

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CINTIA LUIZA TONDIN

**REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES
ANÔNIMAS**

CURITIBA

2010

CINTIA LUIZA TONDIN

**REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES
ANÔNIMAS**

Monografia apresentada como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dra Márcia Carla Pereira
Ribeiro

CURITIBA

2010

Aos meus pais Sálvio e Laudice, pelo exemplo, por fazer de mim o que eu sou e por tudo que alcancei.

Aos meus irmãos Paty e Cayo, que sonharam o meu sonho.

Aos meus amigos, Ariana, Diego, Esperança e Flávia, pois fizeram passar despercebidos os dias difíceis.

Ao Fabio que ilumina os meus dias.

Agradeço à Professora Márcia Carla Pereira Ribeiro por me dar a oportunidade de aprendizado e pelos incontáveis ensinamentos.

RESUMO

A crise enfrentada pela sociedade brasileira, quanto à prestação jurisdicional que deixa a desejar, tem por base o congestionamento do Poder Judiciário, que não possui estrutura para assegurar o direito fundamental de acesso à justiça de forma efetiva. Com efeito, muitas vezes a resposta do Judiciário chega a destempo das necessidades dos indivíduos. Nesse cenário, principalmente nas sociedades anônimas, a espera por uma solução do litígio pode inviabilizar a continuidade. Assim, a arbitragem ganha importância central, como meio de solução de conflitos societários, por oferecer uma resposta célere, sigilosa e mais adequada às relações sociais. A cláusula compromissória inserida no estatuto da sociedade é direito do acionista e vai de encontro a sociedade como instituição.

Palavras – chave: Arbitragem. Sociedades Anônimas. Cláusula compromissória estatutária.

RESUMEN

La crisis que enfrenta la sociedad brasileña, en cuanto a la prestación del servicio jurisdiccional, la cual por la experiencia del día a día sin lugar a dudas es precaria, se debe a la congestión del Poder Judicial, la cual no cuenta con una idónea estructura que garantice el derecho fundamental de acceso a la justicia efectiva. En efecto, en las más de la veces la respuesta judicial llega en forma extemporánea a las necesidades de los individuos. En este escenario, especialmente el que tienen que enfrentar las empresas, se encuentran a la espera de una solución a la controversia la cual puede hacer inviable la continuidad de su actividad. Es ahí donde el arbitraje gana central importancia como medio de solución de conflictos empresariales, ofreciendo una respuesta célera, cuidadosa y más adecuada a las relaciones societarias. La cláusula compromisoria incluida en los estatutos sociales y el derecho del accionista se erige como el encuentro de la compañía como institución.

Palabras - clave: Arbitraje. Sociedades Anónimas. Cláusula compromisoria estatutaria.

SUMÁRIO

RESUMO.....	v
RESUMEN	vi
1 INTRODUÇÃO	9
2 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM	11
2.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS	11
2.2 A ARBITRAGEM NO BRASIL	15
2.3 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	19
2.4 A LEI DE ARBITRAGEM.....	24
2.4.1 Avanços da Lei de Arbitragem	26
2.4.2 Constitucionalidade da Arbitragem.....	27
2.4.3 Conceito e características.....	30
2.4.4 A convenção de arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral.....	31
3 A ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS	39
3.1 SOCIEDADES ANÔNIMAS - CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	39
3.2 A NATUREZA JURÍDICA DO ATO CONSTITUTIVO DA SOCIEDADE ANÔNIMA	44
3.3 A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS.	50
3.4 A PREVISÃO DA ARBITRAGEM NA LEI Nº. 6.404/76	54
3.5 LIMITES SUBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PREVISTA NO ESTATUTO SOCIAL	57
3.5.1 Acionista fundador da Companhia	58
3.5.2 Alteração no estatuto social	59
3.5.3 A vinculação dos novos acionistas.....	64
3.5.4 A vinculação dos controladores e administradores	74
3.5.4 A cessão de participação societária e sucessão	77
3.6 LIMITES OBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PREVISTA NO ESTATUTO SOCIAL	78
4 DIREITO COMPARADO	83
4.1 ESTADOS UNIDOS	83

4.2 ITÁLIA	84
4.3 PERU	87
4.4 ARGENTINA	90
5 CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS.....	95

1 INTRODUÇÃO

A crise enfrentada pelo Poder Judiciário, pelo acúmulo de demandas, muitas vezes faz a busca pela justiça se tornar um transtorno para parte. Pelo sistema sobrecarregado, o processo é lento com uma solução, por vezes, genérica e incapaz de oferecer a tutela jurisdicional pretendida.

Contraposta a essa realidade, o fenômeno da globalização e da dinamização das relações empresariais, exigem respostas imediatas para eventuais litígios. Além disso, após todo um processo lento, com inúmeros recursos, chega-se a uma decisão incompatível com a realidade das sociedades, pois exigem conhecimentos específicos, que não estão compreendidos na prática generalista.

Nesse contexto, ganhou importância os métodos extrajudiciais de solução de litígios, como a mediação e a arbitragem.

A arbitragem, ainda que sempre presente no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente na forma obrigatória para posteriormente à facultativa, não possuía força vinculativa, caracterizando-se mero compromisso de contratar.

Seguindo a tendência internacional, o Brasil promulgou a Lei n. 9.307/1996, a Lei de Arbitragem, que atualizou o instituto e trouxe inúmeros avanços, a aplicação desse instituto em relação às previsões esparsas no Código Civil, Código de Processo Civil e Código Comercial.

Inegáveis são as vantagens da utilização da arbitragem na solução de conflitos societários, como a confidencialidade do procedimento, a especialização dos árbitros, a celeridade do procedimento.

A fim de difundir ainda mais a utilização da arbitragem, a Lei nº. 10.303/2001, ao alterar a Lei nº. 6.404/76, que estabelece as normas de aplicação às sociedades anônimas, acrescentou o §3º ao artigo 109, que determina: “o estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionados mediante arbitragem, nos termos em que especificar”.

Uma vez que o Brasil não possui tradição na aplicação da arbitragem, inúmeras dúvidas e contradições surgiram, desde a constitucionalidade da lei de

arbitragem, ao alcance dos limites objetivos e subjetivos da cláusula compromissória inserida no estatuto da sociedade.

A análise desses limites é o objeto do presente trabalho, contudo sem visar o exame completo e exaustivo do instituto da arbitragem, nem mesmo no que tange as sociedades anônimas.

Visando responder alguns questionamentos sobre a aplicação da arbitragem no direito societário, o presente trabalho tratará inicialmente do instituto da arbitragem, com breve histórico e a sua natureza jurídica. Após, descreve-se os avanços, especificamente da Lei nº. 9.307/96, com a análise da sua constitucionalidade, conceito e requisitos de validade.

Posteriormente, já em relação às sociedades anônimas, aprecia-se o seu conceito e características, além da natureza jurídica do ato constitutivo da sociedade.

Nesse mesmo capítulo, analisaram-se as vantagens da utilização da arbitragem como meio de solução de litígios societários, para em seguida realizar o estudo sobre a aplicabilidade da arbitragem.

Adentrando no tema específico, examina de um lado o alcance objetivo da cláusula compromissória inserida no estatuto social. De outro lado, analisa o seu alcance subjetivo, verificando a vinculação dos novos acionistas, acionistas dissidentes e ausentes, bem como a vinculação de controladores e administradores, além de tratar das situações de cessão e sucessão da participação societária.

Por derradeiro, será realizado um breve estudo do direito comparado, com referências legislativas, limitadas aos seguintes países: Estados Unidos, Itália, Peru e Argentina.

Por fim, apresenta-se as conclusões alcançadas a partir do presente estudo.

2 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM

2.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS

Os registros da prática dos métodos não adversariais, como a arbitragem, perdem-se no tempo, sua utilização precedeu à jurisdição pública, pois era aplicada mesmo antes do nascimento e organização do Estado.

O surgimento da arbitragem é reconhecido pelos processualistas como a primeira forma de composição vinculante e fora do âmbito exclusivo das partes.

Afirma José Virgílio Lopes Enei¹ que a arbitragem surgiu como evolução do regime da autotutela, caracterizada pela vingança privada, passando ao regime da auto-composição, em que as partes renunciavam seus direitos em prol de uma composição amigável.

Nesse sentido, lembra José Carlos Moreira Alves que “a tutela dos interesses era, a princípio, feita pelos próprios ofendidos ou, então, pelos grupos a que eles pertenciam”.²

A evolução para esse autor, fez-se em quatro etapas. Na primeira os conflitos entre particulares eram resolvidos pela força. Na segunda, também chamada *arbitramento facultativo*, as partes preferem um acordo e elegem um terceiro para que fixe uma indenização que pareça justa para ambos. Na terceira, evoluiu-se para *arbitramento obrigatório*, em que o Estado obriga os particulares a escolher um árbitro e assegura a execução da sentença, caso o réu não o fizesse espontaneamente. Como última etapa o Estado afasta a justiça privada e resolve os conflitos de interesses surgidos entre os indivíduos.

¹ ENEI, José Virgílio Lopes. A Arbitragem nas sociedades anônimas. **RDM**. São Paulo, n. 129, p.136-173, jan./mar. 2003. p.138.

² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13. ed. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.183.

³ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 35-67. p. 35.

Daí a afirmativa que a arbitragem é instituto que precede à existência do juiz estatal e ao próprio legislador³, uma vez que em seus primórdios, não estava o Estado aparelhado para administrar a justiça.

Chyntia Aquino da Costa Barcelos, ao analisar a lei de arbitragem, cita interessante comentário de Platão sobre os juízes eleitos:

“Que os primeiros juízes sejam aqueles que o demandante e o demandado tenham eleito, a que o nome de árbitros convém mais o de juízes; que o mais sagrado dos Tribunais seja aquele em que as partes tenham criado e eleito de comum acordo”. (Platão, “in” “De legibus”, Livros 6 e 12).⁴

Na Grécia antiga a arbitragem era alternativa à estrutura de cortes populares criadas por Péricles. Tais cortes se subdividiam, em pelo menos trinta juízes, para as questões simples, enquanto que as complexas passavam de centenas, esse sistema comprometia a celeridade das decisões, o que incentivou o uso da arbitragem.⁵

Em 445 a.c., a cláusula compromissória já estava presente no tratado firmado entre Esparta e Atena, o que evidencia a utilização e eficácia desse instituto para aquele povo, além da sua eficácia como meio de solução pacífica de conflitos.⁶

No direito romano, a arbitragem foi intensamente praticada de forma oficial. Por isso, afirma Carlos Alberto Carmona que “é com o direito romano que o instituto da arbitragem passa a receber roupagem jurídica relevante”.⁷

O processo civil era conduzido em duas etapas distintas e sucessivas, a *in iure*, diante de um litígio, as partes procuravam primeiramente o magistrado, e este indicava o árbitro responsável por dirimir o conflito. Na segunda fase, *apud iudicem* o processo se desenvolvia perante o árbitro investido, e ao término, o Estado assegurava a exeqüibilidade da decisão proferida.⁸

⁴ BARCELLOS, Chyntia Aquino da Costa. O avanço da Arbitragem após 10 anos da Lei n. 9.307/96. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (coord.). **Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 59-68. p.59.

⁵ ENEI, *op. cit.*, p.138.

⁶ MARTINS, Arbitragem através..., p.36.

⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 40.

⁸ ENEI, *op. cit.*, p.138.

Ao tempo da *legis actiones*, a arbitragem compulsória era constantemente empregada, pois era vista como um meio de solução de pendências, que aliviava o trabalho dos magistrados e restringia o poder absoluto que lhes era conferido.⁹

Em verdade, em qualquer dos sistemas vigentes no direito romano, reservava-se aos particulares a possibilidade de recorrer à arbitragem voluntária.¹⁰

Mesmo após as invasões bárbaras, a arbitragem continuou sendo aplicada pelos povos invadidos, como forma de não se submeterem ao sistema jurídico dos invasores¹¹. Uma vez que os dominados não reconheciam as leis dos dominadores, a arbitragem consensual passou a ser de grande importância para a solução de conflitos.¹²

A Idade Média caracterizada pela ausência de um Estado forte e centralizado, e ainda, de uma lei conhecida, foi cenário de grande desenvolvimento desse instituto. A Igreja preconizava a sua utilização, pois com isso mantinha-se à margem do poder estatal, com o qual competia. Por isso, o direito canônico regulava de forma detalhada a arbitragem.¹³

Posteriormente, com o desenvolvimento do comércio, as corporações de ofício instituíram tribunais desvinculados do poder estatal, os quais dirimiam os conflitos a eles submetidos.¹⁴

Apesar de não tratarem especificamente de tribunais arbitrais, lembra José Virgílio Lopes Enei que se aproximavam destes na medida em que a submissão aos mesmos não se devia à imposição estatal, mas sim, ao ato de vontade do comerciante e a submissão voluntária do particular. Em que pese essas características, o fato é que as corporações de ofício admitiam a arbitragem na sua forma tradicional, com a escolha dos árbitros pelas partes.¹⁵

⁹ BARCELLOS, *op. cit.*, p.59.

¹⁰ ENEI, *op. cit.*, p.139.

¹¹ *Id.*

¹² BARCELLOS, *op. cit.*, p.59.

¹³ ENEI, *op. cit.*, p.139.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

Na solução de controvérsias entre Estados, também houve a aplicação da arbitragem. Lembra José Maria Rossani Garcez das arbitragens entre Reino Unido e os Estados Unidos, após a independência deste no ano de 1776, para a solução de conflitos comerciais.¹⁶

Descreve o mesmo autor que em 1794, foi concluído o Tratado Geral de Amizade, Comércio e Navegação (*General Treaty of Freidship Commerce and Navigation*). A arbitragem internacional era praticada mediante a atuação de comissões mistas, com a indicação dos árbitros pelas nações.¹⁷

Assim, ao final do século XIX, tal forma de solução de conflito internacional se tornou costume, sendo motivo de discussões nas Conferências de Paz de Haia, de 1899 e 1907.¹⁸

No âmbito interno, com a consolidação dos Estados soberanos, sob influência das leis processuais napoleônicas, houve um retrocesso na aplicação desse instituto. Mesmo que não tivesse sido banida, com a tendência da estatização absoluta da justiça, deveria estar sujeita a um controle mais rígido do Estado, com conseqüente redução da autonomia das partes.¹⁹

A partir de meados do século XX, a arbitragem foi ganhando força, recuperando prestígio e importância. Destaca José Maria Rossani Garcez que

com a globalização da economia, a integração e interdependência dos mercados financeiros, os fluxos de investimentos de capitais estrangeiros de fontes de um Estado em outros, passaram a requerer uma proteção mais efetiva, o que se traduziu em diversos instrumentos multilaterais prevendo normas garantidoras para os mesmos e a solução arbitral para a solução de controvérsias entre o investidor e os estados estrangeiros.²⁰

Em outras palavras, com o desenvolvimento de um sistema de mercado global, e a proliferação de entes e blocos econômicos supranacionais, a jurisdição

¹⁶ GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem Nacional e Internacional: progressos recentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 16.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 17.

¹⁹ *Ibid.*, p. 16.

²⁰ *Ibid.*, p. 18.

interna mostrou-se ineficiente para as demandas que passaram a surgir, o que impulsionou a aplicação da arbitragem e seu desenvolvimento.

2.2 A ARBITRAGEM NO BRASIL

No Brasil Colônia, a arbitragem já era prevista nas Ordenações Filipinas, que vigoraram até após a proclamação da República, disciplinavam a arbitragem no Livro III que tratava dos juízes e dos árbitros arbitradores.²¹

Na Constituição Imperial de 1824 houve o aperfeiçoamento do instituto, com a seguinte previsão no artigo 160: “Nas civeis e penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”.²²

A Resolução de 26 de julho de 1831 admitia o juízo arbitral para as causas de seguro e a Lei nº. 108, de 11 de outubro de 1837, para as locações²³. Em outras palavras, tais leis instituíram a arbitragem obrigatória em matéria de seguro e locação.

O Código Comercial de 1850²⁴, influenciado pelo Código Comercial Francês de 1807, ampliou tais hipóteses para as controvérsias de natureza mercantis, inclusive oriundas das relações societárias, isto é, entre sócios e destes com a sociedade²⁵, conforme o disposto no artigo 294, “todas as questões socais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral”. Além disso, o artigo 302²⁶ cuidava da cláusula compromissória, a ser incluída no estatuto social.

²¹ CANERO, Carla A. de Andrade Junqueira. Arbitragem Internacional. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (coord.). **Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007 p. 207- 215. p. 207.

²² BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 22 de Abril de 1824.

²³ GARCEZ, *op. cit.*, p. 23.

²⁴ BRASIL. Lei nº. 556, de 25 de junho de 1850. Publicada na Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 1º julho 1850.

²⁵ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dais. **Arbitragem, Jurisdição e Execução, Análise Crítica da Lei 9.307, de 23.9.1996**. São Paulo: Ed. RT, 1999, p.32/ 33.

²⁶ Art. 302 do Código Comercial de 1850 dispunha: “A escritura, ou seja, pública ou particular, deve conter: i) Os nomes, naturalidade e domicílios dos sócios; ii) Sendo sociedade com firma, a firma

Também datado do ano de 1850 é o Regulamento 737²⁷, que em seu Título VIII previa o procedimento arbitral, diferenciando as hipóteses de uso obrigatório e facultativo. O artigo 411 exigia o Juízo Arbitral para a solução de conflitos comerciais, ou seja, o juízo arbitral necessário; aos demais casos, eram reservados a forma facultativa.²⁸

Devido a severas críticas, a arbitragem obrigatória foi abolida em 1866, com a Lei nº. 1.350, permanecendo, em nosso ordenamento somente a arbitragem voluntária. Por sua vez, o Decreto nº. 3.900 de 1867, estabeleceu que a cláusula compromissória teria natureza de promessa de contratar, não sendo permitida sua execução específica.²⁹ Diante desse cenário, o instituto caiu no desuso no meio jurídico, uma vez que perdeu seus privilégios.

A Constituição republicana de 1891 não reproduziu o preceito constante no artigo 160 da constituição anterior. Mesmo assim, segundo Livia Rossi, a prática foi mantida e autorizada por leis esparsas.³⁰

O Código Civil de 1916 regulou expressamente o compromisso arbitral no Livro das Obrigações, mais especificamente nos artigos 1.037 a 1.048. Seguindo o

por que a sociedade há de ser conhecida; iii) Os nomes dos sócios que podem usar da firma social ou gerir em nome da sociedade; na falta desta declaração, entende-se que todos os sócios podem usar da firma social e gerir em nome da sociedade; iv) Designação específica do objeto da sociedade, da quota com que cada um dos sócios entra para o capital (artigo nº. 287), e da parte que há de ter nos lucros e nas perdas; v) A forma da nomeação dos árbitros para juizes das dúvidas sociais; vi) Não sendo a sociedade por tempo indeterminado, as épocas em que há de começar e acabar, e a forma da sua liquidação e partilha (artigo nº.344); vii) Todas as mais cláusulas e condições necessárias para se determinarem com precisão os direitos e obrigações dos sócios entre si, e para com o terceiro. Toda a cláusula ou condição oculta, contrária às cláusulas ou condições contidas no instrumento ostensivo do contrato, é nula. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm>

²⁷ BRASIL. Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850. Rio de Janeiro, RJ.

²⁸ Resolução 737: Art. 411. O Juízo arbitral ou é voluntário ou necessário: § 1.º E' voluntário, quando é instituído por compromisso das partes; § 2.º E' necessário, nos casos dos arts. 245, 294, 348, 739, 783 e 846 do Código Comercial, e em todos os mais, em que esta forma de Juízo é pelo mesmo Código determinada. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=64752>>

²⁹ LICATTI, Taissa Macaferri. Novo Mercado: Influência e aspectos relacionados à inserção da cláusula compromissória arbitral nos estatutos sociais. In: VERÇOSA. Haroldo Malheiros Duclerc (org.). **Aspectos da Arbitragem Institucional, 12 anos da lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 233-279. p. 240.

³⁰ ROSSI, Livia. Arbitragem na Lei das sociedades anônimas. **RDM**. São Paulo. n. 129. p.186-205, jan./mar. 2003. p. 187.

Decreto 3.900/1867, estabeleceu a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral para que lhe fosse conferido validade.³¹

Em 1934, com o advento da Constituição Federal, retornou-se ao sistema de unidade jurisdicional, vetando-se o pluralismo processual, tanto obrigatório, quanto voluntário. Esse entendimento foi mantido pela Carta Magna de 1937.³²

Nesse sentido, afirmam Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik que “o instituto da arbitragem vem sendo construído no direito brasileiro desde a Constituição de 1824, passando pela Constituição de 1934, de 1937, e como norma de excepcional procedimento, contemplada nos Códigos Civil e de Processo Civil”.³³

O Decreto-Lei nº. 3.855/41, nos artigos 107 e 108, denominado de Estatuto da Lavoura Canavieira, dispunha sobre a arbitragem compulsória das partes antes da ida ao Juízo.³⁴

O Código de Processo Civil de 1973 instituiu o chamado “Juízo Arbitral” em seus artigos 1.072 a 1.102, em que definiu normas procedimentais em conformidade com a disciplina do Código Civil de 1916³⁵. Nesse diploma, prevaleceu o entendimento de que somente o compromisso seria verdadeiramente vinculante, sendo a cláusula compromissória mera promessa, cuja inobservância não comportava a execução específica, mas apenas a possibilidade de reparação com perdas e danos.

Em verdade, em vista aos diplomas citados, algumas fragilidades ou omissões estruturais acentuaram a tendência para a não utilização desse instituto. A falta de executoriedade da cláusula compromissória e a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral representavam obstáculos para a

³¹ LICATTI, *op. cit.*, p. 240.

³² ROSSI, *op. cit.*, p. 187.

³³ CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **A Nova Lei das S/A**. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 179.

³⁴ FRÓES, Carlos Henrique de C. A Arbitragem no Brasil de acordo com a Lei nº 9.307/1996. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 69-78. p. 69.

³⁵ ROSSI, *op. cit.*, p. 187.

utilização da arbitragem como meio eficaz de solução de litígios, apesar de ser prevista desde a Constituição Imperial.

Com efeito, José Maria Rossani Garcez explica que a não utilização desse instituto, ao afirmar que

a falta de tradição na utilização do método arbitral deu-se no Brasil, também, a outros fatores endógenos, latino-americanos, que se tornaram visíveis como uma espécie de refração à arbitragem, sobretudo a internacional, envolvendo reações a interesses de países desenvolvidos em relação a Estados de menor desenvolvimento econômico.³⁶

O mesmo autor explica a “Doutrina Calvo” desenvolvida por Carlos Calvo, jurista, historiador diplomata argentino, doutrina esta de cunho nacionalista e favorável à soberania dos Estados, propunha que os investidores estrangeiros tivessem os mesmos direitos de receber proteção que um natural do estado. Assim, era contrario à arbitragem internacional, sob a justificativa de que esta representava uma forma de adequação da solução aos interesses prevaletentes em detrimento daqueles estados menos desenvolvidos.

A Constituição Federal de 1988, diferentemente das antecessoras, voltou a tratar do instituto da arbitragem no art. 114, §§ 1º e 2º, ao tratar dos dissídios coletivos e da competência da Justiça do Trabalho, consagrando-a expressamente como forma de solução de litígios individuais e coletivos.³⁷

Por sua vez, a Lei nº. 9.099/1995, que tratava dos juizados especiais cíveis e criminais, veio a implementar a utilização da arbitragem, prevista no art. 25. Contudo, sujeitava-se a homologação judicial por sentença irrecorrível (art.26).³⁸

A arbitragem ganhou nova roupagem com a Lei nº. 9.307, de 23.09.1996, que eliminou a homologação judicial da sentença arbitral e previu a execução específica para a cláusula compromissória. Com isso, passou a ser alternativa mais célere, segura e prática para a solução os litígios.

³⁶ GARCEZ, *op. cit.*, p. 24.

³⁷ ROSSI, *op. cit.*, p. 187.

³⁸ BARCELLOS, *op. cit.*, p.60.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Muito se tem discutido sobre a natureza jurídica da arbitragem, nesse meio destacam-se as teorias contratualista ou privatista, intermediária e a publicista ou jurisdicional. As teorias privatista e publicista analisam momento específico da arbitragem, enquanto a intermediária está focada na convenção e na finalidade do instituto.

De acordo com a teoria privatista, a arbitragem seria meramente de natureza contratual, uma vez que ao firmarem o compromisso, as partes se obrigam a cumprir o laudo. Em outras palavras, o acordo das partes em submeter um litígio à arbitragem é um contrato, derivando da vontade das partes e da competência dos árbitros. A vinculação dos contratantes teria por base o princípio da obrigatoriedade dos contratos.

Nesse sentido, a arbitragem seria despida de jurisdição, sendo mero contrato que deveria ser regido pelas normas extraídas do direito das obrigações. O laudo arbitral seria mero título executivo extrajudicial, não equiparado à sentença judicial.³⁹

Para os contratualistas o árbitro no exercício de suas funções seria desprovido de dois elementos da jurisdição: i) *coertio* como o direito de fazer respeitar a lei; ii) *executio* como o direito de tornar obrigatória e coercitiva a sua decisão.⁴⁰

A teoria privatista pura conduz à necessidade de homologação judicial do laudo arbitral como condição prévia de sua exeqüibilidade, ou seja, a sentença proferida pelo Juízo Arbitral só se aperfeiçoaria quando recebesse a força e a autoridade do Estado.

Registre-se que Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao tratar desse ponto, explicam que “a caracterização da arbitragem como jurisdição ou não depende, exclusivamente, da definição de jurisdição que se adota. De fato,

³⁹ GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. Reconhecimento e Execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (coord). **Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007 p. 217-235. p. 127.

⁴⁰ MARTINS, Arbitragem através..., p. 38.

dependendo da definição utilizada, pode ser mais fácil ou difícil enquadrar a arbitragem dentro da jurisdição”.⁴¹

Em análise dos autores clássicos, como Chiovenda e Carnelutti⁴², negam a jurisdicionalidade à arbitragem sob o argumento de que o poder jurisdicional só poderá ser conferido pelo Estado. Além disso, alegam ainda a falta de poder coercivo pelos árbitros e a impossibilidade de concederem medidas de urgência.

Nesse sentido, destaca-se o conceito de jurisdição de Chiovenda em que

a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade dos particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva.⁴³

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, uma vez que a arbitragem pode se realizar conforme a lei ou segundo critérios de equidade (artigo 2º da Lei nº. 9.307/1996), sendo possível as partes escolherem as regras de direito a serem aplicadas, o fato é que não há necessariamente na arbitragem a atividade voltada à aplicação do direito estatal.⁴⁴

Essa teoria mostrava-se mais consistente antes do advento da nova lei, pois os diplomas anteriores previam a necessidade de homologação do laudo arbitral.

Nos contratos em que houvesse a cláusula compromissória, ou seja, quando a arbitragem era prevista como procedimento para a solução de litígios futuros, era vista como um contrato de obrigação de fazer, em caso de inexecução se resolvia apenas por perdas e danos, somente o compromisso arbitral é que comportava a execução específica.⁴⁵

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 7ªed. v.II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.778.

⁴² Para Carnelutti “a composição da lide obtida mediante a arbitragem não tem caráter público, embora o possa adquirir por meio do decreto de execução do laudo executado pelo pretor [...]; por isso, a arbitragem é considerada aqui como um sub-rogado processual”. (CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. v. 3. Trad. Adraín Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. p. 164)

⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paulo Capitanio. ed. 2. v.II. Campinas: Bookseller, 2000. p. 8.

⁴⁴ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p.778.

⁴⁵ ENEI, *op. cit.*, p. 141.

Com o advento da Lei nº. 9.307/96, o laudo arbitral é equiparado à sentença judicial, é o que expressamente determina o art. 18 na qual “o árbitro é juiz de fato e direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.⁴⁶

José Virgílio Lopes Enei destaca que

se acordada antes do surgimento do litígio propriamente dito, a convenção arbitral, ou cláusula compromissória numa acepção mais técnica, era tida como um contrato de obrigação de fazer cuja inexecução se resolve tão somente em perdas e danos, não comportando a chamada execução específica. Tratando-se de acordo posterior ao litígio, a convenção arbitral, aí chamada de compromisso, comportaria execução específica, mas a execução do laudo arbitral dependeria de prévia sentença arbitral homologatória.⁴⁷

O caráter contratual da arbitragem está baseado na redação do artigo 4º da Lei de Arbitragem, que estabelece como requisito a vontade das partes em submeter-se à arbitragem. Nesse sentido é que Eduardo Munhoz⁴⁸ caracteriza o instituto da arbitragem como *negócio jurídico processual*.

Uma corrente intermediária ou de natureza mista⁴⁹ sustenta que a decisão do árbitro não é sentença, porquanto precisa de decreto de executoriedade. É o que afirma José Frederico Marques, pois uma vez “proferida a decisão condenatória no laudo arbitral, é a homologação que a transforma em sentença e em título executório. Ou melhor: o título executório será a sentença subjetivamente complexa integrada pela decisão homologatória e pela decisão arbitral”.⁵⁰

Alguns autores entendiam que se tratava de um ato complexo, que a sentença homologatória traria força e eficácia ao laudo arbitral. Para Sergio Sahione

⁴⁶ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9307.htm>>

⁴⁷ ENEI, *op. cit.*, p.142.

⁴⁸ MUNHOZ, Eduardo. Arbitragem e grupos de sociedades. In: VERÇOSA. Haroldo Malheiros Duclerc (org.). **Aspectos da Arbitragem Institucional, 12 anos da lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 149-180. p.153.

⁴⁹ ROSSI, *op. cit.*, p. 190.

⁵⁰ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 283.

Fadel “o laudo sem a homologação não opera efeitos, já que, se trata de condição suspensiva da exeqüibilidade do laudo arbitral”.⁵¹

Esta corrente busca reunir as duas teorias, promovendo uma natureza mista para a arbitragem, considerando a natureza contratual da arbitragem em sua origem, quando da convenção das partes e a natureza jurisdicional na finalidade do procedimento arbitral.⁵²

Como defensor dessa teoria, afirma Marcelo Dias Gonçalves Vilela que

não se pode, assim, aquartelar a natureza jurídica da arbitragem reduzindo-a a um de seus traços caracterizadores, contratual na origem (formação) e jurisdicional na finalidade (resultado), devendo assim admitir-se sua natureza híbrida ou mista. Isto porque a contratualidade e a jurisdicionalidade deverão funcionar como verdadeiros pêndulos no estudo e na utilização do instituto, demandando ao jurista o conhecimento da teoria geral do processo para enfrentar as questões e afastar eventuais perplexidades da utilização da própria arbitragem.⁵³

A teoria publicista ou jurisdicional foi endossada pela Lei nº. 9.307/1996, em que a arbitragem é exercício da função jurisdicional, uma vez que os árbitros recebem das partes o poder para decidir o litígio.

O poder estatal é uno, entretanto o seu exercício é distribuído por órgãos que a lei pré-estabelece, como forma de salvaguardar a ordem jurídica e otimizar o exercício de pacificação social. Ou seja, o procedimento arbitral não estatal, mas é estatalmente disciplinado e ordenado.⁵⁴

O Estado é titular da jurisdição, mas defere o seu exercício a agentes privados. Assim, não se questiona a titularidade do monopólio da jurisdição estatal, que é diferente do exercício do poder.⁵⁵

⁵¹ FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 296.

⁵² GONÇALVES, Tatiana..., *op. cit.*, p. 228.

⁵³ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.46.

⁵⁴ MARTINS, Arbitragem através..., *op. cit.*, p. 38.

⁵⁵ ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008. p.16.

O juízo arbitral seria a verdadeira jurisdição, em razão de ser atividade complementar ao Poder Judiciário, tendo em vista que antes da vontade das partes, a lei permite a celebração da convenção arbitral.

A ausência de poder coercitivo não afastaria a jurisdicionalidade, como lembra Pedro A. Batista Martins ao árbitro é assegurado os demais componentes da jurisdição, como a *notio* (faculdade de conhecer a causa); *vocatio* (faculdade de fazer intervir em juízo tudo que se faça útil ao conhecimento da verdade); *judicium* (direito de julicar e pronunciar a sentença).⁵⁶

Carlos Alberto Carmona, um dos defensores dessa corrente, acrescenta que mesmo à época da necessidade de homologação do laudo arbitral, entendia que este segundo ato era posterior e externo à arbitragem, por isso não vislumbrava fases, mas atividades distintas: “a do árbitro, que julgava, e a do juiz togado, que se limitava a oficializar o laudo, ou seja, controlar a sua validade diante dos requisitos exigidos pela lei processual, certificando-se do poder atribuído aos árbitros pelo compromisso”.⁵⁷

Fundamenta a sua posição pelo disposto no artigo 31 da Lei de Arbitragem, que estabelece que a decisão final dos árbitros terá os mesmos efeitos da sentença condenatória, constituindo título executivo judicial.⁵⁸

Outro fundamento dessa teoria é o objetivo de pacificação social e eliminação de conflitos com justiça, da arbitragem, na medida em que o arbitro ao exercer a jurisdição contribui para a pacificação social dirimento de conflitos de interesses, exerce jurisdição.⁵⁹

Atualmente, o posicionamento dos doutrinadores é no sentido de reconhecer a arbitragem como jurisdicional. Humberto Theodoro Junior revela que no regime anterior à Lei n. 9.307, “mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza

⁵⁶ MARTINS, Arbitragem através..., *op. cit.*, p. 39.

⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 276.

⁵⁸ Art. 31: A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁵⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ. José Maria Rossani (coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 21-33. p. 31.

contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística”.⁶⁰

Contudo, pondera José Virgílio Lopes Enei que apesar de melhor adequação da teoria jurisdicional da arbitragem, não se pode negar a natureza contratual na fase da celebração da convenção arbitral. Pois

ao contrário de alguns autores que identificam aí uma teoria eclética, pensamos que o reconhecimento da natureza contratual que também fundamenta e limita o alcance da arbitragem não contraria a teoria jurisdicional, a qual apenas vai mais além da teoria contratual pura, para reconhecer na arbitragem funções e os efeitos públicos que extrapolam as funções e os efeitos de um simples contrato, estes normalmente restritivos as partes contratantes.⁶¹

Em conclusão, pode-se dizer que a arbitragem é originalmente atividade contratual privada que a lei atribui efeitos jurisdicionais.⁶² Com o advento da lei, falar-se em contratualidade só é possível na origem da arbitragem. Isso porque, o acordo de vontade é elemento essencial à composição arbitral, sendo preponderante a natureza contratual na fase de celebração da convenção arbitral.⁶³

2.4 A LEI DE ARBITRAGEM

Atualmente a Lei nº. 9.307, promulgada em 1996, regula tal instituto e marca o seu renascimento no Brasil, pois alterou substancialmente o tratamento dispensado à arbitragem no âmbito processual civil brasileiro.

Pelas dificuldades e inseguranças que apresentava esse instituto antes da lei, não tardou para que o próprio governo federal percebesse o atraso da legislação nacional em relação à dos demais países. Nas palavras de Carlos Alberto Carmona

⁶⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.III. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 373.

⁶¹ ENEI, *op. cit.*, p.124.

⁶² Destaca-se que Segundo Henri Motulsky, em âmbito internacional, o conceito “contratualista” de arbitragem, ocupa cada vez mais espaço, tendo papel relevante a autonomia da vontade desde a submissão ao procedimento arbitral até a eleição da legislação. MOTULSKY, Henri. A evolução recente da arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e mediação**, São Paulo. nº. 19, out./dez.. p.139-146, 2008. p.144.

⁶³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2009, p.185.

[...] enquanto a Bélgica (1972), a França (1980), Portugal (1986), a Itália (1983)⁶⁴ e a Espanha (1988)⁶⁵ aboliam ou pelo menos mitigavam a exigência de homologação dos laudos arbitrais, o legislador brasileiro mantinha-se fiel às suas tradições históricas, emperrando a utilização do mecanismo de solução de controvérsias.⁶⁶

Três anteprojetos datados de 1981, 1987 e 1988, foram produzidos com o objetivo de modernizar o tratamento pátrio. Os dois primeiros propunham a elaboração de um diploma específico sobre a matéria e o terceiro propôs a nova disciplina por meio da reforma do Código de Processo Civil.

Em verdade, quando da elaboração do anteprojeto que foi convertido em lei, o anteprojeto de 1988 não pode contribuir em quase nada, pois apresentava equívocos⁶⁷ e falhas técnicas que levaram ao seu arquivamento.

Resultante da Operação Arbitrer, do Instituto de Pernambuco, o Projeto de Lei nº. 78 de 1992, deu origem à atual lei brasileira de arbitragem. Em sua justificação afirmou-se que traria sensível benefício à sociedade, pois colocaria “à sua disposição um meio ágil de fazer resolver controvérsias, com árbitros por aqueles próprios escolhidos, imparciais e independentes, especialmente em matéria técnica, tudo com sigilo, brevidade e grande informalidade”.⁶⁸

As novidades trazidas pela Lei nº. 9.307/1996 fizeram surgir um instrumento apto para a solução de controvérsias, o qual possui diversas vantagens quando comparado ao processo judicial, dentre os quais estão o sigilo, a rapidez e a especialização dos árbitros quanto a matéria a ser discutida.

Após o desenvolvimento da arbitragem como método eficaz para a solução de controvérsias, houve inovações nos diversos ramos do direito. No âmbito do direito societário, foi promulgada a Lei nº. 10.303/2001, que inseriu o § 3º no art. 109 da Lei nº. 6.404/1976, passou a prever a possibilidade de os estatutos sociais das

⁶⁴ O Código de Processo Civil italiano, que regula a arbitragem, já passou por mais duas reformas pontuais desde então, em 1994 e em 2006.

⁶⁵ A lei de 1988 foi substituída pela lei de 2003.

⁶⁶ CARMONA, Arbitragem..., *op. cit.*, p. 5.

⁶⁷ Um exemplo, é a redação que se pretendia dar ao art. 1.078, §§1º e 2º do Código de Processo Civil, que estabelecia que o laudo arbitral poderia estar sujeito ao recurso de apelação. O que ia de encontro com uma das finalidades da própria arbitragem, ou seja, afastar do judiciário a solução do litígio.

⁶⁸ GARCEZ, *op. cit.*, p 25.

companhias estabelecerem que os conflitos entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas, poderiam ser solucionados por meio da arbitragem. Dessa forma, a legislação adequou-se às novas tendências para a solução de litígios.

Mesmo com o advento do Código Civil de 2002, o compromisso convencionado entre as partes foi preservado, bem como a inserção da cláusula compromissória nos contratos, remetendo a sua disciplina à Lei nº. 9.307/1996.⁶⁹

Em verdade, antes da referida lei, a arbitragem nunca chegou a ser instrumento eficaz de solução de litígios.

2.4.1 Avanços da Lei de Arbitragem

Dentre as inovações que acarretaram a mudança na utilização desse instituto, destaca-se: i) a equiparação entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória; ii) a possibilidade de execução forçada da cláusula compromissória; iii) o reconhecimento da sentença arbitral como equivalente à sentença proferida pelo Poder Judiciário;⁷⁰ iv) arbitragem institucional.

Em primeiro ponto a cláusula compromissória ganhou caráter de pacto obrigatório e passou a admitir execução específica. Passou a ser equivalente ao compromisso arbitral, e por si só ser capaz de instaurar o processo arbitral.

Em segundo ponto passa a ter a cláusula compromissória com força para obrigar a parte resistente a instituir o procedimento arbitral. Assinada a cláusula compromissória, em caso de recusa de uma das partes em assinar o compromisso, a parte ingressa com a ação de cumprimento da cláusula arbitral (art. 7º da Lei de Arbitragem), para que a parte compareça ao juízo a fim de firmá-lo, caso não compareça valerá a sentença como meio hábil para tanto. Ganhou solução mais adequada após a alteração do Código de Processo Civil pela Lei nº. 8.952/94, pela nova redação do artigo 461, introduziu-se a tutela específica para as ações de

⁶⁹ Destaca-se os artigos 851 a 853 do Código Civil.

⁷⁰ WALD, Arnold. A recente evolução da arbitragem no Direito Brasileiro (1996–2001). In: MARTINS, Pedro A. Batista e GARCEZ, José Maria Rossani (coords). **Reflexões sobre arbitragem: “in Memoriam” do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo: LTR, 2002.

obrigação de fazer ou não fazer, sendo procedente o pedido, o juiz determinará as providências que assegurem o resultado.⁷¹

Em terceiro ponto, passou a reconhecer a sentença arbitral como equivalente da sentença judicial. Ao defender a desnecessidade de homologação da sentença arbitral, explica Castro Nunes que

o Juízo Arbitral constitui uma jurisdição paralela à Justiça ordinária e as suas decisões são equivalentes a dos juízes oficiais, fazem coisa julgada e são oponíveis, por isso mesmo, como exceção à renovação da lide perante aquelas Justiça, devendo, por isso, valer independentemente de homologação. Além do mais, a homologação é formalidade inútil, sobretudo quando se recusa o recurso nos casos limitados aos aspectos formais ou extrínsecos do julgamento, o que leva ao mesmo resultado da homologação, onde o juiz também está confinado ao exame dessas formalidades, sem entrar no mérito da decisão.⁷²

Em quarto ponto, tem-se a possibilidade de optar pela arbitragem institucional (a arbitragem é realizada por instituição especializada, segundo suas próprias regulamento) prevista no artigo 5º da Lei de Arbitragem, antes, mesmo que a legislação fosse silente tal situação já prevalecia na prática.⁷³

2.4.2 Constitucionalidade da Arbitragem

Apesar do grande desenvolvimento trazido pela referida lei, sua constitucionalidade e legalidade foi posta à prova, devido à redação do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ao analisar as teses que defendiam a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, antes do posicionamento do Superior Tribunal Federal, Edoardo Ricci destaca as duas principais correntes desse movimento.

⁷¹ FRÓES, Carlos Henrique de C. A Arbitragem no Brasil de acordo com a Lei nº 9.307/1996. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 69-78. p. 76.

⁷² NUNES, Castro. Revista de Jurisprudência, vol. 68. p.393. *Apud*: MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos Tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil, In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.) **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 35-67, p.52.

⁷³ FRÓES, *op. cit.*, p. 74.

A primeira estruturava-se sob dois aspectos, de um lado a liberdade de escolher o juiz privado e o poder de dispor de direitos materiais. Entendia que a atribuição de valor decisivo à vontade das partes, sendo permitida apenas a arbitragem voluntária. Quanto à disponibilidade de direitos, reconhecida a possibilidade e constitucionalidade do artigo 8º da Lei de Arbitragem⁷⁴.

De outro lado, a liberdade de escolher o juiz privado e a disciplina da convenção de arbitragem, argumenta-se que a cláusula compromissória, aquela que é estipulada para conflitos futuros, não é suficiente como expressão definitiva da vontade.

Nesse sentido, explica o autor que “o princípio de liberdade, do qual extrai seu fundamento, não tem relação com a disciplina compromissória e mais em geral com a convenção de arbitragem”.⁷⁵

A segunda corrente fundava-se na impugnabilidade, por via judicial, da sentença arbitral como única garantia necessária. Contudo, para o referido autor, deveria ser assegurada a possibilidade de certo controle da arbitragem e da sentença arbitral, pois passíveis de provocar lesão ou ameaça de lesão.⁷⁶

As hipóteses de intervenção previstas na lei são a ação de cumprimento de cláusula compromissória (art.7º da Lei de Arbitragem) e quando surgir alguma questão prejudicial acerca de direitos indisponíveis (art. 25º da Lei de Arbitragem).

Em relação às críticas apresentadas, tendo em vista o princípio da ampla defesa e o do devido processo legal afirma que

[...] à luz da primeira tese, seria necessário concluir-se pela proibição de arbitragem obrigatória, entretanto, a disciplina da arbitragem voluntária seria livre, bem como admissível a não impugnabilidade da sentença arbitral. À luz da segunda tese, ao contrário, a conclusão seria a da impugnabilidade da sentença arbitral, sendo admissível qualquer tipo de arbitragem.⁷⁷

⁷⁴ O art. 8º da Lei 9.307/1996 dispõe: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.” O Parágrafo único: “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

⁷⁵ RICCI, Edoardo Flavio. Arbitragem e o art. 5º, XXXV, da CF (reflexões sobre a doutrina brasileira). In: RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de arbitragem brasileira – oito anos de reflexão, questões polêmicas**. FRANCO, Mirulza (colab. e trad). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.19–39. p. 28.

⁷⁶ *Id.*

Nesse sentido, de grande importância foi à decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Federal⁷⁸ declarou a constitucionalidade da lei. Os votos proferidos pelos ministros demonstraram que sendo caracterizada a voluntariedade das partes na celebração da convenção arbitral e de submeter o litígio ao juízo arbitral, retirando-se do juízo estatal, a instituição da arbitragem é plenamente válida e constitucional, pois a Constituição permite que as partes voluntariamente, excluam determinados litígios da apreciação do Judiciário.⁷⁹

Como lembra Sálvio de Figueiredo Teixeira não há dúvidas quanto à constitucionalidade da Lei de Arbitragem, pois dentre outros motivos: i) o artigo 33 assegura aos interessados o acesso ao Judiciário para a declaração da nulidade da sentença arbitral; ii) há possibilidade de argüir a nulidade em embargos à execução; iii) a execução coativa só poderá ocorrer perante o Judiciário; iv) a sentença arbitral estrangeira para ser executada ou reconhecida no Brasil dependerá de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.⁸⁰

Selma Lemes lembra que o cenário mudou drasticamente desde o projeto da Lei de Arbitragem, mas que os apontamentos efetuados naquela época ainda seriam válidos. Aponta quatro fatores para a eficaz consolidação deste instituto: a segurança jurídica, a difusão cultural, a conscientização dos advogados e a manutenção de regras flexíveis.⁸¹

Não há dúvidas quanto à constitucionalidade da arbitragem, pois o que o inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal quer afastar é hipótese de impedir o acesso ao Poder Judiciário, mas isso não obriga que esse direito seja exercido a

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ Até a EC nº. 45 de 2004 a competência para homologação de sentença arbitral estrangeira era do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁹ Agravo Regimental em sentença estrangeira 5.206, Reino da Espanha, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; Agte.: MBV Commercial and Export Management Establishment; Agdo.: Resil Indústria e Comércio Ltda. J. 12.12.2001.

⁸⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 21-33. p.30.

⁸¹ LEMES, Selma Ferreira. O Cenário Atual da Arbitragem no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 1. n. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004. set.–dez. p. 129-137.

todo tempo. A solução dos litígios pelo judiciário não é obrigatória, assim, é lícita a transação relativa a direitos disponíveis.

O direito de recorrer o Judiciário permanece intacto, a solução do conflito por via privada é ato consensual, fundada na capacidade e autonomia das partes.

Portanto, a arbitragem não conflita com a garantia constitucional, sendo meio lícito de solução de controvérsias, desde que atenda os requisitos previstos pela Lei de Arbitragem.

2.4.3 Conceito e características

A arbitragem pode ser definida como meio privado de solução de litígios, em que as partes escolhem um terceiro que irá impor a sua decisão, nesse sentido, é caracterizada como forma heterônoma de solução de controvérsias.⁸²

Segundo Humberto Theodoro Júnior o juízo arbitral “importa renúncia à via judiciária, confiando as partes à solução da lide a pessoas desinteressadas, mas não integrantes do Poder judiciário”.⁸³

Diferencia-se da mediação, na medida em que nesta as próprias partes compõem o litígio, já na arbitragem há a substituição da vontade das partes, pela manifestação do árbitro. Por se tratar de meio heterocompositivo de solução de controvérsia, a presença do árbitro é indispensável, observada a garantia das partes ao contraditório e à ampla defesa.⁸⁴

Carlos Alberto Carmona conceitua a arbitragem como “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem

⁸² Diferente do que ocorrem na mediação e conciliação, classificadas como formas autônomas, pois nessas o poder de decisão é das próprias partes, enquanto na arbitragem o poder de decisão está nas mãos de terceiro, o árbitro.

⁸³ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 43.

⁸⁴ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Aplicabilidade da arbitragem na resolução de conflitos societários no âmbito da sociedade limitada. In: _____ (coord.). **Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007 p. 129 – 155. p. 132.

intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”.⁸⁵

Trata-se de compromisso através dos quais as pessoas interessadas submetem determinado litígio à decisão de um árbitro, ficando obrigadas a respeitar o resultado.⁸⁶

A arbitragem poderá ser classificada como interna e internacional. O critério determinado pelo legislador é o territorial ou geográfico, sendo interna a arbitragem proferida em território nacional e estrangeira aquela que tenha sido proferida fora do território nacional (Artigo 34, parágrafo único, da Lei nº. 9.307/1996).⁸⁷

José Albuquerque Rocha define como “um meio de resolver litígios civis, atuais e futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis, através de árbitro ou árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário”.⁸⁸

Resta claro que a arbitragem torna-se ainda mais interessante, na medida em que possibilita às partes a escolha da legislação aplicável na eventualidade do litígio. A Lei de Arbitragem aumenta o campo de incidência da vontade das partes e permite maior segurança nas relações comerciais, já que há a escolha prévia da legislação aplicável, não sendo a parte surpreendida por surpresas.

2.4.4 A convenção de arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral.

A convenção arbitral é essencial ao sistema, pois indispensável para instituição do procedimento arbitral. O artigo 3º da Lei nº. 9.307/96 estabelece que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral

⁸⁵ CARMONA, Arbitragem..., *op. cit.*, p. 31.

⁸⁶ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDRETTA., Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem – comentários à lei 9.307, de 23.09.1996**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 30.

⁸⁷ ROCHA, *op. cit.*, p.26.

⁸⁸ ROCHA, *ibid.*, p.24.

mediante a convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.⁸⁹

Desse modo, a convenção de arbitragem pode ser definida como o acordo escrito através do qual as partes se obrigam a submeter seus litígios civis, atuais ou futuros, ao juízo arbitral.⁹⁰

Carlos Alberto Carmona ao conceituar a convenção explica que

em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, abrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual seus objetivos são os fé derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros.⁹¹

Embora o legislador tenha optado por continuar com a dicotomia entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, não se pode considerar que o segundo seja mais importante, como já ocorreu historicamente. Isso porque, diante do novo sistema, a cláusula compromissória reveste-se de eficácia vinculante, sendo apta para instaurar o juízo arbitral.

Portanto, existem duas possibilidades para a instalação do juízo arbitral, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, deixando de ser a primeira mera promessa de celebrar o segundo.

A primeira forma que a Lei de Arbitragem estabelece para a instituição do juízo arbitral é a cláusula compromissória, prevista no artigo 4º que a define como a “convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato”.⁹²

Nessa hipótese, os contratantes convencionam que será competente o juízo arbitral para solução de litígios futuros, em relação ao negócio jurídico celebrado entre eles. Com isso, subtraem os futuros conflitos da jurisdição ordinária.

⁸⁹ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 186, p.1, 24 de setembro. 1996. Seção 1.

⁹⁰ ROCHA, *ibid.*, p. 28.

⁹¹ CARMONA, Arbitragem..., *op. cit.*, p. 79.

⁹² BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 186, p.1, 24 de setembro. 1996. Seção 1.

Essa previsão refere-se a litígios determináveis, pois a idéia própria de conflito contraria a expectativa das partes de firmarem um contrato. Assim, uma vez prevista em determinado contrato, basta que as partes estabeleçam os limites de atuação, ou seja, que mencionem as relações jurídicas por ela abarcada, para que seja válida.⁹³

Dentre as espécies de cláusula compromissória pode-se distinguir a cheia e a vazia. A primeira, também chamada de completa, contém todos os elementos necessários à instituição da arbitragem, nesse caso, ao surgir o litígio a cláusula traz todos os elementos para a instauração. A segunda é o pacto de arbitragem desprovido dos efeitos instituidores do juízo arbitral, nesse caso falta o comando para instituição direta da arbitragem.

A cláusula cheia dispensaria a elaboração do compromisso arbitral, necessário no caso das cláusulas vazias, pois nesta estariam presente todos os elementos necessários à instauração do juízo.

O legislador, para evitar a disparidade historicamente existente entre a cláusula compromissória e o compromisso, atribuiu força executória específica à cláusula compromissória na modalidade 'vazia', permitindo que se obrigue a parte que resiste ao seu cumprimento (artigos 6º e 7º da Lei de Arbitragem). Com isso, objetivou a efetividade não só ao compromisso, mas também à cláusula, importando em maior segurança jurídica aos contratantes.⁹⁴

A única exigência de validade é a forma escrita, não há uma forma específica⁹⁵, basta que as partes tenham expressado a sua vontade. Nem mesmo exige-se a assinatura expressa dos contratantes, desde que se instrumentalize, a concordância dos envolvidos. Poderá vir estipulada validamente por troca de cartas,

⁹³ MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 77

⁹⁴ NEVES, Flávia Bittar. O efeito vinculante da convenção de arbitragem – análise jurisprudencial no direito comparado. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (coord). **Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 77-106. p. 78.

⁹⁵ Ressalte-se que o artigo 4º, § 2º da LA estabelece que nos casos de contrato de adesão a cláusula só será válida se for instituída por iniciativa do aderente, ou que este concorde de forma expressa, por escrito em documento anexo ou no contrato com a cláusula em negrito, ou ainda, visto especialmente para a cláusula.

comunicações, telegrama ou fac-simile, o que importa é a aceitação do pacto pelas partes, isto é, de que houve renúncia à jurisdição estatal.⁹⁶

A exigência da forma escrita, seja quando inserida em um contrato, seja quando em apartado (nesse caso deverá fazer referência expressa a ele), torna certa a extensão da cláusula arbitral, para que não haja dúvidas sobre qual o seu objeto.⁹⁷

A cláusula arbitral possui a natureza jurídica de um negócio jurídico processual, em que a vontade das partes produz efeitos negativos imediatos com relação à jurisdição estatal e positivos em relação ao processo arbitral.⁹⁸

Marcos Bernardes de Mello define o negócio jurídico como

fato cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro dos limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.⁹⁹

Por ter natureza de negócio jurídico, podem ser identificados como elementos essenciais da cláusula compromissória a forma escrita, o consentimento e a capacidade das partes, e por fim, objeto lícito, possível e determinável.¹⁰⁰

É assegurada à cláusula compromissória a autonomia em relação ao contrato em que está inserida, pois constitui um negócio jurídico com individualidade própria. Como consequência dessa autonomia, a nulidade do contrato não afeta a cláusula (artigo 8º da Lei de Arbitragem).

Consoante a isso, ao árbitro é conferido o poder de decidir sobre as questões de existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem (artigo 8º, §

⁹⁶ MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 78.

⁹⁷ LEMES, Selma M. Ferreira. Jurisprudência Comentada. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, ano 1, n. 2, 2004. p.261-271. maio-agosto, 2004. p. 263.

⁹⁸ NEVES, *op. cit.*, p.87.

⁹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 189.

¹⁰⁰ Os requisitos de validade do negócio jurídico, segundo o artigo 104 do Código Civil são: "I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei".

único da Lei de Arbitragem), isto é, possui o poder de resolver sobre a sua própria competência¹⁰¹. É o que a doutrina chama de princípio da *kompetenz-kompetenz*:

segundo o princípio da *kompetenz-kompetenz*, todo tribunal arbitral é competente para decidir sobre sua própria competência. Em outras palavras, sempre que uma das partes num procedimento arbitral argüir a incompetência do tribunal arbitral para julgar a questão em litígio, seja devido a inexistência ou invalidez da cláusula arbitral ou em razão de seu alcance *rationae materiae* ou *rationae personae*, a questão deverá ser analisada e decidida pelo próprio tribunal arbitral que é o único com poderes para proferir uma decisão final sobre a questão.¹⁰²

Em relação ao cumprimento pelas partes do previsto na cláusula compromissória, lembra Selma M. Ferreira Lemes que “não pode assistir razão àquele que aceita as estipulações contratuais e depois, quando não lhe convém ou interessa, nega a validade da cláusula compromissória”.¹⁰³

As relações contratuais devem respeitar as normativas estabelecidas nos artigos 113 e 422 do Código Civil: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração” e “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

Nesses casos, deve ser aplicada a cláusula geral da boa-fé, Enéas Costa Garcia aduz que

o recurso da boa-fé como regra de comportamento leal, permite ao julgador identificar, no caso concreto, qual deveria ser o comportamento probo devido pelos contratantes. É a boa-fé, na maior parte dos casos, que vai dar conteúdo destes deveres acessórios de conduta. A idéia não é difícil de captar. A boa-fé exige um comportamento honesto das partes. E mais do que isso, exige um comportamento que leve em consideração a pessoa do outro contratante. Esse elemento ético obriga as partes a agirem de modo colaborativo, unidas no intuito de dar ao contrato a sua verdadeira e completa eficácia.¹⁰⁴

¹⁰¹ ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 420.

¹⁰² MENDES COSTA, Marina. Organizações internacionais e arbitragem CCI. **Revista Brasileira de Arbitragem**. São Paulo: Ed. Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem, n. 0, jul./out. 2003. p. 163.

¹⁰³ LEMES, Jurisprudência..., *op. cit.*, p. 263.

¹⁰⁴ GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós contratual à luz da boa-fé**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 102. Apud: LEMES, Selma M. Ferreira. *Jurisprudência Comentada. Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 1, n. 2, 2004. p.261-271. maio-agosto, 2004. p. 270.

No mesmo sentido Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa¹⁰⁵ lembra que o Código Civil estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato¹⁰⁶, pois as partes devem respeitar os princípios de probidade e boa-fé, tanto na celebração do contrato, como em sua execução.

Por sua vez, o compromisso arbitral, constitui espécie de convenção de arbitragem, contemporâneo ao surgimento do litígio, na qual as partes decidem submetê-lo à via arbitral.

Determina o artigo 9º da Lei de Arbitragem que “o compromisso arbitral é a convenção através das quais as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.¹⁰⁷

O compromisso judicial será aquele celebrado por termos nos autos, perante o juízo ou tribunal onde está em curso a demanda, já o extrajudicial, deverá ser celebrado por escrito, quando o instrumento particular deverá ser assinado por duas testemunhas, ou poderá ser por instrumento público.

Diferencia-se da cláusula compromissória, pois seus efeitos operam de forma imediata, a existência do conflito é essência do compromisso. Nesse sentido afirma Pedro A. Batista Martins que

contrariamente do que ocorre com a cláusula compromissória, os efeitos do compromisso operam-se imediatamente. Não se projetam, portanto, para o futuro, pois o que gera interesse das partes e as vinculam ao compromisso é, justamente, a existência de um conflito.

Os efeitos do compromisso não são, pois incertos, já que independem da ocorrência de evento futuro, isto é, do surgimento do conflito. Ao contrário, a existência de disputa é condição do compromisso.

Tal pressuposto não é da essência da cláusula compromissória. Enquanto essa presume uma condição para pôr em marcha seus efeitos, o compromisso pressupõe a eclosão de uma controvérsia, como condição de sua existência. Enquanto a cláusula compromissória é essencialmente *temporal*, porquanto projeta-se para um futuro, o compromisso é fundamentalmente momentâneo, pois diz com o fato posto. Enquanto a cláusula arbitral alcança e se limita, regra geral, às dúvidas oriundas do

¹⁰² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Doze anos da Lei de arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.). **Aspectos da Arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2008. p.15-32. p.16.

¹⁰⁶ Art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 186, p.1, 24 de setembro. 1996. Seção 1.

contrato em que está inserta, o compromisso alcança qualquer conflito contratual ou extracontratual, judicial ou extrajudicial, e encontra seu limite nos direitos indisponíveis.

Enquanto os efeitos positivo e negativo da cláusula compromissória exercem verdadeira blindagem jurídica no caminho da instituição da arbitragem, no compromisso eles pouco são testados, vê-se que o imediatismo desse instrumento contratual opera praticamente, com a sua assinatura, a própria instituição da arbitragem.¹⁰⁸

A natureza jurídica do compromisso arbitral é análise controvertida no direito brasileiro, transita entre o ato jurídico e o contrato.

Os autores que negam a natureza contratual, fundam-se em lição de Clóvis Beviláqua ao defender que o compromisso não cria, modifica, nem conserva direitos, limitaria apenas a extinguir obrigações, mesmo posicionamento possui J.M. de Carvalho Santos.¹⁰⁹

Carlos Alberto Carmona em crítica a esse posicionamento, afirma que tais autores ignoram as relações jurídicas criadas pelo compromisso. Defensor da natureza contratual, afirma que o compromisso produz efeitos processuais marcantes, afastando o juiz estatal e atribuindo competência aos árbitros para dirimir o conflito.¹¹⁰

Sendo o compromisso firmado entre as partes, deve conter obrigatoriamente a qualificação das partes, a qualificação dos árbitros, a matéria objeto do litígio e o local que será proferido o laudo (artigo 10 da Lei de Arbitragem).

Ao contrário do que ocorre com a cláusula compromissória, o compromisso arbitral é ato solene e a falta de qualquer dos requisitos estabelecidos, resultará na nulidade do negócio jurídico.

Elementos facultativos são estabelecidos no artigo 11 que elenca rol de hipóteses recomendadas pelo legislador para compor o compromisso arbitral, diferentemente do que ocorre com o dispositivo precedente, não há obrigatoriedade, mas apenas sugestões passíveis de incorporação.¹¹¹

¹⁰⁸ MARTINS, Apontamentos sobre..., *op. cit.*, p. 165.

¹⁰⁹ CARMONA, Arbitragem..., *op. cit.*, p. 85.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ Dispõe o artigo 11: Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III - o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando

A extinção do compromisso poderá ocorrer nas hipóteses estabelecidas no artigo 12 da Lei de Arbitragem¹¹², o qual determina a extinção do compromisso arbitral nas seguintes hipóteses:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Nas circunstâncias previstas nos incisos I e II, o árbitro escolhido pelas partes é insubstituível, tendo o compromisso caráter personalíssimo. No primeiro caso, o processo arbitral não chega a ser iniciado, pois o árbitro recusa o exercício da função. No segundo caso, o processo arbitral está em andamento, mas será extinto sem julgamento do mérito.

Na hipótese do inciso III, trata da demora para que seja proferido o laudo arbitral. Várias circunstâncias podem levar a impossibilidade de o árbitro proferir a sentença no tempo contratado, desde moléstias que incapacitem a atividade do profissional, seu afastamento por impedimento ou suspeição, ou mesmo, a demora provocada pelas próprias partes.

Todavia, podem as partes no exercício da autonomia da vontade, estabelecer outras hipóteses, não previstas na legislação. Mesmo nos casos previstos, que são apenas exemplificativos, o princípio informador da extinção legal do compromisso é a declaração de vontade das partes, assim também há de validar as hipóteses criadas.

assim convencionarem as partes; V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros. Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença". (BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 186, p.1, 24 de setembro. 1996. Seção 1).

¹¹² BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 186, p.1, 24 de setembro. 1996. Seção 1.

3 A ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

3.1 SOCIEDADES ANÔNIMAS - CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A sociedade anônima surgiu devido à política colonialista do século XVII, pela necessidade de formação de grandes capitais, que passou a ser reunido com o concurso de recursos do Estado e da iniciativa privada ¹¹³. De fato, a fórmula encontrada para suprir os altos investimentos das expedições exploradoras, se deu pela reunião de capital público e privado, mediante o fracionamento em partes de pequeno valor, permitindo que um número maior de pessoas pudesse investir naquele negócio. ¹¹⁴

Com isso, as sociedades anônimas assumiram importância transcendental na sociedade moderna, pois permitem atender uma extensa poupança, com a limitação da responsabilidade e a possibilidade de negociação dos títulos, obtendo liquidez¹¹⁵. Para Túllio Ascarelli

a função econômica e social da sociedade anônima decorre do fato de constituir, ela, um instrumento jurídico para recolher economias em vastas camadas da população, angariando assim, capitais que superam as forças econômicas de indivíduos isolados [...]¹¹⁶

No Brasil, atualmente, a sociedade anônima tem seu regramento estabelecido pela Lei nº. 6.404/76, que em seu artigo 1º determina que “a companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”.¹¹⁷

¹¹³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2007. p.3.

¹¹⁴ BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 5 ed. ver. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2209. p. 218.

¹¹⁵ REQUIÃO, *op. cit.*, p.7.

¹¹⁶ ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 143/144.

¹¹⁷ BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 de dezembro. 1976.

Em consonância com esse dispositivo, pode-se conceituar a sociedade anônima como sociedade comercial ou empresária, cujo capital divide-se em frações iguais (ações), sendo a responsabilidade do sócio limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.¹¹⁸

No mesmo sentido, Trajano de Miranda Valverde define a sociedade anônima como

uma pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, em que todo o capital se divide em ações, que limitam a responsabilidade dos particulares, sócios ou acionistas ao montante das ações, por eles subscritas, as quais facilitam, por sua circulação, a substituição de todos os sócios ou acionistas.¹¹⁹

Assim, destacam-se as seguintes características da sociedade anônima: i) a divisão do capital social em ações; ii) a responsabilidade limitada dos sócios ao valor pago pelas ações; iii) a natureza empresarial; iv) além de ser uma sociedade de capitais.

O capital social é a reunião de recursos transferidos pelos sócios para que a sociedade possa cumprir o seu objetivo econômico¹²⁰. Poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em quaisquer espécies de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro, conforme determina o artigo 7º da Lei nº. 6.404/76¹²¹.

Desse modo, como primeira característica, tem-se que esse montante de recursos é dividido em frações iguais denominadas ações. Em uma visão restrita a idéia de unidade de capital, Ricardo Negrão conceitua as ações como a menor parte do capital social. Sendo a representação da participação do acionista, com direitos próprios dos sócios¹²².

¹¹⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: sociedade anônima**. v.II. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 11.

¹¹⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedade por ações: comentários ao decreto-lei nº 2.627 de setembro de 1940**. 3.ed. rev. e atual v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 75.

¹²⁰ BERTOLDI; RIBEIRO, *op. cit.*, p. 241.

¹²¹ Art. 7º: O capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.

¹²² NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. **Manual de direito comercial**. Campinas: Bookseller, 2001. p 366/367.

Ainda, alguns doutrinadores consideram as ações como títulos de crédito. Contudo, esse posicionamento não é o mais acertado, para Francesco Galgano a diferença seria que

a ação se diferencia dos outros títulos de crédito pela particular complexidade da situação jurídica que incorpora: não se trata, como na ação cambial, de um direito de crédito singular; destinado a ser exercitado em um único ato; mas se trata de uma posição contratual, da posição de parte no contrato da sociedade, implicando uma pluralidade de direitos (o direito de voto, o direito aos lucros etc.) suscetíveis d exercício mediante atos repetitivos, implicando, além d direitos,também obrigações (como a obrigação de efetuar o conferimento prometido).¹²³

Já para Pontes de Miranda “ação não é quota do patrimônio social; é direito que se tem perante a sociedade, inclusive para organiza-la, sem que o elemento pessoal do sócio entre em consideração”.¹²⁴

O Decreto-lei nº. 2.627 previa a necessidade de todas as ações possuírem o mesmo valor nominal. Posteriormente, com o advento da Lei nº. 4.728 de 1965, ficou estipulado que as ações não poderiam ter valor nominal inferior a Cr\$ 1,00. De modo diverso, atualmente a Lei nº. 6.404/76 admite ações sem valor nominal, contudo, existindo tal valor, as ações terão valores iguais. Não poderão as ações serem emitidas por preço inferior ao nominal fixado, caso esse preceito não seja fixado, a operação será nula, com a responsabilidade dos infratores, sem prejuízo da ação penal.¹²⁵

A segunda característica, diz respeito à responsabilidade dos sócios ao preço da emissão na subscrição das ações ou sua aquisição é a característica marcante nas sociedades anônimas, pois em nenhum dos demais tipos sociais, os sócios obrigam-se individualmente apenas aquilo que escolheram obrigar-se. É o que lembra Alfredo de Assis Gonçalves Neto ao afirmar que

o traço distintivo da sociedade anônima ou companhia em relação às demais: é a única na qual todos os sócios ou acionistas respondem

¹²³ GALGANO, Francesco. *La società per azione. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell' economia*. Padova: Cedam, 1988. vol. 7, p. 13. *Apud*: LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. In: *Revista de Mediação e Arbitragem*. Ano 6, nº. 22, p. 11-32, jul-set/2009. p. 18.

¹²⁴ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Tomo L: Direito das Obrigações: Sociedade por ações. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965, p. 4.

¹²⁵ MARTINS. Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas; lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. v. I: artigos 1º. A 105. Rio de Janeiro: Forense. 1975. p. 20.

exclusivamente pelo *preço de emissão das ações* que subscrevem ou adquirem – ou seja, pelo valor em dinheiro daquilo que cada um deles obrigou-se a contribuir para a companhia na subscrição ou na compra de suas ações.¹²⁶

A possibilidade de substituição de todos os sócios pela transferência das ações caracteriza a sociedade anônima como sociedade de capital, sendo esta a sua terceira característica.

Ressalte-se que embora exista a possibilidade de estabelecer nos estatutos alguma limitação à circulação, as ações sempre poderão ser negociadas. O interesse do acionista é o investimento, assim, a natureza *intuitu personae* dá lugar a natureza *intuitu pecuniae*, sem a necessidade de haver um relacionamento pessoal de confiança entre os sócios.

A quarta característica esclarece que independentemente do seu objeto social, a sociedade anônima será sempre empresária. Ou seja, pode ter como objeto qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e os costumes, sempre será mercantil. É o que determina o parágrafo único do artigo 982 do Código Civil¹²⁷ e o artigo 2º da Lei nº. 6.404/76¹²⁸.

Parte da doutrina destaca outras características da sociedade anônima, como por exemplo, a sua denominação social, que as diferencia das demais sociedades empresárias. Determina o art. 3º da Lei nº. 6.404/76 que “a sociedade será designada por denominação acompanhada das expressões ‘companhia’ ou ‘sociedade anônima’, expressas por extenso ou abreviadamente, mas vedada a utilização da primeira ao final.” Além disso, antes do advento do novo Código Civil era desnecessária a indicação dos fins da sociedade anônima, atualmente, pelo

¹²⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 419.

¹²⁷ Art. 982: Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

¹²⁸ Art. 2º: Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.
§1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.
§2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.
§3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

disposto no artigo 1.160 do mesmo diploma legal¹²⁹, deverá ser indicado também o objeto social.

Também, registre-se a marcante característica da complexidade da administração da companhia. Isso porque, as sociedades em geral têm plena liberdade de dispor acerca da sua administração, ao contrário da sociedade anônima em que devem ser observadas regras especiais quanto à administração. A lei impõe o modelo tripartite, composto pela Assembléia Geral, órgão de manifestação de vontade social, com a finalidade de deliberação sobre assuntos sociais e definição das políticas a serem adotadas; pela Diretoria, que é órgão de execução e o Conselho Fiscal, órgão de controle¹³⁰. Ainda como órgão da sociedade, o Conselho da Administração, obrigatório apenas para as companhias abertas, coloca-se entre a assembléia geral e a diretoria da companhia, tendo competência para deliberar sobre todas as questões de interesse da companhia, exceto as privativas da assembléia geral.¹³¹

Por fim, ao tempo do Decreto-lei nº. 2.627, uma das características das sociedades anônimas estava relacionada à necessidade de concurso de no mínimo sete sócios e a sua denominação deveria constar a indicação do seu objeto. Ao tempo dessa legislação, caso o número de sócios fosse reduzido a menos de sete, a companhia era considerada em liquidação, caso no prazo entre uma assembléia geral ordinária para outra, não fosse preenchido o número legal¹³². A lei atual não limita o número de sócios, sendo necessários apenas dois acionistas, conforme determina o artigo 80 da Lei 6.404/76¹³³, salvo a hipótese da subsidiária integral (art. 251 da Lei nº. 6.404/1976).

¹²⁹ Art. 1.160: A sociedade anônima opera sob denominação designativa do objeto social, integrada pelas expressões "sociedade anônima" ou "companhia", por extenso ou abreviadamente. Parágrafo único. Pode constar da denominação o nome do fundador, acionista, ou pessoa que haja concorrido para o bom êxito da formação da empresa.

¹³⁰ GONÇALVES NETO, Lições..., *op. cit.*, p. 13.

¹³¹ BERTOLDI; RIBEIRO, *op. cit.*, p. 317.

¹³² VALVERDE, *op. cit.*, p. 68.

¹³³ Art. 80. A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares:
I - subscrição, pelo menos por 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto;

3.2 A NATUREZA JURÍDICA DO ATO CONSTITUTIVO DA SOCIEDADE ANÔNIMA

A sociedade anônima constitui uma pessoa jurídica de direito privado, iniciada com os atos constitutivos, sendo necessárias as formalidades de registro e publicidade. Ou seja, a constituição da sociedade anônima se dá por meio do registro do estatuto social, documento que contém as regras de organização da sociedade, que deverá ser arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis.

Diversas teorias explicam a natureza jurídica do ato constitutivo, de um lado, temos a concepção da sociedade como um contrato, e de outro, a sociedade concebida e organizada como uma instituição.

A teoria mais antiga, fundada na tradição jurídico romana, entendia as sociedades como uma forma de contrato, por aplicar nestas diversas regras e princípios da teoria geral dos contratos.¹³⁴

Seguindo a orientação firmada com os Códigos do século XIX, o Código Civil brasileiro manteve a classificação das sociedades como gênero dos contratos, a época considerados como acordos bilaterais de vontade.¹³⁵

Essa concepção enfrenta diversas críticas, a mais expressiva leva em conta o fato de que as prestações das partes não são devidas as outras, mas concorrem para a transformação do patrimônio social.¹³⁶

De fato, existem várias disposições inerentes aos contratos bilaterais que não se aplicam ao negócio de constituição de sociedade, como por exemplo, as disposições relativas à sua resolução e à nulidade ou anulabilidade. Do ato que constitui a sociedade nasce um sujeito de direito capaz de direitos e obrigações,

II - realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro;

III - depósito, no Banco do Brasil S/A., ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, da parte do capital realizado em dinheiro.

Parágrafo único. O disposto no número II não se aplica às companhias para as quais a lei exige realização inicial de parte maior do capital social.

¹³⁴ LICATTI, *op. cit.*, p. 244.

¹³⁵ GONÇALVES NETO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 116.

¹³⁶ RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho societário**. Buenos Aires: Eitorial Astrea de Akfredo y Ricardo Depalma. 1998, p. 71.

distintos de quem o constituiu. Por isso, explica Alfredo de Assis Gonçalves Neto que

sustenta-se contra tal orientação que, ao contrário do que ocorre com os contratos (bilaterais e comutativos), não há o sinalagma com equivalência ou reciprocidade de prestações no ato constitutivo da sociedade; não há contraprestações das partes que se cruzem, visto que as prestações saem do patrimônio de cada qual para convergir na forma do patrimônio social comum. Nesse ato também não há partes com interesses contrapostos, mas uma só parte, integrada por todos os sócios e caracterizada pela busca de um mesmo interesse, com obrigações convergentes para tal desiderato.
137

Assim, surgem as teorias anticontratualistas ao defender que o ato de constituição da companhia não poderia ser considerado contrato, pois não está revestido do antagonismo, representado pela reunião de interesses contrários, inerente aos contratos tradicionais.

Considerando o ato constitutivo como um acordo coletivo, Francesco Massineo entende que as várias pessoas, possuindo os mesmos interesses, atuam como uma só parte. Trata-se, portanto, de um negócio jurídico unilateral, sem a dualidade ou pluralidade de partes exigida para a formação de um contrato.¹³⁸

Derivada do ato coletivo foi desenvolvida a teoria segundo a qual o ato constitutivo da sociedade seria um ato complexo, em que várias vontades se fundem, perdendo a individualidade, para que a expressão da vontade fosse unitária.

Distingue-se a teoria do ato complexo da teoria do ato coletivo, pois na primeira as vontades se fundem perdendo a individualidade, enquanto na segunda não, permanecendo as vontades autônomas e diferenciáveis entre si¹³⁹. Existindo a invalidade do vínculo de um dos sócios, haveria a nulidade do ato complexo, o que não aconteceria no ato coletivo¹⁴⁰. Para Efraín Hugo Richard e Orlando Manuel Muiño

¹³⁷ GONÇALVES NETO, Direito..., *op. cit.*, p. 117.

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho Civil y comercial**. t. ii. Buenos Aires: EJE, 1947. p. 343.

¹⁴⁰ RICHARD; MUIÑO, Derecho..., *op. cit.*, p. 73.

*las teorías unilateralistas explican el problema en lo atinente a la creación del ente, pero lo hacen inadecuadamente acerca de las relaciones entre los constituyentes. También explican las relaciones que se suscitan entre el accionista que se incorpora después de la constitución de la sociedad, pero presentan sus fallas. Las que pueden señalarse –amén de la insuficiencia de facto complejo para el caso de invalidez- son que sus sostenedores parten de la voluntad e los socios es desinteresada y no existen o no pueden existir intereses contrapuestos entre los constituyentes.*¹⁴¹

Diversamente, para Otto Von Gierke a sociedade será constituída por um ato corporativo, em que existe uma única declaração de vontade, de forma antecipada da autonomia e personalidade do próprio ente que vai ser constituído, cuja natureza jurídica estaria previamente estabelecida.¹⁴²

Contrário a essa teoria, Pontes de Miranda afirma que

*[...] o fato de a sociedade nascer do contrato, de derivarem das relações jurídicas criadas os pressupostos para ser personificar a sociedade por ações, de modo nenhum pode significar que não haja contrato. Aliás, a personificação é posterior, de regra, a eficácias contratuais.*¹⁴³

Com o desenvolvimento dessa teoria, surgiu a teoria da instituição, por Maurice Houriou para quem a sociedade seria uma instituição, caracterizada por uma organização social estável.

Para a teoria da instituição a vontade das partes teria importância apenas no ato de adesão e aceitação da disciplina, e não para os efeitos gerados durante a existência da sociedade. Isto é, importaria o regime da instituição, socialmente reconhecido, do que propriamente a vontade das partes.¹⁴⁴

A Lei nº. 6.404/1976 possui a base institucionalista, conforme está disposto na Exposição de Motivos:

*Entre a sociedade anônima de há trinta anos atrás, concebida basicamente como empresa familiar numa economia estagnada, e a moderna corporação em constante apelo ao crédito público, a diferença não é apenas quantitativa, de aumento de tamanho: é qualitativa. Há muito a S.A. deixou de ser um contrato de efeitos limitados para seus poucos participantes: é uma *instituição* que concerne a toda economia do País, ao crédito público, cujo funcionamento tem que estar sob o controle fiscalizador e o comando*

¹⁴¹ *Idid.*, p. 73/74.

¹⁴² GONÇALVES NETO, Direito..., *op. cit.*, p. 117.

¹⁴³ PONTES DE MIRANDA. *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁴ ENEI, *op. cit.*, p. 144.

econômico das autoridades governamentais. A síntese é da exposição de motivos do projeto italiano: 'a disciplina das sociedades por ações e sua modificação constituem, sobretudo, um elemento de política econômica e mais genericamente um fator político'.¹⁴⁵

Contudo, como lembra Rubens Requião considerar a sociedade anônima como instituição, acarreta que “como instituição está ela voltada para a consecução do ‘bem comum’, visando primacialmente aos altos interesses coletivos, desvanecendo um tanto o interesse privado, perseguido pelos acionistas.” Já como “*contrato regula os interesses pessoais de seus membros*”.¹⁴⁶

Retomando às teorias contratualistas, Tullio Ascarelli classificou o ato constitutivo da sociedade como contrato plurilateral, possibilitando a participação de mais de duas partes. Todos os sócios são detentores de direitos e obrigações em relação aos demais e a própria sociedade, ou seja, as partes não estão contrapostas, mas sim lados a lado, objetivando um fim comum, o lucro.¹⁴⁷

Em resposta à crítica quanto à inexistência de interesse contraposto, afirma o autor que no relacionamento entre os sócios existem divergências de interesse, entretanto, estas não se exteriorizam.

Pontes de Miranda também defende que a sociedade se constitui por meio de um contrato plurilateral, embora relacione a pluralidade ao requisito do número de sete sócios, conforme previa o Decreto-Lei nº. 2.627/1940.¹⁴⁸

Como crítica a essa teoria, observa Alfredo de Assis Gonçalves que esta não explica a existência de sociedade unipessoal, e ainda, que o contrato em si não tem o condão de permitir a visualização de um sujeito de direito distinto dos sócios que o formaram.

Calixto Salomão Filho aprimora a teoria do contrato plurilateral como um contrato-organização em que o elemento diferencial do negócio jurídico societário está na organização criada e não no interesse das partes.¹⁴⁹

¹⁴⁵ REQUIÃO, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ ASCARELLI, Túlio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 266.

¹⁴⁸ PONTES DE MIRANDA. *op. cit.*, p. 16.

¹⁴⁹ GONÇALVES NETO, Direito..., *op. cit.*, p. 119.

Wilson de Souza Campos Batalha ao analisar o caráter institucional ou contratual, lembra que a teoria contratualista utiliza-se do princípio da vontade presumida dos acionistas, para justificar a possibilidade de alteração das cláusulas do estatuto pela maioria de votos. Enquanto as teorias institucionalistas explicam por meio do “princípio da prevalência dos interesses sociais e do bem comum sobre os interesses individuais dos acionistas e do respeito irrestrito às regas do pacto constitutivo”.¹⁵⁰

As duas teorias centrais são relacionadas à disciplina legal das sociedades anônimas, sendo publicística ou privatística, correspondente à institucionalista e a contratualista, respectivamente.

Para aqueles que sustentam a disciplina legal publicística, o extremo liberalismo das correntes contratualistas poderia conduzir a distorções à coletividade, indicada pela “proteção da economia pública e particular, a defesa dos interesses da minoria, a tutela obrigacionistas, a segurança dos credores e dos trabalhadores, a manutenção e desenvolvimento das fontes de riqueza e de trabalho”.¹⁵¹

Diversamente, aqueles que defendem a natureza privatística sustentam que “as determinações legais cogentes e infranqueáveis enquadram-se no conceito de ordem pública, não suficiente para atribuir feição publicística a qualquer instituto”.¹⁵²

Para José Virgílio Lopes Enei a teoria que melhor captura a essência da sociedade anônima é a contratualista, pois não nega a sua função social, nem mesmo os efeitos que extrapolam o regime dos contratos, na sua forma tradicional.

¹⁵³

Assim, a sociedade anônima deveria ser entendida como um fenômeno contratual, cuja formação e funcionamento derivam da vontade convergente dos acionistas, sendo revelada por meio da assembléia de acionistas. Tendo a

¹⁵⁰ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais**. v. I Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 48.

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ ENEI, *op. cit.*, p. 145.

autonomia da vontade limites na função social do contrato e nos imperativos de ordem pública.¹⁵⁴

Ainda, sobre o tema e a partir do confronto entre as noções de sociedade unipessoal e as demais, conclui Alfredo de Assis Gonçalves Neto, que

nenhuma das diversas teorias que procuram explicar a natureza jurídica do ato constitutivo da sociedade é suficientemente satisfatória para a busca da base do seu regime jurídico. E isso é assim por duas razões.

Por primeiro, deve-se pôr em evidência que está diante de *duas figuras jurídicas distintas*, mas de mesmo rótulo, mas de formação diversa: a sociedade que tem como pressuposto a pluralidade de sócios e a sociedade unipessoal. À primeira aplicam-se as regras relativas aos contratos (plurilaterais); à outra, as disposições relativas aos negócios jurídicos unilaterais, de que também é espécie a fundação.

Em segundo lugar, deve-se considerar que as diversas teorias acima enunciadas não partem do *mesmo ponto de observação*. A sociedade pode resultar de um contrato; pode também ser criada por ato unilateral de vontade. De outro lado, é necessário também levar em conta que uma coisa é o resultado desejado (criação de sujeito de direito); outra é o modo de produzi-lo ou de obtê-lo (por contrato ou por ato unilateral); outra, ainda, é a sociedade depois de constituída, como agente de negócios jurídicos (cabendo, aí, falar-se em instituição, em contrato organização e, a meu sentir, em contrato normativo).¹⁵⁵

No mesmo sentido afirmam Efraín Hugo Richard e Orlando Manuel Muiño¹⁵⁶ que “a natureza do ato constitutivo da sociedade é usulamente um contrato, ‘o contrato constitutivo da sociedade’; mas também é uma instituição do que dele nasce: a sociedade-sujeito e a harmonia entre ambos aspectos não deve servir para provocar confusões que façam deslocar a imprescindível precisão das normas jurídicas”.¹⁵⁷

Desse modo, é possível seccionar o negócio jurídico, verificando os diversos ângulos que apresenta, buscando uma solução nas diversas categorias distintas, e não apenas em uma única. Aplicando-se a categoria mais adequada de acordo com a realidade do negócio jurídico analisada.

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ GONÇALVES NETO, Direito..., *op. cit.*, p. 119.

¹⁵⁶ RICHARD; MUIÑO, *op. cit.*, p. 70.

¹⁵⁷ “[...] la naturaleza de acto constitutivo de sociedade es usualmente um contrato, ‘el contrato constitutivo de sociedad’; pero también es una institución lo que de él nace: la sociedad-sujeto y la harmonia entre ambos aspectos no debe servir para provocar confusiones que hacen peligrar la imprescindible precisión de las normas jurídicas”. Tradução livre.

3.3 A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS.

As vantagens da aplicação da arbitragem para resolução de conflitos societários são inegáveis na conjuntura atual, tendo em vista a ineficiência generalizada da solução jurisdicional estatal.

Vale dizer, com a expansão do comércio interno e internacional não há tempo para se esperar a decisão judicial, por isso, a tendência é de privatizar a justiça, utilizando-se de meios alternativos de solução de conflitos, e nesse espaço ganha importância o instituto da arbitragem.¹⁵⁸

Principalmente em âmbito internacional, destacam-se argumentos pela preferência da arbitragem: i) o direito internacional privado não atende às expectativas do comércio internacional; ii) o receio de que sendo o litígio levado aos tribunais, exista a proteção do nacional.¹⁵⁹

Nesse sentido, José Maria Rossani Garcez apresenta as seguintes vantagens em relação a via judicial: i) prazo menor para a sentença; ii) confidencialidade e privacidade; iii) especialização efetiva dos árbitros que as partes podem escolher; iv) flexibilidade, pela escolha dos árbitros, das normas procedimentais, das leis e normas aplicáveis, etc.; v) neutralidade e justiça, possibilidade de escolha do local da arbitragem fora da área de influência de domínio das partes; vi) efetividade, cumprimento da sentença de forma voluntária, em percentagem mais elevada à sentença judicial; vii) baixo impacto na continuidade do relacionamento comercial entre as partes.¹⁶⁰

O prazo para a emissão da sentença arbitral é reduzido quando comparado a sentença arbitral, pois aquela não está sujeita a recursos, exceto, para a correção de erros materiais ou omissões (art. 30 da LA) e a possibilidade de anulação pela

¹⁵⁸ FRÓES, Carlos Henrique de C. A Arbitragem no Brasil de acordo com a Lei nº. 9.307/1996. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 69-78. p. 73.

¹⁵⁹ MOTULSKY, Henri. A Evolução recente da arbitragem internacional. **Revista de Mediação e Arbitragem**. **Revista de Arbitragem e mediação**, São Paulo, nº. 19, out.- dez. 2008. p. 14.

¹⁶⁰ GARCEZ, *op. cit.*, p.31

ação específica, conforme determina o art. 32 da LA¹⁶¹. Além disso, as partes podem estabelecer a data limite para que os árbitros profiram a sentença, caso não fizerem, o prazo será de seis meses (art. 23 da LA).¹⁶²

Também, decorre de um procedimento arbitral independente, que tem o prazo da sentença pelas partes, e ainda que possa ser estendido, o novo prazo deverá estar de comum acordo as partes e os árbitros (art. 23 da LA).

As conseqüências da publicidade do processo podem ser nefastas no âmbito societário, por isso, a confidencialidade passa a ser requisito indispensável no caso dos litígios societários. Lembra Bárbara Makant que

é justamente pelo fato de poupar os litigantes da publicização da contenda que a arbitragem interessa aos sócios de uma sociedade, pois não só evita qualquer tipo de exposição de informações confidenciais, mas também permite ao perdedor que restabeleça o seu comportamento, sem que seja atingida a sua reputação no meio empresarial no qual atua, além de evitar qualquer tipo de constrangimento a empresas que procuram contratar com o Governo e se encontram impedidas por figurarem como parte em disputas no Judiciário.¹⁶³

Árbitros especializados, escolhidos pelas próprias partes, são uma das grandes vantagens da escolha pelo procedimento arbitral, ainda mais em conflitos que envolvam natureza técnica.

No lugar de normas rígidas, a arbitragem possui a possibilidade das próprias partes escolherem as regras aplicáveis, ainda que exista uma tendência de homogeneidade estrutural das normas, princípios e jurisprudência, chamada de *lex mercatoria*.

Como já analisado anteriormente, o receio de uma decisão judicial em que haja a proteção do nacional, faz da neutralidade geográfica, pela eleição do foro pelas partes, importante característica da arbitragem.

Uma vez que a arbitragem deriva da autonomia das partes, há uma identidade maior entre estas e a decisão.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática)**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 361-391. p. 363

¹⁶³ MAKANT, Barbara. A Arbitrabilidade Subjetiva nas Sociedades Anônimas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 2, n. 4, p. 82-103, jan./mar. 2005. p. 100.

Por se tratar de instrumento pacificador, a arbitragem corrobora com a manutenção das relações comerciais entre demandantes e demandados.¹⁶⁴

Após a crise que abalou o mundo em 2008, desapareceu o clima de estabilidade que existiu no passado. Nesse contexto, com bem lembra Arnold Wald a crescente aplicação da arbitragem para os conflitos daí surgidos. Pois,

era evidente que a crise iria ensejar numerosos novos conflitos no mundo globalizado, discutindo-se quem deveria assumir os riscos e, conseqüentemente, pagar pelos prejuízos causados. Por outro lado, numerosos negócios, que tinham como pressuposto uma certa estabilidade e previsibilidade de resultados futuros, não puderam ser realizados na forma inicialmente concebida. Ensejaram, pois, também, litígios que proliferaram no direito societário e bancário, na área de investimentos e até no direito administrativo.

Em virtude de sua complexidade e da necessidade de soluções mais rápidas, as divergências que surgiram não poderiam ser resolvidas, pelo Poder Judiciário, nos prazos exigidos pela economia das empresas. Tivemos, assim, um recrudescimento da conciliação, da mediação e da arbitragem. Consolidou-se, assim, uma tendência de relativa privatização da justiça, que já se esboçava no Brasil desde o início do século XXI, e no exterior, a partir da Segunda Guerra Mundial, em 1945.¹⁶⁵

Principalmente no âmbito das sociedades anônimas os conflitos que possam surgir entre minoritários e majoritários, ou mesmo entre os titulares do controle partilhado, podem colocar em risco o futuro da empresa, ameaçando reduzir o valor das ações, dificultando a sua expansão e desenvolvimento.¹⁶⁶

De fato, “o juízo estatal é demorado demais, é formal demais, é público demais e nem sempre é aparelhado o suficiente para processar julgar causas societárias com a agilidade indispensável a que o regular curso dos negócios e a posição da sociedade no mercado não sofram impacto maior que o estritamente necessário”.¹⁶⁷

Nas palavras de Pedro A. Batista Martins:

O dinamismo empresarial e a amplitude dos mercados aliados à criatividade e à agilidade de seus agentes – afora a alta competitividade – impõem

¹⁶⁴ WALD, Arnold. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. **Revista de Mediação e Arbitragem**. São Paulo, ano 6. n. 20, jan-mar. p. 9/24, 2009. p. 12.

¹⁶⁵ *Ibid.* p. 11.

¹⁶⁶ *Ibid.* p 16.

¹⁶⁷ MOREIRA, Daniela..., *op. cit.*, p. 363/364.

solução rápida as questões que possam afetar, direta ou indiretamente, a sociedade empresarial.

A desavença sem resposta, ou a solução tardiamente posta, pode impiedosamente alijar a empresa da concorrência.

Ademais, por força da sofisticação das relações societárias, a tecnologia jurídica que as cerca reclama grau aprimorado de especialização geralmente encontrado nos profissionais que usualmente convivem e se aprofundam no exame do tem.

Razoável, nesses casos, a escolha de árbitros com o perfil e a experiência que a matéria requer.¹⁶⁸

Ou seja, o crescimento da economia nacional e mundial do comércio foi responsável pelo ressurgimento da arbitragem, apresentando-se hoje como meio aliado as práticas societárias, com o ganho de tempo na solução dos conflitos.

Tendo em vista as inegáveis vantagens na utilização da arbitragem, a Bovespa adotou sua utilização para o Novo Mercado, sendo obrigatória essa forma de solução de litígios entre aquela, a companhia, o acionista controlador, os administradores e os membros do conselho fiscal.¹⁶⁹

Lívia Rossi explica que a Bolsa de Valores de São Paulo,

quando da instituição do Novo Mercado, estabeleceu que os conflitos surgidos no âmbito das sociedades listadas nos segmentos especiais da Bovespa (Novo Mercado e Nível 2 de Governança Corporativa) deveriam ser dirimidos por arbitragem. Além disso, foi organizada pela referida entidade a Câmara de Arbitragem do Mercado, em cuja composição encontram-se especialistas de diversas formações, tais como advogados, contadores, empresários e auditores.¹⁷⁰

Registre-se que a previsão no regulamento da Bovespa, não implica que a cláusula compromissória seja necessariamente prevista no estatuto das empresas¹⁷¹, não se trata propriamente da aplicação do §3º do artigo 109 da Lei nº. 6.404/76, pois a submissão do juízo arbitral não deriva da cláusula compromissória, mas sim da celebração de um Termo de Anuência que vincula o investidor em

¹⁶⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. **RDM**. São Paulo, ano XLI, n.126 p.58 -74, abril-jun.2002. p.59.

¹⁶⁹ MOREIRA, Daniela..., *op. cit.*, p. 389.

¹⁷⁰ ROSSI, *op. cit.*, p.195.

¹⁷¹ GARCEZ, *op. cit.*, p 118.

relação aos conflitos que envolvam quaisquer das companhias inscritas nos segmentos especiais da Bovespa.¹⁷²

3.4 A PREVISÃO DA ARBITRAGEM NA LEI Nº. 6.404/76

A arbitragem como meio de solução de conflitos societários não é novidade no Brasil, pois como citado no presente estudo, o artigo 294 do Código Comercial previa a arbitragem obrigatória. Com a alteração pela Lei nº. 1.310/1866, a arbitragem tornou-se facultativa, e posteriormente o Decreto nº. 3.900/1867, fez da cláusula compromissória simples promessa de contratar.

Vale lembrar que mesmo quando da arbitragem compulsória, havia, ainda, a facultativa, para quaisquer outros conflitos societários, como aqueles entre sócios e a própria sociedade.¹⁷³

A própria Lei nº. 6.404/1976, mesmo antes da reforma de 2001, já previa a possibilidade de utilização da arbitragem, pois na hipótese de empate nas deliberações em assembleia geral, instaurar-se-á juízo arbitral, se assim dispusesse o estatuto da companhia (§2º do art. 129)¹⁷⁴. Para Pedro A. Batista Martins, esse dispositivo, tende a estimular a solução convencional, sendo a solução judicial última opção para a solução do impasse¹⁷⁵.

Registre-se que apesar do §2º do art. 129 da Lei n. 6.404/76 falar em arbitragem, parte da doutrina entende que nesse caso específico, não há um litígio decorrente do descumprimento de uma obrigação. Portanto, se estará diante de um procedimento de auxílio na formação da vontade social da deliberação da

¹⁷² LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A clausula compromissória estatutária. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, n. 22, p. 11-32, 2009. p. 25.

¹⁷³ MOREIRA, Daniela..., *op. cit.*, p. 362.

¹⁷⁴ BERTOLDI, Marcelo M. **Reforma da lei das sociedades anônimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 72.

¹⁷⁵ MARTINS, A arbitragem ..., *op. cit.*, p. 71.

assembléia de acionistas¹⁷⁶, e não arbitragem como meio alternativo de solução de litígios. Desse modo, para Marcelo Dias Gonçalves Vilela

a possibilidade de adoção da arbitragem nas sociedades anônimas antes da Lei n. 9.307/96, portanto, não decorria do art. 129 da Lei n. 6.404/76, mas sim do próprio Código Comercial, sendo que a intervenção de terceiro diante dos impasses nas deliberações sociais não se fazia devido a existência de litígio, sendo impróprio denominar tal procedimento de arbitragem.¹⁷⁷

Em sintonia com o avanço da disciplina da arbitragem, a Lei nº. 10.303/2001, ao modificar diversos dispositivos da Lei nº. 6.404/1976, acrescentou o §3º no artigo 109, com a seguinte redação: “o estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar”.

Essa alteração, conforme entende Modesto Carvalhosa vem ao encontro da necessidade, inerente à própria dinâmica das atividades econômicas, de maior eficiência na solução de litígios entre os acionistas.¹⁷⁸

Em verdade, o dispositivo é apenas indicativo de que o recurso da arbitragem está aberto aos acionistas e a sociedade para a solução de conflitos¹⁷⁹. Será aplicável tanto à companhia aberta quanto à fechada, pois conforme lembra Luís Loria Flaks quando a lei quis diferenciar a quem se dirigia a norma, sempre o fez expressamente¹⁸⁰.

Vale lembrar que mesmo antes dessa previsão, a arbitragem já era possível no âmbito das sociedades anônimas, sendo que com a reforma de 2001, o “legislador procurou realçar ainda mais a possibilidade de utilização desse

¹⁷⁶ VILELA, Arbitragem..., *op. cit.*, p. 159.

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 161.

¹⁷⁸ CARVALHOSA, Modesto. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§3º d art. 109). In: LOBO, Jorge (coord). **Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei nº. 10.303, de 31.10.2001**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 321-343. p. 321.

¹⁷⁹ MAKANT, *op. cit.*, p. 84.

¹⁸⁰ FLAKS, Luís Loria. A arbitragem na reforma da lei das S/A. **RDM**. São Paulo, ano XLII, n. 131. p. 100- 121,jul.-set. 2003. p. 108.

instrumento de solução de litígios, que, como se verá, é uma alternativa, no mais das vezes, mais indicada que a tradicional jurisdição estatal”.¹⁸¹

Arnold Wald, ao analisar o disposto no §3º do artigo 109 da Lei nº. 6.404/1976, afirma se tratar “de mera explicitação, pois mesmo antes da reforma legislativa de 2001, nada impedia que as partes incluíssem, nos seus estatutos, a cláusula compromissória”. Para o autor

[...] a vantagem do novo texto legal constituiu em explicitar, *ex vi legis*, a sua aplicação a todos os acionistas, quer tenham concordado ou não com o estatuto, quer tenham adquirido as suas ações antes ou depois da aprovação do texto, que submeteu os conflitos societários à arbitragem, ou até que se tenham manifestado contrariamente à mencionada disposição estatutária.¹⁸²

Impossível saber qual foi a intenção da lei com esse dispositivo, se vincular todos os acionistas a arbitragem, quando houver a cláusula compromissória estatutária, ou apenas ressaltar a utilização da arbitragem. Contudo, como é sabido, não se presume que leis contenham disposições ou palavras inúteis¹⁸³.

Aliás, a arbitragem, como meio alternativo de solução de litígios, já vinha sendo utilizada pelas sociedades, em decorrência das notórias dificuldades do Poder Judiciário em dirimir as complexas divergências surgidas no meio societário entre acionistas, a companhia e seus controladores¹⁸⁴. Daí essa previsão consolidar o favorecimento da arbitragem, não se tratando de autorização legislativa¹⁸⁵.

Diante da nova redação do art. 109 da Lei nº. 6.404/1976, entendimentos divergentes foram expendidos, quanto aos limites objetivos e subjetivos da cláusula compromissória estatutária. Nesse ponto é que se delimita o objeto do presente estudo e que se passa a analisar.

¹⁸¹ BERTOLDI, Reforma..., *op. cit.*, p. 72.

¹⁸² WALD, A crise..., *op. cit.*, p. 16.

¹⁸³ FLAKS, *op. cit.*, p. 108.

¹⁸⁴ ROSSI, *op. cit.* p. 195.

¹⁸⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. **RDM**. São Paulo, ano XLI, n.126 p.58 -74, abril-jun.2002. p. 71.

3.5 LIMITES SUBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PREVISTA NO ESTATUTO SOCIAL

Admitida a inserção da cláusula compromissória no estatuto social, é necessário traçar os limites e a extensão do juízo arbitral na solução dos litígios sociais.

Ressalte-se que o que será inserido no estatuto social é a cláusula compromissória, sendo o compromisso arbitral celebrado somente após ter surgido o conflito, e para facilitar a essa segunda etapa, Modesto Carvalhosa¹⁸⁶ propõe que a cláusula deve seja do tipo 'cheia'.

Evidente que é possível também o estabelecimento do compromisso arbitral diante de litígio ocorrido no seio da companhia, entre sócios, ou entre esses e a sociedade, bastando que estes estipulem que o conflito será solucionado por meio de arbitragem, “mesmo que o estatuto da companhia não contenha cláusula compromissória”.¹⁸⁷

Primeiramente quanto aos limites subjetivos da arbitragem prevista nos estatutos sociais, investiga-se a vinculação do acionista quando da fundação da companhia, quando da alteração do estatuto social para a inclusão da cláusula compromissória, os novos acionistas que ingressam no quadro social após a inclusão da cláusula compromissória estatutária, ainda, a vinculação dos controladores e administradores, além dos casos de cessão e sucessão da participação societária.

Após, faz-se uma análise sobre os limites objetivos da cláusula compromissória, de acordo com o estabelecido na Lei de Arbitragem.

¹⁸⁶ CARVALHOSA, *op. cit.*, p. 322.

¹⁸⁷ BERTOLDI, Reforma..., *op. cit.*, p. 72.

3.5.1 Acionista fundador da Companhia

Inicialmente, para a constituição da companhia os seus idealizadores devem praticar uma série de atos que se dividem em três fases: i) providências preliminares; ii) constituição propriamente dita; e iii) providências complementares.

As providências preliminares estão estabelecidas no artigo 80 da Lei nº. 6.404/76, sendo necessário a subscrição de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto, por pelo menos duas pessoas; a realização de no mínimo 10% do preço da emissão das ações subscritas em dinheiro; além do depósito da parte do capital realizado em dinheiro, no Banco do Brasil S.A ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários.

Após, cumpridos todos os requisitos descritos, poderá a companhia ser constituída, por subscrição pública ou particular. A primeira se caracteriza pela captação dos recursos necessários à implementação do negócio no mercado, sendo requisito o prévio registro na Comissão de Valores Mobiliários, e a contratação de instituição financeira para intermediação e a assembléia de constituição. A segunda, não necessita dessas formalidades, sendo a constituição por assembléia ou por escritura pública¹⁸⁸. As formalidades complementares competirão aos administradores, sendo estes responsáveis pelo arquivamento e publicação dos atos constitutivos.

De todo modo, uma vez que a aprovação do estatuto deve se dar por unanimidade, todos os acionistas fundadores, estão necessariamente vinculados a cada uma das disposições do estatuto social, até mesmo à cláusula arbitral. Não sendo exigido qualquer outro tipo de formalidade para sua validade ou eficácia.¹⁸⁹

Nessa hipótese, não há dúvidas quanto aos efeitos do pacto compromissório, pois assinado por todos os acionistas¹⁹⁰. Esse também é o posicionamento de Modesto Carvalhosa, para quem a aprovação do estatuto seria

¹⁸⁸ BERTOLDI; RIBEIRO, *op. cit.*, p. 236.

¹⁸⁹ FLAKS, *op. cit.*, p. 101.

¹⁹⁰ MARTINS, A arbitragem..., *op. cit.*, p. 69.

tratatus, contraposto a *dictatus* quando há a aquisição de ações posteriormente ao ato constitutivo, e nesse caso, não haveria vinculação direta à cláusula arbitral.¹⁹¹

Lívia Rossi diferencia a subscrição pública da particular para definir os limites subjetivos da cláusula compromissória, quando da constituição da companhia. Nos dois casos, a autora chega a mesma conclusão:

Resumindo, pode-se sustentar, como é defeso alegar desconhecimento da lei, que os acionista que subscreverem publicamente ações de companhia em constituição, em cujo projeto de estatuto social estava incluída clausula compromissória arbitral, anuíram aos termos do estatuto, bem como ao referido pacto, tendo em vista que, por lei, a alteração estatutária para a exclusão da referida cláusula só poderia ser realizada através do consenso de todos os sócios. Além disso, os acionistas, caso não concordassem com referida convenção arbitral, tinham a faculdade de não adquirir as ações e, portanto, não ingressar no quadro social.¹⁹²

Portanto, resta claro que caso o projeto do estatuto contenha previsão de cláusula compromissória arbitral, não há dúvidas quanto à validade e eficácia dessa convenção em face de todos os sócios. Os acionistas que subscreveram suas ações teriam concordado inequívoca, livre e expressamente sua intenção de se submeter individualmente ao juízo arbitral.¹⁹³

3.5.2 Alteração no estatuto social

A possibilidade de reforma do estatuto está prevista no art. 122, I da Lei das Sociedades Anônimas, e ocorrerá privativamente em assembléia geral. Após regularmente instalada, a regra geral, quanto ao quorum deliberativo será o da maioria das ações votantes presentes à assembléia geral, não computados os votos em branco.¹⁹⁴

¹⁹¹ CARVALHOSA, Cláusula..., *op. cit.*, p. 330.

¹⁹² ROSSI, *op. cit.*, p. 198.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 197.

¹⁹⁴ CORREA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 2 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 180.

¹⁹⁵ MARTINS, A arbitragem..., *op. cit.*, p.71.

Nesse ponto, em relação a adesão ou não da convenção arbitral o entrave resulta da falta do necessário elemento volitivo. De um lado, a situação do acionista que aprovou a alteração com a inclusão da cláusula compromissória, de outro lado, a situação do acionista dissidente, ausente ou que se absteve de votar. Para aqueles que refutam a oponibilidade, além da ausência de manifestação de vontade, para o sócio dissidente haveria uma recusa expressa.¹⁹⁵

Primeiramente o acionista que aprovou a alteração está vinculado, da mesma forma que o acionista fundador da companhia, pois manifestou a sua vontade em favor da convenção arbitral.

Pedro A. Batista Martins afirma que o importante, nesta hipótese, será a transparência da deliberação, “preferencialmente, a existência da cláusula compromissória deveria, também, ser informada nas demonstrações financeiras e nos certificados de ações e publicizada junto à CVM e as Bolsas de Valores”.¹⁹⁶

Carlos Augusto da Silveira Lobo entende que não é o voto que vincula o acionista a cláusula compromissória, o voto contribui para a formação da vontade social, sendo o acionista obrigado “pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*)”.¹⁹⁷ Segundo esse entendimento, o voto desfavorável não desobrigaria o acionista.

Contrária a esse entendimento lembra Sandra Yuri Yonekura que

no caso de ser inserida posteriormente, que ela somente será oponível ao sócio que expressamente manifestar sua vontade concordando, então, que os litígios serão resolvidos pela via arbitral, do contrário, ao sócio que se omitir não poderá ser entendido que tacitamente concordou com a imposição da mesma em si. [...] tem-se que a função do pacto parassocial, inserido na cláusula compromissória estatutária, e a de implementar, na companhia, interesses individuais da própria sociedade e daqueles pactuante.¹⁹⁸

Em relação ao acionista dissidente, ausente ou que se absteve de votar, o questionamento se faz presente, pois não houve a manifestação de vontade exigida para afastar a jurisdição estatal, ou pior, no caso do acionista dissidente, houve a manifestação contrária a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social.

¹⁹⁶ MARTINS, A arbitragem..., *op. cit.*, p.73.

¹⁹⁷ LOBO, *op. cit.*, p. 24.

¹⁹⁸ YONEKURA, Sandra Yuri. A arbitragem e a lei das sociedades anônimas. **Revista de Direito Empresarial**. Curitiba, n.2, jul./dez, p. 81-94, 2004. p. 83/84.

A saída encontrada por parte da doutrina é princípio da maioria que rege as deliberações assembleares, o acionista ao ingressar na companhia teria conhecimento e reconheceria o princípio legal majoritário, não podendo fazer nada, exceto nas hipóteses de prática ilícita no direito de voto¹⁹⁹. Para José Virgílio Lopes Enei na deliberação da assembléia que por maioria inclui a cláusula compromissória no estatuto haveria a prévia manifestação de vontade de todos os acionistas, pois

quando voluntariamente ingressam na sociedade, os acionistas se submetem às regras corporativas, dentre as quais a regra de que, na ausência de quorum especial previsto no estatuto, as questões da sociedade poderão ser deliberadas por maioria de votos. A decisão da maioria, portanto, não se dá a revelia do acionista dissidente, mas decorre de sua prévia e voluntária submissão às regras do jogo. É essa sua prévia e voluntária aceitação das regras corporativas que dá legitimidade à assembléia, conferindo-lhe poderes para deliberar em nome de todos os acionistas, e a todos vincular, ainda que por maioria de votos.²⁰⁰

Uma vez que não há previsão de quorum qualificado para alteração do estatuto para a inclusão da cláusula compromissória, poderá a assembléia deliberar por maioria simples. Nesse sentido, afirma Luís Loria Flaks que que no caso de alteração do estatuto para a inclusão da cláusula compromissória, o legislador não impôs qualquer condição, não necessitando, por exemplo, de ratificação e assembléia especial, pelos acionistas detentores de ações preferenciais, sendo que esta alteração não dará ao acionista o direito de recesso. “A matéria, portanto, poderá ser aprovada por acionistas representando a maioria do capital social votante presentes na assembléia, salvo se *quorum* qualificado estiver previsto no respectivo estatuto social”.²⁰¹

Ainda que parte da doutrina²⁰² entenda pela não vinculação do acionista dissidente, entende-se que o posicionamento mais acertado é o que vincula à

¹⁹⁹ MARTINS, A arbitragem..., *op. cit.*, p.71.

²⁰⁰ ENEI, *op. cit.*, p. 163.

²⁰¹ FLAKS, *op. cit.*, p. 105.

²⁰² Nesse sentido, afirma Daniela Bessone Barbosa Moreira que “a arbitragem deita raízes no exercício da liberdade de contratar. Não pare haver espaço para a arbitragem compulsória ou necessária, seja por imposição legal, seja em virtude de qualquer outro fator externo ao contratante. Por essa razão, apesar de sensíveis aos argumentos em sentido contrário, especialmente no que toca à supremacia do interesse social, coletivo, sobre o interesse pontual e específico do acionista, não vemos como se possa opor a cláusula compromissória ao acionista

cláusula compromissória todos os acionistas que faziam parte do quadro social da companhia quando da alteração do estatuto. Seja ele ausente, que se absteve de votar ou mesmo, o acionista que dissentiu na deliberação, conforme explica José Maria Rossani Garcez

não devem restar dúvidas de que aquele que dissentiu da resolução majoritária dos sócios que admitiu a arbitragem como método para solução de conflitos sociais tem de subordinar-se à mesma. Não se trata aqui de renúncia ao direito de ação ou cerceamento do direito de acesso à justiça, mas sim do deslocamento, pela vontade soberana da maioria dos sócios, simples ou qualificada, para a jurisdição privada e essa decisão deve ser cumprida. Em relação ao sócio contrariado, ele, se quiser, tem até meios de retirar-se posteriormente da sociedade, sem que afaste, entretanto, os efeitos da submissão à arbitragem que, embora o contrariem, tornaram-se a ele também oponíveis até aquela data.²⁰³

O silêncio em uma deliberação assemblear, regularmente convocada e com a devida publicidade, que altere o estatuto para a inclusão da cláusula compromissória, com a aprovação por maioria, passa a vincular todos os acionistas. A permanência do acionista depois da alteração do estatuto, ainda que tenha votado contra, implica aceitação tácita.²⁰⁴

Lívia Rossi entende ser importante a participação dos titulares de ação sem o direito a voto na assembléia que altera o estatuto, para que manifestem o seu consentimento acerca da deliberação²⁰⁵. Sendo adotado o princípio majoritário para aprovação, os acionistas sem o direito a voto estarão vinculados à cláusula compromissória arbitral, até porque

em regra, salvo as exceções estatutárias ou previstas em lei, os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto simplesmente não se manifestam. Assim, deliberações, como, por exemplo, cisão, incorporação ou fusão da companhia, alteração do objeto social ou da sede, dissolução da companhia, por mais importantes que sejam, independem da vontade dos acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto.

dissidente, assim entendido aquele que tenha manifestado expressamente discordância quanto à sua inclusão no contrato social ou estatuto da companhia. Mesmo quando possa ele retirar-se da sociedade, sua permanência não parece suficiente para caracterizar aceitação *das novas regras do jogo*, quando tenha manifestado vontade em sentido contrário". (MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática)**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 362-391. p. 370).

²⁰³ GARCEZ, *op. cit.*, p. 113.

²⁰⁴ MAKANT, *op. cit.*, p. 91.

²⁰⁵ ROSSI, *op. cit.*, p. 199.

Também, pelo mesmo motivo, não se levará em conta a vontade dos acionistas quando da deliberação assemblear que aprovar a alteração estatutária para prever a cláusula compromissória estatal.²⁰⁶

Ao acionista que dissentiu da deliberação, falece o direito de vetar ou obstaculizar a modificação. Caso atingido um direito essencial do acionista, a Lei das Sociedades Anônimas elenca as hipóteses que proporciona ao acionista a oportunidade de se retirar da companhia, mediante reembolso do valor de sua participação.²⁰⁷

Contudo, a introdução da cláusula compromissória não altera as condições essenciais do contrato de sociedade, ou restringe os meios e processos que o acionista possui para proteger os seus direitos²⁰⁸, não subsistindo a possibilidade do acionista se retirar. Para Carlos Augusto da Silveira Lobo

andou bem a lei brasileira ao não conferir o direito de recesso ao acionista dissidente da introdução da cláusula no estatuto. O direito de recesso, visa a proteger o minoritário dissidente em hipóteses especiais, quando majoritários, por uma decisão legítima, resolvem introduzir modificações na substância do contrato de sociedade, durante a vida da companhia.²⁰⁹

Portanto, para os casos de alteração para a inclusão da cláusula compromissória, não haveria a possibilidade de direito de retirada, pois não se trata das hipóteses taxativas previstas no artigo 137 da Lei nº. 6.404/76. Por isso, “se aceita a oponibilidade irrestrita da cláusula arbitral, restaria ao acionista dissidente quando muito vender sua participação societária, isso se houver mercado e liquidez para tanto”.²¹⁰

²⁰⁶ FLAKS, *op. cit.*, p. 110.

²⁰⁷ MARTINS, A arbitragem..., *op. cit.*, p.71.

²⁰⁸ LOBO, *op. cit.*, p. 21.

²⁰⁹ *Id.*

²¹⁰ ENEI, *op. cit.*, p. 162.

3.5.3 A vinculação dos novos acionistas.

Uma das principais características das sociedades anônimas é a circulação das ações. Sendo a aquisição destas em momento posterior à instituição da cláusula arbitral, poder-se-ia sustentar a não vinculação dos novos acionistas, pela inexistência de concordância.

Esse obstáculo ocorreria principalmente ao se tratar de companhia aberta, em que a aquisição de ações muitas vezes é concretizada por corretores, em bolsa de valores ou mercado de balcão, sem o conhecimento da existência da cláusula arbitral.²¹¹

Assim, discute-se aqui a vinculação do acionista que ingressa no quadro social da companhia que já possui a cláusula compromissória em seu estatuto social. A questão tem importância central, já que um dos pilares para instituição do júízo arbitral é a autonomia da vontade.

Parte da doutrina entende que os novos acionistas não estariam automaticamente vinculados à convenção arbitral pelo simples fato de adquirir ações. Esse é o posicionamento de Modesto Carvalhosa, para quem a validade e eficácia da cláusula compromissória estatutária depende necessariamente da específica e formal adoção por todos os compromissados. Caso contrário será nula por ferir direito essencial do acionista de socorrer-se ao Poder Judiciário²¹². Para o doutrinador

a cláusula compromissória não vincula nem os acionistas atuais que não subscreveram o pacto e nem os acionistas que posteriormente adentraram a sociedade sem expressamente deferir-lo.

Não há presunção de renúncia de direito essencial de qualquer acionista, tanto mais em se tratando de pacto parassocial, cuja natureza é a da cláusula compromissória estatutária. Não se pode presumir que alguém haja deferido a solução de controvérsia a um colégio arbitral pelo simples fato de estar ele previsto no estatuto. Não há implícita renúncia a direito essencial do acionista. Não pode, assim, a sociedade ou a maioria dos sócios impor a cláusula compromissória estatutária a quem não a tenha constituído ou aderido expressamente, por documento formal.²¹³

²¹¹ *Ibid.*, p. 146.

²¹² CARVALHOSA, *op. cit.*, p. 325.

²¹³ *Id.*

Nesse sentido, haveria a necessidade da expressa adesão à cláusula compromissória pelo novo acionista, em consonância ao disposto no art. 4^a, §2^o da Lei de Arbitragem. Além da forma escrita, também seria requisito o seu arquivamento na sede social da empresa.²¹⁴

A vinculação direta do acionista não seria possível, para Carvalhosa, pelos seguintes argumentos: i) não poderia ser negado o direito de ingresso em juízo do acionista que não aderiu expressamente a cláusula compromissória, pois se trata de direito essencial do acionista nos termos do art. 109, §2^o da Lei nº. 6.404/76²¹⁵; ii) a cláusula compromissória constitui um pacto parassocial entre os acionistas que aderiram e a sociedade, por isso, é negócio jurídico autônomo, não se confundindo com as cláusulas organizativas da sociedade; iii) a adesão do novo acionista deve se dar conforme preceitua o art. 4^o, §2^o da Lei de Arbitragem, sendo um contrato de adesão; iv) a manifestação de vontade do acionista.

O principal fundamento contra a vinculação do novo acionista, relaciona-se com à inexistência da manifestação de vontade, que para parte da doutrina, não pode ser suprido simplesmente pela supremacia do interesse social.

Acompanhando a parte da doutrina²¹⁶ que entende que os novos acionistas estariam automaticamente vinculados, seria desnecessária qualquer outra exigência²¹⁷. Nas palavras de Pedro A. Batista Martins

a eficácia da cláusula compromissória também atinge aquele investidor que adquire o *status socii* por força da transferência das ações. Mesmo não havendo manifestação expressa, o pacto arbitral lhe é vinculante, pois os efeitos da cláusula compromissória atingem os sucessores a título universal e singular. É essa a rigorosa inclinação da doutrina arbitral, que se alinha, por sinal, com o instituto da circulabilidade das ações.²¹⁸

²¹⁴ *Ibid.*, p. 335.

²¹⁵ Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de:[...] § 2^o Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral.

²¹⁶ Nesse sentido, afirma Luís Loria Flaks afirma que todas as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, que passarem a fazer parte do quadro acionário de determinada companhia, que já contenha em seu estatuto social cláusula compromissória arbitral, estarão vinculados à arbitragem. Essa vinculação é imediata desde a data da subscrição de capital ou aquisição de ações. (FLAKS, Luís Loria. A arbitragem na reforma da lei das S/A. **RDM**. São Paulo, ano XLII, n. 131. p. 100- 121,jul.-set. 2003. p. 102)

²¹⁷ ENEI, *op. cit.*, p. 146.

²¹⁸ MARTINS, A arbitragem..., *op. cit.*, p. 70.

Tendo em vista que arbitragem vai ao encontro do desenvolvimento econômico das sociedades, não se pode apenas criticar a sua utilização, assim, se faz necessário o estudo das considerações levantadas por Modesto Carvalhosa que possui argumentos contundentes para refutar a aplicação da arbitragem nas sociedades anônimas em determinadas hipóteses.

Em primeiro ponto, a crítica à cláusula compromissória por ferir o direito essencial do acionista contemplado no §2º do artigo 109 da Lei das Sociedades Anônimas, segundo o qual nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de “os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral”.

O direito do acionista de utilizar os meios, processos ou ações, necessários para assegurar seus direitos, não é prejudicado pela existência da cláusula compromissória estatutária. A arbitragem não pode ser entendida como renúncia ao direito de ação, se assim o fosse, não estaria prevista na própria lei societária, pois afrontaria o direito do acionista.

Não se pode deixar de reconhecer a arbitragem como meio alternativo a solução dos litígios societários, paralelo a via judicial. Tanto é assim, que “as normas confrontadas têm igual hierarquia: encontram-se não apenas na mesma lei, como no mesmo artigo”.²¹⁹

Em outras palavras, explica Luís Loria Flaks que

o referido dispositivo legal não alude expressamente a quaisquer *meios, processos e ações judiciais*, mas sim a *meios, processos e ações que a lei confere a seus acionistas para assegurara os seus direitos*; ou seja, os direitos conferidos pelo §2º do art.109 da Lei das S/A poderão ser limitados em virtude de lei.²²⁰

De fato, o direito do acionista de recorrer ao judiciário não é irrenunciável e inafastável, mas o direito a uma das duas alternativas. Haverá violação ao direito, caso não seja assegurada nenhuma das alternativas.²²¹

²¹⁹ MOREIRA, *op. cit.*, p. 379.

²²⁰ FLAKS, *op. cit.*, p. 107.

²²¹ ENEI, *op. cit.*, p. 147.

Ainda mais após a declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal²²², “não há porque se lhe negar tratamento equivalente aos demais direitos tratados no estatuto social, cuja disciplina deve ser observada automática e obrigatoriamente pelo acionista que ingressa na sociedade”.

223

Para Daneila Bessone Barbosa Moreira

o estatuto e a assembléia não podem privar os acionistas dos meios, processos ou ações que a lei lhes confere para assegurar os direitos; mas essa regra comporta um temperamento: o estatuto pode estabelecer que as divergências sociais sejam solucionadas mediante arbitragem.²²⁴

Resumindo, não prejudica o direito essencial do acionista a escolha do foro arbitral em substituição ao poder judiciário, pois é apenas uma alternativa não implicando em renúncia ao direito.

Em segundo ponto, obstáculo à vinculação automática do novo acionista estaria fundada na natureza de pacto parassocial da cláusula compromissória. Diversamente do que ocorre com as cláusulas organizativas que são oponíveis a todos os acionistas indistintamente, a cláusula compromissória estatutária não seria oponível ao acionista que não a aderiram²²⁵. Nesses termos, afirma Modesto Carvalhosa que

a cláusula compromissória estatutária constitui um pacto parassocial entre a sociedade e os acionistas que expressamente aderiram seus termos. (...)

²²² Ainda que fosse questionada a constitucionalidade, interessante o argumento levantado por Daniela Bessone Barbosa Moreira, segundo a alegação de inconstitucionalidade “parece querer extrair da norma constitucional mais do que ela realmente contém. [...] A regra constitucional está claramente dirigida ao legislador: é a lei é que não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O constituinte quis proteger-nos da instituição de tribunais de exceção, freqüentes nos regimes poucos democráticos. [...]” “Tem-se, portanto, que a lei não pode afastar a cognição do juízo estatal, mas o estatuto social pode! Isso pela simples razão de que à autoridade da lei estamos todos indistinta e inexoravelmente sujeitos, sem possibilidade de escolha ou de escape. Mas o estatuto de uma sociedade sujeita-se quem quer, já que a condição de acionista não é imposta a ninguém”. (MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática)**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 362-391. p. 371/372).

²²³ ENEI, *op. cit.*, p. 149.

²²⁴ MOREIRA, *op. cit.*, p. 379/380.

²²⁵ CARVALHOSA, *op. cit.*, p. 332.

O previsto no art. 109, §3º tem a mesma natureza institucional dos acordos de acionistas, previstas no art. 118 da lei societária. Não constituem normas estatutárias organizacionais da sociedade, mas sim pactos parassociais que a lei prevê como válidos e eficazes.

O fundamento desse entendimento estaria no disposto no artigo 8º da Lei da Arbitragem ao estabelecer que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida.

Essa interpretação não parece a mais adequada, pois o referido dispositivo tinha a intenção de proteger a competência do juízo arbitral, até mesmo examinar a argüição de nulidade, invalidade e ineficácia do contrato em que a cláusula está inserida. “A cláusula compromissória é autônoma; que isso dizer que não se macula, não se impregna de qualquer desses possíveis vícios”.²²⁶

O pacto parassocial é caracterizado como contrato celebrado por acionistas à margem do estatuto da sociedade, como forma de regularem o exercício de direitos e cumprir obrigações. Não há necessidade de que todos os sócios participem, ficando obrigado apenas aqueles que dele participaram.

Carlos Augusto da Silveira Lobo define os pactos parassociais como

contratos coligados ao de sociedade, em que sócios, colocando-se fora do ato constitutivo e do âmbito do estatuto, regulam entre si seu comportamento na sociedade e perante a sociedade. Os pactos parassociais não se confundem com o estatuto social nem dele fazem parte: colocam-se à margem. Existem justamente para não fazerem parte do estatuto social. Não criam normas objetivas de aplicação geral: conferem direitos subjetivos e impõem obrigações as partes.²²⁷

Certo que a cláusula compromissória não tem natureza de pacto parassocial, mas está intimamente relacionada às cláusulas organizativas da sociedade, “podendo servir de instrumento útil à rápida solução dos conflitos organizacionais, sendo reconhecida como um importante instrumento às boas práticas de governança corporativa”.²²⁸

Em terceiro ponto, haveria a necessidade de adesão expressa à cláusula compromissória, conforme preceitua o §2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem.

²²⁶ MARTINS, Apontamentos..., p. 136.

²²⁷ LOBO, *op. cit.*, p. 21.

²²⁸ ENEI, *op. cit.*, p.149.

Esse requisito formal, ainda que tenha por finalidade a proteção dos acionistas minoritários, funda-se na falsa premissa de equiparar o estatuto social a um contrato de adesão.

O contrato de adesão é definido pelo artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.²²⁹

A exigência de que a cláusula compromissória conste de instrumento apartado quando estiver relacionada aos contratos de adesão esta relacionada à proteção do consumidor, parte presumivelmente mais fraca na relação jurídica. Não se nega que os contratos de adesão não estão restritos à relação de consumo²³⁰, todavia, não se pode confundir com estatuto social.

O que caracteriza o contrato de adesão, para Luís Loria Flaks “é a bilateralidade da relação jurídica, já os interesses dos acionistas são convergentes, para a obtenção de lucro pela sociedade, por isso são denominados contratos plurilaterais”.²³¹

Nesse sentido, importante análise de Pedro A. Batista Martins ao afirmar que:

Em concreto, o estatuto social transcende as raiais dos chamados contratos de (por) adesão, pois situado em outra latitude jurídica, a dos vínculos plurilaterais.

Dita ele as relações entre sócios e entre estes e a companhia, onde não se eleva a unilateralidade, a fraqueza e a hipossuficiência registradas nos contratos típicos de adesão.

Nas sociedades verificam-se relações complexas, multipartes onde o investidor tem o poder prévio de escolha da posição jurídica que pretende ocupar: *rendeiro*, *especulador* ou *controlador*.

Introduzida a cláusula compromissória por modificação estatutária, aos acionistas descontentes cabe alienar suas participações acionárias.

²²⁹ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressaltando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

²³⁰ FLAKS, *op. cit.*, p. 103.

²³¹ *Ibid.*, p. 103/104.

Afinal, é essa conclusão que se extrai do sistema legal, inclusive nas hipóteses de modificações que causam maior impacto para o acionista. É esse o funcionamento da engrenagem do ordenamento societário.²³²

No mesmo sentido Para Daneila Bessone Barbosa Moreira

Realmente, não parece adequado considerar minoritários como hipossuficientes em relação à sociedade e ao sócio majoritário. É preciso lembrar que minoritários serão sempre investidores, com grau mínimo de sofisticação e informação, os quais dispõem de maiô, modos e recursos para interagir-se do *barco* em que estão entrando. E o *barco* já está lá, tripulando por todos os outros sócios, nas condições que o novo acionista deve (nem pode) desconhecer.

Por outro lado, a circunstância de acionistas minoritários poderem encontrar-se, de quando em vez, em posição de antagonismo com majoritários não descaracteriza o fim social comum. É exatamente por existir essa possibilidade que se fala da via arbitral para dirimir conflitos entre acionistas. Mas as divergências entre os acionistas não elidem o objetivo comum em que todos se encontram- ou, independente, deveriam encontrar-se – ensejados: o de criar as melhores condições a que a sociedade tenha sucesso. E a composição técnica, célere, desburocratizada e sigilosa dos litígios, na medida em que tais litígios afetem a sociedade, é uma de tais condições.²³³

Essa exigência não tem fundamento, uma vez que não pode a sociedade anônima ser juridicamente qualificada como contrato de adesão. Além disso, a lei não prevê nenhum outro requisito para a vinculação dos acionistas e da companhia, além da previsão em estatuto²³⁴.

Ressalte-se que a exigência de adesão expressa referida no §2º do art. 4º da Lei de Arbitragem, é exceção. Pois admite-se até mesmo outras formas de vinculação das partes em relação ao compromisso arbitral.

José Virgílio Lopes Enei destaca, ainda, o requisito temporal, ao afirmar que a Lei nº. 9.307/1996 não teve a pretensão de alcançar as sociedades anônimas, pois é anterior a Lei nº. 10.303/2001.²³⁵

Por fim, os estatutos sociais das companhias são públicos e facilmente acessados, seja pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, seja nas Juntas

²³² MARTINS, Apontamentos..., *op. cit.*, p. 72/73.

²³³ MOREIRA, *op. cit.*, p. 378.

²³⁴ FLAKS, *op. cit.*, p. 104

²³⁵ ENEI, *op. cit.*, p. 150.

Comerciais, caso o investidor não concorde com alguma disposição estatutária, terá a opção de não adquirir a participação naquela companhia²³⁶.

Como quarto argumento, contrário a vinculação direta do acionista, e talvez o mais importante, a doutrina analisa a manifestação de vontade dos acionistas. Para Carvalhosa a sociedade vincula-se pela manifestação de vontade de seus acionistas quando da subscrição das ações, ou quando da alteração do estatuto que inclua a cláusula compromissória. Nesse caso se trata de “contratos *trattati*, ou seja, a manifestação de vontade dos convenientes é instituidora do juízo arbitral.” Para os demais acionistas aderentes, é pacto *delatti* “formulado com conteúdo já predisposto, em que falta, portanto, a liberdade de fixação do seu conteúdo, como ocorreu na sua aprovação pelos fundadores, ou, posteriormente, pelos acionistas majoritários”.²³⁷

Essa exigência torna-se impraticável quando as ações são adquiridas em bolsas ou pregões, por isso deve-se supor o conhecimento pelo investidor do conteúdo do estatuto da companhia. Destaca José Maria Rossani Garcez que:

É impraticável supor que ações adquiridas em bolsas, nos pregões, possam comportar declarações volitivas prévias de adesão, como as que são previstas no §2º do art.4º da Lei 9.307/96, em que os novos adquirentes de ações possam declarar, mais especificamente, que ‘aderiram’ à cláusula compromissória e se sujeitarão à solução de conflitos societários pelo método arbitral. [...] mas, também deve ser considerado que as sociedades empresárias e as anônimas têm seus atos obrigatoriamente registráveis no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais, como dispõe a legislação correlacionada, o que dá aos citados atos, estatutos ou contratos sociais transcritos em Atas registradas, a característica de portarem fé pública e publicidade e implicarem na presunção de pleno conhecimento dos sócios.²³⁸

O ingresso de um novo acionista, na grande maioria das vezes, está ligado à relação comercial que poderá lhe trazer lucros. Assim, espera-se que haja um conhecimento prévio, pois assumirá voluntariamente um pacote de direitos e obrigações. “Não se pode conceber que o novo acionista tenha o direito de escolher

²³⁶ FLAKS, *op. cit.*, p. 104.

²³⁷ CARVALHOSA, *op. cit.* p. 333.

²³⁸ GARCEZ, *op. cit.*, p. 114/115.

os direitos e as obrigações a que estará sujeito sob pena de se inviabilizar por completo a condução dos negócios sociais”.²³⁹

A manifestação de vontade, desse modo, ocorreria quando do ingresso do acionista na sociedade, pois com isso, aceita voluntariamente as regras do jogo. Não é possível alegar o desconhecimento, pois se for esse o caso, o novo acionista terá que assumir as conseqüências de sua desídia²⁴⁰. Afirma José Virgílio Lopes Enei que

concluir que o novo acionista não se vincula à cláusula compromissória constante do estatuto social só porque ele talvez não tenha tido conhecimento expresso de tal convenção seria o mesmo que considerar não oponível a cláusula compromissória constante do termo específica e expressamente firmado pelo acionista porque tal acionista talvez não tenha lido o documento que assinou. Ou pior ainda, seria equivalente a dizer que uma eventual limitação do direito de voto ou à circulação das ações adquiridas não seria oponível ao novo sócio que ingressou na sociedade sem tomar conhecimento das referidas limitações constantes do estatuto social.²⁴¹

Vale dizer, ainda, que a vinculação do novo acionista à cláusula compromissória já inserida no estatuto social, poderia ser justificada pelo fim institucional da sociedade anônima, para Arnold Wald

diante do caráter institucional da sociedade anônima, os estatutos podem estabelecer a forma de resolução dos conflitos que venham a surgir em relação a todos os aspectos do direito societário. Somente não se admite que, sem cláusula compromissória específica, se imponha arbitragem nas relações entre sociedades e terceiros (não sócios, nem administradores, nem membros dos conselhos ou outros órgãos da sociedade), pois para tanto, deveria haver a concordância expressa da outra parte.²⁴²

Registre-se que sendo a companhia constituída por um contrato associativo (ou plurilateral), por esse motivo, a interpretação das regras da arbitragem deveriam ser diferentes, pois não haveria uma bilateralidade acompanhada de reciprocidade das prestações. Carvalhosa afirma que

²³⁹ ENEI, *op. cit.*, p.150.

²⁴⁰ *Id.*

²⁴¹ *Id.*

²⁴² COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. **Arbitragem e a Lei nº 9.307/96**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 18.

nos contratos associativos e dentre eles o da sociedade anônima, todos os fundadores constituem uma pluralidade de partes que se congregam em torno de interesses idênticos, voltados para um mesmo fim. Nele as prestações dessa pluralidade de partes são qualitativamente idênticas. Falta, portanto, o requisito da reciprocidade e da contraposição de interesses, típicos dos contratos de troca celebrados entre as duas partes com interesses opostos (um quer vender e receber o preço, outro quer comprar e receber a coisa).²⁴³

Por esse motivo é que seria inviável exigir de todos os acionistas a manifestação de vontade em relação a cláusula compromissória, como ocorre nos contratos bilaterais, na experiência societária, as deliberações são tomadas por maioria.²⁴⁴

Na verdade, caso seja admitida a não vinculação do novo acionista por não ter havido a expressa manifestação de vontade, na prática, dificilmente será possível instaurar o juízo arbitral. Isso porque, diante alteração no quadro societário, sempre haverá acionistas que não aderiram a cláusula, o que tornaria inviável a aplicação.

Nas palavras de José Virgílio Lopes Enei, “a cláusula compromissória só terá benefícios à sociedade e de um modo geral aos acionistas se todos os acionistas estiverem vinculados a ela. Caso contrário, se apenas alguns acionistas estiverem vinculados à arbitragem, qualquer demanda de interesse geral de uma certa categoria de acionistas poderá suscitar a propositura de demandas paralelas, tanto na via arbitral, como na via judiciária, com sério risco de decisões conflitantes e com um inegável desperdício de recursos”.²⁴⁵

A exigência de adesão expressa à cláusula compromissória também poderia tornar a negociação das ações burocratizadas, dificultando o dinamismo das negociações.

Ainda, é óbvio que poderá certa categoria de acionista não ter o interesse de adotar a convenção arbitral. Se não houver a vinculação automática do acionista, a parte que não o aderiu poderá analisar a conveniência dependendo das

²⁴³ CARVALHOSA, *op. cit.*, p. 331.

²⁴⁴ MAKANT, *op. cit.*, p. 89.

²⁴⁵ ENEI, *op. cit.*, p. 159.

circunstâncias específicas. Sem contar com as manobras por partes dos acionistas, caso a arbitragem não fosse de seu interesse, podendo optar a cada situação.²⁴⁶

Por isso é que ao interpretar o disposto no §3º do artigo 109 da Lei das Sociedades Anônimas, Arnold Wald faz uma interpretação ampliativa, de forma que seja instituído o juízo arbitral em quaisquer conflitos entre os órgãos da sociedade ou relativos aos mesmos e entre os acionistas.²⁴⁷

3.5.4 A vinculação dos controladores e administradores

A análise da extensão da cláusula compromissória, deve considerar ainda, a relação da sociedade com terceiros, como ocorre com os controladores e administradores.

O controle da sociedade anônima deriva do núcleo de poder, exercido por empresários, contrapostos aos investidores capitalistas.

Em relação aos acionistas controladores, não há dúvida quanto a vinculação à cláusula compromissória, contudo pelo disposto no art. 109, §3º da Lei das Sociedades Anônimas, não há previsão quanto a vinculação dos administradores. Assim, a vinculação obrigatória à cláusula compromissória, é ponto divergente na doutrina.

Pelo entendimento de que a cláusula compromissória é um pacto parassocial, a vinculação do administrador não é admissível, nos eventuais conflitos e litígios destes com a sociedade e acionistas. Esse argumento vai ao encontro da necessidade de aceitação expressa de todas as partes, para que a cláusula tenha aplicação para os acionistas.²⁴⁸

Conforme a redação do dispositivo analisado pode-se restringir a aplicação apenas aos conflitos entre acionistas e a companhia ou entre acionistas controladores e os demais acionistas.²⁴⁹

²⁴⁶ ENEI, *op. cit.*, p. 161/162.

²⁴⁷ WALD, A crise..., *op. cit.*, p. 18.

²⁴⁸ CARVALHOSA, *op. cit.*, p. 332/333.

²⁴⁹ FLAKS, *op. cit.*, p.114.

Nesse sentido Luis Loria Flaks entende que apenas nas hipóteses específicas haveria legítimo interesse social, que permitiria a vinculação da parte sem uma anuência expressa, que seria exigida nos demais casos. Isso porque, quando da existência de conflitos entre partes que não foram previstas haveria um interesse individual envolvido, não sendo possível que a companhia vincule aqueles que não o desejassem.²⁵⁰

O problema que se impõe, ocorre quando da solução de litígio entre partes vinculadas e não vinculadas. Importaria na análise prévia pelo juízo arbitral da existência do litisconsorte passivo necessário ou facultativo. Segundo o autor

o juízo arbitral não poderá ser instaurado ou prosseguir na hipótese de litisconsórcio passivo necessário, tendo simples como o unitário, salvo se todos os possíveis litisconsortes integrarem efetivamente o processo arbitral. Litisconsorte facultativo unitário – ação visando anular assembléia geral – o juízo arbitral poderá ser instaurado e prosseguir se todos os possíveis litisconsorte estiverem vinculados à cláusula compromissória (independentemente do fato de todos terem ou não firmado o compromisso arbitral). Se apenas forme os acionistas da companhia as partes, todos estarão vinculados, no estando havendo outras partes e inexistindo a vinculação de todos, não poderá o litígio ser solucionado pela via arbitral.²⁵¹

Com efeito, a participação dos administradores que não estejam vinculados, em alguma demanda, estará relacionada à necessidade ou conveniência de sua participação. Para José Virgílio Lopes Enei

se for necessário o envolvimento dos administradores na demanda, mas estes não estiverem vinculados à cláusula compromissória, aos acionistas e à sociedade só restará a via judicial, por se tratar de litígio não passível de arbitragem. Por outro lado, se o envolvimento dos administradores for apenas conveniente, continuarão os acionistas e a sociedade obrigados a, entre si, submeter-se a arbitragem, devendo em seguida percorrer a via judicial para alcançar os administradores, com evidente desperdício de tempo e dinheiro, e ainda com sério risco de decisões conflitantes”.²⁵²

Portanto, uma vez que os administradores não estão vinculados diretamente, “quando forem litisconsortes a sociedade e seus administradores, de

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ *Id.*

²⁵² ENEI, *op. cit.*, p.166 /167.

um lado, e acionistas pactuantes, de outro, não cabe a aplicação da cláusula compromissória estatutária, pois não estão vinculados os administradores”.²⁵³

Ainda, quanto aos conflitos que envolvam administradores, pode ser que as próprias partes não tenham certeza se o fato poderia ou não ser resolvido pela arbitragem ou não, por não identificar qual o grau de envolvimento dos administradores. Desse modo, “a não vinculação dos administradores traria graves incertezas e prejuízos à solução do conflito”.²⁵⁴

Contudo, ainda que traga complicações à solução de litígios societários pela arbitragem, o entendimento mais acertado é o da não vinculação automática do administrador, uma vez que não faz parte do contrato plurilateral da sociedade. Ainda que, pudesse considerar a sua permanência voluntária no cargo uma concordância tácita as cláusulas estatutárias, que regulam seus poderes e obrigações.²⁵⁵ Aliás, em relação ao administrador, seria possível a exigência da adesão específica, pois este é em menor número que os sócios.

A análise dependerá da redação da cláusula compromissória inserida no estatuto social, não se pode entender que a vinculação ocorreria de forma ampla e sem limites.

Certo que a sociedade é facultada submeter à arbitragem todas as relações societária, como os conflitos entre os órgãos da sociedade ou esses e os acionistas, ou mesmo ao sócio controlador ou administrador da sociedade²⁵⁶, contudo, a cláusula não vinculará diretamente todas essas partes.

²⁵³ CARVALHOSA, *op. cit.*, p. 332/333

²⁵⁴ ENEI, *op. cit.*, p. 167.

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ WALD, A crise..., *op. cit.*, p. 18.

3.5.4 A cessão de participação societária e sucessão

Os conflitos decorrentes das cessões de direitos sociais e a sucessão, poderá ser solucionado por meio da arbitragem, uma vez que não há qualquer limitação ou regra para a transferência de ações.

Da análise dessa possibilidade, de um lado temos a limitação apenas aos casos de cessão de ações, de outro aos demais, e incluindo também, os conflitos decorrentes da cessão.

Da primeira hipótese, a conclusão é de que haveria desrespeito aos acionistas minoritários, desse modo, não há que se delimitar a aplicação, já que qualquer mutação da composição importaria no pacto social, como ocorre no caso de cessão de ações.²⁵⁷

Para José Maria Rossani Garcez o conflito envolvendo a cessão de direitos sociais entre sócios e a sociedade, se houver cláusula compromissória estará sujeito à arbitragem. Entretanto, não ocorre o mesmo em relação a terceiros, pois a princípio não haveria manifestação de vontade.²⁵⁸

Contrário a esse posicionamento, Marcelo Dias Gonçalves Vilela entende ser necessária a convenção das partes no instrumento contratual de cessão de direitos, para que vincule o acionista e o terceiro cessionário.

“Assim, também em relação a litígios nascidos entre o sócio ou acionista cedente e terceiro cessionário que não participava do quadro societário não se aplica a cláusula compromissória. É exatamente a celebração do negócio jurídico objeto da controvérsia que permitirá o ingresso deste na sociedade. Este terceiro, portanto, não é parte do quadro social, não se vinculando à cláusula compromissória”.²⁵⁹

No mesmo sentido, Modesto Carvalhosa inadmite a vinculação nesses casos, tendo em vista que a renúncia ao direito de recorrer ao judiciário é personalíssima, não podendo a cláusula compromissória ser transmitida aos sucessores *causa mortis*, ou mesmo aos adquirentes de ações de qualquer

²⁵⁷ VILELA, *op. cit.*, p. 209.

²⁵⁸ GARCEZ, *op. cit.*, p. 116.

²⁵⁹ VILELA, *op. cit.*, p. 211.

natureza.²⁶⁰ Esse argumento também é utilizado por Daneila Bessone Barbosa Moreira, ao entender que a convenção é intransmissível por sucessão ou cessão.²⁶¹

3.6 LIMITES OBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PREVISTA NO ESTATUTO SOCIAL

A lei acionária não estabelece os limites objetivos da arbitragem, isto é, não delimita qual objeto do litígio é arbitrável. Por outro lado, a Lei de Arbitragem prevê que só poderá ser objeto da arbitragem conflitos envolvendo direitos disponíveis e patrimoniais.

O campo de aplicação é amplo basta que a parte seja capaz e que o direito seja patrimonial disponível, para que possa o litígio ser solucionado pela arbitragem.

Importante a distinção entre arbitragem e arbitramento, promovida por Paulo César Moreira Teixeira, a primeira seria o exercício processual em que ao final os árbitros emitem decisão na forma de laudo ou sentença. Por sua vez, o arbitramento diz respeito a fixação de valores, atualização de cálculos ou mesmo, situações que possam ser convertidas monetariamente.²⁶²

A Lei de Arbitragem impõe como requisitos de validade a capacidade das partes e que o objeto do litígio seja relativo a direitos patrimoniais disponíveis. Dispõe o artigo 1º que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Através da definição de arbitragem e dos requisitos do artigo 1º, é possível destacar três elementos essenciais: i) capacidade das partes; ii) o conflito deve ter por objeto direito patrimonial disponível; iii) autonomia das partes.

Primeiramente, a capacidade dos contratantes constitui condição *sine qua non* para a utilização da arbitragem, sem o qual não pode ser firmada a convenção de arbitragem. Consiste na aptidão de se tornar sujeito de direito e deveres²⁶³.

²⁶⁰ CARVALHOSA, *op. cit.*, p. 334.

²⁶¹ MOREIRA, *op. cit.*, p. 380.

²⁶² TEIXEIRA, Paulo César Moreira. ANDRETTA, Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à lei 9.307, de 23.09.1996**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 30.

Esta aptidão genérica é originalmente disciplinada pelo Código Civil em seu Livro I, no qual estabelece a capacidade jurídica da pessoa natural e as situações de limitação dessa capacidade.

A capacidade de direito é a aptidão abstrata para ser sujeito de poderes, obrigações e direito, é inerente a todo o ser humano. Capacidade de fato ou exercício é a aptidão para exercitar tais direitos.

Corroborando com essa exigência o disposto no artigo 851 do Código Civil, segundo o qual “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

Excluídos da possibilidade de optarem pela arbitragem, estão os absolutamente incapazes²⁶⁴ para exercício pessoal de atos na vida civil, e os relativamente incapazes²⁶⁵.

Ressalta Pedro A. Batista Martins que

nos termos do art. 166 e 171, §§ 3º e 4º, do Código Civil, é **nulo** o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz (*menores de 16 anos; as que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade*) e **anulável** por incapacidade relativa do agente (*maiores de 16 e menores de 18 anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e os pródigos*).

Considerando que para a instituição do juízo arbitral, é necessária a disponibilidade de direitos, em primeiro momento, não poderiam fazer utilizá-la aqueles que têm somente o poder de administrar os bens, bem como os incapazes, ainda que assistidos ou representados.²⁶⁶

²⁶³ ROSSI, *op. cit.*, p. 193.

²⁶⁴ O artigo 3º do Código Civil estabelece que: “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.

²⁶⁵ O artigo 4º do Código Civil dispõe que: “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.

²⁶⁶ CARMONA, Arbitragem..., *op. cit.*, p. 37.

Pode se dizer, todavia, os entes despersonalizados, como o espólio, condomínios, a massa falida, sociedades de fato, poderão valer-se da arbitragem desde que autorizados.

Em relação ao direito patrimonial disponível, para que a convenção arbitral seja válida, não basta que as partes sejam capazes, é necessário ainda que o objeto do litígio seja o direito patrimonial disponível. Ensina-nos Nadia Araújo que

a Arbitragem só é admitida entre pessoas capazes de contratar e pelas questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, devendo a *arbitrabilidade* da questão ser definida tanto pelo caráter patrimonial da relação litigiosa, quanto pela disponibilidade dos direitos envolvidos. A *contrario sensu*, são insuscetíveis de submissão à arbitragem, as questões extrapatrimoniais ou as que envolvam direitos indisponíveis. Esse tema foi parcialmente regulado pelo artigo 852 do NCC, que veda o compromisso para solução de questões de Estado, de direito processual de família e outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.²⁶⁷

O direito patrimonial disponível pode ser entendido como aquele que o indivíduo pode exercer ou não, ou seja, são aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados.

São excluídos desse âmbito as questões que envolvam direito de família (como estado das pessoas, filiação, pátrio poder, casamento e alimentos), direito de sucessão, as obrigações naturais, aos bens fora do comércio, as relativas ao direito penal.

Nesse sentido, determina o artigo 852 do Código Civil que “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

Os árbitros não têm capacidade para resolver os conflitos de direito indisponível, isso porque, são matérias que estão fora do âmbito da autonomia da vontade pelas partes.

Lembra Nelson Eizirik que “a disponibilidade está presente nos direitos sobre os quais haja liberdade de contratar, isto é, sobre os quais não existia lei imperativa

²⁶⁷ ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 416.

incidente”. Assim, só poderia ocorrer arbitragem quando não incidissem normas de ordem pública que afastassem o conflito da apreciação dos árbitros.²⁶⁸

Portanto, são arbitráveis as causas que não tratem de matérias que o Estado criou reserva específica, visando proteger os interesses fundamentais da coletividade, e ainda, que as partes tenham poder de disponibilidade acerca do bem em litígio.²⁶⁹

A autonomia das partes é um dos pilares do instituto da arbitragem. Não se admite qualquer imposição à parte para que se submeta à solução de árbitro(s) em detrimento da atuação do juiz estatal.²⁷⁰

A autonomia das partes é pressuposto para que seja possível a instauração do juízo arbitral. A própria constitucionalidade da arbitragem é assegurada pela submissão voluntária, como o que afirma José Virgílio Lopes Enei

fosse a arbitragem obrigatória às partes por imposição de lei, como aquela que vigorou no país em matéria comercial em meados do século passado, estaria ela claramente eivada de inconstitucionalidade, pois tal arbitragem obrigatória, assim como a lei que a teria imposto, violariam o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’.²⁷¹

A autonomia das partes não está presente apenas quando da convenção de arbitragem, mas também na escolha das normas aplicáveis, tanto a procedimento como ao fundo da causa.

A lei permite às partes a escolha de que a arbitragem seja de direito ou de equidade (artigo 2º da LA). Esta possibilita ao árbitro poderá se pautar por critérios não contidos na lei.

²⁶⁸ EIZIRIK, Nelson. Arbitrabilidade objetiva nas sociedades anônimas e instituições financeiras. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. **Direito societário, desafios atuais**. São Paulo: Quartir Latin, 2009. p. 32- 44. p. 34.

²⁶⁹ CARMONA, Arbitragem..., *op. cit.*, p. 39.

²⁷⁰ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Aplicabilidade da arbitragem na resolução de conflitos societários no âmbito da sociedade limitada. In: _____ (coord.). **Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 129–155. p. 133.

²⁷¹ ENEI, *op. cit.*, p. 143.

²⁷² ACERBI, Andrea Goes. A extensão dos efeitos da cláusula compromissória nos estatutos das sociedades anônima. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 181-231. p. 192.

Ainda que nem todos os direitos dos sócios atendam o requisito da disponibilidade, a maioria dos conflitos societários podem ser solucionados por meio da arbitragem.

Portanto, inútil tentar descrever todos os tipos de conflitos societários arbitráveis, de todo modo, a título de exemplificação, pode se destacar os conflitos relacionados com: i) interpretação do estatuto social ou outros documentos societários; ii) abusos por parte dos acionistas controladores; iii) distribuição de dividendos; iv) exercício do direito de retirada; v) ofertas públicas; vi) responsabilidade dos administradores, etc. ²⁷²

4 DIREITO COMPARADO

Tendo em vista a expansão da utilização da arbitragem em âmbito internacional, vários ordenamentos, passaram a admitir a arbitragem como meio válido para solucionar conflitos, a exemplo do que ocorreu no Brasil.

No âmbito societário, alguns países possuem regras específicas para a inserção da cláusula compromissória no estatuto social. Nesse sentido, se destaca algumas referências legislativas em que a arbitragem é tradicionalmente utilizada.

4.1 ESTADOS UNIDOS

O instituto jurídico da arbitragem nos Estados Unidos é originalmente reservada a lei escrita, embora seja conhecido como uma país do regime de *common law*.

A lei que regula a matéria “*Federal Arbitration Act*” está em vigor desde 1925, sendo norma geral, impossibilita a sua restrição por eventual legislação dos Estados norte-americanos.²⁷³

No âmbito das sociedades anônimas, ainda que a cláusula compromissória seja uma faculdade, a utilização da arbitragem é mais disseminada nas sociedades abertas. Richard Shell atribui a menor disseminação na sociedade fechada devido a proteções legais conferidas aos acionistas, como por exemplo, a “ação derivada”, em que “qualquer acionista é autorizado a acionar diretamente administradores e terceiros, fazendo-o no próprio nome mas para defesa de interesses originalmente detidos pela sociedade”.²⁷⁴

Até mesmo por uma questão cultural, a via judicial é mais utilizada do que a arbitragem, o que tende a mudar, tendo em vista a expansão da utilização da arbitragem atualmente.

²⁷³ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dais. **Arbitragem, Jurisdição e Execução, Análise Crítica da Lei 9.307, de 23.9.1996**. São Paulo: Ed. RT, 1999. p.85.

²⁷⁴ ENEI, *op. cit.*, p. 156.

Para Richard Shell, o novo acionista, ao ingressar na sociedade após a inclusão da cláusula compromissória, estará vinculado automaticamente. Todavia, explica que alguns cuidados deveriam ser tomados, como a referência à cláusula compromissória no certificado da ação, ou que a companhia divulgue a existência da cláusula compromissória. O autor ainda enfrenta o argumento do contrato de adesão, e nos termos já analisado, também entende ser inconsistente essa crítica.²⁷⁵

Portanto, ainda que haja algumas controvérsias, a doutrina norte-americana admite a arbitragem societária, no âmbito das companhias fechadas, não há grandes dificuldades, como ocorre com as companhias abertas, em que ainda há discussões com relação ao alcance da cláusula compromissória.

4.2 ITÁLIA

Na Itália, a arbitragem societária possui amparo no Decreto Legislativo italiano 5 de 17.01.2003²⁷⁶, denominado “*la riforma del diritto societario*”, conforme estabelece o Título V.

Os artigos 34 a 37 dispõem acerca da possibilidade da inclusão da cláusula compromissória no estatuto da sociedade, com diferenças do ordenamento brasileiro, das quais se destacam algumas.

Primeiramente, há a necessidade de constar da cláusula compromissória o número de árbitros, sendo que o poder de escolha destes, sob pena de nulidade, deverá ser delegado a pessoa fora da sociedade. Quando esta não o fizer, será requisitado ao Presidente do Tribunal local, em que a sociedade tem sede²⁷⁷, o que

²⁷⁵ SHELL, Richard G. *Arbitration and Corporate Governance*. Carolina do Norte, 1989. *Apud*: ENEL. José Virgílio Lopes. A Arbitragem nas sociedades anônimas. **RDM**, São Paulo, n. 129, p. 136-173, jan./mar. 2003. p. 157.

²⁷⁶ Disponível em: http://parlamento.camera.it/decreti_legislativi/12/documentotesto.asp?tipo_ricerca=anno_tipo&anno=2003&tipologia=&mostra=Mostra%A0elenco em 5 de outubro de 2010.

²⁷⁷ Art. 34. 2: “*La clausola deve prevedere il numero e le modalita' di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullita', il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla societa'. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina e' richiesta al Presidente del Tribunale del luogo in cui la societa' ha la sede Legale*”.

não ocorre aqui, pois a cláusula compromissória pode apenas estabelecer que os litígios futuros sejam submetidos à arbitragem, ou seja, admite-se aqui a cláusula vazia.

Em segundo ponto, a lei expressamente prevê a vinculação da sociedade e dos sócios a cláusula arbitral, seja pelo serviço prestado, seja pelo objeto do litígio²⁷⁸. Desse modo, o limite subjetivo do alcance da cláusula é melhor delimitado, pois aqui discute-se, por exemplo, se os administradores estariam vinculados a cláusula arbitral.

Em terceiro ponto, caso a cláusula compromissória não seja inserida no ato da constituição da sociedade, a modificação do estatuto para inclusão da mesma, deverá ser aprovada pelos sócios que representem pelo menos 2/3 (dois terços) do capital social, ou seja, adotou o critério da maioria com o *quorum* qualificado. Ainda, os sócios ausentes ou dissidentes podem exercer o direito de recesso em 90 dias²⁷⁹. Para os doutrinadores italianos, a permanência na sociedade após esse período, importa na aceitação da cláusula²⁸⁰.

Nesse aspecto, a lei italiana é mais rígida que a brasileira, pois nesta, para a alteração do estatuto critério para a aprovação é da maioria, não exigindo o *quorum* qualificado. Além disso, o acionista dissidente não tem o direito de retirar-se da companhia, com o devido reembolso.

Em relação a arbitrabilidade objetiva, a tendência dos tribunais italianos é o da inadmissibilidade de cláusulas compromissórias estatutárias excessivamente abrangente, pois “afirmam os magistrados que devem ser impostos limites a estas cláusulas compromissórias na medida em que o exercício dos direitos dos acionistas também afeta os direitos de terceiros, que depositam confiança na atividade da sociedade e na sua saúde financeira”.²⁸¹

²⁷⁸ Art. 34. 3: “La clausola e' vincolante per la societa' e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualita' di socio e' oggetto della controversia”.

²⁷⁹ Art.34.6: “Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso”.

²⁸⁰ MAKANT, *op. cit.*, *op. cit.*, p.89.

²⁸¹ MAKANT, Barbara; QUEIROZ, Samantha Longo. Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana: Dec. 5, de 17.01.2003. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, ano. 1, n. 3, p. 293- 309,set.-dez, 2004. p.297.

Seguindo essa orientação, as matérias intrínsecas à atividade da sociedade que influencie nesse relacionamento com terceiros, ou seja, extrínseco a atividade de acionista, deverá ser tratada como matéria de ordem pública, e por isso, não arbitrável. Por esse motivo, é que as controvérsias sobre a legalidade de decisões assembleares que tenham um impacto direto sobre terceiros.²⁸²

O entendimento de Giorgio Bianchi, ao analisar o alcance subjetivo da cláusula compromissória, aproxima-se da doutrina majoritária brasileira, uma vez que conclui pela vinculação direta do novo acionista a convenção arbitral, sem a necessidade de uma aprovação escrita, sob pena de impor um prejuízo injustificado a parte originalmente vinculada.²⁸³

Segundo o autor, negar essa vinculação viola o princípio segundo o qual o acionista não pode alegar a ignorância das normas estatutárias, bem como, cria uma situação insustentável, pela vinculação de alguns acionistas à cláusula arbitral.²⁸⁴

A alteração da legislação pelo Decreto nº. 5, trouxe inúmeras vantagens, por especificar os alcances objetivos e subjetivos, de forma mais precisa, não se discutindo, por exemplo, a vinculação dos administradores e síndicos, o que ainda se discute em relação ao ordenamento brasileiro.

²⁸² MAKANT; QUEIROZ, *op. cit.*, p.297.

²⁸³ *“L’opinione prevalente, condivisibile, è comunque che non sai necessaria la specifica approvazione da parte dei nuovi soci. La clausola compromissoria societaria si riferisce ad un unico contratto, anche se costituita per una pluralità di parti e non è destinata ad essere inserita in una pluralità di contratti uniformi. È pertanto vincolante nei confronti di qualunque soggetto che assuma la qualità di sócio, senza necessita de um’expressa approvazione scritta”.* (BIANCHI, Giorgio. *L’Arbitrato nelle Controversie Societarie*. Milão: Cedam, 2001. p. 18. *Apud.* ENEI. José Virgílio Lopes. A Arbitragem nas sociedades anônimas. **RDM**, São Paulo, n. 129, p. 136-173, jan./mar. 2003. p. 153)

²⁸⁴ *“Si impone l’inapplicabilità dell’art.1341 c.c., perchè, diversamente, ne deriverebbe la nullità della clausola non solo per i nuovi soci ma anche per i soci originari, non potendo una clausola statutaria essere valida per alcuni e nulla per altri. La norma citada sarebbe inoltre operante solo nell’ambito dei contratti di scambio e non anche die quelli associative, nei confronti dei quail sarebe totalmente estranea, nel senso che chi entra a far parte di uma società non può eccepire di averne ignorato le regole che la governano”.* (BIANCHI, Giorgio. *L’Arbitrato nelle Controversie Societarie*. Milão: Cedam, 2001. p. 19. *Apud.* ENEI. José Virgílio Lopes. A Arbitragem nas sociedades anônimas. **RDM**, São Paulo, n. 129, p. 136-173, jan./mar. 2003. p. 154)

4.3 PERU

A possibilidade de utilização da arbitragem no Peru, atualmente é regulada pelo Decreto-lei nº. 26.572, publicado em 5 e janeiro de 1996²⁸⁵. Denominada “*Ley General de Arbitraje*” estabelece que nas controvérsias determinadas ou determináveis, em que as partes tenham a faculdade de livre disposição, poderá ser utilizada a via arbitral, exceto as hipóteses previstas no artigo 1º, que delimita o alcance objetivo da convenção arbitral. Dispõe:

Artigo 1º - Disposição geral – Podem se submeter à arbitragem as controvérsias determinadas ou determináveis sobre os quais as partes tem faculdade de livre disposição, assim como aquelas relativas à matéria ambiental, podendo se extinguir o processo judicial existente ou evitar que ele seja proposto, exceto:

1. As que versem sobre o estado ou capacidade civil das pessoas, bem como as relativas a bens ou direitos de incapazes sem a prévia autorização judicial.
2. Aquelas sobre as quais haja decisão judicial irrecorrível, salvo as conseqüências patrimoniais que surjam de sua execução, em quanto se refere exclusivamente as partes do processo.
3. As que interessam a ordem pública ou que versem sobre crimes ou contravenções. Em embargo, é possível se arbitrar sobre a quantia da responsabilidade civil, enquanto ela não houver sido fixada por sentença judicial irrecorrível.
4. As diretamente concernentes as atribuições ou funções de império do Estado, ou de pessoas ou entidades de direito público.²⁸⁶

Em relação ao direito societário, a arbitragem é prevista no artigo 12 da mesma lei, possibilitando as sociedades a sua utilização, além de indicar o rol de sujeitos a ela vinculado, como os sócios ou associados, em relação aos seus direitos, vejamos:

²⁸⁵ Disponível em <<http://www.justiciaviva.org.pe/normas/nac01.pdf>>, 05 de outubro de 2010.

²⁸⁶ “*Artículo 1º.-Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:*

1. *Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.*
2. *Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.*
3. *Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, si podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.*
4. *Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.”* (tradução livre)

Artigo 12º - Arbitragem Estatutária – Constituem convenção arbitral válida as estipulações contidas nos estatutos ou normas equivalentes de sociedades civis ou mercantis, associações civis e demais pessoas jurídicas que estabeleçam arbitragem obrigatória para as controvérsias que puderem ter com seus membros, sócios ou associados; as que surjam entre estes em relação aos seus direitos, as relativas ao cumprimento dos estatutos ou validade de acordos e para as demais que versem sobre matéria relacionada com as correspondentes atividades, fim ou objeto social.²⁸⁷

Esse dispositivo deve ser analisado de acordo com a legislação aplicável as sociedades, que no Peru se dá pela Lei nº. 26.887 de 1º de janeiro e 1998, conhecida como “*Ley General de Sociedades*”²⁸⁸. Esse diploma também possui previsão expressa para a utilização da arbitragem, em seu artigo 48²⁸⁹, que proíbe as partes socorrer-se da via judicial, quando há a previsão de arbitragem no estatuto. Também fixa como sujeitos a essa escolha a sociedade, os sócios ou administradores, ainda que, ao ser suscitado o litígio já tenham deixado de sê-lo, bem como terceiros que ao contratar com a sociedade se submetam a cláusula arbitral.

A alteração do estatuto para inserir a cláusula compromissória, salvo disposição diversa do estatuto, a aprovação será pela maioria absoluta de votos, sendo aplicável o quorum para alteração do estatuto, uma vez que não há previsão expressa, conforme determina os artigos 115, 2 e 127 da “*Ley General das Sociedades*”.

²⁸⁷ “Artículo 12º.- Arbitraje Estatutario.-Constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; las que surjan entre éstos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social.” (tradução livre)

²⁸⁸ Disponível em: <<http://www.abogadoperu.com/ley-general-sociedades-26887-abogado-ley.php>> 05 de outubro de 2010.

²⁸⁹ “Artículo 48º.- Arbitraje. Conciliacion - No procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley o en las de aplicacion supletoria a esta cuando exista convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdiccion resolver las discrepancias que se susciten. Esta norma es de aplicacion, a la sociedad, a los socios o administradores aun cuando al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo y a los terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la clausula arbitral. El estatuto tambien puede contemplar el uso de mecanismos de conciliacion extrajudicial con arreglo a la ley de la materia”. (traução livre)

O direito de retirar-se da sociedade tem fundamento no artigo 200 do mesmo diploma, que indica como hipóteses que geram esse direito: i) a mudança no objeto social; ii) a mudança do domicílio para o estrangeiro; iii) a criação de limitações a transmissão das ações ou a modificação das já existentes; iv) nos demais casos que estabeleça a lei ou o estatuto.²⁹⁰

Comparado com o ordenamento brasileiro, é possível observar uma aproximação com o peruano, em relação à arbitragem societária. Distingue-se pela indicação do administrador como vinculado à cláusula compromissória, que aqui ainda é discutido pela doutrina. Além do direito de recesso, que ao contrário da Lei das Sociedades Anônimas, prevê um rol exemplificativo, podendo o estatuto estabelecer outras hipóteses.

²⁹⁰ “Artículo 200º.- Derecho de separacion del accionista - La adopcion de los acuerdos que se indican a continuacion, concede el derecho a separarse de la sociedad: **1.** El cambio del objeto social; **2.** El traslado del domicilio al extranjero; **3.** La creacion de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificacion de las existentes; y, **4.** En los demas casos que lo establezca la ley o el estatuto.

Solo pueden ejercer el derecho de separacion los accionistas que en la junta hubiesen hecho constar en acta su oposicion al acuerdo, los ausentes, los que hayan sido ilegitimamente privados de emitir su voto y los titulares de acciones sin derecho a voto.

Aquellos acuerdos que den lugar al derecho de separacion deben ser publicados por la sociedad, por una sola vez, dentro de los diez dias siguientes a su adopcion, salvo aquellos casos en que la ley señale otro requisito de publicacion.

El derecho de separacion se ejerce mediante carta notarial entregada a la sociedad hasta el decimo dia siguiente a la fecha de publicacion del aviso a que alude el acapite anterior.

Las acciones de quienes hagan uso del derecho de separacion se reembolsan al valor que acuerden el accionista y la sociedad. De no haber acuerdo, las acciones que tengan cotizacion en Bolsa se reembolsaran al valor de su cotizacion media ponderada del ultimo semestre. Si no tuvieran cotizacion, al valor en libros al ultimo dia del mes anterior al de la fecha del ejercicio del derecho de separacion. El valor en libros es el que resulte de dividir el patrimonio neto entre el numero total de acciones.

El valor fijado acordado no podra ser superior al que resulte de aplicar la valuacion que corresponde segun lo indicado en el parrafo anterior.

La sociedad debe efectuar el reembolso del valor de las acciones en un plazo que no excedera de dos meses contados a partir de la fecha del ejercicio del derecho de separacion. La sociedad pagara los intereses compensatorios devengados entre la fecha del ejercicio del derecho de separacion y el dia del pago, los mismos que seran calculados utilizando la tasa mas alta permitida por ley para los creditos entre personas ajenas al sistema financiero. Vencido dicho plazo, el importe del reembolso devengara adicionalmente intereses moratorios.

Si el reembolso indicado en el parrafo anterior pusiese en peligro la estabilidad de la empresa o la sociedad no estuviere en posibilidad de realizarlo, se efectuara en los plazos y forma de pago que determine el juez a solicitud de esta, por el proceso sumarísimo.

Es nulo todo pacto que excluya el derecho de separacion o haga mas gravoso su ejercicio”.

4.4 ARGENTINA

Prescinde-se da análise do instituto da arbitragem na Argentina, compreender que a sua Constituição²⁹¹ estabelece que o Congresso Nacional tem como uma de suas atribuições a edição dos Códigos, como civil, comercial, penal, etc., mas deverá respeitar as jurisdições locais, sendo aquelas aplicáveis aos tribunais federais ou as pessoas que tenham esses como foro especial.²⁹² Portanto, a matéria processual, incluída a arbitragem, é delegada as províncias.

A inexistência de uma legislação uniforme, segundo Julio César Rivera²⁹³ causa uma desordem lógica, tendo em vista que a legislação local pode ser insuficiente, e muitas vezes hostil à arbitragem.

Em relação às sociedades, o Código de Comércio em seu Título III – Das companhias ou sociedades, previa em seu artigo 448 que todas as questões que se suscitarem entre os sócios durante a existência da sociedade, sua liquidação ou participação, seriam decididas por árbitros, salvo estipulação em contrário no contrato da sociedade.²⁹⁴ Registre-se que para Ernesto Guelperin e Nenson Lodi, caso não exista expresse compromisso arbitral no estatuto, não há necessidade de recorrer ao tribunal arbitral, uma vez que esta é optativa e não obrigatória.

²⁹¹ Disponível em: <http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf> em 05 de outubro de 2010.

²⁹² “Artículo 75-Corresponde al Congreso: [...]12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

²⁹³ RIVERA, Julio César. *El Arbitraje en Argentina*. Disponível em: <http://www.rivera.com.ar/archivos/File/publicaciones/Rivera_El%20arbitraje%20en%20Argentina2.pdf> em 5 de outubro de 2010.

²⁹⁴ “Artículo 448 – Todas las cuestiones que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición, serán decididas por jueces arbitradores, a no ser que se haya estipulado lo contrario em el contrato de sociedad”. (tradução livre). GUELPERIN, Ernesto; LODI, Nenson. *Sociedades Comerciales*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. p. 86.

Todavía, o Título III do Código de Comércio foi revogado pela Lei nº. 19550, e esta alterada pelo Decreto nº. 841/84 ²⁹⁵, não reproduziu essa norma, mas o estatuto pode conter essa previsão. Nesse sentido, explica Mariano Gagliardo que *“el estatuto de la sociedad puede prever una cláusula compromissória que imponga la solución arbitral para aquellas cuestiones que así se especifiquen”*. ²⁹⁶

A arbitragem societária é prevista no Decreto nº. 677/2001, que estabelece regime de oferta pública, e em seu artigo 38 ²⁹⁷, conforme explica Julio César Rivera

“El decreto 677/2001 establece el régimen de transparencia de la oferta pública y tiene un contenido muy vasto. En lo que a la materia arbitral se refiere, adquiere relevancia el artículo 38 de ese cuerpo legal, que impone a las entidades autorreguladas la creación de un Tribunal Arbitral Permanente al cual quedarán sometidos en forma obligatoria las entidades cotizantes en sus relaciones con accionistas e inversores; resultando arbitrables, conforme al mismo precepto, todas las acciones derivadas de la Ley de Sociedades N° 19550, incluso las demandas de impugnación de las decisiones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o sus accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas del estatuto o del reglamento”. ²⁹⁸

Desse modo, não há dúvidas sobre a possibilidade de utilização da arbitragem nas sociedades anônimas, segundo o ordenamento argentino. Mariano

²⁹⁵ Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-9999/78064/norma.htm>> em 5 de outubro de 2010.

²⁹⁶ GAGLIARDO, Mariano. **Sociedades anónimas**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 704.

²⁹⁷ ARTICULO 38. — Arbitraje. Dentro del plazo de SEIS (6) meses contados desde la publicación del presente Decreto, las entidades autorreguladas deberán crear en su ámbito un Tribunal Arbitral permanente al cual quedarán sometidos en forma obligatoria las entidades cuyas acciones, valores negociables, contratos a término y de futuros y opciones coticen o se negocien dentro de su ámbito, en sus relaciones con los accionistas e inversores. Quedan comprendidas en la jurisdicción arbitral todas las acciones derivadas de la Ley N° 19.550 y sus modificaciones, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos. Del mismo modo deberán proceder las entidades autorreguladas respecto de los asuntos que planteen los accionistas e inversores en relación a los agentes que actúen en su ámbito, excepto en lo referido al poder disciplinario. En todos los casos, los reglamentos deberán dejar a salvo el derecho de los accionistas e inversores en conflicto con la entidad o con el agente, para optar por acudir a los tribunales judiciales competentes. En los casos en que la ley establezca la acumulación de acciones entabladas con idéntica finalidad ante un solo tribunal, la acumulación se efectuará ante el Tribunal Arbitral. También quedan sometidas a la jurisdicción arbitral establecida en este artículo las personas que efectúen una oferta pública de adquisición respecto de los destinatarios de tal adquisición.

²⁹⁸ RIVERA, Júlio César. **El Arbitraje en Argentina**. Disponível em: <http://www.rivera.com.ar/archivos/File/publicaciones/Rivera_El%20arbitraje%20en%20Argentina2.pdf> em 5 de outubro de 2010.

Gagliano, destaca a necessidade de a cláusula compromissória aludir um negócio determinado, não podendo a cláusula ser genérica, sob pena de contrariar a ordem pública.²⁹⁹

²⁹⁹ GAGLIARDO, *op. cit.*, p. 705.

5 CONCLUSÃO

Atualmente, não há dúvidas quanto à importância da utilização da arbitragem na solução dos conflitos societários, a escolha desse método de solução de litígios não leva em conta a identidade daquele com quem se litigará, mas as diversas vantagens desse procedimento quando contraposto com a jurisdição estatal.

Admitir a vinculação de direta de todos os acionistas, sem a necessidade de anuência expressa, traz a sociedade e aos sócios, segurança e certeza, pois em qualquer demanda de interesse social, não haverá dúvidas quanto qual o procedimento a ser adotado.

A extensão dos limites subjetivos da cláusula compromissória, ainda não é questão pacífica da doutrina, da análise jurisprudencial não se alcançou respostas, resultado do sigilo dos procedimentos arbitrais.

Com efeito, estarão vinculados diretamente a cláusula arbitral inserida no estatuto, os fundadores da companhia, os acionistas que votaram para sua inclusão, no caso de alteração do estatuto, bem como os acionistas ausentes, silentes ou que votaram contra a inclusão, isso porque, adota-se na legislação brasileira a votação pelo princípio majoritário, restando ao acionista sair da sociedade, sem contudo lhe ser assegurado o direito de retirada.

Os novos acionistas também estarão vinculados a cláusula compromissória, uma vez que o estatuto social possui caráter de contrato organizativo, não há que exigir a aprovação expressa de todos os acionistas. Ao decidir ingressar no quadro social, aceitou as cláusulas do estatuto, não implicando em renúncia ou violação ao direito fundamental de acesso ao Judiciário.

Os administradores e terceiros que participaram de cessão de ações, dependerá da redação da cláusula compromissória, que poderá restringir apenas aos acionistas, caso tenha a previsão de vinculação aos administradores, deverá haver a adesão deste para que a cláusula seja válida.

Em relação a terceiros, e importante quanto à cessão e a sucessão, não poderá haver a vinculação automática, pois estes não fazem parte do quadro de acionistas.

A análise da natureza institucional da sociedade converge com a necessidade de vinculação de todos os acionistas à cláusula compromissória, sob pena de ineficácia da mesma.

A existência da cláusula compromissória ao entender que apenas alguns acionistas estariam vinculados, pode franquear a existência de demandas paralelas, uma na via arbitral e outra na via judiciária, com um sério risco de decisões conflitantes, o que já ocorre quando se trata de demandas judiciais. Além da possibilidade da ação judicial levar alguns anos para ter uma solução definitiva, tendo em vista os inúmeros recursos disponíveis, como forma de uma manobra pela parte.

Com efeito, a necessidade de adesão expressa para a vinculação do novo acionista, torna a negociação das ações burocratizadas, principalmente quando deixou-se de utilizar os certificados de ações. Em verdade, essa exigência contraria a realidade da circulação das ações, principalmente quando se dá no mercado de capitais.

Registre-se ainda, que nem todas as categorias de acionistas terão interesse em adotar a cláusula compromissória, e diante de um litígio, analisarão a conveniência dependendo das circunstâncias, podendo até mesmo ser utilizada como estratégia do acionista.

Não se entende que a interpretação do disposto no §3º do art. 109 deve ser ampla, vinculando todos os que tenham alguma relação com a sociedade, pelo contrário, deve ser analisada a redação da cláusula compromissória, e ainda o interesse social da sociedade.

A utilização da arbitragem, nas sociedades anônimas nunca chegou a ser proibida, sempre foi uma faculdade, pois na circunstância de um conflito poderá as partes firmar um compromisso arbitral, podendo até mesmo não constar do estatuto, tendo em vista as vantagens da sua utilização. Registre-se que somente vinculará todos os acionistas e da sociedade quando inserida no estatuto social.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13. ed. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. *Governança Corporativa: Arbitragem, administração de conflitos societários e desenvolvimento econômico e social*. 195 f. Tese (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

ARGENTINA. **Constitucion de la Nacion Argentina**, de 22 de agosto de 1994.
Disponível em:

<<http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucionnacional.pdf>>

ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ACERBI, Andrea Goes. A extensão dos efeitos da cláusula compromissória nos estatutos das sociedades anônima. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 181-231.

ASCARELLI, Túlio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.

BARCELLOS. Chyntia Aquino da Costa. O avanço da Arbitragem após 10 anos da Lei n. 9.307/96. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (coord.). **Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 59-68.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais**. v. I ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

BERTOLDI, Marcelo M. **Reforma da lei das sociedades anônimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____; PEREIRA RIBEIRO, Márcia Carla. **Curso avançado de direito comercial**. 5 ed. ver. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Agravo Regimental em sentença estrangeira 5.206, Reino da Espanha, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; Agte.: MBV Commercial and Export Management Establishment; Agdo.: Resil Indústria e Comércio Ltda. J. 12.12.2001.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 22 de Abril de 1824.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional, 1891.

_____. Lei nº. 556, de 25 de junho de 1850. Publicada na Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 1º julho 1850.

_____. Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850. Rio de Janeiro, RJ.

CANERO, Carla A. de Andrade Junqueira. Arbitragem Internacional. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (coord.). **Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 207- 215.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. v. 3. Trad. Adraín Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **A Nova Lei das S/A**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§3º d art. 109). In: LOBO, Jorge (coord). Reforma da lei das sociedades anônimas:

inovações e questões controvertidas da Lei nº. 10.303, de 31.10.2001. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 321-343.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paulo Capitanio. ed. 2. v.II. Campinas: Bookseller, 2000

CORREA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 2 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ENEI, José Virgílio Lopes. A Arbitragem nas sociedades anônimas. **RDM**, São Paulo, n. 129, p. 136-173, jan./mar. 2003.

EIZIRIK, Nelson. Arbitrabilidade objetiva nas sociedades anônimas e instituições financeiras. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. **Direito societário, desafios atuais**. São Paulo: Quartir Latin, 2009. p. 32- 44.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dais. **Arbitragem, Jurisdição e Execução, Análise Crítica da Lei 9.307, de 23.9.1996**. São Paulo: Ed. RT, 1999.

FLAKS, Luís Loria. A arbitragem na reforma da lei das S/A. **RDM**. São Paulo, ano XLII, n. 131. p. 100- 121,jul.-set. 2003.

FRÓES, Carlos Henrique de C. A Arbitragem no Brasil de acordo com a Lei nº 9.307/1996. In: GARCEZ. José Maria Rossani (coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 69-78.

GAGLIARDO, Mariano. **Sociedades anónimas**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

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

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: sociedade anônima**. v.II. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

_____. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. Reconhecimento e Execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (coord). **Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias.** São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 217-235.

ITÁLIA. Decreti Legislativi n. 5, 17 de janeiro de 2003. Disponível em: <http://parlamento.camera.it/decreti-legislativi/12/documentotesto.asp?tipo_ricerca=anno_tipo&anno=2003&tipologia=&mostra=Mostra%AOelenco> em 5 de outubro de 2010.

LEMES, Selma M. Ferreira. Jurisprudência Comentada. **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo, ano 1, n. 2, 2004. p.261-271. maio-agosto, 2004.

_____. O Cenário Atual da Arbitragem no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação.** Ano 1. nº.3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004. set-dez. p. 129 - 137.

LICATTI, Taissa Macaferri. Novo Mercado: Influência e aspectos relacionados à inserção da cláusula compromissória arbitral nos estatutos sociais. In: VERÇOSA. Haroldo Malheiros Duclerc (org.). **Aspectos da Arbitragem Institucional, 12 nos da lei 9.307/1996.** São Paulo: Malheiros. 2008. p. 233-279.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. **Revista de Arbitragem e Mediação,** São Paulo, ano 6, n. 22, p. 11-32, jul.-set. 2009.

MAKANT, Barbara. A Arbitrabilidade Subjetiva nas Sociedades Anônimas. **Revista de Arbitragem e Mediação,** São Paulo, ano 2, n. 4, p. 82-103, jan./mar. 2005.

_____; QUEIROZ, Samantha Longo. Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana: Dec. 5, de 17.01.2003. **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo, ano. 1, n. 3, p. 293- 309, set.-dez, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento.** 7ªed. v.II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. **RDM**. São Paulo, ano XLI, n.126 p.58 -74, abril-jun.2002.

_____. Arbitragem através dos Tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 35-67.

_____. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas; lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. v. I: artigos 1º. A 105. Rio de Janeiro: Forense. 1975.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES COSTA, Marina. Organizações internacionais e arbitragem CCI. **Revista Brasileira de Arbitragem**. São Paulo: Ed. Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem, nº 0, jul./out. 2003.

MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho Civil y comercial**. t. ii . Buenos Aires: EJE, 1956. p. 343.

MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática)**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 362-391.

MOTULSKY, Henri. A evolução recente da arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e mediação**, São Paulo, ano 5, n. 19,out./dez. 2008.

MUNHOZ, Eduardo. Arbitragem e grupos de sociedades. In: VERÇOSA. Haroldo Malheiros Duclerc (org.). **Aspectos da Arbitragem Institucional, 12 anos da lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 149-180.

NEVES, Flávia Bittar. O efeito vinculante da convenção de arbitragem – análise jurisprudencial no direito comparado. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (coord). **Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 77-106.

NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. **Manual de direito comercial**. Campinas: Bookseller, 2001.

PELA, Juliana Krueger. **Notas Sobre a Eficácia da Cláusula Compromissória Estatutária**. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 41.

PERU. **Ley General de Arbitraje**. Decreto Lei nº. 26.572, 5 de janeiro de 1996. Disponível em: <<http://www.justiciaviva.org.pe/normas/nac01.pdf>>

PERU. **Ley General de Sociedades**. Decreto Lei nº. 26.887, 1º de janeiro de 1998. Disponível em: <<http://www.abogadoperu.com/ley-general-sociedades-26887-abogado-ley.php>>

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Tomo L: Direito das Obrigações: Sociedade por ações. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25 ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2007.

RICCI, Edoardo Flavio. Arbitragem e o art. 5º, XXXV, da CF (reflexões sobre a doutrina brasileira). In: RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de arbitragem brasileira – oito anos de reflexão, questões polêmicas**. FRANCO, Mirulza (colab. e trad). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.19–39.

RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho societário**. Buenos Aires: Eitorial Astrea de Akfredo y Ricardo Depalma. 1998.

RIVERA, Júlio César. **El Arbitraje en Argentina**. Disponível em: <<http://www.rivera.com.ar/archivos/File/publicaciones/Rivera%20arbitraje%20en%20Argentina2.pdf>>

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

ROSSI, Livia. Arbitragem na Lei das sociedades anônimas. **RDM**. São Paulo, n.129. p.186-205, jan./mar. 2003.

TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDRETTA. Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem – comentários à lei 9.307, de 23.09.1996**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 21-33.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.III. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedade por ações: comentários ao decreto-lei nº 2.627 de setembro de 1940**. 2.ed. rev. e atual, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Doze anos da Lei de arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes. In: _____ (org.). **Aspectos da Arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2008. p.15-32.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. Aplicabilidade da arbitragem na resolução de conflitos societários no âmbito da sociedade limitada. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (coord.). **Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007 p. 129–155.

WALD, Arnold. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. **Revista de Mediação e arbitragem**. São Paulo, ano 6. n. 20, p. 9-24, jan-mar. 2009.

WALD, Arnold. A recente evolução da arbitragem no Direito Brasileiro (1996 – 2001). In: MARTINS, Pedro A. Batista e GARCEZ, José Maria Rossani (coords). **Reflexões sobre arbitragem: “in Memoriam” do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo: LTR, 2002.