

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO**

**CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA**

**OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR**

**JOÃO COSTA RIBEIRO NETO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; João Costa Ribeiro Neto; Otavio Luiz Rodrigues Junior - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-423-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Contemporaneidade. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

---

### **Apresentação**

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direito Civil Contemporâneo" durante o XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Brasília, de 19 a 21 de julho de 2017, sob o tema geral: "Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas", em parceria com os Cursos de Pós-Graduação "stricto sensu" em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Católica de Brasília (UCB), do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e do Instituto Brasiliense do Direito Público (IDP).

Na presente coletânea, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas brasileiros de Pós-graduação "stricto sensu" em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos surgidos de pesquisas em todas as regiões do país, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido desenvolvidos em Direito Civil no Brasil.

O número de artigos (21 ao todo) demonstra que o Direito Civil tem sido objeto de intensas e numerosas discussões Brasil afora. Os temas são plúrimos e abrangem problemas assaz interessantes. Durante o encontro, os trabalhos suscitaram diversos debates, tendo diversos pesquisadores – de variegadas regiões do país – interagido em torno das questões teóricas e práticas contidas nos textos.

Espera-se que o leitor possa vivenciar uma parte desta discussão por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma proveitosa leitura!

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza (PUC/MG)

Prof. Dr. João Costa Neto (UnB)

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior - USP

## **TERCEIROS NA ARBITRAGEM: ANÁLISE DA EXTENSÃO DA CONVENÇÃO ARBITRAL**

### **THIRD PARTIES IN ARBITRATION: ANALYSIS OF THE EXTENSION OF THE ARBITRAL CONVENTION**

**Cassio Pitangueira Dias Ico Ribeiro <sup>1</sup>**  
**João Glicério de Oliveira Filho <sup>2</sup>**

#### **Resumo**

Objetiva o presente artigo traçar um panorama geral acerca da possibilidade de extensão da convenção de arbitragem sobre terceiros não signatários. Aborda-se, para isso as principais teses utilizadas nos tribunais arbitrais que justificam a ampliação do escopo subjetivo da arbitragem. Com este intuito, analisa-se os limites da autonomia privada, sopesando o conflito entre a segurança jurídica e a boa-fé contratual.

**Palavras-chave:** Arbitragem, Convenção de arbitragem, Autonomia privada, Boa-fé, Terceiros não signatários

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The purpose of this article is to outline the possibility of extending the arbitration agreement to non-signatory third parties. The main thesis used by arbitration courts that justify the extension of the subjective scope of arbitration are discussed. In this sense, the limits of private autonomy are analyzed, considering the conflict between legal certainty and contractual good faith.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Arbitration, Arbitration convention, Private autonomy, Good faith, Non-signatory third parties

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Privado pela UFBA. Especialista em Direito Civil pela UFBA. Bacharel em Direito pela UFBA. Advogado e Professor de Processo Civil e Direito Civil da FBB. E-mail: cassiopitangueira@gmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela UFBA. Bacharel em Direito pela UFBA. Advogado e Professor de Direito Empresarial da UFBA. E-mail: joao@joaoglicerio.com

## 1 INTRODUÇÃO

A arbitragem constitui o mais antigo meio alternativo de resolução de conflitos. Seus primeiros registros remetem à Grécia e à Roma Antigas, bem como às civilizações da Idade Média. De seus primórdios até os dias de hoje, tem se tornado cada vez mais um instrumento particular efetivo na composição de litígios, oferecendo grande segurança jurídica aos contratos em que circula e otimizando, desta maneira, negócios realizados no mundo inteiro.

No âmbito internacional, a arbitragem é amplamente aceita e utilizada, constituindo a convenção arbitral elemento essencial para grande parte das contratações empresarial. No Brasil, por outro lado, a prática da arbitragem ainda é relativamente incomum, embora introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro ainda no período colonial, quando da vigência das Ordenações Filipinas (1603).

Não obstante ainda incipiente, o instituto arbitral tem ganhado considerável força no cenário nacional, passando por alterações legislativas que lhe atribuíram significativa autonomia – a exemplo das recentes modificações introduzidas na Lei de Arbitragem Brasileira pela Lei n. 13.129/2015. Com o desenvolvimento da arbitragem no país, surgiram evidentemente novas discussões acerca de sua aplicabilidade, especialmente no que tange a possibilidade do procedimento arbitral alcançar terceiros alheios à convenção arbitral.

De fato, a legislação brasileira, seguindo a praxe estrangeira, exige manifestação expressa e por escrito do consentimento de todas as partes que se submetem à arbitragem – no entanto, não são raras as situações em que os efeitos da sentença arbitral arriscam ultrapassar o patrimônio dos signatário. Neste tocante, objetiva o presente artigo traçar um panorama geral sobre a extensão da convenção de arbitragem perante terceiros, investigando as doutrinas que alicerçam a ampliação e a relativização do *pacta sunt servanda* e da autonomia privada.

Com este desiderato, analisa-se aqui os requisitos da arbitragem e a relativização da autonomia privada. Estuda-se, ainda, as principais teses que dão suporte ao extensionamento da convenção arbitral: a teoria do grupo de companhias, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o *estoppel* ou *equitable estoppel* e a teoria da incorporação por referência (*incorporation by reference*).

## 2 REQUISITOS DA ARBITRAGEM

A instauração da arbitragem deve observar certos requisitos formais, para que lhe seja garantida validade e eficácia.

A capacidade das partes, a disponibilidade e a patrimonialidade do direito e a convenção de arbitragem por escrito – consubstanciada em cláusula ou compromisso arbitral, são os requisitos essenciais para o desenvolvimento válido e regular do procedimento.

As partes devem possuir capacidade civil plena, de fato e de direito, não podendo existir quaisquer das circunstâncias previstas nos artigos 3<sup>o</sup><sup>1</sup> e 4<sup>o</sup><sup>2</sup> do Código Civil, sob pena de ser considerado inválido o procedimento arbitral. A capacidade é exigida em razão das disposições patrimoniais envolvidas na arbitragem, que não serão *a priori* fiscalizadas por agente do Estado.

Ainda na esteira dos requisitos essenciais, os direitos que serão objeto do litígio arbitral devem ser necessariamente disponíveis e patrimoniais. Não existe, portanto, no Brasil, arbitragem que trate de direitos indisponíveis ou extrapatrimoniais. Tal proibição encontra guarida no art. 1<sup>o</sup> da Lei n. 9.307/96, que regula a arbitragem no Brasil. Na literalidade do mencionado dispositivo:

Art. 1<sup>o</sup>. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a **direitos patrimoniais disponíveis**. (Nosso grifo)

Entretanto, é preciso ter em mente a distinção entre os direitos patrimoniais disponíveis e os direitos patrimoniais indisponíveis que geram pretensões disponíveis. Nos primeiros, a disponibilidade do patrimônio é imanente à ideia de livre disposição, sendo livre à disposição a qualquer tempo ou circunstância. Por outro lado, direitos patrimoniais indisponíveis não admitem negociação *per se*, seja por expressa vedação legal ou por sua própria natureza. São exemplos a vida, o nome, o corpo e a imagem.

---

<sup>1</sup> Art. 3<sup>o</sup>. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

<sup>2</sup> Art. 4<sup>o</sup>. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Na lição de Roxana Cardoso Brasileiro Borges (BORGES, 2007):

A doutrina brasileira, quase de forma unânime, aponta, como uma das características dos direitos da personalidade, a indisponibilidade ou a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, conforme demonstrado no Capítulo I.

Embora diversos sejam os autores que consideram os direitos de personalidade extrapatrimoniais, intransmissíveis, irrenunciáveis e indisponíveis, a experiência tem mostrado uma realidade um pouco diferente. O dia-a-dia dos fatos jurídicos acumula negócios jurídicos que têm como objeto aspectos dos bens jurídicos tutelados pelos direitos de personalidade, inclusive negócios jurídicos de efeitos patrimoniais.

Em determinadas circunstâncias, no entanto, os direitos indisponíveis têm como efeito o surgimento de outros direitos, patrimoniais e disponíveis. Em relação a estes, a arbitragem pode ser operada como meio de resolução de eventuais controvérsias. Nesta linha, assevera Luis Guilherme Marinoni (MARINONI, 2015):

Dessa forma, portanto, mesmo os direitos indisponíveis podem ser objeto de arbitragem, desde que em relação aos efeitos disponíveis que gerem. (...) Desde que, portanto, se trate de direitos disponíveis – da Administração Pública – ou de *efeitos disponíveis* de direitos indisponíveis de interesses públicos – e desde que não haja outro óbice à instituição da arbitragem, determinado por expressa vedação legal ou pela própria natureza especial da relação jurídica – pode-se sujeitar a questão ao juízo arbitral.

Consequentemente, plenamente possível a instauração da arbitragem para a discussão sobre os efeitos disponíveis derivados de direitos patrimoniais indisponíveis. Seria o caso, a título exemplificativo, do direito a uma indenização pecuniária derivada de um dano à integridade corporal. Enquanto indisponível o direito individual sobre o próprio corpo, eventual lesão a este pode ter como efeito o direito a ressarcimento de natureza indiscutivelmente disponível.

O terceiro requisito é a convenção de arbitragem, expressa por meio da cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral. Conforme define o artigo 3º da Lei de Arbitragem:

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

A cláusula compromissória encontra-se inserta no contrato entabulado entre as partes e prevê a submissão de eventual litígio decorrente do pactuado ao procedimento arbitral. É, portanto, um comprometimento prévio que as partes realizam, demonstrando *ab initio* do contrato a opção pelo procedimento arbitral em caso de desavenças contratuais. Deve ser necessariamente estabelecida por escrito, inserida no corpo do próprio contrato ou em adendo contratual:

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

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

O compromisso arbitral é uma segunda forma de manifestação da convenção de arbitragem. Diferentemente do que ocorre em relação à cláusula arbitral, inserida no corpo do contrato ou por meio de adendo, o compromisso arbitral é constituído após a instalação do litígio, de modo judicial ou extrajudicial.

O compromisso de arbitragem será judicial quando for originado por intermédio de termo em autos judiciais e extrajudicial quando pactuado por instrumento particular, na presença de duas testemunhas, ou por instrumento público, no tabelionato de títulos e documentos<sup>3</sup>. Seja qual for a forma adotada, é fundamental a inequívoca manifestação de vontade das partes em submeter o litígio ao procedimento arbitral.

### **3 AUTONOMIA PRIVADA NA ARBITRAGEM**

A vontade sempre representou elemento essencial para o exercício negocial, evoluindo consideravelmente em termos hermenêuticos ao longo da história. Nesse sentido, pode-se destacar a transição do paradigma liberal, instaurado após a revolução francesa com a positivação da teoria voluntarista no Código Civil de Napoleão de 1804, conforme leciona Roxana Cardoso Brasileiro Borges (BORGES, 2007).

---

<sup>3</sup>Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.



Dentro da percepção voluntarista, a vontade é elemento soberano na formação contratual, devendo ser integralmente respeitada – somente se admitindo intervenção judicial em situações de caso fortuito ou força maior. Nesta ótica, tem-se como os princípios fundamentais o *pacta sunt servanda*, o *rebus sic stantibus*, a relatividade dos efeitos contratuais, a segurança jurídica e a autonomia da vontade – postulados que atribuíam um caráter quase absoluto à manifestação volitiva.

De fato, a soberania da vontade imperava na formação dos contratos. “Quem diz o contrato, diz justo”, na livre tradução da célebre frase de Fouillée, que representava o evidente prestígio da autonomia da vontade à época.

O paradigma voluntarista não conseguiu impedir, no entanto, o clamor social por justiça contratual. Dessa forma, o Estado passou a intervir nas relações privadas como forma de garantir não apenas a isonomia formal, mas também a igualdade material, dando início à fase do dirigismo contratual. Percebe-se, neste momento da história do direito, o surgimento do Estado do Bem-Estar Social.

A autonomia da vontade foi paulatinamente substituída pela autonomia privada, transferindo a ótica de sua legitimação. Desse momento em diante, a autonomia privada passava a ser tutelada pelo direito, perdendo a vontade seu *status* soberano. Com efeito, novas orientações hermenêuticas surgiram para reger a interpretação contratual – dentre eles: a boa-fé, a função social do contrato, a teoria da imprevisão, a teoria da onerosidade excessiva, a revisão contratual, o estado de perigo e a lesão.

Sob esta nova ótica, o contrato era analisado em seu contexto social, sendo os seus efeitos considerados relevantes não apenas para as partes diretamente envolvidas, como também para toda a coletividade – daí a importância da fixação de limites pelos princípios supracitados. Os elementos formais do contrato ganharam assim certa relatividade. Excetuadas as objeções de ordem pública, as formalidades não mais representavam um óbice para o reconhecimento de uma relação negocial.

A autonomia privada ganha, dessa maneira, novos contornos, significativamente diferentes daqueles verificados no Estado Absolutista ou no Estado Liberal. No contexto do Estado do Bem-Estar Social e da concepção coletivista de contrato, passa-se a permitir hodiernamente que certas relações negociais alcancem terceiros não envolvidos diretamente no pacto original, estendendo seus efeitos, portanto, para partes não signatárias.

Esta nova perspectiva alinha-se perfeitamente na busca pela concretização da justiça contratual e com a ordem jurídica contratual internacional, ao dispensar, *verbi gratia*, requisitos formais para a concretização do negócio. As atribuições das responsabilidades que se espera do acordo de vontades passa a ser o elemento central da análise de contratos.

Não se discute que, no campo do comércio internacional, as relações privadas primam pela segurança jurídica. Disto decorre, inclusive, a importância da arbitragem no meio empresarial, ao funcionar como mecanismo potencializador do mercado e atribuir segurança jurídica nas relações mercantis com a possibilidade de rápida e efetiva resolução de uma eventual controvérsia.

Contudo, no âmbito internacional, busca-se também e sobretudo a realização da justiça contratual. Assim, existirão situações que necessitarão da extensão do procedimento arbitral, recaindo a arbitragem sobre aquele que, apesar de não ser signatário da convenção de arbitragem, obtém de algum modo vantagens com a operação econômica realizada. Neste ponto, relativiza-se a autonomia privada em relação ao terceiro, com fito a realização de um bem maior: a justiça.

Neste sentido, diversas correntes jurisprudenciais, principalmente nos países de sistema *comom law*, caminharam para a formação de teorias que terminam por mitigar a autonomia privada em relação ao procedimento arbitral. A seguir, demonstraremos as principais delas.

#### **4 EXTENSÃO DA ARBITRAGEM PERANTE TERCEIROS**

O tema doravante exposto está longe de ter sua aplicação pacificada. E não poderia ser diferente, na medida em que cada país possui sistema jurídico próprio. E, ao contrário do que se pode

imaginar, o consenso não é elemento típico do meio científico – “dificilmente se encontrará nas ciências qualquer questão sobre a qual os homens versados não tenham muitas vezes discordado entre si”, já ponderou René Descartes (DESCARTES, 1985).

Apesar da lei brasileira de arbitragem prever expressamente, em seus artigos 4º e 9º, a obrigatoriedade da convenção arbitral por escrito, configurando a formalidade um balizador da autonomia privada – e em que pese a relevância desta como um cânone nas relações privadas-, existe uma tendência moderna que mitiga a autonomia e o consentimento por escrito, estendendo a arbitragem para terceiros não signatários em situações extremamente específicas.

Neste sentido, aponta-se as acima mencionadas teorias do grupo econômico ou *group of companies*, da desconsideração da personalidade jurídica ou *disregard doctrine*, do *stoppel* ou *equitable estoppel* e da incorporação por referência (*incorporation by reference*). Analisaremos cada uma delas.

#### 4.1 TEORIA DO GRUPO DE COMPANHIAS

A teoria do grupo de companhias – ou “*group of companies*” – defende a relativização da convenção de arbitragem em relação a seus requisitos formais. A obrigatoriedade da cláusula ou compromisso arbitral ocorrer por escrito seria relativizada, com o intuito de possibilitar seu extensionamento para uma terceira parte não signatária do pacto, desde que esta interaja ativamente de algum modo na formação ou execução do contrato que originou o litígio arbitral. Conforme ensina Olivier Caprasse (CAPRASSE, 2003), neste aspecto:

Quando se tenta depreender o conceito de grupo em sua totalidade, designamo-lo, às vezes, como *um conjunto de sociedades independentes do ponto de vista jurídico mas submetidas a uma direção econômica única*.<sup>5</sup> A Sentença CCI 2375/1975 enuncia, assim, que “o conceito de grupo se define, além da independência formal oriunda da criação de pessoas jurídicas distintas, pela unidade de orientação econômica dependente de um poder comum”.

Para Gustavo Tepedino (TEPEDINO, 2011), complementando:

A teoria dos grupos societários traduz o fenômeno, mais econômico que jurídico, da união de várias sociedades independentes entre si sob direção comum. Vale dizer, a teoria do grupo, amplamente difundida em diversos ordenamentos, aplica-se sempre que várias sociedades se encontrem sob controle comum, desde que se verifique entre as diversas pessoas jurídicas uma unidade de orientação econômica.

Na mesma esteira de pensamento leciona Hermes Marcelo Huck (HUCK, 2016):

De uma análise da jurisprudência disponível nas câmaras arbitrais internacionais, particularmente da CCI, bem como das decisões de tribunais estrangeiros quando sentenciam sobre a extensão da convenção arbitral a terceiros que dele não participaram, pode-se concluir por uma tendência média na admissão dessa extensão (a) quando o terceiro tenha tido uma participação ativa nas negociações do contrato que originou a arbitragem e (b) tenha envolvimento direto, de forma ativa ou passiva, na execução do contrato ou do negócio que se discute perante o Tribunal Arbitral.

Para que ocorra o extensionamento da convenção arbitral, necessário se faz que o grupo de sociedades seja formado de direito. Devem, assim, possuir ligação jurídica. Os grupos formados por sociedades de fato não poderão se submeter à extensão do procedimento arbitral, ante a inexistência de regulação jurídica entre si. De outro modo, a extensão da jurisdição arbitral resultaria em considerável insegurança jurídica considerável, haja vista a necessidade do grupo de sociedade ser constituído formalmente para que seja possível a efetiva identificação das empresas que formam o grupo.

Mais do que isso, faz-se fundamental que as empresas não signatárias tenham verdadeiramente atuado na formação da relação da qual se originou o conflito arbitral. Sobre este requisito, esclarece Gilberto Giusti (GIUSTI, 2006):

A doutrina dos grupos societários se desenvolve já há bastante tempo, sendo bastante citada a decisão do caso *Dow Chemical v Isover Saint Gobain*, de 1982 (CCI), segundo a qual “irrespective of the distinct juridical identity of each of its members, a group of companies one and the same economic reality of which the Arbitral Tribunal should take account when it rules on its own jurisdiction”. Por certo que não basta, para que a convenção de arbitragem possa ser estendida a outras empresas, a simples existência do grupo societário. Na maioria dos casos em que essa doutrina é adotada por tribunais estrangeiros, exige-se a prova da intenção de todas as partes de que a empresa ou empresas não signatárias do compromisso de arbitrar atuem ou tenham atuado como partes efetivas do negócio do qual se originou a disputa.

Desta maneira, uma sociedade controladora pode ser obrigada a participar de arbitragem com a qual não anuiu. Basta para tanto que uma de suas sociedades controladas tenha pactuado a respectiva convenção arbitral e que a sociedade controladora intervenha de algum modo na elaboração ou execução do contrato entabulado por aquela. A circunstância contrária, evidentemente, também ensejaria a inclusão de não-signatário.

Resta evidente a relativização do princípio do *pacta sunt servanda*, frente à extensão dos efeitos da convenção de arbitragem sobre empresa que nada pactuou a respeito de eventual procedimento arbitral.

A mitigação da autonomia da vontade repercutiu mundialmente ao ser empregada no *leading case* “Dow Chemical” (ICC Case n. 4131). Julgado na década de 1980, o caso contou com painel de árbitro formado pelos renomados professores Sanders, especialista em jurisprudência arbitral, Berthold Goldman, reconhecido por ter elaborado a Nova Lex Mercatoria, e Michel Vasseur, especialista em direito dos negócios na França, conforme ensina Jane Fiorati (FIORATI, 2016).

No caso apreciado pelo celebrado trio, a Dow Chemical controlava outras duas sociedades (“A” e “B”, como retratadas pela doutrina). Estas, por sua vez, firmaram contrato de distribuição dos produtos manufaturados pela Controladora com a empresa francesa Isover-Saint-Gobain (constituída por uma *join venture*), incluindo no contrato uma cláusula arbitral. Em razão de problemas na execução do contrato, a Dow Chemical iniciou procedimento arbitral, em litsconsórcio ativo com “A” e “B”, em face da Isover-Saint-Gobain.

A Isover-Saint-Gobain imediatamente arguiu que o Tribunal Arbitral não tinha competência para processar e julgar a arbitragem em relação à Dow Chemical, visto que com esta não havia pactuado cláusula arbitral. Os árbitros compreenderam, contudo, que em razão do grupo de companhias ali envolvido – e tendo a sociedade controladora participado diretamente na formação e execução do contrato –, seria a Dow Chemical parte legítima para participar da arbitragem.

Consolidou-se, neste momento, a primeira hipótese de inclusão de terceiros na lide arbitral. Entende-se, portanto, que diante de cláusula compromissória inserida em contrato, constitui parte legítima em eventual disputa arbitral o terceiro não-signatário que, formalmente pertencente a grupo societário de um dos contratantes, houver participado materialmente da elaboração e da execução do pactuado.

#### 4.2 TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ou *DISREGARD DOCTRINE*

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – internacionalmente referida como *disregard doctrine* – foi elaborada pelo professor Rolf Serick, em tese de doutorado defendida em 1953, na Universidade de Tübingen, na Alemanha. Na ocasião, Serick definiu os parâmetros para a ocorrência do *disregard*, postulando o abuso da personalidade jurídica como requisito fundamental.

Assim, constatado o abuso dos direitos patrimoniais atribuídos à pessoa jurídica, seria possível a responsabilização direta e pessoal dos sócios, suspendendo a autonomia patrimonial entre sócio e sociedade. Originariamente, exigia-se a má-fé para a configuração da desconsideração da personalidade jurídica, como bem observa André Luiz Santa Cruz Ramos (RAMOS, 2015):

Tradicionalmente, esse abuso de personalidade jurídica que admite a sua desconsideração só se caracterizava quando houvesse a **prova efetiva da fraude, ou seja, da atuação dolosa, maliciosa, desonesta dos sócios em detrimento dos credores da sociedade**. Adotava-se, pois, uma concepção subjetivista da *disregard doctrine*, que exigia a prova da fraude como elemento imprescindível à sua aplicação, isto é, era imprescindível a demonstração inequívoca de uma intenção (elemento subjetivo) de prejudicar credores. (Nossos grifos)

Entretanto, com o desenvolvimento teórico, surgiu necessidade do estabelecimento de requisitos mais concretos para a desconsideração. Assim, ganhou forma a concepção objetivista<sup>4</sup> da *disregard doctrine*.

---

<sup>4</sup>O ordenamento jurídico brasileiro criou diversas situações legais que extrapolam a tese original da desconsideração, indo muito além dos requisitos básicos. A título exemplificativo, tem-se o artigo 5º do Código de Defesa do Consumidor, a Lei n. 8.884/94 (que trata sobre a prevenção e repressão às infrações à ordem

Nesta esteira:

Hodiernamente, todavia, tem-se tentado estabelecer critérios mais seguros para a aplicação da teoria da desconsideração, sem que seja necessária a prova da fraude, ou seja, sem que seja preciso demonstrar a intenção de usar a pessoa jurídica de forma fraudulenta. **Adota-se, pois, uma concepção objetivista da *disregard doctrine*, segundo a qual a caracterização do abuso de personalidade pode ser verificada por meio da análise de dados estritamente objetivos, como o desvio de finalidade e a confusão patrimonial.** (RAMOS, 2015) (Grifos nossos)

No campo da arbitragem internacional, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada nos casos legalmente ou contratualmente estipulados. Desta forma, se uma sociedade empresária abusa de sua personalidade para praticar atos que impliquem em desvio de finalidade ou confusão com o patrimônio dos sócios - incidindo em hipótese positivada no artigo 50 do Código Civil -, poderá ter desconsiderada sua autonomia patrimonial, obrigando os sócios a participarem como requeridos no litígio arbitral.

Como exemplo da aplicação da *desregard doctrine*, podemos citar o caso n. 5730 da CCI, em que um conhecido milionário grego se utilizou maliciosamente de suas empresas para realizar negócios pessoais, com a intenção de fraudar os pactos realizados. Conforme descreve William W. Park (PARK, 2017):

Un magnate naviero griego fue encontrado culpable de haber participado de tergiversación intencional al organizar sus actividades personales bajo el disfraz de varias entidades con nombres cercanamente relacionados, muchos bajo nombres de barcos. La tergiversación fue establecida en cortes griegas nacionales y el no signatario fue mencionado en el contrato principal.

O tribunal aplicou, conseqüentemente, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Por consequência lógica, estando o litígio submetido à arbitragem, foi igualmente forçado o empresário grego compor o procedimento, submetendo-se evidentemente aos efeitos da sentença arbitral.

---

econômica) e a Lei 9.605/98, que regula os crimes ambientais. Todas incluíram hipóteses que permitem a desconsideração sem a configuração de efetivo ilícito, deixando de refletir e a teleologia original do instituto e desvirtuando, ao nosso ver, a essência da *disregard doctrine*.

O entendimento acima leva inevitavelmente a um outro questionamento: seria possível ocorrer à desconsideração inversa, diante do abuso da personalidade jurídica? Poderia o tribunal arbitral determinar que a pessoa jurídica ingresse numa disputa arbitral em razão de seu sócio, na condição de pessoa física, ter convencionado uma cláusula arbitral?

Parece-nos impositivo compreender que sim, principalmente em observância ao princípio da boa-fé contratual, que irradia sua atuação para além das partes signatárias do contrato. Em qualquer situação, no entanto, entendemos que a *disregard doctrine* deve ser aplicada sempre de modo restritivo e cauteloso, apenas quando verificadas a hipótese instituída no Código Civil: o abuso do direito da personalidade jurídica, expressado por meio da confusão patrimonial e do desvio de finalidade.

#### 4.3 STOPPEL, ESTOPPEL OU EQUITABLE ESTOPPEL

O *stoppel* consiste em um desdobramento do princípio da boa-fé objetiva, aplicado no campo do direito contratual internacional e, tem como premissa a proteção da confiança e a proibição do comportamento contraditório nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO; 2014), a cláusula de *stoppel*:

Trata-se de uma **expressão típica do direito internacional**, em que se busca preservar a boa-fé e, com isso, a segurança das relações jurídicas neste importante campo.

Consiste, em síntese, **na vedação do comportamento contraditório** no plano do Direito Internacional. (Grifos nossos)

No que tangencia a arbitragem, principalmente no âmbito internacional, a cláusula de *stoppel* pode ser suscitada, exemplificativamente, quando uma das partes contratantes se compromete oralmente a se submeter ao procedimento arbitral na eventualidade de litígio. Instaurado o procedimento arbitral, no entanto, o pactuante busca afastá-lo sob a premissa de que não pactuou por escrito a convenção arbitral, requerendo a declaração de incompetência da jurisdição arbitral.



De igual forma se verificaria a imposição de *equitable stoppel* em relação a terceiro que, não tenha firmado convenção arbitral, mas o tempo inteiro demonstrou comportamento implícito de aceitação da arbitragem. Deste modo, com o efetivo início do procedimento, não o não-signatário opor-se ao mesmo, sob pena de violação à boa-fé objetiva.

Em ambos os exemplos verificar-se-ia a quebra da confiança nas relações negociais, justificando-se plenamente a extensão da convenção de arbitragem contra aquele que age de má-fé, que pode ser obrigado a se submeter ao procedimento arbitral, ainda que não tenha pactuado por escrito a convenção de arbitragem.

#### 4.4 INCORPORAÇÃO POR REFERÊNCIA

A teoria arbitral da incorporação por referência (*incorporation by reference*, em inglês), possui origem anglo-saxônica, e, é utilizada nos países que adotam o sistema *common law*. Consiste basicamente na extensão da convenção de arbitragem para terceiro que participe de contrato relacionado ou coligado à relação contratual firmada entre os efetivos signatários do compromisso arbitral.

Em outras palavras, a referência do contrato a um segundo pactuado, em que esteja prevista a convenção de arbitragem, pode ser suficiente para estender os efeitos desta. Neste sentido exemplifica Manuel Franco Vergel (VERGEL, 2016):

Un ejemplo sencillo sería un conocimiento de embarque entre A y B que incorpora una cláusula de arbitraje por referencia a un contrato de fletamento en el que sólo A o B son parte junto con un tercero. La diferencia existente entre el Derecho inglés y el Derecho español en este tema ha sido puesta de relieve por la reciente sentencia de la Corte de Apelación inglesa en el asunto *National Navigation Co v Endesa Generación SA (The “Wadi Sudr”)*.

O terceiro que não tenha pactuado a convenção de arbitragem, pode ser alcançado pela mesma, haja vista estar envolvido de algum modo na relação comercial travada entre as partes signatárias do compromisso. Considera-se indicativo da incorporação que a parte não signatária tenha recebido algum benefício em razão do trato comercial submetido à arbitragem e que tenha

referido expressamente, em seu próprio acordo, à existência de cláusula compromissória – daí a expressão “incorporação por referência”.

Neste tocante, acentua Fábio Pedro Alem (ALEM, 2009) que:

Além de ser autônoma, a cláusula compromissória pode, dependendo do caso e da situação jurídica e fática, ser usada pelas partes para solucionarem conflitos relacionados a contratos coligados ou relacionados à matéria objeto do conflito, ainda que um deles não contenha cláusula de arbitragem.

Em relação à incorporação por referência, tem-se como precedente o caso *JJ. Ryan & Sons vs. Rhone Poulenc Textile*, no qual:

*JJ. Ryan e Sons vs. Rhone Poulenc Textile*, the Court noted that when allegations against ‘aparent company and its subsidiary are based on the same facts and are inherently inseparable, a court may refer claims against the parent to arbitration even though the parent is not formally a party to the arbitration agreement (*JJ. Ryan & Sons vs. Rhone Poulenc Textile*, AS, 863 F2d 315, 320-321 (4th Cir., 1988) (ALEM, 2009).

O direito inglês aplica com coerência a teoria da *incorporation by reference*, consoante destaca Manuel Franco Vergel (VERGEL, 2016):

En Derecho inglés, los tribunales parecen haber llegado a la conclusión que una simple incorporación en el conocimiento de embarque mediante referencia a la existencia de una cláusula de arbitraje en el contrato de fletamento, es suficiente para que las partes en el conocimiento de embarque estén sometidas a arbitraje. No es necesario que se especifiquen los términos de dicho arbitraje estipulados en el contrato de fletamento, a pesar de que una de las partes en el conocimiento de embarque pueda no conocerlos. Así se concluyó por la Corte de Apelación inglesa en el caso *The Varenna*<sup>2</sup> y en el posterior *The Federal Bulker*.

Em síntese, existindo cláusula arbitral referida em contrato, no qual terceiros atuarão de forma direta ou indireta, podem estes ficar submetidos ao procedimento arbitral, ainda que não tenham pactuado a referida cláusula compromissória.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações relativas à interpretação dos contratos, aliadas ao surgimento de princípios de cunho social, como a boa-fé contratual, permitiram profunda alteração hermenêutica no tocante aos conceitos e limites da autonomia dos contratantes. Migrou-se da soberania da autonomia da vontade, predominante até no século XIX, avançando-se em direção à noção de autonomia privada, paradigma do século XX. Atualmente, mesmo a autonomia privada é relativizada como medida que se impõe para que não reinem no mundo jurídico situações de injustiça.

A relativização da autonomia privada repercute frente à subsistência do requisito formal da convenção arbitral, obrigatoriamente expressa e escrita. Conforme se verificou, mesmo este elemento, tradicionalmente essencial à validade da arbitragem, tem sido mitigado em prol da proteção da justiça contratual, a qual, dentro de uma ponderação principiológica, deve prevalecer sobre requisitos jurídico-formais.

A análise das teorias aqui investigadas demonstrou a tendência dos tribunais arbitrais em permitir a extensão da convenção arbitral sobre aqueles que não pactuaram com a arbitragem, submetendo-os ao comando da sentença arbitral. Para tanto, tem-se entendido, é necessário que o terceiro não signatário tenha atuado de forma a violar a boa-fé contratual e seus desdobramentos, havendo a formação de grupos econômicos com finalidades ilegítimas, a confusão patrimonial, o abuso de direito ou a configuração do *venire contra factum proprium*.

A preservação do requisito formal da convenção de arbitragem por escrito nas hipóteses aqui elencadas implicaria em irreversível violação à lealdade contratual. Conforme aqui se conclui, não parece admissível que a segurança jurídica e a autonomia privada – ainda que constituam valores efetivamente fundamentais para o Direito – sirvam de pretexto para a proteção da má-fé.

## **6 REFERÊNCIAS**

ALEM, Fábio Pedro. **Coleção Prática do Direito. Arbitragem.** Coord. Edilson Mougnot Bonfim. Ed. Saraiva. São Paulo. 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115-116 (Coleção Prof. Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo).

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual**. Direito contratual: temas atuais / coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Editora Método.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 03/11/2016.

BRASIL. **Lei n. 9.307/1996**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)>. Acesso em 03/11/2016.

CAPRASSE, Olivier. **A Arbitragem e os Grupos de Sociedades**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol. 21/2003, p. 339 – 386.

DESCARTES, René. **Regras para a Direção do Espírito**. Edições 70, 1985.

FIORATI, Jete Jane. **A Lex Mercatoria como Ordenamento Jurídico Autônomo e os Estados em Desenvolvimento**. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal Brasileiro, Brasília a. 41 n. 164 out./dez. 2004, pág. 19. Disponível em:  
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1004/R164-02.pdf?sequence=4>>. Acesso em 21/10/2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 4 : contratos, tomo I : teoria geral. 10ª edição revista e atualizada, São Paulo, editora Saraiva, 2014.

GIUSTI, Gilberto. **Arbitragem e as Partes na Arbitragem Internacional**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 9, 2006, p. 120 – 133.

HUCK, Hermes Marcelo. **O Terceiro no Processo Arbitral**. Disponível em:  
<<http://www.cmaj.org.br/o-terceiro-no-processo-arbitral/>> Acesso em 19/10/2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**, volume 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem e Intervenção Voluntária de Terceiros: uma proposta**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 33/2012, p. 245 – 269, Abr - Jun / 2012.

OLIVEIRA, Agatha Brandão de; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; **Os Novos Paradigmas da Arbitragem no Âmbito Societário: A Extensão Subjetiva da Convenção Arbitral**. (Arbitration's New Paradigm for Corporate Law: The Extension of the Arbitration Agreement). Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, v. 24, p. 349-370, 2012.

PARK, William W. **Arbitraje Internacional**. Disponível em:  
<<http://www.forseti.pe/revista/arbitraje-internacional/articulo/no-signatarios-y-el-arbitraje-internacional-el-dilema-del-arbitro>> Acesso em: 27/10/2017.

PARK, William W. **Non Signatories and International Contracts: an Arbitrator's Dilemma**. 2009. Disponível em:  
<[http://www.arbitrationicca.org/media/0/12571271340940/park\\_joining\\_nonsignatories.pdf](http://www.arbitrationicca.org/media/0/12571271340940/park_joining_nonsignatories.pdf)>. Acesso em: 27/10/2016

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. **DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: TEORIA E LEGISLAÇÃO NO BRASIL**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. Disponível em:  
<<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Vanessa.pdf>>. Acesso em 03/11/2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Consensualismo na Arbitragem e Teoria do Grupo de Sociedades**. Revista dos Tribunais. Vol. 903/2011, p. 9 – 25.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Arbitragem e Terceiros - Litisconsórcio fora do Pacto Arbitral - Outras Intervenções de Terceiros**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol. 14/2001, p. 357 – 386, Out - Dez / 2001.

VERGEL, Manuel Franco. **La Incorporación de Cláusulas de Arbitraje por Referencia**. Disponível em:<<http://kluwerarbitrationblog.com/2010/03/19/la-incorporacion-de-clausulas-de-arbitraje-por-referencia/>>. Acesso em 03/11/2016.