



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

BERNARDO VIEIRA KLÜPPEL CARRARA

**OS EFEITOS DO ARTIGO 136-A DA LEI DAS S.A.
SOBRE A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA**

Brasília

2017



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

BERNARDO VIEIRA KLÜPPEL CARRARA

**OS EFEITOS DO ARTIGO 136-A DA LEI DAS S.A.
SOBRE A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do Professor e Doutorando Thiago Luís Santos Sombra.

Brasília

2017

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB

Faculdade de Direito – FD

BERNARDO VIEIRA KLÜPPEL CARRARA

**OS EFEITOS DO ARTIGO 136-A DA LEI DAS S.A.
SOBRE A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA**

Monografia aprovada com menção SS como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília pela seguinte banca examinadora:

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutorando Thiago Luís Santos Sombra

(Orientador)

Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira

(Avaliador)

Doutor Ricardo Villas Bôas Cueva

(Avaliador)

Brasília, 29 de Junho de 2017.

“A palavra é o instrumento irresistível da conquista da liberdade.”

Ruy Barbosa

Aos meus pais, André e Simone, por todo amor e por me ensinar a não economizar no sonho.

Ao meu irmão, Pedro, por toda candura e afeto.

À Raíssa, pelo companheirismo e união.

AGRADECIMENTOS

A elaboração do trabalho de conclusão de curso foi uma experiência única em diversos sentidos. A monografia, ao passo que demandou tremendo esforço e dedicação, trouxe um indescritível sentimento de satisfação e descobrimento pessoal. Nada disso seria possível, contudo, sem o apoio de pessoas incríveis que se fizeram presentes durante todo o período de faculdade.

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter me colocado no ceio de uma família tão correta e inspiradora. Agradeço à minha mãe, cujo carinho, força e doçura sempre foram de fundamental importância para minha formação como pessoa. Agradeço também ao meu pai, que sempre demonstrou amparo incondicional e me ensinou que “casa” não é um lugar. Tenho obrigação, também, de agradecer a meu irmão, Pedro, quem me ensina, todos os dias, que a vida pode ser leve. Aproveito para prestar homenagens à minha avó Cida, pelo esmero com que sempre cuidou de seus netos e pela construção de uma infância alegre e repleta de memórias felizes. A Beth e Sophia, nossa família de coração.

Durante a graduação, recebi um presente de meus tios Bruno e Flávia: ser padrinho do nosso querido Gabriel. Agradeço pelo voto de confiança, pelo carinho e por todo amor que sempre tivemos uns pelos outros. Espero poder corresponder às expectativas e oferecer todo suporte e dedicação que vocês sempre me deram.

Sinto-me, também, extremamente grato aos colegas do escritório Machado Gobbo Advogados – lugar onde dei meus primeiros passos rumo à advocacia. Obrigado, Kauê Machado, Leandro Gobbo, Henrique Arake, Thaisi Jorge, Ronald Barbosa, Fellipe Dias, Eduardo Batista, Michelle Câmara e Cláudio Gobbo; vocês me tornaram o profissional que sou. Agradeço, especialmente, à Letícia, pois, além de uma grande amiga, foi responsável por me apresentar a essa magnífica equipe.

Presto sinceros votos de gratidão ao Professor Thiago Luís Sombra. Graças aos seus conselhos e sua orientação, pude reaproximar-me de tema que tanto gosto e, de certa forma, reencontrar a mim mesmo. Aproveito para agradecer ao estimado professor Paulo Burnier, ao Excelentíssimo Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva e ao amigo Marcello Lavènere Neto, que, além de profissionais inspiradores, aceitaram fazer parte da banca avaliadora deste trabalho.

Gostaria de agradecer, ademais, aos amigos que se fizeram presentes durante esses cinco anos de faculdade. Graças a vocês, minhas manhãs se tornaram mais iluminadas e as noites, menos cansativas. São eles: Manuella Bonavides Amaral, Ana Beatriz Willemann, Lara Scapetti, Luísa Mello, Luiza Miranda, Antônio Léda, Thaís Tarquínio, Francine Vilhena, Verônica de Melo, João Vitor Camargo, Marco Antônio Amaral, João Gabriel Ribeiro, Matheus Pimenta, Victor Boson e Thiago Moraes. Além de excelentes lições jurídicas, aprendi, com vocês, o valor da lealdade e do companheirismo.

Ainda no âmbito das amizades, faço menção àqueles que me amparam desde muito antes dos anos de faculdade: João Boavista, Pedro Paulo Gatto, Nicholas Batista, Matheus de Matos, Mateus Martins, Robson Antunes, Álvaro Lopes, Guilherme Bauer, Matheus Ferreira, Luiz Filipe Frazão e Gabriel Rocha.

Por fim, mas não em última importância, agradeço à Raíssa, por me acalantar nos momentos de turbulência e estar ao meu lado nos momentos de serenidade. Sua paciência, carinho e doçura me tornam um homem melhor. Nada disso seria possível sem você.

RESUMO

No âmbito do Direito Arbitral, a inclusão de cláusula compromissória em estatuto de sociedade anônima é objeto de intensa discussão dogmática. Desde a edição da Lei 10.303/2001, em que se declarou a possibilidade de adoção de cláusula compromissória por parte das companhias, consagrados autores assumiram posições divergentes acerca da extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a todos os acionistas da empresa. O debate gira em torno da compatibilização entre o princípio da autonomia da vontade – essencial à arbitragem – e o princípio majoritário – norma angular do Direito Societário. A reforma da Lei de Arbitragem, concretizada pela Lei 13.129/2015, buscou pacificar a controvérsia mediante a inclusão do art. 136-A, na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76). O dispositivo previu a vinculação de todos os acionistas à cláusula compromissória estatutária, mas, em contrapartida, determinou quórum qualificado para sua inclusão, bem como garantiu o direito de recesso aos sócios dissidentes. Tendo isso em vista, o presente estudo visa abordar a compatibilidade entre a arbitragem e o Direito Societário, para, num segundo momento, analisar os diferentes argumentos acerca da controvérsia inerente à inclusão da cláusula de arbitragem em estatuto social das companhias e a pertinência da adoção de institutos contramajoritários trazidos pela nova disposição legal. Por fim, serão analisadas diferentes decisões judiciais acerca da inclusão da cláusula compromissória estatutária, já sob a égide do art. 136-A.

Palavras-chave: Arbitragem; Direito Societário; Cláusula compromissória estatutária; Sociedades Anônimas.

ABSTRACT

Under arbitration, the inclusion of arbitration clause in the joint stock Corporation bylaws is subject of intense dogmatic discussion. Since the enactment of Law n. 10303/2001, in which has been declared the possibility of adoption of the arbitration clause by the companies, consecrated authors have assumed different positions regarding the extension of the effects of the arbitration agreement to all shareholders. The debate revolves around the compatibility between the principle of autonomy of the will – essential to arbitration – and the majority principle – foundation norm of Corporate Law. The reform of the arbitration law, implemented by Law n. 13.129 / 2015, sought to pacify the controversy through the inclusion of article 136-A, in the Brazilian Corporate Law (Law n. 6404/76). The legal device determinates that all shareholders are bound by the statutory arbitration clause, but, on the other hand, established a qualified quorum for its inclusion as well as guaranteed withdrawal rights to the dissenting partners. In light of this, the present study aims to address the compatibility between arbitration and corporate law, in order to analyze the different arguments around the controversy inherent to the inclusion of the arbitration clause in the companies' bylaws and the pertinence of the adoption of countermajority institutes by the new legal provision. Finally, different judicial decisions will be analyzed regarding the inclusion of the statutory arbitration clause, already under the aegis of article 136-A.

Key Words: Arbitration; Corporate Law; Statutory arbitration clause; Joint Stock Corporation.

SUMÁRIO

Introdução.....	11
------------------------	-----------

Capítulo I- Arbitragem e Direito Empresarial: requisitos, fontes e benefícios.....14

I.	Requisitos para estabelecimento do juízo arbitral.....	15
a.	Arbitrabilidade Subjetiva.....	16
b.	Arbitrabilidade Objetiva.....	17
II.	Convenção de Arbitragem: Compromisso Arbitral e Cláusula Compromissória.....	20
a.	Cláusula Compromissória.....	21
b.	Compromisso Arbitral.....	25
III.	Vantagens do uso da arbitragem no âmbito do Direito Empresarial.....	27
a.	Celeridade.....	28
b.	Especialização.....	31
c.	Confidencialidade.....	32
d.	Informalidade.....	35
e.	Eventuais desvantagens da arbitragem.....	37
IV.	A manifesta compatibilidade entre o instituto da arbitragem e o Direito Societário.....	40

Capítulo II – Análise das alterações promovidas pelo art. 136-A da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76).....41

I.	A inclusão de cláusula compromissória estatutária em Sociedades Anônimas.....	43
a.	A relação entre Sociedades Anônimas e Ações.....	43
b.	Forma de inclusão de cláusula compromissória em estatuto social de sociedade anônima.....	46
II.	A imperatividade subjetiva da cláusula compromissória estatutária.....	49
a.	A Posição Minoritária: impossibilidade de vinculação da cláusula compromissória estatutária aos acionistas não anuentes.....	50
b.	Posição Majoritária: a imperatividade do princípio majoritário e ausência de violação à autonomia da vontade das partes.....	54

i.	Ausência de violação ao art. 5º, XXXV, da CF/88 e a adequação da arbitragem ao § 2º, do art. 109, da Lei 6.404/76.....	58
ii.	Correta interpretação do § 3º, do art. 109, da Lei 6.404/76.....	61
iii.	A ausência de correlação entre o estatuto social da sociedade anônima e a regra do parágrafo 2º, do art. 4º, da Lei 9.307/96.....	61
iv.	A impossibilidade de se considerar a cláusula compromissória como um contrato parassocial.....	62
v.	Uma inevitável confirmação: o princípio majoritário é norma inderrogável do Direito Societário.....	64
III.	A inclusão do direito de recesso pelo art. 136-A.....	66
IV.	Críticas ao art. 136-A, inserido na Lei das Sociedades Anônimas.....	69

**Capítulo III – Estudo de decisões
acerca da cláusula compromissória estatutária.....74**

I.	Agravo de Instrumento nº 2031444-61.2017.8.26.0000, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.....	76
a.	Síntese dos fatos.....	76
b.	Decisão.....	77
c.	Comentários acerca da decisão.....	79
II.	Apelação nº 5009846-10.2015.4.0.7201, julgada pelo tribunal Regional Federal da 4ª Região.....	83
a.	Síntese dos fatos.....	84
b.	Decisão.....	85
c.	Comentários acerca da decisão.....	86
III.	A ausência de um posicionamento sedimentado acerca da cláusula compromissória estatutária sob a égide do art. 136-A.....	89

Conclusão.....91

Referências Bibliográficas.....93

Introdução

A arbitragem, em linhas gerais, consiste num procedimento jurisdicional alternativo – ou adequado, como preferem alguns autores¹ – ao Poder Judiciário, no qual os litigantes elegem um terceiro – árbitro – ou terceiros responsáveis por dirimir o litígio em questão. Trata-se de mecanismo privado e heterocompositivo de resolução de conflitos, uma vez que a decisão adotada ao fim do procedimento possui efeito vinculante às partes, devendo, por elas, ser cumprida².

Apesar de sua origem histórica, a arbitragem, até meados da década de 90, pouco avançou no cenário jurídico brasileiro. Havia uma grande desconfiança acerca de sua efetividade e procedência, em toda a América latina. No caso do Brasil, poucos eram os incentivos ao seu uso, haja vista que tanto o Código de Civil de 1916 quanto o Código de Processo Civil de 1973 impunham entraves à efetividade do instituto. Os dois principais empecilhos impostos ao uso da arbitragem eram: a ausência de força da cláusula compromissória, e; a necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário.

Em razão das dificuldades, o instituto arbitral só teve sua disciplina própria regulada em 1996, pela Lei 9.307/96. O diploma legal cuidou de solucionar os entraves apresentados e conferir efetividade ao processo arbitral.

Contudo, a arbitragem sempre foi objeto de inúmeras polêmicas. Já em sua origem, uma nova discussão surgiu em torno da constitucionalidade da Lei frente ao direito de acesso à justiça consagrado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. Em 2001, o Supremo Tribunal Federal – nos autos do Agravo Regimental em Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, de relatoria do Ministro Sepúlveda

¹“Faço aqui um alerta: a terminologia tradicional, que se reporta a “meios alternativos” parece estar sob ataque, na medida em que uma visão mais moderna do tema aponta meios adequados (ou mais adequados) de solução de litígios, não necessariamente alternativos. Em boa lógica (e tendo em conta o grau de civilidade que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio), é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação, mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob este enfoque, os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação, conciliação). Para evitar esta contradição, soa correta a referência a métodos adequados de solução de litígios, não a métodos alternativos. Um sistema multiportas de resolução de disputas, em resumo, oferecerá aos litigantes diversos métodos, sendo necessário que o operador saiba escolher aquele mais adequado ao caso concreto.” CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. – 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32-33.

² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. – 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

Pertence³ – em julgamento histórico, declarou a constitucionalidade da Lei 9.307/96 e definiu a natureza jurisdicional da arbitragem, haja vista a presença do devido processo legal.

As polêmicas, no entanto, não se restringiram ao âmbito da constitucionalidade da Lei 9.307/96. Os pontos de convergência entre a arbitragem e as mais diversas áreas do Direito (Direito do Trabalho, Direito Administrativo, Direito Internacional, etc.) sempre foram objeto de intensas discussões dogmáticas.

No que se refere ao Direito Societário, uma grande polêmica circundou a interpretação do parágrafo 3º, do art. 109, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76). Ocorre que o artigo – introduzido pela Lei 10.303/2001 – previu, de forma imprecisa, a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória no estatuto social de sociedade anônima – a cláusula compromissória estatutária. Sendo assim, a doutrina divergia acerca dos efeitos vinculantes e subjetivos de tal inclusão: estariam, todos os acionistas, sujeitos ao juízo arbitral ou apenas aqueles que aderiram, expressamente, à cláusula?

Apenas catorze anos depois, através da Lei 13.126/2015 – também conhecida como reforma da Lei de Arbitragem ou apenas reforma da arbitragem – o legislador procurou trazer uma solução à discussão. Foi incluído o art. 136-A no corpo da Lei 6.404/76, o qual prevê: (i) a aprovação da cláusula de arbitragem em assembleia geral extraordinária mediante quórum qualificado dos titulares de ações correspondes à metade do capital social da empresa; (ii) a vinculação de todos os acionistas à cláusula de arbitragem e; (iii) a garantia do direito de recesso ao acionista dissidente.

O presente estudo tem, portanto, o objetivo de abordar o instituto da cláusula compromissória estatutária sob a incidência dos efeitos previstos pelo art. 136-A, da Lei 6.404/96. Teria o dispositivo sanado a discussão existente acerca da extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória estatutária? Seriam os instrumentos inseridos pelo dispositivo – quórum qualificado e direito de recesso – eficazes à evolução da arbitragem societária e à estabilização da cláusula compromissória?

Para cumprir tal objetivo, o trabalho foi dividido em três capítulos. No capítulo I, realizar-se-á um estudo preliminar acerca da convergência entre o instituto da arbitragem e os litígios de cunho societário, com o objetivo de verificar a compatibilidade entre ambos. Além disso, será trabalhada a forma de instituição do

³ Disponível em: www.stf.gov.br.

juízo arbitral. Por fim, serão abordadas as possíveis vantagens e desvantagens auferidas pela empresa ao eleger o juízo arbitral para solução de seus litígios em relação ao Poder Judiciário.

No capítulo II, será tratado o tema central deste trabalho de conclusão de curso. Será estudada a forma de inclusão da cláusula compromissória, no estatuto social da companhia, segundo a norma do art. 136-A. Num segundo momento, será abordado o profundo conflito doutrinário acerca da extensão dos efeitos subjetivos da cláusula compromissória estatutária, bem como a atual posição firmada pelo legislador, através do novo dispositivo. Por fim, será abordado o direito de recesso e a sua incidência no caso da cláusula de arbitragem. Através de uma abordagem, em separado, de cada elemento do novo dispositivo legal, será possível identificar a incidência de seus efeitos, no âmbito das sociedades anônimas.

Finalmente, no capítulo III, os conceitos trabalhados serão trazidos à baila em casos concretos, nos quais os tribunais se depararam com o debate acerca da cláusula compromissória estatutária. Serão analisadas decisões judiciais a partir da incidência do art. 136-A, com vistas a preservar o recorte temático aqui trabalhado.

Capítulo I – Arbitragem e Direito Empresarial: requisitos, fontes e benefícios

A arbitragem é, atualmente, um dos temas de maior destaque no âmbito do Direito brasileiro. Como prova deste crescimento, o Brasil, segundo dado revelado, em 4 de maio de 2017, possui o terceiro maior número de casos levados à apreciação da Câmara de Comércio Internacional – ICC⁴. Nesse sentido, são cada vez mais constantes as discussões acerca de seus mais diferentes aspectos – principalmente no que tange ao Direito Empresarial. Conforme passará a se expor, tal método alternativo de resolução de conflitos apresenta extrema compatibilidade com os litígios de cunho societário.

Sendo assim, antes de adentrar o tópico principal do presente trabalho, necessário realizar uma análise prévia acerca dos motivos pelos quais a arbitragem societária vem ganhando tamanho relevo. Para tanto, demonstrar-se-ão os requisitos, formas de instituição, vantagens inerentes ao processo arbitral e a forma com que se relacionam com o âmbito empresarial do Direito.

Somente após o estabelecimento de um panorama acerca do procedimento arbitral e seu uso ante os conflitos empresariais, será possível analisar a controvérsia que gira em torno da imperatividade da cláusula de arbitragem adotada em sociedades anônimas. Em verdade, o tema se encontra intimamente relacionado aos requisitos de estabelecimento do juízo arbitral, elencados pela Lei 9.307/96.

De modo a garantir uma apresentação didática do tema, dividir-se-á o capítulo em três partes. O primeiro momento abordará as condições necessárias ao uso da arbitragem. No segundo momento, apresentar-se-ão as formas de celebração da convenção de arbitragem, podendo ocorrer por cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Por fim, abordar-se-ão as vantagens trazidas pelo uso do processo arbitral no que tange ao Direito Societário.

⁴ Dado disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2017/05/camara-de-comercio-internacional-lanca-corte-internacional-de-arbitragem-no-brasil/>

I. Requisitos para estabelecimento do juízo arbitral

Consoante já tratado em introdução, embora o Código de Processo Civil de 1973 e o Código Civil de 1916 trabalhassem aspectos relacionados à arbitragem, a Lei 9.307/96 foi responsável por introduzir, especificamente, o instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, a Lei tratou de disciplinar os requisitos básicos à constituição do juízo arbitral. Necessário, portanto, trazer à baila o que dispõe o art. 1º, do texto legal:

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

Conforme preconiza o diploma legal, duas condições são necessárias para eleição da arbitragem como procedimento adequado à solução de determinado litígio. São elas: a arbitrabilidade subjetiva e a arbitrabilidade objetiva.

O nome de tais requisitos pouco diz a respeito de suas definições e, sobretudo, aplicações. Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio trazem uma precisa pontuação acerca do tema:

Mesmo se partindo da premissa que a jurisdição - aplicação da lei ao caso concreto - é uma das funções do Estado, admite-se que as partes possam decidir submeter a solução de seus litígios à arbitragem ao invés de à jurisdição estatal. O Estado conserva, todavia, o poder de impedir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável. Dessa forma, a arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção arbitral e conseqüentemente da competência dos árbitros⁵.

Nas palavras de José Frederico Marques⁶, ainda em 1960 – anos antes da edição da Lei de Arbitragem:

⁵DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitrabilidade*. In: *Direito Internacional Privado - Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Apud MEDEIROS, Suzana Domingues *Arbitragem envolvendo o Estado do Direito Brasileiro*. R. Dir. Adm. UERJ. Rio de Janeiro, 2003, p. 71-101

⁶MARQUES, José Frederico. *Instituições do Direito Processual Civil*. Forense. 1960. Volume 422. n. 1330.

Cuidando-se de relação jurídica disponível e de interessados capazes de transigir, podem ambos entrar em composição para solucionar os seus recíprocos desentendimentos através de concessões mútuas. (...) Cuidando-se de direitos disponíveis entre interessados com plena capacidade de transigir e contratar, a nova situação concreta, por eles criada, é a que passa a ter a tutela estatal.

(...)

Assim como o Estado, por estar em foco direito disponível, deixa que os interessados solucionem, através de transação, suas desinteligências recíprocas, nada há de estranhável que, também, autorize, esses mesmos interessados a submeterem a outras pessoas, em lugar de o levarem, através da propositura da ação, a juízes e tribunais.

Abordar os desdobramentos de tais conceitos aliados às opiniões de especialistas é, portanto, tarefa necessária para que se promova um estudo aprofundado acerca do tema.

a. Arbitrabilidade Subjetiva

Em linhas gerais, a arbitrabilidade subjetiva traduz-se pela capacidade das partes em eleger o procedimento arbitral para solução da lide, em alternativa ao Poder Judiciário. Nessa linha, dispõe a primeira parte do art. 1º, da Lei 9.307/96, conforme colacionado.

Ante o que dispõe o artigo supramencionado, o Código Civil, logo em seu primeiro artigo, determina que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” Contudo, a mera capacidade de direito – prevista no artigo – não é suficiente para que a parte opte pela adesão à arbitragem. Para tal, a capacidade de fato é necessária – também entendida como aptidão para o exercício dos direitos – elencada nos artigos 3º e seguintes, da mesma Lei.

Não basta, assim, que a parte seja sujeito de direitos, eis que, nos termos já explicitados, todas as pessoas o são. É requisito essencial que as partes, optantes pelo juízo arbitral, estejam em pleno gozo de seus direitos civis, podendo exercer, livremente, a autonomia da vontade – princípio, este, fulcral ao funcionamento da arbitragem. Na lição de Carlos Alberto Carmona:

Condição *sine qua nom* para a utilização da arbitragem é a capacidade dos contratantes, sem o que não pode ser firmada a convenção de arbitragem.

A capacidade jurídica consiste – como lembra Angelo Favata – ‘na aptidão de tornar-se sujeito de direitos e deveres’, sendo tal capacidade o pressuposto de todos os direitos e obrigações. Esta aptidão genérica está estampada no art. 1º do novo Código Civil brasileiro, sendo certo que a capacidade jurídica da pessoa natural é limitada, já que uma pessoa pode ter o gozo de um direito sem ter o seu exercício, em razão pela qual seu representante legal é que o exercerá, em seu nome. Também pode a capacidade sofrer restrições quanto ao seu exercício por força de outras ocorrências, tais como a idade (maioridade ou menoridade). A estes a lei denomina incapazes, dando-lhes proteção jurídica, que se realiza através da representação ou assistência, o que lhes possibilita o exercício de direitos⁷.

Com efeito, a capacidade de eleger o juízo arbitral é, conforme legalmente determinado, equiparada à capacidade de contratar. Isso porque a opção pela arbitragem pressupõe o firmamento da convenção de arbitragem, que pode ocorrer via compromisso arbitral ou cláusula compromissória – sendo, a última, objeto do trabalho.

Sendo assim, a capacidade para instituir o juízo arbitral não comporta maiores discussões. Trata-se de matéria bastante clara e bem definida. Em verdade, a grande discussão gira em torno da forma pela qual se manifesta a arbitrabilidade subjetiva. Isso porque a opção pelo juízo arbitral ocorre em detrimento da jurisdição estatal, de modo que tais manifestações devem expressar, efetivamente, a autonomia da vontade das partes.

Sob este enfoque, não restam dúvidas quanto à identificação entre o Direito Empresarial e o instituto da arbitragem, visto que tanto o procedimento arbitral quanto as sociedades empresárias são instituídas através de contratos. Justamente por pressuporem, ambos, capacidade contratual, a adoção da arbitragem, no que se refere à solução de conflitos de cunho empresarial, é possível. Em outras palavras, quem tem capacidade para integrar um contrato social ou adquirir ações no mercado financeiro, tem capacidade para instituir um procedimento arbitral.

b. Arbitrabilidade Objetiva

A arbitrabilidade objetiva, por seu turno, visa a determinar a natureza das matérias passíveis de apreciação pelo juízo arbitral. O conceito está presente na segunda parte do

⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. – 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 55.

art. 1º da Lei de Arbitragem, na qual se menciona que apenas *litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis* podem ser julgados pelo juízo arbitral.

A arbitragem é um processo estabelecido através da autonomia da vontade das partes. Contudo, há direitos sobre os quais os titulares não podem exercer tal liberdade, devendo cumpri-los conforme norma legal, e, por isso, são considerados indisponíveis (ex.: Direito Penal; Direito de Família). Nessa esteira, ganha relevo a limitação imposta, eis que impede a apreciação de tais direitos pela via da arbitragem. Sendo assim, o juízo arbitral só pode exercer sua jurisdição no que se refere a direitos sobre os quais as partes possam dispor.

Nessa linha, necessário trazer à baila, novamente, as palavras de Carmona:

A Lei de Arbitragem abandonou a fórmula preconizada pelo Código de Processo Civil [de 1973] (art. 1.072, revogado), que se reportava a direitos patrimoniais “sobre os quais a lei admita transação”, preferindo técnica superior. Agora, a remissão à disponibilidade do direito é objetiva e não oblíqua como ocorria na redação adotada pelo dispositivo indigitado do Estatuto de Processo.

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim, *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.”

(...)

São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. Pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código de Processo Civil (art. 1.072, revogado), que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir⁸.

Vale ressaltar, ainda com base no citado doutrinador, que mesmo direitos *prima facie* indisponíveis podem apresentar consequências patrimoniais. Tais consequências patrimoniais, por sua vez, se enquadram no requisito da arbitrabilidade objetiva e podem, portanto, ser levadas à apreciação arbitral. Sendo assim, embora a prestação de

⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. – 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 56.

alimentos seja de apreciação obrigatória do Judiciário, o *quantum* estabelecido pode ser negociado pelas partes e, portanto, determinado via arbitragem⁹.

À época da edição do atual Código Civil – que, frise-se, foi publicado mais de trinta anos após sua proposição – muito se discutiu a respeito dos efeitos de seu art. 852, no que se refere à arbitrabilidade objetiva. Veja-se o que determina o dispositivo:

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Ocorre que, muito embora o art. 852, do CC/2002, traga redação diversa do art. 1º, da Lei 9.307/96, não houve qualquer alteração semântica ao teor da arbitrabilidade objetiva. Ou seja, o Código Civil em nada acrescentou às limitações ao uso da arbitragem.

Modesto Carvalhosa alinha a disponibilidade dos direitos subjetivos à possibilidade de serem alterados somente por seu titular. Segundo o autor, tal “disponibilidade caracteriza-se pela suficiência da vontade do titular sobre seu patrimônio para dele dispor com exclusividade, na medida em que nele não se mesclam outros interesses que não os dele próprios”¹⁰.

Como bem pontua Rodrigo Tellechea, o Direito brasileiro ainda não manejou encontrar definição suficiente acerca do significado da disponibilidade. A vagueza inerente ao critério impede que se estabeleça uma linha rígida sobre o que é ou não arbitrável¹¹.

No que tange ao Direito Empresarial, verifica-se, numa imensa maioria dos casos, o preenchimento não apenas da arbitrabilidade subjetiva como também de sua vertente objetiva. Com efeito, os litígios de cunho societário costumam, em razão de sua natureza, possuir caráter patrimonial e, majoritariamente, disponível. Os litígios societários podem se tratar, exemplificativamente da dissolução parcial/total da empresa; da exclusão de um sócio; da distribuição de dividendos; problemas referentes a direitos políticos; entre outros.

⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. – 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 56.

¹⁰ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários à lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 250;

¹¹ TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p.338.

Tellechea traz, ainda, duas reflexões relevantes no que concerne à arbitrabilidade objetiva empresarial. A primeira diz respeito à necessidade de distinção entre direitos indisponíveis – que interferem na autorregulação do indivíduo e não são sujeitos à arbitragem – e norma societária de ordem pública – simples regra jurídica de observância obrigatória, mas passível de solução via arbitragem¹².

O segundo ponto levantado pelo autor sugere a “definição do universo de matérias abrangidos pela cláusula compromissória inserida no estatuto social de determinada companhia”. Sendo assim, “o âmbito de eficácia da cláusula compromissória estatutária depende da amplitude ou da estreiteza da redação que a ela for dada quando da construção do estatuto social da companhia ou da sua alteração pela assembleia geral extraordinária”¹³.

A partir de todo o exposto, resta evidente que o Direito Empresarial comporta, claramente, o uso da arbitragem para solução de seus litígios.

II. Convenção de Arbitragem: Compromisso Arbitral e Cláusula Compromissória

Após analisar os requisitos subjetivos e objetivos da arbitragem societária, uma abordagem acerca dos meios pelos quais as partes elegem o processo arbitral é fundamental.

A arbitragem, no ordenamento jurídico brasileiro, funda-se no princípio da autonomia da vontade das partes. Dessa forma, a convenção de arbitragem nada mais é que “o acordo de vontades pelo qual as partes se vinculam à solução de litígios determinados ou determináveis presentes ou futuros, por meio de juízo arbitral, sendo derogada, em relação aos mencionados litígios, a jurisdição estatal”¹⁴. Em outras palavras, pondera Carmona:

Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a

¹² TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 340.

¹³ TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p.341-343.

¹⁴ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convecção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19)¹⁵.

Com base na citação acima, a instituição do juízo arbitral pode se dar de duas maneiras, quais sejam, o compromisso arbitral e a cláusula compromissória. Com efeito, o art. 3º, da Lei 9.307/96, prevê que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

À época da publicação da Lei de Arbitragem, o legislador teve o cuidado de equiparar a cláusula compromissória ao compromisso arbitral, pois, até então, somente o último teria força para instituir o juízo arbitral. Até o advento da Lei 9.307/96, a cláusula era interpretada “como mero *pacto de contrahendo*, não servia para afastar a competência do juiz togado, e muito menos tinha o condão de instituir o juízo arbitral”¹⁶. Com a redação do art. 3º, da Lei de Arbitragem, ambos os institutos passaram a ter o condão de vincular as partes e instituir o juízo arbitral.

Carmona¹⁷ entende que o legislador, a exemplo da Lei de Arbitragem espanhola, poderia ter optado por eliminar os vocábulos, utilizando-se apenas o termo convenção de arbitragem. Contudo, o legislador não o fez, de modo a manter a dualidade cláusula-compromisso, à semelhança do Direito francês, conforme explica Guerrero¹⁸.

Sendo assim, muito embora ambos os institutos apresentem o mesmo efeito, o legislador optou por conferir algumas características diferentes ao compromisso arbitral e à cláusula compromissória.

a. Cláusula Compromissória

Conforme tratado acima, a cláusula compromissória arbitral não possuía qualquer regulamentação até o advento da Lei 9.307/96, o que a impedia de produzir qualquer efeito relevante aos seus contraentes – salvo a possibilidade de indenização, caso uma das partes se recusasse a firmar o compromisso arbitral. Atualmente, a cláusula

¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 89.

¹⁶ TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 87.

¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 35.

¹⁸ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 6.

compromissória arbitral, introduzida pelo art. 3º da Lei de Arbitragem, encontra-se disciplinada pelo art. 4º, da mesma lei. *In verbis*:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Superada, portanto, a omissão legislativa, a cláusula compromissória assumida pelas partes passa a vigorar integralmente e produzir os mesmos efeitos do compromisso arbitral. A cláusula deixa de ser considerada uma promessa de acordo e torna-se um negócio jurídico processual, motivado pela vontade das partes.

A cláusula compromissória pode ser definida, portanto, como um acordo de vontades segundo o qual os contratantes concordam em submeter, ao juízo arbitral, qualquer litígio oriundo daquela relação jurídica. Aqui se observa sua primeira característica: a cláusula compromissória é constituída de maneira prévia ao litígio; ou seja, antes de ocorrer qualquer conflito, as partes já acordaram com a adoção do juízo arbitral. Trata-se, portanto, de negócio jurídico de caráter preventivo.

Um ponto de maior discussão doutrinária se refere à forma do instrumento da cláusula compromissória. Conforme aponta o § 1º, do art. 4º, fica evidente que a cláusula deve ser escrita. Contudo, maior polêmica surge ao se questionar se há necessidade de forma solene à elaboração da cláusula. Teria a cláusula compromissória natureza *ad solemnitatem* ou, meramente, *ad probationem*¹⁹?

A grande maioria dos autores entende que a forma escrita da cláusula compromissória possui o único fito de comprovar a adesão ao procedimento arbitral, sem qualquer necessidade de forma rígida expressa. Nessa linha se posiciona Carreira Alvim:

¹⁹ TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 313.

Diversamente do compromisso que deve revestir-se de forma especial, confundindo-se a sua forma com a própria existência do ato (art. 9º, §§ 1º e 2º, LA) exigindo, portanto, prova *ad substantiam*, a cláusula compromissória, no direito brasileiro, não exige forma solene, contentando-se a lei que seja estipulada por escrito (art. 4º, § 1º, LA), sendo a prova apenas *ad probationem*. Pode a cláusula ser convencionada mediante troca de correspondência epistolar entre as partes, telex, telegrama, *fac-simile*, desde que comprovada a posposta de uma das partes e aceitação da outra²⁰.

Não se exige, portanto, um formato solene para aceitação da cláusula compromissória. Basta, assim, que se possa comprovar, processualmente, a adesão ao juízo arbitral. Nessa linha, os requisitos para formação da cláusula são os mesmos do art. 104, do Código Civil, quais sejam: partes capazes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e; forma prescrita ou não defesa em lei²¹.

Tellechea resgata, oportunamente, a lição de Judith Martins Costa acerca das características da cláusula compromissória:

A convenção privada instauradora da arbitragem é tanto fonte quanto instrumento da instância arbitral. Segundo Judith Martins-Costa, é fonte porque constitui “um modo predeterminado de edição válido do Direito”, ao passo que é instrumento, pois, na condição de negócio jurídico, “viabiliza o acesso a uma nova esfera de regulação de interesses econômicos juridicamente relevantes, quando do advento de controvérsias acerca da execução e da interpretação do contrato que a transporta”, recolocando o tema da arbitragem no *locus* de “legítimo exercício de poder negocial”²².

Finaliza Tellechea:

Em resumo, é possível destacar os seguintes elementos na construção de uma cláusula compromissória: (I) é negócio jurídico privado, com efeitos processuais e organizativos; (II) tem forma escrita, não podendo ser imposta a qualquer das partes, devendo resultar, portanto, de livre manifestação da vontade (expressa ou tácita); (III) insere-se em um contrato, como cláusula deste, ainda que dotada de autonomia;

²⁰ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2004, p.179/180. Apud TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 314.

²¹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

²² TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 322.

(IV) tem por objeto a solução de litígios futuros relacionados a direitos patrimoniais disponíveis que eventual ou futuramente possam vir a surgir; e (V) atua em decorrência da relação contratual na qual a cláusula está inserida²³.

Traçado um patamar geral acerca da natureza e efeitos da cláusula compromissória, pode-se avançar em alguns de seus aspectos práticos. A cláusula compromissória pode ser vazia ou cheia. A primeira não contém as regras atinentes ao processo arbitral, enquanto a última já define seus principais aspectos (local, sede, lei, equidade ou direito, etc.). O uso da cláusula compromissória cheia costuma trazer maior segurança jurídica aos contraentes, na medida em que preestabelece todos os aspectos formais referentes ao processo arbitral. Veja-se o que afirma Carvalhosa, nesse sentido:

Essa cláusula cheia facilita imensamente a posterior instituição do compromisso, na medida que não será necessário apontar árbitros no momento da controvérsia ou da lide. Do contrário, a discussão sobre os nomes e o número de árbitros em cada caso tornará difícil a celebração do sucessivo compromisso, frustrando, por conseguinte, os objetivos da adoção do juízo arbitral prevista no estatuto²⁴.

No que se refere aos contratos de adesão, necessário resgatar a leitura do § 2º, do art. 4º, da Lei 9.307/96²⁵, segundo o qual a cláusula só gerará seus efeitos “se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição”. Ora, o contrato de adesão – conforme preceitua o art. 54, do Código de Defesa do Consumidor – “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”.

Os contratos de adesão são, portanto, negócios jurídicos bilaterais, em que uma das partes – aderente – não possui qualquer poder de negociação, restringindo-se a um juízo de aceitação ou recusa da proposta de contrato. Sendo assim, o § 2º, da Lei de Arbitragem, configura uma imposição voltada à salvaguarda dos direitos individuais homogêneos de titularidade dos aderentes – geralmente, hipossuficientes. Ademais,

²³ TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 325-326.

²⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. II. 4. Ed. São Paulo. Saraiva. 2008, p. 311.

²⁵ § 2º 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.

conforme se posiciona Modesto Carvalhosa²⁶, se trata de medida garantidora de acesso à justiça.

O uso das cláusulas compromissórias e sua relação com o princípio da autonomia da vontade das partes é matéria cujo teor ainda desperta inúmeras polêmicas, especialmente, no que tange à sua inclusão em contratos ou estatutos sociais – objeto do presente trabalho. Os desdobramentos da cláusula, no que concerne ao Direito Societário, serão analisados em capítulo próprio.

b. Compromisso Arbitral

Enquanto a cláusula compromissória foi – e ainda é – alvo de inúmeras polêmicas no decorrer da história, o compromisso arbitral costuma ser encarado e compreendido de forma bastante tranquila. Seu uso como fonte e origem do juízo arbitral sempre foi aceito pela doutrina e jurisprudência, haja vista sua previsão no art. 267, VII²⁷, e 301, IX²⁸, ambos do Código de Processo Civil de 1973.

Na Lei de Arbitragem, o compromisso encontra seu fundamento no art. 9º, *in verbis*:

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Superada discussão doutrinária – cujo teor, embora relevante, não comporta maiores reflexões no presente trabalho –, o compromisso arbitral assumiu natureza jurídica bastante similar à da cláusula compromissória: um negócio jurídico processual no qual os interessados renunciam à apreciação da lide pela jurisdição estatal e instituem o juízo arbitral. Ora, o conceito, em abstrato, se assemelha ao da cláusula compromissória, de modo que se faz necessário ressaltar as especificidades inerentes ao instituto em comento.

²⁶ CARVALHOSA, Modesto. Seminário Da International Bar Association – “Celebrando a Carta Magna e o Estado Democrático de Direito”. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-modesto-carvalhosa-acesso.pdf> Acesso em: 26.05.2017.

²⁷ Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: (...) VII - pelo compromisso arbitral;

²⁸ Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (...)IX - compromisso arbitral;

Primeiramente, o compromisso arbitral difere-se da cláusula compromissória pelo momento de sua celebração. Enquanto a cláusula é instituída de forma preventiva ao litígio, o compromisso arbitral é realizado já em sua constância. Não se determina, portanto, a instituição do juízo arbitral antes do advento do conflito; mas sim, após sua existência.

À luz do dispositivo legal apontado, a celebração do compromisso arbitral pode ocorrer por duas vias, judicial ou extrajudicial. Quando instituído judicialmente, o compromisso será apreciado pelo Poder Judiciário e apenas operará seus efeitos após seu firmamento através de termo nos autos do processo.

Maior preocupação surge na modalidade de compromisso extrajudicial. Conforme estabelece o § 2º, do art. 9º, da Lei 9.307/96, a modalidade extrajudicial do documento exige forma solene e legalmente determinada. Trata-se de diferença fundamental entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Trazem-se à baila os ensinamentos do ilustríssimo Orlando Gomes, acerca dos negócios jurídicos solenes:

O verdadeiro conceito de negócio solene é referido à forma como requisito essencial à sua validade. Solene será, pois, o negócio cuja forma prescrita na lei é de sua substância; e que não vale, se não for observada. Esse é, realmente, o traço distintivo. Na classificação, o vocábulo forma é tomado no sentido de formalidade, isto é, modo pelo qual se deve exprimir a declaração de vontade²⁹.

No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira considera solenes os negócios jurídicos em que a forma torna-se fundamento de sua validade. Nesse sentido, a forma não possui o mero condão de comprovar a existência do negócio jurídico, mas é “essencial à eficácia do negócio jurídico e dá-lhe existência: *forma dat esse rei*”³⁰.

É, justamente, esse, aliás, o motivo pelo qual, no compromisso arbitral, devem sempre constar todas as informações necessárias à instituição do processo arbitral (sede da arbitragem; julgamento por direito ou equidade; lei aplicável; árbitro; etc.). Não

²⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 21. ed. Re. Atual. E aum. Por Edvaldo Brito e Regina Paranhos Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 224;

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III. 21. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 01/2017. [Minha Biblioteca].

existe a possibilidade de um suposto compromisso arbitral aberto – o que configura outra diferença em relação à cláusula compromissória.

III. Vantagens do uso da arbitragem no âmbito do Direito Empresarial

Inúmeras são as vantagens constatadas pelo uso da arbitragem num aspecto geral. Sobretudo no que se refere ao uso da arbitragem para solução de conflitos de cunho empresarial, observa-se, ainda, um benefício mais acentuado.

Pode-se inferir, com alto grau de certeza, que a arbitragem, comparada ao juízo estatal, é o meio de resolução de conflitos mais eficaz e adequado à manutenção do equilíbrio da empresa. Conforme será devidamente detalhado, o uso da arbitragem promove uma preservação e, quiçá, aprimoramento tanto dos bens tangíveis da empresa – patrimônio; bens móveis; lucro – quanto de seus bens intangíveis – responsabilidade social; integração; missão; visão; valores; entre outros.

Na lição de João Paulo Hecker da Silva:

“A sensibilização dos operadores econômicos em relação aos valores patrimoniais embutidos nos relacionamentos negociais levou ao surgimento de uma mentalidade voltada à preservação desses vínculos”. Tal postura foi traduzida pela forma pragmática na busca de mecanismos e meios capazes de soluções alternativas de solução de conflitos, já que a Justiça Comum não conseguia acompanhar toda essa evolução, nem tampouco atender aos anseios de rapidez na resposta, celeridade nas decisões, especificidade dos julgadores e sigilo das informações, inerentes aos negócios empresariais.

Nessa perspectiva é que a arbitragem se afigura importante válvula de escape para solução dos conflitos empresariais, seja pela necessidade de uma resolução rápida, seja pela manutenção, nada obstante os conflitos, dos negócios sociais. “Nesse tipo de vínculo empresarial, a superveniência de alguma controvérsia é um evento circunstancial e isolado, que não pode comprometer os relacionamentos empresariais que embutem forte conotação econômica e de posição estratégica em um mercado competitivo e acirrado”.

Ou seja, a arbitragem se apresentou como a alternativa mais adequada para que, na hipótese de conflitos empresariais ou negociais, uma solução fosse dada de forma célere e que não significasse uma ruptura dos relacionamentos comerciais. Até porque, a doutrina já vinha há muito tempo afirmando que “a solução para as quizilas capitalistas, de grande ou médio porte, é encontrada longe do judiciário, e inegável que estas empresas a ele não recorrem, preferindo solução arbitrada, através de pessoas escolhidas pelos litigantes, sem

qualquer preocupação com estar ou não investido no poder de império”³¹.

Sendo assim, evidente que a arbitragem apresenta incontáveis vantagens à seara do Direito Societário – especialmente às sociedades anônimas. Todavia, em que pese haja tais incentivos, alguns fatores ainda podem ser entendidos como desvantagens: o alto custo do procedimento, por exemplo. Analisado isoladamente, o custo do processo arbitral pode parecer consideravelmente superior ao montante gasto em um processo judicial.

Sendo assim, abordar-se-ão, separadamente, os principais benefícios proporcionados pelo uso da arbitragem empresarial. De modo a garantir a completude do trabalho, analisar-se-á, outrossim, a forma pela qual o fator custo interfere na eleição do juízo arbitral e as soluções para tal entrave.

a. Celeridade

No cenário empresarial, a tomada rápida de decisões é essencial ao funcionamento das companhias, com vistas ao acompanhamento do fluxo de capitais no mercado. Nessa linha, prevalece a máxima “melhor uma decisão ruim a nenhuma decisão”. O motivo é simples: a ausência de uma decisão acerca de um determinado litígio impede que a sociedade empreenda esforços em qualquer sentido, visto que não possui direcionamento de ação; a decisão ruim, por outro lado, permite que a administração tome medidas com objetivo de superar a situação imposta.

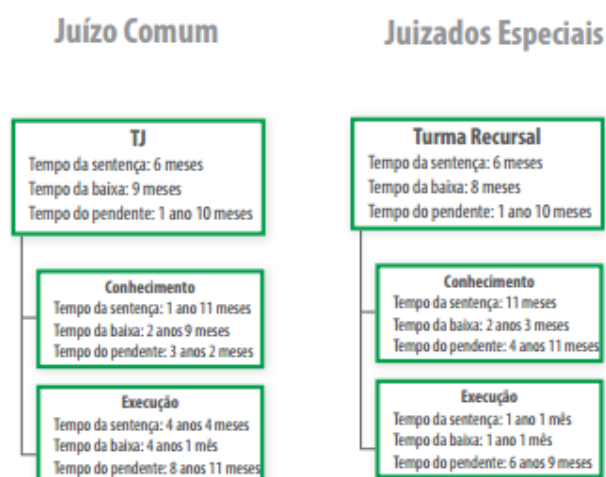
O Poder Judiciário brasileiro ainda não está perto de alcançar o padrão de rapidez exigido pelos conflitos societários. Muito embora o uso das tutelas de urgências – previstas no art. 300, do CPC³² – garantam certa velocidade às soluções judiciais, tais decisões encontram-se revestidas do caráter de reversibilidade. Sendo assim, ainda com o advento dessas tutelas, o empresário padece da estabilidade necessária à tomada de decisão.

Veja-se a quantidade de processos judiciais apresentada pelo Relatório Justiça em Números 2016³³, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça:

³¹SILVA, João Paulo Hecker da. *Processo societário: tutelas de urgência e da evidência*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. P. 321-322.

³² Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

³³ Disponível em:



Ainda que os números apresentados não reflitam, integralmente, a realidade do Judiciário brasileiro – a qual varia muito entre os próprios tribunais –, o próprio período de um ano e onze meses até a prolação de sentença em primeira instância já é bastante prejudicial à empresa. Vale lembrar que este é o tempo apresentado apenas para os processos sentenciados; os processos pendentes de sentença, por sua vez, já possuem uma média de 03 anos e 02 meses de duração.

Após todo o trâmite processual de primeiro grau, ainda há a probabilidade de recurso ao Tribunal de Justiça, cujo tempo médio de sentença é de seis meses. Novamente, nos tribunais de segunda instância, o tempo dos processos pendentes supera, em muito, o tempo dos processos sentenciados, alcançando o interregno temporal de um ano e dez meses.

Ora, é impensável esperar que as sociedades empresárias aguardem tanto tempo por uma decisão judicial. Nesse diapasão, o uso da arbitragem se faz extremamente vantajoso à empresa.

Insta observar que o juízo arbitral possui um número infinitamente menor de processos que o Poder Judiciário para julgar, o que permite, ao julgador, se debruçar quase que exclusivamente sobre a demanda apresentada. Com isso, o processo arbitral possui meios para encontrar a solução mais eficiente e adequada para lide, num íterim temporal, consideravelmente, menor.

Vale lembrar, ademais, que a Lei de Arbitragem prevê, em seu art. 23³⁴, o tempo máximo de seis meses para solução da lide apreciada, caso não convenção prazo diverso pelas partes. Ora, não bastasse a celeridade inerente à própria natureza do processo arbitral, há, ainda, previsão legal expressa que impõe sua observância.

Outro aspecto relevante à celeridade arbitral é a ausência de recursos da sentença. Conforme se assevera a partir do art. 29, da Lei de Arbitragem³⁵, o processo se finda com a prolação de sentença e produz título executivo extrajudicial (art. 31, Lei 9.307/96³⁶). Nessa linha, as únicas hipóteses de revisão da sentença arbitral são: uma ação anulatória de sentença arbitral, junto ao Poder Judiciário (art. 33, da Lei 9.307/96³⁷) – a qual só é possível em hipóteses restritas (art. 32, da Lei 9.307/96³⁸) –, ou; o ajuizamento de ação rescisória (art. 966 e seguintes do CPC/2015³⁹).

Conforme bem aponta Diego Franzoni⁴⁰, há hipóteses de embarreirar a celeridade do processo arbitral, seja através da postura *antiarbitral* das partes ou um caráter excessivamente formal do próprio árbitro. Contudo, tais fatores são exceções ao andamento natural da arbitragem de modo que, em aspecto geral, não descaracterizam a celeridade do procedimento.

Vale lembrar, por fim, que o processo arbitral restringe-se ao que seria a fase de conhecimento do processo judicial, ou seja, não compreende o cumprimento ou execução da sentença arbitral. A execução do título executivo formado é, ainda, de competência do Judiciário. Nesse sentido, eventuais atrasos ocorridos em tal fase não podem ser imputados ao procedimento arbitral.

³⁴ Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenção, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

³⁵ Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

³⁶ 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.

³⁷ Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

³⁸ Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015); VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

³⁹ FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43-44.

⁴⁰ FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43-44.

A característica célere da arbitragem, por si só, já é um grande incentivo ao seu uso por parte das sociedades empresárias. Tal economia de tempo permite que a empresa tome decisões corretas, eficientes e técnicas; as quais, por seu turno, promovem um crescimento da sociedade e permitem sua manutenção no mercado.

b. Especialização

Conforme dispõe a Lei de Arbitragem, é convencionada às partes a escolha do árbitro responsável pela solução do litígio. Sendo assim, toma-se por óbvio que os litigantes optem por profissionais gabaritados e especializados na matéria em cotejo. Tratando-se, por exemplo, de lide que gire em torno de matéria trabalhista, optar-se-á por um árbitro trabalhista; se a matéria for de cunho contratual, contratar-se-á um árbitro especialista em contratos; e assim por diante.

No que se refere ao Direito Societário, tal possibilidade de escolha ganha extrema relevância ao considerarmos a extrema multidisciplinariedade das matérias apreciadas. Isso porque, muitas vezes, a matéria levada a juízo pode ter cunho contábil, ao se apreciar a repartição de dividendos, ou, por exemplo, relação com a área-fim da empresa (publicidade; design; engenharia).

Ora, não se pode esperar que o Poder Judiciário tenha conhecimentos aprofundados acerca de cada matéria levantada em sede de conflitos societários. Em razão disso, as demoradas e caras perícias – as quais, muitas vezes, prejudicam e atrasam o desenrolar do processo – constituem presença constante nos processos de índole empresarial.

Mediante o uso da arbitragem, faz-se possível a contratação de árbitro – ou árbitros – especializado e reconhecido no mercado, cujo conhecimento abranja todo teor do litígio levado a seu conhecimento. Pode-se, também, montar um juízo arbitral formado por profissionais de diferentes áreas, com vistas a garantir a melhor solução do conflito em todos os seus aspectos.

Ressalta-se inclusive, o fato dos árbitros serem *seres do mercado*. Tal característica é razão de importante destaque, segundo Franzoni:

Em primeiro lugar, os árbitros são *seres do mercado*. Ao contrário dos juízes, que em geral desde cedo se conformam aos quadros estatais, os árbitros, que geralmente são advogados ou outros profissionais liberais por formação, fazem parte da mesma dinâmica que os empresários. Ao jogarem o *jogo do mercado*, os árbitros acabam se

habitando ao funcionamento do mundo corporativo e da iniciativa privada⁴¹.

Somando-se a especialidade técnica do árbitro com a possibilidade de se comprometer com o tempo da causa, tem-se que o árbitro poderá exprimir:

(...) um julgamento mais *minucioso*, que enfrente com maior profundidade os detalhes das questões fáticas e jurídicas debatidas entre as partes (ganho qualitativo) e até mesmo um julgamento mais célere de uma maior gama de questões envolvidas no litígio (ganho quantitativo)⁴².

Com efeito, cediço é que o uso da arbitragem garante, às partes, decisões técnicas e bem fundamentadas. Não obstante, o método dispensa o uso de perícias caras, lentas, e, muitas vezes, infrutíferas. No caso da arbitragem, não prevalece a máxima “a pressa é inimiga da perfeição”, pois, além de célere, se trata de procedimento extremamente técnico e reconhecido pela qualidade das decisões.

c. Confidencialidade

No âmbito do Poder Judiciário, a publicidade dos atos processuais é a regra, conforme preconiza o art. 93, IX, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Portanto, somente em situações expressamente determinadas, será concedido o sigilo processual.

⁴¹ FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 38.

⁴² FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

Na arbitragem, por sua vez, é resguardada a confidencialidade tanto da existência do litígio quanto dos documentos juntados no processo. Esta característica merece especial análise, principalmente, no que se refere à arbitragem societária.

Ab initio, vale ressaltar que o sigilo dos autos processuais e documentos juntados garante a preservação de informações empresariais cujo segredo é fundamental. Muitas vezes, o litígio envolve as contas da empresa ou até mesmo métodos de produção e exercício de sua atividade-fim, os quais não devem ser acessíveis ao público ou à concorrência. A possibilidade de preservação da confidencialidade destes documentos é atrativo relevante do processo arbitral. Timm e Jobim apresentam suas considerações acerca do tema:

Sabemos que a privacidade e o sigilo (confidencialidade) se fazem costumeiramente presentes durante o processo arbitral, bem como depois da prolação da sentença. Embora tal dever não seja explícito, além daquele genérico (do árbitro) mencionado no art. 13, § 6º da Lei de Arbitragem, entendemos que, via de regra o sigilo é “declarado” pelas partes nos contratos firmados ou em documentos apartados. Entendemos que esta garantia é diminuidora potencial dos custos de transação.

Claramente esta afirmativa se mostra verdadeira pois é garantido de informações sensíveis à concorrência, ao *know how*, e ao segredo industrial.

Chamamos atenção para o fato que o segredo comercial abrange distintos assuntos, entre muitas outras coisas, técnicas e estratégias de captação de clientes, modelos de projeções de rendimentos ou de lucros, aspectos particulares de projetos de investigação e desenvolvimento, aspectos particulares de atividades desenvolvidas por uma empresa ativa no comércio, salvo quando a respectiva informação for obrigatória por razões de segurança pública, saúde pública, defesa do ambiente, defesa do consumidor, ou por outros fins legalmente relevantes, as fórmulas ou receitas para preparação de produtos, os avanços conseguidos por uma entidade em qualquer área mas que ainda não se encontrem compreendidos nos conhecimentos comuns entre os especialistas desse ramo, os desenhos de novos produtos ou de protótipos, outra informações internas da empresa, ainda não públicas, relativas à atividade produtiva objetivamente considerado, que não devam ser tornados públicos por força de regras jurídicas e cuja comunicação possa provocar lesão patrimonial na entidade a que respeitam, ficarão protegidas mediante a recusa do

acesso à informação, por configurarem segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna das empresas⁴³.

Conforme pondera Franzoni, todo conflito interno enseja danos, ainda que marginais, às sociedades empresárias⁴⁴. Tais danos podem gerar resultados catastróficos à empresa – sobretudo às sociedades anônimas – tanto no que se refere à sua produção quanto a seu valor de mercado.

No que tange às companhias fechadas, eventual litígio entre seus acionistas poderia interferir em seu índice de produção, visto que este padrão varia a depender do comprometimento e iniciativa de seus membros. Sendo assim, a veiculação da existência de um conflito interno gera, entre os acionistas e funcionários da empresa, um sentimento de desânimo e receio – o que prejudica o desenrolar das atividades empresariais.

As sociedades anônimas de capital aberto percebem, de forma ainda mais contundente, os prejuízos da publicidade de seus conflitos internos. Isso porque o valor das companhias abertas é auferido, também, com base no valor de suas ações oferecidas no mercado de capitais. Nessa esteira, qualquer publicidade negativa oriunda de um conflito interno gera um decréscimo no valor das ações e, conseqüentemente, uma queda no próprio valor da empresa.

Evidencia-se, portanto, que a confidencialidade proporcionada pela arbitragem garante um aspecto de privacidade às sociedades. Tal característica promove, inclusive, um cenário de transparência no diálogo e disputa amistosa, eis que os litigantes confiam no sigilo das informações compartilhadas. Incentiva-se, portanto, que as partes cumpram, espontaneamente, a sentença arbitral, pois, “permite ao perdedor que restabeleça o seu comportamento, sem que seja atingida a sua reputação no meio empresarial no qual atua (...)”⁴⁵.

Franzoni conclui:

O ideal, portanto, seria sempre reduzir o número de agentes informados a respeito do litígio, o que se colocaria em prol de um

⁴³ TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. *A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito*. 2007. P. 92-93.

Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/2910/2200> Acesso em: 06.06.2017.

⁴⁴ FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 46.

⁴⁵ MAKANT, Bárbara. A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de arbitragem e mediação*. ano 2. n. 4. p. 82-103. São Paulo. Ed. RT, jan.-mar. 2005 *Apud* FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47.

interesse da própria sociedade no seu aspecto institucional potencializado ao extremo, bem como no interesse da própria empresa como atividade⁴⁶.

Obviamente – assim como todas as demais vantagens apontadas – a confidencialidade é um benefício relativo, de modo que deve ser verificado no caso concreto. Contudo, de forma geral, pode-se afirmar que a confidencialidade é mais uma das vantagens da adoção do processo arbitral para solução de litígios de cunho empresarial.

d. Informalidade

O procedimento arbitral conta com um rito menos rígido e engessado que o processo judicial. Este fato permite que tanto as partes quanto seus representantes e os árbitros se adequem ao rito no desenrolar do próprio processo – o que não é possível no juízo estatal.

Em que pese o Novo Código de Processo Civil tenha trazido ferramentas que permitissem uma maior adequação do rito processual ao caso concreto, o Poder Judiciário ainda é muito inflexível. Com isso, as partes tendem a assumir posturas mais rígidas e pouco abertas a soluções extrajudiciais. O Direito norte-americano, por exemplo, observa o comportamento dos litigantes, em sede de processo judicial, a partir de um viés contencioso (*adversarial bias*), o qual prejudica a possibilidade de autocomposição.

O processo arbitral, por seu turno, promove um ambiente mais informal e amistoso entre as partes. Sendo assim, muito embora estejam em conflito, é garantida uma postura mais ativa aos envolvidos, sem algum parâmetro preestabelecido. Dessa forma, se “exigirá um esforço de interpretação, adaptação e colaboração maior entre todos (partes e árbitros) para que a arbitragem se desenrole com o pleno atendimento do devido processo legal e das regras procedimentais escolhidas pela parte”⁴⁷.

A informalidade do procedimento é interessante, sobretudo, no que se refere à gestão do contrato entre as partes e a existências de relações continuadas entre os litigantes. Ressalta Arnoldo Wald:

⁴⁶ FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 46.

⁴⁷ FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48.

As partes devem então recorrer à arbitragem, que é um procedimento sob medida, para garantir não somente a interpretação e a aplicação das regras estabelecidas, como também a manutenção e a gestão do contrato, que, muitas vezes, não pode ser interrompido em razão das perdas incomensuráveis que isso representaria, como é o caso da execução dos grandes projetos de longa duração. Deve-se, simultaneamente, resolver os conflitos que surgiram no passado e, por outro lado, garantir a continuidade da gestão do contrato, através de medidas eficazes, equilibradas e éticas, que permitam, inclusive, a continuação de um diálogo harmônico entre os contratantes. Estas exigências obrigam o árbitro a estabelecer novos procedimentos, totalmente diferentes daqueles previstos pela lei para garantir o bom funcionamento dos processos judiciais⁴⁸.

A flexibilidade arbitral permite, inclusive, que as partes adequem o procedimento aos seus objetivos e conveniência. Com isso, permite-se que os litigantes escolham a melhor forma de lidar com o processo e seu trâmite (escolha das datas de audiência, determinação de prazos, etc.). Permite-se a criação de um ambiente mais aberto para o diálogo e negociação entre as partes, na medida em que precisarão entrar em acordo acerca de diferentes aspectos processuais⁴⁹.

A constância de um procedimento, naturalmente, mais informal, permite maior proximidade entre as partes e o árbitro convocado, haja vista que a noção de hierarquia faz-se menos presente; o que não é possível no processo judicial, no qual o juiz é autoridade pública. Há, na arbitragem, um maior contato entre o julgador e a causa, o que, por meio de sua intervenção, pode favorecer a resolução amigável entre as partes.

Vale ressaltar, porém, que a informalidade é uma faca de dois gumes. Na exata medida em que o árbitro possui uma maior discricionariedade para determinar o rito processual, há casos em que o julgador pode se tornar excessivamente formalista, sob o pretexto de promover a plenitude de garantias processuais às partes, por receio de eventual anulação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário⁵⁰.

Conclui-se, portanto, que a informalidade é uma vantagem do processo arbitral, eis que confere uma maior proximidade entre as partes e julgador. Contudo, há de se

⁴⁸ WALD, Arnaldo. A Evolução do Direito e a Arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 454-463, 457.

⁴⁹ SUSSMAN, Edna; WILKINSON, John. *Benefits of arbitration for commercial disputes*. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute_resolution_magazine/March_2012_Sussman_Wilkinson_March_5.authcheckdam.pdf Acesso em: 06.06.2017.

⁵⁰ FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48.

observar, atentamente, a conduta de todos os envolvidos, sob pena de prejudicar a iminência de um acordo negociado ou, até mesmo, a celeridade processual.

e. Eventuais desvantagens da arbitragem

Ante todo exposto, resta evidente que a arbitragem é um excepcional meio de resolução de conflitos, pois garante inúmeras vantagens aos seus usuários, sobretudo no âmbito societário. Entretanto, alguns aspectos, relativamente, negativos merecem destaque.

Embora estejamos tratando de empresas cujos lucros sejam, possivelmente, os maiores do país, o custo do procedimento arbitral é sempre citado como um de seus aspectos negativos – expressão mais correta que “desvantagem”. A instauração da arbitragem exige o pagamento de elevadas taxas e uma parcela considerável de honorários pagos aos árbitros, baseados no valor da causa.

Há, todavia, algumas medidas passíveis de utilização com vistas a solucionar a barreira econômica da arbitragem, conforme pontua Tellechea⁵¹. A primeira medida consistiria em estimular a criação de câmaras de arbitragem e mediação, com objetivo de se expandir o uso da arbitragem e baratear os custos inerentes à sua instauração. Uma segunda medida seria a restrição do uso da arbitragem para questões empresariais de maior relevo; resguardando as demais ao Poder Judiciário. Trata-se, a última, de medida um tanto mais restritiva⁵².

Vale lembrar, a mais, que mesmo o alto custo da arbitragem constitui uma desvantagem relativa em relação aos valores pagos durante um processo judicial. Conforme abordado nos subtópicos “i” e “iii”, a longa duração de um processo gera danos marginais e, por vezes, patrimoniais imensuráveis à empresa.

Menciona-se, mais uma vez, as ponderações apresentadas em profunda pesquisa realizada por Diego Franzoni:

(...)a pendência de um litígio (ou a sua resolução de maneira tecnicamente indesejável) pode ser muito mais prejudicial do ponto de vista econômico-financeiro das partes. É necessário que se faça um exame de custo-benefício, já que o dano marginal gerado pela simples existência do litígio pode causar mais custos indiretos à sociedade do

⁵¹ TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 347-349.

⁵² TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 348-349.

que a sua mais rápida e especializada resolução por arbitragem. Considerado globalmente, o prejuízo causado por um litígio que se arraste durante décadas no Judiciário pode ser muito maior do que o investimento numa arbitragem que se resolva em alguns poucos anos⁵³.

Num estudo promovido no cenário norte-americano, Edna Sussman e John Wilkinson concluíram que, apesar de seu alto custo, a arbitragem ainda se tornaria um procedimento mais barato que a judicialização das demandas, em razão da celeridade do juízo arbitral. Isso porque os honorários advocatícios, nos Estados Unidos, crescem na exata medida em que dura o processo. Nessa linha, quanto mais duradouro o processo, mais caro se torna. Muito embora se admita a existência dos custos do árbitro e da Câmara Arbitral, tais despesas constituiriam apenas 18% do custo da arbitragem. Em que pese nosso cenário ainda se distancie da lógica norte-americana, a reflexão é válida para que se observe o caminho que a arbitragem pode tomar⁵⁴.

Uma outra ressalva levantada por Franzoni diz respeito à impossibilidade de recursos na seara arbitral. Embora tal característica promova a celeridade do procedimento, pode acarretar prejuízo de alguma das partes, principalmente no que se refere à denegação de tutelas de urgência no âmbito arbitral. A parte, portanto, deverá suportar o ônus da decisão sem poder suscitar a reapreciação da demanda por órgão superior⁵⁵.

Questiona-se, também, a possibilidade de reapreciação da contenda pelo Poder Judiciário. As hipóteses para que isso ocorra, entretanto, são restritas, consoante preconiza a Lei de Arbitragem, de modo que não comporta, neste estudo, maiores comentários.

⁵³ FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 51.

⁵⁴ SUSSMAN, Edna; WILKINSON, John. *Benefits of arbitration for commercial disputes*. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute_resolution_magazine/March_2012_Sussman_Wilkinson_March_5.authcheckdam.pdf Acesso em: 06.06.2017. No original: *Attorneys' fees and expenses are by far the most significant cost of litigation, and they increase in direct proportion to the time to resolution of the case. Attorneys' fees and expenses are minimized in arbitration because arbitrations are generally concluded in far less time than cases in court. Although it is true that there are no arbitrator or institutional charges in court cases, the International Chamber of Commerce reports that those charges represent only 18% of the cost of arbitration.3 This 18% (and substantially more) can be recouped quickly because of the increased speed and efficiency of arbitration and the ability to tailor the arbitration to the specific needs of the parties. Court cases generally require more counsel time and, thus, more expense for preparation and trial than is needed in arbitration. For example, trial-related matters which consume time and money in court but which are usually not part of arbitration include extensive evidentiary issues, voir dire, jury charges, broad motion practice, proposed findings of fact, endless authentication of documents, qualification of experts, cumulative witnesses and, finally, appeals, which are far more limited in arbitration than in court.*

⁵⁵ FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

Por último, questiona-se a independência do árbitro. Imagina-se que o árbitro possa tender a favorecer a parte de maior poder econômico⁵⁶. Vale lembrar, porém, que a imparcialidade é um mito mesmo no que se refere ao âmbito do Poder Judiciário. Ademais, os árbitros têm o maior interesse em manter uma reputação séria e ilibada, pois, caso contrário, não serão requisitados.

Ante todo exposto, observa-se que as desvantagens oriundas da adesão ao procedimento arbitral afetam, precipuamente, o acionista minoritário. Em razão disso, não se pode permitir que a adesão pela arbitragem se torne “uma técnica de vedação ao acesso à justiça e de ‘encarceramento societário’”⁵⁷.

Conforme relembra Tellechea, Walfrido Jorge Warde Júnior e Fernando Antônio Maia da Cunha fazem importantes ponderações quanto ao tema:

Em algumas raras situações, a arbitragem tem os seus fins desviados à oposição de óbices inseparáveis ao acesso à justiça. Os custos elevados da arbitragem devem ser sopesados pelos contraentes e, via de regra, não podem ser opostos circunstancial e convenientemente em apelos à intervenção estatal, sob o fundamento do livre acesso a um provimento jurisdicional. Há casos, contudo, que uma reflexão e um escrutínio aprofundados parecem pertinentes.

Os custos da arbitragem não podem significar uma vedação geral de acesso de minoritários à justiça. Esses custos serão um forte elemento dissuasório, mesmo a minorias qualificadas, que, em vista do reduzido valor de seus investimentos em determinada sociedade, poderão simplesmente desistir de perseguir o cumprimento forçado de direitos insatisfeitos. É ocorrência inconveniente até mesmo nas hipóteses em que uma alta liquidez das participações societárias detidas por essas maiorias permita-lhes aliená-las facilmente no mercado. Isso porque o litígio societário assume modernamente a função de afirmar direitos que depende a própria fiabilidade dos mercados de capitais.

A arbitragem não pode ser empregada para promover ‘uma paz societária’ putativa (ostentada como prova do bom funcionamento de um modelo que necessita de ajustes). Não há paz fundada em mordças, voltada a impedir que o contencioso societário satisfaça, para além de interesses particulares, também interesses transindividuais, que se caracterizam na promoção, em abstrato, dos direitos das minorias, na afirmação de condutas, técnicas e estruturas de bom governo das sociedades, etc. É necessário que se encontre um critério capaz de reforçar a função institucional da arbitragem e a força das convenções que a instituem, sem que se frustrem, para premiá-las,

⁵⁶ FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

⁵⁷ TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 348.

a tutela dos mercados, bem como os direitos e os interesses que gravitam no entorno das relações societárias.

A arbitragem, aliada a determinados contextos societários, pode engendrar fraudes e abusos de direito. Isso ocorre, por exemplo, em casos em que uma mesma pessoa cumula a condição de sócio e de empregado. (...) No exercício da intervenção enfatizante, o intérprete-judicante deverá atentar às particularidades do caso, porque não interessa a arbitragem, e não é mesmo dado às partes querê-la. No contexto de fraudes e abusos de suas modelares finalidades⁵⁸.

Com fundamento em toda argumentação apresentada, pode-se dizer, de forma geral, que os aspectos negativos da arbitragem não são suficientes para apagar as imensas vantagens inerentes ao seu uso. De toda forma, faz-se, casuisticamente, necessária uma análise de custo de oportunidade, para que se resguarde, não apenas as vantagens do processo arbitral, mas, principalmente, o direito das partes envolvidas.

IV. A manifesta compatibilidade entre o instituto da arbitragem e o Direito Societário

Após traçado um panorama acerca dos principais aspectos referentes à arbitragem societária, podemos tirar algumas conclusões: (i) os conflitos empresariais são, manifestamente, passíveis de serem apreciados pela via arbitral; (ii) tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral instauram o juízo arbitral e, por fim; (iii) a arbitragem apresenta inúmeras vantagens à empresa.

Superados os aspectos preliminares, será possível focar o trabalho em seu escopo principal, qual seja: os efeitos produzidos pelo art. 136-A, da Lei 6.404/76, que prevê a imposição, a todos os acionistas de determinada sociedade anônima, de cláusula de arbitragem inserida em seu estatuto social.

⁵⁸ WARDE JÚNIOR Walfrido Jorge. CUNHA, Fernando Antônio Maia da. A arbitragem e os limites à atuação do Judiciário nos limites societários. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. P. 725-758, p. 750-753. *Apud* TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 348-349.

Capítulo II – Análise das alterações
promovidas pelo art. 136-A da Lei das Sociedades Anônimas
(Lei nº 6.404/76)

Desde sua edição, a Lei 6.404/76 é responsável por disciplinar – em conjunto com o posterior Código Civil de 2002 – a matéria atinente às sociedades anônimas. Todavia, o texto original da lei permaneceu silente no que se refere à inclusão de cláusula compromissória no estatuto social das companhias. No âmbito da arbitragem em sociedades anônimas, duas alterações legislativas apresentaram fundamental importância para o desenvolvimento do tema, quais sejam: a Lei 10.303/2001, e; a recente reforma da Lei de Arbitragem, concretizada pela Lei 13.129/2015.

A Lei 10.303/2001 foi responsável por incluir o § 3º, no art. 109⁵⁹, da Lei 6.404/76. A alteração legislativa instituiu, definitivamente, a possibilidade de solução de conflitos entre os acionistas e a companhia através da via arbitral. Muito embora tal possibilidade fosse dedutível a partir da interpretação do art. 1º, da Lei 9.307/96, o legislador buscou elucidar qualquer dúvida referente à legalidade da inclusão de cláusula compromissória no estatuto social das sociedades anônimas.

Contudo, em razão da má redação do dispositivo, surgiu um questionamento para qual a doutrina confere diferentes respostas: possuiria a cláusula compromissória inserida no estatuto social de determinada companhia efeito vinculante sobre todos os seus acionistas ou a instituição do juízo arbitral seria mera faculdade conferida a eles?

⁵⁹ Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de:

I - participar dos lucros sociais;

II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação;

III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;

IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172: (Vide Lei nº 12.838, de 2013)

V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares.

§ 2º 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.

§ 3º 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. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

Como se encaixaria a autonomia da vontade das partes, essencial ao aspecto subjetivo da arbitragem?

Muito se debateu acerca do tema, surgindo relevantes opiniões nos mais diversos sentidos – tanto pela imperatividade da cláusula de arbitragem quanto pela impossibilidade de sua oposição sobre acionistas que não aderiram, expressamente, a ela. A inclusão do art. 136-A⁶⁰, na Lei 6.404/76, através da Lei 13.129/2015, surge com o ímpeto de sedimentar um posicionamento: a cláusula compromissória obrigaria todos os acionistas da empresa, independentemente de sua adesão expressa. O novo dispositivo prevê, ademais, a aprovação da cláusula mediante quórum qualificado e o direito de retirada do acionista dissidente, num prazo de trinta dias.

Infelizmente, a reforma da Lei de Arbitragem não parece ter dado uma solução eficiente ao tema. Relevantes vozes – como, por exemplo, Modesto Carvalhosa⁶¹ – se manifestaram, de forma veemente, pela inconstitucionalidade do artigo. Sendo assim, o questionamento acerca da imperatividade da cláusula arbitral inserida no estatuto social da companhia não parece respondida, mas apenas reformulada. Ademais, mesmo a instituição do quórum qualificado para inclusão da cláusula compromissória e do direito de retirada atraem críticas por parte da doutrina. A pergunta deixa de ser “*a cláusula compromissória vincula todos os acionistas da sociedade anônima?*” e torna-se “*o art. 136-A, da Lei 6.404/76, trouxe efeitos relevantes e oportunos ao instituto da arbitragem?*”

⁶⁰ Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

§ 1o A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou.

§ 2o O direito de retirada previsto no caput não será aplicável:

I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe;

II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei.

⁶¹ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários À Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

I. A inclusão de cláusula compromissória estatutária em Sociedades Anônimas

a. A relação entre Sociedades Anônimas e ações

As sociedades anônimas – também denominadas companhias – possuem seu tratamento legal conferido pela Lei 6.404/76, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas ou, simplesmente, Lei das S.A. Embora possua disciplina legal específica, as companhias devem, de maneira geral observar as disposições contidas no Código Civil de 2002.

As questões relativas às sociedades anônimas são objeto de inúmeros estudos, pois correspondem, possivelmente, ao tipo empresarial com maior concentração de recursos financeiros no mercado. Tratam-se, conforme aponta Fábio Ulhoa Coelho, da “forma jurídica-societária mais apropriada aos grandes empreendimentos econômicos”⁶².

Tal fenômeno decorre de um fator inerente às sociedades anônimas: a busca pelo maior acúmulo de capital. Isso significa que os acionistas da empresa, na maioria das vezes, não se preocupam com o exercício da atividade-fim da companhia, mas sim com o aumento constante de sua margem de lucro, e com a segurança de seu investimento. De maneira diversa, os sócios das sociedades limitadas – empreendimentos, em geral, de pequeno a médio valor econômico –, por exemplo, se encontram, intimamente, ligados ao exercício do objeto social da empresa. Nas palavras de Aprigliano:

No Brasil, a imensa maioria das sociedades comerciais é constituída sob a forma de limitadas. Evidentemente há empresas dos mais variados portes e estruturas. Como regra, podemos considerar que as sociedades empresárias limitadas são formadas por poucos sócios, possuem um elemento pessoal relevante (a *affectio societatis*), com participação e dedicação diretas dos sócios, que atuam como os administradores e estão à frente do negócio. É incomum que haja um substrato eminentemente de capital nestas sociedades, ou seja, que um ou alguns sócios apenas estejam vinculados pelo capital investido, pela participação societária que detêm.

Já nas sociedades anônimas o panorama se altera. Há desde companhias fechadas, com poucos acionistas e que, de um modo geral, funcionam de modo igual ao das limitadas, acima referido, até grandes companhias, que se estruturam em modelo fortemente

⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83.

empresarial, com administração profissionalizada, mecanismos de atração de capital, como, por exemplo, a alienação de ações a fundos de *private equity*, emissão de debêntures, ou mesmo a abertura do capital e negociação das suas ações em bolsa⁶³.

Para que atraíam investidores interessados, e, com isso, alcancem sua função precípua, as sociedades anônimas possuem duas características essenciais: a limitação da responsabilidade dos acionistas, e; a negociabilidade da participação societária. Isso é, exatamente, o que prevê o art. 1º, da Lei 6.404/76, *in verbis*:

Art. 1º 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.

Ante todo exposto, traz-se à baila o conceito de sociedade anônima atribuído por Fábio Ulhoa Coelho:

A sociedade anônima, também referida pela expressão “companhia”, é a sociedade empresária com capital social dividido em ações, espécie de valor mobiliário, no qual os sócios, chamados *acionistas*, respondem pelas obrigações sociais até o limite do preço de emissão das ações que possuem⁶⁴.

Observa-se, a todo momento, que o conceito e a funcionalidade da sociedade anônima encontram-se, intimamente, ligados ao conceito de ação. A ação pode ser compreendida como um valor mobiliário cujo montante representa uma parcela divisível do capital social da empresa. Em outras palavras, o número de ações de um acionista corresponde à fração de sua participação social. O valor desta ação pode ser auferido de cinco formas diversas (nominal, patrimonial, de emissão, de negociação, e econômico), todavia, uma análise aprofundada do assunto não apresenta compatibilidade com o presente trabalho.

A forma pela qual são ofertadas as ações no mercado é fundamental para definir a forma da sociedade anônima. Nos termos do art. 4º, da Lei das S.A., “a companhia é

⁶³ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário, p. 2. Disponível em: <http://aprigliano.com.br/wp-content/uploads/2014/12/Aprigliano-Extensao-da-clausula-compromissoria-no-direito-societario.pdf>

Acesso em: 11.06.2017

⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito Comercial, volume 2: direito de empresa*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 87.

aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários”. As companhias abertas são aquelas cujo capital social encontra-se dissipado na Bolsa de Valores, na medida em que suas ações são negociáveis a todo tempo; enquanto, na companhia fechada, o capital social encontra-se concentrado nas mãos de seus acionistas.

As ações podem ser divididas, quanto à espécie, em três categorias: ações ordinárias; ações preferenciais, e; as ações de fruição.

No que se refere às ações ordinárias, o acionista se assemelha ao sócio da sociedade limitada. Isso significa dizer que o *ordinaralista* (conforme intitula a doutrina) possui os mesmos direitos e deveres dos demais acionistas, não possuindo qualquer vantagem ou restrição em relação aos demais. No que importa ao presente trabalho, necessário ressaltar que todos os acionistas ordinários possuem amplo gozo de seus direitos políticos, especialmente, o direito de voto – o que lhe confere uma participação na atividade-fim da empresa, superando, assim, a característica de mero investidor. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

As ações ordinárias concedem, sempre, ao respectivo titular o direito de voto na assembleia feral, de modo que o acionista detentor de mais da metade das ações dessa espécie é controlador da companhia e pode, por essa razão, eleger os administradores, aprovar a maior parte de alterações estatutárias, decidir os assuntos de natureza geral do interesse da sociedade etc. Os *ordinarialistas*, por isso, podem ser divididos em *controlador* (ou *controladores*), de um lado, e *minoritários*, de outro⁶⁵.

As ações preferenciais, por outro lado, possuem o fim precípua de conferir alguma vantagem – de ordem econômica (art. 17, da Lei 6.404/76) ou política (art. 18, da Lei 6.404/76) – ao acionista que as adquirir, sobre os demais. Nos termos do art. 19, da Lei 6.404/76, cabe ao estatuto social da companhia estabelecer as vantagens auferidas pelos *preferencialistas*. Vale ressaltar, porém, que as ações preferenciais costumam vir acompanhadas de uma restrição: a ausência do direito de voto. Embora a restrição do direito ao voto deva estar prevista em estatuto, trata-se de atividade comum no cenário empresarial brasileiro, no qual as ações preferenciais são utilizadas com o único fim de captar capital no mercado.

⁶⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito Comercial, volume 2: direito de empresa*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 121.

As ações de fruição, por último, constituem categoria mais complexa, e “são atribuídas aos acionistas cujas ordinárias ou preferências foram totalmente amortizadas (LSA, art. 4, § 5º). A amortização é a antecipação, ao acionista, do valor que ele receberia, caso a sociedade anônima fosse dissolvida e liquidada”⁶⁶. As condições da ação de fruição podem ser definidas em estatuto ou assembleia geral que a instituiu, de modo que devem ser observadas caso a caso.

A compreensão acerca das categorias de ações possui extrema relevância no que se refere ao estudo das relações entre os acionistas e a sociedade anônima, sobretudo no que diz respeito às alterações sociais promovidas pelo exercício do direito de voto – bem como a inclusão de cláusula compromissória estatutária.

b. Forma de inclusão de cláusula compromissória em estatuto social de sociedade anônima

O estatuto das sociedades anônimas é a pedra basilar segundo a qual se regem as dinâmicas políticas e econômicas da companhia. O estatuto social é o responsável por fundar a sociedade anônima, de modo que, a partir de seu registro na junta comercial, a companhia passa a assumir direitos e deveres frente ao mundo jurídico. Além de fundar a sociedade anônima, o estatuto é o regulamento que determina todas as normas atinentes à empresa, a exemplo: a forma das ações (art. 22, da Lei das S.A.⁶⁷); as vantagens previstas aos acionistas com direito de voto restrito (art. 17, § 2º, da Lei das S.A.⁶⁸); e – especialmente para fins do presente estudo – estabelecer que as divergências entre a companhia e seus acionistas sejam resolvidas mediante arbitragem (art. 109, §3º, da Lei das S.A.⁶⁹).

A elaboração e constituição do estatuto social da sociedade anônima ocorrem mediante a aprovação de seus acionistas fundadores, da mesma forma que ocorre com o contrato social de sociedades limitadas. Assim sendo, caso os fundadores da companhia optem por inserir, no estatuto, cláusula compromissória arbitral – nos termos do art. 109, § 3º, da Lei das S.A. –, tal determinação ocorrerá mediante aprovação de seus

⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 129.

⁶⁷ Art. 22. O estatuto determinará a forma das ações e a conversibilidade de uma em outra forma.

⁶⁸ Art. 17. As preferências ou vantagens das ações preferenciais podem consistir: (...) § 2º Deverão constar do estatuto, com precisão e minúcia, outras preferências ou vantagens que sejam atribuídas aos acionistas sem direito a voto, ou com voto restrito, além das previstas neste artigo

⁶⁹ § 3º 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.

acionistas – bem como as demais cláusulas do regimento. Nessa situação, não há qualquer dúvida quanto à vinculação de todos os acionistas fundadores à cláusula compromissória. Em verdade, conforme será demonstrado em momento oportuno, a polêmica cinge-se em torno dos acionistas que adquiriram suas ações após a fundação da companhia e não anuíram com a cláusula compromissória.

Com efeito, a dinâmica do cenário empresarial impõe inúmeras mudanças, de modo que o estatuto não pode ser um regimento estático e imutável. Em geral, as alterações estatutárias são regidas pela regra do art. 135⁷⁰, da Lei 6.404/76. O *caput* do dispositivo legal determina que a “assembleia-geral extraordinária que tiver por objeto a reforma do estatuto somente se instalará em primeira convocação com a presença de acionistas que representem 2/3 (dois terços), no mínimo, do capital com direito a voto, mas poderá instalar-se em segunda com qualquer número”.

Nessa linha, após convocada a assembleia geral extraordinária, as alterações serão aprovadas mediante a votação favorável da maioria absoluta dos votos presentes, desconsiderando-se os votos em branco (art. 129, *caput*, da Lei 6.404/76⁷¹). É essa a expressão clara do princípio majoritário. Dois fatores, porém, merecem comentário: os votos não são contabilizados por cabeça, mas sim pela porcentagem acionária (ou seja, um acionista com 25% vota por um quarto da empresa), e; o estatuto social das companhias fechadas pode determinar um quórum elevado para determinadas votações (art. 129, § 1º, da Lei 6.404/76⁷²).

A Lei 6.404/76 estabelece, contudo, algumas exceções ao princípio majoritário, nas quais é imposto um quórum qualificado de deliberação de metade das ações com direito a voto (podendo ser ordinárias, preferenciais com direito a voto, ou, ações de fruição com direito a voto), e não mais apenas a maioria absoluta dos presentes. Tais

⁷⁰ Art. 135. A assembleia-geral extraordinária que tiver por objeto a reforma do estatuto somente se instalará em primeira convocação com a presença de acionistas que representem 2/3 (dois terços), no mínimo, do capital com direito a voto, mas poderá instalar-se em segunda com qualquer número.

§ 1º Os atos relativos a reformas do estatuto, para valerem contra terceiros, ficam sujeitos às formalidades de arquivamento e publicação, não podendo, todavia, a falta de cumprimento dessas formalidades ser oposta, pela companhia ou por seus acionistas, a terceiros de boa-fé.

§ 2º Aplica-se aos atos de reforma do estatuto o disposto no artigo 97 e seus §§ 1º e 2º e no artigo 98 e seu § 1º.

§ 3º Os documentos pertinentes à matéria a ser debatida na assembleia-geral extraordinária deverão ser postos à disposição dos acionistas, na sede da companhia, por ocasião da publicação do primeiro anúncio de convocação da assembleia-geral.

⁷¹ Art. 129. As deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco.

⁷² § 1º O estatuto da companhia fechada pode aumentar o quorum exigido para certas deliberações, desde que especifique as matérias.

ressalvas encontram-se elencadas, taxativamente, no art. 136, da Lei, e se justificam pela tutela aos direitos essenciais dos acionistas. *In verbis*:

Art. 136. É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior *quorum* não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão, para deliberação sobre:

I - criação de ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais existentes, sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto;

II - alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida;

III - redução do dividendo obrigatório;

IV - fusão da companhia, ou sua incorporação em outra;

V - participação em grupo de sociedades (art. 265);

VI - mudança do objeto da companhia;

VII - cessação do estado de liquidação da companhia;

VIII - criação de partes beneficiárias;

IX - cisão da companhia;

X - dissolução da companhia.

Em nenhum inciso do art. 136, prevê-se a necessidade de quórum qualificado para a inclusão de cláusula compromissória estatutária. Ora, sendo essa a disposição legal, embora houvesse vozes dissidentes na doutrina – como, por exemplo, Carmona, que defendia a necessidade de aprovação pela unanimidade dos acionistas⁷³ –, a adoção de cláusula de arbitragem, de maneira geral, submetia-se, meramente, ao quórum de convocação previsto no art. 135 e ao quórum de deliberação ordinário do art. 129, ambos da Lei 6.404/76.

Contudo, a reforma da Lei de Arbitragem – concretizada pela Lei 13.129/2015 – trouxe, também, modificações à Lei das Sociedades Anônimas. Através do art. 3º, da reforma da Lei de Arbitragem, fez-se incluir, no texto da Lei 6.404/76, o art. 136-A. Veja-se:

“Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da

⁷³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 111-112.

companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

§ 1o A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou.

§ 2o O direito de retirada previsto no caput não será aplicável:

I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe;

II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei.”

No que se refere à forma de inclusão da cláusula compromissória estatutária, o legislador abandonou o quórum ordinário previsto no art. 129, *caput*, da Lei das Sociedades Anônimas, para aprovação da inclusão da cláusula compromissória no estatuto da empresa. Assim sendo, após o advento da Lei 13.129/2015, a adesão à cláusula compromissória estatutária passa a ocorrer mediante: convocação de assembleia geral extraordinária por 2/3 (dois terços) do capital social da companhia (art. 135, da Lei 6.404/76), e; aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto – não havendo, no caso de companhias fechadas, quórum maior exigido pelo estatuto social –, na forma do art. 136, da Lei 6.404/76.

II. A imperatividade subjetiva da cláusula compromissória estatutária

Finalmente, chega-se a um dos pontos centrais do presente trabalho: a imperatividade subjetiva da cláusula compromissória a todos os acionistas da sociedade anônima.

Conforme adiantado na introdução deste segundo capítulo, os efeitos subjetivos da cláusula compromissória estatutária sempre foram centro de uma importante polêmica no cenário arbitral brasileiro. Vozes suntuosas, embora minoritárias, como a

de Modesto Carvalho⁷⁴, defendiam a impossibilidade de vinculação dos acionistas que não tivessem expressamente manifestado sua anuência à cláusula compromissória estatutária. A corrente majoritária, por sua vez, cujo maior expoente seria Pedro Antônio Batista Martins, sustentava a imperatividade da cláusula frente a todos os acionistas – inclusive aqueles que não tivessem manifestado sua expressa concordância.

O art. 136-A, portanto, foi introduzido na Lei das Sociedades Anônimas com o objetivo de sedimentar a extensão dos efeitos subjetivos da cláusula de arbitragem a todos os acionistas da sociedade anônima, na linha do que defendia a posição majoritária. Contudo, a questão ainda não se encontra pacificada, haja vista a resistência da posição minoritária, com fulcro em argumentos de ordem legal e constitucional.

a. A Posição Minoritária: impossibilidade de vinculação da cláusula compromissória estatutária aos acionistas não anuentes

Com o advento da Lei 10.303/2001, muitas opiniões surgiram em torno da adoção de cláusula compromissória estatutária – algumas em favor de sua vinculação a todos os acionistas, outras em defesa do princípio da autonomia da vontade das partes. Para os últimos, os acionistas que não manifestaram sua anuência expressa à cláusula não poderiam ser vinculados a esta. Sendo assim, tanto os acionistas que (i) se manifestaram contrários à cláusula de arbitragem quanto os que (ii) se abstiveram ou não compareceram à votação da assembleia geral extraordinária ou, ainda, que (iii) ingressaram na companhia em momento posterior à adoção da cláusula não estariam sujeitos à arbitragem.

No que se refere à seara constitucional do Direito, Modesto Carvalhosa sustenta que a imposição da arbitragem aos acionistas que não compactuaram com a cláusula compromissória ensejaria séria violação ao princípio do livre acesso à jurisdição, sedimentado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988⁷⁵. Privar-se-ia o acionista de recorrer ao Poder Judiciário para salvaguarda de seus direitos. A adoção do juízo arbitral ocasionaria renúncia à jurisdição estatal – o que não poderia ser realizado de forma tácita, em desacordo com a autonomia da vontade das partes.

⁷⁴ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. Comentários À Lei das Sociedades Anônimas. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 349-407.

⁷⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Segundo tal corrente, interpretar de forma extensiva os efeitos subjetivos da cláusula compromissória estatutária configuraria manifesta afronta tanto constitucional quanto legal. Isso, pois tal afirmação encontraria amparo, também, no § 2º, do art. 103⁷⁶, da própria Lei das Sociedades Anônimas, onde se diz que o estatuto social não poderá privar o acionista de direito essencial.

Nas palavras do próprio autor:

(...) O § 2º do presente artigo reproduz o direito individual instituído como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF) no inciso XXXV do art. 5º, da CF: Trata-se, portanto, o procedimento arbitral estatutariamente instituído de uma prerrogativa do acionista de aderir a todo tempo, conforma a sua manifestação de concordância ao pacto compromissório⁷⁷.

Nesse sentido, não poderia, a mesma Lei de sociedades anônimas, no parágrafo subsequente (§ 3º), imputar uma suposta violação constitucional ao livre acesso à justiça, segundo Carvalhosa. Justamente por isso, teria acertado o legislador ao conferir, através do parágrafo 3º, uma mera faculdade ao acionista de se submeter à arbitragem, através da adoção do verbo “poder”.

A corrente minoritária utiliza, ademais, o texto do § 2º, do art. 4º, da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) para defender a necessidade de adesão expressa à cláusula de arbitragem, sob pena de sua nulidade. Conforme apontado no capítulo anterior, o parágrafo impõe, aos contratos de adesão, a exigência de anuência expressa e em documento apartado à cláusula compromissória. Por analogia, aplicar-se-ia a mesma limitação aos estatutos sociais – principalmente no que se refere ao acionista que adquire ações de empresa em que exista cláusula de arbitragem –, justamente pelo fato de se enquadrarem no conceito de “contrato de massa”, onde há baixa margem de negociação ao aderente.

A cláusula compromissória estatutária seria, para a corrente minoritária, um pacto parassocial entre a sociedade anônima e o acionista que aderisse, expressamente, a ela. Na linha de Carvalhosa, a cláusula em comento não constituiria norma organizativa da companhia, de modo que seu teor material não seria integrante do estatuto social e tampouco poderia ser imposta a todos os acionistas. Segundo o autor:

⁷⁶ § 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia-geral.

⁷⁷ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. Comentários À Lei das Sociedades Anônimas. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 380.

Não há presunção de renúncia de direito essencial de qualquer acionista, tanto mais em se tratando de pacto parassocial, de cuja natureza é a cláusula compromissória estatutária. Não se pode presumir que alguém haja deferido a solução da controvérsia a um colégio arbitral pelo simples fato de estar ele previsto no estatuto. Não há renúncia implícita a direito essencial do acionista. Não pode, assim, a sociedade ou a maioria dos acionistas impor a cláusula compromissória estatutária a quem não a tenha constituído ou não tenha aderido expressamente, por documento formal⁷⁸.

Ante o exposto, não se poderia imputar o instituto arbitral (i) aos acionistas que votaram de forma contrária à inclusão da cláusula compromissória por terem manifestado, expressamente, a sua negativa; (ii) aos acionistas que não votaram, por opção ou por ausência, à Assembleia Geral Extraordinária, eis que não expressaram sua vontade. Aos (iii) acionistas futuros, por seu turno, caberia a adesão expressa e em separado à cláusula, sob pena de se tornarem, também, inoponíveis a ela.

Nelson Eizirik, embora associado à corrente minoritária, ostenta uma posição mais moderada. Para o advogado, a cláusula de arbitragem apenas não teria seus efeitos subjetivos estendidos aos acionistas que manifestassem, expressamente, sua discordância frente à inclusão da norma no estatuto social da empresa. Veja-se:

Tendo em vista que a legitimidade da arbitragem repousa no princípio fundamental da autonomia da vontade, não se pode obrigar os acionistas que expressamente votaram contra a inclusão de cláusula compromissória no estatuto. Com efeito, se o acionista manifesta-se no sentido de que não quer ter a solução de conflitos futuros submetidos à arbitragem, evidentemente não cabe a imposição do juízo arbitral, cujo principal fundamento de validade repousa na manifestação de vontade das partes. Estarão vinculados à cláusula compromissória todos os demais acionistas: os que votarem favoravelmente, os que se abstiveram e os que não compareceram à assembleia⁷⁹.

Com o passar do tempo, os argumentos sustentados por esta corrente foram superados por aqueles defendidos pela posição que defende a supremacia do princípio

⁷⁸ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários À Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 352-357

⁷⁹ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/As comentada*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 617.

majoritário – conforme será exposto no tópico seguinte. Foi, aliás, essa a interpretação que culminou na edição do art. 136-A.

A mera publicação da Lei 13.129/2015, todavia, não foi suficiente para calar as vozes divergentes. Em palestra proferida na Universidade de São Paulo, em 2015, Modesto Carvalhosa manifestou-se, de forma veemente, contra o art. 136-A, suscitando, inclusive, sua inconstitucionalidade frente o art. 5º, XXXV, da CF/88. Para o doutrinador, o dispositivo constitui tentativa torpe de se prejudicar os acionistas minoritários. Veja-se um trecho do parecer defendido pelo advogado:

Os princípios constitucionais feridos de morte por essa aberrante norma introduzida na Lei societária (110) são:

(i) Nenhuma lei pode suprimir a jurisdição estatal, por ferir cláusula pétrea da Constituição: “A lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (inciso XXXV, do art. 5º da CF);

(ii) Nenhuma lei pode facultar que um jurisdicionado imponha a outro jurisdicionado a jurisdição privada: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (inciso XXXV, do art. 5º da CF);

(iii) A jurisdição estatal nunca é suprimida pela jurisdição privada, mas apenas SUSPENSA no caso concreto;

(iv) E no caso concreto nenhuma parte pode impor a outra a jurisdição privada; muito menos pode fazê-lo in abstracto;

(v) A jurisdição privada tem por objeto determinado litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, atuais, específicos e identificados;

(vi) Em matéria de suspensão da jurisdição estatal não há presunção de renúncia;

(vii) Não pode haver renúncia universal da jurisdição estatal;

(viii) Nunca poderá a jurisdição privada se impor sobre litígios futuros cujo objeto concreto se desconhece;

(ix) A suspensão da jurisdição estatal é objetiva, face à negócio jurídico atual, não podendo ser subjetivamente pactuada no sentido que em qualquer litígio futuro, desconhecido e incerto quanto ao seu objeto, entre o jurisdicionado “A” e o jurisdicionado “B”, prevalecera a jurisdição privada;

(x) Não pode haver, portanto, renúncia universal da jurisdição estatal para todos os conflitos que possam surgir em negócios jurídicos ainda desconhecidos quanto ao seu objeto;

(xi) Inadmissível o ato de imposição derogatória do direito essencial de qualquer acionista de socorrer-se da jurisdição estatal pelo simples fato de estar inserida uma cláusula arbitral no estatuto da companhia;

(xii) Se nem a lei estatal pode derogar a cláusula pétrea constitucional de acesso à jurisdição estatal, muito menos pode fazê-lo a lei interna da sociedade⁸⁰.

Conclui o autor:

Por essa inconstitucional norma contida no art. 3º da nova Lei de Arbitragem brasileira se verifica, mais uma vez, a tendência de negação de justiça, utilizando-se, de forma absolutamente deturpada e com evidente desvio de finalidade, o instituto da arbitragem, agora também no Brasil⁸¹.

Em que pese a corrente minoritária apresente argumentos contundentes, seu posicionamento não possui o condão de prosperar.

b. Posição Majoritária: a imperatividade do princípio majoritário e ausência de violação à autonomia da vontade das partes

Num contraponto à posição defendida por Modesto Carvalhosa, a doutrina dominante sustenta a extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária a todos os acionistas da companhia – independentemente de terem concordado; discordado, ou, até mesmo; ignorado a inclusão da cláusula no estatuto social da empresa. Tal posição filia-se à preponderância do princípio majoritário, no que tange às relações empresariais. A bem da verdade, seria impossível tratar o tema sem se considerar o princípio majoritário.

O princípio da maioria é norma angular de qualquer sociedade – empresária ou não. É inconcebível imaginar qualquer convivência social complexa em que a opção da maioria não seja levada em consideração – fora os regimes ditatoriais que em nada acrescentam para a construção da sociedade. Busca-se, através deste princípio, conferir caráter democrático às decisões sociais. Não se pretende dizer que a decisão da maioria será, em qualquer situação, a melhor opção para todos; contudo, será, sempre, a menos pior.

⁸⁰ CARVALHOSA, Modesto. Seminário Da International Bar Association – “Celebrando a Carta Magna e o Estado Democrático de Direito”. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-modesto-carvalhosa-acesso.pdf> Acesso em: 26.05.2017. p. 12-14.

⁸¹ CARVALHOSA, Modesto. Seminário Da International Bar Association – “Celebrando a Carta Magna e o Estado Democrático de Direito”. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-modesto-carvalhosa-acesso.pdf> Acesso em: 26.05.2017. p. 20.

No que se refere às sociedades empresariais – especialmente, as sociedades anônimas –, a prevalência do princípio majoritário é fundamental para garantir a participação dos sócios ou acionistas nas decisões empresariais. Conforme bem pontua Pedro A. Batista Martins, foi o princípio da maioria quem conferiu aos acionistas minoritários a possibilidade de interferir no destino da empresa, em detrimento do, até então, poder supremo de seus acionistas fundadores:

Vimos, anteriormente, que, nos primórdios das sociedades comerciais preponderava o interesse dos maiores investidores. A bem da verdade, sequer existia a assembleia geral como órgão de discussão, reflexão e decisão.

Posteriormente, a vontade dos primeiro e principais investidores – os fundadores –, manifestada nos atos de constituição da sociedade, não era passível de modificação majoritária, por constituir o instrumento de constituição do pacto base da companhia. Somente após lenta evolução das matérias atinentes ao funcionamento interno da corporação (v.g. nomeação de administradores) passaram a ser objeto de alteração por maioria.

Foi após muita luta contra a resistência dos poucos e agraciados investidores que a “minoría” capitalista consagrou e implantou, em seu proveito, portanto, o princípio majoritário nos empreendimentos de cunho societário. A vontade e a prevalência do voto majoritário surge, por coincidência, dos esforços e em prol da grande minoria. Foram, pois, os próprios minoritários que desejaram e perseguiram, exatamente, a implantação do regime – da maioria – que, ao fim e ao cabo, possibilitou o avanço e o incrível crescimento das companhias.

Essa longa e árdua transição do sistema de decisão de poucos para o da maioria, com eficácia imperativa na determinação da vida da sociedade anônima, somente veio a se cristalizar no início do séc. XX, quando o direito admite a assembleia como órgão onipotente e soberano da sociedade.

Desse registro histórico extrai-se que são, exatamente, os minoritários a fonte primária na implantação do regime de deliberação social até hoje vigente – prevalência da maioria capitalista sobre a comunidade acionária –, regime esse que assim se manterá até que o direito se reinvente⁸².

Por mais contraditório que pareça, foram os sócios minoritários, portanto, que optaram por instituir o princípio majoritário como regra basilar da empresa. Entendeu-se, finalmente, que a reunião de pequenas vontades torna-se a vontade da maioria e, somente assim, conquistar-se-ia a participação acionária efetiva. Isso posto, fica clara a

⁸² MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 100.

importância histórica da adoção do princípio da maioria para o crescimento das sociedades anônimas.

Conforme apontado no item *I.b* deste capítulo, a regra da maioria encontra-se concretizada, na Lei das sociedades anônimas, através de seu art. 129, segundo o qual “as deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco.”

A aplicação do princípio majoritário implica na inevitável conclusão de que todos os acionistas estariam sujeitos à decisão da assembleia geral extraordinária que, por maioria, decidiu pela adoção de cláusula compromissória estatutária. Não haveria, em sentido contrário ao que dispõe Carvalhosa, uma supressão da autonomia da vontade dos acionistas dissidentes ou ausentes. Em verdade, estes teriam, autonomamente, sujeitado-se ao princípio majoritário e suas consequências – inclusive no que se refere à inclusão de cláusula compromissória estatutária – no momento de ingresso na sociedade. Nessa linha, dispõe, mais uma vez, Martins:

Não há, pois, como dissociar a imperatividade do princípio majoritário quando da modificação estatutária para a inclusão de cláusula arbitral, mormente quando a lei não a afasta.

Ora, são inúmeras as matérias deliberadas no dia a dia das anônimas e que geram menor ou maior impacto social. Algumas de estelar grandeza econômico-financeira para a sociedade outras tantas que repercutem no patrimônio dos sócios. Todas elas, sem exceção, se sujeitam, seja bom ou ruim, à regra majoritária.

E ao sócio, não raro, nada resta a fazer do que se ajustar à nova realidade societária. A nova realidade patrimonial ou política do acionista. Em algumas situações, ressalte-se, até mesmo o direito de retirada não serve aos interesses do sócio descontente, sem embargo de tal direito vir assegurado por lei.

Com efeito, diferente não poderia, e tampouco poderá ser em se tratando de deliberação atinente à modificação estatutária com vistas à introdução de cláusula de arbitragem. A ordem jurídica prima e preserva a linearidade na aplicação do direito. O sistema é uno e coerente e, por isso, repudia as medidas casuísticas⁸³.

Não se pode, portanto, tratar a vontade do acionista de forma dissociada do interesse social da empresa, formado através de decisão majoritária. Nessa esteira, conforme pontua, de forma primorosa, Marcelo Dias Gonçalves Vilela, a vontade

⁸³ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 102.

individual de cada acionista é fundamental para construção da vontade social da empresa, adotada em assembleia geral. Veja-se:

Por outro lado, deve-se ter em vista que as sociedades, sobretudo as sociedades empresárias, têm em sua instância deliberativa o foro adequado para a formação da vontade social. Pela teoria organicista, a formação da vontade social ocorre através da decisão colegiada dos associados. Após a deliberação da assembleia geral, não há que se falar na vontade de cada associado, mas na norma social que espelha a “vontade da companhia”. A manifestação de cada associado, vista isoladamente, será apenas considerada para fins de exercício do direito de recesso (quando cabível) ou para fundamentar a anulação da decisão por abuso da maioria. As deliberações sociais, em regra, são tomadas pela maioria simples do capital social, salvo as exceções legais e contratuais. Não se tratando de tais exceções, há que se ter como válida a decisão colegiada do corpo societário tomada pela maioria, mesmo em se tratando de deliberação acerca do juízo a ser eleito para dirimir futuros e eventuais conflitos surgidos no âmbito do funcionamento da sociedade, vinculando a todos os associados ausentes ou ainda dissidentes. (...) Há que se dar maior relevo à formação da vontade social, sendo que a minoria vencida dissidente deverá vincular-se à cláusula compromissória arbitral⁸⁴.

Não subsiste, portanto, o argumento de que a extensão subjetiva da cláusula compromissória feriria o princípio da autonomia da vontade das partes – essencial à instituição da arbitragem –, na medida em que tal autonomia se encontra presente pela mera participação do acionista na sociedade. Sendo assim, haveria uma aceitação tácita da cláusula de arbitragem através da simples permanência do acionista na empresa.

Nesse sentido, tanto o acionista dissidente quanto o ausente teriam anuído, tacitamente, com a cláusula através de sua permanência na empresa após a inclusão da cláusula⁸⁵. É de procedência lógica que se considere, portanto, a manifestação desta autonomia da vontade, em perfeita consonância com os princípios do Direito Societário e da arbitragem. Caso contrário, restaria, aos acionistas discordantes ou ausentes, buscar negociar suas ações no mercado.

Com o advento do art. 136-A, da Lei 6.404/76, ficou ainda mais fácil para o acionista que não deseje se sujeitar à cláusula de arbitragem. Basta, para tanto, que

⁸⁴ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 200-205.

⁸⁵ TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de. *A arbitragem na lei das Sociedades Anônimas*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271, p. 265.

utilize seu direito de recesso nos trinta dias que sucederem a assembleia geral que determinar a inclusão de cláusula compromissória estatutária. Contudo, o direito de recesso é matéria que demanda comentários aprofundados em momento oportuno.

Quanto ao acionista que adquiriu suas ações em momento posterior à inclusão da cláusula compromissória, não subsistem maiores dúvidas. Os estatutos sociais das sociedades anônimas possuem natureza pública, de modo que permanecem na Junta Comercial de seu local de registro, ao alcance de qualquer possível investidor. É, no mínimo, esperado que a pessoa interessada em adquirir ações de determinada companhia realize uma pequena investigação, no sentido de compreender as normas do empreendimento. Pode-se afirmar, sem maiores problemas, que, no momento da compra das ações, o novo acionista tinha pleno conhecimento da existência de cláusula compromissória estatutária, e, através de sua autonomia, optou por se submeter a esta disposição.

Conforme será abordado oportunamente, não é razoável exigir que a cláusula seja firmada em termo apartado, nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96, por suposta proteção a direito essencial do indivíduo (art. 5º, XXXV, da CF/88 e art. 109, § 2º, da Lei 6.404/76).

Em resumo, todo acionista encontra-se vinculado à cláusula compromissória estatutária, independentemente de sua anuência, discordância, abstinência ou superveniência da adoção do instituto mediante assembleia geral extraordinária. Tal conclusão deriva, aliás, da natureza informal da cláusula, conforme sustentado anteriormente.

Além de sedimentar seu entendimento, a posição majoritária cuida de rechaçar cada um dos demais fundamentos trazidos pela doutrina minoritária, de modo a fortalecer a imperatividade da cláusula compromissória estatutária.

i. Ausência de violação ao art. 5º, XXXV, da CF/88 e a adequação da arbitragem ao § 2º, do art. 109, da Lei 6.404/76

Primeiramente, cumpre enfrentar um dos maiores pontos de conflito acerca da imperatividade da cláusula compromissória estatutária: não há qualquer violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. Isso porque, nos autos da SE nº 5.206 – julgamento que declarou a constitucionalidade da Lei 9.307/96 – o Supremo Tribunal Federal definiu que a adoção do juízo arbitral não constitui qualquer violação ao direito de ação. Em verdade, garante-se o direito de ação mediante a jurisdição estatal –

monopólio do Poder Judiciário – ou através da via arbitral. Exatamente nesse sentido, manifestou-se o ministro Ilmar Galvão, na oportunidade do julgamento:

Não se cuida, entretanto, de ato por meio do qual alguém declara haver renunciado, de forma absoluta, a todo direito de ação, a partir de determinado momento, o que seria inadmissível, mas de simples cláusula contratual em que as partes vinculadas a determinada avença, que tenha por objeto direito patrimonial disponível, deliberam, de livre e espontânea vontade, que toda dúvida que o contrato vier a suscitar será, obviamente, por elas próprias dissipadas de comum acordo; e, com certeza, se não houver êxito nesse propósito, será ela, aí já qualificada como controvérsia, resolvida, necessariamente, por terceiro ou por terceiros de sua confiança, cuja decisão será obrigatoriamente por eles adotada⁸⁶.

É nessa toada que Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco sustentam o acesso à justiça através da arbitragem:

Na hodierna leitura dos meios alternativos de solução de conflitos, sua utilização também se insere no *acesso à justiça*, ou acesso à ordem jurídica justa. Pela arbitragem chega-se a uma *sentença* proferida pelo tribunal arbitral, a qual, tanto quanto a sentença judicial, deve representar a justa resposta às pretensões das partes⁸⁷.

Na linha do que afirma Marcelo Dias Gonçalves:

(...) a adoção do juízo arbitral importa apenas em retirar do Poder Judiciário (poder estatal) a apreciação do mérito da demanda, transferindo-a a um árbitro que também está investido do poder jurisdicional, de forma a exigir deste o respeito às garantias processuais previstas constitucionalmente. O direito essencial do acionista, nesse aspecto, ou de qualquer cidadão independentemente de haver relação societária, é aquele substanciado no direito de ação, que lhe garante a solução do mérito do conflito por um terceiro imparcial e investido do poder jurisdicional⁸⁸.

⁸⁶ AgRg na SE n. 5.206/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001, Voto Min. Ilmar Galvão. (disponível em www.stf.jus.br)

⁸⁷ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 44.

⁸⁸ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamento. 2004, p. 192 *Apud* TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 392.

Partindo dessa premissa, Tellechea⁸⁹ argumenta que o direito essencial de acesso à justiça não possui natureza irrenunciável ou inafastável. Em verdade, o direito de ação deve ser compreendido como a faculdade de escolher entre a jurisdição estatal – cujo monopólio recai sobre o Poder Judiciário – e o juízo arbitral. Preservada essa prerrogativa, resguarda-se o direito essencial previsto pelo art. 5º, XXXV, da CF/88.

Nesse diapasão, a inclusão da cláusula de arbitragem no estatuto social da empresa não elidiria os meios idôneos para que o acionista lutasse por seus direitos, em obediência ao § 2º, do art. 109, da Lei 6.404/76. Em verdade, a previsão da possibilidade da solução de litígios societários mediante arbitragem, logo no § 3º, do mesmo artigo 109, tem o condão de demonstrar a idoneidade e justiça do processo arbitral, em linha com a disposição constitucional em análise.

No ponto, mais uma vez, Pedro Batista Martins faz importantes considerações:

No que toca a lei brasileira, estabelece o art. 109, § 2º, que “(o)s meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia geral”.

A princípio, poder-se-ia argumentar que a cláusula de arbitragem subtrairia tais direitos inalienáveis dos acionistas, em violação ao dispositivo legal. Contudo, penso, com firmeza e certeza, que tal não se sustenta. A arbitragem, em nada e por nada, elide os meios, processos ou ações assegurados por lei ao acionista.

Isso porque, com a arbitragem ocorre mero deslocamento da jurisdição. Os meios, processos e ações garantidos na jurisdição ordinária passam a ser assegurados na jurisdição extrajudicial. Nunca menos. A atuação do árbitro é de natureza jurisdicional e o processo arbitral há de observar a ampla defesa, o pleno contraditório, enfim, há de se pautar pelo devido processo legal, sob pena de anulação da decisão proferida pelos árbitros por via de sentença judicial.

(...)

Logo, não há qualquer razão de fato ou de direito para sustentar que a arbitragem viola o contido no art. 109, § 2º, da Lei das Sociedades Anônimas brasileira⁹⁰.

Conclui-se, a partir dos argumentos aqui aduzidos, que a extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária é constitucional, na medida em que não viola o direito essencial de ação, mas, sim, traz uma alternativa jurisdicional ao indivíduo. Pela

⁸⁹ TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 392.

⁹⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 111-112.

mesma lógica, tem-se a constitucionalidade, do art. 136-A, da Lei 6.404/76, em que se determina que a aprovação de cláusula de arbitragem pela companhia obriga a todos os acionistas.

ii. Correta interpretação do § 3º, do art. 109, da Lei 6.404/76

Devido à sua má redação, o § 3º, do art. 109, da Lei 6.404/76⁹¹, inserido pela Lei 10.303/2001, é objeto de intensas críticas desde sua edição. Ao determinar que o estatuto da sociedade poderá estabelecer que as divergências oriundas da relação empresarial *poderão* ser solucionadas mediante arbitragem, o dispositivo legal abre margem para uma incorreta interpretação, no sentido de que a adoção da arbitragem seria mera faculdade do acionista. Embora tal entendimento derive de uma interpretação meramente literal e bastante duvidosa, o dispositivo já foi alvo de intensos debates.

O parágrafo em comento deve ser lido sob a perspectiva do Direito Comercial, o qual é regido pelo princípio majoritário, numa interpretação sistemática. Nessa linha, o acionista não possui a faculdade de escolher a qual cláusula irá se submeter – pelo contrário; o acionista deve se submeter, impreterivelmente, à disposição estatutária que eleger a arbitragem como forma de solução para os litígios societários da companhia.

Felizmente, a doutrina superou a polêmica acerca do verbo “poder” contido no enunciado, tomando-o como um verdadeiro dever do acionista em se submeter ao juízo arbitral.

iii. Ausência de correlação entre o estatuto social da sociedade anônima e a regra do § 2º, do art. 4º, da Lei 9.307/96

Não há que se falar, no caso de cláusula compromissória estatutária, em aplicação do § 2º, do art. 4º, da Lei de Arbitragem. Conforme se conclui a partir da própria leitura do dispositivo, este se trata de uma limitação ao uso de cláusulas arbitrais em contratos de adesão. Ora, o estatuto social da sociedade anônima e um contrato de adesão possuem naturezas distintas.

O estatuto social da sociedade anônima constitui um contrato plurilateral, no qual ambas as partes – tanto empresa quanto acionista – visam a um objetivo comum, qual seja, a maximização dos lucros e crescimento da companhia. Os acionistas se

⁹¹ § 3o 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.

encontram, portanto, em posição igualitária dentro da companhia, não fazendo jus à tutela do dispositivo. Os contratos de adesão, por sua vez, possuem uma natureza, predominantemente, consumerista, na qual o aderente é parte hipossuficiente. Nesse sentido, a limitação contida no parágrafo 2º visa à preservação dos direitos do hipossuficiente.

Conforme apontam Warde Jr. e Fernando Antônio da Maia Cunha – lembrados na obra de Franzoni – acerca da, suposta, identidade entre contratos de adesão e o estatuto social da companhia:

Não é o caso. Nem mesmo o da grande companhia aberta, cujas ações são negociadas milhares de vezes ao dia em mercados bolsistas. Quem o faz, mesmo que queira ignorar as peculiaridades do mercado acionário, participa de negócios em um contexto de alta sofisticação; não o faz para satisfazer necessidades essenciais e, exatamente porque a poupança é pressuposto do negócio, não é hipossuficiente em sentido econômico. As eventuais assimetrias de informação não são capazes de caracterizar uma hipossuficiência informacional, uma vez que no mercado acionário – em vista de suas características regulatórias – a informação flui em maior abundância e qualidade do que em outros mercados⁹².

Demonstra-se, manifestamente, desarrazoada qualquer tentativa de se equiparar o estatuto social das anônimas a um mero contrato de adesão. Nessa linha, exigir a assinatura da cláusula compromissória estatutária em termo apartado, conforme prevê o art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96, não encontra amparo legal, de modo que não tem condão de prosperar.

iv. A impossibilidade de se considerar a cláusula compromissória como um contrato parassocial

Não se pode argumentar, ademais, que a cláusula compromissória estatutária constituiria suposto pacto parassocial da companhia, sob um pretexto de que não faria parte de suas normas organizativas. Isso porque a inclusão da cláusula não se coaduna com os aspectos inerentes ao acordo parassocial, por dois principais fatores, quais sejam: sua inserção no próprio estatuto social e sua vinculação a todos os acionistas.

⁹² WARDE JR., Jorge; CUNHA, Fernando Antonio Maia da. A arbitragem e os limites à atuação do Judiciário nos litígios societários. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setogui J. (coord.). *Processo societário*. São Palo: Quartier Latin, 2012. Apud FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 98.

Conforme disciplina Carlos Augusto da Silveira Lobo:

Os pactos parassociais são contratos, coligados ao de sociedade, em que sócios, colocando-se de 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 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 às partes⁹³.

A fundamentação defendida por Carvalhosa, além de não alcançar o valor jurídico pretendido, é objeto de críticas por parte da doutrina majoritária. Isso se deve ao fato de que, caso levados a cabo, os argumentos defendidos acabariam por criar situação impensável e não condizente com a lógica das sociedades anônimas.

Com efeito, caso se aceitasse a concepção da cláusula compromissória estatutária como um pacto parassocial no mesmo instrumento, criar-se-ia uma sociedade atípica. Além da diferenciação entre acionistas com base na classe de suas ações – diferenciação prevista em lei –, haveria uma diferenciação entre acionistas compromissados e não compromissados, conforme indica Carvalhosa.

Ocorre que, a própria Lei de Sociedades Anônimas, através de seu artigo 109, § 1º, proíbe tal possibilidade, ao instituir que “as ações de cada classe conferirão iguais direitos a seus titulares⁹⁴”. Ora, não se pode, portanto, vislumbrar interpretação acerca da cláusula compromissória arbitral em completa dissonância à norma legal. Deveriam, os autores da corrente minoritária, procurar interpretar o instituto de forma sistemática, em atenção a todas as normas legais.

Haveria situações em que um mesmo litígio, envolvendo acionistas de mesma classe, necessitaria de julgamento tanto pelo árbitro quanto pelo Poder Judiciário, a depender da adesão expressa dos acionistas ao suposto pacto parassocial. Tal fato geraria dificuldade insuperável à companhia, na medida em que poderiam ser conferidas sentenças diversas para o mesmo conflito. Carvalhosa não traz solução à esta possibilidade.

Em razão desta incongruência, Fernando Campos Salles de Toledo condena a caracterização da cláusula de arbitragem como pacto parassocial. Veja-se:

⁹³ LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n° 22, ano 6, jul./set. 2009, p.11-32, p.22.

⁹⁴ § 1º As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares.

Também não se percebe como possa uma norma estatutária – seja ou não organizacional, e faça parte ou do ato constitutivo ou de alguma alteração posterior – dizer respeito somente a uma parcela dos acionistas. Não faz sentido, por exemplo, que um litígio entre a sociedade e dois de seus acionistas seja, quanto a um deles, solucionado pela via arbitral, e quanto ao outro, com idêntica causa de pedir, deva ser levado ao Poder Judiciário⁹⁵.

Na mesma linha, Aprigliano pondera:

Seja qual for a perspectiva teórica que se adote, o fato inegável é que aceitar a vinculação de todos os acionistas – originais ou supervenientes – à cláusula compromissória traz uma vantagem prática relevante. Em contrapartida, aceitar que cada acionista deve expressamente aderir à convenção, facultando-se-lhe negar tal vinculação, importa dizer que, em uma mesma sociedade empresarial, dever-se-á admitir que alguns acionistas e a sociedade sujeitem-se a um regime, e outros acionistas a outro.

Tal solução geraria grave insegurança jurídica, além de incontáveis dificuldades de ordem prática. Não parece que a adoção da arbitragem seja, intrinsecamente, tão temerária e arriscada a ponto de ser erigida a uma condição destacada de todas as demais que os acionistas aceitam ao adquirirem participações acionárias⁹⁶.

Nesse sentido, o escopo da cláusula compromissória não se confunde com o do pacto parassocial e, assim, não pode ser interpretado. Por mais um motivo, não subsistem os argumentos defendidos pela posição minoritária, de modo que não merece acolhida.

v. Uma inevitável confirmação: o princípio majoritário é norma inderrogável do Direito Societário

A partir de todos os argumentos até então perfilhados, chega-se à mesma conclusão defendida por Pedro Antônio Batista Martins⁹⁷: o princípio da maioria é

⁹⁵ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271, p. 265-268.

⁹⁶ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário*. P. 9. Disponível em: <http://aprigliano.com.br/wp-content/uploads/2014/12/Aprigliano-Extensao-da-clausula-compromissoria-no-direito-societario.pdf>
Acesso em: 06.06.2017.

⁹⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

norma indissociável do Direito Societário. Não se poderia afasta-lo, portanto, da cláusula compromissória – instituto legal cujo fito é garantir um processo célere, técnico e confidencial aos acionistas da empresa.

Nessa linha, a extensão subjetiva da cláusula compromissória aos acionistas da companhia é medida que se impõe – independentemente da classe que pertencer, de possuir ou não direito de voto ou de ter refutado, expressamente, a adoção da cláusula. Não subsistem, portanto, quaisquer argumentos elencados pela doutrina minoritária, visto que todos foram, um a um, refutados pela posição majoritária.

Não se verifica, ademais, qualquer vício – seja de ordem constitucional ou legal – a preponderância do princípio majoritário, conforme já demonstrado. Não se pode tratar a cláusula compromissória – origem e fonte de um processo democrático e eivado de ampla defesa e contraditório – como afronta ao direito essencial do art. 5º, XXXV, a despeito do que se pretende a corrente minoritária.

À luz do exposto, não se observa qualquer vício de constitucionalidade material que recaia sobre art. 136-A, inserido na Lei das S.A mediante a reforma da Lei de Arbitragem (Lei 13.129/2015). A sustentação de tal inconstitucionalidade demonstra-se tão desprovida de fundamento jurídico quanto os demais argumentos aduzidos pela doutrina minoritária.

Em verdade, além de se tratar de dispositivo constitucional, o legislador – no que se refere, estritamente, à imperatividade da cláusula compromissória estatutária – agiu bem ao confirmar a abordagem que privilegia o princípio majoritário.

Podemos nos utilizar, novamente, das palavras de Martins para expressar a importância de tal norma para o funcionamento das sociedades.

16. Seja maioria simples ou qualificada, o que importa para a empresa é que um determinado número de participação societária detenha o direito de, quando necessário, ajustar os rumos sociais, por via de deliberação soberana da assembléia geral. Conquanto individuais os votos na assembléia, a união os transforma na voz da sociedade. Tudo isso no pressuposto maior do interesse social.

17. Desse propósito o direito societário não se afasta. E não se afasta porque dele depende a existência e a sobrevivência das sociedades. Trata-se de um imperativo essencial do direito societário. O princípio majoritário impera nas anônimas e há de ser encarado à vista da *ratio* de seus fins e, não, com a emoção de suas eventuais repercussões.

Conquanto a maioria pode não exprimir a maior das justiça, ela é, por certo, a menor das possíveis injustiças⁹⁸.

Felizmente, para o bom desenvolvimento do Direito Arbitral em consonância com o ramo Societário, prevaleceu o princípio majoritário.

III. A inclusão do direito de recesso pelo art. 136-A

O direito de recesso – ou de retirada – é faculdade que autoriza aos acionistas, no caso das anônimas, de se retirar da sociedade de forma unilateral. Contudo, as hipóteses para o exercício do direito são restritas, preferindo-se a saída do acionista por meio da negociação e alienação de suas ações – segunda forma de retirada da sociedade anônima.

Por se tratar de situação extremamente gravosa, o direito de retirada possui incidência bastante restrita e que, a depender da situação da empresa, pode ser suprimida. Na lição de Fábio Ulhoa Coelho:

Há, desse modo, na disciplina das sociedades anônimas, a facilidade na alienação da participação societária e a restrição da retirada, como meios de desligamento dos sócios por vontade própria. Aliás, se as ações de sociedade aberta têm liquidez e dispersão (art. 137, II) – em outras palavras, se o acionista pode presumivelmente vendê-las sem dificuldades –, a lei suprime o direito de retirada, por dissidência da deliberação da assembleia geral sobre determinados temas (fusão da companhia, sua incorporação em outra ou formação de grupo)⁹⁹.

Enquanto a alienação da participação societária configura um acordo do acionista com um outro particular, o recesso configura um verdadeiro exercício unilateral de direito do acionista de se retirar da companhia mediante o ressarcimento do valor patrimonial de suas ações. Ademais, na primeira hipótese de venda de ações, verifica-se

⁹⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas*. Disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2372

Acesso em: 26.05.2017.

⁹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito comercial, volume 2: direito de empresa*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 328.

a ocorrência de negócio jurídico sem qualquer envolvimento da sociedade; na retirada, por seu turno, opera-se uma relação jurídica expressa entre sócio e companhia.

O direito de retirada possui o condão de resguardar o acionista minoritário de determinadas decisões da companhia que possam interferir, direta e gravemente, em sua participação societária. Em geral sua incidência ocorre em ocasiões de severa alteração à estrutura da empresa ou à essência da companhia. Trate-se de verdadeiro contraponto ao princípio majoritário. A adoção do direito de retirada visa à manutenção do equilíbrio das relações societárias, de modo a evitar qualquer tipo de abuso de poder diretivo.

Em razão de tamanha gravidade, todas as hipóteses de exercício do direito de retirada encontram-se, taxativamente, elencadas na Lei 6.404/76. São algumas delas: fusão ou incorporação da empresa em outra companhia (arts. 137, II c/c art. 136, IV¹⁰⁰); redução do dividendo obrigatório (art. 137, *caput*, c/c art., 136, III¹⁰¹); cisão da companhia (art. 137, III c/c art; 136, IX¹⁰²); alteração nas preferências ou vantagens de uma ou mais classes (art. 137, I c/c art. 136, II¹⁰³). Conforme se pode observar, tratam-se de situações extremas em que, embora as decisões majoritárias sejam legais, há uma séria alteração nos direitos dos acionistas.

O direito de retirada possui três requisitos básicos para seu exercício. Conforme disciplina Tellechea:

Em suma, tem-se que existem três requisitos básicos para o exercício do direito de recesso, um deles subjetivo e dois objetivos: (I) ser acionista, ordinário ou preferencialista sem direito a voto, da sociedade na data da primeira publicação do edital de convocação da assembleia, ou na data da comunicação do fato relevante objeto da deliberação, se anterior, (II) existir deliberação da assembleia geral sobre matéria ensejadora do recesso e (III) existir manifestação de

¹⁰⁰ Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas: II - nos casos dos incisos IV e V do art. 136, não terá direito de retirada o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado, considerando-se haver:

IV - fusão da companhia, ou sua incorporação em outra;

¹⁰¹ Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas: III - redução do dividendo obrigatório;

¹⁰² III - no caso do inciso IX do art. 136, somente haverá direito de retirada se a cisão implicar: IX - cisão da companhia;

¹⁰³ I - nos casos dos incisos I e II do art. 136, somente terá direito de retirada o titular de ações de espécie ou classe prejudicadas; II - alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida;

vontade do acionista ausente, que se absteve ou dissidente dentro do prazo legal de 30 (trinta) dias¹⁰⁴.

Assim sendo, cumpridos os requisitos, o acionista afetado pode exercer seu direito de retirada da companhia.

Até o advento da Lei 13.129/2015, a adoção de cláusula de arbitragem pela assembleia geral não configurava hipótese de direito de recesso. Contudo, através da inclusão do art. 136-A, no corpo da Lei 6.404/76, fez-se presente tal possibilidade, ressalvadas as hipóteses do parágrafo 2º, do dispositivo, *in verbis*:

§ 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável:

I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe

II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei.

A existência das ressalvas previstas manifesta uma certa temperança do legislador, no que se refere à expansão da companhia. Conforme dispõe o inciso I, não faria sentido possibilitar o exercício do direito de retirada quando a inclusão de cláusula compromissória estatutária fosse condição para negociação das ações na bolsa de valores ou em mercado de balcão. Na mesma linha, embora liquidez e dispersão possam parecer conceitos um tanto vagos, o inciso II, do art. 137, da mesma Lei, cuida de defini-los a partir dos seguintes critérios objetivos:

- a) liquidez, quando a espécie ou classe de ação, ou certificado que a represente, integre índice geral representativo de carteira de valores mobiliários admitido à negociação no mercado de valores mobiliários, no Brasil ou no exterior, definido pela Comissão de Valores Mobiliários; e
- b) dispersão, quando o acionista controlador, a sociedade controladora ou outras sociedades sob seu controle detiverem menos da metade da espécie ou classe de ação;

¹⁰⁴ TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 119.

Em que pese haja muitas críticas à adoção do direito de recesso prevista do art. 136-A, da Lei 6.404/76 – conforme será trabalhado a seguir –, o fato é: após o advento da reforma da Lei de Arbitragem, a adoção da cláusula compromissória estatutária confere, ao acionista dissidente ou ausente, a prerrogativa do direito de retirada. Trata-se, portanto, da última inovação trazida pelo novo dispositivo legal.

IV. Críticas ao art. 136-A, inserido na Lei das Sociedades Anônimas

Embora, à primeira vista, a redação do art. 136-A transpareça uma adoção expressa à posição defendida pela doutrina majoritária, observa-se a inclusão de medidas restritivas ao exercício do poder majoritário. Conforme exposto ao longo do capítulo, o quórum qualificado e o direito de recesso são instrumentos que tendem a dificultar a formação de maioria no âmbito da assembleia geral, e devem ser utilizados, apenas, em situações extremas.

Tanto nas deliberações por quórum qualificado quanto nas hipóteses de exercício do direito de retirada, há uma clara possibilidade de interferência direta na participação societária do acionista na companhia. Ocorre que, no caso da mera adoção de cláusula de arbitragem, não se verifica qualquer suposta afronta ao exercício dos direitos do acionista, de modo que não faria jus à imposição de tais medidas contramajoritárias.

A imposição de quórum qualificado para adoção de cláusula compromissória estatutária, embora menos gravosa que o direito de retirada, por si só, já atrai críticas por parte da doutrina. Isso porque a mera inclusão da cláusula não possui tamanha gravidade para que se fira a norma do art. 129, da Lei 6.404/76. Todos os incisos do artigo 136, da Lei das S.A., apresentam situações de mudança extrema na sociedade, as quais não são comparáveis à cláusula de arbitragem.

Felizmente, porém, o quórum estabelecido é aquele do art. 136, o qual impõe anuência de, no mínimo, metade das ações com direito de voto. A situação poderia ser ainda mais problemática, caso o legislador quisesse, a exemplo da legislação italiana, impor um quórum de 2/3 (dois terços) do capital social votante (art. 34, § 6, do Decreto Legislativo 5/2003¹⁰⁵), para que se aderisse à cláusula compromissória estatutária.

¹⁰⁵ *Articolo 34 Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie (...) 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.*

Carmona¹⁰⁶, em posição ainda mais restritiva, defende a necessidade de votação unânime para adesão da cláusula. Em sentido contrário, vale ressaltar a lição de Pedro Batista Martins, segundo o qual:

A unanimidade é simples quimera em qualquer esfera do relacionamento em sociedade. Impensável pretender que uma organização como as anônimas funcione de forma unânime. Mera utopia. Da mesma forma que seria impraticável submeter toda e qualquer sociedade ao controle da minoria. Pura fantasia. Indesejável ditadura. Daí o direito ter adotado a deliberação majoritária, como a forma mais democrática de deliberação social e como o meio mais adequado de se dar continuidade a um ente importantíssimo para o desenvolvimento das nações. O direito ainda não encontrou fórmula mais justa e democrática de gestão social do que a majoritária¹⁰⁷.

Apesar de adotar posição restritiva ao estabelecer o quórum qualificado de votação à cláusula arbitral, o art. 136-A foi mais moderado do que algumas legislações comparadas ou posições doutrinárias. Muito embora se tenha dificultado desnecessariamente – frise-se – a instituição da cláusula, tal procedimento ainda se faz possível e, até, provável.

No tocante ao direito de retirada, por sua vez, as críticas são ferrenhas. Conforme trabalhado no tópico acima, o direito de recesso é um remédio excepcional e extremo conferido ao acionista, para que se resguarde de eventuais alterações radicais no que se refere, em geral, à estrutura ou à essência da companhia. Embora seu exercício transpareça ser suposta medida de justiça ou proteção ao acionista minoritário, a sua inclusão, através do art. 136-A pode trazer consequências desastrosas à companhia.

Há, na visão de Diego Franzoni¹⁰⁸, uma nítida distinção entre as hipóteses de incidência do direito de recesso anteriores à Lei 13.129/2015 e a inclusão da cláusula compromissória estatutária. A última não enseja qualquer modificação radical no tocante à estrutura da companhia e, muito menos, à sua essência. Não faz sentido, na própria sistemática legislativa das sociedades anônimas, incluir tal hipótese de retirada.

¹⁰⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 111-112.

¹⁰⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas*. Disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2372

Acesso em: 26.05.2017.

¹⁰⁸ FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015. p. 148-152.

Antes mesmo da proposta de reforma da Lei de Arbitragem, Silveira Lobo já condenava tal possibilidade:

A inclusão da deliberação que inclui a Cláusula Compromissória Estatutária dentre os casos de recesso é questão de política legislativa. Em nossa opinião, 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 – um temperamento do princípio majoritário – visa a proteger o minoritário dissidente em hipóteses especiais, quando os majoritários, por decisão legítima, resolvem introduzir modificações radicais na substância do contrato de sociedade, durante a vida da companhia.

Com efeito, a introdução da Cláusula no estatuto não altera substancialmente as condições essenciais do contrato de sociedade, nem restringe meios e processos de que o acionista carece para proteção de seus direitos¹⁰⁹.

Sem prejuízo à argumentação exposta, cumpre observar que a instituição do direito de retirada, *in casu*, além de incoerente, pode gerar nefastos prejuízos à companhia. Em situação hipotética, na qual o acionista dissidente detivesse uma parcela razoável do capital social da companhia (15%, por exemplo), a remuneração do valor equivalente, em razão do exercício do direito de retirada, ocasionaria o caos financeiro da empresa. Pode-se pensar, em ocasião extrema, em falência ocasionada pelo exercício desarrazoado do direito de retirada.

Conforme pondera, mais uma vez, Diego Franzoni:

Em outras palavras, é forçoso admitir que não existe uma sistemática perene e genérica que norteie a definição das hipóteses legais de direito de recesso nos ordenamentos jurídicos ao longo das épocas, cabendo ao legislador avaliar a conveniência da questão num dado momento histórico.

Tanto é assim que, como já afirmamos mais de uma vez, o recesso só pode resultar da mera aplicação da fórmula legal, não havendo possibilidade para que o intérprete assumira função que não lhe cabe, de procurar restringir ou ampliar as hipóteses previstas na lei. Descabem considerações sobre a justiça ou injustiça da situação concreta ou eventual conduta abusiva do majoritário. Somente o legislador, portanto, tem a função de decidir o mérito das hipóteses de recesso.

No entanto, isso não significa que se possa admitir uma *invenção* de hipóteses de recesso, mesmo pelo legislador, despidas de qualquer

¹⁰⁹ LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n° 22, ano 6, jul./set. 2009, p. 20-21.

critério, justificadas apenas pela vontade política do momento. É preciso que haja o mínimo de coerência histórica e sistemática entre as hipóteses de recesso legalmente previstas. Mais do que isso, é necessário que seja respeitado o *fundamento*, a *função* do instituto do recesso (...)¹¹⁰.

Em síntese, a Lei 13.129/2015 procurou realizar uma ponderação entre o princípio majoritário e algumas ideias perfilhadas pela corrente minoritária. Ao introduzir o art. 136-A na Lei das sociedades anônimas, o legislador acertou ao sedimentar a posição que defende a extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória estatutária a todos os acionistas. Contudo, o dispositivo se utilizou de instrumentos extremos e desarrazoados, cujo escopo enfraquece o princípio majoritário e, em última análise, o próprio Direito Arbitral.

Num contraponto aos efeitos da inclusão do art. 136-A, merecem destaque as palavras de Pedro Batista Martins:

A arbitragem, pode-se dizer, não persegue nenhum interesse particular ou egoísta dos sócios, nomeadamente dos majoritários. Busca o máximo benefício para a sociedade. Não encerra um interesse superior do controlador ou, sequer, um sacrifício do minoritário. Não se poderá afirmar e, muito menos demonstrar, que a deliberação majoritária que estabelece a cláusula compromissória estatutária é motivada por interesses extrassociais do controlador. Ao contrário, dita deliberação visa, exatamente, o maior interesse da sociedade. Impensável admitir-se que a arbitragem, aprovada em assembleia geral, possa causar dano à sociedade ou a seus acionistas. Muito pelo contrário: visa, justamente, salvaguardar a empresa e, conseqüentemente, seus acionistas de danos e prejuízos que uma demorada discussão (e, não raro, não especializada decisão) resta por lhes impingir.

(...)

Não há, por fim, violação aos direitos individuais essenciais dos acionistas. Sequer os atinge. Passa ao largo dos direitos patrimoniais e políticos dos sócios. Não afeta os direitos de preferência, de retirada, de fiscalização da gestão social e de participação dos lucros da companhia. Ao contrário, sob o prisma maior dos direitos e garantias fundamentais das pessoas, a arbitragem os reforça no sentido de que assegura aos acionistas e à sociedade maior efetividade na realização da justiça¹¹¹.

¹¹⁰ FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015. p. 149.

¹¹¹ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 107-109.

Com fulcro em toda fundamentação exposta, forçoso concluir que a redação do art. 136-A, por mais que tenha buscado sedimentar a posição adotada pela corrente majoritária no que tange à imperatividade da cláusula compromissória estatutária, acabou por fazê-la um desfavor. A Lei, ao introduzir o quórum qualificado e o direito de recesso, acabou por percorrer na contramão de todo trabalho doutrinário realizado no sentido de sedimentar o instituto da cláusula compromissória inserido no estatuto de sociedade anônima.

Capítulo III – Estudo de decisões **acerca da cláusula compromissória estatutária**

Superada uma análise legislativa e doutrinária acerca da cláusula compromissória estatutária, impende realizar uma análise jurisprudencial acerca do instituto.

Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro se adeque ao modelo de *Civil Law* – um sistema no qual prepondera a produção legislativa sobre a interpretação do Judiciário¹¹² –, é inegável a importância da jurisprudência para construção do Direito. O Código de Processo Civil vigente – editado no mesmo ano da Lei 13.129/2015 – encarna, em diversos artigos, a necessidade de valorização dos precedentes, com vistas a garantir uma maior segurança jurídica à sociedade.

Insta observar mais uma vez: foi através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo Regimental em Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, que se declarou a constitucionalidade da arbitragem face ao art. 5º, XXXV, da CF/88. Ora, a partir de uma manifestação jurisprudencial, pôde se verificar um importantíssimo avanço no que se refere à consolidação do instituto da arbitragem.

Num âmbito internacional, a postura jurisprudencial acerca da aplicação das decisões arbitrais é fundamento essencial para a escolha da câmara arbitral responsável pela solução do conflito. Tende-se, no momento de determinação da câmara, a eleger aquela localizada em país cujos tribunais se manifestem de forma a garantir a efetividade da decisão proferida pelo juízo arbitral. Evidente, portanto, que a análise da jurisprudência é fundamental para se avaliar a força do instituto arbitral em cada localidade. Assim sendo, a posição da jurisprudência é aspecto fundamental, também, para se compreender a estabilidade da cláusula compromissória estatutária – seja por sua consolidação ou não.

O Brasil vem caminhando, de forma primorosa, na direção da consolidação da arbitragem como meio eficiente de resolução de conflitos. Em inúmeras situações, os Tribunais vêm reafirmando a competência do juízo arbitral em detrimento, até mesmo,

¹¹² RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 61.

do Poder Judiciário. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, nos autos do Recurso Especial nº 1.297.974/RJ¹¹³, consignou, mais uma vez, a competência do juízo arbitral:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO.

1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*.
2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.
3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.
4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.
5. Recurso especial provido.

O caso colacionado exemplificativamente versa sobre a concessão de medida cautelar pelo Poder Judiciário após a instituição de Tribunal Arbitral mediante cláusula compromissória. Conforme consignado na ementa acima, a Ministra Nancy Andrighi deu provimento ao Recurso Especial e sedimentou a competência do juízo arbitral sobre as decisões judiciais, quando houver a instituição do tribunal arbitral. Trata-se de exemplo da atual boa convivência entre a arbitragem e o Poder Judiciário.

Não raramente, todavia, há divergência entre as interpretações doutrinárias e as decisões dos tribunais acerca de determinados assuntos. Resta verificar, assim, se há, em algumas decisões judiciais, convergência entre a posição doutrinária e aquela adotada pelos tribunais acerca da imperatividade da cláusula compromissória estatutária.

¹¹³ Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201102409919&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

Cumpra, portanto, realizar um estudo de decisões judiciais, para que se observe a forma com que os tribunais vêm lidando com o tema.

Ressalve-se, porém, que não se pretende uma análise quantitativa acerca dos casos, mas sim uma abordagem de casos isolados, nos quais foram proferidos diferentes argumentos acerca do objeto do trabalho. Estudar-se-ão os fundamentos utilizados em determinados pronunciamentos judiciais, e não a quantidade de decisões publicadas ou, quiçá, o delineamento de uma orientação jurisprudencial.

I. Agravo de Instrumento nº 2031444-61.2016.8.26.0000¹¹⁴, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo

a. Síntese dos fatos

Em sede de juízo de origem, os Autores ajuizaram ação ordinária com pedido de antecipação de tutela para que fosse suspensa a assembleia geral extraordinária, ocorrida em 15.09.2015, na qual foi determinada a inclusão de cláusula compromissória no estatuto social da empresa Ré. Os Autores alegaram, em síntese, que a empresa se encontraria em crise financeira e em divergência quanto ao aumento de seu capital social, de modo que a inclusão da cláusula demonstraria certo abuso de poder por parte dos acionistas controladores.

A juíza de primeiro grau concedeu a antecipação de tutela pleiteada, sob o fundamento de que a crise financeira da empresa iria na contramão do elevado custo de um procedimento arbitral, ganhando contornos de abuso do poder controlador. A julgadora decidiu:

Conclui-se, assim que o exercício do direito de retirada da companhia, previsto na hipótese do artigo 136-A, da lei 6.404/1974 encontra guarida, como única solução na hipótese de dissidência quanto à inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, quando não há qualquer risco de dano à companhia. Caso contrário, prevalece a garantia constitucional prevista no artigo 5., XXXV, da Constituição Federal, tornando possível a discussão da regularidade da deliberação

¹¹⁴ Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=1F7EC1580CBD1E67D3B5233B4414FD6E.cposg9?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2031444-61.2016&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2031444-61.2016.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=>

da tomada em assembléia pelos acionistas controladores, mesmo na hipótese do artigo 136-A, da Lei n. 6.404/1974.

Ademais, a definição pelos sócios controladores, exclusivamente, de uma Câmara de arbitragem para o fim de equacionamento dos conflitos sociais representa monopólio daquela instituição privada, medida que não se mostra salutar à democrática gestão da empresa e ao amplo exercício do direito de defesa, mesmo que na esfera arbitral. Posto isso, considero que há verossimilhança dos fatos narrados na petição inicial e possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação e, por consequência, DEFIRO A TUTELA ANTECIPADA, ora postulada pelos autores para suspender, de imediato, a validade e a eficácia da deliberação decorrente da assembleia geral extraordinária da empresa Irmãos Parasmó S/A Indústria mecânica, ocorrida em 15/09/2015, no que tange à modificação do artigo 30 do estatuto social da referida companhia, quanto à inserção da convenção de arbitragem para solucionar a controvérsia entre seus acionistas e/ou administradores, conforme reproduzido às fls. 193/194 e, caso a presente ordem judicial não seja cumprida, desde já, fixo multa diária de R\$ 2.000,00.

Irresignada, a Ré interpôs o agravo de instrumento com o fito de cassar os efeitos da decisão. A Ré alegou a inexistência de acionistas majoritários na empresa, haja vista que nenhum possuiria fração maior que 16,6% do capital social da companhia. Sustentou-se, ademais, que, ocorrida regularmente, a assembleia geral extraordinária que determinou a inclusão de cláusula compromissória estatutária se encontraria revestida de legalidade, restando, ao acionista dissidente, o exercício do direito de recesso, nos termos do art. 136-A, da Lei das Sociedades Anônimas. Alegou-se, também, que o alto custo do procedimento arbitral não seria fundamento válido para declarar a anulação da assembleia.

b. Decisão

AGRAVO DE INSTRUMENTO - SOCIEDADE ANÔNIMA Ação anulatória c.c. indenizatória – Insurgência contra decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela, para suspender a validade e a eficácia da deliberação da assembleia geral extraordinária, no que tange à alteração do estatuto social da empresa, com estipulação de multa diária para o caso de descumprimento da ordem judicial – Alteração do estatuto social da empresa para a inserção da convenção de arbitragem como meio de solução de conflitos oriundos do próprio estatuto e entre os acionistas e/ou administradores – Situação descrita nos autos que indica grande dificuldade econômica da empresa –

Quadro que se afigura oposto à escolha de meio de solução de conflitos mais dispendioso – Deliberação que aparenta contrariedade ao art. 116, parágrafo único, da Lei, 6.404/1976 – Possibilidade de caracterização da conduta descrita no art. art. 117, §1º, “c” da Lei 6.404/1976 – Existência de diversas ações em curso entre as mesmas partes, demonstrando grande conflito entre os acionistas – Direito garantido pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal que deve ser preservado, até mesmo no interesse da boa administração da empresa – Verossimilhança das alegações e risco de dano de difícil reparação que se fazem presentes. Decisão de concessão da antecipação da tutela mantida.

Intimação da ré, que compareceu espontaneamente aos autos, para apresentação de resposta no prazo de 5 dias, sob pena do reconhecimento de sua revelia Multiplicidade de réus Ré que pretende a contagem do prazo para resposta na forma do art. 241, III, do CPC/1973 Decisão reconsiderada pelo juízo de origem, nesta parte Recurso prejudicado neste ponto.

SÚMULA: Recurso prejudicado em parte, e na parte conhecida, improvido.

Primeiramente, no que tange à temática do presente estudo, o Desembargador Relator, em seu voto, cuidou-se de afirmar a competência do Judiciário para julgamento do processo. Isso porque a assembleia geral extraordinária ocorrera em 15.09.2015 e a ação foi ajuizada em 09.10.2016. Sendo assim, o pleito foi judicializado em prazo inferior aos 30 (trinta) dias de vacância da eficácia da convenção de arbitragem, previsto no §1º, do art. 136-A.

Superada a preliminar, o Relator adentrou o mérito do recurso. Em suas razões, sustentou a existência de crise financeira na empresa, o que haveria motivado, inclusive, a tentativa de aumento de capital da companhia. O Desembargador entendeu, portanto, contraditória a eleição do juízo arbitral – “sabidamente mais oneroso” – para dirimir os conflitos de uma empresa em crise financeira. Sendo assim, a inclusão de cláusula compromissória estatutária ganharia contornos de abuso de poder, nos termos do art. 117, §1º, “c” da Lei 6.404/76.

Ademais, o acórdão interpretou o exercício do direito de recesso como prejudicial às contas da empresa. Novamente, seria “contraditório ao interesse de uma sociedade em crise financeira, o desembolso de valores para reembolso de valores de ações aos sócios que, eventualmente discordantes, optarem por se retirar da sociedade”.

Por fim, o Relator conclui:

Ressalve-se, ademais, que tal alteração está sendo proposta num momento em que pende grande divergência de interesses entre os acionistas, o que se retrata na existência de diversos processos tramitando entre as mesmas partes, de modo que tal alteração no estatuto social, obrigando os acionistas a se socorrer exclusivamente da arbitragem, como meio de solução de conflitos, poderia implicar em limitação de direitos de parcela dos acionistas, garantidos pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

A Turma, nos termos do voto do Relator, à unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento interposto. Manteve-se, assim, a decisão antecipatória concedida pelo juízo de origem, na qual se determinou a suspensão dos efeitos da assembleia geral extraordinária em que foi votada a inclusão de cláusula compromissória estatutária e cominação de multa-diária no valor de R\$ 2.000,00, em caso de seu descumprimento.

c. Comentários acerca da decisão

O cerne da questão, *in casu*, gira em torno da caracterização da cláusula compromissória estatutária como um exercício abusivo de poder, nos termos do art. 117, §1º, “c”, da Lei das Sociedades Anônimas:

Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

Entende-se, portanto, que, aos olhos do julgador, a adoção da cláusula não visaria aos interesses da companhia, mas apenas a causar prejuízo aos acionistas minoritários. Consoante o voto do Relator, tal conclusão seria alcançada, apenas, com base nos custos do procedimento arbitral em face da crise financeira enfrentada pela empresa.

Tal conclusão foge ao escopo do posicionamento defendido pela posição majoritária e adotado pela reforma da arbitragem, na Lei 13.129/2015. Não seria lógico, a despeito do que transpareceu o Desembargador, equiparar a inclusão de cláusula estatutária a abuso de poder, sob o único fundamento de que a empresa estaria em crise financeira e o processo arbitral seria, supostamente, mais oneroso.

Em primeiro lugar, ressalta-se que os prejuízos patrimoniais são – conforme tratado no Capítulo I deste estudo – uma única espécie de danos percebidos pela companhia. Podem existir, também, os danos marginais – derivados, principalmente, da mora do Poder Judiciário. Nessa esteira, ressalta Cabral:

Em verdade, a demora na solução do litígio impõe a todos os litigantes um prejuízo: autor e réu perdem simultaneamente em razão do prolongamento injustificado da lide. Trata-se de um dano que não decorre da derrota em relação à pretensão deduzida, mas um “dano marginal”, na feliz expressão que foi popularizada na doutrina italiana por Enrico Finzi. O dano marginal é aquele que sofrem os litigantes em razão de deficiência na tramitação dos processos, e esta demora afeta a ambos, autor e réu, vencedor e vencido¹¹⁵.

Em geral, as vantagens obtidas pelo uso da arbitragem superam, em muito, o seu custo “sabidamente mais oneroso”, principalmente no que tange à sua celeridade. Caso contrário, não haveria motivo para recorrer ao juízo arbitral. Na linha da pesquisa realizada por Sussman e Wilkinson, o custo de instauração da arbitragem, logo, é superado pelas despesas realizadas na manutenção de um processo judicial lento e ineficaz¹¹⁶.

Vale observar, ademais, que, conforme ressaltou a decisão, a companhia se encontrava num momento de divergência entre seus acionistas, mesmo que não houvesse nenhum acionista com capital social maior que 16,6% das ações. A centralização de todos os conflitos no juízo arbitral é medida que tende a gerar uma economia tanto financeira quanto extrapatrimonial da empresa, ao contrário do que determinou a decisão. Tal centralização, além de promover uma possível redução de danos, acaba por garantir uma solução mais célere e técnica a todos os aspectos do litígio societário.

A mera divergência entre os acionistas não poderia, consoante dispõe Pedro Batista Martins¹¹⁷, ser considerada motivo apto a ensejar suposto abuso de poder por

¹¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 76-77.

¹¹⁶ SUSSMAN, Edna; WILKINSON, John. *Benefits of arbitration for commercial disputes*. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute_resolution_magazine/March_2012_Sussman_Wilkinson_March_5.authcheckdam.pdf Acesso em: 06.06.2017.

¹¹⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 102.

parte do acionista controlador. Embora um tanto indesejável, o conflito é matéria inerente às sociedades complexas. Com efeito, não se poderia imaginar que, dentro de uma companhia, não houvesse divergências acerca dos mais diversos assuntos, desde a contratação de mais funcionários até a fusão da empresa. É, justamente, como forma de solução aos conflitos que surge o princípio majoritário. Não seria racional, segundo doutrina dominante, que toda divergência entre acionistas minoritários e decisão majoritária fosse levada ao Judiciário para que se decreta um suposto abuso de direito.

Nessa linha, traz-se à baila, Martins:

6. Nenhuma empresa pode, nos dias de hoje, se dar ao luxo de levar toda e qualquer controvérsia ou disputa às barras dos tribunais judiciais. Isso significaria, no âmbito das relações internas, o colapso da empresa e, no âmbito externo, a perda do parceiro comercial, do seu adquirente de produtos e serviços e do seu fornecedor. A intensa competitividade e a necessidade constante de ampliação dos mercados são elementos que, por si só, repudiam esse tipo de conduta. Em outros termos, a existência de controvérsias demanda uma postura mais conciliadora e negocial, mormente nas relações de trato continuado. Demanda boa dose de ponderação de modo a tratar a controvérsia como uma ruptura passageira e momentânea¹¹⁸.

Em segundo lugar, fazem-se presentes as dificuldades impostas pela inclusão legislativa do direito de recesso em caso de adoção, por parte da companhia, de cláusula compromissória estatutária. O Desembargador, ao analisar a possibilidade de exercício do direito de recesso, considerou que tamanho prejuízo financeiro constituiria mais um paradoxo frente à crise financeira da empresa. Sendo assim, ao invés de facilitar a inclusão da cláusula compromissória estatutária, sob um suposto – e equivocado, consoante capítulo II – fundamento de justiça, o direito de retirada constituiu, no caso, mais uma dificuldade à cláusula de arbitragem.

Em que pese o direito de retirada seja objeto de inúmeras críticas, a interpretação conferida ao instituto, por parte do julgador, também não encontra baliza na lógica legislativa empregada em sua instituição. Isso porque o direito de recesso não pode ser interpretado como algo prejudicial ao ato de aprovação da cláusula compromissória

¹¹⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas*. Disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2372

Acesso em: 26.05.2017

estatutária. Nessa esteira, seu exercício, também, não pode ser visto como um indício de abuso de poder da companhia. Trata-se de mera consequência legislativa.

Mesmo no que se refere ao terceiro argumento, a decisão carece de fundamentos jurídicos. O Relator pondera que a ocorrência de conflitos de interesses entre os acionistas e a existência de processos em que figurem as mesmas partes seriam fundamentos aptos a afastar a incidência da cláusula compromissória estatutária, sob pena de violação ao direito de ação dos acionistas minoritários (art. 5º, XXXV, da CF/88). A arbitragem não constitui, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206, uma violação ao direito de ação. Em verdade – consoante exaustivamente debatido na doutrina e jurisprudência – a arbitragem constitui um processo eivado de contraditório e ampla defesa tão – ou mais – capaz quanto o Judiciário para solução dos conflitos societários. Não se demonstra cabível uma presunção de violação ao direito de ação em razão, estritamente, dos custos do procedimento arbitral.

Necessário resgatar, novamente, as palavras de Pedro Batista Martins:

Registre-se, ainda, que a deliberação que aprova a cláusula compromissória estatutária não se configura em uma conduta ilícita do controlador, passível de anulação por abuso de direito ou de poder, ou desvio de poder. Impensável tal conjectura. Trata-se de deliberação que atende aos propósitos e objetivos da sociedade (ato *intra vires*) e alinhada ao interesse social. Nada há de antijurídica dita deliberação, pois não ofende o interesse da coletividade que, ao final, encerra o interesse da sociedade. E, para esta, a *eficiência jurídica* é de grande relevância¹¹⁹.

Em conclusão, a cláusula de arbitragem não pode ser considerada prejudicial à empresa e ao direito de ação dos acionistas minoritários com base, única e exclusivamente, em seu custo inicial. Não se pode, tampouco, considerar que o julgamento de matéria societária pelo juízo arbitral seria prejudicial ao acionista minoritário. Em nenhum momento, o voto-condutor cuidou de demonstrar, cabalmente, as razões pelas quais a inclusão da cláusula de arbitragem constituiria afronta aos direitos dos acionistas minoritários – requisito fundamental à caracterização do abuso de direito.

¹¹⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 109.

Vale observar que, segundo a Regra do Julgamento do Negócio (“*Business Judgment Rule*”), o Judiciário, ao avaliar um conflito relativo a uma decisão tomada no âmbito interno das companhias, deve se ater a alguns parâmetros, conforme estabelecido pela Suprema Corte de Delaware, nos Estados Unidos:

Os parâmetros utilizados pelos tribunais para avaliar se um administrador agiu dentro dos limites de seus poderes legais e estatutários e visando o interesse da companhia, ainda que a decisão não tenha gerado os resultados pretendidos pelos acionistas ou até mesmo tenha causado prejuízos para a companhia, incluem a verificação: (a) se o administrador tomou a decisão devidamente informado e agiu com precaução para obter informações suficientes para avaliar a situação e decidir (ainda que a informação necessária para a tomada da decisão tenha sido fornecida por terceiro contratado pela companhia ou pelo administrador); (b) da boa-fé do administrador; (c) se não houve conflito de interesses na tomada de decisão; (d) se a decisão tomada visou o interesse da companhia; e (e) se não houve abuso de discricionariedade, isto é, arbitrariedade, por parte do administrador¹²⁰.

O magistrado não se prestou à análise de todos os requisitos necessários ao caminho trilhado para julgamento da decisão empresarial, restringindo-se a uma análise superficial do ponto (e). Trata-se, portanto, de análise defasada e pouco consubstanciada pela Regra do Julgamento do Negócio.

Com as devidas vênias ao excelentíssimo julgador e ao Tribunal, o acórdão revela uma posição ainda conservadora, reticente e pouco fundamentada acerca do instituto da arbitragem, a qual deve ser adequada à nova legislação e ao novo panorama jurídico que se instaura.

II. Apelação nº 5009846-10.2015.4.04.7201¹²¹, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região

¹²⁰ PANTANO, Tânia. *Os limites da intervenção Judicial na administração das sociedades por ações*. P. 169.

Disponível em:

http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-17112011-114816/publico/Tese_Final.pdf Acesso em: 06.06.2017.

¹²¹ Disponível em:

https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50098461020154047201&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=

a. Síntese dos fatos

Trata-se de ação ordinária na qual o Autor pleiteou a condenação da Petrobrás e da União Federal por suposto dano material. Segundo o Autor, as Rés mereceriam ser civilmente responsabilizadas em razão “das perdas em que incorreu por ter investido em ações da sociedade anônima”.

O juiz de primeira instância determinou a extinção do processo sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, VII, do CPC/73 – atual artigo 485, VII, do CPC/2015¹²² – haja vista existência de cláusula compromissória estatutária, nos seguintes termos:

Da cláusula arbitral

Superadas as questões de condições da ação, defendeu a Petrobrás que o debate jurídico nestes autos não pode ser feito em razão do previsto no art. 58 de seu estatuto, in verbis

(...)

A Constituição, quando previu que a '(...) lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (...)', não proíbe que o titular do direito, se disponível, renuncie a tal direito por meio de manifestação de sua vontade. Trata-se de situação em que se respeita um ato jurídico perfeito, instituto igualmente protegido constitucionalmente, sendo certo que somente a invalidação do ato de renúncia por vício poderia justificar o ingresso do Judiciário na questão que a parte teria concertado com a contraparte que fosse resolvida por outra via.

É bem verdade que, como defendeu o autor, essa manifestação de vontade, ordinariamente, deve ser feita por meio de convenção prévia e expressa, o que está previsto na Lei n.º 9.307/1996, artigos 4.º e 5.º. No caso das sociedades anônimas, porém, nossa ordem jurídica já previa, ainda no Código Comercial de 1850:

Art. 294 - Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em júzo arbitral.

Ainda que tenha havido um hiato quanto a tal previsão no DL n.º 2.627/1940, ela foi reincluída como uma faculdade estatutária em 2001 na Lei das Sociedades Anônimas - Lei n.º 6.404/1976, in verbis:

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.

¹²² Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o júzo arbitral reconhecer sua competência;

§ 3.º 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. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

A previsão da Lei n.º 6.404/1976 é evidentemente especial em relação àquela posta na Lei n.º 9.307/1996, devendo esta ser preterida em favor daquela. Não há, além disso, nenhum outro argumento que não a inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição, já rejeitado, dirigido à inconstitucionalidade de tal norma.

Não se pode, outrossim, adotar como causa de invalidação da previsão estatutária a farta jurisprudência referente a cláusulas arbitrais constantes em contratos de adesão em relações de consumo. Diversamente do que acontece com um consumidor, é esperado de um investidor, quando se aventura no mercado de valores mobiliários especificamente ao se tornar sócio, que procure se informar integralmente não só das características financeiras do valor mobiliário adquirido, mas também dos direitos, deveres e prerrogativas que terá em razão da propriedade societária, não podendo ele alegar desconhecimento do instrumento essencial informativo desses aspectos. O fato de o corretor ou instituição financeira que intermediou a compra não disponibilizar esse estatuto ao autor não afasta a submissão do acionista à regra, servindo, quando muito, como fator de responsabilização junto ao intermediador. Ademais, é certo que, diante da obrigatória disponibilidade do estatuto decorrente da LSA e da efetiva disponibilidade que vem sendo respeitada inclusive em meios eletrônicos, a questão seria irrelevante para afastar a referida regra.

Insatisfeito, o Autor apelou da sentença. Em suas razões, argumentou a necessidade de sua adesão à cláusula compromissória ser expressa em documento formal e não, meramente, constar no estatuto da companhia. Salientou, ademais, que a impossibilidade de recorrer ao Judiciário para satisfação de seu pleito configuraria violação ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela judicial.

b. Decisão

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SOCIEDADE ANÔNIMA. ESTATUTO DA PETROBRÁS. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA.

. Nos termos do artigo 58 do Estatuto da PETROBRÁS, disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os

administradores, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404/76 devem ser resolvidas por meio de arbitragem;

. Se no estatuto da empresa há previsão da solução de conflitos pela arbitragem, ou seja, se há cláusula compromissória, não poderá o sócio abster-se de aderir-lá, uma vez que, o acesso às regras expostas no estatuto, é público, sob pena de inviabilizar a condução das relações internas da sociedade anônima. O investidor não é obrigado a fazer parte da companhia. Se optar pelo ingresso, presume-se que avaliou e acatou voluntariamente as disposições estatutárias. Até porque, o registro do estatuto social na junta comercial, ou sua inscrição na bolsa de valores ou no mercado de balcão, ratifica a presunção de pleno conhecimento pelos acionistas. A exigência de aceitação expressa não encontra respaldo nem na Lei das Sociedades Anônimas, nem na Lei da Arbitragem;

. Não há falar em ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial. O princípio contido no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB deve ser entendido como regra de coibição de abuso de direito, de ato arbitrário ou ilegal e somente nestes casos deve ser acionado.

O voto vencedor, além de repisar os fundamentos adotados em sentença, rebateu todos os argumentos trazidos em sede de apelação. Consoante dispôs o Desembargador Relator, ninguém é obrigado a adquirir ações da Petrobrás. Sendo assim, ao fazê-lo, presumisse-se que o acionista analisou e acatou, voluntariamente, todas as disposições do estatuto social da empresa, uma vez que seus documentos são de caráter público e, logo, de livre acesso aos interessados. Frisou-se, aliás, a ausência de respaldo legal acerca da necessidade de anuência expressa à cláusula compromissória.

Nessa linha, não haveria, conforme voto vencedor, qualquer violação a direito essencial do Autor, ora Apelante. No sentido do que dispõe o acórdão, “[o] princípio contido no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB deve ser entendido como regra de coibição de abuso de direito, de ato arbitrário ou ilegal e somente nestes casos deve ser acionado”.

c. Comentários acerca da decisão

Embora enxuto, o acórdão é preciso no que tange a alguns dos principais aspectos referentes à cláusula compromissória estatutária. Ademais, apesar de não fazer qualquer menção ao art. 136-A, da Lei 6.404/76, a decisão foi pontual ao sedimentar a vinculação de todos os acionistas à cláusula. Em verdade, tanto a sentença quanto a decisão de

segunda instância trazem uma posição bastante firme quanto à aplicação do princípio majoritário.

Primeiramente, cumpre ressaltar a rejeição, por parte dos julgadores, da necessidade de anuência expressa, mediante documento em apartado, à arbitragem. Conforme consignou o *decisum* e com base em posição doutrinária sedimentada, o acionista que adquiriu ações de companhia em cujo estatuto social se faça constar cláusula compromissória encontrar-se-ia vinculado à norma, bem como a todas as demais disposições estatutárias.

Com efeito, ressalta-se a não aplicação, conforme abordado no capítulo II, da previsão normativa prevista no § 2º, do art. 4º, da Lei 9.307/96. Martins, mais uma vez, se demonstra pontual ao consignar que se trata “de argumento improcedente dada a inadequada aplicação de previsão legal, claramente, de caráter restritivo; logo, voltada para uma estrita esfera da relação jurídica moderna. Relação essa que se restringe aos negócios tipicamente consumeristas”¹²³. Não se pode, portanto, ao contrário do que objetivou o ora Apelante, impor restrição não prevista em lei à imperatividade subjetiva da cláusula compromissória estatutária.

No ponto, Paulo Osternack Amaral:

Há contundente posicionamento doutrinário que qualifica como uma contratação de adesão o ingresso de novos acionistas em uma sociedade. Com base nessa premissa, considera aplicável a regra do § 2º do art. 4º da Lei 9.307/96, segundo a qual, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória somente será eficaz se a instituição da arbitragem se der por iniciativa do aderente ou, instituída pela parte contrária, o aderente concordar expressamente.

Entretanto, não parece correto afirmar que o ingresso de um novo acionista possa ser qualificado como um contrato de adesão (ao estatuto), pois não preenche os requisitos necessários a essa forma de contratação. Ademais, como se verá adiante, a natureza jurídica do estatuto social confirma ainda mais a inaplicabilidade do § 2º do art. 4º da Lei 9.307/96.

O contrato de adesão pressupõe uma desigualdade entre as partes. Essa modalidade de contratação é caracterizada pela predeterminação de regras por uma das partes, cabendo à outra aceitá-las em bloco, de modo uniforme. Há, portanto, uma superioridade econômica de uma parte sobre a outra – especialmente na contratação de bens ou serviços essenciais. Foi essa a hipótese contemplada pelo § 2º do art. 4º da Lei 9.307/96, consistente na proteção do aderente em uma contratação em

¹²³ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 119.

que não teve ingerência sobre a confecção de nenhuma cláusula – inclusive da arbitral.

Essa proteção à parte contratante é absolutamente incompatível com o regime inerente ao direito societário. Nem em tese a posição dos acionistas pode ser equiparada a de alguém que celebre um contrato de adesão¹²⁴.

Posteriormente, a decisão afasta a incidência de qualquer hipótese de violação a direito essencial do acionista. O Desembargador apresentou uma posição bastante ponderada e razoável quanto à atuação do Judiciário nos conflitos de cunho societário. Nesse diapasão, entende-se que a análise realizada pelo Poder Judiciário “definirá, no caso concreto, se o ato praticado ou a decisão tomada, observou os procedimentos estabelecidos por lei para legitimá-lo e se o agente que o praticou objetivou a consecução do bem comum: o interesse social”¹²⁵.

Tal avaliação visa a tutela de direitos essenciais prejudicados pelo exercício de abuso de poder, conforme correta aplicação do art. 5º, XXXV, da CF/88. Logo, tudo que não se enquadrar como abuso de poder, ou como violação ao interesse comum da empresa, encontra-se abarcado pelo princípio majoritário e não deve ser objeto de tutela jurisdicional.

O acórdão em comento demonstra compatibilidade e coexistência entre o Poder Judiciário e a arbitragem. Num cenário jurídico complexo como o que vem se criando, faz-se imprescindível que o juiz saiba enxergar seus limites em face da tutela jurisdicional promovida pelo juízo arbitral. Uma postura, por parte do Judiciário diligente e amistosa frente à arbitragem é fundamental não apenas para o contínuo desenvolvimento do instituto como também para a diminuição da quantidade de processos judiciais, mediante a difusão dos meios alternativos de solução de conflitos.

¹²⁴ AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem Societária: das incertezas brasileiras às soluções italianas*, p. 15-16. Disponível em: http://www.iappr.com.br/wp-content/uploads/2013/10/REV_ELETRONICA_PAULOOSTERNACK.pdf Acesso em: 28.05.2017.

¹²⁵ PANTANO, Tânia. *Os limites da intervenção Judicial na administração das sociedades por ações*. P. 144. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-17112011-114816/publico/Tese_Final.pdf Acesso em: 06.06.2017.

III. A ausência de um posicionamento sedimentado acerca da cláusula compromissória estatutária sob a égide do art. 136-A

Em que pese a jurisprudência tenha exercido papel fulcral na sedimentação da arbitragem, seu desempenho, no tocante aos efeitos da cláusula compromissória estatutária após a edição do artigo 136-A, da Li 6.404/76, ainda é pouco observado. Talvez pelo pouco período de vigência da Lei 13.129/2015, os tribunais ainda não se manifestaram de forma contundente ou em uma boa quantidade de vezes sobre a matéria, para que se possa sedimentar um posicionamento.

Conforme trabalho acima, em duas oportunidades, os Tribunais se manifestaram de maneiras completamente diferentes quanto à extensão dos efeitos da cláusula compromissória estatutária. No primeiro caso, o TJSP entendeu pela impossibilidade de inclusão de cláusula compromissória no estatuto social de determinada sociedade anônima, sob pena de exercício abusivo de direito; enquanto, no segundo acórdão, o TRF da 4ª Região aplicou, de forma integral, o entendimento preconizado pela doutrina majoritária.

A ausência de uma posição jurisprudencial firme acerca da aplicabilidade do art. 136-A, da Lei 6.404/76, traz dúvidas quanto aos seus efeitos práticos. Cumpre ressaltar que o próprio dispositivo, conforme abordado no capítulo II, já traz incongruências inerentes ao princípio majoritário e os remédios contramajoritários utilizados (quórum qualificado e direito de recesso). Possivelmente, a ausência de uma manifestação firme acerca da matéria seja uma tendência jurisprudencial no que tange ao Direito Societário:

Os resultados da pesquisa realizada por Aurélio Wander Bastos e Nelson Laks Eizirik, apresentados no livro *O Poder Judiciário e a Jurisprudência sobre Sociedades Anônimas e Instituições Financeiras*, 6 anos após a promulgação da atual Lei das S.A., demonstram que a atuação do Poder Judiciário como intérprete dos conceitos legais e instrumento de adaptação de novos fatos e de uma nova realidade social às normas jurídicas positivas, tem sido muito tímida e pouco tem acrescentado para a formação de uma jurisprudência que ofereça linhas de interpretação das normas positivas de forma coerente com os princípios que regem as sociedades por ações e o direito empresarial, o que também impede que sejam identificados novos elementos e práticas da atividade empresarial que sirvam de base para as mudanças legislativas que novas situações econômicas e sociais requerer.

Passados quase 33 anos da promulgação da Lei 6.404, verifica-se que a situação pouco mudou. (...)

A jurisprudência em matéria de direito empresarial é escassa e, como concluíram os autores à época, ainda não se formaram linhas de jurisprudência capazes de definir posições claras quanto à interpretação dos conceitos e princípios gerais que regem as sociedades por ações. De fato, podemos concluir que a inexistência de linhas de jurisprudência consolidadas, a falta de especialização dos juízes nessa área do direito e a grande demora na solução das ações contribui para criar um círculo vicioso que afasta da prestação jurisdicional aqueles que deveriam vela se valer para garantia de seus direitos, contribuindo para manter essa situação¹²⁶.

É essencial que a jurisprudência supere suas barreiras e se manifeste com máxima celeridade e de forma fundamentada acerca dos efeitos promovidos pelo art. 136-A, da Lei 6.404/76. A cláusula compromissória estatutária e sua nova conjectura, a partir da reforma da Lei da arbitragem, é assunto de máximo interesse por parte das sociedades anônimas. O quanto antes os tribunais sedimentem uma posição acerca do assunto, menores serão os casos levados à apreciação do Judiciário.

¹²⁶ PANTANO, Tânia. *Os limites da intervenção Judicial na administração das sociedades por ações*. P. 99-100.

Disponível em:

http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-17112011-114816/publico/Tese_Final.pdf Acesso em: 06.06.2017.

Conclusão

O estudo elaborado teve, por objeto, a compreensão dos diferentes pontos de convergência entre o Direito Societário e o instituto da arbitragem, no que se refere, especialmente, à cláusula compromissória estatutária. Nessa toada, primeiramente, foram analisadas as premissas básicas da arbitragem no âmbito societário. Num segundo momento, o trabalho adentrou em sua temática principal: os principais efeitos do art. 136-A – incluído na Lei das S.A. através da reforma da arbitragem (Lei 13.129/2015) – no que tange à inclusão de cláusula de arbitragem no estatuto social das sociedades anônimas. Por fim, foram trazidas algumas decisões judiciais, sob a incidência do art. 136-A, com vistas a analisar os argumentos comumente usados pelos julgadores acerca do tema em análise. Algumas conclusões foram alcançadas.

A primeira constatação, alcançada logo no capítulo I, referiu-se aos pontos de convergência entre o Direito Arbitral e os conflitos empresariais. Como pôde ser visto, a natureza dos conflitos de cunho empresarial se encaixa perfeitamente nos requisitos de arbitrabilidade do juízo arbitral, haja vista a capacidade de contratar das partes e a disponibilidade dos bens patrimoniais em litígio. Além de compatíveis, os litígios societários podem auferir inúmeras vantagens pela simples adesão ao procedimento arbitral. Faz todo sentido, portanto, que a sociedade anônima opte por inserir cláusula de arbitragem em seu estatuto social, com o fito de dirimir seus conflitos internos através de um processo célere, sigiloso, informal, e, sobretudo, técnico.

Em segundo lugar, concluiu-se que o art. 136-A não logrou êxito na tarefa que pretendeu realizar. O novo dispositivo não se demonstrou capaz de sedimentar a controvérsia que girava em torno da imperatividade dos efeitos subjetivos da cláusula compromissória estatutária – muito pelo contrário. A posição de Modesto Carvalhosa, embora minoritária, ainda se mantém firme pela impossibilidade de extensão subjetiva da cláusula compromissória a todos os acionistas da companhia, chegando, aliás, a suscitar de forma veemente a inconstitucionalidade do artigo.

Ainda no que se refere aos efeitos do art. 136-A, o percurso até aqui delineado visou abordar os diferentes aspectos atinentes à inclusão de instrumentos contramajoritários – quais sejam, direito de recesso e quórum qualificado – face à cláusula compromissória estatutária. Conforme se pôde concluir, o dispositivo constituiu uma deturpação na lógica que rege o uso de tais medidas. Na linha do que

demonstra Pedro Batista Martins, a previsão estatutária de um procedimento eivado de ampla defesa e contraditório, no qual são constatadas inúmeras vantagens, não pode ser interpretada como afronta a direito essencial do acionista ou à sua participação na companhia. Em alguns aspectos, portanto, o art. 136-A constituiu um retrocesso à arbitragem societária, na medida em que dificultou sua adesão pela assembleia geral extraordinária e permitiu a evasão de capital social mediante o direito de recesso.

Em terceiro lugar, constatou-se a escassez de decisões judiciais no âmbito da arbitragem societária, sobretudo no que se refere ao tema em análise. Mesmo nas decisões abordadas, verificou-se uma ampla diversidade de argumentos abordados, os quais levam à impossibilidade de solidificação de um entendimento jurisprudencial acerca da constitucionalidade e efeitos do novo dispositivo legal.

Em que pese a constatação da escassez de decisões judiciais, uma larga e numerosa atuação dos tribunais acerca da cláusula compromissória estatutária não é o melhor caminho para a atuação dos tribunais. Um grande número de decisões ruins não contribui de forma benéfica ao debate. No momento, os tribunais devem primar por uma atuação técnica e bem fundamentada, de modo a garantir segurança tanto às companhias que optem pela adesão à cláusula de arbitragem quanto aos acionistas que se sujeitem à esta. Quanto mais cedo os tribunais sedimentarem seu entendimento, mais segurança será trazida ao instituto arbitral e menos processos, sobre o tema, inundaram o acervo do Judiciário.

Por fim, salienta-se que o trabalho não possui o condão de pôr fim a discussão acerca do art. 136-A, da Lei 6.404/76, ou, quiçá, sobre os efeitos subjetivos da cláusula compromissória estatutária. Tal discussão já ganha força há anos no ordenamento jurídico brasileiro e tende a se reavivar com o advento da reforma da arbitragem. O intuito do estudo foi contribuir com a evolução da discussão, a partir de uma abordagem tanto arbitral quanto societária do novo dispositivo legal, com vistas a promover uma compreensão ampla dos institutos envolvidos no art. 136-A. A partir da análise dos diferentes institutos e princípios envolvidos na discussão, será possível conferir maior estabilidade e segurança à cláusula compromissória estatutária.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem Societária: das incertezas brasileiras às soluções italianas*. Disponível em: http://www.iappr.com.br/wp-content/uploads/2013/10/REV_ELETRONICA_PAULOOSTERNACK.pdf Acesso em: 11.06.2017

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário*. Disponível em: <http://aprigliano.com.br/wp-content/uploads/2014/12/Aprigliano-Extensao-da-clausula-compromissoria-no-direito-societario.pdf> Acesso em: 11.06.2017

BRAUER, Bernardo Guitton. *Arbitragem Societária: a prevalência da manifestação da vontade na aferição dos limites subjetivos da cláusula compromissória estatutária na Sociedade Anônima*. Disponível em: <http://pidcc.com.br/artigos/082015/03082015.pdf> Acesso em: 11.06.2017.

CAHALI, Francisco José. *Lei de Arbitragem consolidada com a Lei 13.129/2015, destacadas as modificações com breves comentários*. Disponível em: <http://www.cahali.adv.br/arquivos/LArb.%20consolidade%20destacada%20aletaracoes%20com%20breves%20comentarios.pdf> Acesso em: 11.06.2017.

CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE Alexandre (coord.). *Arbitragem: Estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26/5/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMPOLINA, Inês Maria de Carvalho. *Arbitragem no Direito Empresarial – Perspectiva dos Sócios e da Sociedade*. Disponível em: <http://www.mcampos.br/u/201503/inesmariacarvalhocampolinaarbitragemdireitoempresarial.doc.pdf> Acesso em: 11.06.2017.

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz;

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. – 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. – 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2004.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. II. 4. Ed. São Paulo. Saraiva. 2008.

CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Comentários À Lei das Sociedades Anônimas*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. Seminário Da International Bar Association – “Celebrando a Carta Magna e o Estado Democrático de Direito”. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-modesto-carvalhosa-acesso.pdf> Acesso em: 11.06.2017.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitrabilidade. In: Direito Internacional Privado - Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/As comentada*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 21. ed. Re. Atual. E aum. Por Edvaldo Brito e Regina Paranhos Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Arbitragem: aspectos fundamentais*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOBO, Carlos Augusto Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 22, ano 6, jul./set. 2009.

MARQUES, José Frederico. *Instituições do Direito Processual Civil*. Forense. 1960. Volume 422. n. 1330.

MARTINS, Pedro A. Batista - *Arbitragem no Direito Societário* - São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas*. Disponível em: <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2372 Acesso em: 11.06.2017.

MEDEIROS, Suzana Domingues *Arbitragem envolvendo o Estado do Direito Brasileiro*. R. Dir. Adm. UERJ. Rio de Janeiro, 2003, p. 71-101.

NETO, Francisco Maia; MUNIZ, Joaquim de Paixa (coord.) *Reforma da Lei de Arbitragem, Comentários ao texto completo*. Belo Horizonte: Francisco Maia & Associados, 2015.

OLIVEIRA, Joana Câmara Fernandes de. *A arbitragem na sociedade anônima*. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2976 Acesso em: 11.06.2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III. 21. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 01/2017.

PANTANO, Tânia. *Os limites da intervenção Judicial na administração das sociedades por ações*. P. 169. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-17112011-114816/publico/Tese_Final.pdf Acesso em: 11.06.2017.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, João Paulo Hecker da. *Processo societário: tutelas de urgência e da evidência*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

SUSSMAN, Edna; WILKINSON, John. *Benefits of arbitration for comercial disputes*. Disponível em:

https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute_resolution_magazine/March_2012_Sussman_Wilkinson_March_5.authcheckdam.pdf Acesso em: 11.06.2017.

TELLECHEA, Rodrigo. *Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de. *A arbitragem na lei das Sociedades Anônimas*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-271.

TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. *A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito*. 2007. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/2910/2200> Acesso em: 11.06.2017

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no Direito Societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WALD, Arnoldo. *A Evolução do Direito e a Arbitragem*. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 454-463.

WARDE JÚNIOR Walfrido Jorge. CUNHA, Fernando Antônio Maia da. *A arbitragem e os limites à atuação do Judiciário nos limites societários*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. P. 725-758.

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.