

A Extensão da Cláusula Compromissória a Partes Não Signatárias na Arbitragem Internacional

The Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatory Parties in International Arbitration

Guilherme Rebouças Ferreira¹

RESUMO

Neste breve trabalho estudaremos quais são as teorias que permitem a extensão da cláusula compromissória a terceiros, bem como exemplos de aplicação prática. O artigo foca, principalmente, na análise da autonomia da vontade como fundamento comum de todas essas teorias, e aponta, quando pertinente, eventuais diferenças verificadas entre a prática internacional e a prática brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem Internacional; Cláusula Compromissória; Autonomia da Vontade; Comércio Internacional; Extensão Subjetiva da Cláusula Compromissória; Teoria da Aparência; Estoppel; Terceiro Beneficiário; Grupo Societário

ABSTRACT

In this brief article we will study which theories allow the extension of the arbitration clause to third parties, as well as examples of practical application. The article focuses mainly on the analysis of party autonomy as the common foundation of all these theories, and indicates, when relevant, the differences between international practice and Brazilian practice.

KEY WORDS: International Arbitration; Arbitration Clause; Party Autonomy; International Trade; Subjective Extension of the Arbitration Clause; Doctrine of Appearance; Estoppel; Third Party Beneficiary; Corporate Group

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, A INAFASTABILIDADE DO JUDICIÁRIO E A AUTONOMIA DA VONTADE; 3. AS POSSIBILIDADES DE EXTENSÃO E SUAS APLICAÇÕES; 3.1. TRANSMISSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA; 3.2. TERCEIRO BENEFICIÁRIO; 3.3. ESTOPPEL; 3.4. AUTORIDADE APARENTE; 3.5. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA; 3.6. GRUPO SOCIETÁRIO; 4. CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.

¹ Candidato a Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais e Bacharel em Direito pela PUC-SP. Advogado inscrito na OAB/SP: 471.444. Email: guilhermereboucas942@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem é um método alternativo de resolução de conflitos que depende, principalmente, da manifestação de vontade de determinada parte no sentido de renunciar à jurisdição estatal e submeter eventual litígio advindo da relação contratual à jurisdição arbitral.

Por se tratar de renúncia a um direito assegurado constitucionalmente, referida manifestação de vontade deve, sempre que possível, ser expressa e inequívoca.

Contudo, a complexidade das relações jurídicas, em alguns casos, e a má-fé dos contratantes, em outros, permite a ocorrência de situações em que, apesar de inexistir manifestação expressa de vontade, a conduta do contratante ou outras circunstâncias permitem inferir que houve, sim, anuênciam em relação à cláusula compromissória.

A delicadeza do tema forçou doutrina e jurisprudência a estabelecerem teorias que permitem, caso configurados determinados requisitos, vincular uma parte que não assinou o contrato à cláusula compromissória nele presente.

Neste trabalho, que parte de uma metodologia dedutiva, com pesquisa bibliográfica e de casos práticos, serão abordadas as principais teorias que permitem a extensão da cláusula compromissória a uma parte não signatária, com o objetivo de esclarecer se há algum aspecto em comum entre elas que facilite a interpretação da possibilidade de extensão como um todo.

2. A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, A INAFASTABILIDADE DO JUDICIÁRIO E A AUTONOMIA DA VONTADE

De acordo com o art. 3º da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), “[a]s partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

Essa disposição, em um primeiro momento, pode parecer ser conflitante com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Por conta dessa aparente antinomia, a Lei de Arbitragem foi alvo de inúmeros questionamentos quanto à sua constitucionalidade em seus primeiros anos de vigência. A controvérsia, entretanto, foi pacificada pelo Supremo Federal Tribunal durante o julgamento da Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206². Ali,

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206/AgR/EP. Relator Ministro Sepúlvera Pertence, j. 12 dez. 2001.

a despeito de um placar apertado, reconheceu-se a possibilidade de renúncia voluntária à jurisdição estatal, como esclarece o voto do Min. Carlos Velloso:

“Com efeito, a Constituição estabelece o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV). Dirige-se o ordenamento constitucional ao legislador. É dizer: este não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Entretanto, a Constituição não estabelece que as pessoas não poderão excluir os seus litígios da apreciação do Judiciário. Ora, se a parte pode transacionar em torno de seus direitos substanciais, podendo, inclusive, desistir da ação que está promovendo, não me parece razoável, data venia, a afirmativa de ser atentatório à Constituição, art. 5º, XXXV, desistir a pessoa, física ou jurídica, do direito instrumental, mediante cláusula compromissória, tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis. Posta assim a questão, parece-me correta a afirmativa contida no parecer do Procurador-Geral da República, no sentido de que o “direito de ação” não quer dizer “dever de ação judicial”. Nada impede exercer a pessoa, física ou jurídica, o direito de transigir a respeito de direitos disponíveis. Não trata mal o princípio da inafastabilidade do controle judicial a pessoa que, capaz de contratar, submete à arbitragem os litígios seus, ainda mais se, ocorrendo causa de nulidade, pode ela pedir a tutela jurisdicional. O art. 33 assegura aos interessados o acesso ao Judiciário, no caso de alegação de nulidade da sentença arbitral e também prevê a possibilidade de ser arguida a nulidade em embargos do devedor (art. 33, § 3º, da Lei n.º 9.307/96, c/c o art. 741 do Código de Processo Civil), conforme registra, aliás, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em trabalho de doutrina, “A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro” (Revista dos Tribunais nº 735, pág. 46). Em suma, Sr. Presidente, a lei não institui a arbitragem em termos obrigatórios, caso em que ocorreria ofensa ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, mas, simplesmente, faculta às partes prevenirem ou terminarem o litígio mediante a arbitragem.”

A constitucionalidade da arbitragem, portanto, tem seu principal fundamento na autonomia da vontade das partes, que, detentoras do direito de acessar livremente o Judiciário, optam, previamente ou não, por não o fazer, resolvendo o conflito de uma forma mais condizente com seus interesses.

Nesse sentido, Sidnei Agostinho Beneti³ defende que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, apesar de inscrito na Constituição Federal com taxatividade e abrangência não vistas em nenhum outro sistema jurídico similar, não pode ser interpretado de forma tão extensiva que venha a suprimir a autonomia da vontade, responsável por permitir que as partes resolvam seus problemas da forma que entenderem mais adequada, sem uma intervenção estatal obrigatória.

De modo semelhante, Arnoldo Wald⁴ aduz que a autonomia da vontade confere às partes o poder de negociar, e desse poder decorre a possibilidade de que construam, de comum acordo, um procedimento

³ BENETI, Sidnei Agostinho. Resolução Alternativa de Conflitos (ADR) e Constitucionalidade. In: Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, vol. 6, set. 2014, pp. 337-358. Disponível em: <https://tinyurl.com/z2dy97b9>. Acesso em: 15.11.2024.

⁴ WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. In: Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, vol. 1, set. 2014, pp. 743-756. Disponível em: <https://tinyurl.com/3vrjxjv3>. Acesso em: 15.11.2024.

voltado ao atendimento de seus próprios interesses, desde que tais interesses digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis.

A obrigatoriedade de vinculação das partes a esse procedimento personalizado, por sua vez, consiste, segundo José Emílio Nunes Pinto⁵, em um desdobramento do dever de manutenção da boa-fé nas relações contratuais contido no art. 422 do Código Civil⁶, de forma que a recusa de uma parte a integrar o procedimento arbitral caracteriza a prática de ato ilícito, nos termos do art. 186⁷ do Código Civil, e pode, caso comprovado nexo de causalidade entre a recusa e eventual dano sofrido pela contraparte, ensejar o dever de indenizar.

Se a constitucionalidade da arbitragem está lastreada na autonomia da vontade das partes, não se pode cogitar a imposição de um procedimento arbitral a uma parte que, no exercício de sua autonomia, não concordou com a renúncia à jurisdição estatal. Assim, a princípio, não se poderia estender a aplicabilidade da cláusula compromissória a uma parte que não a assinou.

3. AS POSSIBILIDADES DE EXTENSÃO E SUAS APLICAÇÕES

Ainda que essa manifestação expressa de vontade não se verifique, as circunstâncias do caso concreto em muitas ocasiões revelam que, apesar de ausente uma manifestação expressa de vontade, há, nas entrelinhas, uma inequívoca anuênciam à submissão da controvérsia a um juízo arbitral. Partindo desse pressuposto e visando à preservação do instituto da arbitragem, doutrina e prática construíram algumas teorias que possibilitam a extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias.

3.1. Transmissão da Cláusula Compromissória

Antes de abordar teorias menos ortodoxas e óbvias, é pertinente tecer algumas considerações acerca da transmissão da cláusula compromissória, que se opera quando há sucessão contratual e independe de manifestação expressa de vontade da parte – e, no direito brasileiro, pode se dar, por exemplo, por meio de sub-rogação, sucessão, cessão contratual, fusão, cisão ou incorporação de sociedades.

⁵ PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. In: *Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, set. 2014, pp. 221-238. Disponível em: <https://tinyurl.com/4mzz79rr>. Acesso em: 15.11.2024.

⁶ Artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁷ Artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Trata-se de questão que, diferentemente das demais que serão tratadas neste artigo, não é cercada de controvérsias, como elucida Paulo Mota Pinto⁸:

“O tema não é desconhecido na doutrina nem na jurisprudência portuguesas, já tendo sido também objeto de acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça. A questão tem sido tratada sobretudo a propósito da posição dos terceiros perante a arbitragem – sem que deixe de se notar que, na verdade, o sucessor na posição resultante da convenção de arbitragem não é terceiro –, e perscrutando a compatibilidade com o fundamento contratual da arbitragem, e com a correlativa exigência de consentimento dos vinculados pela convenção, das soluções para o trânsito da convenção de arbitragem com a cessão da posição contratual, a cessão de créditos, a sub-rogação no crédito e a assunção de dívidas. Envolve, porém, também outras dimensões além do consentimento, como a da natureza da convenção arbitral, sua ligação ao direito de ação, sua pessoalidade, autonomia e separabilidade. Nota-se, sem dúvida, uma tendência no sentido da *facilitação da transmissão* da convenção de arbitragem com o contrato ou o direito emergente do contrato a que está conexa.”

Especificamente em relação à cessão contratual, qualquer análise que parta da concepção unitária – segundo a qual a operação da cessão depende de uma única manifestação de vontade e engloba todos os direitos e obrigações previstos no contrato – certamente concluirá que não faz sentido discriminar as cláusulas materiais e a cláusula compromissória, de modo que a transmissão do contrato é automaticamente acompanhada (salvo disposição em sentido contrário) da obrigação de submeter eventual litígio à jurisdição arbitral⁹.

A sub-rogação, por sua vez, ainda que não se destine à circulação do crédito, como a cessão, possui efeitos similares, já que a transmissão do contrato dar-se-á com a manutenção de todas as suas características¹⁰. Isso significa, inclusive, que a transmissão da cláusula compromissória acontecerá mesmo na hipótese da sub-rogação legal aplicável aos seguradores, prevista no art. 786 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em que se institui o Código Civil¹¹.

E, encerrando este tópico, a transmissão da cláusula compromissória por meio de operações entre sociedades já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça durante o julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 831/FR¹².

⁸ PINTO, Paulo Mota. Transmissão da convenção de arbitragem. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 78, jul-set. 2023, pp. 273-305. Disponível em: <https://tinyurl.com/4fzn3msf>. Acesso em: 15.11.2024.

⁹ GOMES, Técio Spínola. A transmissibilidade da cláusula arbitral diante da cessão de posição contratual. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 5, Out-Dez 2015, pp. 69-81. Disponível em: <https://tinyurl.com/2nusvavx>. Acesso em: 15.11.2024.

¹⁰ PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. In: Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, vol. 2, set. 2014, pp. 221-238. Disponível em: <https://tinyurl.com/4mzz79rr>. Acesso em: 15.11.2024.

¹¹ CAHALI, Francisco José. Transmissão da cláusula arbitral às seguradoras em caso de sub-rogação e a Sentença Estrangeira Contestada 14.930 (2015/0302344-0). In: Revista dos Tribunais, v. 1040, Jun 2022, pp. 71-88. Disponível em: <https://tinyurl.com/5ezttw54>. Acesso em: 15.11.2024.

¹² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. SEC n. 831, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 03.10.2007, DJ de 19.11.07.

A controvérsia, naquele caso, girava em torno da incorporação da Sade Vigesa Industrial e Serviços S/A (“SVIS”) pela Inepar S/A Indústria e Construções. A SVIS, entretanto, era cessionária da Sade Vigesa S/A, que, por sua vez, possuía contrato com cláusula compromissória firmado junto à Spie Enertrans S/A, o que levou a Corte Especial a assentar que “[o] cessionário assume todos os direitos e obrigações do cedente, que se lhe transmite globalmente por efeito do negócio único que estipularam - no caso específico, a cláusula arbitral, prevista no Acordo de Consórcio, que resultou inadimplido pelo cessionário SVIS - INEPAR - vide art. 1116 e seguintes do C.C.B./2002”.

3.2. Terceiro Beneficiário

Não é incomum que um contrato trate de direitos e obrigações de um terceiro não signatário, o que pode ocorrer, por exemplo, (i) na estipulação em favor de terceiro, por meio da qual um determinado benefício é conferido pelos signatários a um terceiro não signatário; e (ii) na promessa de fato de terceiro, por meio da qual um dos signatários se obriga a obter anuênciam de um terceiro não signatário para cumprir determinada prestação¹³.

Em ambos os casos pode-se constatar, eventualmente, uma manifestação de vontade do terceiro signatário em submeter litígios à jurisdição arbitral: no caso da estipulação em favor de terceiro, o não signatário, por aceitar as consequências do contrato que lhe são benéficas, aceita também as demais; e, no caso da promessa em favor de terceiro, o não signatário, ao anuir com o cumprimento de determinada prestação, obriga-se também em relação à cláusula compromissória, desde que tenha conhecimento da sua existência¹⁴.

Um caso particularmente emblemático acerca dessa modalidade de extensão da cláusula compromissória, *Nissin Shipping Co. Ltd.* (“Nissin”) v. *Cleaves & Co. Ltd.* (“Cleaves”)¹⁵, já chegou a ser apreciado pelas cortes inglesas e é muito útil para ilustrar as consequências advindas de uma manifestação indireta de vontade.

A Cleaves era corretora da Nissin e o contrato firmado entre as partes, que estabelecia o pagamento de comissão por cada negócio celebrado, continha cláusula compromissória. A Nissin, entretanto,

¹³ TIBURCIO, Carmen. Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo. In: Revista de Processo, vol. 241, mar. 2015, pp. 521-566. Disponível em: <https://tinyurl.com/5t2u7378>. Acesso em: 15.11.2024.

¹⁴ TIBURCIO, Carmen. Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo. In: Revista de Processo, vol. 241, mar. 2015, pp. 521-566. Disponível em: <https://tinyurl.com/5t2u7378>. Acesso em: 15.11.2024.

¹⁵ *Nisshin Shipping Co Ltd v Cleaves & Co Ltd & Others*, London Commercial Court (2003) EWHC 2602 (Comm).

assinou contrato com alguns fretadores de navio – que também continha cláusula compromissória – e deixou de pagar a comissão à Cleaves¹⁶.

A corretora, então, deu início a um procedimento arbitral para cobrar a comissão que entendia lhe ser devida, mas, já de início, a Nissin alegou que, por não ser parte no contrato em questão, a Cleaver não poderia invocar a aplicação da cláusula compromissória.

O Judiciário inglês, contudo, decidiu que, por haver expressa previsão de pagamento de comissão à Cleaves por cada negócio celebrado pela Nissin, pouco importava uma manifestação expressa no sentido de vincular a corretora, já que havia evidente benefício advindo do contrato em seu favor, autorizando, portanto, a formulação de demandas em sede arbitral.

3.3. *Estoppel*

A *estoppel*, apesar de possuir aplicação mais ampla nas jurisdições de *common law*, encontra no direito brasileiro equivalência com a vedação ao comportamento contraditório – consectário da já abordada boa-fé objetiva.

O instituto trata, essencialmente, da impossibilidade de que uma parte não signatária exerça direitos decorrentes de um contrato e, quando instaurado um litígio, tente escusar-se com a alegação de que não anuiu com a submissão da controvérsia à jurisdição arbitral¹⁷.

A matéria, que não é de forma alguma inédita, foi recentemente apreciada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *GE Energy Power Conversion France Sas* (“GE Energy”) v. *Outokumpu Stainless USA, LLC* (“Outokumpu”)¹⁸.

A ThyssenKrupp Stainless USA, LLC (“ThyssenKrupp”), que tinha como parte de sua propriedade uma planta industrial no Alabama, firmou contratos contendo cláusula compromissória com a F. L. Industries, Inc. (“F. L.”) para fabricar moinhos de laminação a frio.

Acontece que a F. L. subcontratou a GE Energy para fornecer motores para o projeto, enquanto a Outokumpu adquiriu a propriedade da planta da ThyssenKrupp. E, quando os motores fornecidos pela GE

¹⁶ FINKELSTEIN, Cláudio; MENDES, Guilherme Hack. Extensão da cláusula compromissória e aspectos constitucionais: acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade da jurisdição. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 141, jan-fev. 2024, pp. 105/129. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s3utkyx>. Acesso em: 15.11.2024.

¹⁷ DI CELIO, Paulo Salles Cristofaro. Extensão subjetiva da cláusula compromissória: consentimento e realidade comercial. Monografia. (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/30342/30342.PDF>. Acesso em 15.11.2024.

¹⁸ Suprema Corte Americana. No. 18-1048. Justice Thomas. GE Energy Power Conversion France SAS, Corp., FKA Converteam SAS v. Outokumpu Stainless USA, LLC, ET AL. 01.06.2020

Energy se mostraram falhos, a Outokumpu resolveu ingressar com uma ação judicial para reconhecer o inadimplemento contratual.

A GE Energy, por sua vez, sustentou que as partes haviam sucedido seus antecessores na relação contratual e exercido os direitos e obrigações dela decorrentes, de modo que também lhes seria aplicável a cláusula compromissória, impedindo a apreciação da controvérsia pelo Judiciário americano,

A corte distrital do Alabama acolheu os argumentos da GE Energy, mas, após a interposição de recurso pela Outokumpu, a Corte de Apelações do 11º Circuito entendeu que, nos termos da Convenção de Nova York, a cláusula compromissória somente poderia vincular aqueles que assinaram o contrato, de modo que a aplicação da *estoppel* representaria, inclusive, uma violação à Convenção.

A controvérsia foi encerrada com a chegada do caso à Suprema Corte, que, mantendo sua tradição de privilegiar a jurisdição arbitral, não só reconheceu a necessidade de vincular a GE Energy e a Outokumpu à cláusula compromissória como também afastou, expressamente, qualquer potencial conflito com a Convenção de Nova York, como se depreende do voto do relator Clarence Thomas:

“We do not read the nonexclusive language of that provision to set a ceiling that tacitly precludes the use of domestic law to enforce arbitration agreements. Thus, nothing in the text of the Convention ‘conflict[s] with’ the application of domestic equitable estoppel doctrines permit- ted under Chapter 1 of the FAA. 9 U. S. C. § 208.

(...)

Here, the weight of authority from contracting states indicates that the New York Convention does not prohibit the application of domestic law addressing the enforcement of arbitration agreements. The courts of numerous contracting states permit enforcement of arbitration agreements by entities who did not sign an agreement.”

Assim, apesar de uma inconsistência inicial entre o caso concreto e as posições costumeiramente tomadas pelo Judiciário americano, a Suprema Corte optou por, ao final, reproduzir seu entendimento usual.

3.4. Autoridade Aparente

A teoria da aparência pode ser aplicada quando determinada parte, seja ela um ente estatal ou empresarial, é representada por outra na assinatura do contrato, ainda que essa outra não possua poderes regulares de representação – e desde que, é claro, não seja possível afastar a boa-fé da contraparte¹⁹.

As premissas básicas da teoria foram bem sintetizadas por Gary Born²⁰:

¹⁹ DI CELIO, Paulo Salles Cristofaro. Extensão subjetiva da cláusula compromissória: consentimento e realidade comercial. Monografia. (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/30342/30342.PDF>. Acesso em 15.11.2024.

²⁰ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration* 2. ed. [The Hague]: Kluwer Law International, 2014. v. 1, 1524 p. 1425.

“Under the apparent authority theory, a party may be bound by another entity’s acts purportedly entered into on its behalf, even where those acts were unauthorized, if the putative principal created the appearance of authorization through words or conduct, leading a counter-party reasonably to believe that authorization actually existed.”

Costumeiramente, a aplicação da teoria da aparência para estender a cláusula compromissória a um terceiro não signatário dar-se-á quando (i) um órgão ou representante estatal, induzindo a contraparte a erro, age em nome do próprio Estado, ou (ii) quando uma subsidiária, induzindo a contraparte em erro, age em nome de sua empresa controladora²¹.

No âmbito estatal, há o exemplo do caso *ICC Case No. 6474*²², que tratava da recusa de determinado Estado de reconhecer sua vinculação a uma cláusula compromissória assinada por funcionários sem o devido poder de representação. O tribunal arbitral, entretanto, decidiu que caberia ao Estado, no caso concreto, remediar eventuais deficiências de representação, as quais seriam, de qualquer forma, insuficientes para afastar a incidência da cláusula.

Há também o caso do *ICC Case No. 6268*²³, no qual se discutiu o cancelamento repentino da compra de determinadas mercadorias.

Ali, um comprador firmou contrato, com cláusula compromissória, para adquirir um certo número de mercadorias. Mas, ao receber as mercadorias, alegou que havia cancelado todos os pedidos. Chamado ao litígio pelo vendedor, o comprador defendeu-se dizendo que não poderia ser chamado perante o juízo arbitral, já que a pessoa que assinou a cláusula não possuía poderes para adquirir as mercadorias.

No final das contas, o tribunal arbitral entendeu que, partindo da teoria da aparência, era possível constatar que havia indícios suficientes de que o funcionário, ainda que não fosse representante de fato da empresa, aparentava sê-lo, o que justifica a extensão da cláusula compromissória²⁴ (MENDES, 2024).

²¹ DI CELIO, Paulo Salles Cristofaro. Extensão subjetiva da cláusula compromissória: consentimento e realidade comercial. Monografia. (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/30342/30342.PDF>. Acesso em 15.11.2024.

²² Supplier v Republic of X, Partial Award on Jurisdiction and Admissibility, ICC Case No. 6474, 1992 In: BERG, Albert Jan van den (ed), Yearbook Commercial Arbitration 2010, Volume XXXV, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 35 Kluwer Law International 2010. pp. 11 – 432.

²³ New York seller v Californian buyer, Final Award, ICC Case No. 6268, 18 May 1990 In: BERG, Albert Jan van den (ed), Yearbook Commercial Arbitration 1991 - Volume XVI, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 16. Kluwer Law International 1991. pp. 119 – 126.

²⁴ FINKELSTEIN, Cláudio; MENDES, Guilherme Hack. Extensão da cláusula compromissória e aspectos constitucionais: acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade da jurisdição. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 141, jan-fev. 2024, pp. 105/129. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s3utkyx>. Acesso em: 15.11.2024.

3.5. Desconsideração da Personalidade Jurídica

A extensão da cláusula compromissória a um terceiro não signatário também é possível por meio da doutrina do *alter ego* ou *piercing the corporate veil* – mais conhecida no Brasil como a desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50 do Código Civil²⁵.

Para que isso aconteça, é necessário que se constate um desvirtuamento da limitação de responsabilidade que é inerente às sociedades empresariais, demonstrando que determinada sociedade é destinada à perpetuação de fraudes, como ensina Gary Born:

“(...) the essential theory is that one party so dominates the affairs of another party, and has sufficiently misused such control, that it is appropriate to disregard the two companies' separate legal forms and to treat them as a single entity.”²⁶

Em outras palavras, é possível concluir que a desconsideração da personalidade jurídica depende da verificação de dois requisitos, sendo eles (i) a inexistência ou precariedade de separação gerencial e financeira entre as sociedades e (ii) a utilização das sociedades para a prática de fraudes.

A desconsideração já chegou a ser aplicada, em sede arbitral, no caso *Bridas v. Gov. of Turkmenistan*²⁷, que dizia respeito a um contrato de *joint venture* firmado entre a Bridas, uma sociedade argentina, e o Governo do Turcomenistão, por meio de uma entidade designada, tendo como objeto a exploração de recursos petrolíferos.

Ao longo da execução contratual, a subsidiária do governo mudou de nome diversas vezes e, depois de uma tentativa da subsidiária de aumentar sua participação nas receitas futuras²⁸, o Governo do Turcomenistão determinou a interrupção das operações no país.

Com isso, a Bridas deu início a um procedimento arbitral, incluindo, no polo passivo, tanto a subsidiária integral quanto o próprio governo do Turcomenistão. Defrontado com essa situação, o governo dissolveu a subsidiária e promoveu uma série de outras alterações administrativas para tentar evitar que seu patrimônio fosse atingido.

²⁵ Artigo 50 do Código Civil: “*Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Públco quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso*”.

²⁶ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration* 2. ed. [The Hague]: Kluwer Law International, 2014. v. 1, p. 1432

²⁷ *Bridas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan*, 447 F. 3d 411 (5th Cir 2006) (U.S.).

²⁸ DI CELIO, Paulo Salles Cristofaro. Extensão subjetiva da cláusula compromissória: consentimento e realidade comercial. Monografia. (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/30342/30342.PDF>. Acesso em 15.11.2024.

Eventualmente, os pedidos da Bridas foram julgados procedentes e, após o caso chegar na Corte de Apelações do 5º Circuito, foi decidido que não haveria óbice quanto à inclusão do governo do Turcomenistão no polo passivo do procedimento arbitral, já que ele estaria utilizando uma série de sociedades apenas para proteger seu patrimônio.

Deve-se ressaltar, ainda, que a possibilidade de extensão da cláusula compromissória com base na desconsideração da personalidade jurídica não é universalmente aceita pela doutrina (ao menos no aspecto material). Renato Resende Beneduzzi²⁹, por exemplo, ensina que:

“Se o terceiro – no sentido material de alguém estranho à relação jurídica *material* da qual nasceu o litígio – é parte da convenção arbitral, o problema simplesmente não se coloca. O árbitro terá jurisdição para decidir se, à luz do direito material aplicável, esse terceiro deve ou não ser responsabilizado. O busílis surge na situação em que esse terceiro *não é signatário* da convenção. Ele poderia mesmo assim tornar-se parte no processo arbitral, originária ou mesmo supervenientemente, com fundamento na desconsideração? No direito brasileiro, não há espaço para a vinculação do não signatário com fundamento em teorias não consensuais. Sem consenso, ninguém pode ser constrangido a arbitrar. Essa condição, pura e simplesmente, é o que torna constitucional no Brasil a arbitragem (i.e., a possibilidade de execução específica da obrigação de arbitrar e as dimensões positiva e negativa do princípio *Kompetenz-Kompetenz*) e, consequentemente, o que torna impossível a aplicação na arbitragem, contra um terceiro não signatário, da desconsideração da personalidade jurídica. Ademais, [...] a decretação do levantamento do véu pressupõe, necessariamente, o acertamento de fatos estranhos aos limites objetivos da cláusula compromissória – de modo a verificar a conduta do terceiro que, abusando do poder de controle, perpetrou injustiça contra o credor, o que também não se admite.”

Assim, para o autor, eventual desconsideração da personalidade jurídica – ao menos de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro – somente poderia ocorrer na fase de execução da sentença.

3.6. Grupo Societário

De todas as teorias que serão abordadas neste trabalho, aquela com o campo mais fértil para discussões é a do grupo societário, que permite, em tese, a extensão da cláusula compromissória a um terceiro não signatário quando constatado que as empresas atuam de forma coordenada e com gerenciamento administrativo ou econômico centralizado – isso porque é comum que uma sociedade integrante de

²⁹ BENEDUZZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem - Piercing the corporate veil and arbitration. Revista dos Tribunais. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 44, n. 290, p. 473-492, abr. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/s5t2jj6u>. Acesso em: 15.11.2024.

determinado grupo, mesmo não sendo formalmente parte na relação contratual, participe da negociação ou da execução da obrigação³⁰.

Em outras palavras, ao participar de alguma forma do negócio jurídico, o terceiro não signatário manifesta, ainda que de forma indireta, sua vontade de se submeter às condições contratuais. É o que conclui Gustavo Tepedino³¹ ao analisar a jurisprudência da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”):

“A breve exposição de alguns dos precedentes da CCI conduz à constatação de alguns parâmetros para extensão da cláusula compromissória em grupos de sociedades. Como se pode extrair dos trechos selecionados, o Tribunal busca em elementos distintos da assinatura o consentimento dos envolvidos, pois parte da premissa de que não se afigura possível tornar-se parte de procedimento arbitral sem com ele consentir. A conduta das partes ao longo da relação contratual, assim como sua intenção comum constituem as circunstâncias comumente invocadas pela Corte.

(...)

Nota-se, desse modo, que, ao evocar a teoria do grupo de sociedades, não se objetivou afastar o consensualismo na instauração do procedimento arbitral. A existência de grupo de sociedades não resulta, de per si, na participação de todos os integrantes no processo arbitral a que apenas uma sociedade se vinculou. Para Hanotiau, a função dos grupos se limitaria a estabelecer presunção de que todas as sociedades consentiram com a submissão ao tribunal, presunção esta que deve ser afastada nos casos em que não houver outros elementos que ratifiquem a existência de consentimento. Trata-se de mero elemento fático, a ser analisado em conjunto com as demais circunstâncias apresentadas, vez que “a existência de um grupo não implica a vinculação de todas as entidades que o compõem, quando uma dentre elas assume um compromisso. Faz-se necessário estabelecer o consentimento de cada uma (...).” A extensão da cláusula compromissória justifica-se, na experiência estrangeira, não pela existência de um grupo de sociedades, mas pela manifestação de vontade que se torna evidente com o grupo. Trata-se de solução mais consentânea com os pilares nos quais se funda a arbitragem.”

O caso mais famoso envolvendo extensão da cláusula compromissória por meio do reconhecimento de um grupo societário é, provavelmente, o da *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*³² (“Isover”).

Entre 1965 e 1968, duas subsidiárias suíças da Dow Chemical firmaram com a Isover contratos de distribuição de equipamentos de isolamento térmico. Tais contratos, entretanto, que continham cláusula compromissória, previam que a distribuição dos bens em território francês poderia ser realizada por qualquer subsidiária da Dow Chemical.

³⁰ SCALETSKY, Fernanda Sirotsky; DE AZEVEDO, Marcelo Cândido; SERPA, Pedro Ricardo. Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. In: Revista de Direito Empresarial, vol. 3, mai-jun. 2014, pp. 321-351. Disponível em: <https://tinyurl.com/4x9f9ndv>. Acesso em: 15.11.2024.

³¹ TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e a teoria do grupo de sociedades. In: Revista dos Tribunais, vol. 903, jan. 2011, pp. 9-25. Disponível em: <https://tinyurl.com/2rypnbf>. Acesso em: 15.11.2024.

³² CORTE DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). CCI nº 4131/1982. Dow Chemical v. ISOVER. Paris: 1982. Disponível em: <https://tinyurl.com/yhk5et3h>. Acesso em: 15.11.2024.

Após a constatação de alguns problemas na instalação dos equipamentos, quatro empresas componentes do grupo Dow Chemical – as duas subsidiárias suíças signatárias, a subsidiária francesa responsável pela distribuição e a matriz norte-americana – deram início a um procedimento arbitral contra a Isover.

A Isover, por sua vez, prontamente alegou que apenas as subsidiárias suíças, signatárias dos contratos, possuíam legitimidade para figurar como parte no procedimento – a alegação foi rejeitada pelo tribunal arbitral, que, considerando o papel exercido pela matriz norte-americana e pela subsidiária francesa nas negociações e na execução contratual, concluiu que teria havido anuênciam de todos os envolvidos em relação à submissão de eventual controvérsia ao juízo arbitral.

4. CONCLUSÕES

A partir das teorias analisadas neste trabalho, é possível concluir, com segurança, que a possibilidade de extensão da cláusula compromissória está, sempre, ligada à manifestação de vontade do terceiro não signatário.

Essa manifestação de vontade pode ser mais fácil de constatar – como nos casos de transmissão da cláusula compromissória por meio de operações societárias ou da existência de terceiro beneficiário –, como também pode depender de uma análise mais detalhada das circunstâncias fáticas – como na *estoppel* ou quando verificada a existência de grupo societário – ou, ainda, pode estar sendo manifestamente ocultada por uma parte que pretende, de má-fé, escapar do adimplemento de suas obrigações – como quando verificados os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica.

De um jeito ou de outro, a autonomia da vontade, princípio basilar da arbitragem que permite a renúncia à jurisdição estatal, é o que permite também vincular terceiros não signatários à cláusula compromissória.

Assim, a utilização do termo “extensão” pode dar uma impressão diferente daquilo que se constata na prática: o que se busca não é conferir à cláusula compromissória um alcance que não lhe é inerente, mas constatar, a partir da análise do caso concreto, qual é o seu efetivo alcance, que pode, intencionalmente ou não, estar ocultado pelas circunstâncias fáticas.

Privilegia-se, assim, a preservação do instituto da arbitragem, que deve ser protegido, na medida certa, de um formalismo excessivo que acabe por inutilizá-lo ou afastar seus benefícios.

REFERÊNCIAS

BENETI, Sidnei Agostinho. Resolução Alternativa de Conflitos (ADR) e Constitucionalidade. In: Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, vol. 6, set. 2014, pp. 337-358. Disponível em: <https://tinyurl.com/z2dy97b9>. Acesso em: 15.11.2024.

BENEDUZZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem - Piercing the corporate veil and arbitration. Revista dos Tribunais. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 44, n. 290, p. 473-492, abr. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/s5t2jj6u>. Acesso em: 15.11.2024.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration* 2. ed., vol. 1 [The Hague]: Kluwer Law International, 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre Arbitragem. Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206/AgR/EP. Relator Ministro Sepúlvera Pertence, j. 12 dez. 2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. SEC n. 831, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 03.10.2007, DJ de 19.11.07.

CAHALI, Francisco José. Transmissão da cláusula arbitral às seguradoras em caso de sub-rogação e a Sentença Estrangeira Contestada 14.930 (2015/0302344-0). In: Revista dos Tribunais, v. 1040, Jun 2022, pp. 71-88. Disponível em: <https://tinyurl.com/5ezttw54>. Acesso em: 15.11.2024.

CORTE DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). CCI nº 4131/1982. Dow Chemical v. ISOVER. Paris: 1982. Disponível em: <https://tinyurl.com/yhk5et3h>. Acesso em: 15.11.2024.

DI CELIO, Paulo Salles Cristofaro. Extensão subjetiva da cláusula compromissória: consentimento e realidade comercial. Monografia. (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/30342/30342.PDF>. Acesso em 15.11.2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. No. 18-1048. Justice Thomas. GE Energy Power Conversion France SAS, Corp., FKA Converteam SAS v. Outokumpu Stainless USA, LLC, ET AL. 01.06.2020

Supplier v Republic of X, Partial Award on Jurisdiction and Admissibility, ICC Case No. 6474, 1992 In: BERG, Albert Jan van den (ed), Yearbook Commercial Arbitration 2010, Volume XXXV, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 35 Kluwer Law International 2010, pp. 11-432.

New York seller v Californian buyer, Final Award, ICC Case No. 6268, 18 May 1990 In: BERG, Albert Jan van den (ed), Yearbook Commercial Arbitration 1991 - Volume XVI, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 16. Kluwer Law International 1991, pp. 119-126.

Bridas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan, 447 F. 3d 411 (5th Cir 2006) (U.S.).

FINKELSTEIN, Cláudio; MENDES, Guilherme Hack. Extensão da cláusula compromissória e aspectos constitucionais: acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade da jurisdição. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 141, jan-fev. 2024, pp. 105/129. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s3utkxy>. Acesso em: 15.11.2024.

GOMES, Técio Spínola. A transmissibilidade da cláusula arbitral diante da cessão de posição contratual. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 5, Out-Dez 2015, pp. 69-81. Disponível em: <https://tinyurl.com/2nusvavx>. Acesso em: 15.11.2024.

PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. In: Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, vol. 2, set. 2014, pp. 221-238. Disponível em: <https://tinyurl.com/4mzz79rr>. Acesso em: 15.11.2024.

PINTO, Paulo Mota. Transmissão da convenção de arbitragem. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 78, jul-set. 2023, pp. 273-305. Disponível em: <https://tinyurl.com/4fzn3msf>. Acesso em: 15.11.2024.

SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky; DE AZEVEDO, Marcelo Cândido; SERPA, Pedro Ricardo. Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. In: Revista de Direito Empresarial, vol. 3, mai-jun. 2014, pp. 321-351. Disponível em: <https://tinyurl.com/4x9f9ndv>. Acesso em: 15.11.2024.

SUASSUNA, Melissa Melichar. A doctrine of equitable estoppel e a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a não signatário: o recente posicionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos. In: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 67, out-dez. 2020, pp. 363-370. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bb6bz3v>. Acesso em: 15.11.2024.

TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e a teoria do grupo de sociedades. In: Revista dos Tribunais, vol. 903, jan. 2011, pp. 9-25. Disponível em: <https://tinyurl.com/2rypnbfd>. Acesso em: 15.11.2024.

TIBURCIO, Carmen. Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo. In: Revista de Processo, vol. 241, mar. 2015, pp. 521-566. Disponível em: <https://tinyurl.com/5t2u7378>. Acesso em: 15.11.2024.

WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. In: Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, vol. 1, set. 2014, pp. 743-756. Disponível em: <https://tinyurl.com/3vrjxjv3>. Acesso em: 15.11.2024.