



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE DIREITO

JOÃO RAFAEL AZEVEDO SILVEIRA

**A EXTENSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DIANTE DA TEORIA DOS
GRUPOS DE SOCIEDADES**

SANTA RITA - PB

2023

JOÃO RAFAEL AZEVEDO SILVEIRA

**A EXTENSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DIANTE DA TEORIA DOS
GRUPOS DE SOCIEDADES**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito, do Departamento de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da
Paraíba, como requisito parcial da
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Paula
Correia de Albuquerque da Costa

SANTA RITA - PB

2023

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S587e Silveira, João Rafael Azevedo.

A extensão da cláusula compromissória diante da
teoria dos grupos de sociedades / João Rafael Azevedo
Silveira. - Santa Rita, 2023.
55 f.

Orientação: Ana Paula Correia de Albuquerque da
Costa.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Grupos de sociedades. 2. Cláusula compromissória.
3. Convenção de arbitragem. 4. Consentimento. 5. Partes
não signatárias. 6. Arbitragem. I. Costa, Ana Paula
Correia de Albuquerque da. II. Título.

UFPB/BSDCJ

CDU 34



DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

**ATA DA BANCA EXAMINADORA DA DEFESA PÚBLICA DO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO**

Ao segundo dia do mês de Junho do ano de dois mil e vinte três, realizou-se a sessão de Defesa Pública do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito intitulado “A extensão da cláusula compromissória diante da teoria dos grupos de sociedades”, sob orientação do(a) professor(a) Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa que, após apresentação oral, foi arguido pelos integrantes da Banca Examinadora que se reuniram, reservadamente, e decidiram emitir parecer favorável à aprovação, de acordo com o art. 33, da Resolução CCGD/02/2013, do(a) aluno(a) João Rafael Azevedo Silveira com base na média final de 10,0 (dez). Após aprovada por todos os presentes, esta ata segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa

Igor de Lucena Mascarenhas

Werna Karenina Marques de Sousa

*Dedico este trabalho aos meus pais, pela
confiança depositada em mim e por todo
apoio e investimento na minha educação.*

AGRADECIMENTOS

A minha professora e orientadora Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa, pela prestimosidade e assistência durante a elaboração deste trabalho. Aos demais professores do curso, o meu muito obrigado.

Aos colegas que se tornaram verdadeiros amigos, em especial a Anníbal Peixoto, Cristóvão Neto, Daniel Alves, João Victor, Julio Gusmão, Raphael Nóbrega, Mariana Viana, Maria Eduarda e Lourdes Isabelle, por me auxiliarem e contribuírem com a minha formação acadêmica, sem medir esforços.

Ao amigo Guilherme Coutinho, que teve papel fundamental para o desenvolvimento deste trabalho, em meio a diversas discussões temáticas e indicações bibliográficas.

Aos demais amigos e colegas que a Universidade me proporcionou, com quem convivi durante os últimos quatro anos e onze meses, por trilharem e compartilharem comigo a jornada universitária.

Aos familiares, amigos e, em especial, à minha namorada Camilla, que torcem pelo meu sucesso, pelo apoio durante esta formação acadêmica.

RESUMO

É possível observar um crescente aumento de relevância da arbitragem como meio adequado para resolução de conflitos, ao mesmo tempo que aumenta a quantidade de agrupamentos empresariais, no Brasil e no mundo. Nessa perspectiva, considerando que a arbitragem tem um caráter consensual, sendo o consentimento inequívoco das partes pressuposto de validade da convenção de arbitragem, o presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de extensão, do poder de vinculação, da cláusula compromissória diante da teoria dos grupos de sociedades. Essa análise será realizada através de uma abordagem descritiva, por meio de pesquisa bibliográfica, documental e da análise de casos práticos emblemáticos, analisando-se, portanto, as principais teses doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, além da análise do ordenamento jurídico que o envolve. Diante do exposto, concluiu-se que a jurisprudência nacional, inclusive no âmbito dos tribunais superiores, já firmou entendimento pacífico no sentido de ser possível a vinculação de partes não signatárias à cláusula compromissória, sob o fundamento de que é possível identificar o consentimento tácito através das ações e comportamentos das partes. Portanto, para que seja possível a extensão da cláusula compromissória, segundo a teoria dos grupos econômicos, é necessário que a empresa não signatária, integrante de grupo econômico do qual uma empresa consentiu com a convenção de arbitragem, por exemplo, tenha participado da elaboração ou execução do contrato de alguma forma, demonstrando anuência à cláusula compromissória inserida no contrato, sendo possível auferir o consentimento tácito a partir do comportamento de cada empresa, caso a caso.

Palavras-chave: Grupos de sociedades. Cláusula compromissória. Convenção de arbitragem. Consentimento. Partes não signatárias. Arbitragem.

ABSTRACT

It is possible to see an increasing importance of arbitration as a suitable way to resolve conflicts, at the same time as the number of business groups is increasing in Brazil and around the world. From this perspective, considering that arbitration is a consensual process, where the clear consent of the parties is a requirement for the validity of the arbitration agreement, this paper aims to analyze the possibility of extending the binding power of the arbitration clause according to the theory of groups of companies. This analysis will be carried out through a descriptive approach, using bibliographic and documentary research, as well as the analysis of emblematic practical cases. The main doctrinal and jurisprudential theses on the subject will be analyzed, as well as the legal framework surrounding it. In light of the foregoing, it was concluded that the national jurisprudence, including that of higher courts, has already established a peaceful understanding that non-signatory parties can be bound to the arbitration clause, based on the fact that tacit consent can be identified through the actions and behaviors of the parties. Therefore, in order to extend the arbitration clause according to the theory of groups of companies, it is necessary for the non-signatory company, which is a member of the economic group from which a company consented to the arbitration agreement, for example, to have participated in the elaboration or execution of the contract in some way, demonstrating acquiescence to the arbitration clause inserted in the contract, and it is possible to infer tacit consent from the behavior of each company, on a case-by-case basis.

Key-words: Groups of companies. Arbitration clause. Arbitration agreement. Consent. Non-signatory parties. Arbitration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 TEORIA DOS GRUPOS DE SOCIEDADES	12
2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO GERAL	12
2.2 CONCEITO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO GRUPO DE SOCIEDADES	13
3 ASPECTOS JURÍDICOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	16
3.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	19
3.2 PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS.....	20
3.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	21
3.4 CARÁTER CONSENSUAL DA ARBITRAGEM	22
3.5 PRESCINDIBILIDADE DO CONSENTIMENTO EXPRESSO	24
3.6 INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	27
4 LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM DIANTE DE UM GRUPO DE SOCIEDADES CONFORME PRECEDENTES.....	29
4.1 JULGAMENTOS CCI Nº 1434 E Nº 2375, DE 1975	29
4.2 JULGAMENTO CCI Nº 4131, DE 1982 (Dow Chemical)	32
4.3 JULGAMENTOS CCI Nº 4402, DE 1984, E Nº 4504 DE 1985-1986	34
4.4 JULGAMENTO SOCIÉTÉ SPONSOR A.B. vs. LESTRADE	35
4.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS ACERCA DOS ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS ANALISADOS.....	37
5 TEORIA DOS GRUPOS DE SOCIEDADES E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	39
5.1 GRUPOS DE SOCIEDADES DE ACORDO COM A LEI Nº 6.404/1976	39
5.2 LIMITES SUBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM RELAÇÃO A GRUPOS DE FATO E GRUPOS DE DIREITO	42
5.3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO INSTRUMENTO PARA VINCULAÇÃO DE NÃO SIGNATÁRIOS À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	44
5.4 LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM DIANTE DE UM GRUPO DE SOCIEDADES DE ACORDO COM A LEI nº 9.307/1996	46
5.5 O CASO TRELLEBORG	47
6 CONCLUSÕES	51

REFERÊNCIAS.....53

1 INTRODUÇÃO

Os métodos alternativos para a solução de conflitos, ou métodos adequados para a solução de conflitos, como preferem denominar a doutrina, vêm se consolidando como importante alternativa jurisdicional para a solução de conflitos. A arbitragem, em especial, têm mostrado importante crescimento no cenário internacional, assim como no contexto brasileiro. Isso, pois, tal método apresenta diversas vantagens em relação ao processo judicial, dentre as quais podemos citar a celeridade, a especialização dos árbitros e a possibilidade de escolha da lei e idioma a serem aplicados na solução do litígio.

Outrossim, a arbitragem, como será detalhado mais adiante, apresenta, além do caráter jurisdicional, um caráter consensual, de forma que seria uma espécie de “jurisdição voluntária”. Isto é, depende da existência de um negócio jurídico livremente pactuado pelas partes, consentindo em submeter o litígio ao juízo arbitral.

Esse negócio jurídico é a convenção de arbitragem, que estabelece um compromisso entre as partes, obrigando-os a utilizar a via arbitral para a solução de eventuais litígios. Ademais, a convenção de arbitragem se manifesta de duas formas, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, sendo a primeira elaborada antes do surgimento do conflito e a segunda após.

Assim sendo, para que uma cláusula compromissória e, portanto, a convenção de arbitragem seja válida, em virtude do caráter consensual da própria arbitragem, assim como os seus princípios, é necessário que as partes tenham com ela consentido.

Ademais, a letra de Lei de Arbitragem, nº 9.307/1996, ao menos em tese, exige que a cláusula compromissória seja estipulada por escrito, como forma de verificar o consentimento das partes para com a convenção de arbitragem.

Não obstante, surgiram diversas teorias sobre a possibilidade de vinculação de partes não signatárias à cláusula compromissória, sob o fundamento de que, ainda que não exista a assinatura escrita na cláusula compromissória, ainda assim existe a possibilidade de uma parte não signatária ter consentido com a convenção de arbitragem.

E uma das mais importantes teorias quanto ao tema da possibilidade de extensão da cláusula compromissória à partes não signatárias é a teoria dos grupos de sociedades, visto que, desde o período pós-guerra, com a expansão do comércio

internacional e, conseqüentemente, da concorrência empresarial, as empresas cada vez mais passaram a organizar-se em forma de grupos de sociedades, verdadeiros grupos econômicos, com o objetivo de atingir um maior grau de eficiência, racionalização de custos e verticalização.

Dessa forma, considerando tanto o aumento da relevância da arbitragem como meio de solução de conflitos, tal como o aumento do número de agrupamentos empresariais, ante à importância da mitigação dos riscos empresariais para a perpetuação das atividades econômicas, surge a necessidade de analisar os aspectos práticos acerca da possibilidade de vinculação de uma empresa não signatária, porém integrante de grupo de sociedades do qual uma de suas sociedades teria anuído com a convenção de arbitragem.

Com isso, o objetivo do presente trabalho é analisar e detalhar os aspectos doutrinários e jurisprudenciais, no âmbito nacional e internacional, utilizados nos casos em que houve, ou não, a extensão da cláusula compromissória à partes não signatárias diante da teoria dos grupos de sociedades.

Busca-se, portanto, com a análise e discussão da doutrina e jurisprudência selecionada, estabelecer um conceito comum em relação às principais vertentes jurisprudenciais, assim como identificar critérios objetivos utilizados pelo judiciário brasileiro, evidenciando as situações nas quais será possível a aplicação da teoria dos grupos de sociedades.

Nesse sentido, as hipóteses do trabalho dissertativo serão investigadas através de pesquisa descritiva do tipo bibliográfica, procurando explicar o tema através da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita; documental, através da análise da legislação nacional; e por meio da análise de casos práticos, em especial a partir de decisões jurisprudenciais, nacionais e internacionais, buscando identificar os parâmetros objetivos utilizados.

Para tanto, o Capítulo 2 fará uma breve apresentação acerca da teoria dos grupos de sociedades, tal como apresentará seu conceito e principais elementos, como forma de contextualizar as discussões jurídicas acerca da cláusula compromissória em seguida.

No Capítulo 3, se tentará traçar um breve panorama acerca dos principais conceitos e princípios jurídicos que envolvem a cláusula compromissória, em vista

de estabelecer os critérios a serem observados quando da possibilidade de sua extensão a partes não signatárias.

Já no Capítulo 4, serão utilizados os conceitos analisados nos capítulos 2 e 3 para a discussão dos principais precedentes internacionais acerca da extensão da cláusula compromissória diante de um grupo de sociedades.

Por fim, o Capítulo 5 irá analisar a teoria dos grupos de sociedades no âmbito brasileiro, tratando do ordenamento jurídico pátrio e analisando o principal precedente nacional, de forma comparativa, aos precedentes e conceitos doutrinários internacionais.

2 TEORIA DOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Devidamente introduzido o presente trabalho, passa-se a realizar uma breve apresentação acerca dos conceitos gerais que caracterizam a teoria dos grupos de sociedades, contextualizando o arcabouço teórico a ser utilizado nas discussões que seguirão.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO GERAL

Grande parte dos contratos celebrados no Brasil e no mundo envolvem a participação de sociedades pertencentes a um grupo, forma de organização societária que cresce, a cada dia, em número e complexidade. Por esse motivo, não é incomum que várias sociedades integrantes de um grupo tomem parte da negociação e execução de determinado contrato o qual teria sido firmado por apenas uma delas, seja por motivos financeiros, tributários ou comerciais.

Caprasso (2003, p. 28) nos demonstra que, ainda, existe a possibilidade de que o contrato em questão seja entabulado por uma sociedade que sequer participou da sua negociação e que não participará de sua execução. Isto é, em sendo um dos polos do contrato ocupado por uma sociedade pertencente a um grupo, nem sempre a execução do contrato será realizado pela sociedade signatária desse contrato. E isso sem que se fale em um viés fraudulento nessa forma de atuação das sociedades integrantes do grupo.

Ao mesmo tempo, a opção feita pelas partes de solucionar eventuais litígios surgidos entre elas por meio da arbitragem vem tornando-se mais frequente. A

arbitragem mostra-se como um meio mais adequado à solução de controvérsias no âmbito comercial e empresarial, ao oferecer vantagens não proporcionadas aos litigantes pelo poder judiciário, como especialidade, sigilo e celeridade. Alguns doutrinadores chegam a afirmar que constitui uma visão obsoleta considerar que as convenções de arbitragem devem ser interpretadas restritivamente por afastar a jurisdição estatal, isto é, por afastar o juiz natural.

A arbitragem não deveria continuar a ser vista como um método alternativo para a solução de conflitos, mas sim como um método mais adequado para certas categorias de disputas, necessário diante do esgotamento da capacidade do poder judiciário. A arbitragem passaria a ser, portanto, o novo juiz natural das sociedades que atuam no comércio internacional, conforme preceitua Hanotiau (2006, p.5).

Assim sendo, diante desse contexto, mostra-se de suma importância o debate a respeito da possibilidade de vincular à convenção de arbitragem sociedade que não teria demonstrado seu consentimento de forma expressa com ela, mas que fazem parte do mesmo grupo de sociedades de que é parte a signatária.

Esse meio de vinculação de sociedades não signatárias a um determinado contrato vem sendo aceito, sob determinadas circunstâncias, de acordo com as especificidades comportamentais das sociedades que se organizam em grupo. Vejamos o que versa Cardoso acerca das especificidades necessárias do grupo para o enquadramento nessa possibilidade de vinculação:

No grupo existe uma realidade dual, composta, de um lado, pela individualidade jurídica de suas integrantes e, de outro, por uma unidade econômica, resultado de uma direção unitária que determina, em maior ou menor grau, o comportamento de cada uma das integrantes do grupo. Essa dinâmica diferenciada gera consequências sobre a forma como as sociedades integrantes do grupo manifestam a sua vontade, o que pode ser determinante para verificar o consentimento de sociedades não signatárias com a convenção de arbitragem”(CARDOSO, 2013, p. 33)

Por conseguinte, há de se sopesar a individualidade jurídica da sociedade não signatária ante o seu comportamento para com o contrato em análise, afim de que, mesmo sem a sua anuência expressa, seja possível identificar o consentimento em relação à cláusula compromissória de arbitragem, possibilitando, assim, a sua extensão, nos moldes exigidos pela Teoria dos Grupos de Sociedades.

2.2 CONCEITO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO GRUPO DE SOCIEDADES

O grupo de sociedades trata de “uma unidade empresarial resultante da organização de diversas sociedades independentes e autônomas do ponto de vista jurídico” (CARDOSO, 2013, p. 33). Observa-se, porém, que os grupos de sociedades estão tomando o lugar da sociedade isolada como principal forma de organização da empresa.

Isso ocorre, pois, um grupo de sociedades oferece uma maior capacidade de atender às exigências da economia globalizada ante uma sociedade isolada, sendo notória a importância de que as empresas estejam em constante atualização e adaptação, sendo mais saudáveis a medida que crescem o seu porte, flexibilizando e diversificando suas linhas de faturamento e exposição a riscos.

Nesse sentido, Munhoz (2008, p. 158) prescreve que os grupos de sociedades se organizam de várias maneiras e possuem diversas faces. Isso dificulta o tarefa da doutrina de estabelecer uma definição jurídica precisa para eles. Não obstante, parece ser incontroverso o reconhecimento de que o elemento central dos grupos societários é a existência de uma direção econômica, ou direção unitária, que leva a uma confusão organizacional e patrimonial entre as sociedades aos interesses de uma sociedade controladora ou aos interesses do grupo como um todo.

No entanto, a definição jurídica da direção unitária ainda é incerta. A dificuldade reside em determinar qual é o nível mínimo de concentração da tomada de decisão empresarial nas mãos de uma sociedade que seria suficiente para caracterizar a existência da direção unitária e, portanto, a relação grupal. Algumas concepções são mais estritas, reconhecendo a existência da direção unitária quando há uma gestão financeira unificada, enquanto outras são mais amplas, que entendem que, além da área financeira, é necessário, para caracterizar o grupo, que exista um poder de direção central sobre alguma outra área funcional das sociedades, de forma que a sociedade isolada perca a sua individualidade econômica.

A diversa quantidade de formas de organização também dificulta o trabalho da doutrina de classificar os grupos. Conforme Comparato (1983, p. 287), em linhas gerais, é possível distinguir entre os grupos de subordinação e os grupos de coordenação. Os grupos de subordinação são unificados pelo controle. Nesses, as sociedades integrantes perdem quase ou totalmente sua autonomia de gestão

empresarial, já que a controladora é a responsável pela tomada das decisões mais importantes, sempre no sentido de alcançar os objetivos do grupo, mesmo que isso signifique sacrificar os interesses individuais das integrantes.

Os grupos de coordenação são dirigidos de forma unitária, mas sem que exista, necessariamente, subordinação de uma sociedade à outra. Ou seja, não há unidade de controle, mas há direção unitária, de forma a harmonizar a política empresarial do grupo e o relacionamento entre as suas integrantes.

Tal classificação não é absoluta, pois pode haver variação nas estruturas organizacionais, nos níveis de concentração de poder e na integração empresarial. Existem grupos altamente centralizados, nos quais uma sociedade tem controle completo sobre as atividades das outras, e existem grupos mais descentralizados, nos quais as sociedades integrantes mantêm boa parte de sua autonomia jurídica e econômica.

Os fundamentos pelos quais as empresas optam por formar grupos de sociedades são, por óbvio, econômicos. Enquanto grupo, o patrimônio societário é constituído por um conjunto de ativos e passivos que podem ser transferidos livremente entre os seus membros e de acordo com os interesses do grupo, resultando na separação entre patrimônio e riscos do negócio.

Sendo assim, o grupo se beneficia das vantagens econômicas da livre transferência de recursos e, ao mesmo tempo, limita a responsabilidade de cada unidade jurídica e patrimonial que o compõe. A organização em grupo permite o comando unificado sobre diferentes patrimônios, concedendo controle e poder sem os riscos e ônus da propriedade. Daí as afirmações no sentido de que os grupos de sociedades são caracterizados pela coexistência, em seu interior, de uma dualidade constituída por diversidade jurídica e unidade econômica, tal como preceitua Comparato (1983, p. 92).

A diversidade jurídica se manifesta através da autonomia jurídica de cada empresa integrante do grupo, enquanto a unidade econômica decorre da centralização das decisões e da concentração do poder empresarial. Essa convivência simultânea de diversidade jurídica e unidade econômica, presente nos grupos de sociedades, não se adequa ao modelo societário tradicional, baseado na personalidade jurídica, na autonomia e na existência de estruturas organizacionais e patrimoniais próprias.

Dessa forma, é necessária a implementação de uma política geral para disciplinar a atividade econômica dos membros do grupo para a caracterização do grupo societário, o que afeta, em maior ou menor grau, a independência das sociedades integrantes.

Da mesma sorte, deve estar estabelecido um poder mais ou menos concentrado, responsável por definir a linha de atuação dos membros do grupo e garantir a obediência a essa orientação. As decisões mais importantes sobre a atuação e vida das sociedades são tomadas pela sociedade dominante, que exerce a direção unitária. As sociedades se tornam peças da estratégia geral, ou seja, são utilizadas para atingir os objetivos do grupo.

Por tais motivos, conforme Munhoz (2008, p. 168-1690, perde a importância o conceito de interesse social, entendido no modelo societário clássico como as diretrizes a serem necessariamente seguidas pelo controlador e administradores da sociedade individual, em seu benefício. Toma o lugar do interesse social uma forma de manifestação de vontade coletiva.

Portanto, quanto mais centralizado o grupo, maior a tendência de que as vontades das suas integrantes se confundirem com a vontade do grupo, expressa pela controladora em busca do interesse comum.

3 ASPECTOS JURÍDICOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Antes que se adentre na discussão acerca dos limites subjetivos da convenção de arbitragem no que tange à teoria do grupo de sociedades, faz-se mister a análise da sistemática jurídica que revolve a cláusula compromissória, a fim de apresentar os princípios e pressupostos jurídicos que a regem e que, consequentemente, tem grande importância para as teorias de extensão dos efeitos da cláusula compromissória à partes não signatárias.

A Lei 9.307/1996, a chamada Lei da Arbitragem, em seu artigo 1º estabelece que: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (BRASIL, 1996).

Assim, preenchidos os requisitos elencados no art. 1º da referida lei, as partes que optem por submeter o seu litígio ao juízo arbitral deverão fazê-lo por meio de convenção de arbitragem. Vejamos: “Art. 3º As partes interessadas podem submeter

a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral” (BRASIL, 1996).

O conceito de convenção de arbitragem, conforme prescreve CÂMARA, é “ato jurídico privado cujo efeito é a instauração da arbitragem” (1997, p. 21). Ato contínuo, conforme depreende-se da análise do art 3º da Lei de Arbitragem transcrito acima, a convenção de arbitragem poderá se manifestar em duas formas, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Não obstante, embora ambos os institutos representem a convenção de arbitragem, guardando similaridades entre si, é necessária que se analisem os seus pontos de divergência.

Isso, pois, enquanto a cláusula compromissória trata de cláusula presente em contrato, definindo-se que em eventual conflito futuro que envolva o objeto daquele contrato será resolvido por via arbitral, o compromisso arbitral exige a existência do conflito.

Assim sendo, o compromisso arbitral é firma após o surgimento do conflito, no qual as partes concordam em submeter a resolução do conflito ao juízo arbitral, enquanto a cláusula compromissória é ajustada e assinada antes mesmo do surgimento do conflito, o qual poderá sequer vir a acontecer.

Anteriormente à promulgação da Lei de Arbitragem, a doutrina nacional, assim como a internacional, debatia-se sobre a efetividade da cláusula compromissória, de modo que, para parte da doutrina, a cláusula compromissória seria privada de sua eficácia até que fosse confirmada por meio de compromisso arbitral, o qual apenas aconteceria, conforme explicitado, após o surgimento do litígio.

Por outro lado, com a ascensão da arbitragem como meio de resolução de litígios no exterior, o Brasil promulga a Lei nº 9.307/1996, disciplinando a arbitragem e seus institutos. Com isso, a discussão acerca da eficácia da cláusula compromissória é superada pela redação do art. 4º da Lei de Arbitragem. Vejamos: “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.” (BRASIL, 1996).

Com essa disciplina normativa acerca da cláusula compromissória, a doutrina passa a atribuir eficácia sem a necessidade de ratificação por compromisso arbitral posteriormente, de modo que, conforme prescreve Carmona, teria como conceito:

negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos negativos em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral (já que, com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros) (CARMONA, 2004, p. 103)

Ainda, o art. 4º da Lei de Arbitragem, estabelece a exigência da forma escrita na cláusula compromissória: “§1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado a que ele se refira.”.

Tal exigência formalista desperta um grande debate em meio à doutrina nacional quanto à necessidade de a cláusula compromissória ser escrita, tal como a assinatura das partes, constituindo elementos (in)dispensáveis de validade do ato jurídico. É nesse sentido o que afirma WALD:

para o conhecimento de uma cláusula compromissória, necessário é, além de estar reduzida a escrito, ter sido o contrato que a contém assinado, ou eventualmente aceito de forma inequívoca por referência em outro documento (WALD, 2004, p. 48-50)

Por outro lado, há também parte da doutrina e jurisprudência que defendem a inexigibilidade de assinatura da convenção da arbitragem como requisito de participação no procedimento arbitral. É o caso da posição do Superior Tribunal de Justiça no julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 856, no qual, apesar de não haver assinatura da convenção, da análise do comportamento da parte identificou-se o consentimento da parte para a instauração da arbitragem. Vejamos trecho do voto do relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

A leitura da contestação revela que a argumentação desenvolvida está centrada na inexistência de concordância expressa sobre a cláusula compromissória. Mas, como demonstrado, houve inequívoca aceitação da convenção arbitral, a tanto equivale a participação da empresa requerida no processo, de acordo com carta que ela própria remeteu contendo suas razões de mérito para defender-se. (BRASIL, 2005)

Portanto, conforme entendimento do STJ no julgado acima, a assinatura da convenção arbitral torna-se prescindível, quando for possível identificar o consentimento das partes à vinculação à cláusula compromissória por meio do seu comportamento.

E é justamente a partir desse entendimento que torna-se possível o surgimento de teorias para a extensão da vinculação à cláusula compromissória a partes não signatárias.

Isso porque, fosse incontroverso que, tanto a forma escrita como a assinatura da cláusula compromissória, conforme prescreve o art. 4º da Lei de Arbitragem, fossem requisitos formais de validade para a cláusula, sem os quais essa não teria qualquer eficácia, jamais poderia haver a extensão da cláusula para uma parte não signatária.

Sob outra perspectiva, utilizando-se de elementos de prova diversos para identificar o consentimento de uma parte à determinada cláusula compromissória, abrangem-se os limites subjetivos da convenção de arbitragem.

Dessarte, passa-se a analisar três importantes princípios aplicados à cláusula compromissória no que tange às suas teorias de extensão, quais sejam: o princípio da autonomia da cláusula compromissória, o princípio da relatividade dos contratos e o princípio da autonomia da vontade.

3.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

O princípio da autonomia da cláusula compromissória é uma das bases fundamentais da arbitragem, havendo sua previsão expressa no art. 8º da Lei 9.307/1996: “Art 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente a nulidade da cláusula compromissória.” (BRASIL, 1996).

Portanto, observa-se que existe uma espécie de distanciamento entre a cláusula compromissória e o contrato no qual está inserida ou relacionada, no que tange à sua validade. Nesses termos, a declaração de nulidade de um contrato, não necessariamente, irá resultar na nulidade da cláusula compromissória nele inserida.

Logo, estando a cláusula compromissória cumprindo todos os requisitos de validade elencados na Lei de Arbitragem, essa permanecerá válida, independentemente da validade e eficácia do contrato que a originou.

Sobre esse assunto afirma Carmona:

As partes, ao encartarem em determinado contrato uma cláusula arbitral, inserem nele relação jurídica diferente, manifestando vontade apenas no que se refere à solução de eventuais litígios pela via arbitral; essa vontade, portanto, não tem ligação (senão instrumental) com o objeto principal do

negócio jurídico (uma compra e venda, uma associação, um contrato de prestação de serviços), de tal sorte que eventual falha que importe nulidade da avença principal não afetará a eficácia da vontade das partes (que permanecerá válida para todos os efeitos) de ver resolvidas suas controvérsias (inclusive aquela relacionada à eventual nulidade do contrato e seus efeitos) pela via arbitral. Consta-se, em outros termos, que a causa do contrato principal é diversa daquela que leva as partes a estipularem a solução arbitral para futuras controvérsias (CARMONA, 2004, p 158-159)

Importante ressaltar que a doutrina internacional compactua com tal entendimento, no qual o princípio da autonomia da cláusula contratual é chamado de *separability* da cláusula compromissória. Vejamos:

O conceito de “*separability*” da cláusula compromissória, é tanto interessante em teoria como útil na prática. Significa que a cláusula compromissória em um contrato é considerada em separa do contrato no qual está inserida, tal como, sobrevive ao fim daquele contrato. De fato, seria inteiramente autodestrutivo se um vício contratual ou uma alegação de que o contrato seria anulável seria suficiente para o fim da cláusula compromissória também; essa é uma das situações nas quais a cláusula compromissória é mais necessária. (BLACKBY, 2015, p. 116)

Com isso, depreende-se que, do princípio da autonomia da cláusula compromissória, deverão considerar-se, para a análise de validade da cláusula, os seus próprios elementos e requisitos, sem que haja a influência do contrato ao qual se refere.

3.2 PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS

O princípio da relatividade dos contratos é inerente ao direito das obrigações e é aplicável a todos os contratos do ordenamento jurídico. É importante salientar que a cláusula compromissória, assim como qualquer outro contrato, também está sujeita a esse princípio e, portanto, só é vinculante para as partes que consentiram com sua inclusão.

Nesse sentido, conforme Caio Mário da Silva Pereira, o princípio da relatividade dos contratos define que:

O contrato somente deverá surtir efeito, ou se eficaz, entre as partes que tenham compactuado neste sentido, significando que aqueles que não tenham interferido na relação contratual de forma direta não poderiam ser, a princípio, alcançados pelos efeitos imediatos do contrato.”(PEREIRA, 2014, p. 15)

Da mesma forma, Born, ao tratar do princípio da relatividade dos contratos, ressalta:

“O princípio de que direitos e deveres de um compromisso arbitral aplicam-se apenas às partes que consentiram é aplicação direta da doutrina do “*privity of contract*”, reconhecida em ambos os ordenamentos jurídicos influenciados pelo *civil* ou *common law*” (BORN, 2015, p. 1450, tradução nossa)

Assim, conforme a doutrina internacional do “*privity of contract*”, tal como os contratos apenas vinculam aqueles que os entabularam, não sendo possível forçar sua aplicação a um terceira que não o consentiu, assim será o princípio da relatividade dos contratos quanto à cláusula compromissória.

Observa-se que a doutrina nacional está em linha com esse entendimento, conforme descreve Wald:

Como a arbitragem repousa nos vínculos contratuais entre as partes e entre estas e o árbitro, seus liames não se manifestam senão entre os contratantes. A legitimidade de parte para o procedimento arbitral, por isso, só se estabelece entre os sujeitos contratuais. A única via de legitimação, ativa ou passiva, para quem queira participar, ou seja, chamado a participar da arbitragem, condiciona-se à própria convenção arbitral. (WALD, 2004, p. 55)

Portanto, em regra, no que tange à arbitragem, o princípio da relatividade dos contratos ratifica os termos do art. 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem, de forma que a cláusula compromissória vincula apenas as partes que a anuíram de forma expressa.

Não obstante, conforme se discutirá mais adiante, tal regra poderá ser flexibilizada para que a cláusula compromissória possa vincular partes que não consentiram expressamente com ela.

3.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da autonomia da vontade, por sua vez, é uma das bases fundamentais para a formação e validade dos contratos. Esse princípio estabelece que as partes envolvidas em um contrato têm a liberdade de negociar e estabelecer as condições do acordo, desde que não violem a lei ou os direitos de terceiros. Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, o contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que é a entidade geradora e, portanto, nasce da vontade livre, segundo princípio da autonomia da vontade. (PEREIRA, 2014, p 21).

Dessa forma, o princípio da autonomia da vontade trata da opção dos indivíduos de fazer as suas escolhas, contratando, escolhendo com quem irão transacionar e o objeto do negócio jurídico.

Assim, é o fato de as partes haverem optado em submeter seus litígios por meio da arbitragem, que assegura a natureza voluntária da arbitragem. Tal como explica Munhoz:

Com efeito, não caberá instaurar-se juízo arbitral senão com o consenso das partes no sentido de sujeitar-se o litígio à decisão definitiva de um juízo particular, extrajudicial, constituído pela vontade das partes interessadas e segundo a convenção celebrada. O instituto da arbitragem está, assim, baseado, fundamentalmente, na vontade das partes. (MUNHOZ, 2008, p. 154-155)

Nesses termos, conclui-se que a arbitragem deve resultar da vontade das partes e não da imposição da lei. Daí, portanto, o enquadramento na expressão “jurisdição voluntária”.

Por conseguinte, advém do princípio da autonomia da vontade a necessidade de identificação do consentimento das partes signatárias para a interpretação da cláusula compromissória.

Vencidas as análises de três dos mais importantes princípios que regem a interpretação da cláusula compromissória, faz-se necessário, para determinar os limites subjetivos da convenção de arbitragem, considerar certos pressupostos. São eles: o caráter consensual da arbitragem e a prescindibilidade do consentimento expresso.

3.4 CARÁTER CONSENSUAL DA ARBITRAGEM

Com a promulgação da Lei de Arbitragem, por meio do seu artigo 31, estabelece-se que a sentença arbitral produzirá, entre as partes, os mesmos efeitos da sentença judicial. (BRASIL, 1996). Portanto, a arbitragem possui, inegavelmente, caráter jurisdicional.

Não obstante, apesar do caráter jurisdicional, conforme depreendeu-se da análise do princípio da autonomia da vontade, trata de espécie de “jurisdição voluntária”, isto é, depende da existência de um negócio jurídico livremente pactuado pelas partes, consentindo em dirimir o litígio sob a apreciação de um juízo arbitral, sem o qual a jurisdição do árbitro inexistente.

Esse negócio jurídico, a convenção de arbitragem, estabelece um compromisso entre aqueles que com ela anuíram, obrigando-os a utilizar a via arbitral para a solução de eventuais litígios, conferindo aos árbitros a autoridade

para julgar as demandas por ela abrangidas, eliminando a possibilidade de recurso ao poder judiciário.

Assim sendo, a arbitragem possui tanto caráter jurisdicional como contratual. Por isso, devido à sua origem contratual, a aplicação da convenção de arbitragem limita-se ao negócio jurídico no qual está inserida, assim como às partes que a consentiram.

Portanto, para uma convenção de arbitragem válida, faz-se necessário que as partes tenham com ela consentido, entendimento que celebra o princípio da autonomia da vontade.

Ressalta-se, porém, que o caráter consensual da arbitragem já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7.

No referido julgamento, o STF analisou a constitucionalidade de certos artigos da Lei de Arbitragem (em especial os artigos 6º, § único, 7º, 41 e 42 da Lei de Arbitragem, que conferem exequibilidade à cláusula compromissória), em relação aos princípios constitucionais da universalidade e da inafastabilidade da jurisdição, com previsão no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. (BRASIL, 2001).

Ato contínuo, analisada a compatibilidade dos artigos supracitados, declarou-se a constitucionalidade dos artigos acima elencados e, assim, da opção de submissão de litígios ao juízo arbitral.

Isto é, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de as pessoas optem por submeter seus litígios à arbitragem, nos casos que versarem exclusivamente sobre direitos patrimoniais disponíveis. O julgado deixou claro, no entanto, que a manifestação de vontade das partes é um dos pressupostos da arbitragem, de modo que apenas manifestado o consentimento é que se poderá afastar a jurisdição estatal. Identificado o consentimento, por conseguinte, de acordo com o entendimento do STF, não há óbice quanto aos princípios da universalidade, inafastabilidade da jurisdição e a garantia constitucional do acesso à justiça, quando os particulares optam por submeter seus litígios ao juízo arbitral.

Dessa sorte, mostra-se incontroverso que, a convenção de arbitragem deve advir da livre manifestação de vontade das partes como requisito de sua validade, vinculando, assim, aqueles que a anuíram.

Na ausência dessa demonstração de consentimento, a convenção de arbitragem é inválida, devendo ser afastada, pois ninguém deverá ser compelido a submeter-se a uma arbitragem. A presença inequívoca da vontade das partes em se submeter ao juízo arbitral é, portanto, indispensável, sob pena de nulidade da sentença arbitral no âmbito nacional, com fulcro nos princípios constitucionais do acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição.

Sendo assim, o caráter consensual da arbitragem, e por consensual entende-se pela existência de consentimento das partes para submissão do litígio ao juízo arbitral, ainda que se trate de um método heterocompositivo, mostra-se como um dos pressupostos jurídicos a serem observados quando da análise dos limites subjetivos da convenção de arbitragem. O fato determinante da condição de parte é, por óbvio, o consentimento.

Logo, um particular não signatário, no exato sentido do termo, não o impede de ser parte no que tange ao contrato no qual se insere a cláusula compromissória, desde que haja o seu consentimento, ainda que não expresso.

No mesmo sentido, a parte não signatária poderá ser vinculada à convenção de arbitragem ainda que não tenha se manifestado expressamente, por escrito, desde que seja possível auferir a sua vontade por meio de atos e comportamentos que demonstrem indubitavelmente o seu consentimento.

3.5 PRESCINDIBILIDADE DO CONSENTIMENTO EXPRESSO

Com o objetivo de aumentar a proteção dos indivíduos e garantir que aqueles que não consentiram não tenham seu direito de acesso à jurisdição estatal prejudicado, a Lei 9.307/1996 estabelece que a convenção de arbitragem deve ser registrada por escrito. De acordo com o §1º do artigo 4º da referida lei, como já apresentado, a cláusula compromissória deve ser expressa por escrito. O artigo 37, II, da mesma lei, exige que a convenção original ou uma cópia autenticada acompanhada de tradução oficial sejam anexados ao pedido de homologação de uma sentença arbitral estrangeira. Os artigos 9º, 10 e 11 também estabelecem requisitos para o compromisso arbitral, incluindo a assinatura de duas testemunhas no caso do compromisso celebrado por escrito particular, todos em prol da segurança dos contratantes. (BRASIL, 1996).

Observe-se, porém, que a Lei de Arbitragem exige que a cláusula compromissória seja celebrada por escrito, mas não exige que seja, obrigatoriamente, assinada pelas partes. Tal conclusão depreende-se da análise do §1º do artigo 4º, combinado com outros dispositivos da mesma lei.

Ato contínuo, o §2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem define, como requisito de eficácia da cláusula compromissória, nos contratos de adesão, a concordância de maneira expressa, ou se tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, com a sua instituição. Tal concordância deverá se dar por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. (BRASIL, 1996).

Daí surge a tese de que, se o legislador optou por não realizar tais exigências quanto aos contratos em geral, que não se encaixam na espécie dos contratos por adesão, à vista da experiência internacional sobre a matéria, entendeu que exigir assinatura ou visto específicos para a pactuação de toda e qualquer convenção de arbitragem não seria compatível com a aplicação do instituto no âmbito comercial, onde não há necessidade de proteção de partes hipossuficientes. (CARMONA, 2004, p. 106).

Nesse sentido, o legislador, portanto, teria passado a exigir a consentimento escrito em contratos de adesão não por entender ser impossível auferir consentimento de outras formas, mas sim devido à existência de uma parte hipossuficiente, no contexto dessa espécie contratual, em regra consumerista, que não necessariamente expressa consentimento à convenção de arbitragem ao assinar o contrato na qual está inserida.

Ademais, a parte final do §1º, do referido artigo 4º, determina que a cláusula compromissória poderá ser inserida no próprio contrato ou em documento apartado, que faça referência a ele. Devido a isso, tem-se admitido que a cláusula compromissória seja pactuada por meio de diversas formas de documentos escritos, tais como documentos eletrônicos, como o e-mail.

Logo, a doutrina prescreve que, para que seja declarada válida a cláusula compromissória, deve ser comprovada a iniciativa de uma das partes com o fim de submeter eventuais litígios decorrentes de determinado negócio jurídico ao juízo arbitral e a aceitação das demais partes, isto é, com a proposta de uma das partes e

a manifestação do consentimento das demais, estando essa última clara o suficiente, por qualquer forma admitida na lei. (CARMONA, 2004, p. 105).

Nota-se, assim, que a Lei de Arbitragem admite a existência de cláusulas compromissórias, ainda que não inseridas nos contratos aos quais referem-se e, dessa forma, mesmo que não haja manifestação expressa de consentimento, ou seja, por escrito, em relação a elas.

Ainda, no âmbito internacional, conforme afirma Cardoso, a Lei modelo para Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional do Comércio) considera convenção de arbitragem escrita: a) aquela contida em quaisquer comunicações eletrônicas, conferindo à expressão “comunicações eletrônicas” uma extensão ampla, para abranger e-mails, telegramas, fax, entre outros; b) aquela declarada em peças processuais, cuja existência não é contestada pela parte contrária; c) aquela celebrada por referência; e d) aquela cujo conteúdo está registrado por qualquer meio, independentemente da forma como foi pactuada, admitindo-se o consentimento tácito em decorrência da conduta das partes. (CARDOSO, 2013, p. 20).

Por tais motivos, nos termos dos dispositivos da Lei 9.307/1996, em especial à parte final do seu artigo 4º, §1º, a expressão “por escrito” deve ser interpretada como qualquer forma que estabeleça um registro da convenção de arbitragem. Com isso, não se faz necessária a anuência expressa das partes em relação à convenção. Em outras palavras, aqueles que não consentiram expressamente com a convenção poderão, mesmo assim, ser vinculadas à ela, desde que apresentem seu consentimento por qualquer outra forma admitida pela lei e jurisprudência, ou seja, expressamente ou tacitamente.

Vale destacar, assim, que ambos o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possuem o entendimento de que não existe a obrigatoriedade de o consentimento das partes em relação à convenção de arbitragem ser expresso para que essa seja válida. Logo, basta que exista o consentimento, manifestado tacitamente.

Exemplificando, o STJ, em posicionamento similar, porém contrário devido às circunstâncias do caso, ao adotado no julgamento da SEC 856, desde vez ao julgar a SEC 866, entendeu que, não havendo documentos assinados em relação à convenção de arbitragem, e por ter havido contestação pela parte, desde o início,

quanto à jurisdição do tribunal arbitral, denegou-se o pedido de homologação da sentença estrangeira, definindo que a participação da empresa requerida no processo arbitral implica a aceitação da convenção de arbitragem, desde que esta não apresenta impugnação sobre a ausência da cláusula compromissória. (BRASIL, 2008). Destaque-se, porém, que, apesar de ter indeferido o pedido de homologação da sentença estrangeira, o posicionamento adotado pelo tribunal está em consonância ao adotado no julgamento da SEC 856, e com o entendimento do STF, manifestado na SEC 6.753-7.

Dessarte, observa-se o posicionamento dos tribunais superiores de forma a favorecer a arbitragem quando for possível aferir a existência de consentimento, o qual não existe quando a parte requerida contesta, desde o princípio, a competência dos árbitros para julgar o litígio. Tal entendimento privilegia o princípio da eventualidade da defesa, visto que, ainda a parte que se opõe à competência do tribunal arbitral tem preservado o seu direito de se defender no próprio processo arbitral, sem que se pressuponha a sua anuência ao procedimento arbitral. Resultado diverso poderia ser encontrado na hipótese na qual a parte que se opõe à competência do juízo arbitral apresentasse pedidos reconvintes. Logo, ante a contradição em relação à oposição à validade da convenção de arbitragem, em face da apresentação de pedidos reconvintes, dessa vez sim, haveria a possibilidade de pressupor o consentimento com a submissão do litígio à arbitragem.

Entende-se, portanto, a partir da análise dos julgados paradigmas acima citados, que a jurisprudência pátria privilegia o consentimento manifestado por meio do comportamento e ações praticadas pelas partes mesmo nas situações que sequer existe cláusula compromissória escrita, caso as circunstâncias fáticas autorizem tal entendimento.

Sendo assim, devido ao caráter consensual da arbitragem, o consentimento do não signatário não se faz suficiente. É necessário o consentimento de todas as partes envolvidas, isto é, cada parte que tenha anuído na submissão dos seus litígios com as demais ao juízo arbitral.

3.6 INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A interpretação da cláusula compromissória, em especial para determinar os limites subjetivos da convenção de arbitragem, utiliza-se de forte influência dos princípios e pressupostos jurídicos apresentados acima.

Com isso, a doutrina se divide quanto à forma de interpretação da cláusula compromissória, entre os que defendem uma visão mais restritiva e aqueles que favorecem uma interpretação mais abrangente.

Parte da doutrina, mais restritiva, entendem que flexibilizar demais a interpretação da cláusula termina por excluir a jurisdição estatal, indo de encontro aos princípios constitucionais da universalidade e inafastabilidade da jurisdição. Logo, apenas a inequívoca e expressa manifestação de vontade das partes estaria apta a submeter um litígio ao juízo arbitral. Isso, pois, afastar a jurisdição estatal deveria ocorrer apenas de forma excepcional e subsidiária, uma vez que afastaria as partes da “jurisdição natural”, a justiça comum. (HANOTIAU, 2006, p. 4).

Por outro lado, o entendimento doutrinário mais moderno, muito em linha com os princípios e pressupostos jurídicos apresentados, aponta para a flexibilização da interpretação da cláusula compromissória, favorecendo a instauração da arbitragem. Vejamos o que versa Hanotiau sobre o assunto:

Com isso, proponho acabar de uma vez por todas com esse princípio obsoleto de interpretação restritiva das cláusulas arbitrais, uma das últimas relíquias da “era do gelo” da arbitragem. Nos Estados Unidos, tribunais reafirmaram por décadas o princípio de que “ambiguidades no espectro de uma cláusula arbitral devem ser resolvidas em favor da arbitragem” (HANOTIAU, 2006, p. 5, tradução nossa)

Não obstante, tanto a interpretação restritiva como a abrangente mostram-se imperfeitas. A primeira, de forma antiquada, considera a arbitragem como exceção à regra, que seria a justiça comum. Já a segunda, por sua vez, ao interpretar a cláusula compromissória sempre a privilegiar a instauração da arbitragem, acaba por desprezar a autonomia da vontade das partes como elemento fundamental da arbitragem que, como já visto, possui caráter consensual. Conforme lecionam Fouchard, Gaillard e Goldman:

É igualmente inapropriado recorrer a um princípio geral de interpretação em “*favorem validitatis*” ou em “*favorem jurisdictionis*”, no qual cláusulas arbitrais são interpretadas de forma extensiva. Embora seja verdade que a arbitragem é, atualmente, um meio normal de resolução de conflitos no comércio internacional, e que cláusulas compromissórias devem, portanto, não ser interpretadas “restritivamente” ou “estritamente”, continua-se perfeitamente válido escolher submeter um litígio internacional ao juízo estatal. Consequentemente, e em contraste com a interpretação legal, não

existe lugar para a lógica do princípio e exceção. Tudo que importa é o consentimento das partes, estabelecido com base nos princípios de interpretação descritos anteriormente. A mera alegação de que a cláusula compromissória existe não irá presumir-se de que essa alegação é com base na virtude de um suposto princípio de "*favorem validitatis*". (FOUCHARD, 1999, p. 261, tradução nossa)

Deste modo, a cláusula compromissória deverá ser interpretada considerando-se, sobretudo, o consentimento das partes, dentro dos limites fáticos, sem potencializá-la ou restringí-la. Dessa sorte, mostra-se incabível a argumentação de que a cláusula compromissória deveria possuir um padrão de consentimento diverso dos demais negócios jurídicos. Da mesma forma, deve-se favorecer uma interpretação que evidencie o respeito ao princípio da autonomia da vontade e, por conseguinte, o caráter consensual da arbitragem.

4 LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM DIANTE DE UM GRUPO DE SOCIEDADES CONFORME PRECEDENTES

Neste momento, vencidas as análises acerca dos princípios e pressupostos jurídicos que envolvem a interpretação da cláusula compromissória, no que tange à determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem, e a apresentação geral da teoria dos grupos de sociedades, está sedimentado o terreno para a discussão de precedentes arbitrais e judiciais nos quais foram determinados os limites subjetivos da convenção de arbitragem diante de um grupo de sociedades. Discussão essa que se mostra fundamental para que se identifique como a teoria dos grupos de sociedades é aplicada na prática.

4.1 JULGAMENTOS CCI Nº 1434 E Nº 2375, DE 1975

Os primeiros precedentes a serem analisados aqui são originários da França, sendo consideradas como paradigmas até os dias atuais.

Os casos nº 1434 e nº 2375 do centro de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI são notáveis por terem sido os primeiros a abordar a questão dos limites subjetivos da convenção de arbitragem em relação a um grupo de empresas. Casos esses que, inclusive, serviram como referência para o famoso e paradigmático caso *Dow Chemical*, que será discutido aqui posteriormente.

O caso CCI nº 1434 tratou do seguinte litígio: a empresa "B" iniciou um processo de arbitragem decorrente de contratos celebrados com certas empresas do

“Grupo A” e com o “Sr. A”, como parte de um conjunto de contratos relacionados a uma empreitada. No entanto, “B” incluiu no polo passivo da arbitragem empresas do “Grupo A” que não haviam assinado os contratos que continham a convenção de arbitragem. (HANOTIAU, 2006, p. 72).

Por conseguinte, da análise do contexto factual, os árbitros concluíram que as empresas não signatárias faziam parte da convenção de arbitragem. Chegou-se a essa conclusão ao observar que as empresas do “Grupo A” eram escolhidas de maneira flexível e sem formalidades para cumprir as obrigações previstas nos contratos. O “Grupo A” determinava a melhor forma de alocar as empresas do grupo para desempenhar as obrigações assumidas com “B”, o que significava que as empresas não signatárias haviam participado ativamente do projeto. Além disso, havia diversas referências ao “Grupo A” nos documentos relacionados ao caso (correspondência e contratos), deixando claro que todo o “Grupo A” havia firmado contratos com “B”, e não apenas as empresas signatárias.

No mesmo sentido, os árbitros constataram a existência de um grupo de sociedades no polo contratual, atuando de forma unificada e em prol dos interesses do grupo, e não de suas próprias vontades individuais. O tribunal entendeu que as empresas do “Grupo A” se comportavam como uma só, havendo direção unitária e uma única vontade voltada para o cumprimento das obrigações perante “B”. Assim, a individualização das empresas do “Grupo A” no contrato não foi considerada relevante pelos árbitros, que entenderam que “B” contratou com todo o “Grupo A”, representado pelo “Sr. A”.

Os ora julgadores destacaram ser comum em negociações com grupos de empresas que o grupo, por motivos internos, confie a execução da operação a uma ou mais empresas, existentes ou a serem constituídas para esse fim específico, e que a contraparte que contrata com o grupo não tem interesse em se envolver nas questões internas do grupo, desde que as obrigações contratuais sejam cumpridas. Portanto, os árbitros afirmaram que nenhuma sociedade do grupo poderia se esconder por trás de uma interpretação literal dos contratos, isolada do contexto, a fim de evitar a aplicação da convenção de arbitragem.

Ao proferirem sua decisão, os árbitros não se limitaram à existência do grupo de sociedades como fundamento. Também considerou-se que algumas sociedades do “Grupo A” deram tacitamente seu consentimento ao participar da execução dos

contratos em questão, sem questionar a existência da convenção de arbitragem neles contidas. O tribunal arbitral deixou claro que apenas as sociedades do “Grupo A” que efetivamente participaram do negócio seriam consideradas partes da convenção de arbitragem. Isso evidencia que os julgadores levaram em conta a personalidade jurídica de cada uma das sociedades do grupo e o consentimento manifestado por cada uma delas. Portanto, as sociedades do grupo que não assinaram o contrato e não se envolveram no negócio não foram consideradas partes, pois não havia como verificar seu consentimento.

O caso CCI nº 2375, por sua vez, trata de litígio no qual a empresa francesa “Y”, anteriormente uma subsidiária da empresa “X”, entrou com um processo de arbitragem em Paris contra duas sociedades do mesmo grupo, a subsidiária espanhola “B” e a controladora “A”, para recuperar valores relacionados a um determinado projeto. No entanto, o contrato que continha a cláusula de arbitragem foi assinado apenas entre as controladoras “X” e “A”. Portanto, as empresa rés “A” e “B” argumentaram a falta de competência do tribunal arbitral em relação às empresas não signatárias “Y” e “B”. (HANOTIAU, 2006, p. 92).

Com o objetivo de determinar sua competência, os árbitros avaliaram os fatos e verificaram que “X” havia reservado sua parte do projeto para “Y”. Além disso, foi encontrada uma carta, relacionada ao contrato, enviada por “B” para “Y”, confirmando que “B” fazia parte do Grupo “A”. Os árbitros também constataram que o capital da sociedade de propósito específico a ser criada para realizar o projeto seria dividido entre “B” e “X” e que a administração da sociedade seria composta por membros indicados por ambos. Por fim, identificou-se que foi acordado que as despesas com os estudos prévios seriam reembolsadas a “Y”.

Com sorte, os árbitros concluíram que as circunstâncias específicas do caso justificavam a priorização da realidade econômica unitária dos grupos. De acordo com a interpretação dos árbitros, as empresas controladoras e controladas de ambos os grupos estavam envolvidas no projeto, de forma que não era possível aplicar a cláusula compromissória apenas às controladoras signatárias. É importante ressaltar que o tribunal considerou a situação das empresas na época dos fatos e, por esse motivo, o fato de “Y” ter deixado de ser subsidiária de “X” não foi um impedimento para reconhecer a relação existente entre as empresas.

4.2 JULGAMENTO CCI Nº 4131, DE 1982 (*Dow Chemical*)

Devidamente analisados os primeiros precedentes de grande relevância sobre a teoria dos grupos de sociedades, os quais influenciaram o julgamento do famigerado caso *Dow Chemical*, talvez um dos mais icônicos precedentes acerca do tema, passa-se à discussão do caso CCI nº 4131.

O julgamento do CCI nº 4131, ocorrido em 1982 em Paris, teve como partes as empresas Isover Saint Gobain e Dow Chemical. Esse caso se tornou um marco no estabelecimento dos limites subjetivos da convenção de arbitragem em casos envolvendo grupos de empresas. A riqueza de informações apresentadas possibilitou aos julgadores explorar vários aspectos factuais e emitir uma decisão fundamentada de forma sólida. (WALD, 2004, p. 33).

Na hipótese, a empresa Dow Chemical Venezuela firmou um contrato com a Isover Saint Gobain, que posteriormente foi transferido para a Dow Chemical A.G., subsidiária da Dow Chemical Company, uma empresa americana. Três anos mais tarde, a Dow Chemical Europa, subsidiária da Dow Chemical A.G., celebrou um segundo contrato com a Isover Saint Gobain. Ambos os contratos continham uma cláusula compromissória. Quando surgiu um conflito, a Dow Chemical A.G., Dow Chemical Europa (signatárias dos contratos), Dow Chemical França e Dow Chemical Company notificaram a Isover Saint Gobain para iniciar um processo de arbitragem. No entanto, a Isover Saint Gobain alegou que o tribunal arbitral não tinha competência quanto às empresas Dow Chemical França e Dow Chemical Company e solicitou que os pedidos apresentados fossem indeferidos devido à falta de interesse da Dow Chemical A.G. e Dow Chemical Europa.

Os árbitros avaliaram a sua própria competência com base nas circunstância do caso em questão e, sobretudo, na análise da vontade das partes, que foi inferida a partir do comportamento delas durante a negociação, execução e rescisão dos contratos em questão, bem como durante o processo arbitral.

O tribunal arbitral examinou todos os documentos relacionados ao caso, incluindo os contratos e correspondências, e constatou que eles previam que as entregas acordadas poderiam ser feitas pela Dow Chemical França ou qualquer subsidiária da Dow Chemical Company. Isso significa que não havia uma especificação formal quanto às empresas do grupo responsáveis pela execução dos contratos. Ademais, os árbitros observaram que a Dow Chemical França havia

cumprido as entregas previstas nos contratos e se correspondia frequentemente com a Isover Saint Gobain, referindo-se ao contrato como sendo do Grupo Dow Chemical, sem mencionar sociedades específicas do grupo. Embora a Dow Chemical França não tenha assinado os contratos que resultaram no litígio, desempenhou um papel fundamental nas negociações, execuções e rescisões deles.

Ademais, verificou-se que a Dow Chemical Company era a empresa que mantinha a maioria das comunicações com a Isover Saint Gobain; que foi a Dow Chemical Company que negociou efetivamente os termos dos contratos em questão; e que as relações contratuais não poderiam ter sido estabelecidas sem a participação da Dow Chemical Company, visto que não havia qualquer contrato firmado para o uso das marcas que seriam utilizadas nos produtos fornecidos nos termos dos contratos, e a proprietária dessas marcas era a própria Dow Chemical Company.

Com isso, o tribunal arbitral concluiu que o grupo Dow Chemical operava como um grupo unificado, com a empresa controladora distribuindo as tarefas necessárias para a execução dos contratos conforme os interesses do grupo e exercendo um controle absoluto sobre todas as subsidiárias envolvidas no negócio. Os árbitros afirmaram que, apesar da existência de personalidade jurídica distinta para cada integrante do grupo, a entidade econômica resultante era única e que essa realidade deveria ser considerada pelo tribunal ao decidir sobre sua competência.

Somado a isso, o tribunal arbitral considerou irrelevante, tanto para o grupo Dow Chemical como para a Isover Saint Gobain, quais sociedades da Dow Chemical eram as signatárias dos contratos, já que todas as sociedades do grupo envolvidas no negócio se comportaram como verdadeiras partes contratantes. Ademais, o tribunal se convenceu de que a Isover Saint Gobain celebrou contrato com o grupo Dow Chemical como um todo e não com sociedades específicas do grupo, havendo, portanto, consentimento de todos os envolvidos em submeter à arbitragem os litígios surgidos entre eles.

Portanto, declarou-se o entendimento de forma que a convenção de arbitragem, da qual algumas empresas do grupo foram signatárias, deveria vincular as outras empresas que participaram na negociação e execução dos contratos, visto

que, segundo o acordo de todas as partes envolvidas, elas eram verdadeiras partes dos contratos. Posteriormente, em 21 de outubro de 1983, a Corte de Apelação de Paris rejeitou o recurso apresentado pela Isover Saint Gobain, que buscava a anulação da sentença arbitral, mantendo a decisão dos árbitros considerada pertinente e livre de contradições.

4.3 JULGAMENTOS CCI Nº 4402, DE 1984, E Nº 4504 DE 1985-1986

Desta vez declarando que as sociedades não signatárias não eram partes da convenção de arbitragem firmada por sociedades do mesmo grupo societário, na contramão dos casos acima analisados, porém com entendimento coerente, analisam-se os casos CCI nº 4402 de 1984 e nº 4504 de 1985-85.(HANOTIAU, 2006, p. 56 e 70).

No primeiro caso, nº 4402, os árbitros do tribunal arbitral rejeitaram a inclusão da sociedade controladora à cláusula compromissória assinada pela sociedade subsidiária, especificamente criada para o projeto que originou a disputa. Em sua decisão, enfatizaram que a arbitragem é uma forma de jurisdição especial e que a convenção de arbitragem deve ser consignada em documento escrito e assinada pelas partes envolvidas. Sem consentimento expresso por escrito, não pode haver submissão à jurisdição arbitral. Portanto, a controladora, por não ser signatária, não era parte. No caso CCI nº 4504, embora os árbitros tenham reconhecido o envolvimento da sociedade não signatária na execução do contrato, decidiram que isso não era suficiente para incluí-la na cláusula compromissória assinada por outra sociedade do mesmo grupo.

É importante notar que, apesar da necessidade de consentimento expresso e por escrito para que se tenha uma convenção de arbitragem válida, as decisões nos casos acima relatados foram corretas. A criação de uma subsidiária especialmente para atuar no projeto que originou a disputa sugere a vontade da controladora de não se envolver diretamente no projeto. Além disso, a mera interferência de uma sociedade na execução do contrato firmado por outra integrante do mesmo grupo não pode, por si só, autorizar a vinculação da sociedade não signatária à convenção de arbitragem, a menos que outros elementos do caso indiquem o seu consentimento. Quando o comportamento das sociedades envolvidas e os documentos referentes ao caso não permitem aos julgadores determinar, de forma

segura, o consentimento tácito das não signatárias com a convenção de arbitragem, a sua vinculação não poderá ser admitida. O consentimento é imprescindível para que a jurisdição estatal seja afastada e mesmo o consentimento tácito deve ser reconhecido pelos julgadores a partir de elementos do caso concreto.

4.4 JULGAMENTO *SOCIÉTÉ SPONSOR A.B. vs. LESTRADE*

O próximo precedente analisado é ulterior ao julgamento do caso Dow Chemical, sendo o caso *Société Sponsor A.B. vs Lestrade*, com decisão da Corte de Apelação de Pau, de 26 de novembro de 1986. (HANOTIAU, 2006,p. 55).

A controladora do grupo sueco Sponsor, a sociedade Sponsor AB, fechou um negócio com o grupo francês Lestrade para adquirir duas de suas empresas. Para isso, a sociedade Sponsor AB criou uma subsidiária francesa chamada Sponsor S.A., que se tornou a proprietária de 80% do capital das empresas negociadas. Em seguida, a Sponsor S.A. firmou um contrato com o grupo Lestrade que continha uma cláusula compromissória, garantindo a promessa de compra das ações restantes das empresas.

Quatro anos após a negociação, o grupo Lestrade contactou a subsidiária Sponsor S.A. para a compra das ações remanescentes. Como não obteve resposta da subsidiária, o grupo Lestrade notificou tanto a Sponsor S.A. quanto sua controladora, a Sponsor AB, para que iniciassem uma arbitragem com o intuito de resolver a questão. Como ambas as empresas continuaram a não responder, o grupo Lestrade recorreu ao judiciário francês para nomear árbitros e dar início à arbitragem. A Sponsor AB, por sua vez, apelou para a Corte de Apelação de Pau, em oposição à jurisdição arbitral.

A Corte de Apelação de Pau aplicou o entendimento consolidado no Caso Dow Chemical para decidir que a controladora Sponsor AB teve um papel ainda mais importante do que a subsidiária Sponsor S.A. no negócio de aquisição das empresas do grupo Lestrade. A Corte afirmou que a Sponsor AB havia criado a subsidiária com o único propósito de adquirir as empresas e desempenhara um papel relevante em todo o processo, desde a assinatura do contrato de compra até o descumprimento do acordo. Além disso, a Corte enfatizou que, apesar das empresas do grupo terem personalidades jurídicas distintas, sua realidade econômica única deveria ser considerada.

Conforme detalha Fouchard, a decisão advinda da mera existência do grupo, presumindo-se, por isso, o consentimento das partes para com a cláusula compromissória, gerou diversas críticas doutrinárias. Em suas palavras:

Com essa decisão, a Corte foi, sem dúvidas, longe demais. Não pode existir regra geral de que uma convenção de arbitragem assinada por uma ou mais sociedades de um grupo pode ser estendida a outras sociedades do mesmo grupo. A extensão de cada convenção de arbitragem, ao revés, depende da vontade das partes, a qual apenas pode ser deduzida de todas as circunstâncias do caso (FOUCHARD, 1999, p. 288, tradução nossa)

Isto é, segundo a doutrina, não haviam elementos factuais em meio as relações contratuais das empresas Lestrade, Sponsor S.A. e Sponsor AB que permitissem entender a existência de consentimento da Sponsor AB quanto à convenção de arbitragem entabulada entre Lestrade e Sponsor S.A.. Nesse sentido, a simples participação de uma sociedade que não assinou o acordo em um negócio celebrado por outra sociedade do mesmo grupo não pode ser suficiente para que ela seja obrigada a participar de um processo de arbitragem. É necessário que haja consentimento de todas as partes envolvidas, incluindo a sociedade não signatária que se pretende incluir na arbitragem.

Aparentemente, não há consentimento da controladora Sponsor AB para ser vinculada à arbitragem no caso em questão. A análise indica que a participação da controladora Sponsor AB no negócio foi limitada à criação da subsidiária Sponsor S.A. para firmar o contrato com Lestrade. Não há registro de intervenção da controladora Sponsor AB nos negócios da Sponsor S.A. com Lestrade após a assinatura do contrato. Não é possível afirmar a existência de uma unidade econômica entre as sociedades para alcançar objetivos comuns. O papel de Sponsor S.A. foi claramente separado do papel da controladora Sponsor AB, e Lestrade estava ciente disso. Ao criar uma subsidiária para adquirir ativos, uma sociedade geralmente utiliza esse mecanismo para evitar celebrar o contrato ela própria. A vontade da controladora Sponsor AB não pode ser desrespeitada, pois foi conhecida e aceita pela parte contrária. (CAPRASSE, 2003, p. 363).

Portanto, o requerimento de arbitragem apresentado por Lestrade em face de Sponsor AB foi ilegítimo, tal como as decisões dos árbitros de vincular uma sociedade não signatária à convenção de arbitragem, no caso concreto, foi equivocada. Essa decisão desconsidera a exigência de consentimento para a

renúncia da jurisdição estatal e desrespeita a personalidade jurídica distinta das sociedades que compõem o grupo.

As empresas que se unem em grupos obtêm vantagens econômicas, conforme já foi mencionado. Ao formarem um grupo, ocorre uma separação entre o patrimônio e os riscos dos negócios, possibilitando que o grupo usufrua das vantagens econômicas da transferência livre de recursos e, ao mesmo tempo, limite a responsabilidade a cada unidade patrimonial e jurídica que o compõem. Essa organização garante a centralização do comando sobre diversos patrimônios, sem os riscos e custos da propriedade. Portanto, em determinados casos e circunstâncias, é importante que prevaleça a individualidade das sociedades do grupo, caso contrário, os motivos pelos quais as empresas se organizam em grupos serão esvaziados, como ocorreu no caso em questão.

4.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS ACERCA DOS ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS ANALISADOS

Os precedentes analisados congregam uma série de importantes aspectos a serem utilizados para a determinação, na prática, dos limites subjetivos da cláusula compromissória em face de um grupo de sociedades. É importante considerar a estrutura e o conteúdo dos contratos, bem como os documentos relacionados e o comportamento das sociedades envolvidas, durante a contratação, execução e rescisão do contrato. O reconhecimento de um grupo de sociedades mostra-se um fator determinante, pois sua existência indica direção unitária e unidade econômica.

Em geral, a vontade manifestada é a do grupo e não de uma sociedade isolada. Por exemplo, em grupos de subordinação, as decisões são centralizadas pela controladora, com o objetivo de atender aos interesses do grupo, mesmo que isso signifique sacrificar os interesses das sociedades integrantes. Quanto mais centralizado o grupo, mais fácil é identificar a vontade unificada e o consentimento das sociedades não signatárias com a convenção de arbitragem.

Por conseguinte, apenas a existência de um grupo de sociedades não é suficiente para definir os limites subjetivos da convenção de arbitragem. (CAPRASSE, 2003, p. 364). A presença de uma sociedade não signatária no grupo não pode ser presumida como uma adesão à convenção de arbitragem firmada por outras sociedades.

Entretanto, a existência do grupo pode facilitar a identificação das partes da convenção, uma vez que há uma tendência de haver uma única vontade direcionada para objetivos comuns. A sociedade não signatária só será parte da convenção de arbitragem se aderir à vontade do grupo de se submeter à arbitragem. (MUNHOZ, 2008, p. 164).

Nesse sentido, a existência de consentimento das outras sociedades do grupo e outros elementos do caso concreto são cruciais para determinar se a não signatária aderiu à vontade do grupo e, portanto, pode ser vinculada à convenção de arbitragem. Os julgados analisados declararam como partes somente as sociedades não signatárias do grupo que se envolveram na execução dos contratos, além de outros elementos do caso concreto que convenceram os julgadores da existência de consentimento. (WALD, 2004, p. 36).

Salienta-se que a convenção de arbitragem não pode ser estabelecida unilateralmente. O consentimento de uma sociedade não é suficiente para torná-la parte da convenção de arbitragem. É necessário que as outras sociedades envolvidas no negócio também a considerem parte. (CAPRASSE, 2003, p. 339).

Quando um grupo de sociedades está presente em um dos polos da relação contratual, é preciso deixar claro que a parte contratante está lidando com o grupo como um todo e não com uma sociedade individualmente. Portanto, o pedido de uma sociedade não signatária para ser incluída na arbitragem deve ser avaliado da mesma forma que o pedido de uma sociedade signatária para incluir uma não signatária. Não é mais fácil determinar o consentimento nesses casos. A manifestação de consentimento da sociedade não signatária não será útil se não puder ser comprovado que a outra parte a considerou parte da convenção de arbitragem. (CAPRASSE, 2003, p. 360).

Ademais, observe-se, ainda, o desempenho de papel relevante por parte não signatária durante as fases de contratação, execução e rescisão do contrato não é suficiente para considerá-la como parte, pelos mesmos motivos já expostos anteriormente: não é possível aferir consentimento a partir desse fato isolado. É importante destacar que a doutrina nacional já se posicionou em sentido contrário, afirmando que, na presença de um grupo de sociedades, o papel ativo da não signatária nas negociações ou na execução do contrato com cláusula compromissória seria suficiente para vinculá-la à arbitragem. (CAPRASSE, 2003, p.

345). No entanto, de acordo com os precedentes analisados, tais aspectos apenas constituem indícios da existência de consentimento e não justificam a vinculação se não puder ser aferido diante de outros aspectos do caso concreto.

Por fim, nota-se que a delimitação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem em um contexto de grupo de sociedades não visa punir as não signatárias por atos fraudulentos ou garantir a execução da sentença arbitral. (CAPRASSE, 2003, p. 365). A sua finalidade é simplesmente garantir a participação no processo arbitral de todas as sociedades que, embora não tenham manifestado consentimento expresso, são partes da convenção, independentemente de ocuparem o polo ativo ou passivo do procedimento. O caso Dow Chemical, que constitui o precedente mais importante na matéria, é um exemplo disso, pois as não signatárias, integrantes do grupo de sociedades, estavam no polo ativo da arbitragem.

É notório, porém, que algumas das decisões analisadas não seguiram o entendimento mencionado anteriormente. Um exemplo disso é o caso *Société Sponsor A.B. vs. Lestrade*, que é criticado por fundamentar a vinculação de uma sociedade não signatária à convenção de arbitragem firmada por outras sociedades do grupo exclusivamente na existência do grupo. Nesse caso, o consentimento das não signatárias e a individualidade jurídica das sociedades que integram o grupo não foram considerados adequadamente pelos julgadores. No entanto, também foram examinados casos em que a vinculação à arbitragem das não signatárias envolvidas foi negada de forma correta, devido à falta de elementos suficientes para determinar seu consentimento, a exemplo dos casos CCI nº 4402 e 4504..

5 TEORIA DOS GRUPOS DE SOCIEDADES E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Devidamente analisados os principais precedentes jurisprudências internacionais quanto à determinação dos limites subjetivos da cláusula compromissória, faz-se mister voltar a atenção à disciplina da teoria dos grupos econômicos no âmbito nacional.

5.1 GRUPOS DE SOCIEDADES DE ACORDO COM A LEI Nº 6.404/1976

A legislação brasileira que trata dos grupos de sociedades é a Lei nº 6.404/1976, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas. Os capítulos XX e XXI dessa lei tratam, respectivamente, dos grupos de fato e dos grupos de direito. Embora esses termos não sejam utilizados na lei em si, são conceitos relevantes para a compreensão da disciplina dos grupos estabelecida pelo legislador. (COMPARATO, p. 94).

O cerne da abordagem dos grupos de fato está no artigo 245 da Lei nº 6.404/1976. Nota-se que, nesse dispositivo, a lei nem mesmo menciona a palavra "grupos". O que o legislador utilizou como critério para reconhecer a figura descrita no artigo 245 é a presença de coligação e controle. Vejamos:

Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo. (BRASIL, 1976)

Esse tipo de conjunto de empresas é definido pela total independência e autonomia das sociedades que o compõem. Não é permitida a subordinação dos interesses de uma empresa aos interesses de outra ou às diretivas emanadas por outra empresa. Dessa forma, a lei estabelece uma forma de proteção para as empresas controladas ou coligadas contra atos de abuso de poder.

Com isso, da análise do artigo 245, transcrito acima, observa-se que a atuação do grupo com unicidade, em que as sociedades trabalham em benefício do interesse geral ou da controladora, em detrimento de seus próprios interesses individuais, é totalmente proibida. A lei valoriza a dupla autonomia, jurídica e econômica, de cada sociedade, mesmo na presença de coligação ou controle acionário. A lei também estabelece que os administradores são responsáveis perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados em violação ao artigo 245. Além disso, o artigo 246 prevê a responsabilidade da sociedade controladora por abuso de poder. Vejamos: "A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117." (BRASIL, 1976).

Observa-se, assim, que no ordenamento jurídico brasileiro, as empresas que integram grupos de fato são tratadas da mesma maneira que as empresas

individuais. Apesar de pertencerem a um grupo, cada sociedade mantém sua independência e autonomia.

Como já mencionado, é inerente à natureza de um grupo de empresas a existência de subordinação de interesses. No entanto, a lei brasileira estabelece a primazia da independência e autonomia de cada sociedade do grupo, sem qualquer subordinação. Devido a esse afastamento da realidade econômica, muitas empresas organizadas em grupos sob a legislação brasileira não cumprem essa determinação legal. Assim, é possível encontrar grupos de fato nos quais o titular do poder de controle não se contenta em exercê-lo de forma isolada em cada sociedade controlada, mas busca coordenar as sociedades por meio da influência em suas respectivas administrações e seguindo uma estratégia unificada para o conjunto de sociedades. (MUNHOZ, 2008, p. 169).

Os grupos de direito, a seu turno, são disciplinados pelos arts. 265 a 277 da Lei nº 6.404/76. Eles consistem em um conjunto de sociedades vinculadas umas às outras com o objetivo de combinar recursos ou esforços para alcançar objetivos comuns. O art. 265 permite a criação de grupos de sociedades pela sociedade controladora e suas controladas, por meio de uma convenção que as obrigue a combinar recursos ou esforços para alcançar seus objetivos, ou a participar de atividades ou empreendimentos em conjunto. Existem duas espécies de grupos de direito: de subordinação e de coordenação, sendo que o controle é o elemento unificador do primeiro e a direção do segundo. (COMPARATO, 1976, p. 95).

O grupo de direito é formado por meio de uma convenção aprovada pelas assembleias gerais de todas as suas integrantes e segue, em linhas gerais, os mesmos princípios de registro e publicidade aplicáveis às sociedades por ações. A convenção do grupo equivale ao estatuto do grupo de direito e estabelece as normas básicas de constituição, administração e extinção, de acordo com os artigos 269 a 271 da Lei nº 6.404/76. Somente esse conjunto de sociedades tem permissão legal para usar a designação de "grupo de sociedades" ou simplesmente "grupo". (BRASIL, 1976).

O grupo pode ter uma administração própria, com órgãos colegiados e diretores, cabendo a representação de cada sociedade integrante aos seus respectivos órgãos. Conforme os arts. 272 a 274 da Lei das Sociedades Anônimas, os administradores de cada empresa podem ficar subordinados aos administradores

do grupo, desde que não contrariem a lei e não violem a convenção do grupo, observando a orientação geral estabelecida. Assim, a lei permite a retirada da autonomia das sociedades controladas, fazendo com que sua atividade empresarial seja exercida conforme o interesse do grupo ou da controladora. (COMPARATO, 1976, p. 99).

Acontece que, embora o grupo de direito possa ser formado com o objetivo de realizar empreendimentos em conjunto, a Lei nº 6.404/76, em seu artigo 266, determina que cada sociedade mantenha sua personalidade jurídica e patrimônio distintos. Com isso, não possuindo personalidade jurídica própria, o grupo de direito não presume responsabilidade solidária entre as empresas do grupo. (COMPARATO, 1976, p. 105-106). Essa autonomia jurídico-patrimonial é incompatível com a natureza e a estrutura dos grupos, sendo um dos problemas apontados pela doutrina a falta de proteção aos sócios ou acionistas minoritários não controladores, garantida apenas no momento de criação do grupo, quando lhes é concedido o direito de saída. (MUNHOZ, 2008, p. 175).

Por conseguinte, a disciplina legal dos grupos de direito, aliada às poucas vantagens que oferece e à sua criação facultativa, torna essa forma de organização societária pouco atraente para os empresários. Além disso, a autonomia jurídico-patrimonial das empresas integrantes do grupo, aliada à falta de proteção aos sócios ou acionistas minoritários, fazem com que essa disciplina seja pouco utilizada na prática. Esses fatores contribuem para que a regulamentação dos grupos de direito acabe sendo ignorada no nosso ordenamento jurídico. (CARVALHOSA, 1998, p. 262).

5.2 LIMITES SUBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM RELAÇÃO A GRUPOS DE FATO E GRUPOS DE DIREITO

Conforme exposto, os grupos de fato são caracterizados pela completa independência e autonomia das sociedades que os compõem, sem que sejam subordinadas aos interesses ou diretivas de outras sociedades. A organização desses grupos não deve ser feita em detrimento do interesse individual de cada sociedade, e a lei privilegia a individualidade econômica e jurídica nesses casos. Não é permitido que os grupos de fato tenham unidade econômica e direção unitária, que resultariam na conformidade das vontades e comportamentos das

sociedades que compõem o grupo com a vontade e comportamento do grupo como um todo.

Fato é que as características próprias do grupo de sociedades, como a unidade econômica e direção unitária, facilitam a tarefa dos julgadores de identificar o consentimento das sociedades envolvidas com a convenção de arbitragem. Nesse sentido, a teoria do grupo de sociedades não é aplicável em arbitragens que envolvam grupos de fato organizados conforme os mandamentos da Lei nº 6.404/76, que confere às sociedades organizadas dessa forma o mesmo tratamento jurídico conferido às sociedades individuais. Identificar um grupo de fato não auxiliará os julgadores na determinação do consentimento das sociedades envolvidas.

Por outro lado, a situação quanto aos grupos de direito poderia ser diferente, uma vez que a lei permite a criação de uma dinâmica na qual cada sociedade trabalha em prol do interesse geral ou da controladora para alcançar objetivos comuns, em detrimento do seu interesse individual. No grupo de direito, é estabelecida uma relação de subordinação ou dependência, sob a direção única do grupo, exercida pela controladora. No entanto, os grupos de direito não são encontrados na realidade empresarial brasileira, o que nos leva a observar a modalidade utilizada na prática, que são os grupos de fato. (CARVALHOSA, 1998, p. 267).

Não obstante, as empresas organizadas em grupo têm por natureza uma relação de subordinação de interesses. Isso resulta em um descumprimento flagrante da lei brasileira que estabelece a independência e a autonomia sem qualquer subordinação. Em muitos casos, as empresas integrantes dos grupos de fato apresentam unidade econômica e seguem uma política uniforme estabelecida pela controladora. Isso significa que, mesmo em grupos de fato, há algum grau de subordinação dos interesses das sociedades controladas aos interesses do grupo, embora a Lei nº 6.404/76 não considere essa realidade.

Isto é, na realidade, o ora julgador pode se deparar com estruturas que, embora constituídas como grupos de fato, apresentam elementos característicos de uma organização grupal, como unidade econômica e direção unitária. Apesar de a Lei das Sociedades Anônimas não reconhecer a unidade econômica do grupo sobre a individualidade jurídica de suas partes e a existência de uma direção unitária no âmbito do grupo, o julgador pode identificar esses aspectos no caso concreto

quando se deparar com grupos que, apesar de se organizarem como grupo de fato, funcionam como um verdadeiro grupo de sociedades.

Portanto, caso seja constatada a existência de unidade econômica e direção unitária em um grupo, independentemente da nomenclatura utilizada, o julgador poderá levar em conta esses aspectos a fim de determinar a verdadeira vontade das sociedades envolvidas. Ao identificar o consentimento dessas sociedades não signatárias à convenção de arbitragem, sua posição como parte poderá ser reconhecida. Portanto, conclui-se que a aplicação da teoria dos grupos de sociedades à arbitragem é viável, mesmo diante da Lei nº 6.404/76.

5.3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO INSTRUMENTO PARA VINCULAÇÃO DE NÃO SIGNATÁRIOS À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Parte da doutrina propõe a adoção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica objetiva, que considera a desconsideração da personalidade jurídica apenas quando há confusão patrimonial evidente decorrente da existência de um grupo de fato. Isso permitiria que sociedades não signatárias, mas pertencentes ao grupo de sociedades, fossem vinculadas à convenção de arbitragem celebrada por outras sociedades do grupo. (MUNHOZ, 2008, p. 175).

Ressalta-se que o grupo de fato se caracteriza pela independência e autonomia de suas empresas integrantes, não sendo permitido pela lei a subordinação de uma empresa aos interesses de outra ou às diretrizes de uma controladora. A legislação privilegia a individualidade econômica e jurídica das empresas em um grupo de fato. No entanto, na prática, a independência entre as empresas do grupo de fato é inexistente na maioria dos casos. Há uma unidade econômica entre as empresas e uma política uniforme estabelecida pela controladora para ser observada por todas as empresas do grupo.

O objetivo do reconhecimento da personalidade jurídica é, assim, conceder autonomia patrimonial à sociedade e limitar ou suprimir as responsabilidades individuais. A separação patrimonial é vista como a razão para a criação da pessoa jurídica. Contudo, nos grupos de sociedades, a descaracterização da autonomia da pessoa jurídica, tanto patrimonial quanto organizacional, é inerente à sua natureza. A organização em grupo converte os patrimônios das diversas sociedades integrantes

em uma massa que flui livremente entre elas e é usada como um instrumento para atender aos interesses do grupo, que são diferentes dos interesses individuais.

Nesse sentido, a utilização do patrimônio de cada sociedade membro como instrumento da estratégia grupal afeta o princípio da autonomia patrimonial e pode gerar desvio de função. Em situações em que não há separação patrimonial, limitação de responsabilidade e um centro de interesses autônomo, como é o caso dos grupos de fato, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada em razão do desvio de função do instituto, sem que seja necessário comprovar a existência de dolo ou culpa. (COMPARATO, 1983, p. 284).

Através da aplicação da abordagem objetiva da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, os árbitros teriam a capacidade de vincular as sociedades integrantes de um grupo à convenção de arbitragem, ultrapassando a personalidade jurídica autônoma que, dentro do grupo, não pode ser aplicada completamente devido ao aspecto econômico unitário. Portanto, esse seria um instrumento útil que permitiria o reconhecimento da unidade econômica presente no grupo, mas que foi negligenciada pelo legislador.

Acontece que aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica apenas para vincular não signatários à convenção de arbitragem não é justificável, pois os julgadores podem reconhecer a qualidade de parte das não signatárias que consentiram com a convenção. O grupo, por si só, é um forte indício de convergência da vontade das sociedades integrantes em submeter litígios à solução via arbitragem, facilitando a tarefa dos julgadores de identificar a vontade das partes. Desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades integrantes do grupo para assegurar a efetividade do procedimento arbitral é desnecessário. A efetividade será alcançada quando os julgadores puderem identificar as verdadeiras partes da convenção de arbitragem e permitir sua participação no processo.

Dessa forma, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos grupos de sociedades deve ser restrita a situações em que a existência do grupo prejudica os credores das sociedades integrantes. Isso significa que a desconsideração deve ser considerada apenas durante a execução das obrigações das partes, se necessário. Por exemplo, se a controladora do grupo administra os recursos e resultados das sociedades integrantes em prol dos objetivos do grupo, mas essa indisponibilidade afeta a capacidade das sociedades de honrar seus

compromissos, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada. Esse procedimento permite que os credores tenham acesso ao patrimônio do grupo e compensa a ausência de solidariedade entre as sociedades integrantes do grupo. Não obstante, a desconsideração da personalidade jurídica, como medida para garantir a execução da sentença arbitral, é de competência do poder judiciário, e não dos árbitros. (CARVALHOSA, 1998, p. 266-277).

5.4 LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM DIANTE DE UM GRUPO DE SOCIEDADES DE ACORDO COM A LEI nº 9.307/1996

Conforme analisou-se na terceira parte deste trabalho, quando da discussão dos aspectos jurídicos da cláusula compromissória, de acordo com a Lei de Arbitragem brasileira, é necessário que a convenção de arbitragem seja redigida por escrito, mas não é obrigatório que o consentimento das partes seja expresso e assinado. Dessa forma, é possível que o consentimento seja implícito e inferido a partir do comportamento das partes e de outros aspectos do caso. Nesse sentido, as empresas que fazem parte de um grupo de empresas, mesmo que não tenham assinado a convenção de arbitragem, podem ser consideradas partes se consentirem implicitamente com ela e se as outras partes envolvidas também consentirem. Isso está de acordo com a Lei de Arbitragem brasileira, uma vez que todos os requisitos necessários para uma convenção de arbitragem válida, como forma escrita e consentimento, são atendidos. (TEPEDINO, 2011, p. 24).

Ademais, a Lei de Arbitragem, no mesmo capítulo, regula tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral, que são duas modalidades de convenção de arbitragem, conforme também já detalhado no presente trabalho. Ambas têm a capacidade de afastar a jurisdição do Estado e obrigar as partes envolvidas a submeterem disputas relacionadas a elas a um tribunal arbitral. No entanto, essas modalidades são empregadas em contextos distintos.

Ao incluir uma cláusula compromissória em um contrato, as partes concordam em resolver, por meio de arbitragem, quaisquer disputas futuras que possam surgir entre elas, relacionadas ao contrato acordado. A cláusula compromissória é de grande importância quando se discutem os limites subjetivos da convenção de arbitragem, pois se refere a conflitos incertos e futuros. Isso, pois, outros indivíduos podem se envolver na relação jurídica durante a execução do contrato e, se

consentirem com a cláusula compromissória previamente acordada, serão vinculados a ela.

Ato contínuo, ao firmar um compromisso arbitral, as partes visam resolver um litígio específico que já existe, por meio da arbitragem. Diferentemente da cláusula compromissória, nas situações em que as partes celebram um compromisso arbitral, é menos provável que haja partes não signatárias, pois as partes envolvidas geralmente são identificadas no compromisso. (CARMONA, 2004, p. 103).

Mesmo que haja discussões acerca da possibilidade de vincular uma sociedade não signatária ao compromisso arbitral, com base no fato de pertencer ao mesmo grupo de sociedades das signatárias, tal vinculação não deverá ser permitida. Se o litígio já estiver em andamento antes da celebração do compromisso, é perfeitamente possível que as partes estabeleçam quem deve participar da arbitragem futura. Se, por algum motivo, uma sociedade pertencente ao mesmo grupo das signatárias for impedida de participar do compromisso, isso ocorrerá por vontade de todas as partes envolvidas, e essa vontade não poderá ser desconsiderada posteriormente. Assim, para vincular uma sociedade não signatária do compromisso arbitral à arbitragem, será necessário que todos os envolvidos concordem, incluindo o tribunal arbitral.

Com isso, encaminhando-se à parte final deste trabalho, concluindo as discussões acerca da determinação dos limites subjetivos da cláusula compromissória diante de um grupo de sociedades, passa-se à análise de um dos precedentes nacionais mais importantes quanto ao tema, o caso *Trelleborg*.

5.5 O CASO *TRELLEBORG*

Amplamente conhecido e citado na literatura jurídica como prova da possibilidade de determinar os limites subjetivos da convenção de arbitragem no Brasil utilizando a teoria dos grupos de sociedades, o caso *Trelleborg* tratou do seguinte conflito. A ação foi iniciada pela Anel - Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda., buscando a instauração de arbitragem contra a *Trelleborg Industri AB* e a *Trelleborg do Brasil Ltda.*, ambas pertencentes ao grupo *Trelleborg*. (BRASIL, 2002).

A Anel alegou ter constituído uma sociedade chamada *Trelleborg PAV Indústria e Comércio Ltda.* juntamente com a *Trelleborg Brasil*. Ademais, afirmou que

a Trelleborg Holding AB, controladora da Trelleborg Brasil e mera extensão da Trelleborg Industri, adquiriu a empresa AVS Brasil Gatoflex Ltda., principal concorrente da Trelleborg PAV, o que configuraria concorrência desleal e inviabilizaria os negócios da sociedade comercial. A Anel notificou as rés para dar início ao processo de dissolução da sociedade e apurar perdas por meio de arbitragem, conforme cláusula compromissória prevista nos contratos firmados, mas as rés se recusaram a dar início ao procedimento.

O juízo de primeira instância, ao se deparar com a resistência da Trelleborg Industri em participar da arbitragem, entendeu que, embora a constituição da Trelleborg PAV e os contratos de associação e consultoria firmados vinculassem apenas a Trelleborg Brasil e a Anel, era evidente que a negociação que resultou na celebração desses contratos contou com a participação direta da Trelleborg Industri. Destacou que a Trelleborg Industri era a sócia majoritária da Trelleborg Brasil e que foi ela quem manifestou a intenção de se associar à Anel, reservando-se o direito de designar qualquer empresa competente de seu grupo para conduzir e concluir as negociações de associação, o que acabou sendo designado à Trelleborg Brasil.

Consignou, ainda, que os contratos entre a Anel e a Trelleborg Brasil foram escritos em inglês e português, e a convenção de arbitragem previa que todos os procedimentos relativos à arbitragem fossem realizados em ambos os idiomas. Isso sugeria que os negócios realizados não estavam limitados aos interesses das empresas brasileiras, mas também aos interesses da Trelleborg Industri, sediada na Suécia. Portanto, o juiz de primeira instância considerou que a Trelleborg Industri também era responsável pelo cumprimento dos contratos entre a Anel e a Trelleborg Brasil, rejeitando sua alegação de ilegitimidade passiva e ordenando sua submissão ao processo arbitral.

Contra a sentença de 1º grau foi interposto recurso, ao qual negou-se provimento, baseado na alegação de ilegitimidade passiva da Trelleborg Industri de acordo com as provas apresentadas. O tribunal levou em conta que a Trelleborg Industri participou ativamente no processo arbitral, que já havia sido finalizado quando o recurso foi julgado, e que pagou os valores determinados pela arbitragem. Para o tribunal, esses fatos demonstraram o consentimento tácito da Trelleborg Industri para com a convenção de arbitragem. (BRASIL, 2006).

Após a apresentação do caso, é preciso tecer alguns comentários. Embora as decisões de primeira e segunda instância tenham sido fundamentais para o avanço da arbitragem no país, por fomentarem uma discussão inédita sobre a possibilidade de sociedades não signatárias serem vinculadas à convenção de arbitragem estabelecida por empresas do mesmo grupo, existem algumas críticas quanto ao seu conteúdo. (WALD; GALINDEZ, 2005, p. 246).

O juízo de primeira instância parece ter aplicado os princípios da teoria do grupo de sociedades para vincular a sociedade controladora à cláusula compromissória acordada pela sua subsidiária. Isso é evidente pela justificativa da sentença, que indica que toda a negociação que levou à celebração dos contratos envolveu diretamente a Trelleborg Industri AB, que foi a responsável por expressar o interesse em se associar à Anel e atribuir-se o direito de designar qualquer empresa do seu grupo para conduzir as negociações, além de exigir que os contratos fossem redigidos em inglês, o que denota a participação direta da empresa estrangeira nos negócios celebrados com a autora.

O julgador, como já mencionado, examinou os detalhes do caso para verificar se a não signatária consentiu com a convenção de arbitragem, o que é louvável, dado que essa prática não é comum entre os juízes brasileiros. No entanto, nenhum dos elementos identificados neste caso sugere que a controladora consentiu em ser parte do contrato celebrado por sua subsidiária, muito menos na convenção de arbitragem nele contida. Tal conclusão decorre da análise do conteúdo da sentença e do acórdão proferidos, que são os únicos documentos relacionados ao caso disponíveis para consulta pelo público em geral.

Outrossim, a Trelleborg Industri ter designado a Trelleborg Brasil para firmar o contrato com a Anel sugere que a empresa não quis se envolver diretamente no negócio. Essa situação pode ser comparada com o caso *Société Sponsor A.B. vs. Lestrade*, em que a controladora, de maneira semelhante, participou do negócio apenas até o momento em que constituiu a subsidiária *Sponsor S.A.* para firmar o contrato com *Lestrade*. Além disso, a participação da controladora na negociação que resultou nos contratos não implica necessariamente que ela desejasse ser parte deles. Após a celebração dos contratos, não houve qualquer interferência da controladora no negócio firmado pela controlada. As exigências de utilização do inglês permitem apenas inferir que as controladoras queriam acompanhar o negócio,

o que é compreensível em um grupo de sociedades, mas não indicam a vontade da controladora de ser parte do negócio. Portanto, a mera existência de um grupo de sociedades não pode ser suficiente para vincular a controladora à convenção de arbitragem na ausência de seu consentimento expresso.

Noutro turno, o caso Dow Chemical mostra-se bastante distinto do caso em questão. Em contraste com o caso Trelleborg, os contratos em Dow Chemical previam entregas a serem feitas por qualquer subsidiária do grupo, não havia formalismo na definição das sociedades do grupo responsáveis pela execução dos contratos, as correspondências entre as partes referiam-se aos contratos como sendo do grupo, sem mencionar sociedades específicas, as tarefas necessárias para a execução dos contratos eram distribuídas pela controladora conforme os interesses do grupo, e a parte contrária não protestou, indicando claramente que estava ciente de que havia contratado com o grupo, e não com sociedades específicas. Em resumo, no caso Dow Chemical, as sociedades que faziam parte do grupo atuavam como se fossem uma única entidade, de modo que a parte contrária não se importava qual sociedade do grupo estava envolvida no negócio.

Por conseguinte, observa-se que a solução adotada no caso Trelleborg não está em consonância com a jurisprudência internacional, assim como a decisão proferida em segunda instância, que seguiu o entendimento expresso em primeira instância. Segundo o tribunal, mesmo sem a assinatura da Trelleborg Industri AB, há uma clara relação jurídica entre as partes, decorrente dos negócios em comum travados, nos quais a apelante Trelleborg Industri AB participou ativamente. Portanto, a decisão colegiada manteve o entendimento do juízo monocrático de que a Trelleborg Industri deve ser considerada parte da convenção de arbitragem devido aos elementos que demonstram algum vínculo com o negócio firmado pela sua controlada.

No mesmo sentido, a decisão de segundo grau do caso Trelleborg também se mostra passível de críticas quanto a outros fundamentos. Em especial, por ter utilizado como fundamento para a vinculação da Trelleborg Industri AB à convenção de arbitragem, a sua participação na arbitragem instaurada pela Anel contra si, assim como o pagamento da condenação imposta pelo tribunal arbitral, configurando-se, conforme o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo,

manifestação tácita de vontade por parte da empresa em relação à cláusula compromissória.

Não obstante, é inviável considerar que a participação da Trelleborg Industri na arbitragem implica em consentimento tácito com a convenção. Isso porque a empresa interpôs recurso de apelação contra a decisão que determinou a arbitragem, evidenciando sua resistência à jurisdição dos árbitros. Seria incorreto afirmar a existência da convenção se a Trelleborg Industri estivesse apenas exercendo seu direito de defesa de boa-fé e acreditando que sua objeção à competência dos árbitros seria resolvida pelo recurso interposto, que poderia inclusive ter resultado na devolução dos valores pagos. (WALD; GALINDEZ, 2005, p. 246). Ademais, conforme verificou-se acima ao tratar da prescindibilidade do consentimento expresso, a jurisprudência dos tribunais superiores pátrios estabeleceu que não há consentimento tácito quando uma parte contesta a competência dos árbitros para decidir o litígio, mesmo que participe do procedimento arbitral posteriormente.

Dessarte, embora a decisão no caso Trelleborg pareça estar em desacordo com a jurisprudência internacional, sua importância não pode ser subestimada, uma vez que impulsionou discussões sobre a possibilidade de vincular sociedades não signatárias a uma convenção de arbitragem assinada por outras empresas pertencentes ao mesmo grupo.

6 CONCLUSÕES

Por todo o exposto, percebe-se que a discussão central acerca da delimitação dos limites subjetivos da cláusula compromissória sempre será acerca da possibilidade de inferir o consentimento. Isto é, a arbitragem é um método de resolução de conflitos que requer o livre consentimento das partes envolvidas para que seja válida e vinculante. Se as partes não concordarem com a arbitragem, ela deve ser descartada, já que ninguém pode ser obrigado a participar. Para garantir que a sentença arbitral seja reconhecida pelo sistema judicial brasileiro, é crucial que haja um consentimento claro e inequívoco das partes. Isso evita a violação dos princípios constitucionais do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição. Ademais, há duas maneiras de expressar consentimento: por meio de uma declaração explícita ou por meio de ações que sugere a concordância. Não

obstante, o consentimento tácito deve ser tão inequívoco quanto o consentimento expresso, mas é expresso por ações, não por palavras, e não é presumido.

Outrossim, embora a Lei de Arbitragem brasileira exija que a convenção de arbitragem seja acordada por escrito, não há nenhuma regra que exija que o consentimento daqueles que desejam ser vinculados à convenção seja expresso por escrito. Isso pode ser inferido a partir da análise dos parágrafos do artigo 4º, que exigem consentimento expresso e por escrito para cláusulas compromissórias incluídas em documentos separados do contrato. A doutrina jurídica mais reconhecida no Brasil já afirmou que, neste último caso, há consentimento quando uma das partes propõe a submissão de possíveis disputas relacionadas ao negócio à arbitragem e as demais partes aceitam. Portanto, a própria Lei de Arbitragem reconhece a validade e eficácia das cláusulas compromissórias, mesmo que não estejam contidas nos contratos em questão e, conseqüentemente, não haja consentimento expresso por escrito em relação a elas.

Por conseguinte, observa-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça concordam com esse entendimento e já se manifestaram no sentido de que não é necessária a concordância expressa das partes para que uma convenção de arbitragem seja válida. De acordo com a jurisprudência, há consentimento tácito à convenção de arbitragem sempre que a parte tenha participado ativamente do procedimento arbitral, sem resistir à competência dos árbitros no momento adequado. Isso demonstra claramente o posicionamento dos tribunais superiores do Brasil em favorecer a arbitragem sempre que for possível concluir, a partir das ações das partes, que houve aceitação da convenção. É importante destacar que, embora a maioria dos casos julgados neste sentido trate do comportamento das partes após a instauração do procedimento arbitral, essa mesma interpretação pode ser aplicada a casos em que o consentimento é manifestado durante a relação contratual e a execução do contrato.

Isto é, ainda que o principal precedente nacional acerca da extensão da cláusula compromissória diante de um grupo de sociedades, o caso Trelleborg, não esteja exatamente em linha com os principais precedentes internacional, ainda assim ele tem uma grande importância, visto que, apesar das críticas a sua fundamentação, o julgado consolidou o entendimento que é possível auferir manifestações de consentimento das partes por meio do seu comportamento.

Com isso, a manifestação tácita de vontade se torna cada vez mais importante em um cenário em que são frequentes situações em que o negócio que se pretende realizar requer mais do que um contrato bilateral regularmente assinado por ambas as partes. Como mencionado anteriormente, muitas vezes o negócio é desenvolvido com a participação de sujeitos que não assinaram o contrato. Por essa razão, a delimitação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem em função do consentimento tácito é considerada uma tendência internacional que não pode ser ignorada no Brasil.

Nesse sentido, o avanço da jurisprudência nacional quanto às formas de auferir o consentimento de partes não signatárias diante da teoria dos grupos de sociedades acaba por privilegiar a arbitragem, a qual se mostra, definitivamente, o meio mais adequado para a solução de determinadas disputas. Assim, a análise dos principais precedentes nacionais e internacionais quanto ao tema permitem concluir pela possibilidade de se vincular sociedades não signatárias a uma convenção de arbitragem assinada por outras empresas pertencentes ao mesmo grupo, mediante a identificação do consentimento tácito, caso a caso.

REFERÊNCIAS

BORN, Gary. ***Internacional Commercial Arbitration***. 2ª ed. Kluwer Law Internacional, 2015. 474 p.

BLACKBY, Nigel et al. ***Redfern & Hunter on Internacional Arbitration***. 6ª ed. Kluwer Law Internacional. 2015 p. 109-228.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, DF.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada nº 856**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada nº 866**. Relator: Ministro Félix Fischer.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão AgRg na SE 5.206-7**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Acórdão Apelação nº 267.450/6-00.**

BRASIL. 13ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. **Processo nº 000.01.060969-5.**

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem.** Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997.

CAPRASSE, Olivier. **A arbitragem e os grupos de sociedades.** Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 339-386, jul./set. 2003.

CARDOSO, Paula Butti. **Limites Subjetivos da Convenção de Arbitragem.** 2013. 184 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo - Um comentário à Lei nº 9.307.96.** São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2004, 2ª edição, 455 p.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas.** São Paulo: Saraiva, 1998, v. 4, t.2.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. **Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 15, nº 23, p. 91-107, 1976.

FOUCHARD, Philippe et. Al.. **Fouchard Gaillard Goldman on Internacional Commercial Arbitration.** The Hague: Kluwer Law Internacional, 1999, 1280 p.

HANOTIAU, Bernard. **Complex arbitration: multiparty, multi contract, multi-issue and class actions.** The Hague: Kluwer Law Internacional, 2006, 384 p.

MUNHOZ, Eduardo Sechi. **Arbitragem e grupos de sociedades.** In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da lei 9.307 de 1996. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 149-180.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Volume III: Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 18ª ed., 2014, 568 p.

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

WALD, Arnoldo. **A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos.** Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, maio/ago. 2004. p 31-59.

WALD, Arnoldo; GALINDEZ, Valeria. **Jurisprudência comentada. Caso Trelleborg.** Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 6, p. 238-245, jul./set. 2005.