

Document information

Publication

Revista Brasileira de Arbitragem

Jurisdiction

Brazil

Key words

Desconsideração da personalidade jurídica
Código Civil, art. 50
critérios
atribuição de responsabilidade
parte e terceiro
consentimento
Lei de Arbitragem, arts. 3º e 4º
Disregard doctrine
Civil Code, art. 50
criteria
liability determination
party and third-party
consent
Brazilian Arbitration Act,
arts. 3 and 4

Bibliographic reference

Rafael Branco Xavier, 'A desconsideração na arbitragem? O consentimento atrás do véu', in João Bosco Lee and Flavia Mange (eds), *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2020, Volume XVII Issue 66) pp. 35 - 66

A desconsideração na arbitragem? O consentimento atrás do véu

Rafael Branco Xavier

Pretende-se discutir a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem. Visa-se a responder a duas questões a respeito da potencial incidência do art. 50 do Código Civil em processos arbitrais. A primeira, se o instituto pode ser utilizado para vincular terceiro que não consentiu com a convenção arbitral. A segunda, se a desconsideração poderá ser manejada pelos árbitros ao aplicarem o direito material ao mérito da disputa. Conclui-se negativamente em relação à primeira, já que o consentimento é critério imprescindível para a vinculatividade do processo arbitral, nos termos dos arts. 3º e 4º da Lei de Arbitragem, e positivamente em relação à segunda, pois a desconsideração contempla regra de atribuição de responsabilidade patrimonial na hipótese de abuso de personalidade. Em síntese, o Direito brasileiro não admite como critério de vinculação ao procedimento arbitral o abuso da personalidade jurídica, pois a verificação do consentimento não se confunde com os pressupostos da desconsideração.

The purpose of this article is to discuss the possibility of the application of the disregard doctrine in arbitration. The intent is to answer two questions regarding the application of art. 50 of the Brazilian Civil Code in arbitral proceedings. The first, whether the doctrine could be used to bound a third party which had not consented to the arbitration clause. The second, whether the disregard doctrine could be applied by the arbitrators when ruling on substantive issues of the dispute. The conclusion is negative to the first, as the consent is essential to the enforceability of the arbitration process, in light of art. 3 and 4 of the Brazilian Arbitration Act, and positive to the second, because the disregard doctrine contemplates a rule of liability determination that is applicable when the abuse of legal entity occurs. In sum, Brazilian Law does not admit the abuse of the legal entity as a criterion to make the arbitral process binding, as the analysis about the consent cannot be mixed with the requirements of the disregard doctrine.

The disregard doctrine in arbitration? Consent behind the veil

(*)

Mestrando em Direito Civil (USP). Sócio de Judith Martins-Costa Advogados.

P 36 ●

Introdução

Este ensaio pretende discutir a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem. Visa a responder a duas questões a respeito da potencial incidência do art. 50 do Código Civil em processos arbitrais (1). A primeira, se o instituto pode ser utilizado para vincular terceiro que não consentiu com a convenção arbitral. A segunda, se a desconsideração poderá ser manejada pelos árbitros ao aplicarem o direito material ao mérito da disputa. Conclui-se negativamente em relação à primeira e positivamente em relação à segunda.

A desconsideração da pessoa jurídica é instituto de direito material. Essa constatação preliminar poderia levar a concluir, sem maiores percalços, pela sua aplicação em processos arbitrais, desde que sob a regência do Direito brasileiro.

Contudo, como a arbitragem é um processo a vincular as partes que consentiram com a convenção arbitral – e somente estas –, a aplicação do instituto pode ser particularmente problemática. O deferimento de pedido baseado no instituto atinge esfera jurídica de terceiros que não são partes da convenção de arbitragem.

A discussão sobre a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da arbitragem normalmente diz respeito à possibilidade de ser invocada como fundamento a vincular o terceiro aos efeitos da convenção arbitral pactuada entre as partes. Essa seria uma repercussão processual da desconsideração da personalidade jurídica, muito embora – e desde já me posiciono – a regra do Código Civil tenha cariz material e eficácia restrita: volta-se a sujeitar o patrimônio de terceiro aos efeitos da responsabilidade, quando houver abuso de personalidade.

P 37 ●

A escolha pela arbitragem produz efeitos apenas na esfera jurídica daqueles que consentiram com a convenção arbitral. Advindo controvérsia sobre o contrato, o litígio deverá ser resolvido por arbitragem entre aquelas partes que assim optaram e somente sobre as controvérsias relativas ao *vin culum iuris*. O consentimento dos interessados em arbitrar é essencial (2). O postulado da relatividade dos efeitos do contrato tem máxima

aplicação.

Se a desconsideração puder ser utilizada pelos árbitros para vincular terceiro que não manifestou vontade de se vincular à cláusula compromissória (3), o critério do consentimento (4) é colocado em xeque como fundamento da arbitragem. O problema se põe na zona existente entre o direito material e o direito processual, bem como entre a jurisdição arbitral e a do Poder Judiciário.

Pergunta-se: O consentimento pode ser excepcionado como critério a conferir legitimidade às partes de processo arbitral, segundo a desconsideração da pessoa jurídica? Em outras palavras, a desconsideração da personalidade jurídica serve como fundamento a obrigar quem não consentiu com a arbitragem a participar do processo arbitral? Em termos legais, a pergunta apresentada é: Verificados os pressupostos do art. 50 do Código Civil, este poderá servir de amparo a vincular terceiro a participar do processo arbitral, excepcionando, por exemplo, o art. 3º da Lei de Arbitragem?

Este o primeiro problema a ser enfrentado neste ensaio. Responde-se negativamente à possibilidade de o tribunal arbitral desconsiderar a personalidade jurídica para obrigar um terceiro a participar do procedimento. O árbitro não tem jurisdição sobre sujeitos de direito externos ao negócio jurídico ao qual se relaciona a convenção de arbitragem. Em síntese, o Direito brasileiro não admite como critério de vinculação ao procedimento arbitral o abuso da personalidade jurídica, pois a verificação do consentimento não se confunde com os pressupostos da desconsideração.

P 38 Não se nega com isso a “extensão” subjetiva da cláusula compromissória. Essa é possível segundo o Direito brasileiro. O seu fundamento não está na regra da desconsideração da personalidade jurídica, mas na correta identificação ● de quem são os figurantes do negócio jurídico. Trata-se de duas questões distintas (5).

É preciso discernir – e assim se buscará neste trabalho – entre, de um lado, a inquirição de quem são as partes da convenção de arbitragem e, de outro, as situações a tratar da eventual eficácia da convenção arbitral perante terceiros (6). Ambas as hipóteses são costumeiramente discutidas sob o signo da vinculação de não signatários à convenção arbitral. Na primeira, busca-se saber se houve manifestação de vontade de parte que não constou do instrumento que enforma o contrato. Já a desconsideração da personalidade jurídica enquadra-se dentro do gênero da segunda hipótese (7): para o que interessa à primeira pergunta deste trabalho, é a partir da aplicação desta técnica que alguns autores entendem possível vincular terceiro à arbitragem, também “estendendo-se” os efeitos da cláusula compromissória.

A conclusão de que a desconsideração da personalidade jurídica não possa ser determinada pelo árbitro para justificar a vinculação à convenção arbitral não afasta, contudo, a possibilidade de aplicação do art. 50 na arbitragem. Este o segundo problema a ser enfrentado pelo ensaio, para o qual se conclui pela possibilidade de o árbitro determiná-la, desde que em relação às partes sobre as quais tem jurisdição. A desconsideração é possível em relação a não signatários, não para vinculá-los à arbitragem, mas para determinar sejam responsabilizados patrimonialmente.

P 39 Cumpre uma última nota introdutória. Em maio de 2018, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a desconsideração da personalidade jurídica era medida sujeita à jurisdição arbitral. A partir desse raciocínio, extinguiu sem ● resolução de mérito medida cautelar pré-arbitral, no âmbito da qual a desconsideração da personalidade jurídica havia sido decretada. Argumentou-se que:

o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ainda que veiculado inicialmente perante o Juízo estatal, a fim de subsidiar a cautelar de arresto incidente sobre bens de terceiros, é também matéria de competência do Juízo arbitral e, como tal, deveria ser necessariamente a ele submetido a julgamento em momento subsequente [...]. (8)

O contexto fático que ensejou o julgado é levado em consideração como pano de fundo de toda a análise. Aos seus fundamentos faz-se remissão ao longo deste estudo, que está dividido em duas partes (9). Na primeira, são apresentadas algumas das premissas de análise, baseadas sobretudo em tentativa de revelação dos conteúdos normativos dos dispositivos legais relevantes, sobretudo segundo método legal e dogmático. Na segunda, são enfrentados os principais argumentos suscitados em relação à possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem a partir de método dialético.

1 Premissas de Análise. O Texto dos Dispositivos Normativos em Pauta

No Direito brasileiro, os possíveis abusos na personificação jurídica são coibidos por meio de uma técnica de responsabilização patrimonial que importa em ineficácia pontual da separação patrimonial. Consiste basicamente em exceção à regra da separação existente entre o patrimônio do sócio e o da sociedade para a determinação de que os efeitos de obrigações sejam estendidos sobre o patrimônio dos beneficiados pelo abuso de personalidade. Trata-se de uma regra de sujeição patrimonial de quem é beneficiário do abuso.

Pouca atenção é dada pelos autores que discutem a desconsideração da personalidade

jurídica na arbitragem ao texto da Lei de Arbitragem e, sobretudo, ao texto do Código Civil. As menções são incidentais. Por isso, cumpre fixar como premissas de análise os suportes fáticos do art. 50 do Código Civil (1.1) e do art. 30 da Lei de Arbitragem (1.2), cuja leitura conjunta leva à impossibilidade de se reconhecer a desconsideração de personalidade atributiva (1.3), bem como suporte fático do art. 40 da Lei de Arbitragem (1.4).

P 40 ●

1.1 O suporte fático do artigo 50 do Código Civil

A regra da separação patrimonial entre bens dos sócios e bens da sociedade é originária da exigência do desenvolvimento do comércio para determinados tipos de sociedades, sendo tradicional em nosso Direito – como já constava no art. 20 do Código Civil de 1916 (10). Há um desincentivo à atividade empresarial ao se vincular o insucesso econômico do empresário à sua ruína pessoal (11) - (12).

Quando, contudo, verificados os pressupostos da desconsideração da pessoa jurídica, previstos no *caput* do art. 50 do Código Civil, o intérprete poderá ignorar a separação patrimonial e determinar a extensão dos efeitos “de certas e determinadas relações de obrigações [...] aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”. Comparada à versão inicialmente sugerida no bojo da elaboração do Código, houve nítida intenção de restringir o conteúdo do dispositivo. Inicialmente, previa-se no *caput*: “A pessoa jurídica não pode servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos, caso em que caberá ao juiz, ao requerimento do lesado ou do Ministério Público, decretar--lhe a dissolução” (13).

Quanto aos requisitos da lei vigente, é necessário abuso. Há dois entendimentos em relação ao alcance dessa expressão. O primeiro, restrito, designa que só haverá abuso quando houver desvio de finalidade ou confusão patrimonial, expressamente contemplados no art. 50 e parágrafos. A densificação do conceito de abuso para a ocorrência de desconsideração se daria apenas nessas duas hipóteses. Nas etapas finais de redação do Código Civil, o dispositivo foi alterado para que constasse a expressão “caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial”, em vista de “corrigir situações em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico”, como notícia o Parecer Final nº 947 do Relator Geral no Senado Federal, Senador Josaphat Marinho (14).

P 41 ●

O segundo, mais amplo, entende que estão abarcados pela desconsideração a confusão patrimonial, o desvio de finalidade e o *abuso*. É dizer, todos os atos que possam ser tidos por abusivos por excessivos ou desbordantes da finalidade a qual estão direcionados. Nessa segunda compreensão, é possível a ligação sistemática entre o art. 50 e o art. 187 do Código Civil, que contempla o abuso como espécie de ilicitude no exercício jurídico.

Fixando-se apenas nas hipóteses arroladas do art. 50, há dois gatilhos a autorizar o julgador a determinar a desconsideração da personalidade jurídica. Recentemente, foram acrescidos parágrafos ao dispositivo pela Lei da Liberdade Econômica, a contemplar definições exemplificativas de ambos. O correto método para sua verificação não deve se concentrar em atos isolados, mas se pautar pelo conjunto, expresso pela atividade empresarial (15).

O § 1º estabelece configurar o desvio de finalidade como “a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”. O desvio de finalidade não é de simples exemplificação, como a confusão patrimonial, a seguir referida. O § 5º estabelece um requisito negativo: não se configurará desvio de finalidade a “mera expansão ou alteração da finalidade original da atividade econômica da pessoa jurídica”. Percebe-se uma nítida intenção de dificultar a aplicação do dispositivo nesse particular: embora a linguagem genérica na definição do § 1º aluda à prática de atos ilícitos de qualquer natureza, passou-se também a afastar, pelo § 5º, a hipótese mais intuitiva. Por exemplo, uma agência de viagens que passa a prestar serviços de consultoria em informática não necessariamente estaria albergada na regra proibitiva.

O § 2º define confusão patrimonial como “a ausência de separação de fato entre os patrimônios”. João Pedro Scalzilli esmiúça o conceito: “O estado jurídico presumido de que os elementos ativos que compõem o patrimônio da sociedade foram desviados da sua função produtiva e acham-se alocados na esfera de outrem” (16). Essa a hipótese mais frequente e de mais fácil visualização. Tratou-se do ocorrido no caso *Continental*, pois o patrimônio da construtora passou a ser transferido a seus sócios e a seus familiares simultaneamente ao inadimplemento contratual da construtora. A confusão patrimonial ampara-se na presunção de que, se nem mesmo os sócios ou administradores tratam de maneira distinta os seus patrimônios em relação ao da sociedade, não poderão opor a terceiros essa confusão.

P 42 ●

Retornando-se à cabeça do dispositivo, enfatize-se a locução que orienta a aplicação do

instituto pelo juiz: “poderá”. Entende-se que se trata de poder conferido ao intérprete para, de acordo com as circunstâncias concretas, determiná-la. Não é a mera verificação de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial que *ex lege* leva à desconsideração da personalidade jurídica. Relembre-se que a primeira garantia do credor será o patrimônio do devedor. Inadimplida a obrigação, todos os bens do devedor estarão sujeitos à responsabilidade patrimonial (17).

Em relação aos efeitos, dois comentários carecem ser destacados: são pontuais e têm destinatários específicos. A desconsideração se dá de forma pontual e episódica (18): são os “efeitos de *certas e determinadas* relações de obrigações” que serão estendidos, na linguagem da lei. Não há extinção da personalidade à medida em que é decretada. Serve para o escopo específico de ampliar a eficácia de determinadas relações com as quais o abuso se relaciona.

A regra é destinada aos “bens” do beneficiado direta ou indiretamente pela situação de abuso, os administradores ou sócios da pessoa jurídica. A referência aos bens permite a conclusão de que o dispositivo normativo se trata de regra de responsabilidade patrimonial: os bens do terceiro é que serão atingidos.

Cabe uma breve palavra ainda sobre a hipótese de desconsideração inversa. Havia certa resistência doutrinária em admiti-la, pois seria em tese possível a penhora no próprio patrimônio do sócio das quotas da pessoa jurídica. Contudo, a jurisprudência já se inclinava em admiti-la, argumentando que o interesse do credor está no cumprimento da obrigação – e o recebimento de quotas envolveria um expediente dificultoso (19). Prevaleceu, então, a ideia de que o sócio pode responder pela pessoa jurídica, ideia essa com fundamento na reciprocidade da confusão patrimonial ou do desvio de finalidade: tanto o sócio quanto a pessoa jurídica podem dele se beneficiar. A dúvida foi, então, superada pela positivação, primeiro no Código de Processo Civil, no art. 133, § 2º, e, recentemente, no Código Civil, no § 3º do art. 50. Cabe também a desconsideração inversa.

P 43 ●

1.2 O suporte fático do artigo 3º da Lei de Arbitragem

O art. 3º da Lei de Arbitragem prevê que “as partes interessadas” poderão submeter os seus litígios à arbitragem. Dois elementos do suporte fático carecem ser marcados a partir do texto legal: “partes” e “interessadas”. Por *partes interessadas* entende-se aqueles sujeitos que declararam vontade segundo as circunstâncias. A declaração de vontade exprime a necessidade de consentimento para arbitrar (20). O dispositivo é um dos exemplos da lei nos quais o critério está consagrado.

Em primeiro lugar, o termo parte é utilizado, inclusive pela lei, de forma imprecisa. A rigor, o termo *figurante* seria o mais adequado. Parte equivale, ensina Gustavo Haical, a lado, isto é, a centro de interesse. Nela está inserta o figurante: aquele que manifesta vontade à existência de negócio jurídico. Na classificação dos negócios jurídicos, importa saber o número de interesses na sua constituição para se classificá-lo como unilateral, bilateral ou plurilateral. Se o negócio é bilateral, há duas partes, ou dois lados, embora em cada um deles possa haver mais de um figurante. Em rigor técnico, portanto, não se deveria aludir ao pretense terceiro não signatário como “parte”: este poderá ser, diferentemente da terminologia corrente, figurante de uma das partes do negócio, uma vez verificada a sua manifestação de vontade (21).

Explique-se também a adjetivação em relação a terceiro não signatário como “pretense”. Se tiver manifestado vontade, será figurante de um dos lados do negócio, e não terceiro. Isso porque terceiro é “todo sujeito de direito que não declara vontade elemento do suporte fático à existência do negócio jurídico” (22). Se tiver manifestado vontade, o não signatário será figurante, e não terceiro. Essa diferença entre figurante e terceiro se dá no plano da existência: considerando o critério da verificação do consentimento. Normalmente a estrutura que se pode visualizar a partir do plano da existência se projeta também no sentido eficaz de parte (23).

P 44 ● No caso *Continental*, aludiu-se ao conceito eficaz de parte (figurante), apodando-o de “parte em sentido substancial”. Nesse sentido, se “da avença ● derivam diretamente para determinado sujeito direitos e obrigações por ele assentidas [*rectius*: consentidas] (no que se insere implicitamente o compromisso arbitral), ele é por natureza parte em sentido substancial, independentemente da denominação referida no documento (v.g., interveniente)” (24).

Em segundo, o consentimento é o fundamento da arbitragem. A arbitragem nasce de um acordo entre as partes (25). Somente haverá arbitragem entre as partes que celebraram negócio jurídico para submeter os litígios à jurisdição dos árbitros.

A conclusão de que a cláusula compromissória é negócio jurídico (26) indica tratar-se de declaração de vontade, que, pelas circunstâncias, é vista como destinada à produção de efeitos jurídicos (27). A ênfase nas circunstâncias diz respeito a “modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos” (28). O negócio jurídico é a conduta total socialmente qualificada como um negócio (29).

Pense-se em situação na qual determinada sociedade limitada A contrata a prestação de serviços da sociedade anônima B, estabelecendo cláusula compromissória. Quando uma delas decide por submeter litígio relacionado à determinada relação contratual à arbitragem, assim o fazem no exercício da autonomia privada. A própria raiz etimológica de autonomia denota a possibilidade de normar-se a si mesmo. Autonomia é o “direito ou fato de se governar por suas próprias leis: caráter de vontade pura que não se determina senão em virtude de seu próprio ser [...]” (30).

Essa escolha produzirá efeitos na esfera jurídica apenas dos contratantes: advindo controvérsia sobre o contrato, o litígio deverá, necessariamente, ser resolvido por arbitragem. Trata-se do efeito positivo do negócio jurídico arbitral: ● as partes que consentiram se *obrigam* a um fazer (31): utilizar esse método caso haja controvérsia sobre a relação contratual. Trata-se de “promessa de instituir juízo arbitral” (32). Tem lugar o *chavão*: a escolha pela arbitragem implica uma renúncia à jurisdição estatal. Este o efeito negativo da convenção arbitral.

O vínculo jurídico contratual não se estende aos respectivos sócios, aos acionistas ou às empresas do grupo. Se o sócio da sociedade A também tem relação jurídica com a sociedade B, eventual litígio entre essas partes não é aproveitado pela convenção arbitral entre a sociedade A e a sociedade B. Ausente convenção arbitral, as controvérsias entre o sócio de A e a sociedade B deverão ser resolvidas pelo Poder Judiciário. O tribunal arbitral nomeado para solucionar litígio entre as sociedades A e B não terá jurisdição sobre partes que a eles não outorgaram poder para tanto.

Instados a decidir a respeito da responsabilidade dos sócios de A pelo inadimplemento da prestadora de serviços, os árbitros não deverão conhecer do pedido, pois diz respeito a terceiro que não consentiu com o processo arbitral. Decisão contrária atingiria a esfera jurídica de sujeito que não outorgou poder ao árbitro para tanto. O figurante não inserido na convenção arbitral não tem legitimidade (33).

Ao se entender a desconsideração como fundamento para considerar terceiro vinculado à cláusula compromissória, atinge-se a esfera jurídica de terceiro, mas não necessariamente o seu patrimônio. A posição jurídica de responsável patrimonial a que se sujeita o terceiro por efeito da aplicação do instituto não se confunde com a posição jurídica de parte no processo arbitral. Esta é processual; aquela, material.

A obrigação de fazer, efeito da convenção arbitral, é a de participar do processo arbitral: posição jurídica processual ativa ou passiva. A responsabilidade patrimonial pode ser uma consequência à qual estará sujeito aquele que é beneficiado pelo abuso. Portanto, a regra do art. 50 tem escopo distinto do art. 30 da Lei de Arbitragem. Este é um primeiro argumento a afastar a possibilidade de a desconsideração, em nosso sistema, servir como fundamento de ● vinculatividade de não signatário à arbitragem (34). A desconsideração não leva ao mesmo resultado que a “extensão” subjetiva da convenção.

1.3 A desconsideração atributiva da personalidade jurídica

A “desconsideração atributiva” é uma forma de enxergar o fenômeno da desconsideração de forma ampla. Importa explorá-la brevemente, na discussão da extensão dos efeitos, pois somente segundo esta teoria é que, em tese, seria possível fundamentar a vinculação do terceiro a partir da desconsideração (35). Em linhas gerais, coloca-se nos efeitos: a partir da desconsideração se logra não apenas imputação de responsabilidade patrimonial ao beneficiado pelo abuso, mas a possibilidade de titularizar posições jurídicas ativas e passivas (36).

Calixto Salomão Filho apresenta contornos dogmáticos da desconsideração atributiva. Refere que na origem a teoria relativamente à desconsideração é “unitarista” – como conceito técnico específico, contraposto e excepcional com relação à regra da separação patrimonial. Os dois efeitos dessa construção unitarista, a qual se opõe, são admitir a desconsideração como regra de atribuição de responsabilidade a sujeito diverso do devedor e a desconsideração como evento excepcional – apenas na hipótese de insolvência do devedor (37).

Contrapõe à teoria “unitarista” uma “teoria dos centros de imputação”. Enxergada a pessoa jurídica sob esse viés, a desconsideração torna-se mais flexível, também ampliando a sua hipótese de incidência. Passam a ser incluídas como possibilidades a ensejarem a desconsideração não só situações de fraude, como também situações em que, “à luz da importância e do objetivo da norma aplicável, é conveniente não levar em conta a personalidade jurídica” (38). Assim se permitiria “a aplicação de certas normas em forma coerente com o escopo do legislador” (39). Provavelmente preocupado com a insegurança que o termo “conveniente” pode ensejar, Calixto Salomão refere que “a atribuição de situações subjetivas ao sócio somente se justificará em circunstâncias em que seria irracional e formalístico presumir o contrário” (40).

P 47 ●

O texto do art. 50 sobre o qual recém se debruçou no item anterior, ao prever “efeitos de certas e determinadas *relações de obrigações*”, poderia ser interpretado no sentido de reconhecer essa amplitude. À medida que refere a extensão de toda e qualquer obrigação, não somente a responsabilidade decorrente do incumprimento lhe serviria de efeito. Por essa razão, entende que, embora seja evidente a redução das hipóteses de

desconsideração à responsabilidade patrimonial, há “possibilidade de seleção e imputação de relações obrigacionais específicas para a aplicação da teoria” (41). Nessa linha interpretativa, há um nítido alargamento a delegar ao intérprete maior liberdade para determinar quando será conveniente aplicá-la (42).

Calixto Salomão Filho lista quatro exemplos de situações que configurariam a desconsideração atributiva, dois deles merecendo destaque. Antes de arrolá-los, é interessante comentar que em nenhum dos exemplos o autor dedica algum comentário à letra do art. 50 do Código Civil. O primeiro diz respeito ao muitas vezes aludido exemplo de proibições impostas ao sócio que podem ser estendidas à sociedade (e vice-versa), sendo o caso das proibições de não concorrência impostas ao sócio que gravariam também a sociedade. No campo arbitral, à luz das Diretrizes da IBA sobre Conflito de Interesses, poder-se-ia pensar também na presunção relativa de identidade entre o árbitro e o seu escritório de advocacia para fins de verificação de conflito de interesse (43).

O segundo exemplo diz respeito a comportamentos do sócio que podem ser atribuídos à sociedade, exemplificando mais especificamente o caso de dolo de terceiro, nos termos do art. 148 do Código Civil. Na sua aplicação, a posição jurídica do terceiro que age com dolo equivaleria à de figurante. Esse exemplo foi também trabalhado por Juan Fernández-Armesto no XVI Congresso Brasileiro de Arbitragem, como uma “particularidade do Direito Brasileiro quanto à extensão da cláusula arbitral a um terceiro”. Para o que ora concerne, o art. 148 do Código Civil prevê a responsabilidade do terceiro que age com dolo e induz o contratante a celebrar negócio jurídico. Por ser potencialmente ● responsável – pois é a que lhe atribui responsabilidade –, o terceiro deve ser arrastado à arbitragem, independentemente de manifestação de vontade (44).

Evidentemente não é escopo desse estudo desenvolver uma teoria geral da desconsideração atributiva, tema passível de ser debatido em tese de doutoramento. Contudo, em apreciação preliminar, malgrado com essa lente seja viável enxergar a amplitude da hipótese de incidência do art. 50 (“efeitos de [...] relações de obrigações”), a consequência da desconsideração no Direito brasileiro, revelada pelo texto subsequente, é específica: imputação de responsabilidade patrimonial. Não se confunde com a atribuição de posição jurídica subjetiva de parte em processo arbitral, posição essa cuja legitimidade é conferida pela manifestação de vontade em arbitrar. Portanto, não se consegue deduzir do texto do art. 50 do Código Civil que a teoria da desconsideração atributiva possa ter aplicação com base nesse dispositivo.

À desconsideração não se pode dar contornos amplos por óbices verificados na própria exegese do art. 50. A interpretação ampliada sugerida pela adoção da teoria da desconsideração atributiva encontra, ainda, outro óbice no sistema: o consentimento deve ser inequívoco para permitir que o sujeito de direito seja considerado parte, como exigem os arts. 3º e 4º da Lei de Arbitragem e 114 do Código Civil.

1.4 O suporte fático do artigo 4º da Lei de Arbitragem

Também o art. 4º expressa o consensualismo na arbitragem ao definir a cláusula compromissória como uma “convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato”. O art. 9º, equivalente funcional relativo ao compromisso arbitral, tem redação semelhante (45). A ênfase ora recai à definição do que podem ser as matérias submetidas à jurisdição do árbitro. Cingidas estão, na cláusula compromissória, ao futuro litígio que venha a surgir relativamente a tal contrato e, no compromisso, ao litígio, já determinado.

Pela negativa, matérias outras que não digam respeito ao litígio não estarão, portanto, sob a jurisdição dos árbitros. Relembre-se aqui que dois argumentos são comumente trazidos para justificar, de modo geral, a inadequação da desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem. A aplicação da técnica seria perigosa porque tem o potencial de “[...] vincular partes que não ● firmaram a convenção arbitral – ou a esta não aderiram, posteriormente, por escrito. Não se pode tratar de matérias que não digam respeito àquele negócio jurídico” (46).

Concorda-se com o raciocínio de que a desconsideração é inadequada como técnica voltada a vincular partes que não firmaram a convenção arbitral. Não se pode manejá-la em face de partes que não manifestaram vontade em submeter o litígio à jurisdição arbitral. Contudo, discorda-se do entendimento segundo o qual a desconsideração implicaria indevido alargamento do objeto do litígio, impassível, então, de ser submetida à jurisdição dos árbitros. Duas razões assim justificam: a desconsideração é um instituto de direito material, e a atribuição de responsabilidade patrimonial pelo descumprimento de um contrato também o é.

Em primeiro lugar, a desconsideração se configura como instituto de direito material. Ao escolherem a lei brasileira como aplicável, os figurantes estão submetidos à eficácia do Código Civil em sua integralidade. Incidem e são aplicadas todas as regras previstas aos negócios jurídicos, desde que não tenham – e possam ter – sido excluídas pelas partes. Neste ponto, concorda-se com Carlos Lobo, quando afirma: “[n]o que se refere ao limite objetivo, cabe ponderar que a competência do árbitro, embora adstrita ao negócio objeto da convenção de arbitragem, compreende o exame e a decisão sobre fatos que

incidem sobre a prestação jurisdicional a ser entregue, dentre os quais ressaltam os relativos à personalidade jurídica das partes” (47).

A argumentação segundo a qual a desconsideração estaria fora do escopo do negócio jurídico ao qual a convenção arbitral se reporta, pois se refere a fatos que com ele não se confundem – por exemplo, a confusão patrimonial entre o sócio da prestadora de serviços e a empresa (48) –, não merece acolhida. A técnica da desconsideração será aplicada se houver razões justificadoras para tanto – entre as quais o poder que o intérprete tem de a determinar ou não. A responsabilidade patrimonial de terceiro *poderá* ser atribuída, como sanção pelo tribunal – que, aliás, está autorizado a derivar consequências jurídicas de condutas antijurídicas das partes. Não pudesse o tribunal aplicar sanções às partes da arbitragem, sua função jurisdicional estaria irremediavelmente comprometida.

P 50 ●

Embora alerte ao ferimento em relação aos limites objetivos que a desconsideração possa causar – tem aqui lugar o conselho de Carlos Alberto Carmona ao recomendar que dúvidas interpretativas sobre a extensão objetiva da cláusula compromissória “devem ser resolvidas no sentido de favorecer a arbitragem”. Assim se faz com base na presunção de que quem escolheu arbitragem não está “imaginando fatiar a contenda para submeter parte das questões ao árbitro e parte ao judiciário” (49).

Argumento de ordem processual também favorece essa compreensão. Defensor da desconsideração apenas no Poder Judiciário, Renato Beneduzi reconhece de modo implícito essa possibilidade. Ao argumentar negativamente quanto à possibilidade de litisconsórcio passivo na demanda visando à desconsideração da personalidade jurídica na jurisdição estatal e defender que seja movida apenas contra o terceiro, assinala: “Se a demanda for movida em face também do devedor, o juiz deverá extinguir o processo sem julgamento de mérito em relação ao devedor originário pela existência de convenção de arbitragem” (50). Ora, se a convenção de arbitragem pode ser utilizada como fundamento a extinguir o processo sem julgamento de mérito, pressuposto é que seja matéria discutível em face do devedor originário por meio da arbitragem, embora sem eficácia em face do terceiro potencialmente atingido.

Nada impede, portanto, que, do ponto de vista estritamente objetivo, a desconsideração componha pedido deduzido em processo arbitral em face do devedor. O problema estará na sujeição dos efeitos dessa sentença ao terceiro. Irreparável a decisão da maioria do caso *Continental* nesse particular:

No ponto, é preciso atentar que, com exceção de questões relacionadas a direitos indisponíveis, qualquer matéria – naturalmente, afeta à relação contratual estabelecida entre as partes –, pode ser submetida à análise do tribunal arbitral, que a decidirá em substituição às partes, com o atributo de definitividade. Veja-se, portanto, que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica não refoge a essa regra, a pretexto de atingir terceiros não signatários do compromisso arbitral. (51)

P 51 ●

Em conclusão à primeira parte deste estudo, o art. 50 do Código Civil é voltado à hipótese de responsabilidade patrimonial. O art. 30 da Lei de Arbitragem é um dos dispositivos legais que consagra o consentimento como critério fundante da vinculação das partes à arbitragem. A desconsideração atributiva ● da personalidade jurídica não tem lugar nem por interpretação literal do art. 50, nem é compatível com a Lei de Arbitragem. Já por esses fundamentos se poderia concluir que é incorreto utilizar a desconsideração da personalidade jurídica como fundamento a vincular terceiro a processo arbitral. A Lei de Arbitragem não exclui, contudo, que seja aplicada às efetivas partes deste processo.

2 A Desconsideração na Arbitragem. Critério do Consentimento e Possibilidade de Aplicação

A regra da separação patrimonial pode ser excepcionada pelo instituto da desconsideração. O efeito da desconsideração é episodicamente considerar o patrimônio do beneficiário do abuso sujeito à responsabilidade. “Os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações” se estenderão sobre o patrimônio do beneficiado pelo abuso. Trata-se de regra de responsabilidade patrimonial.

Entre os autores que defendem a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem, destaca-se o comentário de Ricardo Ramalho de Almeida ao caso *Continental*. Além da menção à desconsideração atributiva, já enfrentada *supra*, basicamente cumpre assinalar quatro linhas argumentativas, a partir das quais se divide esta segunda parte: a tendência positiva em relação à possibilidade de adesão tácita, questão que não se confunde com a desconsideração (2.1); o entendimento majoritário sobre a desconsideração na arbitragem e a sua vinculação ao consensualismo (2.2); o direito subjetivo à desconsideração (2.3); o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* (2.4).

Em síntese, entende-se que, à exceção do primeiro, nenhum dos seguintes justifica a aplicação à vinculação de não signatários à arbitragem, embora a desconsideração seja admitida como regra de atribuição de responsabilidade no mérito, mas apenas em

relação aos efetivos figurantes do negócio jurídico arbitral. Enfrente-se cada um deles.

2.1 A adesão tácita: o consentimento como critério

No caso *Continental*, o STJ confirma o entendimento predominante em doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de adesão tácita à convenção arbitral (52). Essa compreensão basicamente está em reconhecer vinculatidade à manifestação de vontade de determinada parte não signatária pelo seu comportamento.

Trata-se do reconhecimento do critério do consentimento para arbitrar, não estritamente ligado à análise mecânica de aposição de assinaturas em documentos para se chegar à conclusão de vinculação. Não se deve confundir o negócio jurídico com o instrumento que o enforma: é bem verdade que “um mesmo instrumento pode conter, e comumente contém, mais de um negócio” (53); sendo também verdadeiro que uma pluralidade de instrumentos poderá enformar um único.

Havendo manifestação de vontade, o terceiro aparente, a rigor, não é terceiro, mas parte em sentido substancial (figurante).

Uma breve nota terminológica. O termo “extensão” da cláusula compromissória é genérico e equívoco. Sofre críticas de civilistas e arbitralistas, embora continue a ser empregado. Não pode o consentimento ser estendido (54). A rigor, “designa a extensão da eficácia da convenção de arbitragem” (55), ou porque a questão se põe em desvendar quem é a parte efetiva da convenção de arbitragem, não havendo extensão, mas adesão tácita (56). Nesse contexto, fala-se ainda na verificação da “abrangência subjetiva horizontal e vertical da convenção de arbitragem” (57).

Essa é a solução do paradigmático caso *Trelleborg*, no qual houve participação ativa da não signatária na contratação e na execução. Note-se: no inteiro teor do caso *Trelleborg* não há qualquer tipo de menção ao art. 50 do Código Civil (58).

P 53 ●

A adesão tácita é justificável dogmaticamente por meio da interpretação da convenção de arbitragem como negócio jurídico (59).

As manifestações negociais – salvo nas hipóteses em que a lei exige forma especial – não se traduzem, necessariamente, pela assinatura das partes no documento intitulado contrato em que a cláusula está inserta, mas também pelo comportamento anterior, concomitante e posterior à celebração do negócio jurídico. Os dispositivos do Código Civil brasileiro, por exemplo, relativamente à interpretação dos negócios jurídicos, fornecem cânones para análise das manifestações negociais – tanto as expressamente constantes do instrumento quanto aquelas verificadas a partir do comportamento das partes (arts. 111 a 114 do Código Civil).

Para existir, ser válida e produzir efeitos, a convenção arbitral demanda manifestações negociais das partes (art. 112 do Código Civil); e, como implica a renúncia ao processo de conhecimento no Poder Judiciário (efeito negativo da cláusula), tais manifestações devem ser interpretadas estritamente, conforme o art. 114 do Código Civil. É dizer, *a contrario*: a manifestação de vontade deve ser inequívoca, não se permitindo ao intérprete ilações. A convenção arbitral terá que ser escrita, embora a adesão a ela – negócio jurídico unilateral – poderá ser tácita (60). Recai sobre os árbitros a tarefa de interpretar a conduta das partes, bem como as circunstâncias nas quais se concretizaram os atos jurídicos, para averiguar, concretamente, se há elementos seguros a permitir a conclusão de que houve consentimento para arbitrar.

Os temas da desconsideração e a menção ao art. 50 e da adesão tácita são tratados em conjunto: a primeira é aventada para se afastar a possibilidade da segunda (61). Essa confusão merece ser desfeita. Apresenta enorme potencial causador de insegurança jurídica, como foi a solução da maioria no caso *Continental*.

2.2 O entendimento “majoritário”: ainda o consentimento

Segundo Ricardo Ramalho Almeida, a maioria da doutrina reconheceria a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem (62). ● O argumento chama atenção, pois sugere uma via para pautar o debate sobre o tema e o correto enquadramento dogmático da desconsideração na arbitragem.

2.2.1 Há uma maioria favorável (só) à desconsideração?

Entende-se que não há uma maioria favorável à desconsideração. Modo geral, os autores ou a rechaçam expressamente (63), ou estão a tratar de temas conexos, relativos ao consentimento necessário para a vinculação à cláusula compromissória. Passa-se a esmiuçar argumentos defendidos por Arnoldo Wald, Eduardo Munhoz e Carlos Lobo (2.2.1), analisando as posições criticamente a seguir (2.2.2).

Arnoldo Wald aparentemente admite a desconsideração. Contudo, ao atrelar tal possibilidade à ocorrência de fraude ao consentimento, é possível afirmar que o autor não está propriamente a tratar de desconsideração como fundamento *per se*. Três argumentos merecem destaque.

Primeiro, refere que não há diferença “entre a posição do juiz e a do árbitro, pois ambos

aplicam a mesma lei” (64). Segundo, cita os casos *Trelleborg*, *MatlinPatterson v. VRG*, *Comverse v. American Telecommunications* e *Newedge v. Garcia* para fundamentar que a jurisprudência brasileira admite a descon sideração na arbitragem, pois a sujeição à arbitragem de um terceiro, no caso de descon sideração, decorre do fato de ter utilizado uma das partes como verdadeiro instrumento para a realização do negócio, embora essa utilização como instrumento não seja suficiente para “justificar a *responsabilidade* do beneficiário real da operação” (65). Terceiro, conclui haver uma diferença básica de natureza processual entre a arbitragem e o Poder Judiciário, pois na primeira a interpretação da cláusula pressupõe o consensualismo, abrangendo a vontade expressa, tácita ou presumida das partes, ou, ainda, os casos de simulação e fraude. Por isso, à falta de manifestação de vontade das partes, o árbitro não pode ampliar a sua competência, mesmo que busque garantir a eficiência de sua decisão – ao contrário do que ocorre no Poder Judiciário, que pode incluir terceiros no processo mesmo contra a vontade destes (66).

P 55 ●

Já Eduardo Munhoz, ao referir a tendência internacional de admitir a teoria dos grupos societários como fundamento à extensão da cláusula compromissória, assevera ser esta insuficiente, pois seria “indispensável aos árbitros examinar, em cada caso concreto, a vontade e o comportamento das partes” (67). Aponta o dado de realidade segundo o qual nos grupos já não há dissociação de patrimônio e é comum o desvio de finalidade (68). Nesse sentido, critica a Lei das S.A., pois esta partiria da ilusória independência das sociedades que compõem os grupos de fato. A regulação existente baseia-se no “paradigma da absoluta independência e autonomia das sociedades” a integrar os grupos de fato (69). Diante da falta de regulação efetiva a respeito da realidade subjacente aos grupos de fato, o art. 50 se configuraria como única “válvula de escape” no Direito brasileiro para superar a ficção que é a “absoluta independência e autonomia dos membros do grupo”. Para sanar essa disjunção entre norma e realidade, na opinião do autor, a descon sideração da pessoa jurídica deveria ser adotada sob vertente objetiva na arbitragem, pois a regra legal admitiria “a imputação de determinadas relações jurídicas a terceiros” (70).

Por fim, Carlos Lobo mira o exemplo da sociedade controladora em relação à cláusula subscrita pela controlada. Defende a vinculação da primeira, não por se considerar que a controladora “consentiu em obrigar-se implícita ou tacitamente”. A vinculação decorre da necessidade de “desfazimento da artilosa ocultação da controladora, que se apresenta sob a capa da personalidade jurídica da controlada, para não ser colhida pela responsabilidade de um ato antijurídico. Desconsidera-se a aparência, para penetrar na realidade e responsabilizar o verdadeiro agente”. Por isso a cláusula compromissória atingiria a controladora “por força do afastamento do biombo que a escondia” (71).

2.2.2 Análise das posições doutrinárias favoráveis à descon sideração

O entendimento alegadamente majoritário segue considerando o consentimento como critério, ainda que se aluda ao *nomen iuris* da descon sideração.

A posição do juiz e do árbitro é semelhante no que diz respeito à aplicação da mesma lei, mas a frase carece ser complementada. Tanto o juiz brasileiro quanto o árbitro em uma arbitragem regida pela lei brasileira aplicam a mesma lei *material*, mas não a mesma lei processual. O efeito processual da ● convenção de arbitragem é vincular apenas as “partes interessadas”. O critério do consentimento não é mero detalhe. Nesse sentido, o próprio Arnoldo Wald vem mais adiante em seu texto reconhecer a “diferença básica” entre arbitragem e Poder Judiciário, antes aludida. Reconhece, também, a cisão entre o fato de uma parte usar a outra como instrumento e a determinação da responsabilidade do beneficiário real da operação.

P 56 ●

Arnoldo Wald aponta aos casos em que o árbitro deverá atentar à simulação e à fraude. Considerados os exemplos da jurisprudência, se o efeito da constatação das figuras for obrigar não signatário a participar da arbitragem, o raciocínio sobre essas balizas estará sempre pautado pelo consentimento no momento da celebração do negócio – como no caso *Trelleborg* – ou em consentimento posterior em participar do processo, cujo voltar atrás implica violação à boa-fé objetiva – como no caso *Comverse* (72). Por isso, essas hipóteses não “desvirtuam a exigência de consentimento, antes representando noções equivalentes derivadas do próprio modo de ser das relações jurídicas e do comportamento concreto dos envolvidos” (73). A fraude e a simulação ocorridas no momento da pactuação levam à conclusão de que a verdadeira parte contratante é o pretenso terceiro não signatário. Nessa hipótese não se está a tratar propriamente da descon sideração da personalidade prevista no art. 50 do Código Civil. O critério é outro.

Se o efeito da constatação da fraude for determinar a responsabilidade patrimonial, por atos não relacionados à formação do negócio jurídico, neste caso sim se está a tratar de descon sideração. É o que parece ter ocorrido no caso *Newedge v. Garcia*, quando o Poder Judiciário, em cautelar de ação de homologação de sentença estrangeira, deferiu a ordem para determinar a descon sideração inversa da personalidade da sociedade e atingir os bens do sócio, pois evidenciada confusão patrimonial. Não se determinou propriamente a vinculação de *Newedge* para participar na arbitragem em vista da descon sideração. Sujeitou-se o beneficiário da fraude aos efeitos da sentença arbitral (74). A descon sideração foi levada a seu efeito típico, depois de encerrada a arbitragem:

P 57 ● a responsabilidade patrimonial do beneficiado pelo abuso. Seguiu-se o entendimento defendido por Carmona (75), e o entendimento vencido no caso *Continental* (76).

Já no caso *VRG*, a vinculação à cláusula compromissória se deu por duas razões: o pretenso terceiro a rigor era signatário de instrumento de aditamento a negócio jurídico (77). Já por esse fundamento se justificaria a sua vinculação a arbitrar – embora se possa discutir objetivamente o escopo da arbitragem, já que o aditamento dizia respeito apenas à cláusula de não concorrência. Outro argumento se somava: a vinculação se justificaria por aplicação do art. 148 do Código Civil, em função da atribuição da responsabilidade por terceiro – exatamente na linha defendida por Juan Fernández-Armesto no XV Congresso do CBar. Como já se aludiu (78), sendo essa uma espécie de aplicação da teoria da desconsideração atributiva da personalidade jurídica, não tem lugar no Direito brasileiro com o fim de vincular o terceiro à arbitragem. O dolo de terceiro previsto no art. 148, assim como a desconsideração, prevista no art. 50, são regras de imputação de responsabilidade, não de obrigação a decidir os conflitos por meio da arbitragem.

Relembre-se que, no caso *Continental*, a fraude ocorreu durante a execução do contrato. Os atos descritos como a exprimir o consentimento são posteriores à sua formação. O referido “consentimento tácito” é inferido a partir da inexecução contratual, como se pela posição de beneficiários da fraude patrimonial se chegasse à conclusão de que os terceiros beneficiários anuíram com o método de resolução de disputas. Não se faz maiores considerações aos fatos a partir dos quais se poderia concluir ter havido manifestação de vontade dos terceiros. A fundamentação vencedora, registra, contudo, que o consentimento deve ser reconhecido nas hipóteses em que “terceiro”:

[...] utilizando-se de seu poder de controle para a realização de contrato, no qual há a estipulação de compromisso arbitral, e, em abuso da personalidade da pessoa jurídica interposta, determina tal ajuste, sem dele figurar formalmente, com o manifesto propósito de prejudicar ou outro contratante, evidenciado, por exemplo, por atos de dissipação patrimonial em favor daquele. (79)

P 58 Não se entende que se possa corretamente concluir ter havido manifestação de vontade com base neste arrazoado e nos fatos do caso. A situação que ● se está a descrever é de abuso, não de manifestação de vontade. Os “atos de dissipação patrimonial” ocorreram após a assinatura do contrato, já durante a mora da construtora. Não se verifica o negócio jurídico de adesão tácita por parte dos terceiros que receberam o patrimônio da construtora.

A situação do acórdão é distinta do caso *Orri*, julgado na França, no qual não se verificou a ocorrência de fraude *depois* da contratação (80). O caso é tido como o precursor da desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem. Sob a ótica do Direito brasileiro, o caso, contudo, não envolveria a incidência do art. 50. A utilização da terminologia de “levantar o véu” da pessoa jurídica se justificaria sob outras figuras.

Em linhas gerais, o caso envolvia dois documentos escritos referentes à relação negocial entre empresas do grupo do Sr. Orri, de um lado, e a *Elf Aquitaine*, de outro.

No primeiro instrumento, a sociedade *Saudi Europe Line S.A.*, pertencente ao grupo do Sr. Orri, confessava dívida decorrente de contratos impagos. O próprio Sr. Orri firmou o documento. Já o segundo, celebrado no mesmo dia e em reunião que contou com a presença do Sr. Orri, referia-se a novo fornecimento de combustível marítimo pela *Elf Aquitaine* a outra empresa do grupo, a *Saudi Europe Lines*. Neste segundo instrumento havia cláusula compromissória referindo-se ao regulamento da CCI. Não havia aposição da assinatura do Sr. Orri – o seu nome fora riscado. Diante do inadimplemento das prestações dos dois documentos, a *Elf Aquitaine* moveu processo arbitral em face das empresas do grupo e do Sr. Orri pessoalmente.

Na arbitragem, concluiu-se que a cláusula compromissória do segundo contrato era oponível ao Sr. Orri, e ele foi condenado ao pagamento da indenização pelo inadimplemento. A decisão foi confirmada pela Corte de Paris. Entre os argumentos considerados para tanto, concluiu-se que o fato de o Sr. Orri não ter assinado o segundo contrato se configurava como uma fraude manifesta, destinada a ocultar o verdadeiro contratante, especialmente considerando que o Sr. Orri era o único proprietário e responsável legal pela *Saudi Europe Lines*. Por isso, diante do grupo de sociedades, evidenciado pela unidade econômica e submetida a poder comum, a existência jurídica e independência eram apenas formais, consideradas as circunstâncias. Com isso, rechaçou-se a alegação de anulação da sentença arbitral baseada na ilegitimidade do Sr. Orri que não era signatário. Manteve-se a decisão arbitral que o vinculava e condenou-se o Sr. Orri a indenizar *Elf Aquitaine*.

P 59 ●

Se os fatos fossem considerados à luz do Direito brasileiro, a rigor pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva, poder-se-ia justificar a eficácia da cláusula compromissória sobre o Sr. Orri, pois se configurava como verdadeiro figurante. Estava justificada a legítima expectativa de *Elf Aquitaine* em considerar que o contratante era o Sr. Orri,

malgrado a falta de assinatura, pois ele comparecera à reunião na qual os instrumentos foram firmados e era o único sócio e responsável legal pela empresa contratante. Essa legítima expectativa foi considerada no momento da contratação, diferentemente dos fatos no caso *Continental*. No caso brasileiro, não se registrou qualquer problema no momento da contratação.

Consequentemente não seria necessário recorrer à desconsideração da personalidade jurídica. Tampouco a existência de grupo econômico de fato seria suficiente a justificar a vinculação (81). Ao interpretar o negócio, concluir-se-ia pela necessidade de proteção da expectativa de *Elf*: embora firmando dois instrumentos mencionando sociedades distintas, estava a estabelecer relação jurídica com o Sr. Orri. O figurante era o Sr. Orri. Note-se, por fim, que o acórdão separa analiticamente as conclusões de que o Sr. Orri deve ser parte na arbitragem e de que deve ser considerado responsável – para este último desiderato tendo servido o levantamento do véu societário.

Cabem, por fim, breves palavras sobre os argumentos de Eduardo Munhoz e Carlos Lobo. O primeiro reconhece que “o caráter estritamente consensual da arbitragem no Brasil e a consequente interpretação do art. 50, XXXV da CF” representaria “um obstáculo para a vinculação de não signatários”. Em outros trechos, a ligação com a necessidade de consenso é ainda mais explícita (82). Em síntese, a defesa que faz da desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem não se desgarra da necessidade de se verificar a manifestação volitiva para a vinculação. O conteúdo material específico do art. 50 não é referido, nem explorado.

P 60 Por fim, embora a uma primeira vista pareça que o argumento trazido por Carlos Lobo está depurado da lógica consensualista, também a ele se reporta. ● Esse entendimento resta claro a partir de remissão que faz ao estudo de Lamatine Corrêa, *in verbis*: “[...] que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas físicas ou jurídicas?” (83). Ora, se o exame passa por determinar a identidade de quem *agiu*, a análise a ser feita é do *comportamento* e o problema desloca-se para a verificação do consentimento.

Em síntese, analisadas as opiniões dos autores que comporiam a maioria que defenderia a possibilidade de desconsideração da personalidade na jurídica na arbitragem, verifica-se que essa maioria não existe. Quando os autores se referem ao conteúdo normativo do dispositivo do art. 50, enfatizam argumentos imbuídos da lógica consensualista. A base do raciocínio está na verificação de manifestação de vontade.

2.3 O direito subjetivo de propor a desconsideração

Favoravelmente à possibilidade de se reconhecer a desconsideração na arbitragem, argumenta-se que a opção pela arbitragem não pode privar a parte de um direito. Ricardo Ramalho Almeida aduz que a obrigatoriedade em se submeter a parte prejudicada “de forma autônoma só depois da sentença de procedência” ensejaria a criação da jurisdição do árbitro sobre o terceiro, pois a sentença viria a lhe atingir, a despeito da ausência de manifestação de vontade (84).

Não há supressão de direito com a vedação da desconsideração como fundamento a vincular terceiros. Permanece plena a possibilidade de arguição da desconsideração da personalidade pelo prejudicado pela via do Poder Judiciário.

A conclusão de que a desconsideração não tem espaço para vincular o terceiro à cláusula não se confunde com a possibilidade de vir a ser arguida no Poder Judiciário na execução da sentença arbitral, ou durante arbitragem, mediante demanda própria. Vislumbra-se, ainda, a possibilidade de poder ser arguida na arbitragem não como fundamento para vinculação, mas como regra que é de atribuição de responsabilidade patrimonial daquele que não necessariamente ● é o devedor original. São três hipóteses: o pedido de desconsideração anterior ou concomitante ao processo arbitral, o pedido posterior e o pedido no bojo do processo arbitral.

Em primeiro lugar, se o abuso é perpetrado antes ou durante o processo arbitral, o atingido pelo abuso poderá mover demanda judicial autônoma, de natureza cognitiva contra o terceiro, nos termos do art. 134, § 2º do Código de Processo Civil. O dispositivo prevê a dispensa da instauração do incidente de desconsideração se for movido em petição própria. Não há litisconsórcio necessário, pois na ação será citado o sócio ou a pessoa jurídica, a teor do art. 135 do Código de Processo (85). Se a demanda for movida em face também do devedor, o juiz deverá extinguir o processo sem julgamento de mérito em relação a este pela existência de convenção de arbitragem, dando prosseguimento apenas contra o terceiro (86). Não há necessariamente riscos de decisões conflitantes, pois os processos envolverão matéria distinta: apenas na ação autônoma caberá a discussão a respeito da responsabilidade do terceiro.

Se esta solução tivesse sido seguida no caso *Continental*, não há como prever como teria agido o Superior Tribunal de Justiça. Se, de um lado, a maioria entendeu que a desconsideração da personalidade jurídica deveria ter sido requerida na arbitragem – e para justificar essa tese foram utilizados argumentos consensualistas –; de outro, se efetivamente o fosse, correr-se-ia o sério risco de o tribunal arbitral compreender que não teria jurisdição sob o terceiro não signatário, como dá a entender sua tendência ao

responder ao Poder Judiciário (87).

Naquele caso, a alegação de abuso ocorreu antes da arbitragem. Pelo conteúdo do acórdão deduz-se que a confirmação da cautelar de arresto não foi nem tentada no Poder Judiciário, nem no processo arbitral (88). Acatada a recomendação de que à cautelar de arresto tivesse se seguido a petição inicial no Judiciário visando à condenação à desconsideração da personalidade da construtora para que os efeitos do inadimplemento atingissem o patrimônio dos terceiros beneficiários do abuso, melhor sorte poderia ter tido *Continental*. Não se tratava de discutir o mérito do processo arbitral, mas a responsabilidade patrimonial dos terceiros em função do abuso.

P 62 ●

Em segundo lugar, a desconsideração também poderá ser arguida depois de encerrado o processo arbitral, no processo de execução. Nesse estágio, aduz Beneduzi, seria “francamente mais vantajosa”, embora se revista de peculiaridades. Como o terceiro não poderá ser litisconsorte passivo originário na execução, a única forma de instaurá-la seria mediante o procedimento de incidente de desconsideração. O rito deve ser observado, de modo a dar ao terceiro a oportunidade de ampla defesa e contraditório, quando se defenderá a respeito do alegado abuso. Sendo o incidente decidido positivamente (isto é, “houve abuso”), o terceiro deixa de ser “processualmente” um terceiro, “mesmo que, à luz do direito material, deva continuar sendo considerado terceiro, ainda que responsável”. Este terceiro não se vincularia à coisa julgada material formada no processo arbitral, podendo deduzir impugnação ao cumprimento de sentença no processo executório (89).

Em terceiro lugar, como os limites subjetivos da convenção arbitral são fundamento suficiente para afastar a possibilidade da desconsideração, reconhece-se também o direito de o prejudicado buscar a desconsideração em face de um não signatário que tenha aderido tacitamente à convenção arbitral. Nesse caso, a rigor, trata-se de figurante da convenção arbitral – daí porque, parte legítima a responder o processo arbitral. O único inconveniente será prático: o tribunal arbitral deverá fixar primeiramente os limites subjetivos da convenção, primeiro concluindo que o não signatário compõe a parte do negócio jurídico. Essa primeira conclusão não terá como base o art. 50, mas a verificação de que o não signatário manifestou vontade, por isso é figurante, devendo participar do processo.

Por fim, é ainda possível vislumbrar uma hipótese excepcionalíssima. Mesmo que um não signatário seja terceiro, de nenhuma forma tendo manifestado sua vontade, este próprio terceiro poderá ter interesse em discutir e se defender, uma vez movida a demanda contra si, na via arbitral. A sua defesa pode ser consistente em relação à ausência da configuração dos pressupostos da desconsideração, para efeitos de afastar a sua responsabilidade patrimonial em determinado caso. Se houver concordância mútua na participação do terceiro no processo arbitral, não se vê óbices à discussão da desconsideração na arbitragem. Essa parece ser uma hipótese pouco provável, mas a nosso ver admitida pelo ordenamento.

P 63 ●

2.4 O princípio do *Kompetenz-Kompetenz* privilegia a atuação do árbitro, inclusive para a desconsideração

Se se compreendesse haver espaço no art. 50 para a desconsideração atributiva, se admitiria o argumento segundo o qual a desconsideração “é circunstância prejudicial da decisão sobre o pedido formulado na lide principal”. Essa hipótese é exemplificada como o caso de vínculo prevendo a não competição à pessoa jurídica, mas violada pelo respectivo sócio majoritário. Nesse cenário, o acolhimento do pedido formulado na ação principal é dependente da procedência do pedido de desconsideração – por isso a dicção do julgador a respeito da desconsideração seria um *prius*, cabendo necessariamente ao árbitro que decidir a demanda decidi-la antes do mérito.

O fato de a desconsideração não servir de fundamento à vinculação de não signatário não impacta a anterioridade do exame do caso pelo árbitro. O árbitro terá prevalência em relação ao Poder Judiciário para analisar o pedido de inclusão no polo passivo. O argumento que ora se defende é que o art. 50 do Código Civil não lhe fornece um instrumental para tanto. O árbitro deverá analisar sua competência de forma prejudicial. É fundamental que a consideração de que não signatários deverão participar do processo arbitral dê-se no início da arbitragem.

São duas questões distintas: a primeira, a prioridade do árbitro em relação ao Judiciário para analisar o argumento – chegando à conclusão ou não de sua própria competência. A segunda, o correto dimensionamento do conteúdo normativo do art. 50.

As dificuldades no reconhecimento da desconsideração atributiva como teoria a ser admitida com contornos amplos já foram assinaladas. Não há nenhum impacto em relação a uma mitigação à regra da competência-competência prevista no parágrafo único do art. 80 da Lei de Arbitragem. O árbitro tem plenos poderes para definir a própria competência, cabendo-lhe o benefício da dúvida. Assim tivemos a possibilidade de anotar no Relatório de 2016 do CBar--ABEArb, registrando a força vinculante da regra (90).

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

P 64 ●

Como conclusão da segunda parte, cumpre um último comentário acerca do caso *Continental*. Discorda-se que tenha sido adotada “uma abordagem pragmática” pelo STJ, pois se teria preservado “a funcionalidade e a eficácia da técnica da desconsideração, reconhecendo que de outra forma estar-se-ia prestigiando a fraude”. A abordagem processual não foi pragmática – senão acenou para um critério abstrato de determinação segundo o qual a desconsideração da personalidade jurídica deve ser submetida ao tribunal arbitral. Deixou-se a parte prejudicada pela fraude sem tutela jurisdicional.

À toda evidência, o caso configurava abuso de personalidade jurídica perpetrado pela construtora. Mas os beneficiários do abuso não manifestaram adesão à convenção arbitral. Argumentos de índole processual impediram que a credora atingisse o seu desiderato, que fora inicialmente obtido com penhora do patrimônio dos terceiros pela medida cautelar no Poder Judiciário.

O problema processual, contudo, se deu porque a desconsideração foi deferida em medida cautelar pré-arbitral pelo Poder Judiciário e, segundo o que se depreende, o pedido não foi renovado nem no Judiciário, tampouco na arbitragem. Instado pelo Poder Judiciário a se manifestar a respeito, o tribunal arbitral registrou – por meio de ofício e não de “decisão”, como impropriamente se referiu (91) – não ter jurisdição, pois compreendeu não ser competente para conhecer das pretensões em vista de envolverem esfera jurídica de terceiros não signatários da cláusula e a matéria não ter sido deduzida pelas partes. A conclusão do acórdão é que o pedido deveria ter sido encaminhado “àquele a quem incumbiria deliberar sobre a subsistência, modificação ou revogação da decisão liminar então proferida”, pois àquele momento “a atuação da jurisdição estatal já se encontrava exaurida” pela ultrapassagem do prazo para requerimento da ação principal a confirmar a cautelar (92).

Chega-se ao ponto de reconhecer que “o lesado não possui, formalmente, nenhuma relação jurídica com esse terceiro, circunstância que, por si só, obsta o ajuizamento direto de uma ação reparatória em seu desfavor perante a jurisdição estatal”. Confunde-se a ausência de relação jurídica com o terceiro com a determinação de responsabilidade patrimonial pela desconsideração da personalidade jurídica. Débito com responsabilidade.

Tivesse a 3ª Turma concluído no sentido do voto-vista do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, teria adotado perspectiva pragmática. Transcreva-se o voto, na íntegra:

P 65 ●

Temos aqui a situação em que a arbitragem não pode avançar, que é a fase de execução. A cautelar de arresto somente se antecipou em relação a viabilizar a futura execução da decisão proferida na Corte Arbitral. A eventual desconsideração da personalidade jurídica em relação ao sócio objetiva exatamente tornar efetiva essa execução. Então, com a devida vênia, acompanho o voto da Ministra Nancy Andrighi. (93)

Embora o direito a pleitear a desconsideração seja material e não se restrinja necessariamente à medida executória, mas de responsabilidade patrimonial, essa sim teria sido solução pragmática. A pretensa “abordagem pragmática” privilegiou a fraude: a parte que dissipou o seu patrimônio e a terceira permaneceram ilesas, restando sujeita a autora, ainda, ao ônus da sucumbência.

Assentadas as bases legais a guiar a interpretação e pormenorizadamente analisados os argumentos trazidos para defender a desconsideração da personalidade jurídica, é possível chegar a algumas conclusões.

Conclusões

1. O suporte fático do art. 50 do Código Civil prevê regra de atribuição de responsabilidade patrimonial a terceiro que tenha sido beneficiário de abuso;
2. A teoria da desconsideração atributiva da personalidade jurídica encontra óbice para ser admitida na letra do art. 50;
3. O art. 30 da Lei de Arbitragem demanda que os sujeitos de direito consentam para que estejam vinculados à convenção arbitral. Somente as partes (figurantes) da convenção arbitral, entendidos estes como aqueles que manifestaram vontade negocial, estão a ela obrigados e terão legitimidade processual;
4. De um lado, a obrigação de fazer, efeito da convenção arbitral, é a de participar do processo arbitral: posição jurídica processual ativa ou passiva. De outro, a responsabilidade patrimonial pode ser uma consequência à qual estará sujeito aquele

que é beneficiado pelo abuso. A regra do art. 50 tem escopo distinto do consentimento previsto pela Lei de Arbitragem, que também apresenta óbices a uma leitura ampla da desconsideração da personalidade jurídica;

P 66 ●

5. Os limites objetivos da convenção de arbitragem não afastam a possibilidade de a desconsideração ser determinada no processo arbitral como regra de imputação de responsabilidade patrimonial às partes;
6. A adesão tácita de não signatários à convenção arbitral vem sendo admitida pelo Direito brasileiro;
7. Não se confunde a adesão tácita (“extensão” da eficácia da cláusula compromissória) com a desconsideração da personalidade jurídica. A primeira envolve a verificação do consentimento, ainda que não envolva assinatura no documento escrito que enforma o contrato, já a segunda diz respeito à regra de atribuição de responsabilidade patrimonial. O art. 50 do Código Civil não é fundamento hábil a vincular terceiro à arbitragem;
8. A desconsideração de não signatário da convenção arbitral somente se verificará se primeiro o tribunal arbitral verificar ter havido consentimento com a convenção arbitral (ainda que tácito). A desconsideração será um *posterius* em relação ao consentimento, que é *prius*;
9. O prejudicado pelo abuso não perde o direito subjetivo de buscar a desconsideração por ter escolhido a arbitragem. O prejudicado tem a alternativa de propor demanda de desconsideração em face do terceiro junto ao Poder Judiciário, durante ou após o processo arbitral; e
10. O princípio do *Kompetenz-Kompetenz* privilegia a atuação do árbitro, inclusive no que diz respeito a apreciar o pedido de desconsideração e negá-lo para o efeito de fundamentar a adesão tácita de terceiro à convenção arbitral.

P 66 ●

References

- *) **Rafael Branco Xavier:** Artigo originalmente escrito na disciplina Aspectos Processuais da Arbitragem (2019/2), do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ministrada pelo Professor Dr. Carlos Alberto Carmona, com a colaboração dos Assistentes: Dr. Carlos Eduardo Stefen Elias e Dr. Ricardo Aprigliano, aos quais o autor agradece a avaliação e o incentivo à publicação. O autor agradece também a leitura prévia e comentários de Judith Martins-Costa, Pietro Webber, Gustavo Haical, Giovana Benetti, Catarina Paese, Giordano Loureiro e Luca Giannotti que foram fundamentais com o compartilhamento de ideias e esclarecimento de dúvidas. Pede-se ao leitor não desconsiderar a pessoa do autor em relação aos equívocos que eventualmente remanescerem, cuja responsabilidade cabe integralmente a si.
- 1) Embora haja extensa regulamentação no Direito brasileiro acerca da desconsideração em diversos outros campos normativos, este ensaio foi pensado a partir das relações de Direito Privado Patrimonial que normalmente fundam demandas arbitrais à luz do Direito brasileiro. Por isso se restringe ao exame do art. 50 do Código Civil, sem o exame dos demais comandos normativos que a preveem (e.g., art. 28 do Código de Defesa do Consumidor).
 - 2) CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 83. Também, exemplificativamente, MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Arbitragem e grupo de sociedades*. In: VERÇOSA, Haroldo. *Aspectos da arbitragem institucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 153, 155.
 - 3) Por comodidade expositiva, a menos que se refira expressamente à diferença quanto ao compromisso, utiliza-se a espécie cláusula compromissória para se referir ao gênero convenção arbitral.
 - 4) *Rectius*: critério de verificação do consentimento, ora utilizando-se as formulações indistintamente. Com a precisão técnica que lhe é peculiar, esclarece HAICAL, Gustavo. *A autorização no direito privado*. Tese de Doutorado. Orientador: Prof. Dr. Alcides Tomasetti Jr. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019. § 1, 2, p. 63, *in verbis*: “A palavra consentimento não pode ser considerada sinônimo de assentimento, anuência, autorização e permissão. O consentimento é declaração ou manifestação de vontade de um sujeito de direito para que se torne figurante inserto na parte de um negócio jurídico. Quando há o consentimento ‘de alguém no negócio jurídico de outrem é configuração: ambos são figurantes’”.
 - 5) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. § 57, p. 550, nota de rodapé 51; MELO, Leonardo Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 63-65, p. 134.

- 6) MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Eficácia da convenção de arbitragem perante terceiros: o caso do terceiro beneficiário. In: BENETTI, Giovana *et al.* (Org.). *Direito, cultura, método*. Leituras da obra de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019. p. 861, 875.
- 7) Embora me filie à parte do raciocínio desenvolvido por BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, v. 290, p. 473-492, abr. 2019 (acesso pela ferramenta RT Online). Como se verá na Parte II, *infra*, não enxergo da mesma maneira a sistematização proposta no sentido de que todas as teorias “não consensuais” de vinculação de não signatários à arbitragem equivaleriam à desconsideração da personalidade jurídica, mesmo *cum granu salis* (nota de rodapé 6). A hipótese de vinculação do terceiro na estipulação em favor de terceiro aventada por Marino afasta-se das teorias consensuais e também da desconsideração de personalidade jurídica, ao impor o ônus processual de participar da arbitragem ao terceiro que, mesmo recalcitrante quanto à participação, tenha gozado dos benefícios oriundos do contrato. Vide a posição defendida, em síntese: “A nosso ver, uma possibilidade, convenientemente relacionada à própria natureza da estipulação em favor de terceiro diz respeito à índole vantajosa do direito atribuído ao terceiro. Toda vez que a arbitragem tenha sido requerida pelo terceiro, ou, sendo ele o requerido, desde que tenha colhido o benefício oriundo do contrato ou pretenda fazê-lo, a qualificação da participação do terceiro como ônus processual ou meio de tutela do crédito, posições jurídicas acessórias em relação a ele, soa adequada” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Eficácia da convenção de arbitragem perante terceiros: o caso do terceiro beneficiário. In: BENETTI, Giovana *et al.* (Org.). *Direito, cultura, método*. Leituras da obra de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019. p. 874).
- 8) STJ, REsp 1698730/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, J. 08.05.2018, DJ 21.05.2018, p. 24. Referido adiante como “acórdão” ou “caso *Continental*”.
- 9) Esclareça-se que não compõe objeto deste estudo apreciação ampla sobre as cautelares na arbitragem. Essa circunstância é de relevo no caso decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o processo julgado pelo STJ dizia respeito à cautelar de arresto no âmbito da qual a desconsideração da personalidade jurídica fora decretada. Discute-se se a desconsideração da personalidade jurídica pode ser admitida na arbitragem como fundamento a vincular terceiro ou como fundamento à responsabilização de não signatário, independentemente de ter sido apreciada em cautelar pré-arbitral ou não.
- 10) *In verbis*: “Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”.
- 11) SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 241.
- 12) Por ocasião da recente Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), veio a separação a ganhar contornos expressos no Código Civil, no novel art. 49-A: “A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos”.
- 13) Assim está em REALE, Miguel. *Código Civil*. Anteprojeto com m/ revisões, correções, substitutivos e acréscimos. Inédito. Acesso na Biblioteca do Instituto de Estudos Culturalistas, Canela/RS, 2019.
- 14) O parecer refere que a inclusão se deu por sugestão de Fabio Konder Comparato e apoiou-se em monografia de Suzi Elizabeth Cavalcante Koury (*A desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 197), a quem expressamente se atribui o texto entre aspas. O Parecer encontra-se acessível em REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 124.
- 15) Nesse ponto particular concorda-se com SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 262.
- 16) SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 156.
- 17) Código Civil, art. 391; Código de Processo Civil, art. 791.
- 18) Nessa linha, por exemplo, LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Cláusula compromissória e grupo de sociedades. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, v. 48, p. 33-52, jan./mar. 2016, item 7 (acesso pelo RT Online).
- 19) Por exemplo, REsp 948117/MS, Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi, J. 22.06.2010, DJ 03.08.2010. E, mais recentemente, REsp 1733403/SP, Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi, J. 27.08.2019, DJ 29.08.2019.
- 20) O caráter consensual também é expresso no art. 1º da Lei de Arbitragem, a exigir a *capacidade para contratar*. Nesse sentido: MUNHOZ, Eduardo Secchi. Arbitragem e grupo de sociedades. In: VERÇOSA, Haroldo. *Aspectos da arbitragem institucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 153. O autor também alude ao art. 37, II, quanto à referência do “original da convenção da arbitragem” (p. 172).

- 21) HAICAL, Gustavo. A autorização no direito privado. Tese de Doutorado. Orientador: Prof. Dr. Alcides Tomasetti Jr. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019. § 1, 2, p. 40; aludindo ainda TOMASETTI, Alcides. A parte contratual. In: VON ADAMEK, Marcelo (Org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 757. Por comodidade expositiva, refere-se, nesse ensaio, à “parte” e à “figurante” indistintamente, anotando-se o rigor técnico da distinção.
- 22) *Ibidem*, p. 40.
- 23) *Ibidem*, p. 39.
- 24) Acórdão, p. 21. Explica a teoria geral do assentimento no Direito brasileiro, instrumental que permite a distinção entre assentimento e consentimento (HAICAL, Gustavo. A autorização no direito privado. Tese de Doutorado. Orientador: Prof. Dr. Alcides Tomasetti Jr. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019. § 1, item 3.3, p. 57 e ss.).
- 25) BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 91.
- 26) NUNES PINTO, José Emilio. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Revista de Mediação e Arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, ano 2, 2005 (acesso pelo RT Online, item 3); NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15, *in verbis*: “É assim que se considera a cláusula compromissória um negócio jurídico, derivado de uma declaração de vontade vinculante com o propósito de outorgar aos árbitros a atribuição de julgar as controvérsias. Esse é o seu núcleo central ou obrigação principal”.
- 27) Ora seguida a concepção de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*. Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16. O autor enfatiza a importância das circunstâncias negociais, a permitir com que determinada declaração de vontade seja vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos (p. 17; p. 118-125).
- 28) *Ibidem*, p. 122.
- 29) *Ibidem*, p. 120.
- 30) Assim está em ARNAUD, André-Jean. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. 2. ed. Trad. Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 59.
- 31) BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 93; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Eficácia da convenção de arbitragem perante terceiros: o caso do terceiro beneficiário. In: BENETTI, Giovana *et al.* (Org.). *Direito, cultura, método*. Leituras da obra de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019. p. 866.
- 32) CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 79, 102.
- 33) DIDIER JR., Fredie; ARAGÃO, Leandro. A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem*. Estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26.05.2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 260.
- 34) Tema aprofundado na Parte II, itens 2.1 e 2.2.
- 35) COSTA, Guilherme Recena. Partes e terceiros na arbitragem. Tese de Doutorado em Direito Processual Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 145.
- 36) SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 246. Ao invés da confusão patrimonial, nessa visão ampla se refere ao requisito da “confusão de esferas”.
- 37) *Ibidem*, p. 234-241.
- 38) *Ibidem*, p. 242
- 39) *Ibidem*, p. 244.
- 40) SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 260 (reconhecendo, em seguida no texto, a impossibilidade de definição de um método, *in verbis*: “Com relação à desconsideração atributiva, no entanto, ainda que lhe seja atribuída importância para a regulamentação da sociedade unipessoal, não há possibilidade de ser definido um método. Para ela, muito mais relevante é a importância relativa de cada norma e a razoabilidade ou não da preservação das formalidades”).
- 41) *Ibidem*, p. 258.
- 42) A conceituação que Ricardo Ramalho Almeida – cujo entendimento é esmiuçado na Parte II, *infra* – traz acerca da desconsideração para justificar sua aplicabilidade à arbitragem é reveladora desse sentido, *in verbis*: “Mediante a desconsideração da personalidade jurídica do devedor, a responsabilidade por dívida, ou as consequências decorrentes de ato ilícito contratual ou legal, a depender da situação, são atribuídas a outro sujeito, que não aquele que formalmente figura como responsável” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na arbitragem: análise do Recurso Especial nº 1.698.730/SP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, v. 59, ano 15, p. 318, out./dez. 2018 (grifou-se)).

- 43) Fixada no item (6) dos General Standards, nomeado “*Relationships*”, *in verbis*: “(a) The arbitrator is in principle considered to bear the identity of his or her law firm, but when considering the relevance of facts or circumstances to determine whether a potential conflict of interest exists, or whether disclosure should be made, the activities of an arbitrator’s law firm, if any, and the relationship of the arbitrator with the law firm, should be considered in each individual case” (grifou-se) (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. Adotadas pelo Conselho da International Bar Association em 2014).
- 44) FERNÁNDEZ-ARRESTO, Juan. Palestra transcrita. In: VALENÇA FILHO, Cláudio; VISCONTE, Débora; NANNI, Giovanni. *Consentimento na arbitragem internacional*. Trabalhos do XV Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem. São Paulo: CBar, 2017. p. 82-85.
- 45) *In verbis*: “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”.
- 46) DIDIER JR., Fredie; ARAGÃO, Leandro. A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem*. Estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26.05.2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 271-272.
- 47) LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Cláusula compromissória e grupo de sociedades. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, v. 48, p. 33-52, jan./mar. 2016, item 8.
- 48) Por exemplo, COSTA, Guilherme Recena. Partes e terceiros na arbitragem. Tese de Doutorado em Direito Processual Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 16.
- 49) CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 84. A objeção relativa aos limites objetivos está na página anterior, citada à exaustão neste ensaio.
- 50) BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, v. 290, p. 473-492, abr. 2019 (acesso pela ferramenta RT Online, item 4).
- 51) Acórdão, p. 22.
- 52) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. § 57; MELO, Leonardo Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 139-140; QUINTÃO, Luísa; SIMÃO, Camila. Is there room for non-signatories in Brazilian arbitration? In: CASADO FILHO, Napoleão; QUINTÃO, Luísa; SIMÃO (Org.). *Direito internacional e arbitragem – Estudos em homenagem ao Professor Cláudio Finkelstein*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 638.
- 53) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. § 57, 4, p. 550.
- 54) CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 83.
- 55) MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Eficácia da convenção de arbitragem perante terceiros: o caso do terceiro beneficiário. In: BENETTI, Giovana et al. (Org.). *Direito, cultura, método*. Leituras da obra de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019. p. 860 [explicando ainda que se pressupõe dois momentos distintos: “[...] no primeiro, o acordo produziria efeitos no tocante à esfera jurídica de determinados figurantes; no segundo, sua eficácia viria a ser subjetivamente ampliada, de modo a projetar-se também sobre a esfera jurídica de outro ou de outros figurantes, até então terceiros em relação a ela. Essa ampliação eficaz remete aos fatores de dilatação de eficácia, de que fala Antonio Junqueira de Azevedo [...]”].
- 56) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. § 57, 3, p. 548; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 118.
- 57) TEPEDINO, Gustavo. Arbitragem e autonomia privada: notas para um debate. In: MARTINS-COSTA, Judith; REALE JR., Miguel; BENETTI, Giovana (Org.). *Conversa sobre autonomia privada*. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2015. item 3, p. 50.
- 58) TJSP, AC 26750600, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Constança Gonzaga, J. 24.05.2006 (alude-se apenas ao art. 1º da Lei de Arbitragem). Analisando-o, e.g., BENETTI, Giovana; BOSCOLO, Ana Teresa. O consensualismo como fundamento da arbitragem e os impasses decorrentes do dissenso. *Revista de Direito Empresarial*, v. 2, mar. 2014 (acesso pela RT Online, item 7).
- 59) Como já se aludiu supra, item 1.2.

- 60) Outra interpretação possível é a dúvida proposta por Cristiano Zanetti, acerca do art. 4º, § 1º, a partir do seu *caput*. Como o *caput* define cláusula compromissória como *convenção* (isto é, o negócio jurídico bilateral, composto pelas duas manifestações de vontade), estaria implícito no § 1º que “a convenção” deverá ser estipulada por escrito (ZANETTI, Cristiano. *Autonomia privada e arbitragem: o problema da extensão da cláusula compromissória*. In: MARTINS-COSTA, Judith; REALE JR., Miguel; BENETTI, Giovana (Org.). *Conversa sobre autonomia privada*. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2015. p. 63, itens 5-8; e, ainda, em ZANETTI, Cristiano. Pergunta transcrita. In: VALENÇA FILHO, Clávio; VISCONTE, Débora; NANNI, Giovanni. *Consentimento na arbitragem internacional*. Trabalhos do XV Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem. São Paulo: CBar, 2017. p. 92-94.
- 61) CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 83.
- 62) ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na arbitragem: análise do Recurso Especial nº 1.698.730/SP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, v. 59, ano 15, p. 328, out./dez. 2018.
- 63) CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 83; COSTA, Guilherme Recena. Partes e terceiros na arbitragem. Tese de Doutorado em Direito Processual Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 143-147; BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, v. 290, p. 473-492, abr. 2019 (acesso pela ferramenta RT *Online*); DIDIER JR., Fredie; ARAGÃO, Leandro. A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem*. Estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26.05.2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 260.
- 64) WALD, Arnaldo. A desconsideração na arbitragem societária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, v. 44, jan./mar. 2015 (acesso pela ferramenta RT *Online*).
- 65) Idem.
- 66) Idem.
- 67) MUNHOZ, Eduardo Secchi. Arbitragem e grupo de sociedades. In: VERÇOSA, Haroldo. *Aspectos da arbitragem institucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 162.
- 68) Ibidem, p. 177.
- 69) Ibidem, p. 170, p. 175-176.
- 70) Ibidem, p. 177.
- 71) LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Cláusula compromissória e grupo de sociedades. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, v. 48, p. 33-52, jan./mar. 2016, item 8.
- 72) STJ, SEC 3709/EX, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, J. 14.06.2012, DJ 29.06.2012. Verificaram-se dois níveis no comportamento malicioso da parte que contestou a homologação. A iniciativa para a promoção da arbitragem partira do polo ao qual a empresa pertencia; e a filial estrangeira, conquanto inserida em grupo econômico, participava especificamente do procedimento. Dessa forma, “corria o risco” de beneficiar de vitória durante a arbitragem. Tal comportamento foi reprimido, por violação ao princípio da boa-fé, homologando-se a sentença. Do ponto de vista fático, o acórdão destaca a adesão da empresa filiada, condenada no Brasil ao procedimento arbitral especialmente em dois momentos. A uma, quando destaca a presença do representante legal da empresa do Brasil – também administrador da filial no Chile quem promovera arbitragem nos Estados Unidos. A duas, quando da valoração de carta de outro representante, na qual se afirmava que as empresas “concordavam em se vincular à decisão a ser proferida naquele procedimento arbitral”.
- 73) COSTA, Guilherme Recena. Partes e terceiros na arbitragem. Tese de Doutorado em Direito Processual Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 28.
- 74) Conforme a narrativa dos fatos por WALD, Arnaldo. A desconsideração na arbitragem societária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, v. 44, jan./mar. 2015 (acesso pela ferramenta RT *Online*).
- 75) CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 83.
- 76) Referido a seguir, item 2.4.
- 77) WALD, Arnaldo. A desconsideração na arbitragem societária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, v. 44, jan./mar. 2015 (acesso pela ferramenta RT *Online*).
- 78) Supra, item 1.3.
- 79) STJ, REsp 1698730/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, J. 08.05.2018, DJ 21.05.2018.
- 80) Os fatos a seguir descritos estão em: *Orri v. Société des Lubrifiants Elf Aquitaine*, Cour d'appel de Paris (1Ch. suppl.), 11.01.1990. *Revue de l'Arbitrage*, Comitê Français de l'Arbitrage, v. 1992, Issue 1, p. 95-98.
- 81) Como ora consta do § 4º do art. 50 do Código Civil.

- 82) “Com efeito, parece possível a extensão da convenção arbitral para uma parte não signatária do contrato que a estabeleceu, desde que presentes requisitos análogos aos apontados pela jurisprudência internacional: [...] a apuração, no caso concreto, a partir da estrutura e das características do grupo de sociedades, da vontade e do comportamento adotado pela sociedade integrante do grupo; e (3) a existência de documentos escritos que demonstrem a participação da sociedade integrante do grupo na negociação ou na execução do contrato (p. 176). Esse argumento, aliás, não resta claro, diante do trecho seguinte em que refere a dificuldade na verificação da vontade isolada de cada sociedade em grupo, *in verbis*: [...] A ruptura da estrutura organizacional autônoma, decorrente do fenômeno grupal, leva a que, necessariamente, a verificação da vontade manifestada não se restrinja às fronteiras da personalidade jurídica de cada sociedade integrante do grupo”; “[...] não haveria propriamente uma ‘extensão’ da convenção da arbitragem a uma pessoa que não manifestou vontade, mas sim a apuração das partes que *efetivamente* participaram do negócio” (p. 177).
- 83) LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Cláusula compromissória e grupo de sociedades. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, v. 48, p. 33-52, jan./mar. 2016, item 7 (acesso pelo RT *Online*). A mesma transcrição é sublinhada por ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na arbitragem: análise do Recurso Especial nº 1.698.730/SP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, v. 59, ano 15, p. 319, out./dez. 2018.
- 84) ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na arbitragem: análise do Recurso Especial nº 1.698.730/SP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, v. 59, ano 15, p. 326, out./dez. 2018.
- 85) BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, v. 290, p. 473-492, abr. 2019 (acesso pela ferramenta RT *Online*, item 4).
- 86) Idem. O autor identifica ainda três grupos de questões nessa hipótese de concurso de demandas. Entende que o devedor pode intervir no processo judicial na qualidade de assistente; haver coisa julgada material se o credor restar vencido; mesmo que o processo arbitral seja julgado improcedente, por exemplo, por prescrição da dívida, remanesce o interesse do terceiro na declaração judicial de responsabilidade – o que é de relevo à distribuição dos ônus sucumbenciais.
- 87) Acórdão, p. 16-17.
- 88) Acórdão, ementa, item 2.1.
- 89) BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, v. 290, p. 473-492, abr. 2019 (acesso pela ferramenta RT *Online*, item 5).
- 90) Existência, validade e eficácia da Convenção Arbitral. In: LUIS, Daniel Tavela; KULESZA, Gustavo; PEREIRA, Laura (Org.). *Arbitragem e Poder Judiciário*. Pesquisa CBar-ABEArb 2016, 2. ed., 2017. p. 28-33.
- 91) Acórdão, p. 17.
- 92) Acórdão, p. 15.
- 93) Acórdão, p. 45.

© 2021 Kluwer Law International, a Wolters Kluwer Company. All rights reserved.

Kluwer Arbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher.

If you would like to know more about this service, visit www.kluwarbitration.com or contact our Sales staff at lrs-sales@wolterskluwer.com or call +31 (0)172 64 1562.