



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PRIVADO**

**CÁSSIO PITANGUEIRA DIAS ICÓ RIBEIRO**

**ALCANCE SUBJETIVO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONSÓRCIO DE  
SOCIEDADES EMPRESÁRIAS BRASILEIRAS**

Salvador

2018

**CÁSSIO PITANGUEIRA DIAS ICÓ RIBEIRO**

**ALCANCE SUBJETIVO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONSÓRCIO DE  
SOCIEDADES EMPRESÁRIAS BRASILEIRAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Área de concentração: Relações Sociais e Novos Direitos.

Linha de pesquisa: Direito das Relações Sociais na Contemporaneidade.

Orientador: Prof. Ph.D. João Glicério de Oliveira Filho

Salvador  
2018

Ribeiro, Cássio Pitangueira Dias Icó  
Alcance subjetivo da cláusula compromissória no consórcio de sociedades empresárias brasileiras / por Cássio Pitangueira Dias Icó Ribeiro. – 2018.

78 f.

Orientador: Prof. Ph.D. João Glicério de Oliveira Filho.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2018.

1. Arbitragem. 2. Consórcio de empresas. 3. Alcance subjetivo da cláusula compromissória.

I. Universidade Federal da Bahia

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**CÁSSIO PITANGUEIRA DIAS ICÓ RIBEIRO**

### **ALCANCE SUBJETIVO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONSÓRCIO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS BRASILEIRAS**

Dissertação aprovada no curso Mestrado em Direito, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Privado, pela banca examinadora:

**Prof. João Glicério de Oliveira Filho (orientador)** — \_\_\_\_\_

Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa (UL), Portugal; Doutor pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); Mestre pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

**Prof. Técio Spínola Gomes** — \_\_\_\_\_

Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

**Prof. Gabriel Seijo Leal de Figueiredo** — \_\_\_\_\_

Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Salvador/BA, 31 de julho de 2018.

## AGRADECIMENTOS

A realização de um sonho concretiza-se neste momento, obter o grau de mestre em Direito pela Egrégia Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia deixa-me tão honrado quanto grato. Resta-me, agradecer em primeiro lugar, ao meu bondoso Deus por esta maravilhosa oportunidade. A ti, Senhor, toda honra e glória!

Ao longo do curso pude perceber o quanto evolui como ser humano e como pesquisador jurídico, a diferença é perceptível, o acúmulo de conhecimento e a visão crítica mais aguçada com certeza influenciarão sobremaneira minha carreira jurídica doravante, de tal modo que, espero em Deus, a oportunidade de influenciar positivamente todos aqueles que me rodeiam.

Inúmeras pessoas auxiliaram-me a alcançar este objetivo, desta maneira, agradeço imensamente ao meu grande Mestre nesta jornada, o maravilhoso Professor João Glicério de Oliveira Filho, pessoa ímpar neste universo e um orientador espetacular. Tive a grande honra e alegria de ser seu Orientando. Que fique aqui, registrado para todo o sempre, minha gratidão eterna, a este grande Professor que inspira a todos de sua geração!

De igual forma, agradeço muitíssimo ao meu amigo e colega de turma da graduação em Direito da UFBA, o hoje Professor desta casa do Saber e um exemplo a ser seguido, Técio Spínola Gomes, pelas suas brilhantes observações em minha banca de qualificação. Saiba, amigo, que elas foram responsáveis pela guinada final do presente trabalho. Meus sinceros agradecimentos!

Agradeço também aos Professores Bernardo Lima e Taís Carvalho pelas inúmeras contribuições realizadas, pelos conselhos proferidos e pelo tempo a mim dispensados. Gratidão!

Aos meus ilustres amigos e advogados, integrantes do Pitangueira e Marques Advogados Associados, Márcio Ricardo Lima de Jesus Santos, Victor Roriz Ferreira de Sousa e Maria José de Lima, não tenho palavras para agradecer todo o imenso apoio e carinho recebido de vocês neste período tão difícil e complicado de minha vida, que foi a realização deste sonho. Sem vocês, com certeza eu não teria conseguido! Muitíssimo obrigado por tudo!

Aos meus amigos e colegas do PPGD/UFBA Larissa Peixoto Valente e Rafael Carneiro d'Ávila Teixeira, agradeço pela inestimável força moral, pela leitura atenta e pelas discussões pertinentes ao desenvolvimento desta obra! Serei eternamente grato pela atenção de vocês!

Agradeço imensamente, aos meus pais: Antônio Fernandes Icó Ribeiro e Sandra Rita Pitangueira Dias, aos meus irmãos Renato Pitangueira, Fernanda Pitangueira e Mariana Icó pelo apoio e amizade de sempre, ainda, agradeço aos amigos e clientes que entenderam minha ausência em razão deste trabalho acadêmico, incentivando-me a concluí-lo, em todos os

momentos, principalmente nos mais difíceis, por isso, notadamente agradeço a Luciano de Freitas Lopes, Jofre de Oliveira Borges, Anderson Rocha dos Santos, Antônio Silva e Janari Maria Silva.

Por fim, registro um agradecimento especial a Mariana Carla Marques Assunção, pelo apoio incondicional durante esta fase super difícil e tribulada de minha vida. Dedico, em verdade, esta obra a você, que me incentivou a realizar este sonho, e, que, mesmo com toda dificuldade encontrada, não permitiu que eu desistisse. Eterna gratidão!

Difícilmente se encontrará nas ciências qualquer questão sobre a qual os homens versados não tenham muitas vezes discordado entre si.

René Descartes<sup>1</sup>

### Cartesiano

Se me chamares de cartesiano;  
aceito de plano, cartesiano ser;  
nenhum rubor me tomarás;  
nenhuma ingloria hei de ter;

Pelo método, me encontrais;  
investigando o meu ser;  
buscando sempre entender,  
o que ora me desfaz,  
o que ora aceito ser;

A inquietude de René;  
pela busca da verdade da vida;  
torna minha alma imbuída;  
de um sólido sentimento ter;

Com uma investigação minuciosa e fugaz,  
em que tudo se duvida na vida,  
que encontro no penso, logo existo,  
minha essência Divina.

Cássio Pitangueira<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>DESCARTES, René. **Regras para a direção do espírito**. Edições 70, 1985, p. 5.

<sup>2</sup>Minha singela homenagem a René Descartes.

RIBEIRO, Cássio Pitangueira Dias Icó. **Alcance subjetivo da cláusula compromissória no consórcio de sociedades empresárias brasileiras**. 78 f. il. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

## RESUMO

A presente dissertação analisa a possibilidade do alcance subjetivo da cláusula compromissória ocorrer dentro do grupo de consórcio empresarial, englobando as demais consorciadas que não pactuaram com a referida cláusula. Com esse desiderato, promove-se estudo minucioso da autonomia privada, com enfoque em sua evolução desde o século XVIII até hoje, para que seja possível a demonstração de como ocorre a relativização da cláusula compromissória, de tal modo que terceiros-não signatários possam por ela ser alcançados. Posteriormente, investiga-se o fenômeno da concentração e cooperação empresarial, proporcionando uma visão sistêmica sobre os agrupamentos societários, seus elementos constitutivos, suas espécies, classificação e modo de controle. Dentre as várias espécies de grupos empresariais abordados, destaca-se o consórcio como objeto principal do presente estudo, sobre o qual realiza-se estudo pormenorizado de sua origem, conceito, estrutura, e função na sociedade, perpassando pela dissecação do dogma da responsabilidade individual da consorciada perante as obrigações assumidas para a consecução do objetivo consorcial, e, apurando-se ainda a presunção de não-solidariedade entre os integrantes do consórcio prevista no § 1º do art. 278 da lei n. 6.404/76. Por outro lado, identifica-se a autonomia privada e a violação da lei como fontes de origem do alcance subjetivo da cláusula compromissória intragrupo consorcial. Por fim, constata-se a existência de cinco hipóteses jurídicas que permitem o alcance subjetivo da cláusula compromissória perante consorciada não-signatária, são elas: a) violação do inciso IV do art. 279 da Lei n. 6.404/76; b) desvio de finalidade do contrato de consórcio; c) manifestação de vontade da empresa líder: o contrato de mandato; d) consórcio de fato e consórcio irregular; e) previsão contratual de responsabilidade solidária. Com a observância destas situações, as relações travadas com consórcios empresariais ganham maior transparência, ao tempo que oferecem maior segurança jurídica para aqueles que com eles contratam.

**Palavras-chave:** Arbitragem, autonomia privada, consórcio empresarial.



RIBEIRO, Cássio Pitangueira Dias Icó. **Alcance subjetivo da cláusula compromissória no consórcio de sociedade empresárias brasileiras**. 78 f. il. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

### ABSTRACT

The present thesis analyzes the possibility of extending the effects of the arbitration clause within a corporate consortium group, as to include the other consortium members that did not participate in the arbitration agreement. Thus, a detailed study of private autonomy is promoted, focusing on the evolution of the discipline from the eighteenth century until to the present day, in order to demonstrate how the relativization of the arbitration clause occurs, in such a way that non-signatory third parties can be reached. Subsequently, the phenomenon of concentration and business cooperation is investigated, providing a systemic view on corporate groupings, their constituent elements, their species, classification and mode of control. Among the various types of business groups addressed, the consortium stands out as the main object of the present study, on which a detailed study of its origin, concept, structure and function in society is carried out, through the dissection of the dogma of individual responsibility of the consortium member in view of the obligations assumed to achieve the consortium objective, and also establishing the presumption of non-solidarity among the members of the consortium set forth in § 1 of art. 278 of Law n. 6.404/76. On the other hand, the study identifies private autonomy, torts and breaches as sources of origin of the subjective scope of the intra-group consortial arbitration clause. Finally, it is verified the existence of five legal hypotheses that allow the extension of the effects of the arbitration clause to non-signatory consortium members, which are: a) violation of subsection IV of art. 279 of Law n. 6.404/76; b) misuse of purpose of the consortium contract; c) willing manifestation of the leading company: the mandate contract; d) de facto consortium and irregular consortium; e) contractual provision of joint and several liability. By observing these situations, the relationships within corporate consortia gain greater transparency, while providing greater legal certainty for those who contract with them.

**Keywords:** Arbitration, private autonomy, business consortium.

## Sumário

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>2 AUTONOMIA PRIVADA NA ARBITRAGEM</b> .....	<b>5</b>
2.1 ARBITRAGEM .....	5
2.2 AUTONOMIA PRIVADA .....	11
<b>2.2.1 Evolução da autonomia privada: breves notas</b> .....	<b>12</b>
<b>2.2.2 Autonomia privada na arbitragem</b> .....	<b>16</b>
2.3 A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM .....	18
<b>2.3.1 Cláusula compromissória: conceito e denominação</b> .....	<b>21</b>
2.3.1.1 Espécies de cláusula compromissória .....	23
2.3.1.1.1 Cláusula compromissória cheia .....	23
2.3.1.1.2 Cláusula compromissória vazia, incompleta ou em branco .....	24
2.3.1.1.3 Cláusula compromissória patológica ou doente .....	25
2.3.1.2 Natureza jurídica da cláusula compromissória .....	26
2.3.1.3 Requisitos de validade .....	27
<b>2.3.2 Alcance subjetivo da cláusula compromissória: uma realidade mundial</b> .....	<b>28</b>
<b>2.3.3 Compromisso arbitral</b> .....	<b>30</b>
2.3.3.1 Compromisso arbitral e cláusula compromissória: pontos de contato e distanciamento .....	31
2.3.3.2 Alcance subjetivo do compromisso arbitral: uma possibilidade? .....	32
<b>3 DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS – FORMAS DE CONCENTRAÇÃO E COOPERAÇÃO: VISÃO SISTÊMICA</b> .....	<b>35</b>
3.1 DESENVOLVIMENTO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS NO MUNDO E NO BRASIL - BREVES NOTAS .....	35
3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS .....	39
<b>3.2.1 Direção unitária e econômica</b> .....	<b>39</b>
<b>3.2.2 Poder de controle</b> .....	<b>39</b>
3.3 CLASSIFICAÇÃO DOS GRUPOS .....	42
<b>3.3.1 Grupos de subordinação e grupos de coordenação</b> .....	<b>43</b>
<b>3.3.2 Grupos de fato e grupos de direito</b> .....	<b>44</b>
<b>3.3.3 Grupos centralizados e descentralizados</b> .....	<b>45</b>
<b>3.3.4 Grupos de base societária, contratual e pessoal</b> .....	<b>46</b>
<b>3.3.5 Demais classificações sobre grupos</b> .....	<b>47</b>
3.4 OUTRAS ESPÉCIES DE RELACIONAMENTOS EMPRESARIAIS .....	47
<b>3.4.1 Sociedade de propósito específico</b> .....	<b>48</b>
<b>3.4.2 Sociedade holding</b> .....	<b>48</b>
<b>3.4.4 <i>Joint venture</i></b> .....	<b>49</b>
<b>3.4.5 A firma-rede</b> .....	<b>50</b>

<b>4 CONSÓRCIO EMPRESARIAL E A ARBITRAGEM: INVESTIGAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS</b> .....	<b>51</b>
4.1 CONSÓRCIOS EMPRESARIAIS: CONCEITO, ESTRUTURA E FUNÇÃO .....	51
4.2 AUTONOMIA PRIVADA NO CONSÓRCIO E SUA RELAÇÃO COM A SOLIDARIEDADE .....	54
4.3 A RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL DE CADA CONSORCIADA: O PARADIGMA DOMINANTE.....	55
4.4 ALCANCE SUBJETIVO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO GRUPO CONSORCIAL.....	57
<b>4.4.1 Violação do inciso IV do art. 279 da Lei n. 6.404/76</b> .....	<b>59</b>
<b>4.4.2 Desvio de finalidade do contrato de consórcio</b> .....	<b>60</b>
<b>4.4.3 Manifestação de vontade da empresa líder: o contrato de mandato</b> .....	<b>61</b>
<b>4.4.4 Consórcio de fato e consórcio irregular</b> .....	<b>62</b>
<b>4.4.5 Previsão contratual de responsabilidade solidária</b> .....	<b>64</b>
4.5 TRANSMISSÃO SUBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA .....	64
<b>4.5.1 Fusão entre consorciadas</b> .....	<b>64</b>
<b>4.5.2 Incorporação entre consorciadas</b> .....	<b>66</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>74</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No mundo empresarial do século XXI dois grandes fenômenos jurídicos ganham cada vez mais destaque e utilização em escala nacional e internacional, de tal modo que, não é comum a realização de práticas comerciais de grande porte sem sua ocorrência de modo direto ou indireto, assim, a arbitragem e os consórcios empresariais estão em evidência e contribuem significativamente para o desenvolvimento econômico mundial.

Trata-se a arbitragem de método heterocompositivo de solução de controvérsia, por meio dela é possível atribuir a um terceiro particular o poder de julgar, produzindo a decisão arbitral proferida os mesmos efeitos da sentença judicial. Possui natureza jurisdicional, sendo regulamentada no Brasil pela lei n. 9.307/96 que, inclusive, foi declarada constitucional em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da homologação de Sentença Estrangeira SE n. 5.206. Possui como principais características o exercício da autonomia privada, a celeridade, a especialidade dos árbitros, a confidencialidade e o sigilo do procedimento.

A arbitragem atua como importante ferramenta de solução extrajudicial de conflito, desponta atualmente como um instrumento de larga utilização no comércio global, propiciando maior segurança jurídica nas relações contratuais. No Brasil, após a confirmação de sua constitucionalidade e devido a reforma introduzida pela Lei n. 13.129/2015, ganha cada dia mais força e efetividade.

Por sua vez, os grupos econômicos<sup>3</sup> se desenvolveram como uma técnica de união empresarial com o fim de majoração de lucros, divisão de tecnologia e de expansão territorial da atividade empresarial. Notícias do século XVIII retratam a existência de casos incipientes de formação de conglomerados empresariais, como por exemplo o Grupo Medici, no entanto, tem-se de fato que somente a partir da segunda grande guerra mundial é que esse método de aglutinação empresarial ganhou expressivo desenvolvimento e destaque, tendo em vista a necessidade de reorganização da economia alemã no pós-guerra.

Constitui-se, hoje, importante ferramenta de desenvolvimento empresarial, contudo, com pouca normatização no Brasil, principalmente no que diz respeito aos consórcios empresariais, ora objeto principal do presente estudo.

---

<sup>3</sup>Para fins do presente trabalho estabelece-se como premissa que as expressões “grupos de sociedades”, “grupos econômicos”, “agrupamentos societários” e “grupos plurissocietários” serão utilizadas como sinônimas e possuem o sentido de reunião de empresas de quaisquer espécies societárias.

Neste sentido, em razão da complexidade das relações jurídicas que podem surgir diante da arbitragem e do grupo de consórcio, quando ocorrem simultaneamente, tem-se que às regras jurídicas existentes são insuficientes para a resolução de inúmeras celeumas, dentre elas, a possibilidade de alcance subjetivo da cláusula compromissória arbitral perante uma consorciada não-signatária.

Registre-se, por oportuno, que as expressões “alcance subjetivo da cláusula compromissória” e “abrangência subjetiva da cláusula compromissória” são tratadas como sinônimas nesta obra, referindo-se à inclusão da parte não-signatária ao procedimento arbitral.

É justamente esta problemática que será analisada na presente pesquisa, desta forma, pretende-se investigar até que ponto a autonomia privada e a violação da lei podem proporcionar o alcance subjetivo da cláusula compromissória para as demais consorciadas não-signatárias, mesmo que estas não tenham pactuado por escrito tal cláusula conforme determina o § 1º do art. 4º da lei brasileira de arbitragem (lei n. 9.307/96).

Informa-se, todavia, que inúmeros casos já foram julgados por diversos tribunais no mundo onde restou determinado a abrangência da cláusula compromissória para o não-signatário integrante de grupo empresarial, v.g.: o caso da Câmara de Comércio Internacional (CCI) de Paris n. 4131 - Isover Saint Gobain vs. Dow Chemical, o caso CCI n. CCI 6519/1991<sup>4</sup>, CCI 11160/2002<sup>5</sup>, dentre outros.

A doutrina nacional e internacional já estuda o tema há algum tempo, mais precisamente a partir da publicação do *lead case* CCI 4131, entretanto, a problemática continua sendo atual e relevante como nunca, tendo em vista que não restou definido parâmetros específicos para que seja deferida a abrangência ou não da cláusula compromissória.

Assim, a análise continua sendo feita de modo casuístico e levando-se em consideração variados fatores como: a participação ativa da sociedade não-signatária na elaboração, desenvolvimento e conclusão do contrato, o poder de controle da sociedade controladora, a influência dominante, o poder econômico etc., ou seja, até o presente momento nem a doutrina e nem os legisladores apontaram requisitos específicos que se enquadrem de modo geral e que sejam capazes de uniformizar quando ocorrerá o alcance subjetivo ou não da referida cláusula, em quais hipóteses e onde estão os limites de tal prática que busca a concretização da justiça.

Neste sentido, levando-se em consideração que o recorte temático da presente obra se limita à investigação da possibilidade de alcance subjetivo da cláusula compromissória perante

---

<sup>4</sup>Indisponibilidade do nome das partes em razão do sigilo do processo arbitral.

<sup>5</sup>Ibid.

consorciada não-signatária, integrante de grupo consorcial brasileiro, deixa-se de lado, por ora, às discussões sobre esse fenômeno nos consórcios estrangeiros, haja vista que serão objeto de estudo autônomo, em posterior momento.

Identifica-se como pressuposto teórico a obra intitulada de Grupos de Sociedades e a Arbitragem Comercial Internacional de Sandra Yuri Yonekura, contudo, em razão do levantamento bibliográfico realizado, registra-se que não haverá referência ao marco teórico, vez que nenhuma das obras investigadas apontou para a identificação concreta e precisa de requisitos gerais ou específicos, que abarquem de modo seguro quando poderá ocorrer o alcance subjetivo ou não entre as consorciadas não-signatárias, sendo assim, resta prejudicada sua menção.

Os objetivos gerais da presente pesquisa são: a) demonstrar que a evolução da autonomia privada e dos princípios clássicos contratuais, desde o século VXIII até o presente momento, pode proporcionar um ambiente favorável para que ocorra o alcance subjetivo da cláusula compromissória perante a consorciada não-signatária; b) investigar se a consorciação por si só é capaz de permitir a referida abrangência subjetiva; c) confirmar se a autonomia privada e a violação da lei podem ser considerados como fontes emanadoras do alcance subjetivo; d) diferenciar a aplicação da não presunção de solidariedade consorcial, enquanto técnica de julgamento, do reconhecimento da solidariedade em virtude da prática de um ato ilícito, com base no art. 942 do Código Civil de 2002, ou, então, sua aplicação em razão da autonomia privada e, por fim, e) verificar se a personalização dos consórcios empresariais poderá contribuir para maior segurança jurídica para todos que com eles contratam.

Por outro lado, os objetivos específicos consistem em testar cinco hipóteses de abrangência subjetiva da cláusula compromissória no grupo de consórcio, são elas: I) a violação do inciso IV do art. 279 da lei n. 6.404/76; II) desvio de finalidade do contrato de consórcio; III) manifestação de vontade da empresa líder: o contrato de mandato; IV) consórcio de fato e consórcio irregular; V) previsão contratual de responsabilidade solidária;

Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizar-se-á o método cartesiano desenvolvido por René Descartes em sua obra Discurso do Método, de tal modo que, o objeto de estudo será decomposto em três partes específicas que giram em torno da abrangência subjetiva da cláusula compromissória, quais sejam: autonomia privada, o fenômeno da concentração e cooperação empresarial e o grupo de consórcio.

Ademais, será adotado o procedimento de pesquisa bibliográfica e a análise jurisprudencial sobre os temas mencionados com o propósito de investigação das teses ora vigentes.

No Capítulo 1 ocorrerá uma abordagem que tratará da relação existente entre a arbitragem e o alcance subjetivo da cláusula compromissória perante terceiro não-signatário e, com esse desiderato, serão discutidos temas como a evolução e relativização da autonomia privada na pós-modernidade, o dogma da segurança jurídica, a função social da arbitragem, a convenção arbitral e a busca pela concretização da justiça.

O Capítulo 2 será dedicado ao estudo da concentração e cooperação empresarial, enquanto movimento catalisador da economia e unificador de sociedades empresárias, formados por meio de agrupamentos societários. Desta forma, analisar-se-á o desenvolvimento, a constituição, classificação e espécies dos grupos empresariais formados.

Já o Capítulo 3 será responsável pela análise específica do grupo de consórcio e sua relação com a arbitragem, perpassando pela análise da responsabilidade individual da consorciada, com destaque para a presunção de não-solidariedade entre elas, e, em seguida, serão expostas as hipóteses de alcance subjetivo da cláusula compromissória entre as consorciadas não-signatárias.

Por fim, na última parte deste trabalho, serão apresentadas às conclusões pertinentes à pesquisa ora desenvolvida, com a exposição analítica dos argumentos jurídicos que permitirão a confirmação das hipóteses de abrangência da cláusula compromissória no consórcio empresarial.

## 2 AUTONOMIA PRIVADA NA ARBITRAGEM

O presente capítulo abordará a relação existente entre a arbitragem, a evolução da autonomia privada e o alcance subjetivo da cláusula compromissória, investigando, inclusive, a possibilidade de abrangência subjetiva do compromisso arbitral.

Com esse desiderato, expor-se-á breve introdução histórica da arbitragem, seu conceito e natureza jurídica, bem como a análise da convenção arbitral, de suas espécies e seus respectivos requisitos de validade, fazendo a correlação pertinente com a hermenêutica atual da autonomia privada nas relações negociais.

Deste modo, quando da análise da cláusula compromissória serão expostas as principais teorias que justificam sua abrangência subjetiva, *v.g.*, a teoria do grupo de companhias, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o *estoppel* ou *equitable estoppel* e a teoria da incorporação por referência (*incorporation by reference*).

### 2.1 ARBITRAGEM

A arbitragem é um método de solução de controvérsia por meio do qual os litigantes capazes, através de uma convenção arbitral, submetem qualquer litígio que trate sobre direito patrimonial disponível para apreciação e julgamento de um ou mais particulares, que são denominados de árbitros, ficando a cargo destes o julgamento da disputa, proferindo decisão arbitral que possui a mesma eficácia de uma sentença judicial, sendo que, via de regra, não é suscetível de recurso.

A atual base legal deste método de resolução de conflito encontra guarida na lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem Brasileira)<sup>6</sup> que traz no bojo de seu primeiro artigo um conceito sucinto de arbitragem, dispondo que as pessoas que são capazes de contratar poderão se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos que sejam relativos a direitos patrimoniais disponíveis<sup>7</sup>. Na realidade, o supracitado artigo não conceitua arbitragem, tão somente disciplina quem pode dela se utilizar e que tipo de direito estão submetidos à sua análise.

Cumprido esclarecer que este método alternativo de solução de conflitos não é uma

---

<sup>6</sup>BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24, set., 1996. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)>. Acesso em 24 jan 2018.

<sup>7</sup>Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.



novidade, muito embora só esteja se desenvolvendo de fato no Brasil neste século, entretanto, está presente desde o período colonial, conforme dispunha o Título 113 do Livro III das Ordenações Afonsinas<sup>8</sup> que tratava dos “Juizes Alvidros”.

Luciano Braga Lemos e Rodrigo Braga Lemos comentam a implantação das Ordenações Afonsinas no Brasil aduzindo que eram elas que estavam vigentes no Reino de Portugal quando do descobrimento do Brasil em 1500, sendo que, em razão disso foram aqui aplicadas, somente substituídas em 1521 pelas Ordenações Manuelinas. Ambas eram fontes principais de aplicação do direito no Brasil, contudo, continham nítida inspiração e aplicação subsidiária do direito Romano, Canônico e o Consuetudinário. Ressaltam, inclusive, que as Ordenações Afonsinas já previam naquela época a possibilidade de renúncia dos recursos contra as sentenças arbitrais, conhecido como renúncia do *beneficium appellationis arbitrorum sententiae*, previsto no § 4º do Título 113 do Livro III das referidas Ordenações<sup>9</sup>, situação que favorece indubitavelmente a celeridade no procedimento arbitral tal qual como conhecemos hodiernamente, sendo uma de suas importantes características<sup>10</sup>.

Registre-se que a arbitragem sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, passou pelo período colonial, imperial, republicano, estando prevista em todas constituições: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988<sup>11</sup>.

Inúmeros doutrinadores definiram o que seria arbitragem, entretanto, não foi encontrado nesta pesquisa definições dispares sobre sua conceituação, ocorrendo somente pequenas variações de elementos no conteúdo da definição, porém nada que mereça demasiado destaque. Desta feita, levando-se em consideração que a definição legal não foi suficiente para expor detalhadamente os elementos necessários, restou à doutrina a missão de esclarecê-los.

Neste sentido, Carlos Alberto Carmona conceitua arbitragem como sendo um meio alternativo de solução de controvérsias através do qual conferem-se poderes por meio de uma convenção particular a uma ou mais pessoas para que possam decidir a lide, sem intervenção

---

<sup>8</sup>Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l3p408.htm>> Acesso em 25 abr. 2018.

<sup>9</sup>“E se no compromisso as partes prometeram nam usar desta Ley, prometendo que, sem embargo dela, a parte condenada nom possa apelar da sentença dos alvidros, mas que sua sentença seja sempre firme e valiosa, e nom possa dela em alguun tempo jamais ser apelado, Mandamos que se guarde o dito compromisso, sem embargo desta Ley, porque achamos per Direito que cada uum pode renunciar todo direito, que por sua parte for introduzido.” (Sic.)

<sup>10</sup>LEMOS, Luciano Braga; LEMOS, Rodrigo Braga. **A arbitragem e o direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 39.

<sup>11</sup>Para maiores detalhes sobre a história da arbitragem no mundo e no Brasil confira a obra “**A arbitragem e o direito**” de Luciano Braga Lemos e Rodrigo Braga Lemos, publicada pela editora Mandamentos. Os autores retratam a história da arbitragem desde da Antiguidade (Grécia e Roma), analisam a arbitragem na Idade Média, no Absolutismo e na Revolução Francesa e, após, investigam seu surgimento no Brasil Colonial, Imperial e Republicano, por fim, comparam a arbitragem nos sistemas common law e civil law.

estatal, possuindo essa decisão a mesma eficácia de uma decisão judicial, sendo este procedimento colocado à disposição de qualquer pessoa, desde que se refira a direito patrimonial disponível<sup>12</sup>.

Para Luísa Quintão a arbitragem é um mecanismo privado, fora da jurisdição estatal, que em sua maior parte e a depender da legislação local não admite intervenção do Estado, no qual as partes atribuem poderes ao(s) árbitro(s), particulares que são escolhidos para julgar a demanda oriunda de um contrato específico, produzindo tal decisão os mesmos efeitos de uma sentença judicial estatal, de modo definitivo e vinculante<sup>13</sup>.

José Maria Rossani Garcez define a arbitragem como uma técnica de julgamento que objetiva resolver uma celeuma, que possua valor econômico, posta por pelo menos duas pessoas, físicas ou jurídicas, desde que possam dispor livremente de seus direitos por meio de transação e/ou renúncia, elegendo para isso um árbitro ou mais, atribuindo-lhes expressamente poderes de julgamento por meio de uma convenção privada<sup>14</sup>.

Da exposição de conceitos acima expostos, extrai-se que a arbitragem possui elementos basilares, quais sejam: I) a não intervenção do estado no procedimento, via de regra, já que evitados de ilegalidade estarão os atos ou as decisões arbitrais que violem as normas de ordem pública, os bons costumes e a lei; II) a equivalência de eficácia jurídica da sentença arbitral à sentença judicial, propiciando segurança jurídica para os litigantes; III) a eleição de uma pessoa imparcial e especialista no tema do conflito para a solução do litígio; IV) a disponibilidade do direito sobre o qual recai a disputa e V) a existência de uma convenção arbitral que regerá o procedimento, expressão máxima da autonomia privada na seara arbitral, apta a afastar a jurisdição estatal.

Trata-se a arbitragem de método heterocompositivo de resolução de conflitos, diferenciando-se da conciliação e da mediação neste aspecto, já que estas prezam pela composição de modo consensual do litígio com auxílio de um profissional especializado para conduzir às negociações - o conciliador ou mediador -, naquele, contudo, existe o julgamento da demanda feita por um particular, o árbitro, portanto, ocorre a resolução do conflito por meio de uma sentença arbitral, de modo impositivo.

Quando as partes escolhem a arbitragem como meio para resolver suas contendas,

---

<sup>12</sup>CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à lei n. 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

<sup>13</sup>QUINTÃO, Luísa. **Limites à liberdade das partes na escolha de árbitros**. In: FINKELSTEIN, Cláudio (Org.). Direito e arbitragem: estudos acadêmicos. Série "Trabalhos premiados". V. 1. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 7.

<sup>14</sup>GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem nacional e internacional**: progressos recentes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 29.

ocorre imediatamente a renúncia da jurisdição estatal, isto significa dizer que, uma vez pactuada livremente a convenção de arbitragem, seja por meio da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, as partes não poderão mais recorrer ao poder judiciário para a resolução da demanda.

A arbitragem possui larga utilização na área contratual internacional, chegando a ser considerada um requisito obrigatório para a concretização dos negócios, tendo em vista a segurança jurídica que representa em tais relações comerciais. Neste sentido, estabelece Luísa Quintão que nas disputas domésticas o mais comum é a procura pela jurisdição das cortes estatais enquanto que no âmbito dos negócios internacionais a submissão de conflitos à arbitragem deixa de ser exceção para se tornar regra<sup>15</sup>.

José Maria Rossani Garcez comunga da mesma opinião e colaciona interessante dado sobre a arbitragem no âmbito das relações internacionais, aduzindo que em razão de aspectos práticos e culturais, aliado a neutralização da influência de foros regionais, a arbitragem é utilizada em mais de 80% (oitenta por cento) dos casos e, em alguns tipos de contratos internacionais, como os de construção de complexos industriais, transporte marítimo e da indústria do petróleo essa preferência aproxima-se dos 100% (cem por cento)<sup>16</sup>.

No que tange as características principais da arbitragem, adota-se no presente estudo seis elementos principais, a saber: a autonomia privada, neutralidade, exequibilidade, celeridade, especialidade dos árbitros e a confidencialidade.

A autonomia privada<sup>17</sup> de fato ganha acentuado destaque na arbitragem tendo em vista seu alto grau de manifestação, que podem ser auferidos em variados momentos: no processo de escolha do árbitro, na escolha do procedimento e das regras que serão adotadas, se a arbitragem será de direito ou de equidade, o idioma que regerá a arbitragem, o local que será desenvolvida, o tempo de duração do procedimento etc., sendo assim, trata-se de característica preponderante na arbitragem.

Quando Pontes de Miranda tratou da natureza privada da arbitragem e de sua autonomia privada destacou que o processo arbitral não é processo estatal, mas processo estatalmente disciplinado, o estado dispõe sobre as regras fundamentais do procedimento, dentro do qual às partes podem exercer uma considerável “largueza excepcional”, guiada pela vontade das

---

<sup>15</sup>QUINTÃO, Luísa. **Limites à liberdade das partes na escolha de árbitros**. In: FINKELSTEIN, Cláudio (Org.). Direito e arbitragem: estudos acadêmicos. Série “Trabalhos premiados”. V. 1. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 5.

<sup>16</sup>GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem nacional e internacional**: progressos recentes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 30.

<sup>17</sup>Tema aprofundado no item 2.2.

partes.<sup>18</sup> A largueza excepcional aqui referida expõe claramente o nível de relevância e de aplicabilidade da autonomia privada na arbitragem.

A neutralidade da arbitragem diz respeito a busca por um julgamento imparcial, o desejo de um tratamento equânime e isonômico para as partes, por isso, na arbitragem internacional é muito comum a escolha de um país neutro para sediar a disputa, haja vista que a eleição de um estado que corresponda a nacionalidade de um dos contendores pode gerar certo desconforto, descrédito no adversário sobre a lisura do procedimento, tendo em vista que a aproximação dos árbitros com um dos polos pode violar normas de ordem pública processuais como as que se referem ao impedimento e a suspeição dos árbitros<sup>19</sup>, previstas tanto na arbitragem interna quanto na externa.

A respeito disso Gabriella O. Bianchini trata da universalidade de dois elementos que compõe a neutralidade da arbitragem, quais sejam: a imparcialidade e a independência dos árbitros. Defende que são dois princípios de aplicação universal, utilizados na arbitragem doméstica e internacional, embora surjam de fontes jurídicas distintas – leis ou regulamentos das câmaras arbitrais -. Em sua visão, a imparcialidade e a independência do juízo arbitral configuram-se como elementos-chaves para uma arbitragem justa ou pelo menos servem como parâmetro, neste aspecto, para que seja considerada válida<sup>20</sup>.

Outra característica importante da arbitragem diz respeito a exequibilidade da sentença arbitral, isto porque a Convenção de Nova Iorque - introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 4.311 de 2002<sup>21</sup> - pacto internacional que regulamenta o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais internacionais, tornou o processo de execução de uma sentença arbitral célere e desburocrático. Para que a sentença arbitral seja executada em quaisquer dos países signatários basta que seja proferida em conformidade com

---

<sup>18</sup>MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXVI. Direito das obrigações: Consequências do inadimplemento. Exceções de contrato inadimplido, ou adimplido insatisfatoriamente, e de insegurança. Enriquecimento injustificado. Estipulação a favor de terceiro. Eficácia protectiva de terceiro. Mudanças de circunstâncias. Compromisso. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 332.

<sup>19</sup>Perceba a disposição do art. 14 da Lei de Arbitragem Brasileira – lei n. 9.307/96, *in verbis*: “Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.”

<sup>20</sup>BIANCHINI, Gabriella O. **Party appointed arbitrators** – a aplicação dos princípios da imparcialidade e da independência em procedimentos arbitrais comerciais internacionais. In: FINKELSTEIN, Cláudio (Org.). Direito e arbitragem: estudos acadêmicos. Série “Trabalhos premiados”. V. 1. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 60.

<sup>21</sup>BRASIL. Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24, jul., 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)>. Acesso em 05 jul 2018.

os requisitos estabelecidos na supracitada Convenção.

Desta forma, restou criado um padrão de execução de sentença arbitral internacionalmente aceito por mais de cento e sessenta países, situação que contribui não só para padronizar a execução, tornando-a rápida, mas também oferece maior segurança jurídica para aqueles que da arbitragem se utilizam, já que, cientes estarão sobre o procedimento de execução.

Por outro lado, a celeridade também existe no desenvolver do processo arbitral, em decorrência da autonomia privada dos participantes, haja vista que podem pactuar a quantidade de tempo necessária para a finalização da arbitragem, devendo tal prazo ser rigorosamente obedecido por todos. Deste modo, perceptível fica a diferença de velocidade na tramitação de um processo judicial e um arbitral, daí a celeridade figurar como traço distintivo positivo da arbitragem.

A confidencialidade estabelecida no litígio arbitral permite a preservação de uma série de bens jurídicos, *v.g.*, a reputação, imagem, boa fama, credibilidade, segredos comerciais e industriais etc., e, em razão da proteção desses bens é comumente acordada entre as partes.

Ressalta Carlos Alberto de Salles que a lei Brasileira de Arbitragem (Lei n. 9.307/96) não determina a confidencialidade como regra no procedimento arbitral, sendo esse atributo pactuado pelas partes. Defende que a confidencialidade possui vários níveis e pode ser estendida de inúmeras formas, podendo recair assim sobre documentos acostados aos autos ou em específicas informações nele contidas, bem como sobre situações, pessoas, entidades ou até mesmo sobre o resultado da arbitragem. Ensina, por sua vez, que existe uma preferência pela cláusula de confidencialidade, haja vista que a divulgação de uma contenda pode prejudicar a realização de negócios vindouros ou até mesmo atingir a reputação das partes, por isso, a cláusula de confidencialidade geralmente é pactuada.<sup>22</sup>

Ainda nesta esteira, importante diferenciar confidencialidade de privacidade, naquela existe uma obrigação de não revelação das informações contidas no procedimento arbitral para terceiros, enquanto que nesta somente as partes e os árbitros estão autorizados a ter acesso aos autos, a participarem da arbitragem etc., portanto, ambas características não estão necessariamente sempre presentes, podendo haver disposição de uma ou da outra, a depender da vontade das partes.

---

<sup>22</sup>SALLES, Carlos Alberto de. **A confidencialidade possível**: a administração pública como parte nos mecanismos alternativos de solução de controvérsias. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, volume 18, ano 11, número 1. Janeiro a Abril de 2017, p. 161. Disponível em <[www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br)>. Acesso em: 15 mai 2018.

Contudo, há de se observar que o direito a confidencialidade não pode ser exercido de maneira absoluta, neste sentido Bruna Barletta trata de cinco atos jurídicos que são capazes de relativizar a confidencialidade: i) a escolha pela regra de publicidade da arbitragem; ii) a arbitragem com o Poder Público; iii) quando houver necessidade de preservação de direito de terceiros; iv) havendo necessidade de intervenção do Poder Judiciário e, por derradeiro, v) a prática de um ato ilícito por uma das partes<sup>23</sup>.

A última característica basilar da arbitragem refere-se a especialidade dos árbitros no tema central da disputa, assim, os litigantes podem escolher profissionais de reconhecida experiência no objeto do litígio para que conduzam o processo e profiram decisão baseada em critérios técnicos. Ela funciona como um grande chamariz, já que no processo estatal não é possível essa escolha, desta forma, fortalecida fica a segurança jurídica na arbitragem que, em razão da expertise dos árbitros, proporciona um julgamento técnico da questão posta, satisfazendo assim este anseio das partes.

Napoleão Casado Filho comenta que em regra o juiz brasileiro que atua na justiça comum, por possuir competência residual para todos os litígios que não possuem competência especializada, são obrigados a julgar demandas praticamente sobre todas as áreas do conhecimento humano, desta forma, esperar que o magistrado possua expertise em todas as áreas é completamente desarrazoado<sup>24</sup>.

Por esses motivos, a possibilidade de escolha dos árbitros em razão de sua especialidade tornou-se um grande atrativo da justiça arbitral, enquanto comparada neste aspecto com a justiça estatal.

## 2.2 AUTONOMIA PRIVADA

Analisar-se-á doravante o princípio da autonomia privada com enfoque no procedimento arbitral, já que a amplitude de seu alcance nas mais variadas situações jurídicas impossibilitaria sua discussão por completa nesta obra, ao tempo que fugiria do recorte temático planejado, sendo assim, duas vertentes da autonomia privada serão analisadas.

A primeira delas tomará como base a evolução da autonomia da vontade desde o século

---

<sup>23</sup>BARLETTA, Bruna. A extensão da confidencialidade no procedimento arbitral: seus limites e o aparente conflito entre os deveres dos árbitros de sigilo e de revelação. In: FINKELSTEIN, Cláudio (Org.). **Direito e arbitragem: estudos acadêmicos**. Série “Trabalhos premiados”. V. 1. Belo Horizonte: Arraes, 2016, pp. 128-131.

<sup>24</sup>CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.51.

XVIII até o século XXI, com apontamentos sucintos sobre a evolução jurídica e filosófica de sua hermenêutica, desta feita, pretende-se demonstrar como seu desenvolvimento contribuiu sobremaneira para a relativização atual do requisito formal insculpido no § 1º do art. 4º da lei n. 9.307/96, qual seja, a obrigatoriedade da cláusula compromissória ser pactuada por escrito.

Já a segunda vertente explorará a autonomia privada no procedimento arbitral, procedendo-se análise de sua importância e respectivas formas de atuação.

### 2.2.1 Evolução da autonomia privada: breves notas

Sobre a evolução da autonomia privada nos últimos séculos, entende-se ser relevante a comparação entre o período moderno e o pós-moderno, principalmente no que se refere ao modo de exercício da hermenêutica jurídica praticada em cada era, haja vista que as inúmeras revoluções ocorridas contribuíram significativamente para uma mudança profunda do paradigma hermenêutico dominante.

Desta forma, destaca-se que a modernidade foi caracterizada pela valorização da democracia, pelo respeito às liberdades individuais, pela busca de uma melhor qualidade de vida, pela elevação da razão humana através do movimento iluminista, que foi claramente influenciado pelas contribuições de Kant quando descreveu o ser humano como imperativo categórico<sup>25</sup>, um fim em si mesmo, imortalizando, assim, a era racional.

Ainda, por oportuno, registre-se que Kant além de ser o principal filósofo da era moderna é também tradicionalmente conhecido como o primeiro pensador a utilizar a expressão “autonomia da vontade”, conforme ensina Otávio Luís Rodrigues Junior<sup>26</sup>.

De fato, encontra-se na obra kantiana a conceituação de autonomia da vontade identificando-a como um princípio supremo da moralidade, ou seja, as escolhas deveriam ser feitas em atenção a uma lei universal, em razão de todos, desprezando-se a vontade do ser humano individualmente considerada<sup>27</sup>.

O racionalismo moderno conduzia a sociedade para o pensamento coletivo, o desejo de união, a valorização do ser humano, e, por isso, as revoluções e às inúmeras lutas de classes

---

<sup>25</sup>KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 50.

<sup>26</sup>RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luís. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 821, mar 2004, p. 80.

<sup>27</sup>KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 85.

marcaram profundamente tal período, tudo com o objetivo do desenvolvimento uniforme da sociedade.

A ciência era idealizada como mecanismo de produção do conhecimento de modo objetivo e acabado, acreditava-se que seria capaz de resolver todas às questões da humanidade, e, em razão disso, existia uma crença muito forte nela, clima que favoreceu indubitavelmente o grande desenvolvimento tecnológico e científico da época<sup>28</sup>.

Duas grandes colunas foram erigidas como sustentáculos da modernidade: a da emancipação que permitia o desenvolvimento do ser humano, num cenário de independência, rupturas e evoluções e a da regulação que era representada pelo Estado por meio de seus mecanismos de atuação e controle<sup>29</sup>.

Na seara jurídica, destacou-se o positivismo jurídico como método hermenêutico predominante, o qual, nas lições de Norberto Bobbio buscava a identificação da ciência do direito como uma ciência exata, equiparando-a às ciências físico-matemáticas, excluindo totalmente os juízos de valor da aplicabilidade de suas normas, mantendo somente os juízos de fato, assim, o estudo do direito em sua concepção seria avalorativo<sup>30</sup>.

Por isso, em razão deste rigor científico, da exclusão do juízo de valor de suas normas postas, é que o magistrado na modernidade deveria se ater somente à literalidade da lei quando do julgamento de um caso, observando fielmente a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*), daí o ápice de aplicabilidade do brocardo romano *dura lex, sed lex*.

É neste ambiente que surge o movimento das codificações na Europa, no qual o código civil francês (*Code* 1804) ganha acentuado destaque pela sua nítida característica juspositivista. Para Raoul Charles Van Caenegem a característica positivista do Código Francês seria responsável por sedimentar a Escola Exegética, influenciando sobremaneira o modo de interpretação das leis por todo os século XIX<sup>31</sup>.

Assim, o Código Napoleônico representaria para sempre um marco na imposição da escola positivista, obscurecendo sobretudo a influência do direito natural, alterando profundamente o modo de exegese jurídica, que se basearia doravante na obediência irrestrita aos comandos normativos, que seriam claros e objetivos o suficiente para a interpretação, não

---

<sup>28</sup>SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 52-53.

<sup>29</sup>Ibid, pp. 55-58.

<sup>30</sup>BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 135.

<sup>31</sup>CAENEGEM, Raoul Charles Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 11.



permitindo assim maiores dilações hermenêuticas para a aplicação do direito, nesta senda, o juiz seria um autômato, um mero aplicador do direito.

Exatamente por isso, Raoul Charles Van Caenegem ensina que o *Code* deveria ser inteiramente respeitado, não havia margens para interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, a fonte do direito por excelência que era o costume, passou a ser o texto positivado - a codificação -, assim, o costume perdeu totalmente sua influência sobre o direito, passando a exercer somente um papel residual e marginal na hermenêutica jurídica<sup>32</sup>.

George Ripert adverte que o individualismo liberal e a forte ligação da burguesia aos princípios da revolução francesa tornaram o positivismo jurídico a doutrina preferida daquela sociedade<sup>33</sup>.

Inegavelmente, a fonte primária do direito passou a ser a lei positivada, rompendo com o paradigma hermenêutico do direito natural, desprestigiando, desta forma, o papel da doutrina, da jurisprudência e dos costumes.

Ainda nesta linha de raciocínio, Ricardo Maurício Freire Soares destaca a atuação do julgador no juspositivismo e sua correlação com o princípio da independência dos poderes, aduzindo que o magistrado deve observar fielmente a disposição literal do comando normativo para que não ultrapasse os limites de atuação do poder legislativo, assim sendo, a aplicação da lei era feita por meio do dogma da subsunção, guiado pelo raciocínio jurídico do silogismo que envolvia uma premissa maior (a regra geral) e uma premissa menor (o caso concreto), produzindo uma síntese pertinente a tais premissas<sup>34</sup>.

No campo do direito contratual clássico, ainda na modernidade, destacavam-se os princípios da intangibilidade dos contratos, da relatividade de seus efeitos e do *pacta sunt servanda*, todos derivados do discurso burguês da época que pregava a igualdade formal e a liberdade de contratar. Com este discurso, a burguesia utilizava o direito como instrumento de sua manutenção no poder.

Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges a intangibilidade dos contratos era marcada pelo respeito ao quanto acordado pelas partes, sendo intangível porque só um novo acordo poderia modificá-lo, não sendo possível a alteração unilateral, nem mesmo por via judicial, só podendo ser alterado em razão de caso fortuito ou força maior. Já o *pacta sunt servanda* era caracterizado

---

<sup>32</sup>Ibid, p. 12.

<sup>33</sup>RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução da 3ª edição francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 31-32.

<sup>34</sup>SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57.

pelo cumprimento obrigatório do contrato, este fazia lei entre as partes, produzindo assim uma força vinculante entre os contratantes, desta forma, o contrato encontrava sua conclusão pelo adimplemento ou com o distrato. Por derradeiro, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato determinava que somente as partes contratantes, aquelas que manifestaram expressamente a vontade de contratar, é que estariam submetidas aos contratuais efeitos pretendidos, assim, a relação obrigacional formada permanecia incólume até o fim, com exceção da transmissão das obrigações em razão de transações *inter vivos* ou *mortis causa*<sup>35</sup>.

Sendo assim, diante dos princípios contratuais expostos e do modo de interpretação jurídica predominante na modernidade, tem-se que o princípio da autonomia da vontade era interpretado de modo quase absoluto, admitindo-se raríssimas intervenções do Estado no contrato, haja vista sua concepção liberalista, portanto, nesta época, não seria possível ocorrer o alcance subjetivo da cláusula compromissória perante um não-signatário.

Contudo, o período moderno ingressou em crise quando a ciência falhou em não encontrar solução para os problemas sociais e ambientais mais graves, de modo que, os progressos tecnológicos não foram capazes de solucioná-los, gerando, assim, uma falta de confiança muito grande na capacidade da ciência moderna em resolvê-los.

Ademais, o próprio sistema capitalista contribuiu para a geração de maior segregação social e desunião, a ideia de valorização do homem, de desenvolvimento social, cedeu lugar para uma busca incessante de acesso ao poder e sua manutenção, rompendo completamente com o ideário inicial de lutas classistas em busca de uma sadia qualidade de vida.

Com essa mudança de valores sociais, houve uma ruptura no modo tradicional de interpretação da autonomia da vontade, doravante denominada de autonomia privada, que deixou de ser vista como absoluta, passando a ser relativizada com o objetivo de efetivação de justiça contratual.

Neste sentido, Nathalia Mazzonetto destaca que a expressão autonomia da vontade foi substituída por autonomia privada no final do século XIX como uma forma de superação da mentalidade e dos valores individualistas preconizados pelo Estado Liberal, tendo em vista a forte carga axiológica que o verbete “vontade” representava<sup>36</sup>.

Surge, assim, o período pós-moderno, que nas lições de Ricardo Maurício Freire Soares

---

<sup>35</sup>BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Contrato: do clássico ao contemporâneo. A reconstrução do conceito. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Teresa Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim. (Org.). **Direito civil e processo**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 102.

<sup>36</sup>MAZZONETTO, Natália. **Partes e terceiros na arbitragem**. 2012. 315 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012, p. 44.

seria representado por uma nova visão do direito, com releitura dos princípios, rompendo completamente com o modelo contratual civil moderno, agora consubstanciado pelo respeito aos direitos fundamentais e com nítida influência do direito público. Consigna, ainda, que o direito pós-moderno seria plural, prospectivo, reflexivo, discursivo e relativo<sup>37</sup>.

Neste sentido, os ensinamentos de Thomas Kuhn em seu livro *a Função do Dogma na Investigação Científica*<sup>38</sup> contribuem de maneira significativa para este trabalho, quando analisa-se a necessidade de surgimento de um novo paradigma hermenêutico sobre a autonomia privada no período pós-moderno que substitua o antigo modo de exegese do dogma da autonomia da vontade da era moderna, tendo em vista que a ciência não pode ser encarada como um compêndio de verdades absolutas, imutáveis, universais e objetivas. Muito pelo contrário.

É exatamente por esta substituição de paradigmas que hoje é possível a abrangência subjetiva da cláusula compromissória perante consorciadas não-signatárias.

Desta feita, a autonomia privada de hoje, não pode ser interpretada como a autonomia da vontade que reinou no século XVIII, na época do absolutismo monárquico no Estado Liberal, na qual valia a máxima do *pacta sunt servanda* e o princípio do *dura lex sed lex*.

## 2.2.2 Autonomia privada na arbitragem

A autonomia privada representa verdadeira pedra angular na arbitragem, isto porque, sem sua manifestação de modo livre e consciente, via de regra, poder-se-á inviabilizar o regular processamento da arbitragem, de modo que a ausência desta implicaria, dentre outras situações, na falta de atribuição de competência dos árbitros para promover o julgamento da disputa.

Neste sentido, destaca Francisco Maia Neto que as partes capazes, em razão da autonomia da vontade, podem escolher livremente a arbitragem para a resolução de um litígio, afastando legalmente deste modo a competência do poder judicial estatal para processamento e julgamento da demanda<sup>39</sup>.

Para Luísa Quintão a autonomia privada é o elemento central da arbitragem, é seu princípio fundante, de tal modo que as partes se vinculam espontaneamente à jurisdição arbitral, renunciando assim a jurisdição estatal. Além disso, entende que a maior vantagem da autonomia

---

<sup>37</sup>SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57.

<sup>38</sup>KUHN, Thomas. **Função do dogma na investigação científica**. Eduardo Salles O. Barra (Org.); tradução Jorge Dias de Deus. Curitiba: UFPR. SCHLA, 2012.

<sup>39</sup>MAIA NETO, Francisco. **Arbitragem: a solução extrajudicial de conflitos**. 2ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 9.

privada na arbitragem é o poder de escolha dos árbitros, responsável por decidir a lide<sup>40</sup>.

A confluência das vontades no pacto é capaz de regular quase toda a arbitragem, desde a opção por este método alternativo de solução de controvérsia, o local em que será desenvolvida, passando pela escolha dos árbitros, da sede da arbitragem, do idioma que regerá a disputa, o tipo de lei processual e material aplicável, se a arbitragem será de direito ou equidade, da existência de confidencialidade, de sigilo e etc.

Napoleão Casado Filho aduz que a autonomia privada é um verdadeiro princípio fundador da arbitragem, já que permite às partes afastar a jurisdição estatal sobre a contenda, exercendo desta maneira plena autonomia sobre os direitos nela tratados<sup>41</sup>.

Para Philippe Fouchard, Berthold Goldman e Emmanuel Gaillard a autonomia privada das partes confere ao árbitro seu poder jurídico para julgamento da celeuma, entretanto, não se resume a isso, deriva dela também o poder de escolha das leis materiais e processuais que regerão o procedimento arbitral<sup>42</sup>.

Sobre a base legal da autonomia privada na arbitragem aponta Carlos Alberto Carmona o artigo 2º da Lei n. 9.307/96, ressaltando a possibilidade de escolha pelas partes do tipo de julgamento arbitral, se de direito ou equidade, bem como as regras de direito que serão aplicadas, desde que sejam sempre respeitados os bons costumes e a ordem pública. Leciona, ainda, que a possibilidade de escolha da legislação aplicável na arbitragem proporciona maior segurança jurídica na contratação, haja vista que não estarão submetidos aos mais variados tipos de resolução de conflitos<sup>43</sup>.

Diante destas manifestações sobre a aplicabilidade da autonomia privada na arbitragem, percebe-se que realmente funciona como coluna mestra deste método alternativo de solução de controvérsia, tamanha sua incidência.

Em inúmeros momentos a autonomia privada se manifesta expressamente, conforme demonstrado, contudo, assim como todo e qualquer princípio no atual ordenamento jurídico brasileiro, sua aplicação não ocorre de modo absoluto, encontrando seus limites na ordem pública, nos bons costumes, na boa-fé e na lei.

---

<sup>40</sup>QUINTÃO, Luísa. **Limites à liberdade das partes na escolha de árbitros**. In: FINKELSTEIN, Cláudio (Org.). Direito e arbitragem: estudos acadêmicos. Série “Trabalhos premiados”. V. 1. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 41.

<sup>41</sup>CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça**: o novo paradigma do third party funding. São Paulo: Saraiva, 2017, p.45.

<sup>42</sup>FOUCHARD, Philippe; GOLDMAN, Berthold; GAILLARD, Emmanuel. **Traité de l’arbitrage commercial international**. Paris: Litec, 1996, p. 34.

<sup>43</sup>CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à lei n. 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 64-65.

Assim, tendo em vista a mudança do paradigma interpretativo que a autonomia privada sofreu do período moderno para o pós-moderno, consoante exposto no tópico anterior, tem-se que a interpretação deste princípio deve ser feita através de uma conciliação com a nova ordem constitucional vigente em nosso País, como medida salutar para o equilíbrio das relações contratuais travadas.

É em razão desta nova exegese jurídica da autonomia privada que atualmente várias câmaras arbitrais e tribunais judiciais admitem a abrangência subjetiva da cláusula compromissória, ou seja, mesmo que uma parte não tenha pactuado expressamente a convenção de arbitragem - seja na modalidade de compromisso arbitral ou cláusula compromissória -, possa ser forçada a participar do procedimento.

Existe, portanto, inequívoca relativização da autonomia privada com o intuito de realização de justiça contratual, por intermédio da função social da arbitragem e o respeito ao princípio da boa-fé.

### 2.3 A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A convenção de arbitragem é o instrumento escrito pelo qual a arbitragem é pactuada, assim, havendo sua estipulação, qualquer conflito surgido em relação ao objeto do contrato será resolvido por intermédio da arbitragem, impossibilitando desta maneira que o julgamento do caso seja realizado pela justiça pública.

No Brasil, ela pode ser representada de duas maneiras: pela cláusula compromissória, prevista no § 1º do art. 4º da Lei n. 9.307/96 ou pelo compromisso arbitral insculpido no art. 9º da referida lei<sup>44</sup>. Optaram os legisladores brasileiros por esta divisão, contudo, ressalte-se que em inúmeros países não existente distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, havendo somente a convenção de arbitragem para a instituição do procedimento.

John W. Cooley e Steven Lubet defendem a dicotomia da convenção de arbitragem, ensinando que ela pode se manifestar por intermédio de uma cláusula de arbitragem que é inserida em um contrato mais amplo, que pode tratar de bens, serviços etc., restando definida nesta cláusula que qualquer disputa futura que surja em relação ao objeto do contrato deverá ser resolvida por arbitragem, contudo, quanto aos problemas presentes, também poderão ser resolvidas pela via arbitral, desde que as partes pactuem um “acordo de submissão” que é

---

<sup>44</sup>A cláusula compromissória e o compromisso arbitral serão tratados de modo específico nos itens 2.3.1 e 2.3.3 respectivamente.

equivalente ao compromisso arbitral no direito brasileiro<sup>45</sup>.

Desta forma, entende-se neste trabalho que a convenção de arbitragem possui natureza jurídica de negócio jurídico processual, representando gênero, no qual inserem-se como suas espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Registre-se que, tanto a Convenção de Nova Iorque como a Convenção de Genebra, não realizam distinções sobre as espécies da convenção de arbitragem, interpretando-as simplesmente como convenção arbitral.

Contudo, o direito brasileiro traz expressamente no bojo da lei de arbitragem a previsão destas duas espécies, acompanhando deste modo o modelo francês<sup>46</sup> e o italiano<sup>47</sup>, em contraponto a Convenção de Nova Iorque<sup>48</sup> e a de Genebra, por exemplo.

Ao ser pactuada, a convenção de arbitragem produz imediatamente seu efeito negativo, afastando *ab initio* a possibilidade do litígio ser submetido à jurisdição estatal, desde que tenha obedecido os requisitos legais de validade e eficácia. Sob outra ótica, o efeito positivo consiste na eleição da arbitragem para a resolução do conflito, não podendo ser resolvida a celeuma por qualquer outro tipo de procedimento, além de atribuir competência ao árbitro para julgamento da lide.

Luiz Olavo Baptista ensina que a cláusula arbitral produz dois efeitos positivos: o primeiro obriga as partes a resolver a contenda por meio dos árbitros e o segundo é a atribuição da competência arbitral, tudo com fundamento no princípio do *pacta sunt servanda* e no da força obrigatória dos contratos<sup>49</sup>.

Nesta senda, ocorre a incidência do princípio da competência-competência que, nos

---

<sup>45</sup>COOLEY, John W; LUBET, Steven. **Advocacia de arbitragem**. Tradução René Loncan. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001, p. 53.

<sup>46</sup>Code de Procédure Civile Français. Art. 1442. La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.

<sup>47</sup>Codice di Procedura Civile Italiano. Art. 808 cod. proc. civile: Clausola compromissória. Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807. La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria. Art. 808-bis cod. proc. civile: Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale. Le parti possono stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati. La convenzione deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807.

<sup>48</sup>Artigo II. 1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem. 2. Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

<sup>49</sup>BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Magister. 2011, p. 134.

escólios de Marcus Armani, deriva da fórmula alemã *Kompetenz-Kompetenz*, a qual dispõe sobre a competência do árbitro ou do painel arbitral para decidir sobre sua própria competência, assim, eles podem decidir sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória<sup>50</sup>.

Sobre os efeitos positivos e negativos, Rodrigo Almeida Magalhães aduz que a pactuação da convenção arbitral torna os juízes e tribunais incompetentes para a análise das questões conflituosas (efeito negativo) e ao mesmo tempo, fixa que a disputa será resolvida por intermédio do procedimento arbitral (efeito positivo)<sup>51</sup>.

Acerca do efeito negativo da convenção de arbitragem, ressalta Luísa Quintão que independentemente da forma como a convenção arbitral esteja representada, seja por cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ambas excluem a jurisdição estatal<sup>52</sup>.

Rodrigo Bernardes Braga ensina que o efeito negativo consiste em repelir ou excluir a apreciação pelo poder judiciário do litígio posto em julgamento pela via arbitral, com esse efeito impede-se o prosseguimento do processo judicial devendo ser extinto sem julgamento do mérito. Por outro lado, o efeito positivo é o que assegura a realização da arbitragem, mesmo contra a vontade de uma das partes, preservando assim a competência do árbitro para proferir a sentença arbitral que posteriormente poderá se constituir em título executivo judicial.<sup>53</sup>

Importante notar que a competência dos árbitros para o julgamento do litígio é fixada quando do momento da pactuação da convenção de arbitragem, produzindo, assim, imediatamente o efeito positivo supramencionado. Quanto ao efeito negativo, tem sua eficácia *a posteriori*, devendo ocorrer a judicialização para que ele seja efetivado.

Frise-se que, em caso de judicialização, o juiz não pode, de ofício, extinguir o processo sem julgamento do mérito, conforme preceitua o § 5º do art. 337 do Código de Ritos<sup>54</sup>, devendo o réu arguir em sede de preliminar de contestação a existência de convenção arbitral. Contudo, caso o réu assim não proceda, haverá renúncia tácita à jurisdição arbitral e o processo poderá

---

<sup>50</sup>ALVES, Marcus Vinicius Armani. **A fazenda pública na arbitragem**. 2016. 257 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 103.

<sup>51</sup>MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Convenção arbitral no direito brasileiro. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Org.); MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (Org.). **Arbitragem** - 15 anos da lei n. 9.307/96. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 216.

<sup>52</sup>QUINTÃO, Luísa. Limites à liberdade das partes na escolha de árbitros. In: FINKELSTEIN, Cláudio (Org.). **Direito e arbitragem**: estudos acadêmicos. Série "Trabalhos premiados". V. 1. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 9.

<sup>53</sup>BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Teoria e prática da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 47-48.

<sup>54</sup>Art. 337. § 5º. Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.

ser julgado pela justiça estatal, consoante determinação do § 6º do artigo supracitado<sup>55</sup>.

João Otávio de Noronha destaca que a partir do momento em que as partes estipulam no contrato cláusula compromissória, estará imposta obrigatoriamente a instituição da arbitragem para a resolução do conflito. Ensina, ainda, que o juízo arbitral não pode ser afastado por um dos contratantes, estando todas as partes obrigadas a participarem da arbitragem<sup>56</sup>.

Exatamente por isso, uma vez convencionada a arbitragem, não poderão os contratantes repudiá-la quando do momento de sua instauração, salvo se estiverem em comum acordo, for inválida ou ineficaz, portanto, nos demais casos é vedada sua objeção unilateral.

Conforme acima mencionado, a referida convenção pode ser manifestada juridicamente por duas formas, por meio da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, às quais serão detidamente analisadas a seguir.

### **2.3.1 Cláusula compromissória: conceito e denominação**

A cláusula compromissória, espécie do gênero convenção arbitral, é compreendida por uma cláusula contratual inserta no corpo do próprio pacto entabulado pelas partes, em um adendo contratual ou em outro documento apartado, desde que ao contrato se reporte, contendo disposição clara e expressa sobre a necessidade de submissão ao procedimento arbitral de eventual conflito oriundo daquela relação negocial, possuindo base legal no art. 4º da Lei n. 9.307/96<sup>57</sup>.

Registre-se, por oportuno, que Selma Lemes critica a obrigação de comprometimento preconizada no caput do artigo acima declinado, aduzindo que não se trata de obrigação de se comprometer a instaurar o procedimento arbitral no caso do surgimento de um litígio, mas sim de instituir a arbitragem em tal situação. Assim, a obrigação pactuada na cláusula arbitral seria de instituição, não de compromisso, haja vista que comprometido os contratantes já estariam

---

<sup>55</sup>Art. 337. § 6º. A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.

<sup>56</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Juízo arbitral. Cláusula compromissória. Extinção do processo. Art. 267, VII, do CPC. Sociedade de economia mista. Direitos disponíveis. REsp: 606345 RS 2003/0205290-5. Recorrente: AES Uruguaiana Empreendimentos LTDA. Recorrido: Companhia Estadual de Energia Elétrica CEE. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 17/05/2007.

<sup>57</sup>Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.



desde a assinatura do contrato<sup>58</sup>. Inclusive, é este posicionamento adotado no presente estudo.

Por outro lado, é preciso ter atenção redobrada quando da exegese do supracitado artigo, isto porque, a realização de sua interpretação literal pode levar à conclusão equivocada de que a arbitragem só pode ser oriunda de relações contratuais, fato que não condiz com a realidade, por isso, neste caso, a interpretação sistêmica da convenção de arbitragem (cláusula e compromisso) seria a mais adequada, já que se deve ter em mira a análise da Lei de Arbitragem como um todo, principalmente, levando-se em consideração os requisitos necessários para a submissão da matéria ao procedimento arbitral, quais sejam: a disponibilidade do direito patrimonial e a capacidade das partes, conforme dispõe o art. 1º da referida lei<sup>59</sup>.

Na visão da Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles que possuem conteúdo econômico e, cumulativamente, podem ser objeto de transação ou negociação<sup>60</sup>.

Sendo assim, além das situações contratuais, inúmeras extracontratuais podem ser submetidas à arbitragem, como por exemplo: relações de vizinhança, exercício de servidão e etc., desde que se refiram a direitos patrimoniais disponíveis e que as partes possuam capacidade civil para a realização de negócios jurídicos.

É neste sentido que se manifesta Carlos Alberto Carmona<sup>61</sup>, o parágrafo primeiro da Lei de Arbitragem Espanhola - Ley 60/2003<sup>62</sup> e o parágrafo terceiro do artigo primeiro da Lei de Arbitragem Portuguesa Lei n. 31/86<sup>63</sup>.

Ressalta, ainda, Renata Malta Vilas-Bôas que a disposição contida no artigo 4º da Lei de Arbitragem Brasileira refere-se somente a um tipo de relação jurídica existente, mas não exclui as demais, por isso, perfeitamente possível a realização de arbitragem em situações

---

<sup>58</sup>LEMES, Selma Maria Ferreira. **Convenção de Arbitragem e Termo de Arbitragem**. Efeitos e funções. Artigo publicado no site da Autora, disponível em <http://selmalemes.adv.br/publicacoes.asp?linguagem=Portugu%EAs&secao=Publica%E7%F5es&subsecao=T%F3picos&acao=Consulta&especificacao=Artigos>. Acesso em 23 fev. 2018.

<sup>59</sup>Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

<sup>60</sup>FEDERAÇÃO CATARINENSE DAS ENTIDADES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. **Compêndio de sentenças arbitrais de Santa Catarina**. Florianópolis: FECEMA, 2016, p. 9.

<sup>61</sup>CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à lei n. 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 104-105.

<sup>62</sup>Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral. 1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

<sup>63</sup>§ 3º. A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que afecto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória).

jurídicas extracontratuais<sup>64</sup>.

Por fim, entende-se que a cláusula compromissória deve ser interpretada de acordo com a finalidade da lei, que tem como escopo a utilização do procedimento arbitral para as matérias arbitráveis, ou seja, não só para os litígios contratuais, mas também para os extracontratuais, desde que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis e as partes possuam capacidade civil e negocial.

### 2.3.1.1 Espécies de cláusula compromissória

A doutrina nacional criou a figura de duas espécies de cláusula compromissória, denominadas de cheia ou vazia, a depender do modo como é redigida, contudo, a lei de arbitragem não faz menção alguma sobre as espécies de cláusulas compromissórias, como se depreende facilmente da leitura do art. 4º da referida lei.

Entretanto, forçoso é admitir que a divisão doutrinária a seguir trabalhada possui relevância jurídica e prática, em virtude da necessidade ou não de complementação *a posteriori* das informações para a instauração do procedimento arbitral.

#### 2.3.1.1.1 Cláusula compromissória cheia

A cláusula compromissória cheia é aquela que prevê, de modo detalhado, todos os elementos necessários para a instauração da arbitragem, assim, as informações relativas a escolha dos árbitros ou do tribunal arbitral, de quem administrará a arbitragem, do número de árbitros, da legislação escolhida para o procedimento, se nacional ou estrangeira, se será julgado pela lei ou por equidade, o idioma escolhido, enfim, é caracterizada por deixar regulamentada todo o procedimento arbitral, não deixando dúvidas sobre às escolhas das partes acerca do desenvolvimento do procedimento.

A boa prática da arbitragem recomenda o uso deste tipo de cláusula, vez que, sua estipulação prévia já deixa pré-determinado como ocorrerá a arbitragem havendo o surgimento de um litígio, evitando assim discussões posteriores sobre o que restou estabelecido.

---

<sup>64</sup>VILAS-BÔAS, Renata Malta. Cláusula compromissória sua importância no âmbito da arbitragem. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do (Org.); MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Org.). **Dez anos da lei de arbitragem**. Aspectos atuais e perspectivas para o instituto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 159.

### 2.3.1.1.2 Cláusula compromissória vazia, incompleta ou em branco

Diametralmente oposta a cláusula compromissória cheia é a cláusula compromissória vazia, esta, por sua vez, não regulamenta nenhum aspecto da arbitragem, trata-se de cláusula que prevê somente à submissão de eventual litígio ao juízo arbitral, sem, contudo, nada especificar sobre o procedimento e o modo de escolha dos árbitros, representando assim uma cláusula genérica, pactuando somente a realização da arbitragem.

Na visão de Gustavo Pane Vidal<sup>65</sup> a cláusula compromissória vazia é aquela que não disciplina o processo de escolha dos árbitros e tão pouco indica uma instituição para administrá-la, cabendo, às partes, quando da necessidade de instalação da arbitragem, proceder com o adendo previsto no art. 6<sup>o</sup><sup>66</sup> da Lei de Arbitragem ou buscando auxílio ao Poder Judiciário com a propositura da ação de citação fundamentada no art. 7<sup>o</sup><sup>67</sup> da retrocitada lei.

A respeito da validade de tal cláusula, interessante ressaltar que o código de processo civil francês determinava a nulidade da mesma, neste sentido ensina Carlos Alberto Carmona que a pactuação da cláusula compromissória vazia, sem a fixação do procedimento de escolha dos árbitros ou do tribunal, sendo realizada de modo genérico, seria considerada nula na França, consoante disposto no art. 1443 do *Code de Procedure Civile Français*<sup>68</sup>.

Contudo, consigne-se que a França promoveu importante modernização do direito de arbitragem por intermédio do Decreto n<sup>o</sup> 2011-48<sup>69</sup> de 13 de janeiro de 2011, que atualizou a legislação arbitral francesa, realizando modificações do ponto de vista nacional e internacional, e, dentre as inúmeras alterações, flexibilizou as regras sobre a convenção de arbitragem, inclusive retirando a hipótese de nulidade da cláusula compromissória vazia<sup>70</sup>, remetendo

---

<sup>65</sup>VIDAL, Gustavo Pane. **Convenção de Arbitragem**. 2016. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2016, p. 48.

<sup>66</sup>Art. 6<sup>o</sup>. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7<sup>o</sup> desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

<sup>67</sup>Art. 7<sup>o</sup>. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

<sup>68</sup>CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à lei n. 9.307/96. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

<sup>69</sup>Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em 6 fev. 2018.

<sup>70</sup>Confira o atual artigo 1.443 do Código de Processo Civil Francês, *in verbis*: Article 1.443. A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.

nesses casos para o procedimento previsto nos arts. 1543 e seguintes, ademais, dentre outras situações, definiu a competência dos árbitros para a concessão de medidas cautelares, assim como disciplinou a figura do juiz francês como juiz de apoio e etc.

Andou bem a legislação francesa ao seguir a tendência mundial de preservação da cláusula compromissória vazia, prestigiando assim o instituto da arbitragem, além de reforçar o seu importante papel desempenhado no cenário internacional arbitral.

De igual modo se comporta a lei brasileira, considerando válida a supracitada cláusula, desde que preveja sua incidência sobre direitos patrimoniais disponíveis, obedeça a forma prescrita em lei e seja pactuada por partes que gozem de capacidade civil e negocial para a pactuação da arbitragem.

#### 2.3.1.1.3 Cláusula compromissória patológica ou doente

Pode ocorrer de uma cláusula compromissória ser redigida de tal maneira que seu conteúdo não fique claro e/ou preciso, ou então, que novas situações jurídicas interfiram na eficácia da cláusula, neste sentido as disposições de vontade nelas contidas implicam numa falta de clareza que as tornam sem efetividade. A esse tipo de cláusula a doutrina costuma denominar de cláusula compromissória patológica ou doente, tendo em vista que este modo inadequado de redigi-la pode acabar por extinguir a pretensão arbitral.

Luiz Olavo Baptista classifica a cláusula compromissória patológica em inoperante, inconsistente ou incerta. As inoperantes tornariam a cláusula sem efeito, tendo em vista a ocorrência de eventual decadência ou prescrição, ou, ainda, em virtude de uma revogação expressa ou tácita da mesma. As incertas decorrem de inadequada redação da cláusula, assim, confusões na grafia da câmara arbitral que será responsável pelo procedimento, se o método alternativo de resolução de controvérsia eleito pelas partes é a mediação ou a arbitragem, se há ou não possibilidade de recursos e etc., não deixam claro como deverá se desenvolver o rito arbitral. Por fim, as inconsistentes pecam em não registrarem de modo preciso a vontade de arbitrar<sup>71</sup>.

Em qualquer das situações apontadas, faz-se necessário a observância da vontade real das partes, a fim de que, na medida do possível e da legalidade, preserve-se a arbitragem.

---

<sup>71</sup>BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Magister. 2011, pp. 139-141.

### 2.3.1.2 Natureza jurídica da cláusula compromissória

Mesmo após os mais de vinte anos da promulgação da Lei n. 9.307/96, muito se discute ainda sobre a natureza jurídica da cláusula compromissória, assim, nomes abalizados da doutrina divergem neste quesito. Com esse desiderato, três correntes são defendidas, a saber: a cláusula compromissória seria um pré-contrato, um contrato ou teria natureza jurídica híbrida de pré-contrato e contrato de acordo com seu momento de formação.

Para parte da doutrina, a cláusula compromissória seria considerada um pré-contrato, um contrato preliminar. Essa corrente considera a cláusula compromissória como sendo uma promessa de contrato, assim, havendo a instauração do litígio, os litigantes deveriam submetê-lo à apreciação arbitral haja vista que prometeram assim fazê-lo. Em razão do descumprimento da promessa caberia a ação de instituição da arbitragem prevista no art. 7º da lei arbitral<sup>72</sup>.

Quem considera como contrato, defende que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato no qual está inserida, conforme disposição do art. 8º da supracitada lei<sup>73</sup> e por isso, teria natureza jurídica contratual. É esta aceção defendida por Rodrigo Almeida Magalhães quando aduz que a convenção de arbitragem é um contrato, portanto, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral também seriam contratos, posto que espécies são do gênero convenção arbitral<sup>74</sup>.

Já a consideração da cláusula compromissória híbrida é feita em razão do conteúdo da mesma, assim, havendo estipulação de cláusula compromissória cheia, a natureza jurídica seria de contrato, haja vista que a disposição de todas as regras da arbitragem, com a indicação de como se desenvolverá, representaria um contrato autônomo.

Por outro lado, pactuando-se cláusula compromissória vazia, sem a indicação de elementos mínimos para a instauração do procedimento arbitral, a natureza jurídica seria de contrato preliminar, de um compromisso, posto que compromissado estariam em instaurar a arbitragem em razão de alguma desavença surgida.

---

<sup>72</sup>Art. 7º. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

<sup>73</sup>Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

<sup>74</sup>MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Convenção arbitral no direito brasileiro. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Org.); MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (Org.). **Arbitragem** - 15 anos da lei n. 9.307/96. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 239.

### 2.3.1.3 Requisitos de validade

Para que a arbitragem possa se estabelecer de modo válido, faz-se necessário que a cláusula compromissória firmada pelas partes respeite os requisitos objetivos, subjetivos e formais insculpidos pela Lei n. 9.307/96.

O requisito objetivo refere-se ao objeto da arbitragem, desta forma, a cláusula compromissória só poderá estabelecer-se validamente se seu conteúdo versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, conforme preconiza o art. 1º da Lei de Arbitragem. Assim, qualquer direito indisponível não pode ser objeto de análise arbitral, justamente porque não haveria espaço para o exercício da autonomia privada nesta situação, tendo em vista a indisponibilidade do direito.

Por outro lado, a forma legal exigida para a pactuação da arbitragem diz respeito ao requisito formal, neste sentido, o § 1º do art. 4º da lei n. 9.307/96 dispõe sobre a necessidade da arbitragem ser pactuada por escrito. Ademais, também estabelece como requisito formal a necessidade de visto específico na cláusula compromissória que foi inserta em um contrato de adesão, tendo em vista a disposição contida no § 2º do art. 4º da retrocitada lei.

Por fim, os requisitos subjetivos relacionam-se com as partes, sendo assim, a demonstração da autonomia privada deve ocorrer de modo livre e consciente, sem vício de consentimento e nem social, além de possuírem capacidade de forma geral e capacidade negocial, desta feita, os capazes e os relativamente capazes, desde que assistidos, podem pactuar a arbitragem consoante leciona Renata Malta Vilas-Bôas<sup>75</sup>.

Da análise dos requisitos de validade da cláusula compromissória resta evidente que a possibilidade de ocorrência do alcance subjetivo dela perante não-signatário perpassa por uma certa relativização dos requisitos formais e subjetivos, situação que não tornaria a arbitragem nula, haja vista que entre o choque de regras e princípios, prevalece este sobre aquele, tudo em prol da realização de justiça contratual.

---

<sup>75</sup>VILAS-BÔAS, Renata Malta. Cláusula compromissória sua importância no âmbito da arbitragem. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do (Org.); MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Org.). **Dez anos da lei de arbitragem.** Aspectos atuais e perspectivas para o instituto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 165.

### 2.3.2 Alcance subjetivo da cláusula compromissória: uma realidade mundial

É possível encontrar atualmente na doutrina e jurisprudência algumas situações jurídicas que permitem o alcance subjetivo da cláusula compromissória perante terceiro não-signatário, ou seja, mesmo que o sujeito de direito não tenha pactuado por escrito a referida cláusula, ainda assim poderá ser obrigado a participar da arbitragem.

Em razão disso, analisar-se-á neste trabalho a possibilidade de ocorrência da abrangência subjetiva da cláusula compromissória ocorrer dentro do contrato de consórcio (vide item 4.4), contudo, antes de adentrar no objeto específico da pesquisa, e, objetivando demonstrar o desenvolvimento da teoria do alcance subjetivo da cláusula compromissória de maneira global, será feita breve exposição das teorias já consolidadas.

São elas: a) teoria do grupo de companhias ou *group of companies*; b) teoria da desconsideração da pessoa jurídica ou *disregard doctrine*; c) *stoppel, estoppel* ou *equitable estoppel* e d) incorporação por referência ou *incorporation by reference*.

A teoria do grupo de companhias ou *group of companies* representa a ocorrência do alcance subjetivo da cláusula arbitral perante sociedades empresárias integrantes de grupos de sociedades formalmente constituídas, ou seja, sociedades de direito. Para esta teoria o que importa é o comportamento contratual da sociedade não-signatária que faz parte do grupo, assim, mesmo que não expresse formalmente a vontade de arbitrar, a apuração de seu consentimento é verificada por meio da observação de seu comportamento, desta feita, havendo uma participação ativa na negociação, elaboração, execução ou rescisão do contrato, pode ser obrigada a participar da arbitragem.

Consigne-se, contudo, que a simples participação em grupo de sociedades não conduz, por si só, à solidariedade entre elas e, por consequência, à efetivação do alcance da cláusula compromissória, sendo imprescindível a verificação no caso concreto do comportamento da sociedade não-signatária, conforme assinala Leonardo de Campos Melo<sup>76</sup>.

Esta teoria teve sua aplicação internacional no case CCI – Paris 4131/1982 envolvendo a Dow Chemical vs. Iover Saint Gobain.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, conhecida internacionalmente por *disregard doctrine*, prevê a possibilidade de abrangência da cláusula arbitral perante o sócio

---

<sup>76</sup>MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades**. A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. De acordo com o regulamento CCI – 2012. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 132-133.

não-signatário que abusa da personalidade jurídica da própria empresa, desviando sua finalidade, ou, então, permite a ocorrência de confusão patrimonial entre seu patrimônio e o da sociedade empresária. Neste caso, é preciso que a cláusula compromissória seja pactuada pela empresa, para que seja possível o alcance subjetivo do sócio.

A violação ao princípio da boa-fé também pode provocar o alcance subjetivo da cláusula compromissória, deste modo a teoria do *stoppel* consiste na proteção da confiança contratual, por isso, havendo sua violação, pode-se dar a abrangência da cláusula arbitral sobre terceiro não-signatário que atuou sob o manto da má-fé.

Neste caso, é nítida a repulsa ao *venire contra factum proprium* exarado da relação contratual positivada, reconhecendo a doutrina internacional a necessidade de forçar o terceiro não signatário a participar do procedimento arbitral.

Por fim, a teoria da incorporação por referência ou *incorporation by reference* se relaciona com a existência de cláusula arbitral em contratos conexos ou coligados, assim, em razão das conexões contratuais que podem se desenvolver nesta plêiade de negócios, um terceiro que se relacione com tais contratos pode ser alcançado pela cláusula arbitral inserta originariamente num deles, desde que sua atuação seja conexa com o objeto do litígio arbitral, mesmo que não tenha aquiescido diretamente com tal cláusula.

Neste sentido, quando Selma Leme analisa a extensão da cláusula compromissória nos contratos comerciais conexos, destaca importante precedente jurisprudencial originado pelo Supremo Tribunal de Espanha que reconheceu a tese da cláusula arbitral por referência, decidindo pela abrangência da cláusula compromissória diante de uma empresa espanhola que entabulou contrato de compra e venda com uma empresa francesa. O negócio fora pactuado por meio de um contrato de corretagem que continha a cláusula arbitral, estando nele previsto que toda e qualquer controvérsia oriunda da presente negociação seria resolvida por meio da arbitragem na CCI de Paris, assim, como não houve negociação direta entre as partes, a empresa espanhola alegou que o requisito insculpido no art. IV, “b” da Convenção de Nova Iorque teria sido violado e portanto, a arbitragem deveria ter sido considerada nula ou inexistente.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup>LEMES, Selma. **A cláusula arbitral por referência e os contratos comerciais conexos**. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/publicacoes.asp?linguagem=Portugu%EA&secao=Publica%E7%F5es&subsecao=T%F3picos&acao=Consulta&especificacao=Artigos>>. Acesso em: 23 abr. 2018.



### 2.3.3 Compromisso arbitral

Conforme visto, o compromisso arbitral é espécie da convenção de arbitragem, trata-se de documento escrito por meio do qual as partes se submetem à arbitragem e regulam todo o procedimento, é pactuado após o surgimento do litígio, sendo registrado por escrito em documento particular com a assinatura de duas testemunhas ou por instrumento público, possuindo assento normativo no artigo 9º da Lei n. 9.307/96<sup>78</sup>.

O compromisso arbitral pode ser realizado de modo extrajudicial, assim, será voluntário, ou judicial, quando houver resistência de uma das partes em submeter a controvérsia à arbitragem. Neste caso, deverá ser proposta pelo interessado a ação de instituição de arbitragem por meio da qual o juiz determinará em sentença a instauração da arbitragem e, de igual modo, regulará todo o procedimento, obrigando, desta maneira, judicialmente, a parte recalcitrante a se submeter ao procedimento arbitral.

Saliente-se que, a contratação do compromisso arbitral independe da existência ou não de cláusula arbitral, haja vista que pode ser convencionado amigavelmente, por outro lado, pode ser pactuado em virtude de uma cláusula compromissória vazia, incompleta ou patológica, com a finalidade de suprir as omissões ou contradições encontradas, contudo, não há necessidade de pactuação diante de uma cláusula compromissória cheia, tendo em vista que esta já deixou regulamentada todo o procedimento.

Por fim, a Lei de Arbitragem prevê expressamente em seu décimo segundo artigo três hipóteses de extinção do compromisso arbitral, a saber: (I) havendo recusa do árbitro em participar do procedimento, desde que as partes tenham previsto expressamente a não aceitação de árbitros substitutos; (II) se o árbitro que foi instituído falecer ou ficar impedido por qualquer motivo de proferir sua decisão, desde que pactuado pelas partes a impossibilidade de substituição dos árbitros; e, (III) ocorrendo a expiração do prazo para proferir a sentença arbitral, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, para proferi-la no prazo de dez dias. Sob estas situações o compromisso arbitral pode ser extinto.

---

<sup>78</sup>Art. 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

### 2.3.3.1 Compromisso arbitral e cláusula compromissória: pontos de contato e distanciamento

Após os estudos realizados sobre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, apontar-se-á doravante os principais pontos de aproximação e distanciamento destas espécies de convenção arbitral, proporcionando assim uma visão analítica das razões que influenciaram o legislador brasileiro a manter a dicotomia da referida convenção.

Assim, no que diz respeito ao momento de pactuação: diferem-se em razão da ocorrência ou não do litígio, enquanto que a cláusula compromissória é anterior, pois contratada antes de seu surgimento, o compromisso arbitral é posterior, haja vista que é pactuado após a instauração do mesmo.

Quanto ao modo estabelecido por lei, a cláusula compromissória é inserida como uma cláusula autônoma no contrato, representando uma dentre as várias cláusulas contratuais, podendo estar presente também num adendo contratual, enquanto que o compromisso arbitral é um termo independente ao contrato, que pode ser pactuado judicialmente ou extrajudicialmente.

No que tange à produção dos efeitos jurídicos, tem-se que o compromisso arbitral produz imediatamente seus efeitos quando do momento de sua assinatura, iniciando prontamente os procedimentos para a instauração da arbitragem, por outro lado, a cláusula compromissória é composta por uma condição suspensiva, qual seja: só ocorrerá sua implementação e, por consequência, a produção de seus efeitos, quando houver o surgimento do litígio a ser apreciado pela arbitragem, assim, estes ficam condicionados a tal hipótese, sendo produzidos, portanto, *a posteriori*.

Analisando o conteúdo da cláusula compromissória percebe-se que pode conter disposição específica ou genérica acerca do modo como será conduzida a arbitragem, desta feita, subdivide-se em cláusula compromissória cheia que contém as características mínimas exigidas pela lei de arbitragem e cláusula compromissória vazia que somente estipula de modo genérico que havendo um problema este será resolvido pela arbitragem.

De outra quadra, o compromisso arbitral sempre será cheio, ou seja, específico e detalhado, haja vista que a produção de seus efeitos ocorre de maneira imediata, com a consequente instauração da arbitragem.

Sobre a forma exigida por lei, ambas espécies deverão ser contratadas por escrito, sendo este requisito formal o ponto chave da relativização ora preconizada por este trabalho.

### 2.3.3.2 Alcance subjetivo do compromisso arbitral: uma possibilidade?

Conforme acima demonstrado, não há dúvidas sobre a possibilidade de abrangência subjetiva da cláusula compromissória ocorrer, contudo, o debate mais acirrado diz respeito à possibilidade do fenômeno ora estudado incidir sobre o compromisso arbitral, haja vista que a maioria da doutrina entende não ser possível.

Leonardo de Campos Melo defende a não possibilidade do alcance subjetivo do compromisso arbitral e, para isso, fundamenta sua argumentação no rigor formal exigido pelos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Arbitragem, aduzindo que o preenchimento dos requisitos seria de observância obrigatória para a instauração do procedimento arbitral. Assim, a identificação dos litigantes seria necessária no compromisso, impossibilitando a abrangência do mesmo perante terceiros<sup>79</sup>.

Em primeiro lugar, entende-se que o rigor formal do compromisso arbitral não é adequado para servir de fundamento para a não abrangência do mesmo, haja vista que, existiria um contrassenso muito grande em se sustentar o alcance subjetivo da cláusula compromissória, utilizando justamente a relativização do rigor formal da cláusula arbitral, em busca de uma justiça contratual e, quando da análise do compromisso, exigir a aplicação do *pacta sunt servanda*, preconizando pelo rigor formal, baseado no discurso de uma segurança jurídica que não se coaduna com a hermenêutica jurídica contratual vigente, principalmente quando se tem em mira os princípios basilares da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Em segundo lugar, tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral são espécies do gênero convenção de arbitragem, assim, possuem a mesma origem jurídica, qual seja: contratual, portanto, todas as normas e regras aplicáveis ao direito dos contratos incidem igualmente em ambas às espécies, mesmo havendo algumas diferenças, conforme já estudado, desta forma, não há como negar o respeito aos princípios da boa-fé e seus desdobramentos, da função social do contrato, da função social da arbitragem e da justiça contratual, por isso, sendo possível juridicamente a extensão para uma, também seria cabível para a outra, sob pena de existência no ordenamento jurídico de uma situação esdrúxula, anacrônica e despida de um válido fundamento jurídico.

Em terceiro lugar, a dicotomia existente sobre a convenção arbitral não está presente em

---

<sup>79</sup>MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades**. A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. De acordo com o regulamento CCI – 2012. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 60.

todos os ordenamentos jurídicos, assim, por exemplo, a lei de arbitragem espanhola não faz distinção entre cláusula e compromisso, como então compatibilizar a abrangência da convenção arbitral nestes casos? Seguindo a linha de raciocínio de quem milita a favor da abrangência só para a cláusula compromissória, então não seria possível a ocorrência do alcance subjetivo da convenção arbitral para os *cases* que seguissem à orientação da legislação arbitral da Espanha, fato que contrariaria a realidade da jurisprudência arbitral no Brasil e no Mundo, o que seria, mais uma vez, um contrassenso e um retrocesso jurídico.

A quarta argumentação jurídica diz respeito à necessidade de pactuação do compromisso arbitral quando ocorre a estipulação de um cláusula compromissória vazia, neste sentido, os doutrinadores entendem ser necessária a pactuação do compromisso arbitral a *posteriori* para a definição de todos os detalhes da arbitragem, ora, se é entendimento pacífico a possibilidade de abrangência da cláusula compromissória como então compatibilizar esse fenômeno com a necessidade da realização do compromisso arbitral quando da existência de uma cláusula vazia? Havendo o alcance subjetivo do primeiro, não haveria por um consectário lógico a abrangência subjetiva do segundo?

Entende-se que sim, por isso, novamente não faz sentido a permissão da abrangência da cláusula compromissória e sua negativa para o compromisso arbitral.

Em quinto lugar, tem-se que os efeitos de ambas as espécies da convenção arbitral são idênticos, ou seja, produzem os efeitos positivos e negativos, diferenciando-se somente, quanto ao momento de sua produção, por isso, enquanto a cláusula compromissória em razão de conter uma condição suspensiva só produzirá seus efeitos quando do surgimento de um litígio, o compromisso arbitral produz imediatamente os seus. Assim, nesta perspectiva de equidade dos efeitos, não se vislumbra uma fundamentação jurídica plausível para a permissão do extensionamento da cláusula e a vedação para o compromisso arbitral.

Frise-se que, não se pretende com às argumentações empreendidas defender a não observância dos requisitos formais estabelecidos pelos artigos 9º e ss. da Lei de Arbitragem, o que se objetiva é que o terceiro não-signatário seja alcançado pelo procedimento arbitral pelas mesmas fundamentações jurídicas que incidem sobre a abrangência da cláusula compromissória.

Desta feita, se uma empresa “A” realiza um determinado negócio comercial com a empresa “B” que integra o grupo econômico capitaneado por “C”, sendo que “C” participa diretamente na negociação e execução do contrato firmado por “A” e “B”, sem, contudo, assinar o pacto, e, levando-se em consideração que não houve estipulação de cláusula compromissória

e, que, quando do surgimento do litígio “A” e “B” concordaram em assinar o compromisso arbitral, tendo “C” se negado a participar da arbitragem, o que impede da arbitragem começar com as empresas “A” e “B” e na primeira oportunidade que “A” tiver de se manifestar no processo peticionar requerendo liminarmente a inclusão de “C” no procedimento? Solicitando assim o alcance subjetivo de “C”.

Não seria essa situação semelhante ao que ocorre com a abrangência subjetiva da cláusula compromissória? Entende-se neste trabalho que sim.

### **3 DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS – FORMAS DE CONCENTRAÇÃO E COOPERAÇÃO: VISÃO SISTÊMICA**

Tratar-se-á no presente capítulo do fenômeno das relações empresariais, representados pelas técnicas de concentração e cooperação empresarial, surgidas em razão de objetivos políticos e econômicos que buscam a maximização dos lucros e a minimização dos custos na atividade empresarial, sendo assim, as inúmeras formas de aglutinação de empresas representam uma das soluções possíveis para o desenvolvimento da nação e das sociedades empresárias.

Em razão disso, antes do tratamento direto do contrato de consórcio, que é uma das formas de cooperação horizontal empresarial, torna-se importante, para melhor compreensão do assunto, a análise deste movimento sob a perspectiva jurídica, de tal forma que possam ser explorados suas respectivas formas de constituição, controle, função e estrutura.

Assim, com o desiderato de formação de base para a exposição da análise crítica sobre o grupo consorcial, que será exposta no próximo capítulo, serão abordados a origem, os elementos constitutivos dos grupos societários, suas respectivas classificações, além da exposição de outras formas de relacionamento empresarial.

#### **3.1 DESENVOLVIMENTO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS NO MUNDO E NO BRASIL - BREVES NOTAS**

É de salutar relevância para o presente estudo a investigação do surgimento e desenvolvimento dos arranjos plurissocietários no mundo e no Brasil, com o desiderato de facilitar o entendimento das relações de poder de controle societário realizado dentro do grupo de sociedades.

Assim, demonstrar-se-á doravante os reais motivos que levaram à formação dos grupos econômicos no mundo, o modo como foram desenvolvidos e sua evolução, bem como o papel influente do modelo germânico de grupos econômicos (*konzern*) sobre o modelo brasileiro, principalmente após a segunda grande guerra mundial.

Pois bem, confira-se.

A formação dos grupos econômicos está intimamente relacionada com o modo de operação da atividade econômica de determinada sociedade, por isso, não houve relevante desenvolvimento sobre esse fenômeno no sistema de produção adotado pelo feudalismo, haja

vista que era nitidamente baseado na agricultura de subsistência e com produção destinada para a comunidade local (intramuros) composta basicamente pelos senhores feudais e servos, fato que não favorecia a formação de grupos empresariais, mesmo que informalmente considerados (grupos de fato).

Por outro lado, o declínio do feudalismo na Baixa Idade Média deu margem ao movimento do renascimento comercial e urbano culminando na origem das cidades - os burgos -, dando novos contornos ao modo de exercício do comércio, agora realizado pela classe em ascensão: a burguesia.

Esta, por sua vez, passou a realizar as transações comerciais não só ao redor dos burgos, como também entre vários destes, em virtude disso, abriu-se passagem para um novo modelo de operações comerciais e de arranjos societários, haja vista a nova necessidade de expansão de tais operações, surgindo assim o embrião dos grupos de sociedades de fato.

Restou caracterizado, em seguida, o sistema de produção mercantilista baseado no acúmulo de metais preciosos, evoluindo posteriormente para o regime capitalista. Sendo assim, surgiu na Idade Moderna não só a necessidade de realização de negócios em outras cidades, como também uma premente necessidade de representação comercial.

Daí porque o caso do Banco Médici tornou-se um símbolo emblemático desta nova fase, sendo pioneiro em montar uma verdadeira rede de sociedades que, mantendo sua sede em Florença, na Itália, instalou várias unidades na Europa, constituindo diversas sociedades de pessoas, nas quais figuravam como sócios os familiares da família Médici e seus parceiros comerciais em cada praça onde se instalavam<sup>80</sup>.

Marco Fazzini realizou análise sobre a estrutura e razões históricas do grupo Médici, concluindo que existia verdadeira comparação com uma holding, cada filial tinha patrimônio, personalidade jurídica e administração próprios, e, ao final de cada ano, os diretores deveriam enviar os balanços patrimoniais para a sede principal que ficava em Florença<sup>81</sup>.

As sociedades formadas pelo grupo Médici estavam submetidas ao comando e controle da sede, que detinha mais de cinquenta por cento do capital social da subsidiária, o direito exclusivo ao uso do nome da família (a marca), o direito de dissolução da sociedade a qualquer tempo, além de exigir a demonstração dos balanços comerciais das mesmas, representando,

---

<sup>80</sup>Para maior aprofundamento sobre o tema, recomenda-se a leitura do livro **The rise and decline of the Medici Bank**. Raymond de Roover, (1963), Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

<sup>81</sup>FAZZINI, Marco et al. **A modern look at the banco de' medici: governance and accountability systems in europe's first bank group**. International Business & Economics Research Journal – November/December, 2016, volume 15, number 6, p. 275. Disponível em: <<https://www.cluteinstitute.com/ojs/index.php/IBER/article/view/9827/9921>>. Acesso em 07 mar. 2018.

desta maneira, uma verdadeira *holding*.

A partir do surgimento dos grupos, nasceram também os problemas jurídicos por eles trazidos, neste sentido, Daniel de Avila Vio destaca processo jurídico promovido por Damiano Ruffini (comprador) contra Tommaso Portinari (vendedor), sócio dos Médici e responsável pela unidade do grupo em Bruges na Bélgica, no ano de 1453, tendo em vista o recebimento de uma carga de lã com avarias provocadas em razão do mal acondicionamento. Nesta celeuma, Portinari esquivou-se da condenação alegando que representava uma sociedade diferente da sede e que não participou de modo algum na realização da venda em discussão.<sup>82</sup>

Apresentava-se, com este *case*, a dicotomia entre a autonomia e responsabilidade jurídica das partes *versus* a unidade de comando do todo. Problema atual como nunca, também enfrentado nesta pesquisa, quando da análise da abrangência subjetiva da cláusula compromissória perante consorciada não-signatária integrante de grupo consorcial.

Ademais, importantes questionamentos se destacam sobre a formação dos grupos societários e o modo de responsabilização de seus integrantes, por isso, em estudo sobre os elementos estruturantes para a formação de grupos societários, Daniel de Avila Vio destacou cinco elementos importantes que foram analisados amplamente pela doutrina, a saber: (I) a autonomia patrimonial das sociedades integrantes do grupo; (II) o respeito ao princípio majoritário; (III) a responsabilidade limitada dos sócios; (IV) a confirmação de uma sociedade poder participar no capital social de outra e V) a facilidade prática na constituição da sociedade que reúna as características acima descritas.<sup>83</sup>

A autonomia patrimonial representa importante pilar dentro do sistema plurissocietário, isto porque, representa importante distinção entre o patrimônio da sociedade controladora e da controlada, permitindo desta maneira a correta identificação e responsabilização direta desta, via de regra, em razão de seus negócios pactuados.

Para que haja o efetivo comando e controle do grupo societário, torna-se necessária a observância do princípio majoritário, isto quer dizer que, tal controle somente será possível quando a tomada de decisões sociais for feita por meio da maioria da vontade social, colhida por meio do voto dos sócios no conclave, apurados em razão de sua quantidade ou do valor proporcional de suas cotas.

Por outro lado, difícil seria a formação de um grupo de sociedade se não houvesse um

---

<sup>82</sup>VIO, Daniel de Avila. **Ensaio sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro**. 2014. 335 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014, pág. 6.

<sup>83</sup>Ibidid, p. 7.



mínimo de segurança jurídica para o próprio grupo, neste sentido, a responsabilidade limitada da sociedade subsidiária do grupo funciona como um limite à responsabilização do patrimônio da sociedade controladora, do grupo e do sócio. Portanto, levando-se em consideração que a tomada de decisão coletiva poderia afetar o patrimônio destes, seja em virtude de uma responsabilidade solidária ou subsidiária, nasce a necessidade de responsabilização limitada da sociedade controlada, proteção que, no mundo empresarial possui relevância singular, além de proporcionar maior segregação e diversificação do risco do negócio, bem como a atração de novos investidores.

Ainda, como elemento estruturante do grupo societário, restava a superação do paradigma dominante do séc. XIX e início do séc. XX que pregava a impossibilidade de uma sociedade participar como sócia de outra, realmente, a participação de uma sociedade nestas condições e naquela época, *prima facie*, causava estranheza.

Contudo, uma vez reconhecida a sociedade como pessoa, não haveria porque de se instituir uma restrição quanto a sua titularização de direitos e deveres. Destaque-se que no Brasil as sociedades comerciais só foram reconhecidas como pessoas jurídicas com o advento do Código Civil de 1916<sup>84</sup>.

A doutrina contrária à possibilidade de uma sociedade ser sócia de outra defendia a tese do desvirtuamento do instituto societário e questionava se I) era realmente possível uma sociedade ser sócia de outra e II) a questão do controle societário.

Daniel de Avila Vio discorreu sobre a referida situação na Alemanha e nos EUA, posicionando que a preocupação da Alemanha recaía sobre a questão do controle intersocietário, haja vista que seria feito por uma pessoa estranha em relação aos órgãos sociais estabelecidos formalmente. Seria uma espécie de expropriação do poder da assembleia geral da sociedade. Já nos EUA uma sociedade só poderia participar de outra na qualidade de sócia se tal possibilidade estivesse presente no estatuto, sob pena de ser caracterizado um ato *ultra vires societatis*.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Confira os artigos 16 e 20 do Código Civil de 1916, *in verbis*: Art. 16. São pessoas jurídicas de direito privado: (...) II. As sociedades mercantis; Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.

<sup>85</sup> Os atos *ultra vires societatis* são caracterizados pela doutrina como sendo aqueles atos praticados pelos administradores sociais que extrapolam os limites dos poderes conferidos pela sociedade para sua apresentação e, em virtude disso, seriam evitados de ilegalidade, não respondendo a sociedade por tais atos perante os terceiros, devendo ser responsabilizado diretamente o administrador. Esta teoria está presente no direito brasileiro, mais precisamente no parágrafo único do artigo 1.015 do Código Civil de 2002, o qual dispõe sobre a proteção da sociedade por atos praticados pelo administrador que excedam a vontade social, se a limitação social for conhecida pelo terceiro e ainda assim houve a realização do negócio, e, por último, se o ato praticado for estranho ao objeto social da empresa.

Por fim, em que pese no Brasil existirem poucos grupos societários formalizados, sendo a maioria dos grupos de fato, não de direito, impende destacar que, com a reunião das características acima descritas, existe uma facilidade de ordem prática para sua constituição, consubstanciada na possibilidade de aumento de lucros do grupo, expansão de sua atividade empresarial, segurança jurídica e preservação do patrimônio.

## 3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS

Os grupos societários possuem como elementos basilares a direção econômica, unitária e o poder de controle. Confira-se.

### 3.2.1 Direção unitária e econômica

A direção unitária e econômica do grupo societário pode ser caracterizada pela centralização na empresa controladora das definições de políticas financeiras, operacionais e administrativas que devem ser seguidas pelo grupo.

Contudo, adverte Rodrigo Pinto que a empresa controladora deve tomar cuidado ao submeter as diretrizes econômicas e administrativas a todas as sociedades integrantes do grupo, vez que, deve evitar práticas de monopólio e ofensas aos interesses dos acionistas minoritários e de terceiros<sup>86</sup>.

### 3.2.2 Poder de controle

A análise do poder de controle no grupo de sociedade possui relevância ímpar para o desenvolvimento da presente pesquisa, isto porque, é por meio de seu intermédio que ocorre o exercício da direção unitária e o efetivo comando econômico, administrativo e operacional do agrupamento plurissocietário.

Assim, é preciso ter em mente que existem inúmeras fontes e formas de exercício do poder de controle grupal, este, por sua vez, também conhecido como influência dominante em alguns países, *v.g.*, conforme disciplina a legislação da Argentina (no item 2 do art. 33 da Lei

---

<sup>86</sup>PINTO, Rodrigo Martins de Oliveira Silva. **Os grupos de sociedades no direito antitruste: um estudo das concentrações empresariais**. 2010. 115 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2010, p. 25.

de Sociedades Comerciais da Argentina – Lei n. 19.550/84, regulamentada pelo decreto n. 841/84<sup>87</sup>) e na legislação italiana (art. 2.359, 2, do CC Italiano<sup>88</sup>).

Contudo, nem sempre o poder de controle societário foi estudado de modo autônomo como ora se analisa, muita das vezes ocorrendo confusão entre este e o direito de propriedade, havendo uma identificação entre a propriedade das ações e o exercício do poder de controle, sendo certo que de fato essa situação não conduz necessariamente ao exercício deste, posto que não decorre somente da obtenção da maioria do capital social, como será demonstrado mais adiante.

Silvio Calderon informa que a autonomia do conceito de poder de controle surgiu pela primeira vez na primeira metade do século XX, em virtude dos estudos promovidos pelos professores norte-americanos Adolf A. Berler e Gardiner C. Means (1940), desde então, sua discussão vem ganhando cada vez mais força, inclusive, registra que a atual lei brasileira de Sociedade Anônima, concedeu o status de instituto próprio ao poder de controle, desenhando seu significado e descrevendo suas consequências jurídicas.<sup>89</sup>

Para que exista o poder de controle no grupo societário, necessário se faz a existência de uma sociedade controlada, que será o sujeito passivo necessário para sua incidência, contudo, registre-se que o poder de controle não pode ser exercido de maneira absoluta, razão pela qual encontra limites em seus deveres correspondentes previsto na LSA, além dos demais princípios e regras do direito societário e civil brasileiros.

---

<sup>87</sup>*In verbis*: “Sociedades controladas. ARTICULO 33.- Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias; 2) Ejercza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.” Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/19550-nacional-ley-general-sociedades-n-19550-to-1984-Ins0000745-1984-03-20/123456789-0abc-defg-g54-70000scanyel?q=%28numero%20norma%3A19550%20%29&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n/Ley%7CFecha%7CORGanismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJuridicci%F3n&t=2>. Acesso em 09 abr. 2018.

<sup>88</sup>*Ipsis litteris*: “Art. 2359 Società controllate e società collegate. Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei nn. 1 e 2 del 1° comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.” Disponível em: [http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter\\_dictum/codciv/Lib5.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib5.htm). Acessado em 09 abr. 2018.

<sup>89</sup>CALDERON, Silvio Javier Battello. O poder de controle nas sociedades anônimas brasileiras. In: **Revista Atitude** - Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre, ano IV, número 7. Janeiro - Junho de 2010. p. 51.

Na percepção de Silvio Calderon o poder de controle encontra limites nos deveres de lealdade comercial, de diligência, de um atuar previdente, defendendo ainda que o controlador deve se pautar no princípio geral da conduta de um bom homem de negócios.<sup>90</sup>

Essas limitações existem justamente para que não ocorram excessos, abuso do poder econômico e o desvio de finalidade do grupo. Assim, tem-se primordialmente que o exercício do poder de controle é limitado pela regra do conflito de interesse e do não-abuso do poder de controle.

Destaque-se que a Lei de S/A inovou ao regulamentar a posição do acionista controlador e da sociedade controladora. O acionista controlador está previsto no art. 116 da LSA que dispõe sobre a possibilidade de uma pessoa jurídica ou física, isolada ou em conjunto, poder exercê-lo.

Neste sentido, estabeleceu o citado artigo que para a caracterização do poder de controle do acionista torna-se necessário o preenchimento de dois requisitos, quais sejam: i) o acionista controlador deve ser titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia e ii) o exercício de fato da direção e do controle da companhia, ou seja, o exercício de fato do poder de controle.

Por outro lado, o poder de controle também pode ser exercido por uma sociedade controladora, neste caso, a base legal é fornecida pelo artigo 243 da LSA. As diferenças são sutis, enquanto que no acionista controlador exige-se a maioria dos votos na assembleia de acionistas, na sociedade controladora a norma requer a preponderância nas deliberações sociais.

A diferença entre as expressões “maioria dos votos” e “preponderância” ocorre em virtude de que os grupos societários podem ser compostos por vários tipos de sociedades (limitadas, anônimas e etc.), daí a expressão utilizada pela lei ser “deliberações sociais”, englobando, desta maneira, todos os tipos societários brasileiros.

No quesito do exercício de fato do poder de controle, tem-se que houve uma omissão do legislador ordinário quando deixou de prevê-lo no § 3º do art. 243 da LSA sua observância, contudo, doutrina majoritária entende ser este requisito implícito quando se trata de grupos societários.

Ademais, outra diferença que se nota encontra assento na legitimidade para propositura de ação para apuração de eventual responsabilidade do acionista controlador ou da sociedade

---

<sup>90</sup>Ibid, p. 52.

controladora, assim, contra aquele não há condições para a propositura da ação, entretanto, contra esta torna-se necessário que a ação seja proposta por acionistas que representem cinco por cento do capital social ou por qualquer acionista desde que preste caução<sup>91</sup>.

O poder de controle pode ser exercido de várias maneiras.

Será totalitário quando todos os acionistas possuírem direito ao voto, como ocorre por exemplo nas empresas subsidiárias nas quais a totalidade das ações pertencem à sociedade controladora.

O controle majoritário é exercido por aqueles acionistas (pessoas físicas ou jurídicas) que possuem a maioria das ações com direito a voto. Neste tipo de controle a minoria dos sócios ou acionistas se submetem ao controle das decisões impostas pelo grupo majoritário.

Tendo em vista o grande número de ações dispersadas no mercado de capitais, pode ocorrer do poder de controle societário ficar nas mãos de um pequeno grupo de acionistas, constituindo assim o controle minoritário.

É muito comum que isso ocorra em empresas de grande porte, geralmente internacionais, contudo, o controle minoritário não representa a realidade brasileira, visto que em sua maior parte são caracterizadas pelos controles majoritários ou totalitários.

### 3.3 CLASSIFICAÇÃO DOS GRUPOS

De inúmeras maneiras podem ser classificados os grupos empresariais, variando de acordo com o critério jurídico escolhido como elementar para sua formação. Assim, comumente são levados em consideração características como a direção unitária, participação financeira, reunião de pessoal, hierarquia de controle, registro do grupo etc.

Quanto à natureza das relações internas o grupo pode ser de subordinação ou coordenação, grupos de fato e grupos de direito, grupos de base societária, contratual e pessoal, grupos industriais, financeiros e mistos.

---

<sup>91</sup>LSA. Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117. § 1º A ação para haver reparação cabe: a) a acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social; b) a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente. § 2º A sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização.

### 3.3.1 Grupos de subordinação e grupos de coordenação

No grupo de subordinação existe uma hierarquia vertical do poder de comando e controle, exercido do topo para a base, da sociedade controladora para as controladas. Desta forma, a direção unitária, financeira e os objetivos comuns são determinados pela controladora, responsável pelo direcionamento da atividade grupal.

Sandra Yuri Yonekura aduz que ocorre a formação de um grupo de subordinação quando a controladora impõe, através do poder de mando e do domínio que exerce sobre as controladas, a direção unitária do grupo<sup>92</sup>.

Sobre a transferência do centro decisório nos grupos de subordinação esclarece Anna Beatriz Alves Margoni que ocorre de modo unilateral, definida pela sociedade controladora, por intermédio de várias formas de controle societário como, v.g., o contrato de subordinação, a participação majoritária ou integral do capital social da controlada.<sup>93</sup>

De maneira diversa ocorre com o grupo de coordenação, não havendo neste uma relação de hierarquia entre as sociedades, mas uma relação de cooperação. Cada empresa mantém sua autonomia patrimonial e jurídica, mas elegem em conjunto um órgão controlador formado por representantes de todas as sociedade grupadas, que terá a incumbência de estabelecer e fiscalizar as diretrizes do grupo.

Leonardo de Gouvêa Castellões identifica na lei societária alemã de 1965 (AktG, § 18, alínea 2) o conceito de grupos de coordenação, ressaltando que são constituídos por empresas juridicamente autônomas, mas sem relação de subordinação, que se reúnem sob uma direção unitária. As empresas mantêm relativamente incólumes suas respectivas independências financeira e jurídica, compartilhando o exercício da direção econômica unitária em termos paritários, podendo criar um órgão especial para essa finalidade ou não.<sup>94</sup>

Registre-se que a lei de Sociedade Anônima Brasileira (Lei n. 6.404/76) estabelece em seus artigos 278 e 279 a previsão expressa de formação dos consórcios caracterizados pela reunião de empresas com vistas a realização de determinado empreendimento, sem subordinação entre elas, contudo, possuem o dever de cooperação na gestão financeira do grupo e na execução do trabalho, representando assim uma espécie de grupo de coordenação.

---

<sup>92</sup>YONEKURA, Sandra Yuri. **Grupos de sociedades e a arbitragem comercial internacional**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 54.

<sup>93</sup>MARGONI, Anna Beatriz Alves. **A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades**. 2011. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 59.

<sup>94</sup>CASTELLÕES, Leonardo de Gouvêa. **Grupos de sociedades**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 96.

### 3.3.2 Grupos de fato e grupos de direito

Os grupos de direito são aqueles constituídos formalmente por meio de um contrato, representado por uma convenção de constituição do grupo empresarial. Por intermédio deste ocorrerá a transferência do poder de direção e controle das sociedades-filhas para a sociedade-mãe. O capítulo XXI da Lei de Sociedade Anônima disciplina os grupos de sociedade de direito, prevendo seu modo de constituição e desenvolvimento entre os artigos 265 ao 277.

Os grupos de fato não são formados por meio da convenção, sendo essa a característica balizadora da diferença entre ambas classificações. Também não possuem regulamentação específica, sendo regidos pelos princípios e regras cogentes do direito societário de modo geral.

Podem ser constituídos por diversas formas não previstas expressamente em lei, assim, acordos parassociais, dependência econômica, acionista majoritário e inúmeros outros fatores podem dar ensejo à formação de um grupo econômico de fato.

Para Pedro Ivan Vasconcelos Hollanda os grupos de fato e de direito não representam uma forma de organização das sociedades dentro do grupo, mas sim a forma de sua constituição. Sendo considerados grupos de direito aqueles que são constituídos por meio de um contrato entre as empresas participantes e de fato aqueles que existem e funcionam independentemente da pactuação por meio de contrato escrito<sup>95</sup>.

Aduz ainda que a Lei de Sociedade Anônima Brasileira (Lei n. 6.404/76) e o Código Comercial de Portugal segue o modelo dualista do direito alemão que é caracterizado pela bifurcação entre grupos de fato e grupos de direito. Ressalva, entretanto, que a legislação sobre grupos societários nos Estados Unidos da América, na Itália e na Comunidade Europeia não realizam tal distinção.<sup>96</sup>

Anna Beatriz Alves Margoni destaca uma característica essencial dos grupos de direito, qual seja: a criação de um regime jurídico excepcional por meio do contrato de constituição do grupo empresarial que permite, inclusive, a relativização de princípios basilares do direito empresarial.<sup>97</sup>

Este regime criado pelas partes autoriza a transferência do poder de direção das demais

---

<sup>95</sup>HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada**. 2008. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2008, p. 78.

<sup>96</sup>Ibid, p. 78.

<sup>97</sup>MARGONI, Anna Beatriz Alves. **A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades**. 2011. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011, pp. 57-58.

empresas integrantes do grupo para a sociedade de comando que, por sua vez, define e impõe as diretrizes administrativas, jurídicas e financeiras do conglomerado formado. Sob outra ótica, os grupos de fatos são formados pela negativa, em razão da inexistência do contrato de constituição do grupo, assim, seriam formados por outros instrumentos, como por exemplo: acordos parassociais, contratos interempresariais, relação de dependência econômica e participações societárias<sup>98</sup>.

Rodrigo Pinto aponta as diferenças da regulamentação do grupo de fato (modelo orgânico) para o grupo de direito (modelo contratual), ensinando que neste as partes podem utilizar livremente a autonomia privada para regular como será a relação de subordinação entre as empresas controladas e a sociedade controladora; já naquele, a ausência da convenção do grupo implica na aplicação de regras e princípios gerais do direito societário sobre as sociedades integrantes, em especial o princípio da primazia do interesse social e o da independência da sociedade<sup>99</sup>.

### 3.3.3 Grupos centralizados e descentralizados

À primeira vista pode-se ter uma concepção equivocada sobre o conceito de grupos centralizados e descentralizados quando comparados com os grupos de coordenação e de subordinação, pressupondo que não existe diferenças entre eles, entretanto, ela existe e é importante para esta classificação.

Enquanto que nos grupos de subordinação e coordenação ocorre a transferência do poder de controle de uma sociedade para a sociedade-mãe, comprometendo inclusive a autonomia jurídica daquela, nos grupos centralizados ou descentralizados o que se transfere é o poder de decisão sobre as atividades empresariais existentes no grupo.

Para Pedro Ivan Vasconcelos Hollanda nos grupos centralizados ocorre a transferência do poder decisório das atividades do grupo para a sociedade comandante, que, por sua vez, dita o tom das atividades financeiras, comerciais e administrativas do grupo, restando neste caso comprometida a autonomia das sociedades subsidiárias, pois que seu centro de comando passa

---

<sup>98</sup>Ibidid, pp. 57-58.

<sup>99</sup>PINTO, Rodrigo Martins de Oliveira Silva. **Os grupos de sociedades no direito antitruste: um estudo das concentrações empresariais**. 2010. 115 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2010, pp. 28-31.



a ser exercido pela sociedade controladora.<sup>100</sup>

Diferencia-se, portanto, o poder de controle grupal do poder de decisão das atividades de cada sociedade. Nos grupos centralizados, o poder decisório sobre as atividades do grupo é deslocado para a sociedade controladora, assim, cabe somente às sociedades controladas a execução das tarefas que lhes foram atribuídas.

Coincidentemente, pode ocorrer do grupo de subordinação, em que há transferência do poder de controle, também ser um grupo centralizado, ou seja, a sociedade controladora emanará todas as ordens das atividades para as subordinadas, contudo, o contrário também é possível: o poder de controle pertence a sociedade-mãe (grupo subordinado) mas esta permite que o comando das atividades seja realizado pelas próprias subsidiárias, descentralizando assim o poder de decisão das atividades.

Nos grupos descentralizados cada sociedade possui autonomia jurídica e administrativa para exercer isoladamente o poder de decisão de suas respectivas atividades, tudo em prol do aproveitamento econômico do grupo, mas mantendo uma certa independência, como ocorre no caso da holding pura.

### 3.3.4 Grupos de base societária, contratual e pessoal

Analisa-se, neste critério de classificação, a natureza jurídica do instrumento utilizado para a constituição do grupo de sociedades. Sendo assim, se este for constituído por mecanismos atinentes a operações societárias, *v.g.*, aquisição de participação societária majoritária ou a pactuação por intermédio da convenção do grupo, será considerado um grupo de base societária.

Existem inúmeros tipos de grupos de base societária, dentre vários destacam-se: o i) grupos de participação radial: a sociedade controladora possui participação majoritária em diversas empresas subordinadas; ii) grupos de participação piramidal: a empresa controladora detém participação majoritária no capital das controladas, e, estas, por seu turno, possuem participação majoritária no capital social de outras sociedades, formando uma verdadeira pirâmide de participações societárias, e, iii) grupos de participação circular: a sociedade de comando e as controladas possuem participações societárias recíprocas. Entretanto, nem todos países admitem esta possibilidade.

---

<sup>100</sup>HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada**. 2008. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2008, p. 77.

Os grupos de base contratual são constituídos por intermédio de um contrato. Podem ser formados por contratos empresariais (convenção grupal) ou por contratos civis (franquia, agência, concessão comercial e etc.)

Já os grupos pessoais são formados em razão da identidade pessoal dos integrantes dos órgãos de administração, os quais assumem a direção unitária do grupo, desta forma, os gestores de uma sociedade-mãe também são gestores das sociedades-filhas.

### **3.3.5 Demais classificações sobre grupos**

A doutrina identifica inúmeras formas de classificação dos grupos empresariais, contudo, para o presente estudo elas estão muito mais relacionadas aos elementos materiais que compõe o grupo do que com seus elementos jurídicos, como o modo de constituição e o exercício do poder de controle.

Assim, tendo em vista que várias características podem ensejar a formação de um grupo de sociedade e que estas não estão dispostas de modo taxativo em lei, ficando a cargo da doutrina a classificação de suas origens, pode-se, ainda, estabelecer que os grupos são industriais, financeiros, mistos, nacionais, multinacionais etc.

Os grupos industriais são caracterizados pela reunião de empresas que desenvolvem atividades comerciais ou industriais. Os financeiros são destinados a operar no mercado financeiro de forma geral, como bancos, seguradoras etc. Os grupos mistos realizam ambas as operações, atuam no comércio, na indústria e/ou constituem empresas financeiras. Os nacionais são formados por empresas brasileiras e os multinacionais são compostos por empresas que possuem atuação no Brasil e no exterior.

## **3.4 OUTRAS ESPÉCIES DE RELACIONAMENTOS EMPRESARIAIS**

Além dos grupos societários, os arranjos empresariais podem se desenvolver por meio de outras espécies, que derivam de duas grandes classificações, levando-se em consideração o critério de regime de constituição do agrupamento, assim, havendo a constituição de novas sociedades empresárias, ter-se-á as figuras societárias, sob outra ótica, ocorrendo a concentração empresarial sem a necessidade de criação de novas empresas, originar-se-á as figuras organizacionais.

Deste modo, representam figuras societárias: os grupos societários, a sociedade de

propósito específico e a sociedade holding, enquanto que, as figuras organizacionais constituem-se em consórcio de empresa, *joint venture* e na firma-rede. A seguir, breve exposição de cada uma delas.

### 3.4.1 Sociedade de propósito específico

A sociedade de propósito específico consiste na reunião de pessoas, físicas ou jurídicas, sob a formatação de uma nova sociedade empresária, que pode ser limitada ou anônima, com um objetivo específico, pré-determinado e, às vezes, com prazo de duração definido. Não é regulamentado de modo específico pelo Código Civil Brasileiro, posto que sua normatização advém do tipo societário que foi escolhido para sua constituição, entretanto, a legislação esparsa traz em seu conteúdo disposições a seu respeito, v.g., artigo 56 da Lei Complementar n. 123/2006.

Trata-se de uma modalidade de empreendimento coletivo que busca a diminuição dos custos e riscos da atividade empresarial. Geralmente é utilizada em projetos de grande magnitude da engenharia civil, mas nada impede que seja utilizada em outras áreas, desde que seja constituída para concretizar um objetivo específico.

Representa uma das modalidades de *joint venture* societária, possui personalidade jurídica, tributação independente e patrimônio próprio, características que as distinguem do contrato de consórcio empresarial, vez que, este, por não possuírem personalidade jurídica própria, também ficam impedidos de constituir patrimônio.

### 3.4.2 Sociedade holding

Quando uma empresa é constituída para assumir a direção unitária, o poder de controle e a direção econômica de outras sociedades empresárias, tem-se instituída uma *holding*.

Na visão de Pedro Ivan Vasconcelos Hollanda<sup>101</sup> a *holding* seria a figura jurídica que mais se aproxima do conceito de grupo de sociedades, entretanto, a diferença consiste na forma como são constituídos, assim a *holding* representa somente um modelo jurídico-organizacional da sociedade principal do grupo de sociedades, quanto este, constitui-se num modelo de organização global da empresa.

---

<sup>101</sup>HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada**. 2008. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2008, p. 80.

Neste sentido, *holding* é a sociedade controladora e as subsidiárias são as sociedades controladas, pode ocorrer, contudo, da sociedade *holding* (empresa mãe) ser a única sócia da sociedade-filha, neste caso, formar-se-á uma sociedade subsidiária integral.

### 3.4.3 Consórcio de empresas

Consiste na reunião de empresas por meio do contrato de consórcio, não constitui personalidade jurídica própria, e, suas relações jurídicas são, em regra, tratadas com o predomínio da responsabilidade individual de cada consorciada, não havendo, portanto, presunção de solidariedade pelas obrigações contraídas em prol da execução da finalidade do grupo consorcial<sup>102</sup>.

### 3.4.4 *Joint venture*

Não existe uma definição específica e nem jurídica para o fenômeno de relacionamento empresarial denominado *joint venture*. A expressão, de origem norte-americana, pode ser traduzida como “empreendimento comum”, em realidade, trata-se de reunião jurídica de empresas, uma forma de associação *sui generis* empresarial, derivada de alianças estratégicas que objetivam a maximização dos lucros e minoração dos custos, além da transferência de tecnologia, mão-de-obra, *know how* etc.

Para Eliane M. Octaviano Martins<sup>103</sup> a *joint venture* possui como característica essencial a elaboração de um determinado projeto ou empreendimento comum. Desta forma, pode ser classificada em *joint venture* contratual ou societária. Nas contratuais, ocorre a colaboração de empresas que são reunidas por meio de contratos, como, por exemplo, o contrato de consórcio, já nas societárias ocorre a constituição de nova sociedade empresária.

Rodrigo Martins de Oliveira Silva Pinto destaca as diferenças entre a *joint venture* e o grupos de sociedades, aduzindo que as sociedades que formam a *joint venture* não perdem suas respectivas autonomias econômicas, nem ficam subordinadas a um único interesse geral, tendo em vista a consecução de objetivos específicos, porém, comum aos interesses sociais de todas

---

<sup>102</sup>Tema tratado com profundidade no item 4 desta obra.

<sup>103</sup>MARTINS, Eliane M. Octaviano. Parcerias empresarias “joint ventures”. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6843](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6843)>. Acesso em 20 jul. 2018.

sociedades<sup>104</sup>.

### 3.4.5 A firma-rede

As empresas podem estabelecer contratos de parcerias comerciais com o intuito de realizarem conjuntamente específica atividade empresarial, geralmente por tempo determinado, desta feita, tem-se formação da firma-rede.

Representa exemplo clássico deste modo de relacionamento empresarial o fornecimento de pneus pela firma-parceira para uma montadora de carro, a firma-grande.

Não existe hierarquia entre as firmas, tão pouco caracterizam-se como grupo de sociedade, tendo em vista a inexistência de nova figura societária.

Aduz Pedro Ivan Vasconcelos Hollanda que apesar da firma-rede se identificar com o grupo de sociedade, com ele não se confunde, já que este se caracteriza pela formação de um grupo societário, enquanto a firma-rede é constituída por meio de relações contratuais<sup>105</sup>.

A firma-rede constitui-se, de fato, em modo de colaboração empresarial horizontal, cada firma mantém incólume sua autonomia jurídica, patrimonial e tributária, sendo o contrato o instrumento jurídico que lhe dá origem.

---

<sup>104</sup>PINTO, Rodrigo Martins de Oliveira Silva. **Os grupos de sociedades no direito antitruste: um estudo das concentrações empresariais**. 2010. 115 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2010, p. 38.

<sup>105</sup>HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada**. 2008. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2008, p. 82.

## 4 CONSÓRCIO EMPRESARIAL E A ARBITRAGEM: INVESTIGAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

A última parte desta obra é responsável pela síntese das argumentações supra empreendidas a respeito da arbitragem e do movimento de concentração empresarial. Deste modo, focando na questão da ampliação subjetiva da cláusula compromissória no consórcio de empresas, investigar-se-á a possibilidade deste fenômeno ocorrer ou não, sob a perspectiva interna do grupo consorcial.

Para isso, analisar-se-á minuciosamente o contrato de consórcio, seu modo de constituição, sua regulação, administração, organização e função, para, em seguida, realizar os estudos pertinentes aos fatos ou atos jurídicos que podem ensejar a abrangência subjetiva da cláusula compromissória entre as consorciadas não-signatárias.

### 4.1 CONSÓRCIOS EMPRESARIAIS: CONCEITO, ESTRUTURA E FUNÇÃO

Os consórcios representam uma forma bastante comum de aglutinação empresarial caracterizado pela reunião de duas ou mais empresas, geralmente com duração e finalidade específica, sendo constituídos e regulados por intermédio de um contrato.

Integram o grupo de coordenação (vide item 3.3.1), portanto, seu controle é exercido de maneira horizontal, sem a existência de uma hierarquia/subordinação entre as empresas que o compõe, entretanto, pode ser eleita uma empresa líder para a representação do grupo em juízo e/ou perante credores e terceiros.

Sérgio Campinho aborda a ausência de personalidade jurídica no consórcio mas afirma a existência de sua personalidade judiciária, ou seja, possui capacidade de representação processual de modo ativo ou passivo, conforme restou decidido pela 5ª Turma do STJ quando do julgamento do Recurso Especial n. 147.997/RJ em 1999, precedente que gerou jurisprudência dominante sobre o tema.<sup>106</sup>

Não há confusão patrimonial no consórcio, cada empresa preserva sua autonomia patrimonial e jurídica, mantendo incólume suas respectivas personalidades. Contudo, a direção do grupo é realizada de modo compartilhado por meio de um colegiado que conta com a participação de representantes de todas as consorciadas. É este colegiado que regulamenta e

---

<sup>106</sup>CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: sociedade anônima**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 449.

decide as questões pertinentes ao objetivo do consórcio, traçando o planejamento e a execução das tarefas, coordenando assim os trabalhos que serão desenvolvidos.

Sua previsão legal está assentada nos artigos 278<sup>107</sup> e 279<sup>108</sup> da Lei de Sociedades Anônimas Brasileiras (lei n. 6.404/76). Regulamentam, respectivamente, o conceito do contrato de consórcio e seu modo de constituição e registro.

De plano, percebe-se a ausência de uma regulamentação mais ampla e precisa sobre o tema, haja vista que a existência de apenas dois artigos para disciplinar uma relação tão complexa e de inúmeras variáveis como os consórcios ilustra a negligência legislativa que contribui para uma celeuma significativa sobre o assunto, notadamente no que diz respeito a responsabilidade solidária ou subsidiária da empresa líder e de suas consorciadas nas questões objeto do consórcio, levando-se em consideração a existência ou não de direção unitária e de representação do grupo, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência um melhor tratamento da matéria.

Nos escólios de Gladston Mamede quaisquer sociedades podem constituir um consórcio, estando elas sob o mesmo controle ou não, com vistas a execução de um objetivo comum, respondendo cada uma por suas obrigações, não possuindo responsabilidade solidária entre elas. Inclusive, a falência de uma não implica na falência das demais, consubstanciando desta maneira a autonomia jurídica e patrimonial de cada consorciada.<sup>109</sup>

Para Sandra Yuri Yonekura consórcio é contrato plurilateral e associativo, consignado por sociedades para a consecução de um determinado empreendimento. Compreende uma comunhão de vontades e interesses com o fim de reunião de esforços para alcance de um objetivo que sozinha as sociedades não conseguiriam alcançar e, para isso, agregam reunião recursos financeiros, humanos e aptidões técnicas. Assevera ainda que o consórcio não tem

---

<sup>107</sup>Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. § 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

<sup>108</sup>Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: I - a designação do consórcio se houver; II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio; III - a duração, endereço e foro; IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas; V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver; VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado; VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver. Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

<sup>109</sup>MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 207.

personalidade jurídica mas possui autonomia administrativa, de natureza não organizativa, mas nitidamente contratual, vez que sua administração decorre de mandato e delegação oriundos do próprio contrato de consórcio.<sup>110</sup>

Sandra Yuri Yonekura traça duas classificações para os consórcios, a primeira diz respeito ao seu modo de operação, defendendo que são operacionais quando as consorciadas empregam suas técnicas para a execução do empreendimento ou instrumentais quando o objetivo do consórcio for o de contratar, com terceiros, serviços, obras e concessões.<sup>111</sup>

A segunda refere-se à organização do consórcio, sendo divididos em: i) primeiro grau: não possuem direção centralizada de suas atividades, ii) segundo grau: são dirigidos por uma direção única, sendo comandados por uma consorciada líder e iii) terceiro grau: prevê direção e representação única perante terceiros e, internamente, a direção fica a cargo da sociedade líder.<sup>112</sup>

É certo que no ordenamento jurídico brasileiro a solidariedade não se presume nas relações consorciais (§ 1º do art. 278 da Lei n. 6.404/76), entretanto, levando-se em consideração sua natureza jurídica contratual, tem-se que pode ser estipulada no contrato de consórcio. É desta forma que entende Sérgio Campinho quando defende a pactuação da solidariedade no consórcio, podendo a mesma englobar todas as obrigações oriundas do pacto ou somente algumas delas.<sup>113</sup>

Fábio Ulhoa Coelho discorre sobre a possibilidade das empresas consorciadas responderem solidariamente em razão das relações de consumo, com fundamento no § 3º<sup>114</sup> do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, desde que as obrigações em discussão no litígio sejam relativas ao objeto do consórcio. Não estando, portanto, as relações consumeristas que não tenham relação com o consórcio abarcadas pela responsabilidade solidária.<sup>115</sup>

Entretanto, verifica-se que o legislador não se atentou para o modo de organização dos consórcios, limitando-se a estabelecer a não solidariedade como regra geral, desprestigiando às situações fáticas consorciais que poderiam conduzir a uma responsabilização solidária ou subsidiária.

---

<sup>110</sup>YONEKURA, Sandra Yuri. **Grupos de sociedades e a arbitragem comercial internacional**. Curitiba: Editora Juruá. 2005, p. 62-63.

<sup>111</sup>Ibidid, p. 63.

<sup>112</sup>Ibidid, pp. 64-65.

<sup>113</sup>CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: sociedade anônima**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 447.

<sup>114</sup>§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

<sup>115</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa. 20ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 321.



Contudo, torna-se necessário uma análise mais detida sobre seu modo de atuação e de responsabilização, para que reste provado nesta pesquisa que o modelo atual não é adequado para reger todas as relações consorciais ora vigentes, necessitando, portanto, ser superado.

#### 4.2 AUTONOMIA PRIVADA NO CONSÓRCIO E SUA RELAÇÃO COM A SOLIDARIEDADE

Tendo em vista que o consórcio pode ser de primeiro grau, segundo grau e terceiro grau, conforme acima demonstrado, tecer-se-á doravante algumas considerações críticas acerca da relação existente entre a autonomia privada no grupo consorcial e sua relação com a não-solidariedade prevista na Lei de S/A.

A primeira situação diz respeito ao consórcio de primeiro grau no qual não existe nenhuma direção centralizadora de suas atividades, neste modelo as empresas consorciadas realizam suas operações e contratações de modo totalmente independente, sem nenhuma intervenção ou direção do grupo, preservando, desta maneira, suas respectivas autonomias negociais e patrimoniais.

Assim, levando-se em consideração que não há qualquer interferência na direção da empresa consorciada, permanecendo incólume sua personalidade jurídica, sua capacidade patrimonial e negocial, entende-se correta a ausência de responsabilidade solidária prevista na lei, justamente porque não há qualquer tipo de intervenção na autonomia privada da consorciada, portanto, havendo a instauração de um litígio, mesmo envolvendo questões relativas ao objeto do contrato, a empresa deverá responder isoladamente por eventual inadimplemento perante credor e/ou por prejuízos provocados em terceiros, ressalvado as hipóteses legais da responsabilidade solidária no âmbito das relações de hipossuficiência: consumidor e trabalhista, por exemplo.

Todavia, quando se analisa a estrutura do consórcio de segundo grau, no qual ocorre a eleição de uma consorciada líder para promover a direção do grupo sem, contudo, possuir poderes para representá-los ativa ou passivamente no judiciário, entende-se que já cabe aqui uma relativização da presunção de não-solidariedade e, havendo violação da lei ou de direito de terceiros, propõe-se a aplicação da solidariedade prevista pelo art. 942 do CC/02.

De igual forma acontece com o consórcio de terceiro grau, já que caracterizado pelo direção unitária e pela atribuição de representação do grupo perante credores, terceiros e diante da justiça.

#### 4.3 A RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL DE CADA CONSORCIADA: O PARADIGMA DOMINANTE

Após a exposição conceitual-descritiva do instituto da arbitragem realizada no capítulo 1, da exposição do movimento de concentração e cooperação empresarial tratada no capítulo 2 e, diante da investigação da estrutura, função e modo de organização dos consórcios empresariais analisados no capítulo 3, será demonstrado, doravante, as relações jurídicas existente entre tais institutos, de modo que, reste esclarecido a importância do tratamento de tais matérias e como servirão de base epistemológica para a produção do conhecimento que ora se objetiva.

Assim, conforme visto, a arbitragem possui natureza jurídica contratual e processual, desta forma, por um consectário lógico, submete-se, invariavelmente, a aplicação de todos os princípios contratuais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, de tal modo que, a violação de quaisquer deles, podem provocar inúmeras consequências jurídicas, entre elas, a abrangência subjetiva da cláusula compromissória para um não-signatário.

Partindo desta premissa, analisar-se-á a relação existente entre a formação de um consórcio de empresas e a possibilidade de abrangência subjetiva da cláusula compromissória perante a consorciada não-signatária.

Sob esta ótica, importante registrar que existe um dogma dominante a respeito do assunto que se revela pela impossibilidade de alcance subjetivo da referida cláusula compromissória, isto ocorre em razão de duas situações impostas pela lei: (i) inexistência de constituição formal de uma pessoa jurídica do grupo consorcial e (ii) a ausência de previsão legal de solidariedade entre as empresas consorciadas pelas obrigações que contraem perante terceiros. Ambas situações são de observância obrigatória, pelo menos *prima facie*, e, estão positivadas no §1º do art. 278 da Lei de Sociedade Anônima (Lei n. 6.404/76).

A respeito da constituição de personalidade jurídica na história do direito não se conhece o exato momento de seu surgimento, contudo, o direito romano pode servir como parâmetro inicial para o estudo de tal categoria jurídica.

Para José Carlos Moreira Alves o direito romano não elaborou uma teoria da pessoa jurídica por não ser afeito às abstrações, assim, no período pré-clássico não houve reconhecimento de personalidade jurídica, desta forma, o patrimônio cuja titularidade pertencia a mais de uma pessoa era tratado de modo condominial, cada um titularizando sua cota parte

sobre o bem. Neste período, não se concebia a ideia de uma entidade abstrata que fosse capaz de titularizar direitos subjetivos, entretanto, no período clássico houve um progresso neste sentido e os romanos reconheceram a necessidade de criação de um ser abstrato que pudesse ter patrimônio próprio, essa evolução ocorreu em razão da mudança do conceito de estado, antes no período pré-clássico o patrimônio do estado pertencia aos cidadãos, justamente porque não se concebia um ser abstrato, depois, com a superação deste conceito, o estado passou a ter patrimônio e personalidade jurídica próprios<sup>116</sup>.

Daí, pode-se apontar o exemplo-mor de surgimento da personalidade jurídica. É preciso, contudo, atento ao passado e visualizando o presente, questionar o atual conceito de pessoa jurídica a fim de verificar se enquadra todos os modelos de associações contratuais que surgiram com o passar dos séculos, para depois, analisar se a associação de pessoa jurídica na forma consorcial não implicaria numa nova personalidade jurídica, mesmo que temporária e com finalidade específica, tal qual como funciona atualmente uma sociedade de propósito específico.

Indaga-se, então, quais requisitos ou pressupostos de fato seriam necessários para se reconhecer a personalidade jurídica de alguma entidade atualmente?

No direito romano exigia-se e a reunião de três requisitos: (i) o contrato social, (ii) a reunião de pelo menos três pessoas<sup>117</sup> e a (iii) autorização do estado para o funcionamento<sup>118</sup>.

Note-se, todavia, que naquela época a constituição de patrimônio próprio não era requisito para o reconhecimento da personalidade jurídica.

De igual forma acontece na formação do consórcio que também não possui patrimônio próprio, deduz-se, portanto, que a formação de um patrimônio próprio não é requisito essencial para a atribuição de personalidade jurídica de determinada entidade.

Ora, questiona-se novamente, por qual razão então o consórcio não pode constituir uma nova personalidade jurídica?

Tudo indica que existe uma atual necessidade de releitura do conceito de personalidade jurídica para que nela possa ingressar outras entidades que foram deixadas de lado em razão do não preenchimento de certos requisitos, que, não se coadunam com a verdadeira finalidade de constituição de uma personalidade jurídica.

Inclusive, José Lamartine Corrêa de Oliveira tece crítica neste sentido defendendo que

---

<sup>116</sup>ALVES, José Carlos Moreira Alves. **Direito Romano**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 138 e 139.

<sup>117</sup>Ibid, pp. 140-141.

<sup>118</sup>Ibid, p. 142.

apesar das inúmeras revoluções culturais, científicas e acadêmicas ocorridas desde o Império Romano até hoje, o conceito de pessoa jurídica parece não ter sofrido alteração, permanecendo incólume<sup>119</sup>.

Justamente por isso o CC/2002 confere a inúmeras entidades diferentes o tratamento de pessoa jurídica de direito privado, assim, igrejas, partidos políticos, sociedades limitadas, sociedade por ações etc. são tratados da mesma forma jurídica, contudo, será que suas respectivas estruturas e funções seriam idênticas a tal modo de serem regidos de forma igualitária do ponto de vista jurídico?

Entende-se neste trabalho que não. Assim como um partido político não pode se encaixar na mesma categoria jurídica de uma igreja, o consórcio formado deveria também possuir personalidade jurídica própria, ao revés do disposto na legislação atual.

Todavia, na seara processual admite-se que o consórcio possua personalidade judiciária, ou seja, pode ser representado ativa e passivamente em juízo para a defesa de seus interesses.

É unânime na doutrina nacional que o contrato de consórcio é do tipo associativo e que por isso não é capaz, *per si*, de originar uma nova personalidade jurídica, assim, em tese e de acordo com o texto positivo, cada empresa consorciada mantém incólume suas obrigações, não havendo a estipulação legal de solidariedade entre elas, inclusive, em caso de falência, os compromissos da falida deverão ser suportados pela massa falida.

Desta feita, levando-se em consideração a crítica apontada, recomenda-se como solução, de *lege ferenda*, a inclusão do consórcio como pessoa jurídica, adicionando-se o inciso VII no artigo 44 do Código Civil Brasileiro.

#### 4.4 ALCANCE SUBJETIVO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO GRUPO CONSORCIAL

Conforme visto no capítulo 1, o fenômeno da abrangência subjetiva da cláusula compromissória perante terceiro não-signatário, em nível global, não se trata de novidade, já sendo reconhecido em inúmeras arbitragens Brasil afora, contudo, a sistemática de sua aplicabilidade ainda não foi estabelecida em lei brasileira, tão pouco são claros e objetivos os requisitos que autorizam tal abrangência pelos árbitros, restando sempre à análise do caso concreto a verificação de sua possibilidade.

---

<sup>119</sup>OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 25.

Alguns requisitos gerais já foram definidos pela doutrina clássica entabulada por Berthold, Goldman e Fouchard, quais sejam: o comportamento contratual ativo, a participação nas negociações, no desenvolvimento do contrato e na conclusão do mesmo.

Contudo, não foi encontrado na doutrina um tratamento específico sobre o tema em questão quando aplicado sobre o contrato de consórcio empresarial, principalmente porque vigora a máxima de que não há solidariedade nas obrigações contraídas pela empresa consorciada perante seus pares, situação que, impediria, *prima facie*, a abrangência subjetiva da cláusula compromissória.

Ademais, o fato da consorciação não constituir nova personalidade jurídica dificulta também a responsabilização dos demais integrantes do consórcio, isto porque, a responsabilização deve ocorrer de modo individual, em regra.

Entretanto, por possuir natureza jurídica contratual, o consórcio não pode escapar da incidência dos princípios contratuais basilares, assim sendo, poderá ocorrer a abrangência da cláusula compromissória perante terceiro-não signatário integrante do consórcio em situações específicas, notadamente situações de exceção, que fogem a naturalidade do desenvolvimento contratual.

Assim, antes da análise de cada situação que pode gerar o alcance subjetivo da cláusula compromissória, necessário se faz a fixação de algumas premissas para melhor compreensão do objeto de estudo: (i) a primeira delas diz respeito ao ponto de vista que o problema será abordado doravante, portanto, é preciso ter em mente que a análise será feita sob o olhar interno do consórcio, desta feita, considerar-se-ão terceiros não-signatários aquelas empresas consorciadas que pertencem a único grupo de consórcio e que não pactuaram a cláusula compromissória perante terceiro (empresa fora do consórcio); (ii) a extensão que ora se investiga é a que pode ocorrer internamente, ou seja, é aquela que ocorrerá entre a empresa consorciada que realizou contrato com terceiro e incluiu neste contrato a cláusula compromissória e as demais consorciadas que não pactuaram a referida cláusula e a (iii) terceira premissa refere-se aos litígios instaurados em razão de cumprimento direto do objeto do contrato de consórcio ou que com este possua relação direta ou indireta, deste modo, as avenças que versem sobre as questões extraconsorciais estão fora do presente estudo, haja vista que, neste caso, a responsabilidade pela obrigação assumida recai de modo individual sobre a consorciada que contratou.

Estabelecidas tais premissas, justifica-se o não estudo extrínseco do alcance subjetivo da cláusula compromissória no grupo consorcial, ou seja, a possibilidade da abrangência para

não-signatário perante a empresa que contratou com o consórcio, já que esta situação, por ser externa à relação consorcial ora sob análise, se encaixaria nas situações amplamente estudadas e debatidas pela doutrina, consoante inúmeras vezes retratados no presente trabalho, fugindo, portanto, do recorte temático escolhido para o estudo da problemática posta.

#### **4.4.1 Violação do inciso IV do art. 279 da Lei n. 6.404/76**

O inciso IV do art. 279 da lei n. 6.404/76 determina que o consórcio empresarial deve definir no contrato, de modo específico, as obrigações e responsabilidades das consorciadas perante o grupo (*interna corporis*) e diante do terceiro com quem realiza negócios.

Em obediência a tal disposição legal, tem-se que não haverá presunção de responsabilidade solidária entre as empresas acaso surja alguma obrigação de indenizar, seja em razão de um ato lícito, v.g., desapropriação, ou ilícito, em razão de responsabilidade aquiliana.

Contudo, entende-se neste trabalho, que o não cumprimento de tal comando normativo, por implicar na desobediência do comando legal acima apontado, tendo em vista a não definição no contrato das obrigações e responsabilidade de cada consorciada, deve ensejar o reconhecimento da responsabilidade solidária entre as empresas por todas as obrigações assumidas perante terceiros, haja vista a solidariedade preconizada pelo artigo 942 do Código Civil Brasileiro<sup>120</sup>.

Isto porque a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes, conforme disciplina o art. 896 do atual CC/02, entretanto, o que se defende aqui é o reconhecimento da responsabilidade solidária haja vista a violação legal cometida e o quanto disposto no art. 942 do CC/02, não se tratando, portanto, de presunção de sua aplicação, mas sim de reconhecê-la e aplicá-la em razão da determinação de solidariedade supracitada.

Sendo assim, levando-se em consideração que uma das empresas consorciadas tenham pactuado cláusula compromissória arbitral perante um terceiro, este poderá no momento da instauração do procedimento arbitral, requerer aos árbitros que incluam as outras consorciadas como parte requerida, haja vista a responsabilidade solidária que deriva do ato ilícito cometido por todas, aplicando-se o art. 942 do CC/02, já que não estabeleceram no contrato consorcial as correspondentes responsabilidades.

---

<sup>120</sup>Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

#### 4.4.2 Desvio de finalidade do contrato de consórcio

O Código Civil de 2002 inovou ao introduzir em seu artigo 421<sup>121</sup> a função social do contrato como limite da autonomia privada contratual, entretanto, antes mesmo deste reconhecimento no código, a função social do contrato já era reconhecida amplamente pela jurisprudência dominante no Brasil.

Com efeito, considera Paula Andréa Forgioni que há muito tempo a jurisprudência comercial brasileira se afastou do espírito individualista do contrato, reconhecendo a importância de seus impactos na sociedade, assim, a novidade introduzida no artigo 421 do Código Civil brasileiro repercutiu muito mais na retórica dos advogados do que na realidade jurídica<sup>122</sup>.

É certo que o contrato é um instrumento de circulação de riquezas, contudo, tais riquezas não podem ser negociadas sem limites, sob pena de comprometimento da vida humana em uma sociedade organizada em razão das consequências drásticas que a liberdade desenfreada poderia causar, por isso, a importância da limitação dos efeitos contratuais à sua função social.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho a função social do contrato ganha o devido destaque quando o Estado deixa de ser omissivo e passa a ter uma atuação mais intervencionista na economia, saindo de uma posição de espectador e passando a agir socialmente, não permitindo mais os abusos do poder econômico<sup>123</sup>.

Desta forma, a funcionalização do contrato rompe com a unidade sistêmica do direito e recebe influência de inúmeras áreas do conhecimento, *e.g.*, a sociologia, filosofia, economia, antropologia etc., alterando a concepção liberal burguesa e sua correspondente análise subjetiva entre os contratantes para um olhar social, coletivo, originado pela intervenção do Estado na economia e a política do bem-estar social, baseado no princípio da solidariedade.

Paulo Nalin critica a imprecisão que o conceito de função social do contrato sofre, ora baseando-se na cláusula geral de solidariedade, ora na busca do equilíbrio contratual, em outros momentos mirando a quebra do individualismo e, noutros, o que se pretende é a proteção da confiança depositada no contrato, contudo, em sua visão, a solidariedade enquanto valor e o a boa-fé enquanto princípio representam as melhores bases conceituais da funcionalização

---

<sup>121</sup>Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>122</sup>FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 262.

<sup>123</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.

contratual<sup>124</sup>.

Entende-se, neste trabalho, que a função social do contrato de fato reveste-se de um conteúdo nuclear multidirecional, não se limitando, em seu centro, aos princípios da boa-fé e da solidariedade, assim, a análise de seu conteúdo perpassa por várias áreas do conhecimento, isto quer dizer que a função social do contrato busca seu fundamento em quaisquer dessas áreas, sendo, portanto, todas elas fontes emanadoras e verificadoras da funcionalização contratual.

Assim, tendo em vista tais pressupostos conceituais, pode-se deduzir que se todo contrato deve obedecer a função social, o contrato de consórcio também deve respeitá-la, já que é contrato também.

Deste modo, ocorrendo a violação da função social do contrato, desvio da finalidade consorcial, defende-se a o reconhecimento da solidariedade entre as consorciadas com base na aplicação do art. 942 do CC/02, portanto, perfeitamente possível o alcance subjetivo das consorciadas não-signatárias.

#### **4.4.3 Manifestação de vontade da empresa líder: o contrato de mandato**

A autonomia privada exerce um papel fundamental no grupo de consórcio, dentre as inúmeras possibilidades de sua atuação, destaca-se a faculdade que as empresas consorciadas possuem de eleger uma consorciada líder para que esta realize a gestão administrativa, financeira, contábil, a contratação perante terceiros e a representação jurídica do grupo, no polo passivo ou ativo, seja em processo estatal ou em procedimento arbitral.

Ressalte-se, que, não existe obrigatoriedade legal para a eleição de uma empresa líder no consórcio de empresas, com a ressalva, contudo, da contratação do consórcio pelo poder público, que, neste caso, exige que a representação do consórcio seja feita pela consorciada líder, como também impõe contratualmente a responsabilidade solidária entre elas.

Considerando, portanto, a inserção no contrato consorcial da cláusula de mandato, que, como acima visto, pode conter inúmeros poderes, dentre os quais, destaca-se a importância para este estudo da cláusula *ad negotia* do contrato de representação, já que implicações de ordem prática podem derivar de tal cláusula.

Assim, para a empresa líder do grupo podem ser outorgados poderes para a realização de negócios com terceiros, podendo com eles contratar livremente em nome do consórcio e,

---

<sup>124</sup>NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 221.



inclusive, pactuar a cláusula compromissória nos contratos firmados.

Surge, então, a seguinte indagação: quando a empresa líder recebe poderes contratuais das consorciadas para realizar negócios em favor do consórcio, ela não está representando neste momento a vontade de cada consorciada para que ocorra a contratação? Ela não representa a vontade individual de cada empresa integrante do grupo, já que o consórcio não se constitui formalmente em pessoa jurídica?

Ora, se ocorre representação por meio da cláusula mandato com poderes para negociar, por consectário lógico, cada empresa consorciada se liga imediatamente ao contrato firmado. Perceba, que esta não é uma questão de solidariedade contratual, mas de ligação direta ao contrato formado pela representação, portanto, a responsabilidade que aqui se defende é a responsabilidade direta contratual.

Neste quadro formado, perfeitamente possível torna-se a abrangência da cláusula compromissória perante as consorciadas que não assinaram a referida cláusula compromissória, tendo em vista que, mesmo com a ausência da assinatura formal do pacto, houve a inequívoca manifestação de contratar que foi expressada pela consorciada líder.

#### **4.4.4 Consórcio de fato e consórcio irregular**

O parágrafo único do artigo 279 da lei n. 6.404/76 determina o arquivamento do contrato de consórcio na junta comercial do local de sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada para que todos tomem conhecimento da existência da consorciação e de seus integrantes. É com esse registro que o consórcio formaliza-se, adquirindo assim, todas as garantias legais previstas, inclusive o benefício da ausência de solidariedade entre as consorciadas e a inexistência de atribuição de personalidade jurídica.

Após publicada a certidão do consórcio, as consorciadas devem providenciar a inscrição junto à Receita Federal do Brasil a fim de obter o registro no cadastro nacional das pessoas jurídicas (CNPJ). Registre-se, por oportuno, que a obtenção do CNPJ não implica em reconhecimento de personalidade jurídica, trata-se apenas, de uma exigência legal para controle fazendário, desta maneira as consorciadas devem observar a Instrução Normativa da Receita Federal n. 1.634/16<sup>125</sup> que determina quem são os obrigados a possuírem CNPJ.

---

<sup>125</sup>Art. 4º. São também obrigados a se inscrever no CNPJ: (...) III – grupos e consórcios de sociedades, constituídos, respectivamente, na forma prevista nos arts. 265 e 278 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

Assim sendo, tem-se que a ausência da formalização do contrato de consórcio pode gerar duas situações que invalidarão a não solidariedade prevista no § 1º do art. 278 da Lei de Sociedade Anônimas (lei n. 6.404/76) e por consequência, atrairá a responsabilidade solidária preconizada pelo artigo 942 do CC/02.

A primeira situação diz respeito à formação do consórcio de fato, neste caso as empresas consorciadas se reúnem em consórcio, unem seus esforços, tecnologia e mão-de-obra, realizam os trabalhos para que foram contratadas, mas não confeccionam o contrato escrito de consórcio, assim, as empresas que operam desta forma não gozam da não presunção de solidariedade acima tratada, e, todas respondem ilimitadamente e solidariamente perante os compromissos assumidos pelo consórcio de fato, sendo a solidariedade oriunda do supracitado art. 942.

Já a segunda forma representa o consórcio irregular, neste tipo, o grupo consorcial pactua o contrato de consórcio por escrito mas não promove o respectivo registro na junta comercial do local correspondente de sua sede. A falta do registro coloca as empresas consorciadas na informalidade e, como consequência, ficam sem a respectiva cobertura do artigo 278 da LSA e com idêntica aplicação do art. 942 CC/02.

Entende-se que, ao consórcio de fato e ao consórcio irregular, aplicam-se aos seus integrantes a responsabilidade solidária e ilimitada por todos compromissos assumidos para o consórcio perante terceiros, já que, as operações realizadas em ambas espécies estarão submetidas à regra geral das obrigações, posto que não estão cobertas pela LSA, com a aplicação da responsabilidade solidária preconizada pelo art. 942 do CC/02.

Levando-se em consideração esta situação, tem-se a aplicação das regras gerais do direito das obrigações sob os consórcios de fato e irregular, incidindo, portanto, a regra da solidariedade instituída pelo artigo 264<sup>126</sup> cumulada com a solidariedade prevista no art. 942, ambos do Código Civil Brasileiro de 2002.

Em razão desta relação de solidariedade existente entre as sociedades que constituíram consórcio de fato ou irregular é que se pode entender pela abrangência subjetiva da cláusula compromissória que foi pactuada por quaisquer delas perante as outras consorciadas que não assinaram o pacto.

---

<sup>126</sup>Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

#### **4.4.5 Previsão contratual de responsabilidade solidária**

É possível que o contrato de consórcio preveja em seu conteúdo a responsabilidade solidária entre todas consorciadas (solidariedade total) ou entre algumas delas (solidariedade parcial), tudo em conformidade com o modo de atuação do consórcio e em razão da autonomia privada que as consorciadas podem expressar com base no artigo 265<sup>127</sup> do CC/02 que permite expressamente a pactuação da solidariedade no contrato.

A solidariedade prevista neste caso não será resultante da lei, mas da própria autonomia privada das consorciadas, funcionando neste caso como fonte geradora desta regra. Inclusive, é bastante comum que o Estado na condição de contratante de um consórcio exija no contrato a cláusula de responsabilidade solidária entre todas consorciadas pelas obrigações assumidas.

Considerando este cenário contratual, estabelecido pelas próprias consorciadas, defende-se a possibilidade de alcance subjetivo da cláusula compromissória assumida por quaisquer delas, podendo a parte contrária, requisitar a inclusão das demais como parte no procedimento arbitral, bastando, para a prova da responsabilidade solidária das demais integrantes do grupo, a apresentação do contrato que instituiu o consórcio empresarial.

#### **4.5 TRANSMISSÃO SUBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA**

Outra situação muito parecida com o alcance subjetivo da cláusula compromissória mas que com ela não se confunde é a questão da transmissão subjetiva da cláusula arbitral. Nesta, ocorre a substituição de uma parte por outra, em razão de uma operação contratual que transfere a obrigação da cláusula arbitral para outro contratante. Não há o alcance de um terceiro na arbitragem, somente há a substituição de um pelo outro.

Neste sentido, as hipóteses de fusão e incorporação representam modalidades de transmissão subjetiva da cláusula compromissória no consórcio, mas não o alcance subjetivo das consorciadas.

##### **4.5.1 Fusão entre consorciadas**

A fusão representa uma operação societária que visa proporcionar crescimento

---

<sup>127</sup>Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

empresarial para as empresas fundidas, trata-se de uma das formas de concentração empresarial, sendo muito utilizada atualmente, dentre seus objetivos estão: o aumento de capital social, maior participação no mercado, incorporação de tecnologia e mão-de-obra especializada, valorização da sociedade empresária e aumento de sua lucratividade e competitividade.

Com a fusão ocorre a união do patrimônio líquido de duas ou mais empresas, extinguindo-as por completo e formando em seguida uma nova sociedade, que assume, por consequência, todos os direitos e obrigações das empresas fusionadas.

Leciona Sérgio Campinho que a fusão pode ocorrer entre sociedades de tipos iguais ou diferentes, devendo ser seguido para as companhias a determinação contida no artigo 228<sup>128</sup> da Lei de Sociedade Anônima – Lei n. 6.404/76, após a fusão a nova empresa formada sucede a título universal todos os direitos e obrigações das empresas fundidas<sup>129</sup>.

Para Leonardo de Gouvêa Castellões a fusão proporciona vantajosa segurança jurídica para as sociedades haja vista que os interesses sociais antes manifestados individualmente por cada sociedade empresária, após a fusão passam a ser unificados, pondo fim, por consequência, a quaisquer interesses antagônicos por ventura existentes<sup>130</sup>.

Seguindo esta linha de raciocínio e contextualizando com a problemática alvo deste estudo, tem-se a possibilidade de no curso do contrato consorcial duas ou mais empresas consorciadas realizarem fusão.

Assim, a nova consorciada surgida, posto que também herda o contrato de consórcio outrora pactuado, sucede *in totum* as obrigações assumidas pelas sociedades fusionadas, desta feita, se qualquer uma delas tiver pactuado cláusula compromissória em contrato cujo objetivo era a consecução do consórcio, a nova consorciada passa a ser responsável integralmente pelos contratos firmados, vinculando-se também, desta forma, à referida cláusula compromissória, não podendo negar sua condição de requerida em eventual procedimento arbitral proposto, haja vista sua condição de sucessora empresarial.

---

<sup>128</sup>Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

§1º. A assembléia-geral de cada companhia, se aprovar o protocolo de fusão, deverá nomear os peritos que avaliarão os patrimônios líquidos das demais sociedades.

§2º. Apresentados os laudos, os administradores convocarão os sócios ou acionistas das sociedades para uma assembléia-geral, que deles tomará conhecimento e resolverá sobre a constituição definitiva da nova sociedade, vedado aos sócios ou acionistas votar o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade de que fazem parte.

§3º. Constituída a nova companhia, incumbirá aos primeiros administradores promover o arquivamento e a publicação dos atos da fusão.

<sup>129</sup>CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: sociedade anônima**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 413.

<sup>130</sup>CASTELLÕES, Leonardo de Gouvêa. **Grupos de sociedades**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 69.

Neste sentido, ocorre nesta operação a transmissão da cláusula arbitral outrora pactuada pelas fusionadas.

#### 4.5.2 Incorporação entre consorciadas

Além da fusão, outra hipótese de operação societária também pode provocar a transmissão subjetiva da cláusula compromissória perante as consorciadas, qual seja: o processo de incorporação. Assim, esta forma de concentração empresarial possibilita a absorção de uma sociedade empresária por outra, herdando a sociedade incorporadora todos os direitos e obrigações assumidos anteriormente pela sociedade incorporada. Neste sentido, Sérgio Campinho destaca que o patrimônio da incorporada é integrado ao patrimônio da incorporadora, que a sucede em todos os direitos e obrigações, a título universal<sup>131</sup>.

Registre-se que, a principal diferença entre fusão e incorporação diz respeito a formação de uma nova sociedade empresária, enquanto que o resultado da fusão origina uma nova sociedade, representada pela união dos direitos e obrigações de duas ou mais sociedades, na incorporação o que ocorre é a absorção da sociedade incorporada pela incorporadora, extinguindo-se aquela em seguida, enquanto esta assume todos os seus direitos e obrigações, mas permanece com sua personalidade jurídica sem ser alterada.

Gladston Mamede retrata a necessidade dos sócios da companhia incorporadora aprovarem o protocolo de incorporação e nomearem perito para avaliação do patrimônio líquido da incorporada, por sua vez, os sócios da incorporada, deverão aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do estatuto social ou contrato social, conforme o caso. Se algum sócio da incorporada não aprovar a incorporação, pode exercer seu direito de retirada pelo prazo de 30 dias após a data da reunião ou assembleia que aprovou a medida. Após essas etapas, o processo de incorporação será averbado no registro próprio, já com a declaração de extinção da sociedade incorporada e a assunção de todos os direitos e obrigações por parte da incorporadora<sup>132</sup>.

Assim, levando-se em consideração as relações jurídicas que podem ocorrer dentro do grupo de consórcio que impliquem na transmissão subjetiva da cláusula compromissória perante outra consorciada não-signatária, tem-se que, em eventual incorporação de uma consorciada por outra, a consorciada incorporadora assumirá todos os direitos e obrigações da

---

<sup>131</sup>CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: sociedade anônima**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 412.

<sup>132</sup>MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 213.

consorciada incorporada.

Desta forma, tendo esta última pactado a referida cláusula, por consequência da incorporação, a incorporadora deverá assumi-la, daí a possibilidade de ser forçada a participar da arbitragem.

Interessante notar que na presente hipótese não há que se falar em solidariedade das obrigações entre as empresas, posto que elas são assumidas integralmente pela consorciada incorporadora, ademais, a consorciada incorporada será extinta logo após a conclusão da incorporação, sendo assim não restariam duas empresas ao fim do procedimento, mas somente uma, conforme visto, impossibilitando deste modo qualquer tipo de solidariedade.

Por outro lado, a consorciada incorporadora assumiria não só os direitos e obrigações contraídos pela consorciada incorporada em razão da realização do objeto do consórcio, mas também internalizaria todos os direitos e obrigações externos, ou seja, aqueles que não foram assumidos ou obtidos em razão da realização do objetivo consorcial, portanto, fora do consórcio.

## 5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou a investigação científica do fenômeno jurídico da abrangência subjetiva - ou do alcance subjetivo - da cláusula compromissória arbitral no consórcio de empresas constituídos de acordo com a legislação brasileira, consoante os requisitos determinados pelos artigos 278 e 279 da Lei de Sociedade Anônima Brasileira – Lei n. 6.404/76.

A problemática analisada consistiu em verificar se, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, seria possível ocorrer a referida abrangência intragrupo, para as empresas consorciadas que não pactuaram cláusula compromissória e, em havendo resposta positiva, em quais hipóteses elas seriam admitidas.

Não houve estudo comparativo estrito da legislação estrangeira por não se perfilhar ao objetivo insculpido para o presente trabalho, entretanto, os casos internacionais que representaram mudança do paradigma acerca do alcance subjetivo da cláusula compromissória perante terceiro foram analisados, sendo que serviram como parâmetro epistemológico para a análise da referida abrangência no grupo consorcial brasileiro.

Entendeu-se por adequado a promoção do recorte temático sobre o grupo de consórcio empresarial brasileiro tendo em vista suas características peculiares que lhe distinguem das demais formas de cooperação empresarial, quais sejam: (i) inadmissão, via de regra, de atribuição de responsabilidade solidária entre as consorciadas pelas obrigações assumidas para a execução do consórcio e (ii) a impossibilidade legal da atribuição de personalidade jurídica ao grupo consorcial.

Tais características revestem-se de verdadeiros dogmas do grupo de consórcio, daí a importância de seu estudo e a necessidade de levantamento de soluções mais modernas, que se enquadrem no ordenamento jurídico constitucional vigente, já que, as regras positivadas para a constituição do consórcio datam da década de 1970, portanto, arraigadas de valores não presentes na atual Carta Magna, ademais, apenas dois artigos tratam sobre a matéria implicando desta maneira uma regulamentação insuficiente para a quantidade de problemas jurídicos que decorrem da pactuação de um contrato de consórcio.

Por seu turno, restou demonstrado a relevância social da presente pesquisa, já que os resultados ora apresentados certamente ocasionarão forte impacto no modo de contratação com os consórcios, posto que a exposição das hipóteses de alcance subjetivo da cláusula compromissória aqui trabalhadas permitirão uma clareza maior de todas as responsabilidades

do grupo consorcial, fornecendo assim, maior segurança jurídica para todos.

Tecidas tais considerações, tem-se que o presente trabalho foi estruturado em três blocos de desenvolvimento teórico, tendo sido planejado para a interlocução das bases conceituais e debates entre eles, de modo que, dialogam constantemente entre si.

Por oportuno, registre-se que o método cartesiano desenvolvido por René Descartes norteou as bases filosóficas de produção de conhecimento desta obra, assim, o objeto de estudo foi decomposto na menor partícula possível, por isso, dentro do grupo consorcial focou-se na possibilidade de abrangência subjetiva da cláusula compromissória intragrupo, propiciando desta feita uma investigação mais precisa e minuciosa do problema.

Acerca dos objetivos gerais inicialmente delineados para a pesquisa, pode-se concluir que: o princípio da autonomia privada sofreu grande alteração hermenêutica desde o século XVIII até o presente momento, de tal forma que sua atual concepção relativizou dogmas que reinavam naquela época, *e.g.*, *pacta sunt servanda*, intangibilidade dos contratos, a relatividade de seus efeitos etc., desta forma, alterou-se por completo o modo de interpretação contratual, evolução que favoreceu o surgimento e a solidificação do alcance subjetivo da cláusula compromissória perante terceiro não-signatário, possibilitando desta maneira sua posterior aplicação no grupo de consórcio empresarial.

Sob a perspectiva interna do grupo consorcial, chegou-se à conclusão de que a existência da consorciação por si só não implica na abrangência da cláusula compromissória, muito pelo contrário, restou provado que a não solidariedade impera neste tipo de concentração empresarial, em razão do que dispõe o § 1º do art. 278 da lei n. 6.404/76, assim, a referida abrangência só poderá ocorrer em hipóteses excepcionais, que justifiquem o afastamento desta regra ou, então, por meio do exercício da autonomia privada das consorciadas, que também tem o condão de relativizar tal norma.

Por outro lado, a pesquisa identificou duas fontes jurídicas emanadoras da abrangência subjetiva da cláusula compromissória no consórcio de empresas, quais sejam: a violação da lei e o exercício da autonomia privada, sendo que desta emanam às seguintes hipóteses: manifestação de vontade da empresa líder e previsão contratual de responsabilidade solidária; enquanto que daquela surgem: a violação do inciso IV do art. 279 da lei n. 6.404/76, desvio de finalidade do contrato de consórcio, estabelecimento de consórcio de fato e consórcio irregular.

Assim, refutou-se a hipótese inicialmente levantada no projeto de pesquisa de que a abrangência subjetiva da cláusula compromissória perante a consorciada não-signatária só ocorreria em razão do cometimento de um ato ilícito, restando demonstrado que a autonomia



privada também atua como fonte geradora de tal extensão.

A respeito do estudo realizado sobre a ausência de presunção de solidariedade nas relações estabelecidas entre as consorciadas, quando estas contratam com terceiros para cumprirem suas obrigações no consórcio, ficou demonstrado a necessidade de distinção do que seria a aplicação da presunção de solidariedade e o reconhecimento da solidariedade em razão da prática de um ato ilícito com a aplicação da solidariedade prevista no artigo 942 do CC/02 ou, então, sua incidência em decorrência da autonomia privada das partes.

Neste sentido, quando se conclui pela possibilidade de alcance subjetivo da cláusula compromissória o que se impõe é o reconhecimento da solidariedade das empresas consorciadas naquela situação, consoante a autonomia privada das partes ou em decorrência do artigo 942 do Código Civil Brasileiro, mas não a aplicação da solidariedade por intermédio da presunção.

Por fim, ainda na exposição dos resultados obtidos por intermédio da análise dos objetivos gerais, demonstrou-se que, *de lege ferenda*, a personalização do consórcio formado, com o acréscimo do inc. VII no art. 44 do Código Civil pode significar uma alternativa para regulamentar a questão das responsabilidades das consorciadas, propiciando maior segurança jurídica para todos os que com ela contratam.

Adentrando, doravante, nos resultados obtidos em razão dos objetivos específicos planejados, pode-se afirmar que todas as cinco hipóteses testadas responderam positivamente para a abrangência subjetiva da cláusula compromissória entre as consorciadas não-signatárias, tendo sido originadas ora em virtude do cometimento de um ato ilícito, ora em razão da manifestação da autonomia privada das consorciadas. Confira.

O grupo de consórcio tem o dever de estabelecer as responsabilidades das consorciadas no contrato de consórcio, conforme estipula o inciso IV do art. 279 da lei n. 6.404/76, assim sendo, a desobediência deste comando normativo implica no reconhecimento da solidariedade entre as consorciadas com base no art. 942 do CC/02 e, por consequência, permite a abrangência da cláusula compromissória entre as que não pactuaram tal cláusula, desde que o contrato pactuado com o terceiro seja relativo ao cumprimento do objeto consorcial.

O desvio de finalidade do contrato de consórcio também foi apontado como hipótese geradora da abrangência subjetiva, neste sentido, se este tipo de cooperação empresarial for utilizado para fins ilegais, *v.g.*, fraudar licitações, formar cartel, violar sua função social etc., é possível a responsabilização solidária de todas as consorciadas com base no art. 942 do CC/02, portanto, o grupo inteiro pode ser forçado a participar da arbitragem.

No consórcio, as empresas possuem a faculdade de eleger uma consorciada líder para que represente os interesses do grupo, podendo, inclusive, representá-lo em processos judiciais ou arbitrais. Havendo a eleição é comum que a líder possua poderes para negociar com terceiros, tendo em vista a cláusula *ad negotia* que lhe é outorgada no contrato de mandato, que, por sua vez, geralmente é inserida no próprio contrato de consórcio.

Desta forma, na condição de mandatária, a líder realiza negócios em nome de cada uma das mandantes, por meio da representação contratual que lhe foi outorgada, sendo assim, qualquer contrato que a líder realize representando o consórcio, obriga todas as consorciadas em todos os seus termos, assim, se for pactuada cláusula compromissória, ficam todos igualmente obrigados a cumpri-la, mesmo que não tenham assinado expressamente o referido pacto.

Sobre a formação de consórcio irregular e consórcio de fato, tem-se que este é constituído informalmente, as sociedades empresárias se reúnem no formato consorcial, com um objetivo em comum, realizam publicidade como consórcio formado, dividem experiências, tecnologia e mão-de-obra, se apresentam publicamente como consórcio de empresas, mas não elaboram contrato escrito de consórcio, muito menos promovem seu registro, como determina o parágrafo único do art. 279 da lei n. 6.404/76, haja vista a impossibilidade de fazê-lo, posto que inexistente o contrato.

Já o consórcio irregular, por sua vez, é constituído por contrato escrito, entretanto, as consorciadas não promovem a competente averbação do contrato na junta comercial, descumprindo, desta maneira, a determinação legal contida no parágrafo único acima mencionado. Assim, enquanto que o consórcio irregular possui contrato escrito mas não registrado no órgão competente, o consórcio de fato não possui contrato escrito, constituindo-se somente na realidade, com contratação verbal.

Em ambas situações ocorre a perda do benefício da presunção de não solidariedade prevista no § 1º do art. 278 da lei n. 6.404/76, ademais, a não obediência ao requisito formal instituído em lei, qual seja: a obrigação de averbação do contrato de consórcio na junta comercial competente, produz como consequência a responsabilidade ilimitada e solidária das consorciadas perante terceiros, haja vista que passam a ser regulamentada pelo artigo 990 do Código Civil Brasileiro de 2002, desta maneira, se quaisquer delas firmar cláusula compromissória, esta poderá alcançar as demais integrantes do grupo consorcial, seja ele constituído de fato ou irregular.

A previsão contratual de responsabilidade solidária representa outra hipótese de

alcance subjetivo da cláusula compromissória para a consorciada não-signatária, isto porque, é juridicamente possível e perfeitamente válido a pactuação no contrato de consórcio da cláusula de solidariedade entre as consorciadas, perante todas obrigações assumidas com terceiros, neste caso, amparadas estariam no artigo 265 da lei n. 10.406/2002. Assim, a solidariedade derivaria da autonomia privada do grupo, de modo que, todas consorciadas seriam responsáveis por todos os direitos e obrigações contraídos para a consecução do objetivo consorcial, neste sentido, a cláusula compromissória firmada por uma obrigaria todas as outras em razão da solidariedade contratualmente estabelecida.

Por fim, tratou-se das diferenças existentes entre o alcance subjetivo da cláusula compromissória e a transmissão da cláusula compromissória, identificando assim duas hipóteses de transmissão que dizem respeito às operações societárias de fusão e incorporação.

Dar-se-á fusão quando duas ou mais sociedades empresárias, de tipos semelhantes ou diferentes, resolvem unir seus respectivos patrimônios, formando em seguida uma nova sociedade, com essa operação, as empresas fusionadas transferem todos seus direitos e obrigações para a sociedade formada, que, por sua vez, as sucede a título universal.

Na incorporação, por seu turno, ocorre a absorção de uma empresa por outra, assim, a incorporadora absorve todos os direitos e obrigações da incorporada, de tal forma que, não existe a formação de uma empresa nova, derivada da junção de duas ou mais sociedades empresárias, como ocorre na fusão. No entanto, a incorporadora sucede a título universal todos os direitos e obrigações assumidos anteriormente pela incorporada.

Em que pese refiram-se a institutos diferentes, possuem um ponto em comum, qual seja: a transmissão de todos os direitos e obrigações. Nesta linha de raciocínio, havendo fusão entre as empresas que compõe o consórcio, ou, na outra hipótese, ocorrendo a incorporação de uma consorciada por outra, tem-se, em ambos os casos, a assunção dos direitos e obrigações a título universal por parte da sucessora, em razão disso, transmite-se, por consequência jurídica, qualquer cláusula compromissória por ventura pactuada pela sociedade fusionada ou incorporada.

Em síntese, o presente estudo apontou cinco hipóteses de alcance subjetivo da cláusula compromissória perante as consorciadas não-signatárias: (I) violação do inciso IV do art. 279 da lei n. 6.404/76; (II) Desvio de finalidade do contrato de consórcio; (III) manifestação de vontade da empresa líder; (IV) Consórcio de fato e consórcio irregular; (V) Previsão contratual de responsabilidade solidária; e duas hipóteses de transmissão da cláusula compromissória, quais sejam: a fusão e a incorporação.

Concluiu-se que, não foi possível a elaboração de uma teoria geral sobre a problemática da abrangência subjetiva da supracitada cláusula no grupo de consórcio constituído sob as leis brasileiras.

Ademais, restou comprovado que nem todas as hipóteses de abrangência derivam da realização de um ato ilícito, desta feita, apontou-se além deste, o exercício da autonomia privada como fonte geradora do alcance subjetivo da cláusula compromissória.

Por fim, ficou claro que a simples reunião das sociedades empresárias em consórcio não produz automaticamente a abrangência da cláusula compromissória entre as consorciadas não-signatárias. Por outro lado, não foi possível afirmar que as hipóteses de alcance subjetivo ora confirmadas sejam taxativas, muito ao revés, tratam-se de rol aberto, sujeito, portanto, ao surgimento ou reconhecimento de novas hipóteses com o desenvolver do tempo e do direito.

## REFERÊNCIAS

ALEM, Fabio Pedro. **Arbitragem**. Coleção prática do direito; V. 16; BOMFIM, Edilson Mougnot (coord.). São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVES, Marcus Vinicius Armani. **A fazenda pública na arbitragem**. 2016. 257 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Magister. 2011.

BARLETTA, Bruna. **A extensão da confidencialidade no procedimento arbitral**: seus limites e o aparente conflito entre os deveres dos árbitros de sigilo e de revelação. In: FINKELSTEIN, Cláudio (Org.). Direito e arbitragem: estudos acadêmicos. Série “Trabalhos premiados”. V. 1. Belo Horizonte: Arraes, 2016, pp. 128-131.

BIANCHINI, Gabriella O. **Party appointed arbitrators** – a aplicação dos princípios da imparcialidade e da independência em procedimentos arbitrais comerciais internacionais. In: FINKELSTEIN, Cláudio (Org.). Direito e arbitragem: estudos acadêmicos. Série “Trabalhos premiados”. V. 1. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 60.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Contrato**: do clássico ao contemporâneo. A reconstrução do conceito. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Teresa Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim. (Org.). Direito civil e processo. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Teoria e prática da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL. Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24, jul., 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)>. Acesso em 05 jul 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24, set., 1996. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)>. Acesso em 24 jan 2018.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial da República**

**Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14, dez., 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm)>. Acesso em 24 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10, jan., 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 23 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15, dez., 1976. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L6404consol.htm)>. Acesso em 28 jan. 2018.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Juízo arbitral. Cláusula compromissória. Extinção do processo. Art. 267, VII, do CPC. Sociedade de economia mista. Direitos disponíveis. REsp: 606345 RS 2003/0205290-5. Recorrente: AES Uruguaiana Empreendimentos LTDA. Recorrido: Companhia Estadual de Energia Elétrica CEE. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 17/05/2007.

CAENEGEM, Raoul Charles Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

CALDERON, Silvio Javier Battello. O poder de controle nas sociedades anônimas brasileiras. In: **Revista Atitude** - Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre, ano IV, número 7. Janeiro - Junho de 2010.

CAMINHA, Unie. **Notas sobre os grupos de sociedades no direito brasileiro**. Revista Pensar, Fortaleza, p. 192, abril de 2007. Edição Especial.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: sociedade anônima**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à lei n. 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTELLÕES, Leonardo de Gouvêa. **Grupos de sociedades**. Curitiba: Juruá, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa. 20ª Edição. São Paulo. Editora dos Tribunais, 2016.

COOLEY, John W; LUBET, Steven. **Advocacia de arbitragem**. Tradução René Loncan. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução Maria Ermantina Galvão. Revisão da tradução Mônica Stahel. São Paulo: Martins fontes, 2001.

FAZZINI, Marco et al. **A modern look at the banco de' medici**: governance and accountability systems in europe's first bank group. *International Business & Economics Research Journal* – November/December, 2016, volume 15, number 6, p. 275. Disponível em: <<https://www.cluteinstitute.com/ojs/index.php/IBER/article/view/9827/9921>>.

FEDERAÇÃO CATARINENSE DAS ENTIDADES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM – FECEMA. **Compêndio de sentenças arbitrais de Santa Catarina**. Florianópolis: Fecema, 2016.

FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FOUCHARD, Philippe; GOLDMAN, Berthold; GAILLARD, Emmanuel. **Traité de l'arbitrage commercial international**. Paris: Litec, 1996.

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

GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem nacional e internacional**: progressos recentes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada**. 2008. 213 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007;

KUHN, Thomas. **Função do dogma na investigação científica**. Eduardo Salles O. Barra (Org.); tradução Jorge Dias de Deus. Curitiba: UFPR. SCHLA, 2012.

LEMES, Selma. **A cláusula arbitral por referência e os contratos comerciais conexos**. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/publicacoes.asp?linguagem=Portugu%EA&secao=Publica%E7%F5es&subsecao=T%F3picos&acao=Consulta&especificacao=Artigos>>.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Convenção de Arbitragem e Termo de Arbitragem. Efeitos e funções**. Artigo publicado no site da Autora, disponível em <http://selmalemes.adv.br/publicacoes.asp?linguagem=Portugu%EA&secao=Publica%E7%F5es&subsecao=T%F3picos&acao=Consulta&especificacao=Artigos>.

LEMOS, Luciano Braga; LEMOS, Rodrigo Braga. **A arbitragem e o direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MAIA NETO, Francisco. **Arbitragem: a solução extrajudicial de conflitos**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. **Arbitragem, a justiça alternativa**. Belo Horizonte: F. Maia Neto, 2002.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Convenção arbitral no direito brasileiro. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Org.); MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (Org.). **Arbitragem - 15 anos da lei n. 9.307/96**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

MARGONI, Anna Beatriz Alves. **A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades**. 2011. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. Parcerias empresarias “joint ventures”. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6843](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6843)>. Acesso em 20 jul. 2018.

MAZZONETTO, Natália. **Partes e terceiros na arbitragem**. 2012. 315 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012.

MELO, Leonardo de Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades**. A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. De acordo com o regulamento CCI – 2012. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LI. Direito das obrigações: sociedades por ações (continuação). Sociedade em comandita por ações, controle das sociedades. Sociedades de investimento, de crédito e de financiamento. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LIII. Direito das obrigações: fatos ilícitos absolutos. Atos ilícitos absolutos. Responsabilidade danos causados por animais. Coisas inanimadas e danos. Estado e servidores. Profissionais. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. **Gerenciamento do processo e acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

PINTO, Rodrigo Martins de Oliveira Silva. **Os grupos de sociedades no direito antitruste: um estudo das concentrações empresariais**. 2010. 115 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2010, p. 38.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/13p408.htm>> Acesso em 25 abr. 2018.



QUINTÃO, Luísa. **Limites à liberdade das partes na escolha de árbitros**. In Direito e arbitragem: estudos acadêmicos. v. 1, Cláudio Finkelstein (organizador). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução da 3ª edição francesa por Osório de Oliveira. Campinas/SP: Bookseller, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008.

ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (coord.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luís. **A doutrina do terceiro cúmplice**: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. In: Revista dos Tribunais, vol. 821, mar 2004;

ROOVER, Raymond de. **The rise and decline of the Medici Bank**. Cambridge: Harvard University Press, 1963.

SALLES, Carlos Alberto de. **A confidencialidade possível**: a administração pública como parte nos mecanismos alternativos de solução de controvérsias. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, volume 18, ano 11, número 1. Janeiro a Abril de 2017, p. 161. Disponível em <[www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br)>. Acesso em: 15 mai 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIDAL, Gustavo Pane. **Convenção de Arbitragem**. 2016. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2016, p. 48.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Cláusula compromissória sua importância no âmbito da arbitragem. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do (Org.); MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Org.). **Dez anos da lei de arbitragem**. Aspectos atuais e perspectivas para o instituto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VIO, Daniel de Avila. **Ensaio sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro**. 2014. 335 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014.

YONEKURA, Sandra Yuri. **Grupos de sociedades e a arbitragem comercial internacional**. Curitiba: Juruá, 2005.