

A(IN)APLICABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA AO PROCESSO ARBITRAL

THE (UN)APPLICABILITY OF DISREGARDING DOCTRINE TO THE ARBITRATION PROCEEDING

Igor Eugênio Torralbo Unello¹
Ana Cláudia de Souza Crotti²

¹Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil
²Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU, Brasil

Resumo

O presente artigo servirá como um estudo sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e a sua aplicação no âmbito de processos arbitrais. Estudar-se-á, primeiramente, a noção e as finalidades do instituto dentro do direito material, diferenciando-se suas teorias maior e menor, para, após, analisar-se o procedimento e desenvolvimento do requerimento formulado no curso de um processo, e, ao final, refletir sobre a possibilidade de extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias por meio da desconsideração da personalidade jurídica.

Palavras-chave: Processo civil; Arbitragem; Cláusula compromissória; Desconsideração da personalidade jurídica

Abstract

The following article will serve as a study on the institute of disregard of legal entity and its application in the scope of arbitration proceedings. Firstly, the notion and purposes of the institute will be studied within substantive law, differentiating its major and minor theories, to then analyze the procedure and development of the application formulated in the course of a process, and, at the end, to reflect on the possibility of extending the arbitration clause to non-signatory parties by piercing the veil of corporate fiction.

Keywords: Civil procedure; Arbitration; Arbitration clause; Disregard of legal entity

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio se propõe a analisar a possibilidade de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da arbitragem, tendo em vista os limites subjetivos impostos pelo compromisso arbitral, sob a ótica do princípio da autonomia da vontade das partes.

Para tanto, inicialmente, far-se-á uma breve explanação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito brasileiro, e de suas diferentes vertentes de aplicação, a depender da natureza da relação jurídica material discutida.

Em seguida, estudar-se-á os limites subjetivos da cláusula compromissória e a possibilidade de sua extensão a terceiros não signatários, bem como os requisitos para tanto.

Por fim, tendo por parâmetro os fundamentos utilizados pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial n. 1.698.730/SP, buscar-se-á explicar, fundamentadamente, se é cabível a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da arbitragem,

para a responsabilização de terceiros não signatários da cláusula compromissória, e, em caso negativo, se o Direito prevê outras maneiras de coibir a utilização da convenção de arbitragem como uma ferramenta para isenção de responsabilidade pela prática de atos fraudulentos.

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO MATERIAL

A compreensão da desconsideração da personalidade jurídica pressupõe o entendimento do conceito de personalidade jurídica, tal como regulada pelo ordenamento jurídico pátrio. O Código Civil, em seu artigo 40, divide as pessoas jurídicas dentro de duas espécies: as pessoas jurídicas de direito público (que, por sua vez, podem ser de direito interno ou externo) e as de direito privado, estas últimas elencadas no art. 44 do mesmo diploma legal.

Nessa esteira, como leciona Maurício Antonio Tamer¹, diferentemente das pessoas naturais, a pessoa jurídica é fruto de uma criação legal que confere personalidade à reunião de pessoas ou de bens, em razão da importância econômica e social das atividades que desempenham.

Assim, pessoas jurídicas nada mais são do que unidades coletivas que, devido a regulamentação trazida pela lei civil, figuram no mundo jurídico como sujeitos de direito, sendo dotadas de personalidade própria e, na grande maioria dos casos, de autonomia patrimonial. Logo, pela regra geral, os patrimônios da pessoa jurídica e dos seus sócios não se confundem.

A despeito de serem originadas da vontade humana para a prática de atos civis, por vezes, a pessoa jurídica desvia-se da finalidade para a qual fora concebida, sendo utilizada de maneira destoante ao objetivo que a lei lhe conferiu.

O Direito, como resposta aos anseios sociais, traz mecanismos para coibir tais práticas, tal como o afastamento da autonomia patrimonial que possui a pessoa jurídica, para que os efeitos de determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares de seus sócios e administradores.

Segundo Teresa Arruda Alvim², a teoria da desconsideração é aplicável de forma excepcional, para casos nos quais se identifica um mau uso da pessoa jurídica, a fim de que os sócios desta respondam pelos atos de má-gerência. A autora pontua que aludida teoria surgiu como uma solução a ser utilizada para a repressão da utilização da personalidade jurídica para fins condenáveis pelo direito, isto é, incompatíveis com a finalidade de sua criação, causando prejuízos ao direito de terceiros.

Desta forma, sabe-se que a regra é a preservação da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios, sendo que a desconsideração é medida excepcional, que apenas afasta a autonomia patrimonial em casos específicos.

3. AS DIVERSAS HIPÓTESES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

Para compreender a divergência existente acerca da aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos diversos ramos do direito, há de se falar no princípio constitucional da igualdade, o qual pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades.³

1 TAMER, Maurício Antonio. *Pontos sobre a desconsideração da personalidade jurídica no código de processo civil de 2015: conceito, a posição do requerido e outros aspectos processuais*. Revista forense, v. 112, n. 424, p. 255-271, jul./dez. 2016.

2 ALVIM, Teresa Arruda. *Teoria da desconsideração da pessoa jurídica*, In Soluções práticas, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, páginas 143/144.

3 Georges Abboud e Nelson Nery Junior pontuam que a isonomia não é um conceito puramente mecânico e abstrato. O seu intuito é corrigir as desigualdades ilegítimas, conferindo tratamento diferenciado aos desiguais (NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: Curso Completo*. – 2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, página 170).

Ao discorrer sobre a aplicação dessa teoria, é fundamental delimitar as exigências previstas para sua aplicação em casos concretos. E sobre isso, a doutrina tem óticas discrepantes, desmembrando o instituto da desconsideração da personalidade jurídica em teorias maior e menor, sendo diversa a sua aplicação a depender de qual ramificação do ordenamento jurídico se trata.

3.1. Teoria maior da desconsideração

Aperfeiçoada e adaptada ao direito brasileiro, a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica condiciona o afastamento momentâneo da autonomia patrimonial ao descaminho de suas finalidades impostas pelo direito.

Nas palavras de Marlon Tomazette⁴, não basta apenas o descumprimento de uma obrigação por parte da pessoa jurídica, é necessário que tal descumprimento decorra do desvirtuamento de sua função, isto é, os fins para os quais o Direito criou a figura da pessoa jurídica e determinou que fosse, em regra, separado o seu patrimônio dos sócios.

De plano, é visível que o uso generalizado da teoria da desconsideração, de modo a menoscabar a divisão patrimonial existente, colocaria em xeque a divisão instituída entre o patrimônio da sociedade e seus titulares. Por isso, o ordenamento pátrio, à primeira vista, é tranquilo quanto à excepcionalidade da medida, de modo a ser admissível apenas quando preenchidas as imposições expressamente trazidas em lei.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pelo cuidado no momento da aplicação da teoria da desconsideração, diante da previsão de autonomia e existência de separação patrimonial, no direito brasileiro, entre as pessoas físicas e as jurídicas.

O ministro Aldir Passarinho Júnior, relator no julgamento do recurso especial n. 1.098.712/RS⁵, afastou a aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica em desfavor de empresa, com base no mero fundamento de que esta estaria “inativa e sem faturamento”.

Segundo o eminente ministro, em se tratando de relações exclusivamente comerciais, a ocorrência de mera “dissolução irregular” da empresa não enseja a aplicação de medida extrema, como o afastamento de sua autonomia patrimonial.

Outrossim, ainda que existam requisitos para que o juiz possa afastar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, como visto acima, é de se destacar que a doutrina também não é uníssona no tocante a quais seriam estes requisitos, de modo a separar a teoria maior da desconsideração em objetiva e subjetiva.

3.2. Teoria maior objetiva

Essa vertente, defendida por Fábio Konder Comparato⁶, considera como pressuposto essencial, a confusão patrimonial, pois a fraude e o abuso de direito, por serem de caráter subjetivo, são de difícil comprovação. Desse modo, se, por exemplo, pelo exame da escrituração contábil ou das contas bancárias apurar-se que a sociedade paga dívidas do sócio, este recebe créditos dela, ou o inverso, ou constatar-se a existência de bens de sócio registrados em nome da sociedade, e vice-versa, comprovada estará a referida confusão, de modo a ser admissível a desconsideração⁷.

4 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016, Página 254.

5 REsp 1098712/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 04/08/2010.

6 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, páginas 274/275.

7 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume: 1: parte geral*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, página 252.

Os tribunais pátrios têm determinado a aplicação da teoria da desconsideração nos casos em que a mescla dos acervos patrimoniais é evidente, autorizando o atingimento dos bens dos sócios por se tratar de indicativo de fraude.⁸

Fábio Ulhoa Coelho, no entanto, é contrário à adoção dessa tese, em suas palavras, “a linhagem objetivista não exaure as hipóteses em que cabe a desconsideração da personalidade jurídica, na medida em que nem todas as fraudes se resumem a isso”⁹.

Na mesma linha, valiosas se mostram as lições de Daniela Storry Lins:¹⁰

“A confusão patrimonial não é, por si só suficiente para coibir todos os casos de desvio da função da pessoa jurídica, pois há casos nos quais não há confusão de patrimônios, mas há o desvio da função da pessoa jurídica, autorizando assim a superação da autonomia patrimonial. Além disso, há casos em que a confusão patrimonial provém de uma necessidade decorrente da atividade, sem que haja um desvio na utilização da pessoa jurídica.”

Logo, seguindo esse entendimento, aplicar-se-ia a linhagem subjetiva da Teoria Maior, como será mais bem explicada a seguir.

3.3. Teoria maior subjetiva

De acordo com a teoria maior subjetiva, o pressuposto necessário para poder ser desconsiderada a autonomia patrimonial da pessoa jurídica seria o desvio de finalidade (compreendidos neste a fraude e o abuso do direito).

Desta forma, o desvio da função, para o qual a separação patrimonial foi criada, seria imprescindível para a aplicação da teoria pelo magistrado. Contudo, é fundamental comprovar-se que a finalidade foi desviada, ficando clara a ocorrência de fraude ou abuso de direito.¹¹

Os dois requisitos parecem ser, em tese, similares. A diferença se encontra no propósito de prejudicar um terceiro, presente apenas na fraude. No abuso de direito há somente o uso infiel da personalidade jurídica aos seus objetivos e finalidades sociais.

Vale destacar, de mais a mais, a existência da Lei n. 13.874/2019, que alterou significativamente a redação original do artigo 50 do Código Civil, além de ter acrescentado o artigo 49-A ao mesmo diploma.¹²⁻¹³

8 Apelação Cível Nº 597013036, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 27/11/1997; e REsp 767.021/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 16/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 258.

9 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.2, páginas 43/44.

10 LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, página 39.

11 A fraude, nas palavras de Alexandre Couto Silva, nada mais é que “o artifício malicioso para prejudicar terceiros, isto é, a distorção intencional da verdade com o intuito de prejudicar terceiros”. Logo, aplicando essa explicação a casos nos quais se aplicaria a desconsideração da personalidade jurídica, entende-se que a fraude, em uma apertadíssima síntese, é um ato ilícito no qual um ou mais indivíduos usam da autonomia patrimonial da pessoa jurídica de modo a se ocultar do regular cumprimento de suas obrigações, usando a empresa como uma espécie de “máscara” (SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999. p. 36). O abuso de direito, por sua vez, é o “mau uso do direito”. Ocorre quando o uso da pessoa jurídica destoa com sua finalidade social, de modo a atender apenas às de seu titular. (TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 260).

12 Artigo 50, em sua redação original: “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações ou obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

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

Ao que importa, referida legislação ampliou o âmbito de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, havendo ressalva apenas no que toca à sua aplicação no campo do direito tributário e financeiro (vide artigo 1º, §3º, da Lei n. 13.874/2019¹⁴).

3.4. Teoria menor da desconsideração

Conforme elucida Fábio Ulhoa Coelho, essa diretriz deduz inexistir requisitos específicos para a aplicação da desconsideração. Basta, por exemplo, o inadimplemento de uma dívida¹⁵. Logo, se a empresa não tiver patrimônio suficiente para honrar suas dívidas com terceiros e os sócios forem solventes, seria aplicável a desconsideração da personalidade jurídica.

Dessa linha de pensamento, é importante ressaltar ser desnecessária a ocorrência de conduta inadequada dos administradores da pessoa jurídica, isto é, mesmo que inexista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios, a teoria pode ser aplicada.

Essa teoria é predominantemente aplicada no Direito Consumerista e Ambiental, tendo como princípio a existência de uma relação jurídica “desigual”¹⁶, onde o uso da personalidade jurídica para fraudar credores é extremamente plausível.

É possível observar que, as áreas que possuem terreno fértil para a aplicação da teoria menor – *que, notadamente, exige menos rigor* – são aquelas que envolvem relações nas quais uma das partes necessita de maior proteção e amparo, o que denota o conceito de desigualdade, já estudado anteriormente.

Nesse sentido, entende Marcella Blok:

“Parte da doutrina, entende que ao se tratar de obrigações negociáveis (aqui compreendidas aquelas obrigações que não estão sujeitas à personificação), deve-se aplicar a teoria maior, enquanto a teoria menor deve ser aplicada em se tratando de obrigação não negociável (as quais abarcam, dentre outras, as obrigações decorrentes dos contratos de trabalho, as obrigações tributárias e as originadas em um ato ilícito, bem como as decorrentes das relações de consumo e de meio ambiente, que não são objeto de ampla e livre negociação).”¹⁷

§1º. Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§2º. Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos, sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificantes; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§3º. O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§4º. a mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§5º. Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica”.

Como dito, ademais, a mesma lei também introduziu o artigo 49-A no Código Civil, com a seguinte redação: “Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos”.

14 Art. 1º. Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

§ 3º O disposto neste Capítulo e nos Capítulos II e III desta Lei não se aplica ao direito tributário e ao direito financeiro, ressalvado o disposto no inciso X do caput do art. 3º desta Lei.

15 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, página 46.

16 Também entendível como desproporcional, onde um polo da relação é notavelmente superior ao outro, de forma a ser nítido o risco ao que detém a desvantagem.

17 BLOK, Marcella. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Uma visão contemporânea*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol. 59/2013. P. 91-167. Jan-Mar/2013.

No Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), a teoria encontra fundamento no artigo 28 §5º¹⁸, ao passo que, na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), em seu artigo 4º¹⁹.

Cumprido esclarecer, no mais, o enunciado n. 9 da I Jornada de Direito Comercial, que ressalva a impossibilidade de interpretação análoga entre os artigos 50 do Código Civil e 28 §5º do Código de Defesa do Consumidor, evidenciando a necessidade, como premissa, de relação jurídica desproporcional para a aplicação da teoria, e afastando sua aplicabilidade aos ramos do direito que abordam relações obrigacionais negociáveis.

Nessa lógica, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou que a vertente é acolhida no ordenamento jurídico para tratar de direito do consumidor, onde incide com a mera prova da insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, valendo citar, por todos, o seguinte precedente:

“(…) A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. - Recursos especiais não conhecidos.”²⁰

Contudo, a mesma corte já se manifestou de modo a não admitir a aplicação do instituto por analogia ao diálogo das fontes²¹, como no caso de inadimplemento de dívida tributária, conforme o trecho de voto proferido no julgamento do recurso especial n. 1.101.728/SP, de relatoria do eminente ministro Teori Albino Zavaski²².

De todo modo, deve-se adotar o entendimento que a teoria menor seria aplicável apenas a alguns ramos específicos do direito, onde seu uso pode ser considerado como uma medida de precaução à ocorrência de fraudes em relações jurídicas desproporcionais, configurando-se, assim, uma medida excepcional para casos específicos.

Assim, realizada uma breve análise acerca do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, passa-se a discorrer acerca da arbitragem e seus limites subjetivos, com a finalidade de se concluir por aplicável ou inaplicável a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito de um processo arbitral.

4. A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL E A SUA EXTENSÃO A PARTES NÃO SIGNATÁRIAS

18 Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (...)

§5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

19 Art. 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

20 REsp 279.273/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4.12.2003, DJ 29.3.2004.

21 Teoria idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg e trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul por meio da obra *Diálogo das fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, editora Revista dos Tribunais.

22 REsp 1101728/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavaski, Primeira Seção, julgado em 11.3.2009, DJe 23.3.2009.

Antes que se analise a cláusula compromissória de acordo com a Lei n. 9.307/96, convém, ainda que brevemente, classificar os conceitos “convenção de arbitragem”, “cláusula compromissória” e “compromisso arbitral”.

Por convenção de arbitragem, tem-se a forma pela qual as partes exercem a sua opção pela jurisdição arbitral. A Lei de Arbitragem, nessa linha, prevê a convenção como um gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

O compromisso arbitral, por sua vez, é o instrumento firmado pelas partes, por meio do qual, faz-se a opção por direcionar ao juízo arbitral um conflito deflagrado entre as partes envolvidas. Já a cláusula compromissória constitui a previsão contratual pela qual as partes, de forma preventiva, conferem jurisdição ao árbitro para dirimir eventuais conflitos.²³

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, nesse cenário, já definiu a diferença entre as duas formas de ajuste. Segundo o acórdão proferido no julgamento da sentença estrangeira contestada n. 1.210/GB²⁴, as duas espécies de convenção de arbitragem dão origem ao processo arbitral, e a diferença entre estas consiste no fato de que enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato.

Ao que aqui importa, o artigo 4º da Lei de Arbitragem define a cláusula compromissória como “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”.

Da leitura do dispositivo referenciado acima, percebe-se que a arbitragem possui natureza contratual, sendo a autonomia da vontade das partes contratantes requisito fundamental para que se possa estabelecer este método de solução de conflito.

De outra banda, é evidente que um terceiro²⁵⁻²⁶, ainda que participe da relação jurídica obrigacional regulamentada por contrato que contém cláusula compromissória, e que não tiver externado a sua vontade em submeter eventuais conflitos à arbitragem, não estará sob a jurisdição de um Tribunal Arbitral, não podendo, assim, ser parte em um procedimento desta natureza.²⁷

23 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem – mediação – conciliação - resolução CNJ 125/2010*. – 4. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, e-book, página 128.

24 SEC n. 1.210/GB, relator Ministro Fernando Gonçalves, Corte Especial, julgado em 20.6.2007, DJ de 6.8.2007.

25 Sobre o conceito de terceiro sob a ótica da Lei de Arbitragem, vale mencionar a doutrina de Leonardo de Faria Beraldo: “(...) terceiro é um termo apriorístico, isto é, que deve ser utilizado para se definir a relação de uma pessoa (natural, jurídica ou ente despersonalizado), em face de uma convenção de arbitragem, quando de sua pactuação. Posteriormente, mudanças podem ocorrer, em especial o adentramento desse terceiro no processo arbitral, fato este que o tornará parte ou interessado e, não, terceiro. E, no que cinge ao seu ingresso no feito, pode ser por meio de decisão do árbitro, do juiz ou fruto de consenso das partes” (BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/1996*. São Paulo: Atlas, 2014, página 210).

26 Referindo-se ao processo civil estatal, Dinamarco pontua que “terceiro é rigorosamente toda pessoa que não seja parte no processo (...) não são titulares das situações jurídicas ativas e passivas que na relação processual interligam os sujeitos parciais e os juiz e, enquanto terceiros, não são admitidos a realizar os atos do processo”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, página 372).

27 A essa altura, convém trazer à lume as valiosas ideias de Paula Costa e Silva: “Na verdade, aquilo que verdadeiramente distingue a resolução de litígios por via arbitral da resolução por via estadual é a natureza da situação jurídica da parte demandada: enquanto na jurisdição estadual ela encontra-se em estado de sujeição simplesmente decorrente do poder do Estado sobre si, na arbitragem voluntária essa sujeição pressupõe uma aceitação da vinculação.”. Nessa linha, a autora elenca uma interessante hipótese de relativização da autonomia da vontade das partes no tocante à sua vinculação ao pacto compromissório: “A pergunta-chave que há de ser resolvida é a seguinte: pode o sócio dissidente ser compelido a aceitar a alteração estatutária que consagra a resolução de certos conflitos por recurso a arbitragem? A pergunta assim enunciada parece de fácil resposta: parece evidente que o sócio tem de aceitar a alteração estatutária e, através dela, a submissão a arbitragem dos conflitos integrados no contencioso societário, como tem de se resignar a qualquer alteração estatutária democraticamente instituída. A vigência do princípio democrático nas sociedades de capitais, com as suas maiorias de deliberação, imporia este resultado” (COSTA E SILVA, Paula. *Estudos de Arbitragem*, volume I – Coimbra: Almedina, 2022, páginas 527/528).

Observe-se que aqui não se fala em legitimidade processual, mas sim na falta de jurisdição do árbitro, haja vista que esta só existe se as partes manifestarem seu interesse em submeter eventuais conflitos à arbitragem.

Contudo, conforme explica João Victor Carloni de Carvalho²⁸, em determinadas situações excepcionais, admite-se a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros não signatários, nas quais o comportamento das partes, dentro das negociações, configura uma espécie de aceitação tácita da arbitragem como método de solução do litígio, de modo a estender-se os efeitos da convenção.

Essa posição também é adotada pelo arbitralista lusitano Manuel Pereira Barrocas²⁹:

“(...) a convenção de arbitragem celebrada entre as partes firmantes e com o objetivo dela constante pode, em circunstâncias excepcionais, ser alargada a terceiros (...)

No primeiro caso, dá-se uma modificação subjetiva da convenção de arbitragem mediante a junção de novas partes à arbitragem.”

Nesse mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação n. 9193203-03.2002.8.26.0000³⁰, cujo acórdão, relatado pela eminente desembargadora Constança Gonzaga, foi claro ao consignar que a empresa não signatária da convenção de arbitragem participou ativamente das negociações que ensejaram a celebração dos contratos, demonstrando interesse direto da empresa na efetivação do negócio.

Diante disso, conclui-se que a cláusula compromissória pode estender seus limites subjetivos a partes não signatárias, contanto que a conduta destes dentro das negociações evidenciem uma concordância, ainda que implícita, com a resolução do litígio pela via arbitral.

Contudo, essa hipótese de submissão de terceiros a partes não signatárias não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica, na qual a autonomia patrimonial da empresa é afastada para que determinadas obrigações sejam direcionadas aos bens particulares de sócios e/ou administradores, beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso perpetrado.

Em outras palavras, não se nega a possibilidade de extensão³¹ subjetiva da cláusula compromissória, mas, como visto, seu fundamento não encontra guarida na regra da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim na identificação de quem são os verdadeiros participantes do negócio jurídico objeto da arbitragem.

Assim, feitas tais considerações, resta saber se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica coaduna com os princípios norteadores da arbitragem.

5. APLICABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DA ARBITRAGEM

Como se pode imaginar, a doutrina não é uníssona acerca da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da arbitragem. Nomes renomados como Arnoldo Wald e Carlos Alberto Carmona possuem entendimentos antagônicos sobre a matéria, pois, enquanto este defende

28 CARVALHO, João Victor Carloni de Carvalho. *Desconsideração da Personalidade Jurídica e Arbitragem: Uma análise acerca da extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro. Ano 15, volume 22, número 1: Janeiro a Abril de 2021, páginas 488/513.

29 BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010, página 180.

30 Apelação com revisão n. 9193203-03.2002.8.26.0000, Relatora: Des. Constança Gonzaga, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Registro: 31.5.2006.

31 Sobre o termo “extensão”, Eduardo Talamini pontua que o verbo sugere “a ação de estender, de ampliar”, o que não seria correto, pois “os limites objetivos e subjetivos da convenção existem desde o início”, de modo que “a decisão arbitral ou judicial que detecta tais limites é meramente declaratória: reconhece uma situação preexistente”, isto é, “não há um provimento constitutivo que cria nova situação jurídica, estendendo a incidência da cláusula sobre um objeto ou uma pessoa a princípio não atingida por ela” (TALAMINI, Eduardo. *Desconsideração de personalidade jurídica, execução e convenção arbitral*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 78/2023, páginas 49/78).

que não se pode desconsiderar a personalidade jurídica no procedimento arbitral, pois isso atingiria a esfera de terceiro que não concordou em submeter o litígio à arbitragem³², aquele entende ser possível para casos nos quais se verifica a utilização da personalidade jurídica com o intuito de atingir os direitos pleiteados no procedimento arbitral³³.

Sob uma perspectiva objetiva, Fredie Didier Jr. e Leandro Aragão³⁴ entendem que a aplicação do instituto da desconsideração ampliaria o objeto do processo para além do negócio jurídico que lhe deu origem, para que se possa apurar a ocorrência de utilização abusiva da personalidade jurídica, mediante desvio de finalidade ou confusão patrimonial, o que extrapolaria o objeto da arbitragem e, por isso, não estaria sob jurisdição do árbitro.

Eduardo Talamini³⁵, de outra banda, defende que a desconsideração da personalidade jurídica não possui um caráter sancionatório e alheio à relação contratual, de modo a exigir a investigação de fatos estranhos aos limites objetivos da cláusula compromissória, pois o pedido de desconsideração é sempre instrumental a outra pretensão, isto é, ele opera especificamente em fase de determinada relação jurídica ou de determinadas posições dentro de uma relação jurídica.

Segundo entende, a aplicação da convenção arbitral ao não signatário, diante de pedido de desconsideração da personalidade jurídica, presta-se essencialmente a garantir a própria eficácia da arbitragem³⁶, cabendo ao próprio árbitro, em regra, conhecer do pedido de desconsideração relacionado com o contrato que contém cláusula arbitral.

Como se vê, o entendimento sobre a problemática em questão não é uníssono na doutrina³⁷, havendo quem defenda a possibilidade de extensão subjetiva da convenção arbitral ao sujeito contra o

32 O doutrinador entende que “caberá ao juiz togado (e não ao árbitro) tomar eventuais medidas para estender os efeitos da sentença arbitral” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário a Lei nº 9.307/96*. 3ª Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2009, página 83).

33 Wald reputa ser polêmica “a aplicação da cláusula compromissória quando se trata de terceiro que, de má-fé, com abuso de direito ou fraude, utilizou o seu poder de controle para realizar o contrato que ensejou o litígio, ou cedeu o mesmo a terceiro para que o demandado na arbitragem fosse uma espécie de ‘laranja’ insolvente, permitindo que o verdadeiro contratante (do ponto de vista econômico) deixasse de ser o responsável. Nestes casos é que se discute a possibilidade de aplicação da desconsideração, com o caráter de sanção. Trata-se de, havendo má-fé, contornar o princípio essencial e básico no direito comercial da limitação da responsabilidade da empresa para buscar o verdadeiro responsável.” (WALD, Arnoldo. *A desconsideração na arbitragem societária*. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 44 (jan – mar) 2015, página 51).

34 ARAGÃO, Leandro; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral*. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; YARSHEL, Flávio Luiz (coord). *Processo societário*. São Paulo: Quarter Latin, 2012, páginas 266/267.

35 TALAMINI, Eduardo. *Desconsideração de personalidade jurídica, execução e convenção arbitral*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 78/2023, páginas 49/78.

36 Em suas palavras: “Se ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica do terceiro, de modo que ele seja considerado vinculado às disposições substanciais do contrato, ele estará igualmente submetido a todo o contrato, inclusive à cláusula arbitral. Não há como segmentar uma coisa da outra.” (TALAMINI, Eduardo. *Desconsideração de personalidade jurídica, execução e convenção arbitral*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 78/2023, páginas 49/78).

37 No âmbito internacional, Yaraslau Kryvoi, analisando decisões do Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos – ICSID, aponta vantagens e desvantagens acerca da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica à arbitragem, Em suas palavras: “(...) piercing the corporate veil may help to give a concrete practical meaning to the purpose of an arbitration agreement or a bilateral investment treaty. However, there are downsides of such piercing because it negates many of the benefits which the corporate form offers.” (KRYVOI, Yarik, Piercing the Corporate Veil in International Arbitration (March 16, 2010). Global Business Law Review, Vol. 1, p. 169, 2010, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1572634> – acesso em 19.10.2023).

qual se formula pedido de desconsideração da personalidade jurídica³⁸⁻³⁹, e havendo posições contrárias, no sentido de que a decretação do levantamento do véu pressupõe o conhecimento de matérias que extrapolam os limites objetivos da cláusula compromissória⁴⁰⁻⁴¹.

No âmbito da jurisprudência, por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça já se debruçou sobre o tema no julgamento do recurso especial n. 1.698.730/SP⁴², no qual reputou possível a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da arbitragem.

O pano de fundo daquele processo trata de medida cautelar de arresto, ajuizada pela Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda. contra a Serpal Engenharia e Construtora Ltda., pretendendo, dentre outras providências, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa requerida, para que a medida de arresto pudesse incidir sobre o patrimônio de seu sócio e administrador.

Em síntese, a inicial narra que após a venda da empresa requerida para o Grupo Advento, controlado pelo empresário Juan Manuel Quirós Sadir, todo o trabalho de gestão dos fundadores originais da Serpal foi substituído por prejuízos milionários para seus clientes, fornecedores, parceiros e funcionários, ao passo que o patrimônio pessoal de Juan Quirós e de sua família aumentou vertiginosamente. Nesse cenário, a Continental acusa o controlador de desviar recursos da Serpal.

Paralelamente a isso, relata que as partes celebraram, em janeiro de 2011, um contrato de prestação de serviços e obras de engenharia, para a realização de obras de expansão da fábrica de pneus da Continental, em Camaçari/BA, que continha cláusula compromissória. Disse que, após inúmeros pedidos de aportes financeiros, em maio de 2012, a Continental já havia desembolsado mais de 135% do valor original do contrato, enquanto a Serpal havia entregado apenas 60% da obra.

Assim, antes de instituída a arbitragem, a Continental pretende, pela medida cautelar de arresto, garantir a exequibilidade de uma eventual sentença de procedência dos pedidos indenizatórios, estendendo as obrigações a Juan Quirós, Augusto Quirós, Priscila Quirós, Grupime Participações Ltda., Seginus Participações Ltda., Zaurak S.A. Advento Participações S.A., NB Participações Ltda. e NTLL Participações Ltda.

O juízo da 30^a Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP deferiu o pedido de arresto dos bens arrolados na inicial, acolhendo o pedido de desconsideração da personalidade jurídica para atingir os bens das pessoas elencadas acima. Em grau recursal, a 4^a Câmara de Direito Privado

38 Nesse sentido, para além dos já citados autores: CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2022. páginas 177/178; FERRAZ, Renato de Toledo Piza. Desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, páginas 366/368; LESSA NETO, João Luiz. Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro. Salvador: JusPodivm, 2016. páginas 112/113; e PRADO, Viviane; DECCACHE, Antoni. Arbitragem e desconsideração da personalidade jurídica. Publica Direito. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f5496252609c43eb – acesso em 12.09.2023, páginas 236/237.

39 O direito estrangeiro admite a desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem com base na teoria do *alter ego* (confusão patrimonial ou de interesses). Essa teoria defende o cabimento da desconsideração da personalidade jurídica “quando não se trata mais de companhia matriz e subsidiária como pessoas jurídicas separadas, mas entende-se que uma é o “*alter ego*” da outra”, tradução livre da passagem “when it no longer treats a parent company and subsidiary as separate legal entities, but Rather finds that one is the ‘alter ego’ of the other” (MOSES, Margaret L. The principles and practice of international comercial arbitration. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 36).

40 Nesse sentido, para além dos já citados autores: BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem. Revista de Processo, vol. 290/2019, páginas 473/492; LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Cláusula compromissória e grupo de sociedades. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 48/2016, página 47; RECENA COSTA, Guilherme. Partes e Terceiros na Arbitragem. Tese de doutorado apresentada à faculdade de Direito da USP, 2015. páginas 146/147; e THEODORO JR., Humberto. Arbitragem e terceiros. Litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções de terceiros. Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, volume 2/2014, página 127.

41 Na doutrina estrangeira, outrossim, existe posicionamentos no sentido de que ainda que os sócios possam ser eventualmente responsáveis pelo débito, recaindo a execução de sentença arbitral sobre o seu patrimônio, isso não significa que este estará vinculado à arbitragem. Nesse sentido: BESSON, Sébastien. Piercing the Corporate Veil: Back on the Right Track. In: Multi-party Arbitration – Dossiers ICC. Bernard Hanotiau; Eric Schwartz et. Al. (eds.) Paris: International Chamber of Commerce, 2010, p. 154.

42 REsp 1698730/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 8.5.2018, DJe 21.5.2018.

do TJSP negou provimento ao recurso de apelação⁴³ e rejeitou os posteriores embargos de declaração, ambos interpostos pela Serpal e outros.

Daí adveio o recurso especial, arremetido na alínea “a” do permissivo constitucional, no qual apontou-se violação dos artigos 50 do Código Civil, 535 e 538, parágrafo único, 806, 813, 814 do CPC/1973⁴⁴. Inadmitido na origem, os recorrentes interpuseram agravo em recurso especial, que foi distribuído ao eminente ministro Marco Aurélio Bellizze, que deu provimento ao agravo para determinar a sua conversão em recurso especial.

Ato contínuo, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos⁴⁵, deu provimento ao recurso especial para extinguir, sem julgamento de mérito, a subjacente ação cautelar de arresto. De acordo com o ministro relator, no que foi acompanhado pela maioria, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, ainda que veiculado inicialmente perante o juízo estatal, é também matéria de competência do juízo arbitral e, como tal, deveria ser necessariamente a ele submetido a julgamento em momento subsequente.

Interessante destacar que, segundo o voto vencedor, o juízo arbitral teria competência para decidir sobre o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica, mas não sobre a medida cautelar de arresto, que é matéria de competência do juízo estatal. Deste modo, tendo sido concedido o arresto cautelar, tornaram-se vigentes medidas cautelares sobre bens de terceiros que sequer fariam parte do processo arbitral, pois não ratificaram o pacto compromissório, no qual seria prolatada sentença que produzirá efeitos apenas às partes que integraram a arbitragem.

43 O acórdão foi assim ementado: “Cautelar de arresto. Em sede de cautelar não se discute direito material. Questões outras devem observar o devido processo legal em processo de conhecimento amplo ou como ajustado entre as partes arbitragem, e nada além disso. Decadência da medida cautelar não caracterizada. Bens descritos foram objetos de doações para filhos do representante legal da devedora. Operação atípica se faz presente. Pessoa jurídica devedora que se encontra em situação financeira adversa. Desconconsideração da personalidade jurídica deve prevalecer. Apelo desprovido.”

44 Código Civil. Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (Redação original).

CPC/1973. Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

CPC/1973. Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.

Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

CPC/1973. Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

CPC/1973. Art. 813. O arresto tem lugar:

I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;

II - quando o devedor, que tem domicílio:

a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente;

b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;

III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas;

IV - nos demais casos expressos em lei.

CPC/1973. Art. 814. Para a concessão do arresto é essencial:

I - prova literal da dívida líquida e certa;

II - prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente.

45 Os eminentes ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram pelo provimento do recurso especial, ao passo que os ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi votaram pelo seu desprovimento.

Por outro lado, segundo o voto vencedor, ainda que o substrato da arbitragem esteja na autonomia de vontade das partes, é de se reconhecer que o consentimento à arbitragem não se dá apenas de modo expresso, mas também de forma tácita, e, nesse cenário, o consentimento tácito há de ser reconhecido também nas hipóteses em que um terceiro, utilizando-se de seu poder de controle para a realização de contrato, no qual há a estipulação de compromisso arbitral, e, em abuso da personalidade da pessoa jurídica interposta, determina tal ajuste, sem dele figurar formalmente, com o manifesto propósito de prejudicar ou outro contratante, evidenciado, por exemplo, por atos de dissipação patrimonial em favor daquele.

Admitir-se o contrário viabilizaria a utilização da cláusula compromissória como escudo para evitar a responsabilizar o terceiro (sócio ou administrador) que engendrou os atos fraudulentos.

Logo, denota-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer a competência do juízo arbitral para julgar incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, houve por bem conferir prevalência ao seu caráter funcional, em detrimento dos limites subjetivos da arbitragem, tal como expostos na Lei n. 9.307/96.

Nesse espeque, realmente não soa proporcional admitir-se, por um lado, a extensão da cláusula compromissória para partes não signatárias do pacto, em virtude da participação efetiva no negócio jurídico, e, por outro, reconhecer que a utilização desvirtuada da personalidade jurídica, com vistas à existência de cláusula compromissória que não permita a participação do sócio em um processo arbitral, lhe tolha a responsabilidade pelos atos ilícitos perpetrados.

No entanto, também não é razoável admitir a utilização do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no âmbito da arbitragem, pois assim, estar-se-ia por admitir a jurisdição de árbitro sobre parte que não consentiu com a cláusula compromissória, fazendo-se letra morta do princípio da autonomia da vontade, pedra de toque da arbitragem.⁴⁶

Assim, não nos soa inteiramente correta a decisão do Superior Tribunal de Justiça, principalmente quando se leva em consideração que o tribunal considerou que a imputação de responsabilidade por atos fraudulentos depende da aplicação do artigo 50 do Código Civil.

É que o ato ilícito praticado no momento da celebração do negócio, calcado pela utilização da cláusula compromissória como uma espécie de “escudo”, leva à conclusão de que a verdadeira parte contratante é justamente o terceiro não signatário, beneficiado pelos aludidos atos fraudulentos.

Nessa hipótese, não se está a tratar de desconconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, mas sim de extensão dos efeitos do compromisso arbitral a terceiro, o que, como se viu anteriormente, é plenamente admissível. De outra banda, se o efeito da identificação dos atos fraudulentos for determinar a responsabilidade patrimonial do sócio/administrador, por atos não relacionados à formação daquele negócio jurídico, neste caso se está a tratar de desconconsideração.⁴⁷

Também não se nega, em homenagem à linha defendida por Carmona⁴⁸, a possibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica após o encerramento da arbitragem, em sede de cumprimento

46 Eduardo Baptista Vieira de Almeida defende brilhantemente essa posição, elencando três razões para elaborar essa constatação: (i) os artigos do CPC não vinculam a atividade dos árbitros, tendo em vista que o instituto arbitral possui regramento próprio; (ii) seria contraproducente aplicar o referido incidente à arbitragem, sobretudo em razão da intrincada disciplina legal do CPC, que atentaria contra a efetividade e a flexibilidade da arbitragem; e (iii) seria incompatível, em termos práticos, adotar-se o procedimento do incidente processual em questão à arbitragem, pois inviabiliza a interposição de recurso contra a decisão que resolver o incidente. (ALMEIDA FILHO, Eduardo Baptista Vieira de. *Desconconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, página 112)

47 Nesse sentido: XAVIER, Rafael Branco. *A desconconsideração na arbitragem? O consentimento atrás do véu*. In João Bosco Lee and Flavia Mange (eds), *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2020, Volume XVII Issue 66), páginas 35/66.

48 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário a Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2009, página 83.

de sentença arbitral, haja vista que o Código de Processo Civil admite o seu cabimento nesta fase processual, ou mesmo o ajuizamento de demanda própria, unicamente para este fim.⁴⁹⁻⁵⁰

Parece, na verdade, que o ponto fulcral da discussão reside na diferenciação entre o conceito processual da desconsideração da personalidade jurídica e o material que lhe serve de fundamento. Ou seja, ainda que possa o árbitro, à luz do direito material aplicável, considerar o terceiro responsável, ele só poderá vinculá-lo à arbitragem se superar antes a questão processual relativa à sua jurisdição para decidir o litígio de que é (ou seria) parte um não signatário da convenção arbitral.⁵¹

Nesse sentido foi o voto-vista do eminente ministro Paulo de Tarso Sanseverino:⁵²

“(…) Temos aqui a situação em que a arbitragem não pode avançar, que é a fase de execução. A cautelar de arresto somente se antecipou em relação a viabilizar a futura execução da decisão proferida na Corte Arbitral. A eventual desconsideração da personalidade jurídica em relação ao sócio objetiva exatamente tornar efetiva essa execução.”

Deste modo, parece desacertada a conclusão majoritária da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no que toca à possibilidade de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da arbitragem, haja vista que se estaria por admitir a participação de terceiro sem o seu consentimento (expresso ou tácito), em violação do princípio da autonomia da vontade.

E isso não significa autorizar a utilização da convenção arbitral como uma espécie de escudo para repelir a responsabilidade de terceiro por atos fraudulentos, cometidos por sócios com o exclusivo intuito de lesar a parte contrária, signatária da aludida cláusula, pois nessa hipótese, admitir-se-á a extensão dos efeitos da convenção arbitral a terceiros não signatários, por força da sua postura que os identifica como verdadeiros participantes do negócio jurídico objeto da arbitragem.

6. CONCLUSÃO

Como visto, o Direito brasileiro vem reconhecendo a possibilidade de adesão tácita ao compromisso arbitral por terceiro não signatário do pacto compromissório, contanto que a conduta deste dentro das negociações evidencie uma concordância, ainda que implícita, com a resolução do litígio pela via arbitral.

No entanto, isso não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica, cuja teoria maior, amparada no artigo 50 do Código Civil, não constitui fundamento hábil a vincular terceiro a arbitragem, em homenagem ao princípio da autonomia da vontade das partes.

De todo modo, a parte prejudicada pela utilização desvirtuada da personalidade jurídica não perde o direito por ter escolhido a arbitragem, pois, para além da possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica durante ou após o encerramento da arbitragem, em sede de ação declaratória ou cumprimento de sentença arbitral, respectivamente, a utilização da cláusula compromissória

49 CPC. Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. (...)

§2º. Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

50 Nessa linha, convém destacar relevante observação feita por Eduardo Talamini: “Não seria razoável afirmar que a parte credora teria antes de promover processo arbitral de conhecimento (condenatório) em relação àquelas obrigações (efetivamente líquidas, certas e exigíveis) para só depois poder executar. Isso aniquilaria a eficácia do contrato como título executivo. A despeito da convenção arbitral, caberá reconhecer a direta competência do Judiciário para o processo de execução do título executivo extrajudicial. Por outro lado, tampouco se concebe tornar letra morta a cláusula de arbitragem. Se as partes celebraram convenção arbitral, cumpre igualmente assegurar a eficácia desse negócio jurídico específico. As duas cláusulas comportam conjugação adequada. (TALAMINI, Eduardo. *Desconsideração de personalidade jurídica, execução e convenção arbitral*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 78/2023, páginas 49/78).

51 Nesse sentido: BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem. *In* Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 14: Partes e Terceiros no Processo Civil. Coordenadores: Eduardo Talamini, Heitor Sica, Lia Carolina Batista Cintra, Elie Pierre Eid – Salvador: Editora Juspodivm, 2020, páginas 489/504.

52 REsp 1698730/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 8.5.2018, DJe 21.5.2018.

para isenção de responsabilidade do sócio/administrador enseja a extensão dos efeitos da cláusula compromissória, sem que, para isso, seja necessária a instauração de incidente processual, nos moldes do artigo 133 do CPC/2015.

Essa posição está alinhada ao conceito de efetividade do processo, tangenciando por José Roberto dos Santos Bedaue⁵³ em sua primorosa obra sobre a influência do direito material sobre o processo:

“Daí poder-se afirmar que a jurisdição acaba sendo importante fator de pacificação social, visto que o desenvolvimento de sua atividade tende a colocar fim às relações litigiosas, que, por sua vez, configuram situações de rebeldia às regras necessárias à própria sobrevivência da sociedade. Fala-se, até, que o processo constitui meio de aperfeiçoamento da Humanidade.

Esse resultado, todavia, somente é alcançado quando a jurisdição atinge eficaz e efetivamente seus escopos. Com vistas a esse objetivo é que o legislador tem ampliado substancialmente os meios processuais de proteção aos interesses da sociedade. A conscientização das necessidades verificadas no plano material, conforme já visto, gerou determinados instrumentos específicos de natureza processual.”

Assim, à guisa de conclusão, convém parafrasear o que disse Rafael Branco Xavier⁵⁴: “não se nega com isso a ‘extensão’ subjetiva da cláusula compromissória. Essa é possível segundo o Direito brasileiro”, contudo, “o seu fundamento não está na regra da desconsideração da personalidade jurídica, mas na correta identificação de quem são os figurantes do negócio jurídico” sendo estas, regras distintas e inconfundíveis.

7. REFERÊNCIAS

7.1. Doutrina

- ALMEIDA FILHO, Eduardo Baptista Vieira de. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.
- ALVIM, Teresa Arruda. Teoria da desconsideração da pessoa jurídica, *In* Soluções práticas, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ARAGÃO, Leandro; DIDIER JÚNIOR, Fredie. A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral. *In* PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; YARSHEL, Flávio Luiz (coord). Processo societário. São Paulo: Quarter Latin, 2012, páginas 266/267.
- BARROCAS, Manuel Pereira. Manual de arbitragem. Coimbra: Almedina, 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem. *In* Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 14: Partes e Terceiros no Processo Civil. Coordenadores: Eduardo Talamini, Heitor Sica, Lia Carolina Batista Cintra, Elie Pierre Eid – Salvador: Editora Juspodivm, 2020, páginas 489/504.
- BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/1996. São Paulo: Atlas, 2014.

53 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, página 77.

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

- BESSION, Sébastien. Piercing the Corporate Veil: Back on the Right Track. In: Multi-party Arbitration – Dossiers ICC. Bernard Hanotiau; Eric Schwartz et. Al. (eds.) Paris: International Chamber of Commerce, 2010.
- BLOK, Marcella. Desconsideração da Personalidade Jurídica: Uma visão contemporânea. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol. 59/2013. páginas 91/167.
- CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem – mediação – conciliação - resolução CNJ 125/2010. – 4. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, e-book.
- CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2022.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário a Lei nº 9.307/96. 3ª Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2009.
- CARVALHO, João Victor Carloni de Carvalho. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Arbitragem: Uma análise acerca da extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro. Ano 15, volume 22, número 1: Janeiro a Abril de 2021.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2.
- COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- COSTA E SILVA, Paula. Estudos de Arbitragem, volume I – Coimbra: Almedina, 2022.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. II, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- FERRAZ, Renato de Toledo Piza. Desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume: I: parte geral. II ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KRYVOI, Yarik, Piercing the Corporate Veil in International Arbitration (March 16, 2010). Global Business Law Review, Vol. 1, p. 169, 2010, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1572634> – acesso em 19.10.2023.
- LESSA NETO, João Luiz. Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LINS, Daniela Storry. Aspectos polêmicos da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Cláusula compromissória e grupo de sociedades. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 48/2016.
- MOSES, Margaret L. The principles and practice of international comercial arbitration. Nova York: Cambridge University Press, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Direito constitucional brasileiro: Curso Completo. – 2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- PRADO, Viviane; DECCACHE, Antoni. Arbitragem e desconsideração da personalidade jurídica. Publica Direito. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f5496252609c43eb – acesso em 12.09.2023.
- RECENA COSTA, Guilherme. Partes e Terceiros na Arbitragem. Tese de doutorado apresentada à faculdade de Direito da USP, 2015.
- REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol. 1.

- SILVA, Alexandre Couto. Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. São Paulo: LTr, 1999.
- TALAMINI, Eduardo. Desconsideração de personalidade jurídica, execução e convenção arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 78/2023
- TAMER, Maurício Antonio. Pontos sobre a desconsideração da personalidade jurídica no código de processo civil de 2015: conceito, a posição do requerido e outros aspectos processuais. *Revista forense*, v. 112, n. 424, p. 255/271, jul/dez. 2016.
- THEODORO JR., Humberto. Arbitragem e terceiros. Litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções de terceiros. *Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, volume 2/2014.
- TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- WALD, Arnaldo. A desconsideração na arbitragem societária. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 44/2015.
- XAVIER, Rafael Branco. A desconsideração na arbitragem? O consentimento atrás do véu. In João Bosco Lee and Flavia Mange (eds), *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2020, Volume XVII Issue 66).

7.2. Jurisprudência

- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1098712/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 04/08/2010.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1101728/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavaski, Primeira Seção, julgado em 11.3.2009, DJe 23.3.2009.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1698730/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 8.5.2018, DJe 21.5.2018.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 279.273/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4.12.2003, DJ 29.3.2004.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEC n. 1.210/GB, relator Ministro Fernando Gonçalves, Corte Especial, julgado em 20.6.2007, DJ de 6.8.2007.
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação com revisão n. 9193203-03.2002.8.26.0000, Relatora: Des. Constança Gonzaga, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Registro: 31.5.2006.
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 597013036, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 27/11/1997; e REsp 767.021/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 16/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 258.