

EXTENSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E GRUPOS DE SOCIEDADES NA PRÁTICA CCI

1

(de acordo com
o Regulamento CCI-2012)

LEONARDO DE CAMPOS MELO

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Mestre (LL.M.) pelo Centro de Arbitragem Comercial Internacional da American University (Washington, D.C., EUA). Professor da cadeira de Arbitragem da Pós-graduação em Direito Privado da PUC-Rio. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem; Processual

RESUMO: A partir do *leading case Dow Chemical vs. Isover Saint-Gobain*, de 1982, a prática arbitral segundo o regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional tem permitido, em determinadas circunstâncias, que sociedade integrante de grupo empresarial, que não a efetiva signatária de cláusula compromissória, seja parte na arbitragem. E a extensão subjetiva da convenção arbitral não decorre da mera existência de grupo de sociedades, mas sim porque as partes não signatárias participaram ativamente da relação comercial subjacente, aderindo a ela e à respectiva cláusula arbitral, com a aquiescência dos signatários. Essa orientação emana de precedentes arbitrais CCI, de decisões *prima facie* da Corte CCI e do Poder Judiciário da França. A extensão da cláusula arbitral não pode

ABSTRACT: Since the 1982 ruling on the leading case of *Dow Chemical vs. Isover Saint-Gobain*, ICC practice has, under certain circumstances, permitted the joinder to arbitration proceedings of a company which is part of a group of companies but is not the signatory to the arbitration clause. This extension of the effects of the arbitration clause does not derive from the mere existence of a group of companies, but rather from the participation of the non-signatories, with the agreements of the signatories to the arbitration clause, in the negotiation, performance, or termination of the contract which is the subject of the arbitration. This is the current ICC practice on the issue, as reflected in a great number of awards, in *prima facie* decisions of the ICC Court, and in French

ser confundida com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, e sua incidência é muito mais uma questão fática do que de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Prática arbitral CCI – Extensão da cláusula compromissória – Não signatários e grupos de sociedades – *Leading case Dow Chemical vs. Isover-Saint-Gobain* – Sentenças CCI – Decisões *prima facie* da Corte CCI – Decisões judiciais francesas – Precedentes fundados no comportamento das partes envolvidas – Extensão da cláusula arbitral a não signatários e desconsideração da personalidade jurídica: distinção – Matéria eminentemente fática.

judicial precedents. The extension to non-signatories of the arbitration clause should not be confused with the *disregard doctrine*. The extension is more an issue of fact than of law.

KEYWORDS: ICC practice – Extension of the arbitration agreement – Non-signatories and the group of companies doctrine – Practice based on the conduct of the parties – Extension of the arbitration agreement to non-signatories and the *disregard doctrine*: distinction – Problem more factual than legal.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O *leading case* CCI 4131: *Dow Chemical vs. Isover Saint-Gobain*: 2.1 A lei aplicável à interpretação da cláusula compromissória; 2.2 A negociação dos contratos; 2.3 A execução dos contratos; 2.4 A extinção dos contratos; 2.5 A aplicação da denominada teoria dos grupos de sociedades; 2.6 A decisão dos árbitros – 3. A jurisprudência francesa relativa à extensão da convenção arbitral a partes não signatárias e grupos de sociedades – 4. Precedentes CCI que se seguiram ao caso *Dow Chemical* – Ora para permitir a extensão da cláusula compromissória a não signatários integrantes de grupos empresariais, ora para rejeitá-la – 5. A extensão da convenção arbitral não se confunde com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica – 6. A análise *prima facie* da Corte CCI quanto à existência, validade ou escopo de cláusula compromissória conforme o Regulamento CCI-2012 – 7. Precedentes da Corte CCI sobre a extensão da cláusula compromissória a não signatários e grupos de sociedades – 8. Novidade advinda do Regulamento CCI-2012: o árbitro de emergência. Inaplicabilidade a partes não signatárias – 9. A existência de grupo de sociedades consiste tão somente em elemento de auxílio à interpretação da vontade de partes signatárias e não signatárias – 10. Análise eminentemente fática.

1. INTRODUÇÃO

Os grupos de sociedades¹⁻²⁻³ desempenham papel de destaque nas relações comerciais internacionais, o que se reflete diretamente em arbitragens

1. O eminente Prof. Arnoldo Wald – a quem este artigo é dedicado, por sua inestimável contribuição ao desenvolvimento da arbitragem no Brasil – tratou, em pelo menos duas oportunidades distintas, da temática aqui discutida. Em 1996, publicou, na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* (n. 101, ano XXXV, p. 21-26), o artigo denominado “A teoria dos grupos de sociedades e a competência

sedtiadas no Brasil e alhures. Nesse sentido, tem sido cada vez mais comum que tribunais arbitrais sejam chamados a decidir se o contrato e a cláusula compromissória, subscritos por sociedade integrante de grupo empresarial, podem ser estendidos a outras sociedades desse mesmo grupo, e com que fundamento.

Precedentes conforme o regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“precedentes CCI”) revelam que esse tema tem sido objeto de discussão desde a primeira metade da década de 1970. Foi somente em 1982, contudo, que tribunal arbitral conspícuo, integrado por Pieters Sanders, na qualidade de presidente, Berthold Goldman e Michel Vasseur, proferiu sentença arbitral parcial que se tornou o *leading case* sobre o tema, em disputa travada entre sociedades do grupo americano *Dow Chemical* e a francesa *Isover Saint-Gobain*, posteriormente confirmada pelo Poder Judiciário da França, conforme será exposto em detalhes adiante. Desde então, muito se discute se o caso *Dow Chemical* teria criado ou chancelado a denominada *teoria dos grupos de sociedades*, segundo a qual, para alguns, a mera existência de grupo empresarial teria o condão de tornar parte da arbitragem toda e qualquer sociedade que o integre, mesmo que não signatária do contrato e da cláusula compromissória subjacentes.

Diversos outros fundamentos jurídicos também têm sido invocados por tribunais arbitrais para permitir a extensão da cláusula arbitral a não signatários no âmbito de grupos de sociedades, sejam institutos de origem romano-germânica, sejam criações jurídicas oriundas da *common law*, tais como as teorias do *alter ego*, *estoppel* e *equitable estoppel*.⁴ Todos esses fundamentos,

do juízo arbitral”. Em 2004, brindou-nos, na presente *RArb* 2/31-59, São Paulo: Ed. RT, maio 2004, com o estudo “A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos”. Trata-se, *comme d’habitude*, de artigos precisos e bastante didáticos, cuja leitura se impõe a todos os que desejarem aprofundar seus estudos sobre a extensão da cláusula compromissória a não signatários.

2. Este artigo consiste em apertada síntese de alguns capítulos do livro “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)”, publicado pela Editora Forense em fevereiro de 2013.
3. Neste estudo, os termos “grupo de sociedades” e “grupo empresarial” serão empregados como equivalentes.
4. Sobre o tema, confirmam-se: VIDAL, Dominique. L’extension de l’engagement compromissoire dans un groupe de société: application arbitrale et judiciaire de la théorie de l’*alter ego*. *Bulletin de Cour Internationale d’arbitrage de la CCI*, vol. 16, n. 2. 2.º sem. 2005; TOWNSEND, John M. Agency alter ego and other identity issues – Non signatories and arbitration. *ADR – The newsletter of dispute resolution law*

contudo, não serão analisados neste artigo, que tem por objetivo demonstrar o seguinte: (a) o caso *Dow Chemical* não criou uma *teoria dos grupos de sociedades*, supostamente apta a estender a convenção arbitral a não signatários, integrantes do mesmo grupo de sociedades da parte efetivamente signatária; (b) não há um só precedente CCI que tenha fundamentado a extensão subjetiva da cláusula compromissória apenas em razão da existência de um grupo de sociedades; (c) a extensão da cláusula arbitral a não signatários não se confunde com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica; (d) somente o consentimento das partes envolvidas na arbitragem, manifestado por meio de seu comportamento, é apto a estender a convenção de arbitragem a não signatários; e (e) a extensão da cláusula compromissória no âmbito de grupos de sociedades decorre da análise de matéria eminentemente fática. É o que se passa a demonstrar.

2. O LEADING CASE CCI 4131: DOW CHEMICAL VS. ISOVER SAINT-GOBAIN

A relação jurídica estabelecida entre as partes fundou-se em dois contratos de distribuição, celebrados em 1965 e 1968, dos quais constaram cláusulas compromissórias invocando o Regulamento CCI. Os contratos originários foram objeto de sucessivas cessões, resultando, finalmente, na seguinte estrutura negocial: de um lado, como fornecedores de equipamentos de isolamento, as sociedades suíças *Dow Chemical A.G.* e *Dow Chemical Europe*, ambas integrantes do grupo empresarial americano *Dow Chemical*, e do outro, como adquirente desses equipamentos, a sociedade francesa *Isover Saint-Gobain*. Restou estabelecido em ambos os contratos que a sociedade francesa *Dow Chemical France* ou qualquer outra subsidiária do *Grupo Dow Chemical* – ressalte-se, não signatárias dos dois contratos de distribuição acima apontados, mas integrantes do *Grupo Dow Chemical* – poderiam realizar as entregas dos produtos adquiridos pela *Isover Saint-Gobain*. No caso específico, foi a *Dow Chemical France* que sempre realizou essas entregas.

Algumas medidas judiciais foram ajuizadas pela *Isover Saint-Gobain* contra sociedades integrantes do *Grupo Dow Chemical*, nas quais se discutiam irregularidades em um produto *Dow Chemical* denominado *Roofmate*. Com funda-

and practice. Publicação divulgada pelo escritório de advocacia Hughes Hubbard & Reed LLP (*reprinted with permission from ADR Currents – Set. 1998, vol. 3, n. 3*); e TYLER, Timothy; KOVARSKY, Lee; STEWART, Rebecca. *Beyond consent: Applying alter ego and arbitration doctrines to bind sovereign parents. Multiple party actions and international arbitration*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. p. 149-188.

mento nas cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de 1965 e 1968, as sociedades *Dow Chemical A.G.* e *Dow Chemical Europe*, partes nessas avenças, bem como as partes não signatárias *Dow Chemical France* e *The Dow Chemical Company*, deram início a uma arbitragem contra a *Isover Saint-Gobain*, sustentando, em síntese, que a requerida era a única responsável pelas alegadas irregularidades com o produto *Roofmate*. Em sede de objeções preliminares, estabelecidas no termo de arbitragem, a *Isover Saint-Gobain* arguiu a incompetência do tribunal arbitral para apreciar os pedidos formulados pelas sociedades *Dow Chemical France* e *The Dow Chemical Company*, por não integrarem os contratos de fornecimento nem as respectivas cláusulas compromissórias. Em reunião preparatória da arbitragem, as partes concordaram que os árbitros, antes de enfrentar o mérito da disputa, apreciariam a objeção suscitada pela *Isover Saint-Gobain*.

2.1 A lei aplicável à interpretação da cláusula compromissória

Em 23.09.1982, o tribunal arbitral proferiu sentença parcial, apreciando a preliminar de incompetência levantada pela *Isover Saint-Gobain*. O primeiro ponto enfrentado consistiu na definição da lei aplicável à interpretação de quem seriam os integrantes do processo arbitral. A lei escolhida pelas partes para a solução do litígio, de acordo com os dois contratos de fornecimento, foi a da França. Diante disso, a *Isover Saint-Gobain* alegou que a lei escolhida pelas partes seria aplicável tanto ao mérito da disputa quanto à interpretação do alcance e dos efeitos das cláusulas compromissórias. De acordo com os árbitros, todavia, a lei aplicável ao mérito da disputa não coincidia, necessariamente, com a lei aplicável à interpretação da convenção arbitral. Adicionalmente, o Regulamento CCI então vigente (de 1975), tal como o Regulamento que o antecedeu (de 1955), afirmava a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato, além de conferir aos árbitros poder para decidir sobre a sua própria competência, sem vinculação com a lei nacional. Dessa forma, levando-se em consideração a intenção comum das partes, e observadas as peculiaridades na celebração, execução e extinção do contrato, os árbitros invocaram, para reger a interpretação da convenção de arbitragem, as regras do comércio internacional (*lex mercatoria*), com destaque para aquelas aplicáveis aos grupos de sociedades.

2.2 A negociação dos contratos

Os elementos de prova constantes do processo arbitral revelaram que, durante as tratativas mantidas com as sociedades posteriormente sucedidas pela

Isover Saint-Gobain, das quais resultou a assinatura dos contratos de fornecimento de 1965 e de 1968, a *Dow Chemical France*, embora não figurasse como signatária, esteve no centro das negociações. Além disso, segundo os árbitros, os contratos não poderiam ter sido celebrados sem a aprovação da *The Dow Chemical Company*, titular das marcas dos produtos que seriam comercializados na França. Por essa razão, era irrelevante, para as partes nos contratos, qual seria a sociedade integrante do Grupo *Dow Chemical* a figurar como efetiva signatária (razão pela qual as provas apresentadas na arbitragem não indicaram ter havido qualquer discussão nesse sentido). De acordo com o tribunal arbitral, portanto, as sociedades posteriormente sucedidas pela *Isover Saint-Gobain* tiveram a convicção de ter celebrado contratos de distribuição com o conjunto de sociedades integrantes do Grupo *Dow Chemical*.

2.3 A execução dos contratos

Ambos os contratos de 1965 e de 1968 indicaram a *Dow Chemical France* como a principal responsável pela entrega dos produtos à *Isover Saint-Gobain*. Em que pese existisse previsão de que qualquer outra empresa do Grupo *Dow Chemical* poderia efetuar as entregas, foi somente a *Dow Chemical France* que as realizou ao longo de todo o período de vigência dos contratos. Constatou-se, assim, que a *Dow Chemical France* desempenhou papel preponderante, tanto na celebração do contrato quanto na sua execução. No que tange à sociedade *The Dow Chemical Company*, as marcas dos produtos distribuídos pela *Isover Saint-Gobain* eram de sua titularidade, de modo que, mesmo na ausência de licença específica nesse sentido, foi manifesta a sua participação na fase de execução dos contratos. Além disso, ambos os instrumentos contratuais permitiam que as entregas dos produtos fossem realizadas por qualquer subsidiária da *The Dow Chemical Company*, o que demonstra a ligação estabelecida entre a companhia-mãe americana e a cocontratante *Isover Saint-Gobain*.

2.4 A extinção dos contratos

A leitura, pelo tribunal arbitral, de diversas cartas trocadas entre as partes demonstrou que a *Dow Chemical France* desempenhou papel fundamental também na fase de extinção dos contratos, revelando, dessa forma, que ela era parte dessas avenças, bem como das respectivas cláusulas compromissórias. Chegou-se à mesma conclusão no que tange à sociedade *The Dow Chemical Company*, seja porque era dela a titularidade das marcas dos produtos entregues à *Isover Saint-Gobain*, seja porque ela detinha controle absoluto sobre todas as suas subsidiárias que possuíam relação direta com o negócio, nas res-

pectivas fases de celebração, execução e extinção do contrato. Além disso, os árbitros ressaltaram que a *Isover Saint-Gobain*, nas acima referidas demandas judiciais ajuizadas contra sociedades do Grupo *Dow Chemical* — antes do início da arbitragem, lembre-se –, havia afirmado que a sociedade *The Dow Chemical Company* era a titular das patentes e a responsável pela organização da produção do *Roofmate*, razão pela qual teria responsabilidade direta sobre eventuais irregularidades desse produto.

2.5 A aplicação da denominada teoria dos grupos de sociedades

Era fato incontroverso na arbitragem que a *Dow Chemical Company* detinha o efetivo controle sobre as suas subsidiárias que figuraram como signatárias dos contratos e sobre as suas subsidiárias que, tal como a *Dow Chemical France*, conquanto não signatárias, participaram da negociação, execução ou extinção da avença. Dessa forma, entenderam os julgadores que, independentemente de cada uma dessas sociedades possuir personalidade jurídica própria, o grupo *Dow Chemical* consistia em realidade econômica única, a ser considerada pelo tribunal arbitral na análise de sua competência para dirimir o conflito a ele submetido. Segundo os árbitros, o fato de as cláusulas compromissórias terem sido expressamente aceitas por algumas das sociedades do Grupo *Dow Chemical* implicou a vinculação das demais sociedades do grupo, dada a sua participação na celebração, execução ou extinção dos contratos – nos quais estavam inseridas as convenções arbitrais. Por essa razão, foram consideradas partes dos contratos não apenas as sociedades signatárias, mas também aquelas que deles participaram e que neles possuíam interesse direto, bem como nos eventuais litígios decorrentes dessas avenças. Os árbitros destacaram que a posição por eles tomada ia ao encontro de precedentes arbitrais da própria CCI – números 2.375/1975 e 1.434/1975 –, segundo os quais se atribuiu importância à efetiva realidade econômica discutida, restando observadas as necessidades do comércio internacional. O tribunal arbitral referiu-se, também, ao precedente CCI 2.138/1974, no qual foi rejeitada a extensão da cláusula compromissória, tendo em vista que não havia sido demonstrada a efetiva participação da parte não signatária no contrato. Todavia, segundo os julgadores, o caso *Dow Chemical vs. Isover Saint-Gobain* havia trazido elementos suficientes a fazer prova da efetiva vontade das partes, signatárias e não signatárias, de escolherem a via arbitral. Foi apontado pelos árbitros, adicionalmente, que a referida demanda judicial, ajuizada, antes do início da arbitragem, pela *Isover Saint-Gobain* contra a *The Dow Chemical Company* e a *Dow Chemical Europe*, havia sido rechaçada pela Corte de Apelação de Paris, tendo em vista que a matéria litigiosa nela debatida decorria diretamente dos contratos de 1965 e 1968, dos

quais, como se viu, constava convenção arbitral. Destacaram os árbitros, ainda, que, por meio dessa mesma decisão judicial, a Corte de Apelação de Paris havia apreciado o mérito relativo à outra disputa entre a *Isover Saint-Gobain* e a *Dow Chemical France*, ressaltando, todavia, que a demanda fundava-se em responsabilidade extracontratual, e que a ré não havia invocado a existência de cláusula compromissória – não tendo questionado, portanto, a competência do Poder Judiciário francês para julgar esse pedido específico.

2.6 A decisão dos árbitros

Com fundamento nos argumentos acima expostos, o tribunal arbitral considerou-se competente para apreciar os pedidos formulados contra a *Isover Saint-Gobain* pelas sociedades signatárias *Dow Chemical A.G.* e *Dow Chemical Europe*, bem como pelas sociedades não signatárias *The Dow Chemical Company* e *Dow Chemical France*. Os árbitros destacaram que a decisão não violava a ordem pública internacional e ressaltaram o fato de que o ordenamento jurídico francês não continha nenhuma norma que proibisse a extensão da cláusula compromissória à parte não signatária, integrante de um mesmo grupo empresarial. A decisão, segundo os árbitros, ia ao encontro das necessidades do comércio internacional, com relação às quais as regras de arbitragens internacionais deveriam estar atentas.

3. A JURISPRUDÊNCIA FRANCESA RELATIVA À EXTENSÃO DA CONVENÇÃO ARBITRAL A PARTES NÃO SIGNATÁRIAS E GRUPOS DE SOCIEDADES

A França ostenta ordenamento jurídico e repertório jurisprudencial bastante liberais no que tange às arbitragens internacionais. Não causa surpresa, portanto, que o Poder Judiciário francês tenha sido, no cenário internacional, o primeiro a permitir que um não signatário, integrante de grupo de sociedades, fosse considerado parte legítima para integrar processo arbitral, tendo desenvolvido *jurisprudence constante* sobre o tema. Essa orientação tem sido objeto de críticas, sob a alegação de que os tribunais franceses teriam permitido a extensão de cláusula compromissória a partes não signatárias pelo simples fato de elas integrarem o mesmo grupo empresarial de que é membro a sociedade que efetivamente a integrou. Trata-se, contudo, de interpretação manifestamente equivocada, tendo em vista que todos os precedentes franceses que trataram da chamada *teoria dos grupos de sociedades* apoiaram as suas respectivas conclusões em elementos concretos de anuência das partes envolvidas à convenção arbitral subjacente, refletidos em seu comportamento, e não na mera existência de grupos de sociedades.

Dentre os muitos precedentes judiciais franceses que enfrentaram a extensão da cláusula arbitral no âmbito de grupos de sociedades, merece destaque a apreciação, pela Corte de Apelação de Paris, em 21.10.83,⁵ da ação de nulidade ajuizada contra a sentença arbitral proferida no acima exposto caso *Dow Chemical vs. Isover Saint-Gobain*. Com efeito, inconformada com a decisão dos árbitros, que autorizaram a extensão da cláusula compromissória a não signatários, a *Isover Saint-Gobain* recorreu ao Poder Judiciário francês, visando à declaração de sua nulidade. A Corte de Apelação de Paris, em 21.10.83, rechaçou a pretensão da *Isover Saint-Gobain*, ressaltando, em síntese, os seguintes pontos: (a) com fundamento em interpretação autônoma da cláusula compromissória e em documentos trocados pelas partes durante as tratativas e na fase de extinção do contrato, os árbitros decidiram, *observada a efetiva vontade comum de todas as sociedades envolvidas*, que a *Dow Chemical France* e a *The Dow Chemical Company* eram partes nos contratos de 1965 e 1968 e nas respectivas convenções de arbitragem, em que pese não os tivessem subscrito; (b) subsidiariamente, os árbitros se referiram à teoria dos grupos empresariais no âmbito do comércio internacional, não questionada, fundamentadamente, pela *Isover Saint-Gobain*; e (c) os árbitros justificaram corretamente a sua competência, de forma que não possui fundamento a alegação da *Isover Saint-Gobain* de que eles teriam julgado o litígio sem respaldo em convenção arbitral.

Diversos outros precedentes judiciais franceses trataram desse tema, externando semelhante orientação da Corte de Apelação de Paris, ora com ênfase nas práticas do comércio internacional, mas sempre respaldados pelo comportamento adotado pelas partes signatárias e não signatárias. Alguns deles são os seguintes – não sendo possível, contudo, no espaço exíguo deste artigo, apresentar os seus contornos fáticos e jurídicos: caso *Société Sponsor AB vs. Lestrade* – 26.11.1986;⁶ caso *Société Korsnas Marma vs. Société Duranz-Auzias* – 30.11.1988;⁷ caso *S.A. Kis France vs. Société Générale* – 31.10.1989;⁸ e caso *Orri vs. Société des Lubrifiants Elf Aquitaine* – 11.01.1990.⁹

5. Corte de Apelação de Paris. *Revue de l'arbitrage*, 1984. p. 98.

6. Corte de Apelação de Paris. *Revue de l'arbitrage*, 1988. n. 1, p. 153-161. HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitration – Multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. Haia: Kluwer Law International, 2005. p. 55-56.

7. CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades. trad. Valeria Galíndez. *RDB* 21/339-386. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2003. Segundo o autor, esse julgamento consistiria no “prolongamento natural da jurisprudência *Dow Chemical*” (cf. p. 348, item 13).

8. HANOTIAU, Bernard. *Op. cit.*, p. 112-113.

9. WALD, Arnaldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *RArb* 2/31-43. São Paulo: Ed. RT, 2004.

Em recentíssimo artigo sobre o tema aqui tratado, o Prof. Bernard Hanotiau, em coautoria com Barbara den Tandt, após analisar alguns dos precedentes judiciais acima apontados, assim resume a jurisprudência francesa: “De fato, a questão chave consiste em saber se o não signatário manifestou, de outra forma que não por sua assinatura, sua vontade de se vincular ao contrato e à cláusula compromissória subjacente, e se as partes signatárias do contrato anuíram neste sentido”.¹⁰

4. PRECEDENTES CCI QUE SE SEGUIRAM AO CASO *DOW CHEMICAL* – ORA PARA PERMITIR A EXTENSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA A NÃO SIGNATÁRIOS INTEGRANTES DE GRUPOS EMPRESARIAIS, ORA PARA REJEITÁ-LA

Desde o advento do *leading case Dow Chemical*, diversos tribunais arbitrais CCI enfrentaram a discussão acerca da possibilidade de se estender cláusula compromissória a não signatários no âmbito de grupos de sociedades. Várias dessas decisões autorizaram a extensão, e tantas outras negaram a sua incidência.

Será apresentada a seguir uma tabela contendo cinco precedentes CCI, meramente exemplificativos dos casos em que a extensão subjetiva da cláusula arbitral foi autorizada pelos árbitros, seguidos de apertada síntese dos fundamentos por eles utilizados:¹¹

Precedentes favoráveis à extensão	Síntese dos fundamentos para a extensão
Caso CCI 6519/1991 ¹¹	Extensão fundamentada em aceitação implícita, mas inequívoca, da convenção de arbitragem pela parte não signatária.

10. No original, livremente traduzido pelo autor: “Indeed, the key question is whether a non signatory company has manifested, other than by signing, its will to be bound by the agreement and the arbitration clause contained therein, and whether the signatories of the agreement have accepted that will” (Back to basics. Or why the group of companies doctrine should be disregarded once and for all. In: WAUFELET, P.; KRUGER, T.; COPPENS, G. (eds.). *The practice of arbitration. Essays in honour of Hans Van Houtte*. Oxford: Hart Publishing, 2012. p. 125-132.

11. ARNALDEZ, Jean-Jacques; DERAINS, Yves; HASCHER, Dominique (orgs.). *Collection of ICC arbitral awards, 1991-1995*. Paris: Kluwer Law International, 1997. p. 420-428.

Casos CCI 7604 e 7610/1995 ¹²	Extensão fundamentada em declaração expressa, pela parte não signatária, nos autos de ação judicial que corria em paralelo à arbitragem, de que toda demanda decorrente do contrato deveria ser levada à arbitragem, manifestando, dessa forma, sua inequívoca aquiescência à cláusula compromissória.
Caso CCI 10510/2000 ¹³	Extensão fundamentada na adoção, pela parte não signatária, de papel ativo na celebração, execução e extinção do contrato, e no fato de que ela era interessada direta na avença, bem como nos litígios dela decorrentes. Além disso, as partes signatárias e não signatária atuaram como se fossem verdadeiro grupo empresarial.
Caso CCI 5103/1988 ¹⁴	Extensão fundamentada no argumento de que, durante todas as fases da relação contratual, as sociedades integrantes do grupo empresarial atuaram como se fossem uma só entidade, em manifesta confusão entre elas, e que no negócio como um todo prevaleceu o interesse do grupo.
Caso CCI 11160/2002 ¹⁵	Extensão fundamentada nos seguintes argumentos: (a) existência de confusão entre as sociedades do mesmo grupo que contrataram com a parte requerente; (b) assunção, pela parte não signatária, das obrigações contratuais da parte signatária; (c) presença de administradores comuns às sociedades signatária e não signatária; (d) as correspondências relativas ao contrato eram enviadas à parte não signatária; (e) o beneficiário final do contrato era a parte não signatária; e (f) a parte não signatária participou de todas as etapas contratuais.

Na tabela seguinte, também a título de exemplo, são apontados cinco precedentes CCI em que a extensão foi rejeitada, seguidos das razões invocadas pelos respectivos tribunais arbitrais:

12. ARNALDEZ, Jean-Jacques; DERAIS, Yves; HASCHER, Dominique (orgs.). *Collection of ICC arbitral awards, 1996-2000*. Paris: Kluwer Law International, 2003. p. 511-516.
13. HANOTIAU, Bernard. Op. cit., p. 94.
14. JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. *Collection of ICC Arbitral Awards, 1986-1990*. Paris: Kluwer Law International, 1994. p. 361-370.
15. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 16, n. 2, 2005, p. 99-101.

Precedentes contrários à extensão	Síntese dos fundamentos para a recusa da extensão
Caso CCI 4504/1985 ¹⁶	Extensão negada porque não foi apresentada pela requerente prova suficiente de que a parte não signatária, controlada pela parte signatária, teria manifestado sua concordância à cláusula arbitral. Além disso, em que pese a parte signatária e a não signatária tivessem representante legal em comum, todas as manifestações desse representante foram feitas apenas em nome da parte signatária.
Caso CCI 9873/1999 ¹⁷	Extensão negada sob o argumento de que a parte requerente da extensão não foi capaz de comprovar que a filial não signatária teria manifestado, sequer implicitamente, vontade de integrar a convenção arbitral. A mera existência de grupo empresarial não implica a extensão da cláusula arbitral a outras sociedades que o integram.
Caso CCI 9517/2000 ¹⁸	Extensão negada sob o fundamento de que sociedades não signatárias, integrantes do mesmo grupo empresarial de parte signatária, somente podem ser atraídas para a arbitragem se tiverem participado efetivamente das fases de negociação e de execução do contrato. Adicionalmente, a pessoa física controladora do grupo empresarial integrado por uma das partes signatárias não pode pleitear, por mera questão de conveniência, a extensão da cláusula arbitral em seu favor.
Caso CCI 10758/2000 ¹⁹	Crítica à teoria do grupo de sociedades, principalmente no âmbito do direito francês, que seria muito amplo quanto a esse instituto. Deve-se atentar à participação efetiva do não signatário nas fases de negociação, celebração e execução do contrato. No caso, a operação societária supostamente fraudulenta mostrou-se regular e de boa-fé, tendo sido negada, portanto, a extensão.
Caso CCI 10818/2001 ²⁰	Extensão negada sob o argumento de que a parte contratante A, ao travar diferentes relações jurídicas com as sociedades B e C, ambas integrantes do mesmo grupo empresarial, tinha ciência de que se relacionava com sociedades distintas, e não com o grupo como um todo. Após demonstrar, detalhadamente, a diferença entre os fatos subjacentes ao caso <i>Dow-Chemical vs. Isaver Saint-Gobain</i> e os fatos do caso específico, a decisão tece crítica severa à teoria dos grupos de sociedades.

Os tribunais arbitrais, em todos os 10 precedentes acima analisados, direcionaram sua atenção ao *comportamento* dos signatários e não signatários, de

acordo com as provas produzidas, delas extraindo a manifestação de vontade das partes envolvidas. Nos precedentes favoráveis à extensão, atos comissivos e omissivos das partes envolvidas foram determinantes à decisão dos árbitros; nos casos em que a extensão foi rejeitada, foi também o comportamento das partes que determinou a impossibilidade de não signatários tornarem-se parte do processo arbitral.

5. A EXTENSÃO DA CONVENÇÃO ARBITRAL NÃO SE CONFUNDE COM O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A extensão subjetiva da cláusula compromissória não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de institutos jurídicos distintos, com fundamentos e efeitos diversos.²¹ Enquanto a desconsideração da personalidade jurídica, via de regra, consiste em *sanção* a fraudes, perpetradas por meio do uso irregular da personalidade jurídica, a extensão da convenção arbitral a parte não signatária se funda na devida identificação de sua *vontade*, manifestada por meio de seu comportamento, de se vincular a determinado contrato e à cláusula compromissória subjacente. A etiologia de ambos os institutos também revela a marcante diferença que os distingue, tendo em vista que, enquanto a desconsideração da personalidade jurídica decorre da lei ou do princípio geral que veda a prática de ato contrário ao direito, a extensão da convenção arbitral decorre da própria vontade das partes signatária e não signatária, manifestada por seu comportamento e identificada por elementos de prova apresentados na arbitragem.

16. JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. *Collection of ICC arbitral awards, 1986-1990* cit., p. 279-292.
17. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. vol. 16. n. 2. p. 85-87. Paris, 2005.
18. *Idem*, p. 80-83.
19. ARNALDEZ, Jean-Jacques; DERAIS, Yves; HASCHER, Dominique (orgs.). *Collection of ICC arbitral awards, 2001-2007*. Paris: Kluwer Law International, 2009. p. 537-543.
20. *Idem*, p. 94-98.
21. Para uma análise mais detalhada sobre as diferenças entre as teorias do grupo de sociedades e a da desconsideração da personalidade jurídica, confira-se BESSON, Sébastien no artigo intitulado Piercing the corporate veil: back on the right track. In: HANOTIAU, Bernard e SHWARTZ, Eric. *Multiparty arbitration*. Paris: Dossiers, ICC Institute of World Business Law, 2010. p. 147-159) e FERRARIO, Pietro no artigo denominado The group of companies doctrine in international commercial arbitration: is there any reason for this doctrine to exist? *Journal of International Arbitration*. 5. ed. Kluwer Law International, 2009. vol. 26, p. 647-673.

O Prof. Bernard Hanotiau alerta para o risco de serem confundidas as hipóteses de incidência da desconsideração da personalidade jurídica e da extensão da convenção arbitral a partes não signatárias. Segundo o autor, é comum, em processos arbitrais, que os institutos sejam aplicados equivocadamente.²² Na feliz síntese dos Professores Fouchard, Gaillard e Goldman, invocando a fundamentação contida no caso CCI 5721/1990, “a abrangência da convenção arbitral não deve ser estendida para punir o comportamento de um terceiro. Essas medidas somente devem ser tomadas por cortes, perante as quais uma parte sempre poderá pleitear a desconsideração da personalidade jurídica”.²³

Nos precedentes arbitrais acima analisados, em que pese seja possível vislumbrar a presença de elementos autorizadores da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – a exemplo da confusão patrimonial –, as respectivas decisões dos tribunais arbitrais fundaram-se tão somente na participação ativa dos signatários e não signatários na relação comercial subjacente, e na sua consequente adesão voluntária à cláusula compromissória que a integrava, refletida em seu comportamento.

6. A ANÁLISE *PRIMA FACIE* DA CORTE CCI QUANTO À EXISTÊNCIA, VALIDADE OU ESCOPO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CONFORME O REGULAMENTO CCI-2012

A Câmara de Comércio Internacional criou, em 1923, a Corte Internacional de Arbitragem (“Corte”), responsável pela administração de procedimentos ar-

22. “The application of the theory of lifting the corporate veil is generally considered to be limited to cases of fraud, abuse of rights, and violation of mandatory rules. It should moreover be pointed out that this theory is very often wrongly presented and applied by advocates. They invoke the theory to extend the arbitration clause beyond the company whose corporate veil allegedly has to be lifted, to the owners of the company. In many legal systems, this is not correct: lifting the corporate veil means that the legal personality of the company is disputed and has to be lifted and that therefore the action should be directed only to its owners, those who stand ‘behind the corporate veil’. In other words, it is often ‘the shareholders instead of the company’ and not ‘the company plus the shareholders’. Before raising such a theory one should therefore have in the first place a good understanding of basic principles of corporate law, which is not always the case” (HANOTIAU, Bernard. Op. cit., p. 98).
23. No original, traduzido livremente pelo autor: “[T]he scope of the arbitration agreement should not be extended to punish the behavior of a third party. Such measures should only be taken by the courts, before which a party will always be able to argue that the corporate veil should be lifted” (FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International commercial arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. item 501).

bitrais conduzidos de acordo com o Regulamento CCI. Trata-se de órgão administrativo, atualmente integrado por cento e vinte e cinco membros, oriundos de mais de noventa países,²⁴ que desempenha importantes atividades de auxílio na condução das arbitragens – sem, contudo, julgar o mérito das disputas,²⁵ tarefa que compete unicamente aos árbitros. Todos aqueles que se submetem a arbitragens CCI estão sujeitos às decisões da Corte.²⁶ Dentre as diversas e importantíssimas funções desempenhadas pela Corte, estabelecidas no Regulamento CCI-2012,²⁷ destaque-se a seguinte: no início do procedimento arbitral, caso haja impugnação, de qualquer das partes, quanto à existência, validade ou escopo de cláusula compromissória, ou quanto à sua extensão a parte que não a tenha subscrito, a questão será decidida pelos próprios árbitros, salvo se o Secretário-Geral determinar, a seu exclusivo critério, que a questão deva ser apreciada pela Corte, antes de os autos serem enviados para o tribunal arbitral. Trata-se de importante barreira procedimental, a evitar que parte não signatária se veja obrigada a participar de arbitragem, ou mesmo para evitar que árbitros se entendam competentes para julgar disputas que se demonstrem, em análise *prima facie*, não passíveis de solução pela via arbitral.²⁸ É também função dessa análise prévia feita pela Corte, refletida expressamente no Regulamento CCI-2012, evitar dispendio de tempo e de dinheiro das partes envolvidas na arbitragem.²⁹

A Corte poderá adotar três entendimentos distintos acerca da existência, validade ou escopo de convenção arbitral CCI:³⁰ (a) permitir a instauração da

24. FRY, Jason; GREENBERG, Simon; MAZZA, Francesca. *The secretariat's guide to ICC Arbitration – A practical commentary on the 2012 icc rules of arbitration from the secretariat of the ICC International Court of arbitration*. Paris: ICC Publication, 2012. p. 17.
25. Regulamento CCI-2012. Art. 1.º (2): “A Corte não soluciona ela própria os litígios. Compete-lhe administrar a resolução de litígios por tribunais arbitrais, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da CCI”.
26. Art. 6 (2) do Regulamento CCI-2012: “Ao convencionarem uma arbitragem de acordo com o Regulamento, as partes aceitam que a arbitragem seja administrada pela Corte”.
27. A primeira versão do Regulamento CCI entrou em vigor em 1922, tendo sido revisada em 1927 (em emendas subsequentes em 1931, 1933, 1939 e 1947), 1955, 1975, 1988 e 1998 (FRY, Jason; GREENBERG, Simon; MAZZA, Francesca. *Op. cit.*, p. 1).
28. WHITESELL, Anne Marie. Non signatories in ICC Arbitration. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). *International arbitration 2006: Back to basics?. ICCA Congress Series*. vol. 13. 2006, Montreal: Kluwer Law International, 2007. p. 372.
29. FRY, Jason; GREENBERG, Simon; MAZZA, Francesca. *Op. cit.*, p. 67.
30. “Possible decisions: Under Article 6 (4), subparagraph (i), the Court may decide that the arbitration shall proceed in respect of all the parties, that it shall not proceed in respect of any party, or that it shall proceed in respect of some but not all the parties”. *Idem*, p. 80.

arbitragem nos exatos termos requeridos pela parte autora, (b) impedir o seu prosseguimento, eis que a cláusula compromissória subjacente não é apta a fundamentar uma arbitragem conforme o Regulamento CCI, ou (c) permitir o prosseguimento somente com relação a algumas partes.³¹ Em caso de dúvida, a Corte tenderá a permitir o prosseguimento do feito, devolvendo aos árbitros a competência para decidir a questão. Autorizada a continuação da arbitragem, e uma vez constituído o tribunal arbitral, os árbitros poderão reapreciar as questões jurisdicionais previamente analisadas pela Corte, ou até mesmo questões anteriormente não apreciadas, dado que, de acordo com o Regulamento CCI, eles são soberanos para decidir livremente sobre a sua competência.³² Na hipótese de a Corte impedir o prosseguimento total ou parcial da arbitragem, a parte prejudicada, nos termos do art. 6.º (6) do Regulamento,³³ poderá pleitear ao Poder Judiciário – regra geral, a autoridade judicial da sede da arbitragem³⁴ – a declaração de que a convenção de arbitragem existe e a quem ela é oponível. Munido dessa decisão judicial, poderá a parte requerer a instauração de uma nova arbitragem contra a parte anteriormente excluída pela Corte, o que deverá ser por esta acatado.³⁵

31. O Regulamento CCI-1998 estabelecia, no artigo 6 (2), que, caso a Corte CCI não estivesse convencida acerca da existência, validade ou escopo de cláusula compromissória, apta a fundamentar a instauração de arbitragem conforme o Regulamento CCI, as partes seriam notificadas de que o processo arbitral não poderia prosseguir. Na prática, contudo, a Corte CCI evitava dar por encerradas as arbitragens, permitindo, dessa forma, que elas prosseguissem somente quanto às pessoas físicas e jurídicas reputadas como partes efetivas das respectivas cláusulas compromissórias. O Regulamento CCI-2012 aclarou este ponto, afirmando, expressamente, que a Corte CCI “deverá decidir se, e em que medida, a arbitragem deverá prosseguir” (FRY, Jason; GREENBERG, Simon; MAZZA, Francesca. Op. cit., p. 71. O termo “e em que medida” foi grifado pelo autor do presente artigo).
32. Confira-se, nesse sentido, o art. 6.º (5) do Regulamento CCI-2012: “Em todos os casos decididos pela Corte de acordo com o art. 6. (4), qualquer decisão relativa à competência do tribunal arbitral, exceto com relação a partes ou demandas a respeito das quais a Corte decida que a arbitragem não deve prosseguir, será tomada pelo próprio tribunal arbitral”.
33. Art. 6.º (6) do Regulamento CCI-2012: “Caso as partes sejam notificadas de uma decisão da Corte de acordo com o art.º 6 (4) no sentido de que a arbitragem não deve prosseguir em relação a algumas ou todas elas, qualquer parte manterá o direito de submeter a qualquer jurisdição competente a questão sobre se existe uma convenção de arbitragem vinculante e quais partes estão a ela vinculadas”.
34. FRY, Jason; GREENBERG, Simon; MAZZA, Francesca. Op. cit., p. 89.
35. Os comentaristas do Regulamento CCI-2012 dão notícia de interessante caso em que a decisão tomada pela Corte CCI foi questionada perante o Poder Judiciário americano. Com efeito, em determinada arbitragem CCI, instaurada contra quatro réus,

Na vigência do Regulamento CCI de 1998 (substituído pelo de 2012), a Corte, no exercício de sua competência para apreciar a existência, validade ou escopo de convenções de arbitragem, proferiu diversas decisões sobre a extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias integrantes de grupos de sociedades. Essas decisões, conquanto não tornadas públicas pela Corte, foram objeto de artigos doutrinários de alguns dos seus membros, sem a identificação das respectivas partes. A síntese de alguns desses precedentes será apresentada no item seguinte.

7. PRECEDENTES DA CORTE CCI SOBRE A EXTENSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA A NÃO SIGNATÁRIOS E GRUPOS DE SOCIEDADES

Anne Marie Whitesell foi Secretária-Geral da Corte entre 2001 e 2007, tendo participado ativamente, portanto, da análise de inúmeros processos em que se discutiu o tema tratado neste estudo. Em artigos doutrinários, ela procurou sistematizar de que forma a Corte CCI lidou, durante a sua gestão, com requerimentos de arbitragem envolvendo não signatários e os grupos de sociedades, um deles em coautoria com Eduardo Silva-Romero, Secretário-Geral Adjunto em parte de sua gestão.³⁶ As decisões comentadas por esses autores³⁷ revelam a

o quarto réu foi considerado pela Corte CCI parte não integrante da convenção de arbitragem. Diante dessa decisão, a parte autora ajuizou uma ação contra a própria CCI perante a Justiça Federal em Nova Iorque (Global Gold Mining, LLC v. Robinson et al, 535 F. Supp. 2d 422 – 2008 S.D.N.Y.). Em síntese, o Poder Judiciário americano decidiu que a CCI não era parte legítima para figurar na ação, mas sim as partes efetivamente envolvidas na disputa. A parte autora, então, ajuizou nova ação perante o mesmo Juízo, dessa vez somente contra o quarto réu, acolhida pelo Poder Judiciário americano. Diante dessa decisão judicial, a Corte CCI reconsiderou a sua decisão anterior, permitindo, assim, o prosseguimento da arbitragem contra todos os réus originalmente listados no requerimento de arbitragem – sem prejuízo de posterior deliberação específica pelo tribunal arbitral, após estar devidamente constituído (FRY, Jason; GREENBERG, Simon; MAZZA, Francesca. Op. cit., p. 89).

36. Trata-se dos seguintes artigos: (a) WHITESSELL, Anne Marie. Op. cit., p. 366-374; e (b) WHITESSELL, Anne Marie; SILVA-ROMERO, Eduardo. Multiparty and multicontract arbitration: Recent ICC experience. *Complex Arbitrations – Special Supplement*. Paris: ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2003. p. 7-18. Nesses artigos, os autores também analisam como a Corte lidou, durante os anos em que a integraram, com outros fundamentos legais para estender a cláusula compromissória a não signatários, tais como os contratos de agência, a cessão de posição contratual, a sucessão empresarial ou o instituto do *alter ego*.
37. Ressalte-se que as sessões da Corte são secretas e que os fundamentos de suas deliberações não são comunicados às partes. Dessa forma, a fonte mais confiável e fide-

preocupação da Corte em não permitir o prosseguimento de arbitragens contra partes que não tenham participado ativamente da negociação do contrato, assinatura, execução ou extinção. A Corte não acolheu, em nenhum dos precedentes listados nesses dois artigos, a aplicação pura e simples da chamada *teoria dos grupos de sociedades* para justificar a extensão subjetiva da convenção de arbitragem, exigindo, na prática, a presença de elementos de fato que demonstrassem a participação de parte não signatária na relação comercial subjacente, de modo a tornar clara a sua vontade de aderir à respectiva convenção arbitral. Nos casos de dúvida, a Corte permitiu o prosseguimento da arbitragem tal como instaurada, deixando para os árbitros a tarefa de decidir acerca da possibilidade de se estender a cláusula compromissória a não signatários.³⁸ Alguns dos precedentes analisados também demonstraram a independência dos tribunais arbitrais para decidir de acordo com a sua convicção acerca da extensão subjetiva da cláusula arbitral, muitas vezes impedindo o prosseguimento do feito contra parte não signatária cuja participação na arbitragem, anteriormente, havia sido autorizada pela Corte CCI.

8. NOVIDADE ADVINDA DO REGULAMENTO CCI-2012: O ÁRBITRO DE EMERGÊNCIA. INAPLICABILIDADE A PARTES NÃO SIGNATÁRIAS

Uma das principais novidades criadas pelo Regulamento CCI-2012³⁹ consiste na figura do árbitro de emergência. Em apertada síntese, caso uma parte necessite de medida urgente, de natureza cautelar, que não possa aguardar a constituição do tribunal arbitral – o que, como se sabe, pode levar vários me-

digna de se apurar como a Corte decide determinada matéria são os relatos de seus membros, aqui representados por Anne Marie Whitesell e Eduardo Silva-Romero, respeitadas autoridades no campo das arbitragens CCI.

38. WHITESSELL, Anne Marie. Op. cit., p. 372-373.

39. Para um histórico sobre o processo de elaboração do Regulamento CCI-2012 e suas principais novidades em comparação com o Regulamento de 1998, confirmam-se o artigo de MAYER, Pierre; SILVA-ROMERO, Eduardo intitulado *Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI)*. *Revue de l'Arbitrage*. 4. ed. França: Comité Français de l'Arbitrage, 2011. p. 897-922) e o artigo do Prof. Arnoldo Wald intitulado *As novas regras de arbitragem: maior eficiência e transparência*. *RARB* 33/239-243. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2012). Um excelente livro de comentários ao Regulamento CCI-2012 é o “*The secretariat's guide to ICC arbitration – A practical commentary on the 2012 ICC rules of arbitration from the secretariat of the ICC International Court of Arbitration*” (Paris: ICC Publication, 2012), de coautoria de Jason Fry, Simon Greenberg e Francesca Mazza.

ses – poderá pleitear ao Presidente da Corte CCI, com fundamento no art. 29 e Apêndice V, intitulado “Regras sobre o árbitro de emergência”, que nomeie árbitro único para, em procedimento sumaríssimo, após receber as razões escritas das partes envolvidas, decidir a questão.⁴⁰ A decisão adotará a forma de uma ordem, devidamente fundamentada, não passível de revisão pela Corte CCI antes de seu envio às partes.⁴¹ O art. 29 (3) do Regulamento CCI-2012 estabelece que a decisão do árbitro de emergência tem natureza provisória, podendo ser alterada, revogada ou mesmo anulada pelo tribunal arbitral, tão logo esteja constituído.

O mecanismo do árbitro de emergência somente poderá ser invocado por partes signatárias de convenção arbitral CCI, ou por seus sucessores. É o que estatui o art. 29 (5) do Regulamento CCI-2012.⁴² Essa restrição se justifica por uma questão de cautela: por se tratar de procedimento com rito sumaríssimo, partes não signatárias, antes de terem a oportunidade de demonstrar, com a instrução do feito, a impossibilidade de sua participação na arbitragem, ver-se-iam obrigadas a comparecer perante árbitro de emergência, com o risco de serem intimadas a cumprir decisão por ele proferida.⁴³ Dessa forma, eventuais medi-

40. O árbitro de emergência somente poderá ser invocado por partes que tenham celebrado cláusula arbitral a partir de 01.01.2012, data da entrada em vigor do Regulamento CCI-2012. O sistema adotado pelo novo Regulamento CCI é do tipo *opt-out*, segundo o qual, salvo convenção das partes em contrário, o árbitro de emergência poderá ser invocado por qualquer das partes signatários da convenção arbitral. Evidentemente, aqueles que pactuaram cláusula arbitral CCI na vigência do Regulamento de 1998 poderão, de comum acordo, invocar a figura do árbitro de emergência. Finalmente, o art. 29 (7) do Regulamento CCI-2012 dispõe que a invocação do árbitro de emergência não impede que as partes pleiteiem, perante a autoridade judiciária competente, medidas de urgência, sem que o recurso ao Poder Judiciário possa ser interpretado como renúncia à cláusula arbitral CCI.

41. O Regulamento CCI-2012 não exige a prévia aprovação da decisão do árbitro de emergência pela Corte antes de seu envio às partes, tal como ocorre com todas as *sentenças* proferidas em arbitragens CCI (conforme determina o art. 33 do Regulamento CCI-2012). Tivesse essa decisão de passar pela revisão da Corte, o mecanismo do árbitro de emergência teria pouco ou mesmo nenhuma utilidade para as partes, restando comprometido o fator tempo.

42. “Os arts. 29 (1)-29 (4) e as regras sobre o árbitro de emergência previstas no Apêndice V (coletivamente as ‘Disposições sobre o árbitro de emergência’) serão aplicáveis apenas às partes signatárias, ou seus sucessores, da convenção de arbitragem, que preveja a aplicação do Regulamento e invocada para o requerimento da medida” (grifou-se).

43. “Signatory or successors to a signatory: The emergency arbitrator provisions apply only to signatories of the relevant arbitration agreement and successors to such sig-

das de urgência, tendo por parte requerente, ou requerida, um não signatário, deverão ser pleiteadas à autoridade judicial competente, ou ao tribunal arbitral, tão logo esteja constituído.

9. A EXISTÊNCIA DE GRUPO DE SOCIEDADES CONSISTE TÃO SOMENTE EM ELEMENTO DE AUXÍLIO À INTERPRETAÇÃO DA VONTADE DE PARTES SIGNATÁRIAS E NÃO SIGNATÁRIAS

Em uma visão de conjunto, lançada sobre todos os precedentes acima analisados – sentenças arbitrais, decisões *prima facie* da Corte CCI e decisões judiciais francesas –, constata-se que uma cláusula compromissória, subscrita por sociedade integrante de grupo de sociedades, não pode ser estendida às demais sociedades do mesmo grupo, com fundamento tão somente na chamada *teoria dos grupos de sociedades*. Não há um só precedente que tenha fundamentado a extensão subjetiva da convenção arbitral apenas nessa teoria – nem mesmo o *leading case Dow Chemical*.

O vulgo, assim como o jurista, reconhece no grupo empresarial a existência de vínculo entre as sociedades que o integram. Independentemente da intensidade da relação de subordinação estabelecida no âmbito interno ao grupo, ele é visto, de quem o enxerga externamente, como uma unidade. Por esse motivo, mesmo que se possa afirmar, seguramente, que a existência de grupo empresarial não interfere na independência jurídica das sociedades que o integram, tendo em vista que elas conservam personalidade jurídica própria, essa realidade fática oferece ao intérprete dimensão privilegiada para a identificação do consentimento de partes não signatárias.⁴⁴

Bem vistas as coisas, a existência de grupo de sociedades consiste em elemento de fato, em um indício, a ser devidamente apurado pelos árbitros na

natories. The purpose of this limitation is to reduce the potential for abuse of the procedure and to provide a *prima facie* jurisdictional test that is straightforward for the President to administer pursuant to article 1 (5) of the Appendix V (...). Given the urgent nature of emergency arbitrator proceedings, it would not be possible to apply a procedure as broad as articles 6 (3) and 6 (4)” (FRY, Jason; GREENBERG, Simon; MAZZA, Francesca. Op. cit., p. 307).

44. “[T]he existence of a group of companies may be relevant, particularly because it generates certain dynamics in terms of organization, control, common participation in projects, the interchangeability of the members within the group etc.” (HANOTIAU, Bernard. Consent to arbitration: Do we share a common vision? The 2010 Annual Freshfields Lecture, Londres, 21.10.2010. *Arbitration International*. 4. ed. vol. 27. Londres: Kluwer Law International, 2011. vol. 27, p. 545).

identificação de adesão voluntária à convenção arbitral por partes não signatárias. O elemento fundamental a ser encontrado pelo árbitro, para a validação da extensão subjetiva da cláusula compromissória, em toda a qualquer hipótese, será sempre o consentimento das partes envolvidas, manifestado por meio de seu comportamento – como demonstram os precedentes acima apontados. O Professor Charles Jarrosson também considera a existência de grupo de sociedades como um indício, a facilitar a análise acerca da extensão da convenção arbitral: “Pode-se, portanto, dizer que, em matéria internacional, a existência de um grupo de sociedades não cria uma presunção, mas um indício permitindo vislumbrar mais facilmente a extensão da convenção de arbitragem”.⁴⁵ Outro não é o entendimento do Professor Gustavo Tepedino, para quem a existência de grupo de sociedades não consiste em presunção absoluta da concordância do não signatário com o procedimento arbitral, “mas de simples *indício* de submissão (...), que pode ser afastado por outras circunstâncias”.⁴⁶

Vista a questão de outro ângulo, a aplicação da extensão da cláusula compromissória a parte não signatária atribui muito menos importância à constatação da existência de grupo de sociedades do que à efetiva comprovação de ter havido consentimento inequívoco de todas as partes envolvidas na arbitragem. É o que ensinam os eminentes Professores Fouchard, Gaillard e Goldman: “Claramente, contudo, não é tanto a existência de um grupo que resulta na vinculação das várias sociedades que o integram ao acordo assinado por apenas uma delas, mas, sobretudo, o fato de que essa era a verdadeira intenção das partes”.⁴⁷

Com ênfase na necessidade de se apurar a real intenção das partes vinculadas a uma cláusula arbitral, e na dificuldade que isso pode representar na prática, o Prof. Olivier Caprasse ressalta a importância da análise dos fatos

45. No original, traduzido livremente pelo autor: “On peut donc dire qu'en matière internationale, l'existence d'un groupe de sociétés crée non pas une présomption, mais un indice permettant d'envisager plus facilement l'extension de la convention d'arbitrage” (JARROSSON, Charles. *Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés. Groupes de sociétés: contrats et responsabilités*. Paris: LGDJ, 1994. p. 61).

46. TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. RT 903/18. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011 – a palavra “indício” foi destacada pelo autor do presente artigo.

47. No original, traduzido livremente pelo autor: “Clearly, however, it is not so much the existence of a group that results in the various companies of the group being bound by the agreement signed by only one of them, but rather the fact that such was the true intention of the parties” (FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Op. cit.*, p. 283).

subjacentes ao caso concreto.⁴⁸ Será, portanto, por meio da verificação cuidadosa dos elementos de fato que os árbitros, a Corte CCI ou o Poder Judiciário colherão a manifestação concreta da vontade do signatário e do não signatário, externada pelo comportamento por eles adotado, para então declará-los sujeitos, ou não, aos efeitos da mesma cláusula compromissória.

Adotando posição mais rigorosa do ponto de vista dogmático, o Prof. Daniel Cohen afirma que a existência de grupo de sociedades não possui nenhuma relevância para a incidência da extensão da convenção arbitral a parte não signatária. Para ele, o grupo assumiria posição neutra diante de cláusula compromissória assinada por apenas uma das sociedades que o integram.⁴⁹ Nesse mesmo sentido, o Prof. Bernard Hanotiau, em artigos recentemente publicados,⁵⁰ manifestou-se no sentido de que a *teoria dos grupos de sociedades* não teria nenhuma utilidade para fundamentar a extensão da cláusula compromissória a não signatários: “Na minha opinião, a sentença no caso *Dow Chemical* e a decisão subsequente de confirmação pela Corte de Apelação de Paris de 21 de outubro de 1983 têm sido mal interpretadas. A elas tem sido – digo eu, erroneamente – atribuída a paternidade de uma nebulosa, desnecessária e confusa ‘doutrina do grupo de sociedades’. (...) Sugiro, portanto, que toda referência a uma teoria do grupo de sociedades deveria desaparecer de uma vez por todas de nosso vocabulário.”⁵¹

48. CAPRASSE, Olivier. Op. cit., p. 355 e 385.

49. “De manière générale, le groupe de sociétés n’a pas été considéré par la jurisprudence arbitrale ou judiciaire comme suffisant à lui seul pour décider de l’admission, ou du refus, d’extension à l’une ou plusieurs de ses composantes de la convention d’arbitrage conclue par une des autres. (...) Il nous semble donc que le groupe de sociétés est parfaitement neutre du point de vue de l’arbitrage: son existence ne peut servir ni d’indice, ni a fortiori de présomption d’acceptation de la clause d’arbitrage par d’autres sociétés du groupe que la société contractante. Il ne faudrait donc pas renverser le principe (de l’indépendance juridique des sociétés membres du groupe) par l’exception” (COHEN, Daniel. Arbitrage et Société. *Bibliothèque de Droit Privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. t. 229, p. 288-289).

50. Trata-se dos artigos “Back to basics. Or why the group of companies doctrine should be disregarded once and for all”, tendo por coautora Barbara den Tandt, publicado em obra coletiva: WAUTELET, P.; KRUGER, T.; COPPENS, G. (eds.). Op. cit., p. 125-132, e HANOTIAU, Bernard. Consent to arbitration... cit.

51. No original, traduzido livremente pelo autor: “In my opinion, the Dow Chemical award and the subsequent decision of confirmation of the Paris Court of Appeal of 21 October 1983 have been misinterpreted. They have been – I say, wrongly – attributed the paternity of a nebulous, unnecessary and confusing ‘group of companies doctrine’; (...) I therefore suggest that any reference to a group of companies doctrine

Com efeito, na rigorosa aplicação do princípio da autonomia da vontade, a extensão da convenção arbitral se mostra possível independentemente da existência de grupo de sociedades, tendo em vista que o consentimento, por si só, é capaz de tornar parte no processo arbitral alguém que não a tenha subscrito. Todavia, é inegável que a existência de grupo de sociedades oferece ao intérprete um campo privilegiado de observação, no qual poderá verificar, com mais facilidade, a manifestação de vontade das partes signatária e não signatária, em razão de seu comportamento. Por essa razão, as posições adotadas pelos Professores Daniel Cohen e Bernard Hanotiau, respectivamente, de que a existência de grupo de sociedades seria neutra, e que a chamada *teoria dos grupos de sociedades* deveria ser banida do vocabulário empregado na prática arbitral há muito consolidada, devem ser interpretadas *cum grano salis*.

Conclui-se, portanto, que a existência de grupo de sociedades poderá auxiliar o intérprete a identificar, com apoio na prova produzida na arbitragem – e sempre com o devido cuidado⁵² –, a efetiva vontade das partes envolvidas na disputa, considerando-se o seu comportamento, de modo a tornar o não signatário sujeito à cláusula compromissória subscrita por outra sociedade integrante desse mesmo grupo empresarial.

10. ANÁLISE EMINENTEMENTE FÁTICA

Na verificação do alcance subjetivo da convenção arbitral, os árbitros, a Corte CCI e o Poder Judiciário da França, nos precedentes analisados neste artigo, ressaltaram o comportamento das partes envolvidas na relação negocial, para dele extrair a manifestação de vontade do signatário e do não signatário de se sujeitarem à mesma cláusula arbitral. Os julgadores dirigiram a sua atenção a atos comissivos e omissivos das partes envolvidas, tornando decisivos, para a extensão subjetiva da cláusula compromissória, os elementos probatórios produzidos no curso da arbitragem. Considerações de ordem legal, a indicar normas aptas a fundamentar a extensão da cláusula compromissória, ocorreram em alguns poucos precedentes, e ainda assim de forma lateral, a demonstrar que a matéria discutida neste artigo

should disappear once and for all from our vocabulary” (HANOTIAU, Bernard. *Idem*, p. 543 e 545).

52. “It is clear, under most formulations, that the ‘group of companies’ doctrine must be applied with caution, and that it requires showing more than a non-signatory’s membership in a group of companies” (BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 1170).

decorre muito mais de análise fática do que de um ato de aplicação de regras de direito à arbitragem.⁵³

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A CCI e o Brasil, de Carlos Nehring – *RArb* 9/72;
- III Congresso Internacional de Arbitragem Comercial – Extensão da cláusula compromissória, de Autor Indeterminado – *RArb* 3/313; e
- Presente e futuro da cláusula compromissória e de sua atuação, de Edoardo F. Ricci – *RePro* 100/88.

53. “The problem is more factual than legal, and this is, unfortunately, overlooked by a number of commentators, courts, and tribunals” (HANOTIAU, Bernard. *Multiple parties and...* cit., p. 38). Outro não é o entendimento de MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Multiple parties and...* cit., p. 26. A semelhante conclusão também chegou Karim Youssef: “The predominantly contextual nature of searching for consent in group of companies has been expressed in a variety of ways. The jurisdictional inquiry is highly fact-specific” (The limits of consent: the right or obligation to arbitrate of non-signatories in group of companies. In: HANOTIAU, Bernard; SHWARTZ, Eric. *Op. cit.*, p. 77).