionada à definição do âmbito jurisdicional competente para julgamento do pedido de desconsideração da personalidade

²⁴¹ XAVIER, Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 57-58.

²⁴² Segundo o autor, a abordagem pragmática com relação ao caso concreto teria sido adotada caso se tivesse concluído no sentido do voto-vista do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, quem ressaltou que a cautelar de arresto teria sido medida antecipatória apta a viabilizar a execução da futura sentença arbitral – execução essa que se tornaria efetiva justamente por meio da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica (Ibid., aqui p. 64-65).

jurídica, a qual seria resolvida pela aplicação do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, garantindo ao árbitro a jurisdição para essa análise.²⁴³

Analizados os posicionamentos doutrinários quanto à solução do STJ, verifica-se que a decisão da maioria não é capaz de conduzir a uma conclusão unânime sobre o tema da vinculação de terceiros à arbitragem pelo fundamento da desconsideração. Apesar de a maioria da Terceira Turma ter se posicionado favoravelmente a essa possibilidade, nota-se que diversas críticas podem ser feitas à decisão.

No caso, o STJ decidiu que o consentimento tácito poderia ser determinado com base na desconsideração da personalidade jurídica, pois o sócio da Serpal teria agido de forma fraudulenta ao não assinar o contrato com a cláusula compromissória, buscando frustrar eventual condenação posterior. Assim, a ausência de assinatura dos terceiros na convenção de arbitragem não seria argumento apto a obstar a competência do tribunal arbitral para decidir sobre o pedido de desconsideração.

Entretanto, o próprio tribunal arbitral, a quem cabia decidir sobre sua própria competência a respeito da análise do pedido de desconsideração, em virtude do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, posicionou-se no sentido de sua incompetência para o exame da desconsideração, de modo que não caberia ao Judiciário rever essa decisão e concluir, ao fim, que a competência para análise do tema era dos árbitros.

Nessas circunstâncias, como mencionado por Rafael Branco Xavier, criou-se situação na qual, em busca de dar efetividade à técnica da desconsideração, o aspecto processual da decisão gerou resultado oposto: diante da determinação de que os árbitros é que seriam competentes para analisar pedido de desconsideração, o Judiciário entendeu estar exaurida sua atuação e extinguiu a ação cautelar de arresto sem julgamento de mérito.

Ao mesmo tempo, no âmbito arbitral, além de ter sido definido que o tribunal não deteria competência para decidir sobre o pedido de desconsideração, foi proferida sentença que não produziu efeitos sobre os terceiros não signatários da convenção de arbitragem, pois estes não participaram do procedimento arbitral. Desse modo, diante da ausência de renovação do pedido de desconsideração nas instâncias arbitral e judicial, esta foi medida que não se concretizou.

²⁴³ O autor sintetiza sua posição nos seguintes termos: “Trata-se, então, pura e simplesmente, de identificar quem detém a competência, para, em primeiro lugar, fixar a competência do árbitro. E essa competência, como é de todos sabido, pertence ao próprio árbitro, não ao juiz estatal. Trata-se da aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, conforme parágrafo único do artigo 8º da Lei 9.307/96, que não se limite a tratar, conforme sua literalidade, da ‘existência, validade e eficácia’ da convenção de arbitragem, mas deve abranger, também, a determinação de sua extensão subjetiva.” (ALMEIDA, A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na arbitragem: análise do Recurso Especial 1.698.730/SP, op. cit., aqui p. 12 do pdf).

Assim, verifica-se que a tutela jurisdicional não alcançou seus objetivos, em que pese a alegação segundo a qual garantir ao árbitro a competência para manejar a desconsideração nessa hipótese seria medida necessária para preservar a efetividade da técnica e do provimento jurisdicional.

No mais, apesar de o consentimento tácito ter sido determinado a partir do abuso da personalidade jurídica, nota-se que o raciocínio adotado não se desprende da análise da manifestação de vontade dos entes não signatários. Desse modo, o caso não representa uma situação em que a desconsideração da personalidade jurídica foi utilizada como fundamento único para a inclusão de terceiros na arbitragem, independentemente do seu consentimento para com o procedimento.

Representa, em realidade, circunstância na qual o abuso da personalidade jurídica foi entendido como situação a ser combatida para evitar que sujeitos que teriam consentido implicitamente com a convenção de arbitragem ficassem de fora do procedimento apenas por não serem signatários da cláusula compromissória.

Entendeu-se, assim, que a desconsideração da personalidade jurídica seria, naquela circunstância em específico, técnica destinada a possibilitar o atingimento do verdadeiro responsável pela obrigação inadimplida, o qual teria se utilizado da forma da pessoa jurídica justamente para se esquivar de eventual condenação no procedimento arbitral.

Portanto, houve preocupação em determinar quem seria a verdadeira parte no negócio jurídico, para fins de extensão dos efeitos da convenção de arbitragem. Contudo, é possível também tecer algumas críticas ao modo como essa aferição do consentimento implícito foi feita.

Como bem destacado por Marcela Kohlbach de Faria, nas situações de verificação de consentimento tácito, a análise da relação contratual *como um todo* é relevante, pois devem ser buscadas provas “de atos das partes ao longo de toda a relação contratual”, os quais demonstrem “a ciência com relação à convenção de arbitragem ou, ao menos, que as partes deveriam saber da sua existência”. Assim, seria preciso analisar “o grau de envolvimento das partes não signatárias na relação jurídica objeto da convenção de arbitragem”.²⁴⁴

Entretanto, no caso em comento, a análise restringiu-se à observância da prática de condutas fraudulentas relacionadas apenas ao momento de inexecução contratual, em virtude de atos de dissipação patrimonial em favor de terceiros, ocorridos somente após a mora da Serpal.

²⁴⁴ FARIA, *Participação de Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 81.

Assim, o raciocínio empregado parece contraditório: (i) de um lado, os Ministros defenderam que a desconsideração da personalidade jurídica serviria como fundamento para a vinculação dos terceiros ao procedimento arbitral porque estes teriam buscado, por meio do abuso da personalidade jurídica, não figurar formalmente como partes da convenção de arbitragem pactuada no instrumento contratual desde o início da contratação; (ii) de outro lado, a ciência desses terceiros com relação à convenção de arbitragem, assim como a sua participação na relação contratual, parecem ter sido presumidas tão-somente em virtude de atos de dissipação patrimonial – caracterizadores do abuso de personalidade jurídica – ocorridos apenas em momento de descumprimento contratual, anos após a celebração da convenção de arbitragem.

Portanto, apesar de concluírem que os terceiros a serem atingidos pela medida abusaram da personalidade jurídica como o objetivo de não precisarem figurar formalmente como partes no contrato que seriam atingidas pela convenção de arbitragem, os Ministros referem-se apenas a atos que acontecerem posteriormente à celebração contratual, já em momento de mora no cumprimento das obrigações. Parece, assim, perder força a constatação de que esses atos posteriores de abuso da personalidade jurídica efetivamente poderiam significar a manifestação de vontade desses terceiros com relação à participação no procedimento arbitral.

Desse modo, não se buscou, a partir dos supostos atos fraudulentos e à luz das circunstâncias fáticas, analisar de maneira concreta e devidamente justificada, se os beneficiários dessas medidas teriam atuado de alguma forma que realmente fosse capaz de demonstrar que consentiram tacitamente à arbitragem, por sua participação no contrato celebrado.

Assim, como também destacado por Rafael Branco Xavier, parece ter sido descrita apenas situação de abuso da personalidade jurídica, e não de manifestação de vontade,²⁴⁵ pois não restou evidenciado de que forma as condutas fraudulentas constatadas efetivamente consubstanciariam adesão tácita desses terceiros ao negócio jurídico celebrado e, conseqüentemente, à convenção de arbitragem nele contida.

2.3.1.2. O caso *Newedge vs. Garcia*

O caso *Newedge vs. Garcia*²⁴⁶ refere-se a um pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira. Na ocasião, o contrato de financiamento relacionado à compra e venda de

²⁴⁵ XAVIER, Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 58.

²⁴⁶ STJ, SEC n.º 5.692/EX, Corte Especial, rel. Min. Ari Pargendler, v.u., j. 20/08/2014, DJe 01/09/2014.

commodities firmado entre as pessoas jurídicas Newedge USA LLC e Fluxo-Cane Overseas Limited – assim como a carta de garantia pessoal a ele vinculada, outorgada pelo segundo requerido (Manoel Fernando Garcia) em favor da requerente – eram regidos pelas leis do Estado de Nova Iorque. A sentença arbitral condenou solidariamente os requeridos Fluxo-Cane Overseas Limited e Manoel Fernando Garcia ao pagamento à requerente Newedge USA LLC de valores decorrentes do inadimplemento contratual.

Para garantia da eficácia da execução da sentença de procedência, Newedge USA LLC formulou paralelamente pedido de antecipação de tutela, requerendo o arresto de bens das partes que figuravam como requeridos no procedimento arbitral, sob o fundamento de que estes estariam dissipando seus ativos por meio da empresa S/A Fluxo - Comércio e Assessoria Internacional, controlada por Manoel Fernando Garcia, como forma de frustrar a execução da sentença arbitral.

O arresto dos bens foi, em momento inicial, apenas parcialmente deferido, o que motivou o aditamento do pedido para abranger pleito de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa controlada pelo segundo requerido e a consequente extensão do arresto aos bens da sociedade. Ato contínuo, foi deferido o pleito de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa S/A Fluxo - Comércio e Assessoria Internacional,²⁴⁷ bem como foi reconhecida a ocorrência de fraude à execução, pelo fato de que a sentença estrangeira pendente de homologação constituía prova literal da dívida líquida e certa.²⁴⁸

Por fim, a Corte Especial do STJ decidiu, por unanimidade, deferir o pedido de homologação da sentença, diante da ausência de ofensa à ordem pública e à soberania nacional, bem como da presença dos demais pressupostos legais para o deferimento do pleito.

Nota-se, nesse sentido, que a desconconsideração inversa da personalidade jurídica foi admitida nesse caso enquanto medida para combater o fundado receio de que o dano gerado pela alienação dos bens colocasse em risco a eficácia do pronunciamento arbitral.

²⁴⁷ A decisão de fls. 676/679 determinou que “S/A FLUXO - COMÉRCIO E ASSESSORIA INTERNACIONAL, controlada por MANOEL FERNANDO GARCIA, que detém praticamente todas as ações representativas do respectivo capital social, transferiu imóveis para MALEMOTE PARTICIPAÇÕES LTDA. Desconsiderada a personalidade jurídica de S/A FLUXO - COMÉRCIO E ASSESSORIA INTERNACIONAL, para identificá-la com a de MANOEL FERNANDO GARCIA, a fraude à execução fica evidenciada, porque as quotas sociais de MALEMOTE PARTICIPAÇÕES LTDA. pertencem a seus dois filhos, que presumidamente tinham conhecimento da pendência judicial” (STJ, MC 17.411/DF-AgRg, Corte Especial, rel. Ministro Ari Pargendler, v.u., j.20/08/2014, DJe 01/09/2014, p. 7).

²⁴⁸ Nas palavras de Arnaldo Wald, reconheceu-se, no caso, a existência de fraude à execução que justificaria a desconconsideração da personalidade jurídica, sendo que o “*fumus boni iuris* restava comprovado mediante a sentença arbitral, que se buscava homologar e que é equiparada a título executivo judicial” (WALD, A desconconsideração na arbitragem societária, op. cit., aqui p. 5 do pdf).

Verifica-se, portanto, que a competência para análise desse pedido, após o exercício da jurisdição arbitral e justamente como forma de garantir os efeitos da sentença estrangeira proferida, é do Judiciário. Trata-se, nesse sentido, de hipótese que será explorada no próximo capítulo, evidenciando que mesmo que não se admita a desconsideração da personalidade jurídica como fundamento para a inclusão de terceiros no procedimento arbitral, é possível preservar a eficácia desse procedimento frente à realidade prática.

Entretanto, é também necessário ressaltar que, nesse caso, o pedido de desconsideração se deu apenas após o término do procedimento arbitral, de modo que não se discutia a necessidade de inclusão de terceiro no procedimento, mas apenas a efetiva responsabilização patrimonial daqueles que se beneficiaram pelo abuso da personalidade jurídica. Trata-se, de toda forma, de situação prática que pode ocorrer e que será melhor explorada no item 3.2, reforçando o fato de que é de competência do Judiciário a análise desse pedido.²⁴⁹

2.3.1.3. Outros casos

A busca por jurisprudência relacionada ao tema, no âmbito do STJ e do TJSP gerou poucos resultados que efetivamente guardassem relação com o assunto estudado.²⁵⁰ Entretanto, alguns dos casos merecem maior aprofundamento.

²⁴⁹ Nesse sentido, referindo-se aos momentos em que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica pode ser arguido, ressalta-se o entendimento de Rafael Branco Xavier, para quem “[s]ão três hipóteses: o pedido de desconsideração anterior ou concomitante ao processo arbitral, o pedido posterior e o pedido no bojo do processo arbitral” (XAVIER, Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 61).

²⁵⁰ No site do STJ (<https://scon.stj.jus.br/SCON/>), a pesquisa pelos termos “desconsideração da personalidade jurídica E arbitragem” em 02/09/2021 rendeu como resultado 2 acórdãos e 316 decisões monocráticas. Os acórdãos referiam-se apenas ao caso *Continental vs. Serpal*, já examinado no item 2.3.1.1. No tocante às decisões monocráticas, a maioria dos 316 resultados deu-se em virtude do fato de que muitas das decisões mencionavam o art. 1.015 do CPC, o qual, ao versar sobre as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, contém os incisos III e IV, os quais possuem os termos “arbitragem” e “desconsideração da personalidade jurídica”. Entretanto, a maioria das decisões não versavam sobre a hipótese aqui discutida. Já nos casos em que os termos “arbitragem” e “desconsideração da personalidade jurídica” efetivamente apareciam juntos na decisão, isso se deu apenas por conta da referência que faziam ao caso *Continental vs. Serpal*. Destaca-se, ainda, que outras combinações de termos foram também pesquisadas, conduzindo, porém, a resultados que se afastaram ainda mais do tema do presente trabalho.

Já no caso do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>), a pesquisa com os filtros “desconsideração da personalidade jurídica E arbitragem”, nos órgãos julgadores de conflitos empresariais (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Grupo Especial de Câmaras de Direito Empresarial e Grupo Reservado de Direito Empresarial) rendeu 172 resultados em 02/09/2021, dos quais apenas 6 eram relevantes para o presente estudo. Entretanto, esses julgados não discutiam propriamente a desconsideração da personalidade jurídica como fundamento para a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem, mas sim ilustravam a aplicação prática do cumprimento de sentença arbitral em hipóteses nas quais houve pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

No âmbito das tutelas cautelares antecedentes pré-arbitrais, destaca-se o agravo de instrumento n.º 2286615-77.2020.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Cesar Ciampolini.²⁵¹ Trata-se de ação cautelar em caráter antecedente promovida por Tecnisa S.A. em face de Techcasa Incorporação e Construção Ltda. e outros, buscando o arresto cautelar em contas bancárias de determinadas pessoas físicas e jurídicas como medida destinada à garantia de posterior sentença arbitral.

O litígio tinha como base a celebração de contrato de empreitada entre empresas do grupo econômico da agravante e a agravada Techcasa, com a posterior cessão à agravante de créditos e eventuais direitos de regresso contra a agravada. Evidenciada a ocorrência de esvaziamentos patrimoniais, foi deferido o arresto cautelar de valores nas contas bancárias das pessoas jurídicas pretendidas. Ademais, comprovado o encerramento irregular aliado ao abuso de personalidade jurídica, foi também deferido o arresto cautelar contra os agravados pessoas naturais.

Na ocasião, a intervenção do Judiciário esteve limitada aos termos do art. 22-A da Lei de Arbitragem,²⁵² de modo que restou declarado pelo relator que “mais à frente, caso a arbitragem entenda pela impossibilidade de se atingir o patrimônio de terceiros que não estão expressamente abrangidos pela cláusula arbitral, a ela caberá a revogação da medida”.

Destaca-se que essa situação se inseria, portanto, em momento anterior à instituição de procedimento arbitral, de modo que a ação cautelar foi ajuizada em busca da garantia dos efeitos de futura arbitragem. Não se discutiu, desse modo, a vinculação de terceiros ao procedimento arbitral pelo fundamento da desconsideração da personalidade jurídica, embora tenha havido a preocupação em mencionar que poderia ocorrer a necessidade futura de rediscussão da medida no âmbito arbitral, caso terceiros não signatários da convenção de arbitragem tivessem sido por ela atingidos.

Já no contexto do cumprimento de sentenças arbitrais já proferidas, foram também encontrados alguns julgados que versavam sobre o assunto: agravo de instrumento n.º 2151244-

²⁵¹ TJSP, Agravo de Instrumento n.º 2286615-77.2020.8.26.0000, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 11/08/2021, DJe 13/08/2021.

²⁵² Art. 22-A, Lei de Arbitragem: “Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”.

44.2020.8.26.0000,²⁵³ agravo de instrumento n.º 2075338-82.2019.8.26.0000,²⁵⁴ agravo de instrumento n.º 2128813-50.2019.8.26.0000,²⁵⁵ apelação n.º 1036396-28.2015.8.26.0100²⁵⁶ e agravo de instrumento n.º 2137464-47.2014.8.26.0000.²⁵⁷

Optou-se por não adentrar no mérito de referidas decisões, as quais não discutiam a possibilidade de vinculação de terceiros não signatários ao procedimento arbitral pelo fundamento da desconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, nota-se que se tratam de exemplos práticos de como o incidente de desconsideração da personalidade jurídica pode ser invocado no momento de cumprimento da sentença arbitral, hipótese essa que será discutida no item 3.2.2.

2.3.2. Extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a terceiros não signatários

Diante do fato de que a análise das poucas decisões sobre o tema da desconsideração em arbitragem não possibilita um exame profundo acerca dos fundamentos para a vinculação de

²⁵³ “Execução de título judicial (sentença arbitral proferida por Câmara de Arbitragem brasileira). Endereçamento da execução contra a única sócia (empresa norte-americana) da sociedade vencida na arbitragem (empresa portuguesa), que foi liquidada durante seu curso. Decisão de rejeição de impugnação. Agravo de instrumento da executada.” (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 2151244-44.2020.8.26.0000, rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 25/11/2020, DJe 01/12/2020).

²⁵⁴ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL. DECISÃO QUE EXTINGUIU, DE PLANO, INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, EM RAZÃO DE PRECLUSÃO. INSURGÊNCIA DAS EXEQUENTES. PEDIDO DE INCLUSÃO DA EMPRESA “BNI” NO POLO PASSIVO, ENQUANTO SUCESSORA DA DEVEDORA ORIGINÁRIA E RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA. REFORMA DA DECISÃO, PARA DETERMINAR O REGULAR PROCESSAMENTO DO INCIDENTE NA ORIGEM. RECURSO PROVIDO, ACOLHIDO O PEDIDO SUBSIDIÁRIO” (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 2075338-82.2019.8.26.0000, rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 18/12/2019, DJe 18/12/2019).

²⁵⁵ “Agravo de instrumento – Cumprimento de sentença – Sentença arbitral - Pretendida desconsideração da personalidade jurídica da executada – Alegado encerramento irregular da empresa – Hipótese que, por si só, não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica (CC, art. 50 na redação original e na atual, de acordo com a Lei n.º 13.874/2019) – Relação jurídica de natureza civil-empresarial – Teoria maior – Precedentes do STJ – – Decisão de indeferimento mantida – Recurso desprovido.” (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 2128813-50.2019.8.26.0000, rel. Des. Maurício Pessoa, j. 17/10/2019, DJe 17/10/2019).

²⁵⁶ “CAUTELAR DE ARRESTO. AJUIZAMENTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973, PARA ASSEGURAR CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL. EXTINÇÃO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR SUPERVENIENTE. ART. 267, VI, CPC/1973. PEDIDO DE ARRESTO SUBSTITUÍDO PELA CAUÇÃO OFERECIDA PELOS REQUERIDOS. ART. 805, CPC/1973. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.” (TJSP, Apelação n.º 1036396-28.2015.8.26.0100, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 04/12/2018, DJe 05/12/2018).

²⁵⁷ “EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL. Pleito de desconsideração da personalidade jurídica da agravada executada deferido. Bloqueio de ativos financeiros de ex-sócio desta. Inadmissibilidade em razão do transcurso do tempo previsto no parágrafo único do art. 1.003 do Código Civil, ainda que a obrigação tenha se constituído anteriormente à retirada do sócio. Recurso desprovido.” (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 2137464-47.2014.8.26.0000, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 25/09/2014, DJe 26/09/2014).

terceiros à arbitragem, passa-se, então, à verificação das principais decisões nacionais que analisaram a extensão da eficácia da convenção de arbitragem a terceiros não signatários.²⁵⁸

Ressalta-se, mais uma vez, que esse exame tem por objetivo verificar se os argumentos utilizados pelas cortes nessas situações se confundiriam de alguma forma com os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica – o que, em caso positivo, poderia conduzir à conclusão pela possibilidade de manejo da desconsideração da personalidade jurídica como fundamento para a extensão subjetiva dos efeitos da convenção de arbitragem.

Nesse contexto, foram selecionados cinco casos (*Trelleborg*, *Comverse*, *Matlipatterson*, *GP Capital Partners* e *Itarupar*), cuja análise passa-se a desenvolver, em ordem cronológica, apenas nos limites de saber se foi invocado algum fundamento pelos tribunais que se confundiria com os requisitos para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. A seleção desses casos deu-se pelo fato de que costumam ser os mais citados no tema pela doutrina, no que se refere à jurisprudência pátria sobre extensão dos efeitos da convenção de arbitragem.

O caso *Trelleborg*,²⁵⁹ julgado pelo TJSP em 2006, refere-se a uma apelação cível interposta por Trelleborg do Brasil Ltda. (“Trelleborg do Brasil”) e Trelleborg Industri AB em face da empresa Anel Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda. (“Anel”), contra sentença de primeiro grau que declarou a procedência de ação de instituição de arbitragem interposta pela Anel, bem como a legitimidade da Trelleborg Industri AB para figurar no polo passivo da demanda arbitral.

O contexto fático do litígio refere-se à situação na qual, por indicação da Trelleborg Industri AB, houve a venda de 60% do capital da PAV – Projetos e Aplicações de Vibrotécnica de Vedação Ltda. (“PAV”) – empresa dedicada à indústria, comércio e exportação de borracha,

²⁵⁸ É de se destacar que, apesar da existência de casos que decidiram favoravelmente à extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a entes não signatários, existem também situações em que os tribunais reconheceram que a convenção de arbitragem produziria efeitos apenas com relação às partes do contrato. Nesse sentido, Lucas Britto Mejias e Diogo Oliveira, apesar de mencionarem decisões jurisprudenciais nas quais a verificação do consentimento dos contratantes conduziu à determinação da eficácia da convenção de arbitragem com relação a partes não signatárias, destacam também que “[n]ão se desconhece, contudo, a existência de entendimento dos Tribunais brasileiros no sentido de que a cláusula compromissória abrange apenas as partes integrantes do contrato”, citando, nesse sentido, os seguintes casos: “3 Recurso de Apelação n. 1.0133.12.005688-1/001, da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, DJ 18.07.2017; Agravo de instrumento n. 0269661-05.2011.8.26.0000, da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, DJ 25.05.2015; Recurso de Apelação n. 991090971320, da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, DJ 20.10.2010” (MEJIAS, Lucas Britto; OLIVEIRA, Diogo. Notas sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória a outras sociedades em grupo empresarial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 55, p. 137-157, out.-dez./2017, aqui p. 8 do pdf).

²⁵⁹ TJSP, Apelação n.º 267.450.4/6-00, 7ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Constança Gonzaga, j. 24/05/2006.

da qual eram sócios cotistas a Anel e seu sócio diretor Nelson Pacheco da Fonseca – à Trelleborg do Brasil, *holding* do grupo multinacional Trelleborg. A PAV assumiu, após a venda, a denominação de “Trelleborg Pav”.

Nos termos do relatório do acórdão, o desentendimento entre as partes surgiu por alegações da Anel de que a controladora da Trelleborg do Brasil, a qual seria mera extensão da Trelleborg Industri AB, teria adquirido empresa que supostamente seria concorrente e inviabilizaria seus negócios, por se tratar de fabricante da mesma linha de produtos voltados às mesmas montadoras de veículos.

A apelação das vencidas no procedimento arbitral – o qual as declarou solidariamente responsáveis pelo pagamento à Anel das “quotas remanescentes da participação societária desta última na empresa Trelleborg Pav”²⁶⁰ – buscava, dentre outros pontos, sustentar a ilegitimidade da empresa Trelleborg Industri AB para figurar no polo passivo da demanda, sob o fundamento de que esta não teria assinado nenhum dos contratos objeto da ação.

A sentença de primeiro grau foi mantida quanto ao aspecto da legitimidade da Trelleborg Industri AB para ser parte requerida no procedimento arbitral. Nas palavras do Desembargador Constança Gonzaga, quem relatou o recurso, a apelante Trelleborg Industri AB “em várias oportunidades, vem demonstrando o seu vínculo com a questão objeto dos autos” e “o seu envolvimento no negócio”, por ter participado como figurante em carta de intenção firmada entre os contratantes e por ter feito parte de comunicações relativas às negociações contratuais.

Assim, o fator primordial para a determinação da extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a uma parte não signatária foi, nesse caso, a participação nas negociações do negócio jurídico que embasou o litígio.²⁶¹ Como bem ressaltado por Rafael Branco Xavier, o julgado não faz qualquer menção à desconsideração da personalidade jurídica ou ao art. 50 do Código Civil.²⁶²

²⁶⁰ SCALETSCKY, *O caso Trelleborg e a extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias*, op. cit., p. 14.

²⁶¹ Nesse sentido, conforme síntese de Lucas Britto Mejias e Diogo Oliveira: “o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu, que, não obstante a inexistência de assinatura de umas das partes na cláusula compromissória, (i) a relação jurídica decorrente dos negócios em comum; (ii) o fato de se tratarem de sociedades do mesmo grupo econômico; e (iii) a participação intensa de tal parte no negócio, tornam a empresa não signatária legitimada para responder à ação do art. 7º da Lei de Arbitragem, devendo a arbitragem ser instituída também contra ela” (MEJIAS; OLIVEIRA, Notas sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória a outras sociedades em grupo empresarial, op. cit., aqui p. 7 do pdf).

²⁶² Como ressaltado pelo autor, decidiu-se, na ocasião, que “houve participação ativa da não signatária na contratação e na execução. Note-se: no inteiro teor do caso Trelleborg não há qualquer tipo de menção ao art. 50 do Código Civil” (XAVIER, Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 54).

Ademais, não há qualquer outro elemento citado no acórdão que permita concluir que havia a presença de algum dos pressupostos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica. Desse modo, a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem não ocorreu, nessa situação, com fundamento em qualquer dos requisitos da técnica da desconsideração.

Quanto ao caso *Comverse*,²⁶³ julgado pela Corte Especial do STJ em 2012, com relatoria do Ministro Teori Zavascki, trata-se de pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira proferida pela *American Arbitration Association* em litígio entre Comverse Inc. (“Comverse”) e American Telecommunications Inc. Chile (“ATI Chile”), derivado de contrato de revenda de valor agregado celebrado entre as partes.

Na ocasião, concluiu-se que a American Telecommunications do Brasil (“ATI Brasil”) teria aderido à cláusula compromissória firmada pela ATI Chile. Entretanto, condenada ao pagamento de altos valores à empresa requerente, a ATI Brasil passou a sustentar a impossibilidade de homologação da sentença estrangeira, sob o fundamento de que, dentre outros fatores, não teria assinado a convenção de arbitragem e nem participado regularmente do procedimento.

O voto do Ministro relator narra que a ATI Chile teria sustentado no procedimento arbitral que a execução do contrato se operou em vários países da América Latina por meio de empresas coligadas, incluindo a ATI Brasil, de modo que os pleitos reconventionais mencionavam também pretensões vinculadas a essas sociedades filiadas. A partir disso, teria se instaurado intensa discussão no procedimento arbitral sobre a inclusão dessas demais empresas na arbitragem.

Por fim, o tribunal arbitral decidiu pela jurisdição dos árbitros com relação às empresas coligadas, incluindo a ATI Brasil – e o fez tomando como base (i) os pleitos reconventionais da própria ATI Chile, os quais envolviam a ATI Brasil, bem como (ii) a afirmação da ATI Chile de que a ATI Brasil teria aderido à execução das relações contratuais e (iii) uma declaração fornecida por advogado em nome das empresas filiadas de que todas elas concordariam com sua vinculação à convenção de arbitragem constante do contrato.

Com base nesse contexto, o STJ deferiu o pedido de homologação, decidindo que não haveria qualquer irregularidade a obstá-la. Isso porque a ATI Brasil, bem como as demais subsidiárias da ATI Chile, se fizeram representar por advogado no procedimento arbitral, decidindo por dele participar, considerando a possibilidade de auferir vantagens e até mesmo o

²⁶³ STJ, SEC n.º 3.709/EX, Corte Especial, rel. Min. Teori Albino Zavascki, v.u., j. 14/06/2012, DJe 29/06/2012.

papel ativo que teriam tido na execução contratual. Não teria havido, ademais, qualquer violação ao contraditório ou à ampla defesa apta a impedir a homologação.

Nota-se, nesse sentido, que referido caso também versa sobre a vinculação de terceiros ao procedimento arbitral em contexto no qual foi detectada participação ativa do não signatário no negócio jurídico que deu origem ao litígio e no qual consta convenção de arbitragem. Ademais, há ainda a particularidade de que a parte a qual questionou sua inclusão teria constituído patrono no procedimento arbitral, bem como seria destinatária de benefícios em caso de procedência dos pleitos reconventionais formulados pela ATI Chile.

Não se verifica, porém, qualquer ligação entre os termos desse caso e os requisitos para a desconconsideração da personalidade jurídica, de modo que essa técnica não poderia ser considerada como fundamento que conduziria o tribunal a adotar essa mesma conclusão. A vinculação à arbitragem foi, em realidade, baseada na interpretação do consentimento das partes, sem envolver fatores ligados aos requisitos da desconconsideração da personalidade jurídica.

No tocante ao caso *Matlipatterson*,²⁶⁴ julgado em 2012 pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, a disputa envolvia, de um lado, a Matlipatterson Global Opportunities Partners II L.P. (“Matlipatterson”) enquanto uma das apelantes e, de outro lado, a VRG Linhas Aéreas S/A, na condição de apelada. A apelante se insurgia contra sentença que indeferiu pleito de declaração de nulidade de sentença arbitral.

Os fundos Matlinpatterson, figurando como apelantes, alegavam que não teriam participado da celebração do contrato no qual a cláusula compromissória estava contida e que os árbitros que proferiram a sentença arbitral não possuiriam sobre eles jurisdição, bem como sustentavam que teria havido violação ao contraditório e ao devido processo legal.

No acórdão – no qual foi dado parcial provimento ao recurso, mantendo os termos da sentença recorrida –, mencionou-se o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, evidenciando caber ao tribunal arbitral a decisão sobre os limites de sua própria competência. Há, ainda, menção ao fato de que o procedimento arbitral teria sido bipartido, contando com fase exclusiva para apuração da vinculação do fundo Matlinpatterson à arbitragem.

Nesse sentido, ressaltou-se que, conforme decidido pelo tribunal arbitral, a estrutura societária do grupo demonstraria o vínculo existente entre as apelantes e as empresas subscritoras do negócio jurídico que continha convenção de arbitragem. Ademais, haveria

²⁶⁴ TJSP, Apelação n.º 0214068-16.2010.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 16/10/2012.

também prova da participação das apelantes na transação, bem como posterior subscrição de aditivo contratual pelas apelantes, vinculando-as aos termos contratuais.

Assim, decidiu-se que não poderiam as apelantes, após subscrição de documento que de forma clara e inequívoca previa sua aderência aos termos contratuais anteriormente pactuados, sustentar que não teriam conhecimento acerca de sua vinculação à arbitragem, sob pena de se violar a vedação a comportamentos contraditórios (*o venire contra factum proprium*).

Concluiu-se, portanto, que era adequada a vinculação das apelantes ao procedimento arbitral, não por qualquer fundamento que se relacione aos requisitos para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim porque restou evidenciada a manifestação de consentimento das partes com relação à arbitragem.

Já no caso *Itarupar*,²⁶⁵ julgado pelo TJRJ em 2013, a apelante Itarumã Participações S.A. – Itarupar (“Itarupar”) interpôs recurso de apelação em face de Petróleo Brasileiro S.A. (“Petrobras”), nos autos de ação de decretação de nulidade de sentença arbitral parcial movida pela Petrobras.

A sentença recorrida julgou procedente o pedido de nulidade da sentença arbitral quanto à decisão de que as partes demandadas naquele procedimento – a Petrobras e as sociedades Mitsui e PCBios – estariam vinculadas à jurisdição dos árbitros, por entender que o negócio jurídico no qual estava contida a cláusula compromissória não havia sido firmado pelas autoras da demanda.

A apelante, por sua vez, alegava que a Petrobras teria assumido obrigações próprias ao fazer parte do acordo de acionistas do Complexo Bioenergético Itarumã – CBIO (“CBIO”), o qual conteria cláusula compromissória escrita.

Os Desembargadores integrantes da 19ª Câmara Cível do TJRJ negaram, por maioria, provimento ao recurso, destacando que referido acordo de acionistas teria sido expressamente firmado apenas pela PCBios e pela Itarupar. Ademais, outra evidência de que a Petrobras não estaria vinculada à arbitragem seria o fato de que, apesar de ter firmado a Ata de Missão, declarou nesse documento que apresentava objeção à jurisdição dos árbitros, por não ser signatária dos acordos invocados como base para a instauração do procedimento.

Além disso, também não teria havido assinatura da Petrobras no negócio jurídico em que consta a cláusula compromissória. Assim, o TJRJ opôs-se ao entendimento do tribunal arbitral de que este possuiria jurisdição sobre a Petrobras em virtude das obrigações próprias por ela

²⁶⁵ TJRJ, Apelação n.º 0329761-15.2011.8.19.0001, 19ª Câmara Cível, rel. Des. Ferdinando Nascimento, j. 22/01/2013.

assumidas no acordo de acionistas. Concluiu, por fim, que a Petrobras não teria participado da cláusula compromissória constante do acordo de acionistas, de modo que não estará vinculada à jurisdição arbitral.²⁶⁶

Destaca-se, nesse caso, que o item 97 da sentença arbitral parcial contestada, constante do acórdão analisado, mencionava que o tribunal arbitral não estava “estendendo a cláusula compromissória para PETROBRÁS E MITSUI com base na teoria da extensão-sanção, por aplicar desconconsideração da personalidade jurídica, ou por interpretar declarações de vontade pretéritas à subscrição dos Acordos de Acionistas”. Em realidade, a vinculação se deu pela assunção de obrigações no âmbito dos contratos discutidos no procedimento. Assim, também nessa ocasião, nem os árbitros nem os juízes ou Desembargadores decidiram com base em fundamentos que se misturam com os requisitos da desconconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, quanto ao caso *GP Capital Partners*,²⁶⁷ julgado pelo TJSP em 2015, trata-se de apelação interposta pelas autoras GP Capital Partners V, LP (“GP Capital Partners”) e Smiles, LLC (“Smiles”) em face dos apelados Fernando Correa Soares, Rodrigo Martins de Souza, Arbeit Gestão de Negócios Ltda. (“Arbeit”), Baladare Participações S/A e Imbra S/A (“Imbra”), insurgindo-se contra sentença de improcedência de seu pedido de anulação de sentença arbitral.

As apelantes alegavam que o procedimento arbitral teria se dado contra sua expressa vontade, diante da ausência de sua assinatura em qualquer instrumento que contivesse convenção de arbitragem. Assim, sustentavam que não estariam sujeitos à arbitragem como forma de solução de conflitos surgidos entre a empresa GP Capital Partners, suas controladas e os réus Fernando e Rodrigo, em decorrência da aquisição do controle da Imbra.

Entretanto, a sentença recorrida, a qual determinou a improcedência da ação anulatória de sentença arbitral e foi mantida em segunda instância, decidiu que, “[n]a exata compreensão da realidade empresarial”, teria havido sujeição à cláusula compromissória por parte da GP Capital Partners, a qual se caracterizaria como verdadeira contratante, pois seus executivos teriam negociado com os réus os termos do contrato de venda das ações do bloco de controle da Imbra, bem como assumido a direção da operação comercial após a aquisição e negociado a alienação do controle para a Arbeit.

²⁶⁶ Entretanto, cabível destacar o entendimento do voto vencido no sentido de que seria cabível a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a entes não signatários quando se verificar que estes, embora não sejam formalmente mencionados no instrumento contratual, figurem como parte no negócio jurídico.

²⁶⁷ TJSP, Apelação n.º 0035404-55.2013.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 26/08/2015.

Dessa forma, a vinculação foi reconhecida em razão das circunstâncias negociais, de modo que as negociações prévias à celebração contratual configuraram, segundo o Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, “comportamento revelador de que a real intenção de todos os envolvidos na complexa operação empresarial foi a de avançar a solução arbitral das eventuais controvérsias”. Houve, ainda, preocupação em reforçar que a simples existência de um grupo de sociedades não autorizaria, por si só, a vinculação de não signatários ao procedimento arbitral, bem como em versar sobre a vedação ao comportamento contraditório.

Portanto, também nesse caso, a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem deu-se em razão da determinação do consentimento das partes em virtude da participação na negociação e execução contratual, sem que se vislumbre qualquer fundamento que se relacione aos pressupostos legais autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica. Nesse sentido, ressalta-se que o próprio relator destacou que era necessário, desde o início, “deixar assentado que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não tem qualquer relevância para a solução do caso”.

2.3.3. Conclusão quanto aos critérios jurisprudenciais

Examinados alguns dos casos que guardam relação com o tema analisado e feitas as devidas considerações no que se refere aos termos dessas decisões, nota-se que, seguindo o panorama traçado pela doutrina, não se verifica a existência de jurisprudência apta a sustentar a possibilidade da vinculação de terceiros ao procedimento arbitral pelo fundamento da desconsideração da personalidade jurídica.²⁶⁸

Inicialmente, quanto ao caso *Continental vs. Serpal*, o qual pode ser considerado como o único em que efetivamente se discutiu a possibilidade de vinculação à arbitragem de terceiros não signatários por meio da aplicação da técnica da desconsideração, verifica-se que diversas ressalvas foram expostas quanto à decisão da maioria do STJ naquela ocasião. Assim, o caso

²⁶⁸ Há, porém, quem sustente posição contrária. Arnaldo Wald, por exemplo, justamente após tecer comentários sobre os casos *Trelleborg*, *Matlinpatterson*, *Comverse* e *Newdge vs. Garcia*, conclui que “de acordo com a nossa jurisprudência dominante, a sujeição à arbitragem de um terceiro, no caso de desconsideração, decorre do fato de ter utilizado uma das partes como verdadeiro instrumento para a realização do negócio. O direito brasileiro exige, pois, algo mais do que a simples vinculação societária para justificar a interpretação ampliada da cláusula compromissória. É preciso que haja fraude, dolo, má-fé ou abuso de direito, que podem ficar mais evidentes ou até em certos casos presumidos em virtude da vinculação societária entre as várias empresas ou entre o controlador e a sociedade controlada. A caracterização e qualificação do dolo específico e a incidência da teoria da aparência, em cada caso, dependem das circunstâncias fáticas” (WALD, A desconsideração na arbitragem societária, op. cit., aqui p. 6 do pdf).

está longe de poder ser considerado como precedente favorável à vinculação de terceiros ao procedimento arbitral pelo fundamento da desconsideração da personalidade jurídica.

Já no que se refere aos demais casos nos quais discussões sobre a desconsideração da personalidade jurídica foram observadas, evidenciou-se que estes não discutem propriamente sobre a vinculação de terceiros ao procedimento arbitral por meio da técnica da desconsideração.

Por sua vez, no tocante aos principais casos relacionados à extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários, a análise dessas situações releva que a jurisprudência nacional vem possibilitando a inclusão de terceiros por meio da verificação do consentimento tácito.

Entretanto, observa-se que em nenhum desses casos os argumentos utilizados para que se chegasse a essa conclusão possibilitariam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica como fundamento para a inclusão de um terceiro, pois os critérios para aferição do consentimento tácito não guardaram relação com os pressupostos caracterizadores de abuso da personalidade jurídica.

Assim, até o momento, a análise da jurisprudência quanto ao tema analisado não é capaz de conduzir a conclusão diversa da sustentada no item 2.2.3 – qual seja, pela impossibilidade do manejo da desconsideração da personalidade jurídica como fundamento para a inclusão de terceiros no procedimento arbitral.

De toda forma, cumpre ressaltar que o exame dos elementos fáticos e das circunstâncias das negociações e da execução contratuais assume particular relevância na análise caso a caso que deve ser realizada. Isso porque, como anteriormente mencionado, a determinação da extensão da eficácia subjetiva da convenção de arbitragem dependerá da apuração da vontade dos sujeitos envolvidos no caso concreto.²⁶⁹

Só a partir dessa análise minuciosa é que será possível determinar se o consentimento tácito de entes não signatários está caracterizado em uma determinada situação. Conclui-se, portanto, que não foi possível verificar a existência de decisões nas quais, cumulativamente, tenha havido uma análise consistente acerca da manifestação de vontade dos envolvidos, bem

²⁶⁹ Nesse sentido, e especificamente quanto ao âmbito dos grupos de sociedades, Olivier Caprasse menciona que, na jurisprudência, a maioria das decisões relativas à extensão dos efeitos da convenção de arbitragem “foram essencialmente determinadas à luz de uma análise da vontade das partes. Elas analisaram minuciosamente, com maior ou menor competência, literalmente, os fatos das causas que lhe foram submetidas. O papel representado pelas sociedades na negociação, execução dos contratos tem, dessa forma, chamado a atenção das jurisdições” (CAPRASSE, A arbitragem e os grupos de sociedades, op. cit., aqui p. 9 do pdf).

como a coincidência entre os critérios para determinação de eventual extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a entes não signatários e os requisitos para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

3. A EFETIVIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Delimitado o âmbito de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no procedimento arbitral, é preciso retornar à questão de saber se a conclusão pela impossibilidade de aplicação da desconsideração como fundamento para inclusão de terceiros no procedimento afetaria de alguma forma a efetividade da arbitragem, especialmente frente aos complexos litígios societários que costumam ser submetidos a essa esfera jurisdicional.

Defende-se, no presente trabalho, que a adoção da posição pela impossibilidade de aplicação da técnica da desconsideração para inclusão de terceiros cuja personalidade se pretende desconsiderar não afeta a efetividade do procedimento arbitral e nem impede que a desconsideração da personalidade jurídica seja aplicada e cumpra seus objetivos em casos nos quais, presentes os seus requisitos, o conflito esteja submetido à jurisdição arbitral. Isso porque existem alternativas capazes de garantir a preservação dos limites de competências dos juízos arbitral e estatal, ao mesmo tempo em que permitem a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, quando houver necessidade.

Essa conclusão é alcançada a partir da constatação da existência de uma delimitação de competências entre as esferas arbitral e estatal, a qual decorre da própria conformação da arbitragem enquanto método de resolução de disputas (item 3.1). Partindo dessa delimitação, torna-se possível verificar quais são as possíveis soluções levantadas pela doutrina para garantir tanto a preservação das finalidades da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em um caso concreto quanto os limites inerentes à jurisdição arbitral (item 3.2).

Nesse sentido, o presente capítulo destina-se a analisar quais seriam as soluções para a conciliação entre, de um lado, a necessidade de garantia da efetividade do procedimento arbitral diante da realidade prática e, de outro, a impossibilidade de aplicação da desconsideração como fundamento para a inclusão de terceiros no procedimento.

3.1. Necessária delimitação de competências entre as esferas arbitral e estatal

Apesar de tanto a via judicial quanto a arbitral caracterizarem efetivo exercício de jurisdição,²⁷⁰ verifica-se que a delimitação de competências entre essas esferas decorre da própria conformação da arbitragem enquanto método de resolução de conflitos.

²⁷⁰ Com relação ao caráter jurisdicional da arbitragem, verifica-se que: “hoje é imperioso entender que a jurisdicionalidade é inerente a própria arbitragem, prescindindo das vicissitudes da legislação ou mesmo das

Assim, embora integre a teoria geral do processo e esteja sujeita a princípios que derivam do direito processual constitucional,²⁷¹ a arbitragem constitui um sistema específico e conta com características próprias²⁷² – incluindo tanto aquelas que lhe são inerentes, como a origem em negócio jurídico que contenha convenção de arbitragem e a flexibilidade procedimental, quanto aquelas que, embora não sejam absolutas, costumam ser elencadas como vantagens desse método frente à instância judicial, como a celeridade, a eficiência e o sigilo.

Um dos maiores exemplos de delimitação da instância arbitral diz respeito à ausência de poderes para execução de medidas coercitivas, os quais são reservados ao Poder Judiciário.²⁷³ Apesar de ser dos árbitros, quando já instaurado juízo arbitral, a competência para avaliar as medidas de urgência necessárias para garantia do resultado útil da arbitragem, deverá o árbitro valer-se da carta arbitral para solicitar seu cumprimento pelo Judiciário, diante da necessidade de providências coercitivas.²⁷⁴

Nota-se, assim, que as instâncias judicial e arbitral dialogam entre si, sendo possível verificar uma “divisão de trabalho, no exercício da atividade jurisdicional, entre árbitro e juiz, tocando àquele decidir e a este executar (*rectius*, fazer cumprir), tudo de acordo com a

opções do legislador” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 39-40.)

²⁷¹ Cândido Rangel Dinamarco ressalta que “a inserção da arbitragem na teoria geral do processo constitui [...] um penhor da segurança do processo arbitral, capaz de chegar a um indispensável equilíbrio entre o informalismo de seu procedimento e a observância do que há de essencial em todos os setores da jurisdição, que é a necessária observância da garantia constitucional do *due process*”. Nesse sentido, o autor nota que “[a] própria Lei de Arbitragem, ao proclamar que ‘serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento’ (art. 21, §2º), está a explicitar a consciência que teve o legislador de que o processo arbitral, sendo um *processo*, se sujeita aos ditames do *direito processual constitucional*, no qual reside o comando supremo do exercício da jurisdição e da realização de todo processo” (Ibid., p. 17).

²⁷² Nas palavras de Eduardo de Albuquerque Parente, quem caracteriza o processo arbitral como um sistema, a “arbitragem como método intrínseco de resolução de conflitos possui contornos próprios que se resumem especialmente ao seu *modus operandi*”, de modo que “ele sofre e exerce influência sobre o direito processual posto e aquele praticado pelos juízes togados” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Existiria uma ordem jurídica arbitral? In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coords.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio Muniz*. 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 71).

²⁷³ Quanto a esse aspecto, Carlos Alberto Carmona evidencia que “[a]s medidas coercitivas que o árbitro decretar serão cumpridas com a ajuda do Poder Judiciário, sejam elas cautelares, instrutórias ou antecipatórias. Quanto às medidas cautelares (pense-se no arresto ou no sequestro), cumpre ao árbitro decidir sobre sua pertinência e, se vier a concedê-las, requererá – para a sua execução – a força da Justiça Estatal.” (CARMONA, *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei n. 9.307/96, op. cit., p. 24). Esse aspecto foi também mencionado no caso *Continental vs. Serpal*, em que o relator asseverou que “[n]aturalmente, porque privada dos atributos da coercibilidade e da executividade de seus provimentos, a decisão proferida pelo Juízo arbitral, em tutela de urgência, caso não seja espontaneamente cumprida pela parte à qual se destina, pode ser executada no âmbito do Poder Judiciário” (STJ, REsp n.º 1.698.730/SP, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, m.v., j. 08/05/18, DJe, 21/05/2018).

²⁷⁴ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, conciliação, tribunal multiportas*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 290-291.

competência de cada um para a consecução do objetivo maior, que é a concessão da tutela jurisdicional eficaz”.²⁷⁵

No tocante à questão aqui estudada, quanto à autoridade competente para a decisão sobre pedido de desconconsideração da personalidade jurídica que envolva parte não signatária de convenção de arbitragem, verifica-se que a discussão se resume, no fim, a um problema de delimitação entre a competência dos juízes e árbitros.²⁷⁶

Isso porque, diante dos limites subjetivos e objetivos postos pela convenção de arbitragem, delimita-se a jurisdição dos árbitros às partes que manifestaram seu consentimento – seja expressa ou tacitamente – e às matérias englobadas pela demanda e pelo negócio jurídico que a origina. Cabe, dessa forma, buscar na jurisdição estatal as possíveis soluções para que as questões as quais ficaram de fora do âmbito jurisdicional dos árbitros possam ser resolvidas.

Conclui-se, portanto, que a delimitação de competências entre as instâncias judicial e arbitral é necessária e decorrente da própria configuração desses métodos enquanto modos de resolução de conflitos com características próprias, cujos limites devem ser respeitados. Entretanto, a complementaridade entre as instâncias permite que, mesmo naquelas situações nas quais a delimitação do âmbito arbitral não lhe permite agir – como por exemplo, diante dos limites subjetivos e objetivos da convenção de arbitragem ou da ausência de poderes coercitivos –, a solução efetiva dos conflitos seja garantida.

Assim, como bem sintetizado pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do caso *Continental vs. Serpal*, embora seja frequente a discussão sobre se o Judiciário ou o tribunal arbitral seriam o órgão competente para julgar determinados litígios, é necessária harmonia para garantir o cumprimento dos laudos arbitrais, sendo que:

“não se pode perder de vista que entre ambos deve existir sempre uma relação de diálogo e cooperação, e não uma relação de disputa, o que enseja a necessidade de uma convivência harmoniosa e de atuação conjunta, para resolver de modo efetivo e eficiente os conflitos postos a julgamento arbitral”.²⁷⁷

²⁷⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, n.º 51, p. 17-24, out./1997, aqui p. 18.

²⁷⁶ Nesse sentido, Eduardo de Albuquerque Parente menciona que a “decisão do árbitro que, desconSIDERANDO a personalidade jurídica, atingir terceiros, estará sujeita à anulação por estar fora dos limites subjetivos da convenção de arbitragem (art. 32, inc. IV). Corrobora este ponto de vista a lógica sistêmica do processo arbitral, despido de poder coercitivo, e que deve se valer, em movimento de abertura cognitiva, do processo judicial” (PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 298-299).

²⁷⁷ STJ, REsp n.º 1.698.730/SP, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, m.v., j. 08/05/18, DJe, 21/05/2018, inteiro teor do acórdão, p. 37-38.

3.2. A conciliação entre os limites da esfera arbitral e a realidade prática

Destacados os limites ínsitos à jurisdição arbitral, resta analisar as possíveis formas de conciliação entre as características dessa esfera jurisdicional e a realidade prática dos litígios que são a elas submetidos, os quais costumam apresentar elevado grau de complexidade.

No tocante à técnica em análise, importa verificar de que forma é possível harmonizar, de um lado, a impossibilidade de invocação da desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem como fundamento para inclusão de um terceiro que se pretende responsabilizar patrimonialmente e, de outro, a necessidade de resolução completa e efetiva dos conflitos que são submetidos ao procedimento arbitral – o que, muitas vezes, pode depender da desconsideração da personalidade jurídica para adequada imputação de responsabilidade.

Nesse sentido, observa-se que, como ressaltado por André Pagani de Souza, é preciso que o direito processual civil viabilize a aplicação do art. 50 do Código Civil, “sob pena de torná-lo letra morta e falhar no cumprimento dos seus objetivos”.²⁷⁸ Assim, surge a necessidade de análise de quais as soluções que o CPC propicia para que, em complemento ao processo arbitral, seja possível viabilizar a efetividade da desconsideração.

Partindo do reconhecimento de que a competência para determinar a desconsideração da personalidade jurídica de terceiros não signatários da convenção de arbitragem cabe ao Judiciário, verifica-se que esta pode ser entendida como técnica voltada a garantir a efetividade do procedimento arbitral, com a devida responsabilização patrimonial e possibilidade de atingimento de patrimônio capaz de satisfazer a dívida constituída. Diante desse posicionamento, parece não subsistir a aparente tensão entre a efetividade do procedimento arbitral e a aqui defendida impossibilidade de aplicação da desconsideração como fundamento para a extensão subjetiva da convenção de arbitragem.

Quanto a esse ponto, Rafael Branco Xavier, apesar de restringir a aplicação da desconsideração em arbitragem com relação a terceiros não signatários à hipótese em que for verificado pelos árbitros o consentimento tácito à convenção de arbitragem, destaca que isso não impede que o prejudicado pelo abuso tenha o direito de propor a demanda de desconsideração no Judiciário, seja durante ou após o procedimento arbitral.²⁷⁹ Desse modo,

²⁷⁸ SOUZA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*, op. cit., p. 158.

²⁷⁹ Segundo o autor, a impossibilidade de manejo da desconsideração como fundamento para vinculação de terceiros à arbitragem não privaria os interessados do direito subjetivo de propor a desconsideração, justamente porque permaneceria aberta para tanto a via judicial, sendo que o autor vislumbra três possíveis hipóteses, quais sejam “o pedido de desconsideração anterior ou concomitante ao processo arbitral, o pedido posterior e o pedido no bojo do processo arbitral”, enfatizando, ao fim, que a “conclusão de que a desconsideração não tem espaço para vincular o terceiro à cláusula não se confunde com a possibilidade de vir a ser arguida no Poder Judiciário na

não haveria incompatibilidade entre essa restrição na seara arbitral e o combate às fraudes eventualmente verificadas na realidade prática.

Ademais, nota-se que mesmo entre os autores que admitem o manejo da desconconsideração pelos árbitros, com a inclusão de terceiros no procedimento, verifica-se que há entendimento no sentido de que é fundamental a observância às características do caso concreto analisado para seja possível alcançar as soluções mais adequadas.

Assim, resta verificar de que modo é possível tutelar os direitos dos prejudicados em face de hipóteses de possível invocação da desconconsideração da personalidade jurídica, em contexto no qual o terceiro que se pretende atingir não é signatário da convenção de arbitragem e não tenha, por nenhum modo, manifestado tacitamente sua vontade de arbitrar o litígio.

Como bem destacado por Renato Resende Beneduzi, nos casos em que uma controvérsia não se encaixe nos limites subjetivos e objetivos da convenção de arbitragem, a alternativa restante seria a dedução da demanda em um processo judicial, seja por meio de demanda judicial autônoma ou da utilização do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na execução judicial do título executivo caracterizado pela sentença arbitral proferida.²⁸⁰

Na sequência, serão analisadas essas duas possibilidades, considerando seus benefícios e eventuais prejuízos à efetividade do procedimento arbitral.

3.2.1. Possibilidade de dedução da demanda em processo judicial autônomo de conhecimento

A primeira das alternativas é a dedução do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica em processo judicial autônomo de conhecimento contra o terceiro cuja responsabilização patrimonial se busca. Essa opção estaria respaldada pelo art. 134, § 2º do CPC,²⁸¹ o qual permite que a desconconsideração da personalidade jurídica seja requerida na petição inicial, com a citação do sócio ou da pessoa jurídica, dispensando-se, nesse caso, a instauração do incidente de desconconsideração.²⁸²

Dentre os autores que mencionam essa opção, está Guilherme Recena Costa. Ao defender a competência apenas do Judiciário para manejar a desconconsideração, o autor recorre à

execução da sentença arbitral, ou durante arbitragem, mediante demanda própria” (XAVIER, Desconconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 60-61).

²⁸⁰ BENEDUZI, Desconconsideração da personalidade jurídica e arbitragem, op. cit., aqui p. 3 do pdf.

²⁸¹ Art. 134, § 2º, CPC: “Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.”

²⁸² BENEDUZI, Desconconsideração da personalidade jurídica e arbitragem, op. cit., aqui p. 3 do pdf; XAVIER, Desconconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 62.

jurisprudência norte-americana para evidenciar que o pedido de desconconsideração deve ser formulado em ação autônoma diante do juízo estatal e que os árbitros estariam excedendo sua autoridade caso decidissem sobre os direitos e obrigações de terceiros não signatários da convenção de arbitragem.²⁸³

Já para Rafael Branco Xavier, a alternativa da propositura de demanda judicial autônoma de natureza cognitiva – pelo atingido pelo abuso em face apenas do terceiro – teria lugar quando o abuso da personalidade jurídica tiver sido perpetrado antes ou durante o procedimento arbitral, possibilitando a discussão sobre a responsabilização patrimonial do terceiro. O autor destaca, ainda, que se essa demanda judicial for movida também contra o devedor originário, deverá ser extinta sem julgamento de mérito em relação a essa parte, devido à existência de convenção de arbitragem.²⁸⁴

Renato Resende Beneduzi também cogita da aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica como fundamento para demanda autônoma de natureza cognitiva contra o terceiro não signatário da convenção, mas integrante da relação jurídica material. Entretanto, faz a mesma ressalva quanto ao polo passivo da demanda proposta pelo credor, o qual deve ser integrado apenas pelo terceiro, sob pena de extinção sem julgamento do mérito com relação ao devedor originário, caso esse conste do polo passivo, nos termos do art. 485, VII, do CPC.²⁸⁵⁻²⁸⁶

Apesar desses posicionamentos favoráveis à utilização dessa alternativa, destaca-se que são também levantados por alguns autores possíveis problemas derivados da utilização de demanda judicial autônoma para dedução do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica.

Renato Resende Beneduzi ressalta que essa alternativa pode apresentar inconvenientes, derivados do fato de que as demandas judicial e arbitral correrão simultaneamente, gerando possíveis preocupações quanto aos limites da participação das partes – quais sejam o credor, o devedor originário e o terceiro – em cada um desses procedimentos²⁸⁷ e quanto aos efeitos da coisa julgada.

²⁸³ COSTA, *Partes e Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 164.

²⁸⁴ XAVIER, *Desconconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu*, op. cit., aqui p. 61-62.

²⁸⁵ Art. 485, inc. VII, CPC: “O juiz não resolverá o mérito quando: VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”.

²⁸⁶ BENEDUZI, *Desconconsideração da personalidade jurídica e arbitragem*, op. cit., aqui p. 3 do pdf.

²⁸⁷ Quanto a esses aspectos, o autor defende que poderia haver a intervenção do devedor originário, na qualidade de assistente, na demanda judicial autônoma movida pelo credor contra o terceiro, pois esse seria litígio não inserido na jurisdição arbitral, por estar fora dos limites objetivos e subjetivos da convenção de arbitragem firmada

No tocante a esse último ponto, o autor sustenta que haveria “influência da coisa julgada material formada no processo arbitral sobre o judicial e vice-versa”, de modo que a eficácia positiva da coisa julgada material – ou seja, a vinculação de decisões futuras ao conteúdo da decisão acobertada pela coisa julgada – poderia influenciar aquele que não era parte do processo em que a coisa julgada foi constituída.²⁸⁸

Quem também levanta objeções a essa solução é Ricardo Ramalho Almeida, para quem a bipartição de competências – de um lado, com os árbitros decidindo sobre o litígio principal e, de outro, com o Judiciário decidindo sobre o pedido de desconsideração da personalidade jurídica e, posteriormente, remetendo o terceiro à arbitragem, em caso de procedência do pleito de desconsideração – não seria solução adequada.

Isso porque o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* autorizaria o tribunal a reavaliar a decisão do juiz sobre a existência de jurisdição dos árbitros sobre o terceiro, o que de toda forma criaria indevidamente jurisdição arbitral sobre partes as quais não integravam o procedimento e que não manifestaram sua vontade em dele participar.²⁸⁹

Ainda, o autor destaca a existência de situações nas quais o acolhimento do pedido de desconsideração se caracteriza como “circunstância prejudicial da decisão sobre o pedido formulado na lide principal”,²⁹⁰ fator este que também tornaria inviável a bipartição de competências para julgar o pedido principal e o pleito de desconsideração. Ricardo Ramalho Almeida menciona, ademais, que haveria prejuízo à economia processual e à eficiência da arbitragem, tornando contraproducente a escolha pela jurisdição arbitral.²⁹¹

Por fim, o autor destaca que essa bipartição de competências poderia ocasionar a supressão dos direitos das partes, considerando que, para a efetiva resolução dos litígios, o objeto da arbitragem deveria abranger a extensão necessária para garantir à parte vencedora a plena satisfação de seus direitos – o que deveria, portanto, incluir a análise de eventual pedido de desconsideração que permita a satisfação dos créditos.

pelo devedor originário (BENEDUZI, Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem, op. cit., aqui p. 4 do pdf).

²⁸⁸ Ibid., aqui p. 4 do pdf.

²⁸⁹ ALMEIDA, A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na arbitragem: análise do Recurso Especial 1.698.730/SP, op. cit., aqui p. 12-13 do pdf.

²⁹⁰ O autor ilustra essa hipótese citando os casos de desconsideração atributiva e exemplificando com situação na qual o deferimento da pretensão formulada na lide principal contra sócio majoritário que descumpriu obrigação de não-concorrência assumida pela pessoa jurídica da qual é sócio seria dependente da procedência do pedido de atribuição ao referido sócio majoritário das obrigações assumidas inicialmente pela pessoa jurídica (Ibid., aqui p. 12 do pdf).

²⁹¹ Ibid., aqui p. 12 do pdf.

Apesar das objeções acima mencionadas, verifica-se que, após a devida ponderação quanto às ressalvas apresentadas pelos autores, a propositura de demanda autônoma subsiste enquanto alternativa viável para a conciliação entre os limites da esfera arbitral e o adequado equacionamento dos litígios submetidos à arbitragem.

Inicialmente, quanto à crítica ao fato de que os árbitros poderiam revisitar eventual responsabilização patrimonial de terceiro determinada pelo Judiciário, esta não se sustenta. Apesar de caber aos árbitros a decisão sobre sua própria competência, estes não possuem jurisdição sobre partes que não firmaram a convenção. É justamente dessa circunstância que surge a necessidade de recorrer à esfera judicial, como forma de possibilitar a responsabilização patrimonial do efetivo devedor, em casos de abuso da personalidade jurídica.

Desse modo, caso o pleito de desconconsideração da personalidade jurídica seja deferido no Judiciário e o terceiro seja, então, considerado como patrimonialmente responsável pelo débito, ainda assim não haverá sua inclusão no procedimento arbitral, pois essa configura medida não inserida no âmbito de competência dos juízes. Nesse sentido, também não subsiste a objeção relacionada ao fato de que o Judiciário poderia determinar a inclusão do terceiro no procedimento arbitral, pois isso geraria usurpação de competência por essa esfera jurisdicional.

Não haveria, ainda, problema com relação à celeridade ou efetividade do procedimento arbitral, já que a demanda autônoma caracterizaria justamente circunstância na qual a repartição de competências entre Judiciário e arbitragem se manifestaria, com o objetivo de coordenar ambas as instâncias de resolução de conflitos com vistas à garantia da completa resolução do litígio. Assim, busca-se na esfera judicial a adequada responsabilização patrimonial relacionada ao litígio instaurado no âmbito arbitral, sem, entretanto, comprometer sua eficácia e regular prosseguimento.

É de se cogitar, ademais, a alegação de que haveria o risco de decisões conflitantes, em virtude da tramitação, ao mesmo tempo, da demanda judicial voltada ao pedido de desconconsideração e do processo arbitral. Entretanto, enquanto o primeiro versaria apenas sobre a responsabilidade patrimonial de terceiro em virtude de abuso da personalidade jurídica, o último envolveria todo o mérito da controvérsia submetida à jurisdição arbitral, nos limites da convenção de arbitragem. Assim, como destaca Rafael Branco Xavier, ambos os processos versarão sobre matérias distintas, já que apenas na ação autônoma judicial será cabível a discussão sobre a responsabilização do terceiro.²⁹²

²⁹² XAVIER, Desconconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 61.

Ademais, importante ressaltar o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do caso *Continental vs. Serpal*, o qual, evidenciando a necessidade de convivência harmônica entre as instâncias estatal e arbitral para garantir a efetividade dos mecanismos de resolução de conflitos, existiriam situações de “extrema particularidade” em que coexistem decisões dessas duas jurisdições.

A Ministra concluiu, ao fim, que “é aceitável a convivência de decisões arbitrais e judiciais, quando elas não se contradizerem e tiverem a finalidade de preservar a efetividade de futura decisão arbitral”.²⁹³ Assim, em se tratando de hipótese destinada a garantir a posterior execução da sentença arbitral, não haveria problema na coexistência de decisões.

Evidencia-se, portanto, que apesar de ser solução que pode apresentar alguns possíveis inconvenientes – derivados, principalmente, do fato de que há a possibilidade de as duas demandas serem concomitantes –, trata-se de uma alternativa capaz de conciliar os limites inerentes à esfera arbitral com a necessidade de um pronunciamento jurisdicional completo e capaz de proporcionar a efetiva resolução de um litígio.

3.2.2. Invocação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no cumprimento da sentença arbitral proferida

Uma segunda alternativa levantada pela doutrina é a invocação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no momento do cumprimento da sentença proferida pelos árbitros.

Nos termos do art. 31 da Lei de Arbitragem,²⁹⁴ a sentença arbitral, sendo condenatória, caracteriza-se como título executivo e produz os mesmos efeitos de uma sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. Assim, essa sentença constitui, conforme o art. 515 do CPC,²⁹⁵ título executivo judicial – sujeito, portanto, às regras referentes ao cumprimento de sentença. Inicia-se, desse modo, nova relação jurídica processual destinada à execução desse título executivo.²⁹⁶

Como disciplinado por lei, cabe a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica “em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de

²⁹³ STJ, REsp n.º 1.698.730/SP, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, m.v., j. 08/05/18, DJe, 21/05/2018, inteiro teor do acórdão, p. 39.

²⁹⁴ Art. 31, Lei de Arbitragem: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

²⁹⁵ Art. 515, inc. VII, CPC: “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral;”.

²⁹⁶ BENEDUZI, Desconconsideração da personalidade jurídica e arbitragem, op. cit., aqui p. 5 do pdf.

sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial” (art. 134, *caput*, CPC). Assim, haveria a possibilidade de, quando do cumprimento da sentença arbitral, ser instaurado esse incidente pela parte interessada, com a devida demonstração do “preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica”, nos termos do art. 134, § 4º, do CPC.

Diante da instauração do incidente, ocorre a suspensão do processo principal (art. 134, § 3º, CPC) e aquele que se pretende atingir pela desconconsideração da personalidade jurídica passa a ser parte no incidente, sendo citado para manifestação e requerimento de provas (art. 135, CPC). Ao fim, será proferida decisão interlocutória de mérito, acolhendo ou rejeitando o pedido (art. 136, *caput*, CPC).

Essa lógica é também aplicável à execução de sentenças arbitrais estrangeiras, as quais, para serem reconhecidas ou executadas no Brasil, estão antes sujeitas à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 35, Lei de Arbitragem).²⁹⁷ Após, seria igualmente possível recorrer ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para buscar a “extensão da legitimidade executiva passiva ao terceiro” que não participou do procedimento arbitral.²⁹⁸

No presente estudo, a invocação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é considerada como uma alternativa para preservar a efetividade da arbitragem, dados os limites da competência do árbitro, justamente porque permite a cooperação entre as esferas judicial e arbitral em busca de um provimento jurisdicional efetivo.²⁹⁹ Assim, proferida a sentença arbitral, nos limites da competência dos árbitros, cessa a jurisdição arbitral (art. 29, *caput*, Lei de Arbitragem) e passa-se à esfera de competência do Judiciário.

A consideração do referido incidente, no caso do cumprimento da sentença arbitral, como uma alternativa para conferir efetividade à sentença arbitral, decorre da própria divisão de competências entre os âmbitos estatal e arbitral, dialogando com a opção legislativa adotada de reservar ao Poder Judiciário a competência para atos coercitivos.³⁰⁰ Para Paula Butti Cardoso, o próprio fato de que a desconconsideração da personalidade jurídica funciona para que os credores

²⁹⁷ Nesse sentido, ressalta-se o já mencionado caso *Newedge vs. Garcia*, no qual a desconconsideração da personalidade jurídica foi admitida em sede de antecipação de tutela em pedido de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira “para, desconstituindo a personalidade jurídica da parte requerida na arbitragem, declarar a alienação de certos bens em fraude de execução, arrestando-os em favor do credor-requerente” (STJ, MC 17.411/DF-AgRg, Corte Especial, rel. Ministro Ari Pargendler, v.u., j.20/08/2014, DJe 01/09/2014; COSTA, *Partes e Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 164).

²⁹⁸ BENEDUZI, Desconconsideração da personalidade jurídica e arbitragem, op. cit., aqui p. 6 do pdf.

²⁹⁹ Essa circunstância dialoga com o fato de que a desconconsideração pode ser caracterizada como “instrumento para a efetividade do processo executivo” (SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário: Eficácia e sustentabilidade*, op. cit., p. 395).

³⁰⁰ PARENTE, Processo arbitral e sistema, op. cit., p. 210.

tenham acesso a patrimônio para satisfação das obrigações das partes faz com que essa técnica seja de competência do poder Judiciário, por se tratar de “medida destinada a assegurar a execução da sentença arbitral”.³⁰¹

No mesmo sentido, Guilherme Recena Costa destaca que o manejo da desconconsideração caberia ao Judiciário, e não à jurisdição arbitral, “[p]ela sua própria natureza” – ou seja, enquanto técnica destinada, no contexto do procedimento arbitral, à responsabilização patrimonial de terceiros pelas obrigações de uma das partes signatárias da convenção de arbitragem.

Assim, o autor sugere que a busca do requerente pela tutela de seu direito de ver desconconsiderada a personalidade jurídica deveria se dar frente ao Judiciário, depois de proferida a sentença arbitral condenatória, ocasião na qual “a parte poderá pleitear, perante o juiz, a responsabilização de sócio ou sociedade controladora de acordo com a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica”.³⁰²

Também de acordo com Carlos Alberto Carmona, compete ao juiz togado a adoção de medidas voltadas à extensão dos efeitos da sentença arbitral em hipóteses de aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica. Nesse sentido, e referindo-se especificamente à hipótese em que seja verificada confusão patrimonial entre sociedades de um mesmo grupo econômico, o autor posiciona-se, como mencionado, em sentido contrário à inclusão na arbitragem de terceiro que não tenha celebrado o compromisso arbitral.

Sugere, como solução para essa situação, que as providências para aplicação do art. 50 do Código Civil deveriam ser tomadas pelos juízes no momento do cumprimento da sentença arbitral, quando seria possível “estender a responsabilidade patrimonial a outros componentes do grupo de empresas ou do grupo econômico a que pertencer a pessoa jurídica vencida no juízo arbitral”.³⁰³

Diversos outros autores também mencionam essa possibilidade. Segundo Eduardo de Albuquerque Parente, o tema da desconconsideração da personalidade jurídica em arbitragem conduz justamente a uma “situação de abertura cognitiva muito específica com o processo judicial”, pois é nessa última instância, no âmbito do cumprimento da sentença arbitral, que o “efeito de coerção de bens” pode ser determinado, pelo manejo da desconconsideração.

³⁰¹ CARDOSO, *Limites subjetivos da convenção de arbitragem*, op. cit., p. 57.

³⁰² COSTA, *Partes e Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 164.

³⁰³ CARMONA, *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei n. 9.307/96, op. cit., p. 83-84.

A conduta dos árbitros estaria limitada apenas a fazer constar na decisão o seu entendimento sobre a eventual constatação de motivos para a posterior desconconsideração, no momento do cumprimento da sentença. De toda forma, o verdadeiro juízo de valor sobre esses requisitos caberia ao juiz togado.³⁰⁴

Ainda, para Renato Resende Beneduzi, quem também levanta a alternativa da dedução do pedido de desconconsideração em processo autônomo de conhecimento, a utilização do incidente de desconconsideração no cumprimento judicial da sentença arbitral proferida contra o devedor originário seria outra solução a ser cogitada.

Nesse contexto, o autor defende que a “única maneira de estender ao terceiro a responsabilidade executiva, tornando seus bens sujeitos à execução” – considerando que este não participou da formação do título executivo e não poderia figurar como litisconsorte passivo originário na execução da sentença arbitral – seria a invocação desse incidente enquanto modalidade coata de intervenção de terceiros.³⁰⁵

Já segundo Rafael Branco Xavier, quem cogita essa alternativa de arguição da desconconsideração no processo de execução para os casos em que o pedido precise ser deduzido após o procedimento arbitral, essa seria solução repleta de peculiaridades. Isso porque, dentre outros pontos, a única forma de instaurar o pedido seria mediante o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, com observância de seu rito, e o terceiro não estaria vinculado à coisa julgada material constituída no procedimento arbitral, podendo, então, apresentar impugnação ao cumprimento da sentença arbitral durante esse processo de execução.³⁰⁶

Por fim, Pedro Henrique Torres Bianqui, apesar de reconhecer ao árbitro a possibilidade de decretar a desconconsideração na arbitragem, também destaca que a execução dessa sentença deve se dar no âmbito do Judiciário, com o devido respeito ao contraditório – tenha o sujeito que se pretende atingir participado da arbitragem ou não.³⁰⁷

Entretanto, apesar de diversos autores elencarem essa alternativa da invocação do incidente no cumprimento de sentença, há quem negue essa solução. Na esteira de sua objeção à dedução do pleito de desconconsideração da personalidade jurídica em ação autônoma proposta

³⁰⁴ PARENTE, Processo arbitral e sistema, op. cit., p. 298.

³⁰⁵ BENEDUZI, Desconconsideração da personalidade jurídica e arbitragem, op. cit., aqui p. 4-6 do pdf.

³⁰⁶ XAVIER, Desconconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 63.

³⁰⁷ BIANQUI, *Desconconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, op. cit., p. 91.

em face do Judiciário, Ricardo Ramalho Almeida opõe-se também à utilização da técnica somente no momento do cumprimento da sentença arbitral.

O autor pauta sua argumentação na inoponibilidade da coisa julgada arbitral contra o terceiro que não participou da arbitragem, sustentando que eventual pedido de desconconsideração somente em sede de cumprimento da sentença arbitral poderia gerar “mero ‘redirecionamento da execução’”, ocasionando perigo de violação às garantias da ampla defesa e do devido processo legal – já que deveria ser oportunizada ao terceiro cujo patrimônio se pretende atingir a possibilidade de impugnar a decisão de mérito contida na sentença exequenda.

Conclui, por fim, que esse cenário reforçaria o seu entendimento de que, sendo preferível evitar a alegação de desconconsideração da personalidade jurídica apenas no momento da execução da sentença arbitral, a matéria deveria ser levada ao conhecimento dos árbitros no decorrer do procedimento arbitral. O autor defende, portanto, que deve vigorar a “unicidade da competência para o julgamento dos dois pleitos – o principal e o de desconconsideração”.³⁰⁸

Parece, porém, que esse posicionamento não subsiste após uma análise mais detida dos fundamentos que o autor utiliza para negar essa opção, em conjunto com o exame dos argumentos daqueles que defendem, com explicações razoáveis, essa solução.

Inicialmente, apesar de realmente não ser cabível a rediscussão do conteúdo da sentença arbitral no momento de seu cumprimento no Judiciário,³⁰⁹ nota-se que, pela própria estruturação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no CPC, o terceiro que se pretende

³⁰⁸ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A desconconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na arbitragem: análise do Recurso Especial 1.698.730/SP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 59, out.-dez./2018.

³⁰⁹ Não se ignora, porém, a existência de discussões doutrinárias sobre a amplitude da defesa do sujeito acionado por meio do incidente de desconconsideração na fase do cumprimento de sentença. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, por exemplo, entendem que a defesa do sujeito demandado se limitaria à discussão sobre a caracterização ou não dos requisitos para aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica, não abrangendo o mérito da sentença proferida na fase de conhecimento (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil – teoria geral do processo*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 374-376).

Por outro lado, há quem entenda que, como a sentença faz coisa julgada apenas entre as partes, sem prejuízo a terceiros, haveria violação ao contraditório e à ampla defesa caso o sujeito acionado não pudesse discutir a matéria de mérito decidida em processo do qual não participou (GANACIN, *Desconconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, op. cit., p. 99-100). No mesmo sentido, Pedro Henrique Torres Bianqui defende que, nos casos em que o terceiro não participou do procedimento arbitral no qual sua responsabilidade patrimonial foi determinada, “terá de haver o contraditório antes da invasão patrimonial (*infra*, n. 49) e sua defesa não será restrita, com a possibilidade de discutir até mesmo a própria validade da arbitragem realizada” (BIANQUI, *Desconconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, op. cit., p. 91). Ainda: “se tais pessoas – sócios ou administradores – não foram partes no processo em que se formou o título, nesse caso cumpre concluir que elas não ficariam vinculadas à imutabilidade da decisão. Há que se lhes permitir, portanto, que discutam o que anteriormente fora decidido” (RODRIGUES FILHO, *Desconconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*, op. cit., p. 345-346).

atingir deve ser citado para se manifestar, de modo que terá a oportunidade, então, de exercer o contraditório com relação ao preenchimento dos pressupostos da desconsideração.³¹⁰

Assim, caso consiga desconstituir as provas trazidas pelo demandante acerca dos fatos constitutivos de seu direito, demonstrando não se tratar de hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, não estará sujeito aos termos condenatórios contidos na sentença arbitral proferida sem sua participação. Caso contrário, se não for capaz de desconstituir o preenchimento dos pressupostos da desconsideração invocados pela contraparte, torna-se parte no cumprimento de sentença e seus bens estarão, então, sujeitos a responder pela dívida nos termos determinados na sentença arbitral.

Contudo, essa última hipótese só ocorrerá se for constatado o abuso da personalidade jurídica e apenas após o devido processamento do incidente de desconsideração – em sede do qual o terceiro poderá se defender.³¹¹ Há, assim, necessidade de observância pelo juiz togado de um procedimento legalmente descrito no CPC para que possa, então, decidir sobre incidente

³¹⁰ Versando sobre a necessidade de observância ao regramento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na hipótese em que o pedido de desconsideração seja deduzido após a conclusão do procedimento arbitral, Rafael Branco Xavier destaca que o “rito deve ser observado, de modo a dar ao terceiro a oportunidade de ampla defesa e contraditório, quando se defenderá a respeito do alegado abuso.” (XAVIER, Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu, op. cit., aqui p. 63). No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. ressalta que a instauração desse incidente cognitivo no processo executivo deve se dar justamente “para que se apure, em contraditório, o preenchimento dos requisitos legais que autorizam a aplicação da teoria, bem como se lhe permita o exercício da sua ampla defesa” (DIDIER JR., Fredie. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (orgs.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. 2ª edição. Salvador: Edições JusPODIVM, 2007, p. 169). Ainda, Pedro Henrique Torres Bianqui destaca que “[j]ustamente por ser uma medida excepcional de imputação de responsabilidade, que demanda cognição estendida pelas partes (o que pode ser feito na execução), cujo *onus probandi* é do credor, o contraditório é essencial para que haja a desconsideração da personalidade jurídica” (BIANQUI, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, op. cit., p. 123)

³¹¹ Evidenciando que existe um procedimento a ser seguido, o qual preserva as prerrogativas do terceiro contra o qual o pedido de desconsideração da personalidade jurídica se dirige, André Pagani de Souza ressalta que “o interessado em pleitear a desconsideração da personalidade jurídica deve demonstrar ao juiz a configuração de uma das hipóteses que a autorizam, para que o juiz determine a citação daquele que sofrerá os efeitos da decisão para se defender, requerendo inclusive a produção de provas. Somente após observado tal procedimento o juiz estará autorizado a formar o seu convencimento e proferir decisão interlocutória acolhendo ou rejeitando o pedido de desconsideração.” (SOUZA, André Pagani de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/184/edicao-1/incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica>). No mesmo sentido: “o simples pedido de aplicação da *disregard doctrine*, sem o devido processo para efetivá-lo, não se presta à declaração de ineficácia de qualquer atributo da personalidade” (RODRIGUES FILHO, *Desconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*, op. cit., p. 289).

de desconconsideração da personalidade jurídica em sede de cumprimento de sentença arbitral que contenha decisão sobre litígio entre o credor e o devedor originário.³¹²

Não se trata, nesse sentido, de submeter indiscriminadamente um terceiro a uma decisão derivada de um processo no qual não foi parte. Trata-se, em realidade, apenas de uma circunstância prática na qual a delimitação de competências entre juízos estatal e arbitral se manifesta, em busca da garantia da efetividade da prestação jurisdicional como um todo, respeitados os limites característicos de cada um desses métodos de resolução de conflitos.

Isso porque, após resolução do litígio no âmbito arbitral, dentro dos limites que lhe são inerentes – ou seja, considerando a impossibilidade de inclusão na esfera arbitral do terceiro que se pretende responsabilizar pelo fundamento da desconconsideração da personalidade jurídica –, passa-se, então, ao cumprimento da sentença no Judiciário, momento no qual o incidente poderá ser utilizado para garantir a responsabilização patrimonial daquele que verdadeiramente deve arcar com a dívida.

Ademais, evidencia-se que cabe recurso da decisão interlocutória que resolve o incidente,³¹³ de modo que também quanto a esse aspecto não se vislumbra existência de violação ao devido processo legal.

Ainda, também não subsiste a alegação de que a dedução do pedido de desconconsideração apenas em sede de cumprimento de sentença arbitral poderia ocasionar redirecionamento da execução, já que a própria lógica do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é voltada a “eliminar a extrema insegurança que vigia no sistema anterior em decorrência de desordenados *redirecionamentos* de execuções e arbitrárias extensões da responsabilidade a sujeitos diferentes do obrigado”.³¹⁴

Desse modo, a sistemática do incidente de desconconsideração destina-se justamente a garantir que ninguém seja submetido a uma execução sem que haja prévio pronunciamento judicial sobre o assunto, estendendo a eficácia do título executivo.³¹⁵

³¹² Também destacando que a ação do juiz quando ao incidente de desconconsideração é legalmente pautada, Renato Resende Beneduzi pontua que “ao juiz estatal não se permite o acolhimento imediato do pedido e a extensão da legitimidade executiva passiva ao terceiro sem que antes se observem as formalidades previstas nos arts. 133 a 137 do CPC”, sendo que, após o pedido de desconconsideração, “o terceiro deve ser obrigatoriamente citado, exigindo a garantia do contraditório que ele possa manifestar-se e produzir provas antes do julgamento do incidente (art. 135 do CPC)” (BENEDUZI, Desconconsideração da personalidade jurídica e arbitragem, op. cit., aqui p. 5 do pdf).

³¹³ Em se tratando de decisão interlocutória, caberá, nos termos do art. 1.015, IV, do CPC, agravo de instrumento (Ibid., aqui p. 6 do pdf).

³¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 163.

³¹⁵ SOUZA, *Desconconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*, op. cit., p. 154.

Por fim, ressalta-se que a alternativa aqui referida não implica a necessidade de vinculação ao procedimento arbitral de terceiros cujo patrimônio se busca atingir. Pelo contrário, parte-se justamente da conclusão pela impossibilidade de determinação da inclusão de terceiros na arbitragem sob o fundamento da desconsideração da personalidade jurídica para que se verifiquem possíveis soluções para, mesmo assim, preservar a utilidade do pronunciamento dos árbitros – considerando casos em que seria necessária a aplicação da técnica da desconsideração para adequado equacionamento do litígio.

Assim, pode acontecer que determinado sujeito seja, ao fim, responsabilizado por um débito determinado em sede de arbitragem, “recaindo a execução da sentença arbitral sobre o seu patrimônio”,³¹⁶ sem que esteja, porém, vinculado ao procedimento arbitral. Trata-se, como mencionado, de evidência prática do funcionamento da delimitação de competências entre as jurisdições arbitral e estatal.

Nesse sentido, evidencia-se que essa alternativa reforça que a conclusão defendida nesse trabalho – de que não se pode utilizar a desconsideração da personalidade jurídica como fundamento para a inclusão de terceiros no procedimento arbitral – não afeta a efetividade do procedimento arbitral, pois existe opção posterior na via judicial, a qual permite, quando necessário para o correto equacionamento do litígio, o atingimento de bens de terceiros por meio da técnica da desconsideração.

³¹⁶ COSTA, *Partes e Terceiros na Arbitragem*, op. cit., p. 162.

CONCLUSÃO

Após a análise dos desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema objeto do presente estudo, conclui-se pela impossibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica como fundamento autônomo para a inclusão no procedimento arbitral de terceiros não signatários da convenção de arbitragem.

No caso da doutrina, apesar de a discussão se encontrar bem dividida, sendo possível separar os autores entre aqueles que rejeitam e os que admitem a utilização da desconsideração no procedimento arbitral para a inclusão de um terceiro, o entendimento majoritário remonta ao consentimento necessário à vinculação à arbitragem para negar essa aplicação. Ademais, a diferenciação defendida pela doutrina entre a técnica da desconsideração e os modos de aferição do consentimento com relação à arbitragem também contribui para essa mesma conclusão.

Nota-se, nesse contexto, que os pressupostos da desconsideração, os quais são positivados no art. 50 do Código Civil, não necessariamente equivalem à aferição do consentimento tácito com relação a arbitragem, a qual é extremamente casuística. Em realidade, essas são circunstâncias diversas e cuja análise no caso concreto, na grande maioria das circunstâncias, não coincidirá,³¹⁷ por dependerem de pressupostos e de análises diferenciadas. Assim, os requisitos da desconsideração não são capazes de autorizar, por si só e em conformidade com o direito brasileiro, a inclusão de terceiros no procedimento arbitral.

Dessa forma, defende-se que não é possível concluir pela caracterização da desconsideração da personalidade jurídica como técnica apta a funcionar como fundamento para a vinculação ao procedimento arbitral de terceiros que não firmaram a convenção de arbitragem. Para a extensão subjetiva dos efeitos da convenção de arbitragem é necessário, em realidade, a aferição de seu consentimento com relação ao método, a qual não se confundirá necessariamente com os requisitos da técnica da desconsideração.

Ademais, o exame dos argumentos favoráveis à aplicação da desconsideração em arbitragem para fins de inclusão de terceiros no procedimento também contribuiu para o reforço da conclusão aqui adotada. Como evidenciado, as justificativas elencadas pelos autores favoráveis a essa utilização também não se mostraram capazes de superar a problemática do consentimento enquanto pedra angular da arbitragem ou de fornecer argumentos plausíveis para essa aplicação.

³¹⁷ Como mencionado ao longo do estudo, são raras as hipóteses encontradas na doutrina segundo as quais essa equivalência entre a aferição do consentimento e os requisitos para a aplicação da técnica da desconsideração poderia ocorrer (com destaque para os posicionamentos de Eduardo Munhoz e Arnaldo Wald).

Com relação à jurisprudência, poucos foram os casos encontrados que guardam relação com o tema da utilização da desconsideração da personalidade jurídica como fundamento para a inclusão de terceiros no âmbito arbitral. Embora haja destaque para o paradigmático caso *Continental vs. Serpal*, este está longe de representar precedente o qual respalde inequivocamente o entendimento de que a técnica pode servir como fundamento para a vinculação de terceiros não signatários na arbitragem.

Ademais, também não foram encontrados outros casos que permitam concluir pela equivalência entre os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica e os métodos de aferição do consentimento tácito com relação ao procedimento arbitral, para fins de extensão subjetiva da convenção de arbitragem. Assim, a jurisprudência nacional também corrobora a conclusão de que, no direito brasileiro, a técnica da desconsideração não se confunde com um possível fundamento para a extensão subjetiva dos efeitos da convenção de arbitragem.

Em síntese, respondendo à pergunta trazida na introdução do trabalho, só seria possível que os árbitros decidissem sobre um pedido de desconsideração da personalidade jurídica que busque atingir terceiro não signatário da convenção de arbitragem em dois cenários: (i) caso haja pedido nesse sentido e o terceiro, assim como as partes originárias, concordem com a sua inclusão no procedimento, a qual deve ocorrer após o pronunciamento dos árbitros, os quais detêm o poder decisório final sobre o tema, em decisão a ser proferida segundo seu livre convencimento motivado; ou (ii) quando puder ser determinado, à luz do caso concreto, que o terceiro que se pretende atingir pela técnica manifestou tacitamente seu consentimento com relação à arbitragem.

Nesse último caso, o qual representa a verdadeira situação problemática sobre a qual se debruça este trabalho, seria necessário, antes de tudo, verificar se há efetiva base para determinação do consentimento tácito do terceiro com relação à arbitragem. Assim, a aferição do consentimento – caso este efetivamente possa ser apurado, no caso concreto, por modo diverso da assinatura da convenção de arbitragem – funcionaria como medida prévia necessária para integrar esse terceiro ao contraditório. Só depois é que eventual determinação, no âmbito arbitral, do atingimento de terceiro pela técnica da desconsideração poderia se dar.

Caso contrário, se houver fundada discordância de uma das partes ou do próprio terceiro com relação à sua integração, ou ainda se não for possível determinar seu consentimento tácito com relação à arbitragem, cabe ao árbitro negar sua jurisdição para análise do pedido de desconsideração, por não possuir poder decisório sobre partes que não integram o procedimento.

Entende-se, no entanto, que não haveria vedação para que o árbitro, ao fixar os termos da condenação das efetivas partes do procedimento no laudo arbitral, consignasse em sua decisão os elementos fáticos observados no caso concreto que poderiam apontar para eventual preenchimento dos requisitos desconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, não caberia à própria jurisdição arbitral a determinação dessa medida, de modo a incidir sobre os bens de terceiros ou a proferir decisão sobre sujeitos que não integraram o contraditório.

Assim, a aplicação da técnica é originariamente de competência do Poder Judiciário, sede na qual o terceiro poderia exercer seu direito de defesa e o juiz pode se debruçar sobre o substrato probatório para formar sua convicção quanto à caracterização ou não dos pressupostos de incidência da desconsideração.

Conclui-se, portanto, que é delimitado o possível âmbito de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em arbitragem. Ainda assim, essa circunstância não diminui a efetividade do procedimento arbitral enquanto método de resolução de conflitos, mesmo diante de complexos litígios societários que podem conduzir a pedidos de desconsideração da personalidade jurídica como medida a atingir terceiros os quais não fazem parte da arbitragem.

Isso porque, como evidenciado no capítulo 3, a delimitação do âmbito de aplicação dessa técnica em arbitragem dialoga justamente com os próprios limites da jurisdição arbitral enquanto método de resolução de conflitos pautado no consentimento – os quais, entretanto, não o tornam menos eficiente. São, em realidade, próprios dessa instância jurisdicional e devem ser respeitados, ainda mais considerando que existem alternativas judiciais que podem ser usadas quando necessário para, em complemento à arbitragem, efetivar a técnica da desconsideração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A desconsideração da pessoa jurídica: de Requião aos nossos dias. In: FACHIN, Edson; ABRÃO, Carlos Henrique; REQUIÃO, Rubens Edmundo (coord.). *O moderno direito empresarial no século XXI: estudos em homenagem ao centenário de Rubens Requião*. Rio de Janeiro: GZ, 2018, p. 321-353.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na arbitragem: análise do Recurso Especial 1.698.730/SP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 59, out.-dez./2018.
- ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. Teoria da desconsideração da pessoa jurídica. *Soluções Práticas – Arruda Alvim*, vol. 3, p. 133-186, ago./2011.
- BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem. *Revista de Processo*, vol. 290, p. 473-492, abr./2019.
- BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BLOK, Marcella. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 59/2013, p. 91-167, jan.-mar./2013.
- 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.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, conciliação, tribunal multiportas*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
- 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 convenção de arbitragem*. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, n.º 51, p. 17-24, out./1997.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei n. 9.307/96. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

CORDEIRO, António Menezes. *O Levantamento da Personalidade Colectiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA, Guilherme Recena. *Partes e Terceiros na Arbitragem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (orgs.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. 2ª edição. Salvador: Edições JusPODIVM, 2007.

DIDIER JR, Fredie; ARAGÃO, Leandro. A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 255-268.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

FARIA, Marcela Kohlbach de. *Participação de Terceiros na Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

FRANCO, Antonio Celso Pinheiro; FRANCO, José Roberto Pinheiro. Notas sobre a prestação da tutela arbitral no Brasil. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 1, p. 673-684, set./2014.

GANACIN, João Cánovas Bottazzo. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. Coleção Liebman - Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. *Arbitragem e conexão*. Poderes para decidir sobre questões de conexidade. São Paulo: Almedina, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Da desconsideração da pessoa jurídica à pessoa jurídica desconsiderada*. Disponível em:

https://www.academia.edu/14413921/Da_desconsidera%C3%A7%C3%A3o_da_pessoa_jur%C3%ADdica_%C3%A0_pessoa_jur%C3%ADdica_desconsiderada. Acesso em: 18/09/2021.

Originalmente publicado como: O percurso e os percalços da teoria da pessoa jurídica na Universidade Federal do Paraná: da desconsideração da pessoa jurídica à pessoa jurídica desconsiderada, a partir de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. In: KROETZ, Maria Cândida (org). *Direito civil: inventário teórico de um século*. Curitiba : Kairós, 2012.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da personalidade jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 46, p. 119-149, 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14977/10029>. Acesso em: 18/09/2021.

LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A autonomia da pessoa jurídica – Alteração do art. 49-A do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto *et. al.* (coord.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*, p. 197-203.

LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A desconsideração da pessoa jurídica – alteração do art. 50 do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto *et. al.* (coord.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*, p. 204-221.

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

MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MARTINS, Pedro A. Batista. Consolidação de procedimentos arbitrais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 32, p. 251-264, jan.-mar./2012.

MEJIAS, Lucas Britto; OLIVEIRA, Diogo. Notas sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória a outras sociedades em grupo empresarial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 55, p. 137-157, out.-dez./2017.

MELO, Leonardo De Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades na prática CCI (de acordo com o regulamento CCI-2012). *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 36, p. 255-278, jan.-mar./2013.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Arbitragem e Grupos de Sociedades. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Aspectos da arbitragem institucional*. 12 anos da Lei 9.307/1996. Malheiros Editores, São Paulo, 2008, p. 149-178.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e Direito Societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Existiria uma ordem jurídica arbitral? In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coords.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio Muniz*. 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 59-82.

PIRES, Manoela. A desconsideração da Personalidade jurídica na Arbitragem. Uma Análise sob a ótica do Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito e Arbitragem: estudos Acadêmicos*. Volume II. Arraes Editores, 2017, p. 43-83.

PRADO, Viviane Muller; DECACCHE, Antonio. *Arbitragem e Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f5496252609c43eb>. Acesso em: 25/07/2021.

RIBEIRO, Cassio Pitangueira Dias Ico; FILHO, João Glicério de Oliveira. Terceiros na arbitragem: análise da extensão da convenção arbitral. In: FIUZA, César Augusto de Castro; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; RIBEIRO NETO, João Costa (Coords.). *Direito civil contemporâneo*. Recurso eletrônico online, publicação do XXVI Encontro Nacional do CONPEDI/DF. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 34-36. Disponível em: www.conpedi.org.br. Acesso em 26/08/2021.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*, vol. 803, p. 751-764, set./2002. Publicado originalmente em: RT 410/12, dez./1969.

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica à arbitragem. *Aspectos da arbitragem institucional*. 12 anos da Lei 9.307/1996. Malheiros Editores, São Paulo, 2008, p. 129-148.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*: Eficácia e sustentabilidade. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCALETSKY, Fernanda Sirotsky. *O caso Trelleborg e a extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias*. Tese (Pós-Graduação *lato sensu*) – Curso de especialização “O novo direito internacional: direito internacional público, privado, e direito da integração”. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

- SCALZILLI, João Pedro. *Confusão Patrimonial no Direito Societário e no Direito Falimentar*. 2ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Almedina, 2020.
- SERICK, Rolf. *Forma e realtà dela persona giuridica*. Traduzione di Marco Vitale. Milano, Giuffrè, 1966.
- SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SZTAJN, Rachel. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, vol. 3, p. 1.239-1.261, out./2010. Publicado originalmente em: RT 762/81, abr./1999.
- TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. *Revista dos Tribunais*, vol. 903, p. 9-25, jan./2011.
- XAVIER, Rafael Branco. A Desconsideração na Arbitragem? O consentimento atrás do véu. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 66, p. 35-66, abr.-jun./2020.
- WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, p. 31-59, maio-ago./2004.
- WALD, Arnoldo. A desconsideração na arbitragem societária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 44/2015, p. 49-64, jan.-mar./2015.

JULGADOS CITADOS

STJ, REsp n.º 1.698.730/SP, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, m.v., j. 08/05/18, DJe, 21/05/2018.

STJ, SEC n.º 5.692/EX, Corte Especial, rel. Min. Ari Pargendler, v.u., j. 20/08/2014, DJe 01/09/2014.

STJ, SEC n.º 3.709/EX, Corte Especial, rel. Min. Teori Albino Zavascki, v.u., j. 14/06/2012, DJe 29/06/2012.

TJRJ, Apelação n.º 0329761-15.2011.8.19.0001, 19ª Câmara Cível, rel. Des. Ferdinando Nascimento, j. 22/01/2013.

TJSP, Agravo de Instrumento n.º 2286615-77.2020.8.26.0000, rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 11/08/2021, DJe 13/08/2021.

TJSP, Agravo de Instrumento n.º 2151244-44.2020.8.26.0000, rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 25/11/2020, DJe 01/12/2020.

TJSP, Agravo de Instrumento n.º 2075338-82.2019.8.26.0000, rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 18/12/2019, DJe 18/12/2019.

TJSP, Agravo de Instrumento n.º 2128813-50.2019.8.26.0000, rel. Des. Maurício Pessoa, j. 17/10/2019, DJe 17/10/2019.

TJSP, Apelação n.º 1036396-28.2015.8.26.0100, rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 04/12/2018, DJe 05/12/2018.

TJSP, Apelação n.º 0035404-55.2013.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 26/08/2015.

TJSP, Agravo de Instrumento n.º 2137464-47.2014.8.26.0000, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 25/09/2014, DJe 26/09/2014.

TJSP, Apelação n.º 0214068-16.2010.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 16/10/2012

TJSP, Apelação n.º 267.450.4/6-00, 7ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Constança Gonzaga, j. 24/05/2006.