

COORDENADORES

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Mariana Freitas de Souza

Felipe Varela Mello

Victor Willcox

DIREITO CIVIL E ARBITRAGEM
INFLUXOS E DESAFIOS

VOL. I


EDITORA
PROCESSO
Rio de Janeiro
2026

EDITORA PROCESSO
Tels: (21) 98499-0001 / (21) 2209-0401 / (21) 3889-8181

www.editoraprocesso.com.br
Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio LTDA ME

Copyright © 2026 - Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Mariana Freitas de Souza, Felipe Varela Mello e Victor Willcox (Coords.)

Todos os direitos reservados.

Conselho Editorial da Editora Processo

Maria Celina Bodin de Moraes (Presidente)
Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira
Ana Frazão
Antônio Augusto Cançado Trindade (In memoriam)
Antônio Celso Alves Pereira
Caitlin Sampaio Mulholland
Carla Adriana Comitri Giberton
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Carlos Martins Neto
Cleyson de Moraes Mello
Eneas de Oliveira Matos
Eugênio Facchini Neto
Fernando de Almeida Pedroso
Gustavo Pereira Leite Ribeiro
Hélio do Vale Pereira
Joyceane Bezerra de Menezes
Marco Aurélio Lagreca Casamasso
Marco Aurélio Peri Guedes
Marcos Ehrhardt Jr.
Maria Cristina De Cicco
Mariana Pinto
Martonio Mont' Alverne Barreto Lima
Maurício Moreira Menezes
Melhim Namem Chalhoub
Sergio Campinho
Zeno Veloso (In memoriam)

Diagramação - Mariana Carvalho
Capa - Alexander Marins

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

G346d

Guedes, Gisela Sampaio da Cruz, Mariana Freitas de Souza, Felipe Varela Mello e Victor Willcox (Coords.)

Direito Civil e Arbitragem - Influxos e Desafios - Vol. 1 / Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Mariana Freitas de Souza, Felipe Varela Mello e Victor Willcox (Coords.)

Rio de Janeiro: Processo, 2026
880 p.; 23cm
ISBN - 978655378369-0

1. Direito Civil e Arbitragem - Influxos e Desafios - Vol. 1. 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

APRESENTAÇÃO

A ideia desta obra coletiva não nasceu de um lampejo, mas de uma observação reiterada, amadurecida ao longo da prática: a Arbitragem revela-se como um terreno particularmente fértil para o cultivo atento e rigoroso do Direito Civil. Ali, onde o formalismo processual cede espaço a um procedimento mais flexível, o julgador pode, por assim dizer, afastar as cortinas e permitir que a substância do conflito – o Direito em sua expressão mais concreta – venha ocupar o centro do palco.

No âmbito do Poder Judiciário, o julgador é frequentemente chamado a manejar um intrincado aparato de questões processuais, que, embora indispensáveis, muitas vezes funcionam como o andaime que oculta a fachada. Na Arbitragem, ao contrário, a elasticidade do procedimento permite que árbitros e advogados – livres de certos constrangimentos formais – se detenham com maior vagar e profundidade sobre o direito material controvertido, que, não raro, encontra suas raízes mais profundas no Direito Civil. É nesse espaço menos ruidoso, mais propício à reflexão, que os institutos civilísticos revelam toda a sua densidade e vocação prática.

É justamente dessa constatação que emerge a proposta da coletânea: estabelecer um diálogo entre o Direito Civil e a Arbitragem, dois campos que, longe de se ignorarem, se entrelaçam como raízes subterrâneas de uma mesma árvore.

A primeira – e talvez mais evidente – interseção entre esses universos manifesta-se na aplicação, pelo tribunal arbitral, dos tradicionais institutos do Direito Civil. Como interpretam os árbitros os mais variados contratos e cláusulas que lhes são submetidos? De que modo mobilizam categorias clássicas – inadimplemento, nexo de causalidade, dano, entre tantas outras – não apenas para decidir o mérito das controvérsias, mas também para quantificar, com precisão, os pleitos formulados pelas partes? Essas questões atravessam a obra como um fio condutor.

EXTENSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA AO “TERCEIRO CÚMPLICE”

SUMÁRIO: Introdução. – 1. O regime da tutela externa do crédito no direito brasileiro. – 1.1. Raízes e fundamentos para a tutela externa do crédito. – 1.2. Natureza de ordem pública material. – 2. Possibilidade de vinculação do terceiro interferente à cláusula compromissória. – 2.1. O consensualismo e a vinculação do “terceiro cúmplice” à cláusula compromissória. – 2.2. Vinculação *ex delicto* do terceiro cúmplice à jurisdição arbitral. – 3. Conclusão.

Carlos Nelson Konder¹

Rodrigo Salton²

Introdução

A arbitragem consiste em método jurisdicional de solução de controvérsias cujo título é um negócio jurídico de direito privado, a convenção de arbitragem (*i.e.* cláusula compromissória ou compromisso arbitral). Se, estruturalmente, a convenção de arbitragem é negócio jurídico de direito privado, em termos funcionais, dá origem e lastreia a manifestação da jurisdição privada. Há, portanto, um tensionamento entre o viés contratual e o viés processual, no qual elementos de base puramente voluntarista convivem harmonicamente com predicados derivados da jurisdição conferida aos árbitros.

arbitragem por outros fundamentos que não guardam relação com a extensão da cláusula compromissória a contratos coligados que têm cláusula de eleição de foro. Esse assunto foi discutido e resolvido na segunda arbitragem, mas o dever de confidencialidade aplicável ao procedimento impede que se desenvolva aqui o racional utilizado pelo Tribunal Arbitral para o posicionamento que adotou nesse aspecto. Ao contrário do que ocorreu com o primeiro procedimento arbitral, que foi discutido em detalhes em um processo judicial público, a segunda arbitragem permanece confidencial, sendo públicos apenas os poucos aspectos divulgados pelas partes nos Fatos Relevantes que publicaram a respeito.

¹ Professor titular de Direito Civil da UERJ. Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor e mestre em direito civil pela UERJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália). Parecerista e árbitro.
² Mestre e doutorando em Direito Civil pela UERJ. Bacharel em direito pela UFRGS. Especialização em Direito Civil e Processo Civil na FMP. LLM em Advocacia Corporativa na FMP. LLM em LGPD e GDPR na FMP. Advogado. MBA em Gestão Empresarial na Saint Paul. Sócio de Fichtner Advogados.

A base de juridicidade e legitimação da jurisdição arbitral está associada ao seu caráter voluntarista, fazendo a ponte com o princípio do consensualismo, fundante do direito contratual. Por outro lado, no âmbito do direito contratual assiste-se à mitigação do princípio de relatividade, para, indo além das fronteiras do consensualismo, admitir repercussões dos contratos junto a terceiros. Nesse movimento, tem destaque a responsabilização do terceiro que causa o descumprimento do contrato, por vezes chamada de doutrina do terceiro cúmplice.

Considerando que também na seara processual assiste-se a um movimento de extensão da cláusula compromissória a terceiros não-signatários, em diálogo entre essas tendências o objetivo do presente artigo é refletir acerca da possibilidade de vinculação do terceiro cúmplice à jurisdição arbitral, quando o direito de crédito violado estiver albergado por cláusula compromissória.

Para tanto, o trabalho está dividido em duas partes: na primeira, analisam-se os fundamentos da tutela externa do crédito no direito brasileiro e, na segunda, estuda-se a possibilidade de o terceiro cúmplice estar sujeito à jurisdição arbitral, caso o crédito no qual se interferiu esteja sujeito previamente à jurisdição arbitral.

1. O regime da tutela externa do crédito no direito brasileiro

Nesta Primeira Parte, exploram-se as origens doutrinárias e os fundamentos normativos da chamada tutela externa do crédito, ou seja, mecanismos pelos quais o ordenamento protege o crédito além da relação obrigacional direta entre credor e devedor (1.1). Na sequência, aborda-se como o direito brasileiro trata os terceiros que interferem no cumprimento de obrigações ou prejudicam a satisfação do crédito, especificamente, delineando o marco jurídico material subjacente à incidência do regime do “terceiro cúmplice”, pressuposto para considerar a sua eventual sujeição à jurisdição arbitral (1.2).

1.1. Raízes e fundamentos para a tutela externa do crédito

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato, tradicionalmente associado ao brocardo latino *res inter alios acta vel judicata aliis non nocente*, vem sendo paulatinamente relativizado tanto no âmbito dogmático, como na prática jurisprudencial.³ Com efeito, a rígida dicotomia entre partes e terceiros, fundada na ideia de que somente seria justo àqueles que manifestaram vontade serem atingidos por efeitos do contrato, contrasta com um modelo teórico em que o voluntarismo perde espaço e com uma realidade complexa em que diversos atores que não chegam a ser partes tampouco são, por outro lado, indiferentes ao contrato.⁴

A releitura dos limites subjetivos do vínculo contratual decorre do reconhecimento da heterogeneidade da categoria do “terceiro”, de modo a admitir que alguns desses sujeitos não podem ser reputados indiferentes ao vínculo contratual e, por conta disso, devem ser retirados de seu “esplêndido isolamento”.⁵ Simbólica desse movimento foi a substituição do artigo 1.165⁶ do Código Civil francês, bastião do princípio da relatividade, pelos atuais artigos 1.199⁷ e 1.200⁸, na reforma por que passou o *Code* em 2016. Ganhou renovada força, nesse movimento, a ideia de *oponibilidade* do contrato, no sentido de que,

³ Critica-se a associação, ao argumento de que o brocardo latino decorre em realidade do formalismo próprio do direito romano (BACACHE-GIBELLI, Mireille. *La relativité des conventions et les groupes de contrats*. Paris: LGDJ, 1996, p. 228-229), bem como a própria qualificação como princípio, elaboração histórica de uma característica estrutural do contrato (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 43).

⁴ MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: MORAES, M. C. B. de (coord.). *Princípios de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 259-260; NEGREIROS, 2006, p. 220.

⁵ A expressão é de SAINT-HILAIRE, Philippe Delmas. *Le tiers à l'acte juridique*. Paris: L.G.D.J., 2000, p. 5.

⁶ CCF, art. 1.165. *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.*

⁷ CCF, art. 1.199. *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV.*

⁸ CCF, art. 1.200. *Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait.*

embora certos sujeitos não sejam obrigados pelo conteúdo do contrato, não deixam de ter o dever de respeitá-lo.⁹

Nesse processo encontra-se a chamada doutrina do terceiro cúmplice, também referida como tutela externa do crédito, responsabilidade por interferência no contrato ou responsabilidade pela lesão a direito de crédito. Trata-se da possibilidade de responsabilizar terceiro que, embora não sendo parte, contribuiu para causar o descumprimento do contrato. Essa teoria ganhou protagonismo nos últimos anos por conta não apenas de sua relevância teórica, ao colocar em xeque a separação entre direitos relativos e absolutos e entre responsabilidade contratual e extracontratual, mas também em razão de sua relevância prática, ao permitir ao credor vítima exigir de terceiro a indenização pelo descumprimento do devedor, muitas vezes insolvente.¹⁰

Os *leading cases* da teoria são históricos e refletem seu dilema fundamental: o equilíbrio entre a liberdade de concorrência do terceiro (que não se obrigou contratualmente) e a exigência de algum dever de respeito ao contrato alheio.¹¹ Assim, fala-se da intenção de prejudicar nos primeiros casos de envolvendo quebra de exclusividade na *Common Law*, como a cantora de ópera levada para teatro concorrente (*Lumley v. Gye* – 1853) e o fabricante de tijolos aliciado por outra olaria (*Bowen v. Hall* – 1881), em seguida ampliados para relações sindicais,

⁹ Sobre o conceito, v. MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 159 e ss. A terminologia adotada para essa nova dicotomia e seus reais confins varia significativamente na doutrina. Assim, defende-se a diferenciação entre a eficácia constitutiva e a eficácia normativa do contrato (MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In MORAES, M. C. B. de (coord.). *Princípios de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 273), a distinção entre efeitos externos e efeitos internos (POPP, Carlyle. A eficácia externa dos negócios jurídicos. In LOTUFO, R.; NANNI, G. E. (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 161) e entre eficácia direta e indireta (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I. Pamplona: Civitas, 2007 (6. ed.), p. 529). Já se concluiu, no entanto, que “independentemente da teoria que se adote, do ponto de vista prático, chega-se ao mesmo resultado” (BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice*. *Revista trimestral de direito civil – RTDC*, vol. 30. Rio de Janeiro, abr./jun. 2007, p. 85).

¹⁰ KONDER, Carlos Nelson. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. *Scientia Iuris (UEL)*, v. 23. Londrina, 2019, p. 88.

¹¹ Para a análise do instituto na *Common Law*, sob perspectiva comparatista, v. TEDESCHI, Bianca Gardella. *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 10 e ss.

como a responsabilização do sindicato que induziu empregador a demitir o construtor que não seguiu suas orientações (*Temperton v. Russell* – 1893) e do que induziu mineiros a não trabalhar para baixar os preços que indexavam seus salários (*South Wales Miner's Federation v. Glamorgan Coal Co.* – 1905).¹² Em sentido similar, destaca-se a exigência de não somente *improper interference*, mas também *malice*, para a condenação da Texaco, no caso *Pennzoil v. Texaco* (1984), por interferir nas negociações de compra da Getty Oil pela Pennzoil, ao fazer proposta melhor que impediu o contrato em negociação de ser firmado: a interferente foi condenada a pagar US\$ 7,53 bilhões a título de indenização compensatória, além de US\$ 1 bilhão de indenização punitiva, que foi depois reduzida por acordo com a credora.¹³

No sistema romano-germânico, as dificuldades não são significativamente distintas.¹⁴ Os casos iniciais franceses também envolvem a violação à exclusividade de artistas como a condenação dos irmãos Isola, diretores do teatro Olympia, por prejudicarem a reabertura do teatro de Paris, dirigido por Borney e Desprez, ao aliciarem Hélène Dutrieu, estrela da campanha publicitária de reabertura que, com o irmão Eugène, realizava número acrobático ciclístico de flecha humana, e do designer Doeulleit a ressarcir a casa Raudinitz pelos gastos que teve ao ter que cobrir a proposta dele de tentar aliciar a costureira sra. Richard. Também se relatam casos envolvendo a atuação dos sindicatos, como a condenação do Syndicat de Jallieu a indenizar Joost pela greve movida junto à empregadora Brunet-Lecomte para causar sua demissão.

Os casos mais polêmicos, todavia, envolveram a atuação de terceiros não para instigar o devedor ao inadimplemento, mas para causar a própria impossibilidade da prestação, hipóteses em que a responsabilização do terceiro é mais rara.¹⁵ No *Caso Superga* (1949), a Associazione Calcio Torino acionou a Alitalia porque quase todos os

¹² SANTOS JR., E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 273-275.

¹³ SANTOS JR., E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 278.

¹⁴ Os casos são relatados por SANTOS JR., E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 315 e ss.

¹⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 466.

seus jogadores morreram em um acidente de avião contra a colina que dá nome ao caso, mas a justiça italiana reputou faltar nexo de causalidade direto e imediato com o dano por ela sofrido. Menos de vinte anos depois, ocorreu o caso *Meroni*, envolvendo também um jogador do *Torino Calcio* (agora S.A.). No caso, a ação foi contra Attilio Romero, culpado por um acidente de carro que causou a morte do jogador Luigi Meroni: nesse caso, a Corte de Cassação reverteu a decisão inferior para admitir em princípio a responsabilidade do terceiro, dependendo do caso concreto.¹⁶

No Brasil, costumam ser referidos, ilustrativamente, os exemplos da responsabilização do atravessador que vende combustível para posto de gasolina em violação ao contrato de exclusividade,¹⁷ o apresentador de televisão que, responsável por vinte por cento do faturamento da sua emissora, foi contratado pela concorrente,¹⁸ e o cantor levado a fazer divulgação da cerveja concorrente àquela com a qual tinha contrato de exclusividade.¹⁹ A responsabilização, nesses casos, foi frequentemente fundamentada na função social do contrato, que imporia um dever de abstenção aos terceiros de respeito ao contrato alheio.²⁰

¹⁶ TEDESCHI, Bianca Gardella. *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 290-296.

¹⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos tribunais*, n. 750. São Paulo: abr./1998, p. 113-120.

¹⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato. *Civilistica.com*, a. 6, n. 2. Rio de Janeiro: 2017, p. 17-18.

¹⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso 'Zeca Pagodinho'. In TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (coord.). *Diálogos sobre direito civil*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 326.

²⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos tribunais*, n. 750. São Paulo: abr./1998, p. 115-116; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 244; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso 'Zeca Pagodinho'. In TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (coord.). *Diálogos sobre direito civil*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 333; FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 120; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função

Entretanto, parece haver uma contradição entre reconhecer a função social do contrato como um efeito do processo de funcionalização – segundo o qual a liberdade de contratar e o contrato somente serão protegidos conforme a análise da função que ele persegue – e, ao mesmo tempo, utilizá-la para fundamentar a antijuridicidade da conduta do terceiro que induz uma das partes a descumprir o contrato, tratando o contrato como um valor em si mesmo e, ao inverso, submetendo a liberdade do terceiro ao respeito ao contrato.²¹ A fundamentação da tutela externa do crédito com base na função social do contrato, embora recorrente, parece condizer com a compreensão da função social do contrato como mero reconhecimento de um valor intrínseco do contrato para a sociedade, e não com a perspectiva metodológica da funcionalização do contrato ao atendimento de interesses socialmente relevantes.²² Nesse sentido, conclui-se que o fundamento normativo de eventual responsabilização do terceiro interferente deve residir na boa-fé objetiva, justificando-se a ação direta do contratante vítima perante o terceiro quando este agiu de forma abusiva e desleal.²³ Com efeito, sob a perspectiva da boa-fé, observa-se que o cerne da responsabilização está na definição de quando a conduta do terceiro, em abstrato amparada pela proteção constitucional à livre concorrência, se revela abusiva.

social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos tribunais*, n. 821. São Paulo: mar. 2004, p. 80-98; MAZZEI, Rodrigo. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações. In HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 213. *Contra*: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato. *Civilistica.com*, a. 6, n. 2. Rio de Janeiro: 2017, p. 1; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza Lourenço. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito). In TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (coord.). *Diálogos sobre direito civil*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 470.

²¹ Explica Gustavo Tepedino: “Não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção dos próprios contratantes, o que amesquinhará a função social do contrato” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251).

²² KONDER, Carlos Nelson. *Função social na conservação de efeitos do contrato*. Indaiatuba, SP: Foco, 2023, p. 41.

²³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251.

1.2. O regime jurídico da responsabilização do terceiro interferente

A controvérsia sobre o fundamento da tutela externa do crédito estende-se igualmente às regras aplicáveis à responsabilização do terceiro. Discute-se, em primeiro lugar, o critério de imputação da responsabilidade ao terceiro, isto é, se basta a conduta culposa do ofensor, ante a mera cognoscibilidade do contrato que será descumprido, ou se é necessário o dolo do terceiro, pautado pela intenção maliciosa de lesar o outro contratante. Embora a doutrina clássica entenda que a exigência de conhecimento da existência do contrato implicaria, na prática, uma conduta dolosa,²⁴ o caminho que se tem trilhado com maior frequência vem sendo reconhecer na fundamentação da responsabilidade do terceiro um abuso do direito, por exceder os limites impostos pela boa-fé.²⁵

No que tange ao regime, a controvérsia refere-se à natureza contratual ou extracontratual da responsabilidade do terceiro. A doutrina vem destacando a paulatina aproximação entre as duas categorias, discutindo-se a necessidade de releitura das distinções.²⁶ No ordenamento brasileiro, em particular, a distinção é menos relevante que em outros países, já que, por exemplo, entre nós não há distinção no tocante às regras para a quantificação da indenização ou para as hipóteses de responsabilidade indireta. No âmbito legislativo, ilustrativamente, os artigos 389 a 420 do Código Civil tratariam de responsabilidade contratual, enquanto os artigos 186 a 188 e 927 a 954 do mesmo diploma tratariam de responsabilidade extracontratual. No entanto, a divisão tem exceções, pois o artigo 398, referente à mora nas obrigações decorrentes de ato ilícito, trata claramente da

²⁴ FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 181.

²⁵ MONTEIRO FILHO; Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza Lourenço. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito). In TEPEDINO; Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 463-465.

²⁶ Sobre o tema, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

responsabilidade extracontratual, enquanto os artigos 939 a 941, que referentes à responsabilidade por cobrança indevida, tem nítido enfoque contratual. E, destaque-se ainda, os artigos 403 (nexo de causalidade), 944 e 946 (extensão da indenização) se aplicam às duas formas de responsabilidade.

Entretanto, a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual ainda acarreta efeitos decisivos em nosso ordenamento. Ilustrativamente, em controverso julgado, o Superior Tribunal de Justiça determinou que o prazo prescricional trienal para as pretensões indenizatórias somente se aplica à responsabilidade extracontratual, enquanto à responsabilidade contratual se aplicaria o prazo decenal.²⁷ O termo inicial para os efeitos da mora também diferem: com exceção do regime próprio da indenização por dano moral – atualizada a partir da publicação da decisão que lhe arbitrou²⁸ – as dívidas contratuais são atualizadas e sofrem a incidência de juros a partir do vencimento²⁹ ou, se sem prazo ou ilíquidas, atualizadas a partir do ajuizamento da ação³⁰

²⁷ Para a controvérsia sobre o tema, v. TEPEDINO, Gustavo. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. *Revista trimestral de direito civil*, vol. 37. Rio de Janeiro, jan.-mar./2009, p. iii-v e, de outro lado, MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, vol. 979. São Paulo: mai./2017, p. 215-241.

²⁸ Este entendimento jurisprudencial encontra-se consolidado, como se observa p. ex. em STJ, 4ª T., REsp 938.564/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, julg. 03/02/2011, e no enunciado de súmula 97 do TJRJ: “A correção monetária da verba indenizatória de dano moral, sempre arbitrada em moeda corrente, somente deve fluir do julgado que a fixar”. Observe-se a decisão do STJ no sentido de também aplicar o raciocínio aos juros da mora “[...] A indenização por dano moral puro (prejuízo, por definição, extrapatrimonial) somente passa a ter expressão em dinheiro a partir da decisão judicial que a arbitrou. O pedido do autor é considerado, pela jurisprudência do STJ, mera estimativa, que não lhe acarretará ônus de sucumbência, caso o valor da indenização seja bastante inferior ao pedido (Súmula 326). Assim, a ausência de seu pagamento desde a data do ilícito não pode ser considerada como omissão imputável ao devedor, para o efeito de tê-lo em mora, pois, mesmo que o quisesse, não teria como satisfazer obrigação decorrente de dano moral, sem base de cálculo, não traduzida em dinheiro por sentença judicial, decorrente de dano moral, assim como a correção monetária, a partir da data do julgamento indenizatório ou acordo (CC/1916, art. 1064). Os juros moratórios devem, pois, fluir, no caso de arbitramento ou acordo (CC/1916, art. 1064). Os juros moratórios devem, pois, fluir, no caso de indenização por dano moral, assim como a correção monetária, a partir da data do julgamento em que foi arbitrada a indenização, tendo presente o magistrado, no momento da mensuração do valor, também o período, maior ou menor, decorrido desde o fato causador do sofrimento infligido ao autor e as consequências, em seu estado emocional, desta demora” (STJ, 4ª T., REsp 903258/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, julg. 21/06/2011).

²⁹ CC, art. 397: “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor” e L. 6.899, art. 1º, §1º: “Nas execuções de títulos de dívida líquida e certa, a correção será calculada a contar do respectivo vencimento”.

³⁰ L. 6.899, art. 1º, §2º: “Nos demais casos, o cálculo far-se-á a partir do ajuizamento da ação”.

e com juros a partir da citação³¹, enquanto as indenizações de fonte extracontratual sofrem a incidência de atualização e juros a partir do evento danoso.³² Ainda, em que pese a difusão das hipóteses de responsabilidade objetiva, da distinção entre obrigações de meio e de resultado e da chamada teoria da carga dinâmica da prova, a distinção ainda pode ser relevante para o ônus da prova da culpa, já que, na responsabilidade contratual a falta da conduta prometida faz presumir o inadimplemento, incumbindo ao devedor provar a ausência de culpa da sua parte, enquanto nas hipóteses de responsabilidade extracontratual, o ônus é da vítima, que deve provar que o ofensor não se comportou de forma diligente, ferindo o princípio de *neminem laedere*.³³

Dois efeitos distintos são particularmente relevantes para o tema em exame. O primeiro, referente à pluralidade de causadores do dano: enquanto na relação contratual a solidariedade é excepcional, dependendo de previsão no acordo,³⁴ na responsabilidade aquiliana há regra especial impondo a solidariedade entre os ofensores.³⁵ O segundo, referente a cláusulas que as partes tenham avençado sobre o regime aplicável em caso descumprimento do contrato, tais como cláusula penal, limitativa ou mesmo excludente do dever de indenizar, bem como cláusulas de eleição de foro e compromissória.

Diante desse cenário em que a divisão ainda tem relevância prática, cumpre indagar onde localizar a responsabilidade do terceiro cúmplice, já que ele responde, indiretamente, pelo dano decorrente do descumprimento de obrigação contratual, mas sua responsabilidade não decorre diretamente do inadimplemento dessa obrigação (que a ele não

³¹ CC, art. 405: "Contam-se os juros de mora desde a citação inicial".

³² CC, art. 398: "Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou" e o enunciado de súmula n. 54 do STJ: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".

³³ Para uma análise crítica do tema, v. RENTERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*. São Paulo: Método, 2011, e CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁴ CC, art. 265: "A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes".

³⁵ CC, art. 942: "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932".

se impunha), mas sim da conduta abusiva consistente na quebra de deveres de conduta gerais, decorrentes do princípio da boa-fé. Em consequência, parece prevalecer o entendimento de que a responsabilidade do terceiro cúmplice, fundada na violação geral do *neminem laedere*, é hipótese de responsabilidade extracontratual.³⁶

Não obstante, descartado o raciocínio subsuntivo incompatível com a interpretação funcional dos institutos, impõe-se exame mais cuidadoso sobre se e como se aplicariam as citadas regras em que se diferencia o regime da responsabilidade contratual e da extracontratual. Com efeito, não seria possível ignorar completamente os termos do contrato, sob pena de subverter a composição de interesses e a alocação de riscos com os quais a vítima do ilícito contava. Nesse contexto aflora, justamente, a questão da cláusula compromissória.

2. Possibilidade de vinculação do terceiro interferente à cláusula compromissória

Esta segunda parte analisa especificamente a questão da possibilidade de sujeição do "terceiro cúmplice" à jurisdição arbitral. Inicialmente, debate-se até que ponto o princípio do consentimento, essencial à arbitragem, permite ou impede a extensão da cláusula compromissória a terceiros que, embora não signatários, colaboram na violação de direitos (2.1). Na sequência, discute-se a hipótese de que, por ato ilícito (*ex delicto*), o terceiro interferente possa ser compelido a se submeter à arbitragem (2.2).

2.1. O consensualismo e a vinculação do "terceiro cúmplice" à cláusula compromissória

Uma vez definido que o terceiro cúmplice pode ser responsabilizado como consequência da tutela externa do crédito, incumbe questionar qual será a via jurisdicional adequada a pleitear a

³⁶ CARDOSO, Patricia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. *Revista trimestral de direito civil*, vol. 20. Rio de Janeiro, out.-dez./2004, p. 141.

tutela prometida pelo direito material. Não se pode ignorar a possibilidade de que a relação jurídica indevidamente turbada pela interferência lesiva do terceiro esteja sujeita à cláusula compromissória. Desta feita, surge o questionamento sobre a possibilidade de vinculação do terceiro à convenção de arbitragem.

À primeira vista, pode parecer impossível vincular o terceiro cúmplice – notável hipótese de não signatário da cláusula compromissória – à jurisdição arbitral. O cerne desta aparente impossibilidade reside, justamente, na natureza consensual da cláusula compromissória,³⁷ cujas raízes remontam à autonomia privada dos contratantes.³⁸ Na jurisprudência, já se destacou que “a essência da arbitragem consiste na renúncia à jurisdição estatal, motivada pela autonomia de vontade” ao elegerem “de modo consciente e voluntário, elegem um terceiro, o árbitro, para solver eventuais conflitos de interesses advindos da relação contratual subjacente”.³⁹

Como negócio jurídico de direito privado,⁴⁰ aplicar-se-ia o princípio geral da relatividade,⁴¹ pelo qual a convenção de arbitragem somente poderia produzir efeitos sobre as suas “partes”.⁴² Entretanto, como destacado, a mitigação do princípio da relatividade foi fomentada por alguma heterogeneidade na definição do conceito de parte. Assim, o direito potestativo de iniciar o procedimento arbitral – bem como a respectiva sujeição à jurisdição privada exercida pelos árbitros – é, em

regra, delimitado pela análise do escopo subjetivo da convenção de arbitragem,⁴³ composta pelas suas partes.⁴⁴

Trata-se, sem sombra de dúvida, de corolário do consensualismo, a base mais comum e difundida de sujeição à jurisdição arbitral.⁴⁵ Certamente, a regra geral deve ser a não vinculação à arbitragem de partes que jamais manifestaram consentimento em arbitrar. É indubitável que a tradicional forma de vinculação à cláusula compromissória se dá por meio da manifestação de vontade, seja ela expressa ou tácita (derivada de silêncio qualificado ou comportamento concludente). Deste modo, o arcabouço normativo de sujeição à jurisdição arbitral é permeado pela identificação do consentimento em arbitrar.

Neste cenário, é necessário convir que identificar o consentimento do terceiro cúmplice à cláusula compromissória perpassa por um alargamento dogmático das noções de consentimento (expresso ou tácito) e de autonomia privada. A tutela externa do crédito – lastreada na boa-fé objetiva – tem como consequência a responsabilização, que pode assumir natureza contratual ou aquiliana, conforme a perspectiva doutrinária adotada. Em todo caso, é inequívoco que está inserido no campo da ilicitude civil, cujo fundamento axiológico e funcional é substancialmente diverso da típica

³⁷ STJ. REsp 1.656.643/RJ. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. J. em: 09.04.2019.

³⁸ FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich Jakob. Límites a la autonomía de las partes en arbitraje internacional. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 10, issue 2. Madrid, 2017, p. 336-337.

³⁹ STJ, 4ª T., REsp 1.678.667/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 06.11.2018.

⁴⁰ SCALETSCY, Fernanda Sirotsky; AZEVEDO, Marcelo Cândido de. Existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. *Revista de direito empresarial*, vol. 3. São Paulo, mai./jun., 2014, p. 321-351, DTR n.º 2014/2689, p. 2.

⁴¹ FICHTNER, Jose Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de arbitragem*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2023, Cap. 1.

⁴² MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de compra e venda de ações. Declarações e garantias. Responsabilidade por fato de terceiro. Inadimplemento, pretensão, exigibilidade, obrigação. Práticas do setor e usos do tráfico. Parecer. In: AZEVEDO, Luis André; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Direito societário, mercado de capitais e arbitragem* – homenagem a Nelson Eizirik, vol. III. São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 71.

⁴³ Para Born, “In some legal systems, the identity of the parties to an arbitration agreement is referred to as a question of the “subjective” scope of the arbitration agreement or jurisdiction “ratione personae.” In other legal regimes, the identity of the parties to the arbitration agreement is characterized as a question of formation or existence of the agreement to arbitrate.” (BORN, Gary. *International commercial arbitration*. 3ª ed. Kluwer Law International, 2021, p. 1518).

⁴⁴ Nesse sentido, na jurisprudência: “em princípio e em regra, a cláusula de arbitragem somente pode produzir efeitos às partes que com ela formalmente consentiram. Este rigor formal, longe de encerrar formalismo exacerbado, tem, na verdade, o propósito de garantir e preservar a autonomia de vontade das partes, essência da arbitragem. Nas relações entre particulares, é certo, esse consentimento à arbitragem, ao qual se busca proteger, pode apresentar-se de modo expresso, mas também na forma tácita, afigurando-se possível, para esse propósito, a demonstração, por diversos meios de prova, da participação e adesão da parte ao processo arbitral, especificamente na relação contratual que o originou” (STJ, 2ª S., CC 151.130/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 27.11.2019).

⁴⁵ BENETTI, Giovana Valentiano; BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho. O consensualismo como fundamento da arbitragem e os impasses decorrentes do dissenso. *Revista de direito empresarial*, vol. 2. São Paulo, mar./abr. 2014, p. 303-341, DTR n.º 2014/1436, p. 17.

manifestação de vontade negocial que, em regra, constitui pressuposto indispensável para a *potestas* e a *subjectio* à jurisdição arbitral.

Há ampla gama de teorias criadas para justificar a sujeição de não signatários à cláusula compromissória⁴⁶ (e.g. representação, comportamento contraditório, desconsideração da personalidade jurídica,⁴⁷ terceiro beneficiário, garantidores, grupo de sociedades,⁴⁸ dentre outras).⁴⁹ A hipótese de sujeição de terceiro cúmplice à convenção de arbitragem não é inserida, normalmente, no rol de grupos de casos típicos em que se permite a vinculação do não signatário à convenção de arbitragem. Esta omissão, aliada à matriz consensualista da arbitragem, poderia levar à conclusão de que, tipicamente, seria impossível vincular o terceiro cúmplice, violador do crédito, à

⁴⁶ ROMERO, Eduardo Silva; SAFFER, Luis Miguel Velarde. the extension of the arbitral agreement to non-signatories in Europe: a uniform approach? *American University Business Law Review*, vol. 5, n.º 3. Washington, 2016, p. 372-373.

⁴⁷ BESSON, Sébastien. Chapter 8. Piercing the corporate veil: back on the right track. In: Bernard Hanotiau; Eric Schwartz (eds). *Multiparty arbitration. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. The Hague: Kluwer Law International*, 2010, p. 148-149; WALD, Arnoldo. A desconsideração na arbitragem societária. *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 44. São Paulo, jan./mar. 2015, DTR n.º 2015/2635, p. 11; BENEDUZI, Renato Resende. Desconsideração da personalidade jurídica e arbitragem. *Revista de processo*, vol. 290. São Paulo, abr. 2019, p. 473-492, DTR n.º 2019/24063, p. 02-03.

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. *Revista dos tribunais*, vol. 903. São Paulo, jan. 2011, p. 9-25, DTR n.º 2011/1084, p. 08; HANOTIAU, Bernard. Groupes de sociétés et groupes de contrats dans l'arbitrage commercial international. *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 12. São Paulo, jan./mar. 2007, p. 115-117; HENRIQUES, Duarte Gorjão. A extensão da convenção de arbitragem no quadro dos grupos de empresas e da assunção de dívidas: um vislumbre de conectividade? *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 45. São Paulo, abr./jun. 2015, p. 65-97, DTR n.º 2015/9726, p. 12-13; FRANCO, Rodrigo de Oliveira. A extensão da convenção de arbitragem a "terceiros" com base na teoria do grupo de companhias: uma análise da lei aplicável, da sua utilização em casos internacionais e da sua recepção pelo ordenamento brasileiro. *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 56. São Paulo, jan./mar. 2018, p. 63-93, DTR n.º 2018/10264, p. 65-67; CAPRASSE, Oliver. A arbitragem e os grupos de sociedades. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, vol. 21. São Paulo, jul./set., 2003, p. 339-386, DTR n.º 2003/339, p. 2-3; CAMPOS MELO, Leonardo de. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades na prática CCI (de acordo com o regulamento CCI-2012). *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 36. São Paulo, jan./mar. 2013, p. 255-278, DTR n.º 2013/2509, p. 10-11.

⁴⁹ GILBERT, John. Chapter 22: Multi-party and multi-contract arbitration. In: Julian D. M. Lew, Harris Bor, et al. (eds). *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland. The Hague: Kluwer Law International*, 2013, p. 461; BREKOULAKIS, Stavros. Chapter 8: Parties in international arbitration: consent v. commercial reality. In: DAVID, Julian; LEW, Mathew; et al. (eds.). *The evolution and future of international arbitration*, vol. 37. The Hague: Kluwer Law International, 2016, p. 126-127; CLAY, Thomas. A extensão da cláusula compromissória às partes não contratantes (fora grupos de contratos e grupos de sociedades/empresas). *Revista brasileira de arbitragem*, vol. 8. São Paulo, 2005, p. 74.

jurisdição arbitral. A hipótese, contudo, merece mais profunda investigação.

2.2. Vinculação *ex delicto* do terceiro cúmplice à jurisdição arbitral

O STJ vem, em diversas oportunidades, admitindo interpretações mais abrangentes quanto à vinculação de não signatários à cláusula compromissória. Em procedimentos de homologação de sentença arbitral estrangeira nos primeiros anos após a internalização da Convenção de Nova York no Brasil, o STJ ensaiou o desenvolvimento de jurisprudência no sentido de que a ausência de assinatura na cláusula compromissória implicaria ofensa à ordem pública,⁵⁰ obstando o seu reconhecimento na ordem jurídica doméstica. Tratava-se de interpretação que acentuava, sobremaneira, a necessidade de expressa manifestação por escrito das partes acerca da opção pela jurisdição arbitral.⁵¹

Paulatinamente, a partir do desenvolvimento de arcabouço doutrinário dos anos posteriores, o STJ passou a admitir diversos grupos de casos em que cancelou a vinculação de não signatários à convenção de arbitragem. Para além de grupos de hipóteses de vinculação nos casos de sub-rogação ou de contratos conexos, guardam especial interesse as hipóteses em que se admite sujeição de não signatários a partir de ato ilícito. Na oportunidade, foi destacado:

"se prevalecer o entendimento de que o compromisso arbitral somente produz efeitos em relação às partes que formalmente o subscreveram, o processo arbitral servirá de escudo para evitar a responsabilização do terceiro que laborou em fraude, verdadeiro responsável pelas obrigações ajustadas e inadimplidas, notadamente se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica — remédio jurídico idôneo para contornar

⁵⁰ "A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados arbitragem." (STJ, CE, SEC 967, j. 15.02.2006)

⁵¹ STJ, CE, SEC 978, j. 17.12.2008.

esse tipo de proceder fraudulento — não puder ser submetido ao juízo arbitral”.⁵²

Portanto, no contexto de abuso da personalidade jurídica, fraude e má-fé da parte formalmente contratante, afigura-se possível que o Tribunal Arbitral, após provocação das partes, observado o contraditório, com exauriente instrução probatória, delibere sobre a vinculação do terceiro à convenção de arbitragem.⁵³ Afirmou-se na ocasião que “o consentimento formal exigido na arbitragem, que tem por propósito justamente preservar a autonomia dos contratantes (essência do instituto), não pode ser utilizado para camuflar a real vontade da parte, por ela própria dissimulada deliberadamente”.⁵⁴

Sendo o caso de terceiro cúmplice hipótese de responsabilização de não contratante que interfere na relação negocial privada enquadrada como ato ilícito (independentemente se compreendido de natureza contratual ou extracontratual), há proximidade metodológica com o reconhecimento da vinculação de outros não signatários, também com base em ato ilícito. O racional aplicado, portanto, ao abuso ou à fraude para promover a desconsideração, bem como aos casos de *venire contra factum proprium*, parece, em princípio, aplicável também aos casos de terceiro cúmplice.

⁵² STJ, 4ª Turma, REsp 1.698.730, j. 08.05.2018.

⁵³ Foi destacado trecho do voto do Ministro Marco Aurelio Bellize: “Veja-se que o contratante lesado não possui, formalmente, nenhuma relação jurídica com esse terceiro, circunstância que, por si só, obsta o ajuizamento direto de uma ação reparatória em seu desfavor perante a jurisdição estatal. Para atingir a responsabilização desse terceiro, afigura-se necessário, antes, promover a desconsideração da personalidade jurídica da empresa com quem formalmente estabeleceu a relação contratual. Todavia, se tal pretensão for promovida perante o Juízo estatal, a empresa demandada, com razão, poderia aventar a existência de compromisso arbitral, em que as partes relegaram ao árbitro a solução de todo e qualquer conflito advindo do contrato avençado, a ensejar a extinção do feito sem julgamento de mérito. Como se constata, o contratante lesado deve submeter ao Juízo arbitral o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa demandada, a fim de alcançar a responsabilidade dos sócios, pelos prejuízos percebidos em virtude do inadimplemento das obrigações contratuais. No ponto, é preciso atentar que, com exceção de questões relacionadas a direitos indisponíveis, qualquer matéria — naturalmente, afeta à relação contratual estabelecida entre as partes —, pode ser submetida à análise do Tribunal Arbitral, que a decidirá em substituição às partes, com o atributo de definitividade. Veja-se, portanto, que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica não refoge a essa regra, a pretexto de atingir terceiros não signatários do compromisso arbitral” (STJ, 4ª Turma, REsp 1.698.730, j. 08.05.2018).

⁵⁴ STJ, 4ª Turma, REsp 1.698.730, j. 08.05.2018.

A forma como a tutela externa do crédito foi recebida no Brasil está atrelada à tutela da confiança como fundamento de mitigação do princípio da relatividade dos contratos.⁵⁵ Nesse sentido, pensar a efetividade da jurisdição arbitral, em lugar de centralizar a análise somente na identificação de quem, formalmente, assinou a cláusula compromissória, demanda avaliar quais sujeitos de direito geraram expectativas legítimas a partir de um contato social qualificado. Trata-se de opção axiológica que modifica a compreensão do ordenamento como um todo, sendo, atualmente, imprescindível considerar também os efeitos da boa-fé objetiva, em sua tríplice vertente, também sobre a convenção de arbitragem.⁵⁶

Em hipóteses como a violação de cláusula de não competição e de exclusividade, é necessário investigar se a tutela do próprio direito material não irá demandar que o árbitro reconheça a sua jurisdição sobre eventuais não signatários. Nesses casos, importa averiguar qual é o escopo de atuação do terceiro para o inadimplemento da disposição contratual — isto é, qual foi o vínculo formado, no caso concreto, entre o devedor com o alegado terceiro cúmplice e em que medida esta relação jurídica ensejou o descumprimento da cláusula contratual. Se este terceiro foi utilizado pelo devedor como meio, instrumento ou intermediário para tentar se evadir da cláusula, abre-se a possibilidade de vincular e sujeitar o terceiro à jurisdição arbitral (sem prejuízo a posterior regresso do terceiro em face do devedor originário da não competição).

⁵⁵ “Administrativo e processual civil - Recurso especial - Sistema financeiro da habitação - FCVS - Caução de títulos - Quitação antecipada - Exoneração dos mutuários - Cobrança superveniente pela Caixa Econômica Federal, sucessora do BNH - Doutrina do terceiro cúmplice - Eficácia das relações contratuais em relação a terceiros - Oponibilidade - Tutela da confiança” (STJ, 2ª T., REsp 468062/CE, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 11/11/2008).

⁵⁶ Como aponta José Emilio Nunes Pinto, “a posição das partes ao celebrarem a cláusula compromissória é de partes em colaboração. O que ambas buscam, nesse momento, é criar um mecanismo que seja aplicável à solução de suas controvérsias, se e quando estas venham a surgir. Portanto, do ponto de vista da conclusão da cláusula compromissória, estariam as partes alinhadas com o princípio da boa-fé objetiva. Há inerente na conclusão da cláusula compromissória o traço da colaboração entre as partes signatárias, da identidade de propósitos, qual seja, o de utilizarem-se da arbitragem quando venham a surgir suas controvérsias, sem mencionar a sua integração na equação de equilíbrio econômico do contrato” (NUNES PINTO, José Emilio. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 4. São Paulo, jan./mar. 2005, p. 34-47, DTR n.º 2205/780, p. 05-06).

Thomas Carbonneau salienta o papel vital que a convenção arbitral exerce na organização da governança da arbitragem, notadamente nas arbitragens de caráter transnacional, provendo as regras condutoras do procedimento arbitral.⁵⁷ Ou, na síntese de José Emílio Nunes Pinto, “a escolha pela arbitragem como meio de solução de controvérsias é um elemento integrante da equação econômica do negócio jurídico, devendo-se, portanto, prestigiá-la sob pena de se alterar essa equação”.⁵⁸ Sendo a equação econômica o lastro do próprio sinalagma prestacional,⁵⁹ a sua estabilidade deve ser observada no curso da relação contratual como um todo, em observância aos princípios da vinculatividade dos contratos e do equilíbrio contratual.⁶⁰ Assim, a necessidade de estabilidade da equação econômica contratual não merece tutela apenas no plano material, mas também no plano processual,⁶¹ onde os direitos hão de ser efetivados por ente jurisdicional munido de poderes para tanto.

⁵⁷ CARBONNEAU, Thomas E. *The law and practice of arbitration*. 2ª ed. Huntington: Juris, 2006, p. 619.

⁵⁸ NUNES PINTO, José Emílio. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 2/2005, p. 34-47, jan./mar. 2005.

⁵⁹ BANDEIRA, Paula Greco. Os contratos incompletos e a soft law. *Revista dos Tribunais*, vol. 966, abr/2016, p. 3.

⁶⁰ Segundo Prado, “Essa função é desenvolvida não apenas em razão da realização concreta da tarefa jurisdicional, mas tendo em vista, ainda, o efeito profilático e preventivo que a convenção de arbitragem pode deter na redução do nível de litígios”. (PRADO, Maria da Graça Almeida. Ferraz de. *Economia da arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 273).

⁶¹ “Trata-se de uma estrutura de conservação porque a perspectiva da cláusula compromissória ao vincular a eventual diferença à via arbitral de solução de conflitos é a de manutenção da mesma racionalidade que deu origem ao pacto. Em razão do efeito dispositivo da cláusula, afastando a jurisdição estatal, a qual trabalha com categorias, métodos e racionalidade própria, mantém-se como critérios de decisão e solução os mesmos que foram utilizados no momento da pactuação. Aqueles que decorrem - muitas vezes - do ambiente empresarial. Não só a manutenção da racionalidade, conservando identidade entre o que foi celebrado originariamente e os critérios que serão utilizados para solução da diferença, são benefícios desta estrutura. Há que se reconhecer que, ao efeito constitutivo da cláusula, uma nova instância para a solução do conflito é estabelecida, gerada não pelas regras do Estado mas pelo querer dos próprios envolvidos. Esta comunhão de interesses aproxima as partes de uma justiça que unifica e restaura. Se é bem verdade que há um crescente aumento de litigiosidade e mesmo de formalismo nos processos arbitrais estrangeiros, tal patologia não pode ser compreendida como regra e não possui expressão suficiente a descaracterizar o traço de coexistencialidade que lhe é insito. Se vier a possuir, contudo, em futuro que não se deseja, abre-se oportunamente mais um flanco para que a cultura e a arbitragem demonstrem a potencialidade que podem possuir quando integradas.” (SILVA, Eduardo Silva da. Código Civil e Arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 5, p. 52-75, abr./jun., 2005, DTR n.º 2005/227, p. 11).

O processo arbitral deve sempre ser pensado e estruturado com base na perspectiva da tutela de direitos, não podendo se perder de vista o caráter finalista do procedimento, que não é um fim em si mesmo, mas um meio de oferecer efetividade aos direitos dos indivíduos.⁶² É necessário sempre analisar a realização do direito nos seus dois planos distintos, o material e o processual, até para impedir a criação de barreiras artificiais que permitam, indevidamente, que aquele que lesa situação jurídica protegida legitimamente pelo ordenamento possa se beneficiar de tais entrincheiramentos.

3. Conclusão

A convenção de arbitragem não é uma ilha em meio a um contrato; nem há segregação absoluta, como por vezes se pretende, entre um negócio jurídico puramente material – fonte de direitos, obrigações, ônus, poderes e sujeições – e outro puramente processual, com desiderato único de servir de substrato para a instituição da jurisdição responsável por solucionar controvérsias. A percepção moderna da convenção de arbitragem, ao a classificar como um negócio jurídico como outros tantos, trazendo a incidência conjunta da Lei de Arbitragem, Código Civil, Constituição Federal (dentre outras leis que a ela se referem, dentro do *Mare Magnum* do ordenamento brasileiro), permite que se identifique, precisamente o regulamento normativo aplicável.

A boa-fé objetiva, em sua tríplice dimensão – normativa, hermenêutica e de controle de posições jurídicas – serve tanto a atingir a interpretação da cláusula compromissória como a fundamentar a tutela externa do crédito face ao terceiro interferente. Dessa forma, esse princípio densificador da eticidade e garante da tutela da confiança nas relações privadas levanta a possibilidade de reconhecer a mitigação da relatividade dos contratos face ao terceiro cúmplice para o sujeito, eventualmente, à jurisdição arbitral.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 42.

O contrato, antes de ser percebido como um ente estático, com dois polos fixos e imutáveis, deve ser reconhecido como um ente dinâmico, cuja faticidade e normatividade somente pode ser verificadas *in concreto*, no cerne do *iter* obrigacional ajustado pelos contratantes. Assim, a relação contratual deixa de ser analisada no plano abstrato, teórico ou idealizado, restando inserido no dinamismo da circulação de riquezas e de posições jurídicas concretas, legitimamente tuteladas pelo ordenamento jurídico. Ou seja, a função da relação obrigacional, sobrepujando a estrutura, permite que se expanda a tutela ao direito material reconhecido pela ordem jurídica para além da diade contratante-contratado, tangenciando terceiros que, na substância da efetividade contratual, passam a ser adjetivados pelo contato social qualificado.

Igualmente, verifica-se que há variadas obrigações cuja adequada tutela no plano processual, ao demandar a tutela inibitória de ato ilícito ou de remoção do ato ilícito, demandam o reconhecimento mais amplo e abrangente da atuação jurisdicional. Nessa seara, afastar a aplicação dos termos contratados – entre os quais figura a cláusula compromissória – pode implicar prejuízo para a vítima do ilícito civil, pois subverte o equilíbrio contratual originalmente estabelecido. Abre-se, assim, a possibilidade de sujeitar o terceiro interferente aos efeitos jurisdicionais decorrentes de cláusula compromissória, a depender da relação desse terceiro com o devedor inadimplente, pode-se afigurar como forma de maximização da tutela do direito – posição axiologicamente compatível com a ordem jurídica brasileira.

O PROVIMENTO SUBSTITUTIVO DE DECLARAÇÃO DE VONTADE EM CONTRATOS EMPRESARIAIS COMPLEXOS: EFICÁCIA DAS DECISÕES ARBITRAIS

SUMÁRIO: Introdução. – 1. Suprimento da vontade da parte. – 1.1. Contratos preliminares. – 1.2. Incompletude contratual. – 2. Hipóteses funcionais de suprimento da vontade em operações societárias. – 3. A eficácia da tutela substitutiva da prestação de declaração de vontade na arbitragem. – 3.1. Poderes do árbitro e limites à sua atuação. – 3.2. Classificação de demanda de acordo com a tutela jurisdicional. – 3.3. Suprimento da vontade: uma tutela constitutiva ou executiva? – 4. Conclusão.

Flávio Spaccaquerche Barbosa¹
Paula Moreira de Souza Camargo²

Introdução

A crescente sofisticação das relações empresariais tem ampliado a frequência com que a efetividade do contrato depende da prática de declarações de vontade complementares, atos instrumentais ou manifestações deliberativas previamente delineadas.

Nesse cenário, a recusa injustificada de uma das partes em emitir a declaração prometida não raro se converte em estratégia de bloqueio, capaz de comprometer a funcionalidade do contrato e de deslocar o litígio para o terreno do oportunismo pós-contratual.

É nesse contexto que ganha relevância a tutela substitutiva da prestação de declaração de vontade, técnica pela qual o ordenamento admite que a decisão jurisdicional produza os mesmos efeitos jurídicos

¹ Sócio do escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados. Mestre em Direito Internacional Econômico – Université Panthéon-Sorbonne, França.

² Advogada do escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados.