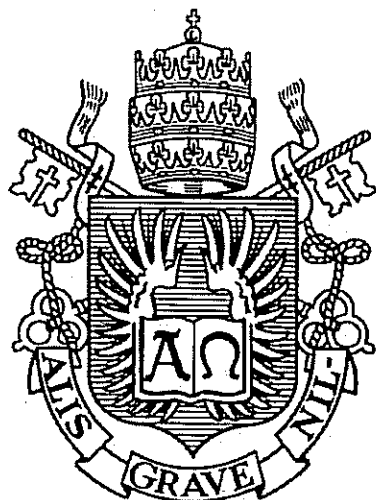




PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

LIMITES SUBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM ESTATUTOS E CONTRATOS SOCIAIS

por

FABIO PAMPLONA VIDAL

ORIENTADOR: Pedro Paulo Salles Cristofaro

2009.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

LIMITES SUBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM ESTATUTOS E CONTRATOS SOCIAIS

por

FABIO PAMPLONA VIDAL

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Pedro Paulo Salles
Cristofaro

2009.1

À minha mãe, minha heroína, meu equilíbrio e porto seguro, por todo o suporte emocional e material, condições *sine qua non* para a realização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Considerando esta monografia como resultado de uma caminhada que não começou na PUC, agradecer pode não ser tarefa fácil, nem justa. Para que ninguém seja esquecido, agradeço de antemão a todos os que, de alguma forma, passaram pela minha vida, que levaram um pouco de mim e deixaram um pouco de si mesmos, ajudando a construir quem sou hoje.

Pela contribuição direta neste trabalho, agradeço em especial ao meu orientador, Professor Pedro Paulo Salles Cristofaro, conselheiro ímpar, não só pela ajuda na escolha de um tema que me fascinou, como também por sua constante disponibilidade e interesse, e à minha querida chefe Daniela Bessone, maior professora que já tive, pela paciência e lições de todos os dias.

À Professora Rachel Nigro, por ter despertado em mim a paixão pela Ciência do Direito, sem a qual eu não teria chegado até o final, e pela amizade que se construiu para além dos espaços da universidade.

Meus maiores agradecimentos a toda a minha família, em especial aos meus pais, minha avó Lea, minha Tia Zira e à minha grande amiga e segunda mãe Neli, por despertarem sempre em mim os sentimentos mais nobres, do amor verdadeiro e incondicional, contribuição essencial para a minha formação como ser humano, e a todos os meus amigos, em especial ao Lucas, Filipe e Diego, pela paciência diante de toda a minha (temporária!) ausência e por toda a confiança que sempre demonstraram ter em mim.

“A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”.

Rui Barbosa

“Discourage litigation. Persuade your neighbors to compromise whenever you can. As a peacemaker the lawyer has superior opportunity of being a good man. There will still be business enough”.

Abraham Lincoln

RESUMO

Com o advento do decreto 3.960/67, que ao introduzir a arbitragem facultativa em nosso ordenamento, aboliu a arbitragem compulsória do Código Comercial de 1850 e impossibilitou a execução específica da cláusula compromissória, a arbitragem praticamente desapareceu como meio de solução para as controvérsias societárias que surgiam no âmbito do direito interno. Somente em 1996, com a Lei nº 9.307 (Lei da Arbitragem), foi o instituto resgatado e ressaltadas as suas infinitas vantagens na composição de conflitos frente à jurisdição estatal, dentre as quais se destacam a sua maior celeridade, a especialização dos árbitros, o sigilo e a informalidade do procedimento. Ratificando todas as aludidas vantagens da composição de conflitos societários na via arbitral, o legislador, em 2001, editou a Lei nº. 10.303, que, dentre outros aspectos, acrescentou à Lei nº. 6.404 (Lei das Sociedades Anônimas) o parágrafo terceiro de seu art. 109, para prever expressamente a possibilidade de inserção de cláusula compromissória em estatutos e contratos sociais. No entanto, a lacônica redação do aludido dispositivo, que em nada favorece a sua interpretação, deu origem a uma série de polêmicas e discussões quanto ao possível alcance de tal cláusula compromissória incluída nos contratos de sociedade, tanto no que diz respeito à sua abrangência subjetiva, quanto no que se refere à sua extensão objetiva. Neste trabalho, se pretendem examinar apenas os seus limites subjetivos, i.e., *quem* está ou não está vinculado ao pacto nela contido.

PALAVRAS-CHAVE

Arbitragem. Conflitos Societários. Cláusula Compromissória. Estatutos Sociais. Alcance Subjetivo.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1. Vantagens da Composição de Conflitos na Via Arbitral.....	16
1.1 Celeridade.....	16
1.2 Especialização dos Árbitros.....	18
1.3 Sigilo.....	20
1.4 Simplicidade (Mais Objetividade e Menos Formalismo).....	22
1.5 Tantas e Inegáveis Vantagens.....	25
2. A Possibilidade de Inserção de Cláusula Compromissória em Estatutos e Contratos Sociais.....	26
2.1 Natureza Jurídica do Contrato de Sociedade	26
2.2 Possibilidade de Inserção de Cláusula Compromissória	29
2.3 Reforma da LSA	30
2.4 Novo Mercado e Arbitragem	34
2.5 Críticas ao Art. 109, §3º.....	36
3. O Alcance Subjetivo da Cláusula Compromissória	41
3.1. Princípio da necessária incidência sobre o pacto social	42
3.2. Quanto ao sócio que dissentiu da deliberação assemblear que inseriu a cláusula arbitral no contrato de sociedade.....	43
3.3. Quanto ao sócio que se absteve de votar na deliberação assemblear ou sócio que não compareceu à assembléia geral que deliberou sobre a inserção da cláusula arbitral no contrato de sociedade.....	49
3.4. Quanto ao sócio que não participava do quadro societário à época da deliberação que inseriu a cláusula arbitral no contrato de sociedade.....	50
3.5. Quanto ao acionista detentor apenas de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito.....	54
3.6. Conflitos envolvendo exclusivamente sócios e a sociedade, ou entre controladores e minoritários	56
3.7. Conflitos envolvendo somente sócios controladores ou somente minoritários.....	57
3.8. Conflitos envolvendo sócio-dirigente ou sócio-empregado	58
3.9. Conflitos envolvendo dirigente não sócio	59

3.10 Conflitos envolvendo sócio e terceiro adquirente de participação societária (ainda não sócio)	62
3.11. Quanto ao litisconsorte necessário ou facultativo	63
3.12 O Tema no Direito Italiano.....	68
4. Conclusão	70
5. Referências Bibliográficas	77

INTRODUÇÃO

A arbitragem como forma de solucionar litígios precede a jurisdição pública. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que a arbitragem foi uma das primeiras formas de realização da justiça: na verdade, os primeiros juizes não se distinguiram em quase nada do que hoje chamamos de *árbitros*, i.e., pessoas de confiança mútua às quais é conferida, pelas partes, a missão de resolver os seus conflitos.

Nas relações comerciais, esta modalidade alternativa do “exercício do direito de ação”¹ está presente desde o período medieval, quando, embora não fundada na lei, mas nos usos e costumes (que depois evoluíram para a *Lex Mercatoria*), era usada não só como meio de resolver os conflitos entre nobres, cavaleiros, barões e proprietários feudais, mas também e, fundamentalmente, entre comerciantes. Ressalte-se que, ainda nos dias de hoje, a arbitragem desempenha um papel de enorme destaque na esfera do direito comercial internacional.

Internamente, ainda no Brasil Colônia, as Ordenações Filipinas previam a arbitragem em seu Livro III, que tratava dos juizes árbitros e dos arbitradores. Posteriormente, durante o Império, a Constituição de 1824, em seu art. 160², também contemplava a possibilidade de arbitragem como meio alternativo para a solução de conflitos. A partir de 1850 e até 1866, estabelecia o nosso Código Comercial, em seu art. 294³, a obrigatoriedade da arbitragem para os conflitos entre sócios ou acionistas. Todavia, com o advento do decreto 3.960/67, regulamento da Lei 1.350/66, foi abolida a arbitragem compulsória do art. 294, introduzida a arbitragem facultativa em nosso ordenamento e impossibilitada a execução específica da cláusula compromissória, o que acabou resultando no desaparecimento da arbitragem

¹ A esse respeito, leia-se VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no Direito Societário*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 1994, p. 184-189.

² “Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”.

³ “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 juízo arbitral”.

como meio de solução para as controvérsias que surgiam no âmbito do direito interno, e principalmente aos conflitos de matéria societária.

Somente em 1996, com a edição da Lei nº 9.307, foi o instituto resgatado. Não se desconsidera, no entanto, sua previsão anterior nos arts. 1.037 a 1.048 do antigo Código Civil (como compromisso) e 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil (do juízo arbitral). Porém, entende-se por pequena a relevância de tais dispositivos, uma vez que pouco favoreciam a utilização da via arbitral, tendo em vista, principalmente, o óbice da necessidade de homologação do laudo arbitral, que tornava o trabalho do árbitro passível de alteração judiciária e descaracterizava o efeito da agilidade com que se deseja a solução do litígio, pois, para a homologação da sentença, se deveria aguardar os lentos trâmites judiciais.

Atualmente, é esta lei – 9.307/96 – que regula o instituto no ordenamento pátrio. No entanto, não traz qualquer definição do que seja a arbitragem, daí a necessidade de recorrer-se à doutrina para a sua definição. Em uma tentativa de compilar as definições encontradas, define-se a arbitragem, neste trabalho, como *uma espécie de exercício da jurisdição para a solução de controvérsias alternativa à jurisdição estatal, em que as partes previamente concordam em submeter eventual litígio à decisão de um terceiro - ou terceiros – neutro e imparcial, escolhido de comum acordo e especializado na matéria a ser decidida, através de um processo jurídico menos formal e, conseqüentemente, mais célere que o estatal, sigiloso e cuja decisão final, além de não desafiar recursos - exceto por vícios formais-, possui força executiva judicial*. É, portanto, um meio rápido e racional de solução paralela a do Poder Judiciário, tornando mais cérele a aplicação da justiça.

Da definição acima, se podem extrair as significativas vantagens da composição de conflitos pelo juízo arbitral frente o estatal, que serão objeto do primeiro capítulo deste trabalho. Segundo Ramón Soriano⁴, a administração da justiça teria “três males endêmicos”: as incertezas do

⁴ SORIANO, Ramón. *Sociologia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1997, p. 423.

Direito, a lentidão do processo e os seus altos custos. Esses seriam, de acordo com o autor, os principais motivos para que os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, dentre os quais a arbitragem, estejam adquirindo cada vez mais importância nos dias de hoje.

Na composição de conflitos societários, estes entraves da justiça convencional tomam proporções ainda maiores, dada a complexidade técnica das questões envolvidas, a necessidade de rapidez em sua solução - que se atingida de forma tardia, mesmo que favorável à parte, pode lhe causar dano - e a importância do sigilo do procedimento, que em se tratando, por exemplo, de estratégias mercadológicas e da vulnerabilidade das sociedades envolvidas à especulação do mercado, pode, por vezes, ser mais importante às partes do que a própria decisão favorável. Desta forma, a arbitragem se apresenta como uma solução mais rápida (item 1.1), mais técnica (item 1.2), mais sigilosa (item 1.3) e mais informal (item 1.4).

A Lei de Arbitragem, em seu artigo terceiro, permite que as partes, através do que chama de convenção de arbitragem, submetam a solução de seus litígios ao juízo convencional, seja por meio da cláusula compromissória, seja por meio do compromisso arbitral⁵. Desta forma, depreende-se que, tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral, são espécies de convenção de arbitragem, que é o pacto mediante o qual se opta por submeter controvérsias ao procedimento arbitral.

Não há que se confundir, no entanto, compromisso arbitral e cláusula compromissória. O primeiro pressupõe um conflito jurídico já existente, e para solucioná-lo, as partes celebram um contrato, um acordo de vontades em que confiam a sua composição a árbitros; a segunda, entretanto, é apenas a cláusula contratual que contém a previsão de um futuro compromisso como meio para solucionar eventuais conflitos decorrentes do contrato que integra.

A definição de cláusula compromissória se encontra na própria Lei de Arbitragem, que em seu artigo quarto a conceitua como “a convenção através

⁵ “Art. 3º 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.”

da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

De acordo com os parágrafos primeiro e segundo do art. 4º da lei de arbitragem, “a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira” (parágrafo 1º); e “nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula” (parágrafo segundo).

Durante muitos anos, a cláusula compromissória foi entendida como sendo um pré-contrato, segundo o qual as partes signatárias apenas se comprometiam a celebrar o compromisso para que, somente então, se pudesse validamente instituir a arbitragem. Não havia, no entanto, qualquer previsão legal que assegurasse aos signatários do contrato os meios adequados a forçar a parte recalcitrante a celebrar o compromisso. A isso denominava-se a ausência da já mencionada execução específica da cláusula compromissória.

Com a edição da Lei 9.307/96, o quadro se modificou de forma substancial. Em seu art. 7º, a LArb prevê que, quando do surgimento do litígio, caso uma das partes se recuse a honrar com o pactuado no contrato em que se inseriu a cláusula compromissória, poderá a parte interessada valer-se do judiciário para citar a outra parte a fim de se formalizar o compromisso (art. 7º, §§1º ao 7º), ao que se chama, portanto, de execução específica da cláusula compromissória. Além disso, com a nova lei de arbitragem, atribuiu-se à cláusula arbitral, desde que se possa interpretá-la como cláusula cheia⁶, o condão de ser suficiente para instituir a arbitragem. Por essa razão e nessas circunstâncias, o compromisso passa a desempenhar um papel secundário, já

⁶ Chama-se cheia a cláusula compromissória em que estão determinados todos os elementos essenciais para a instituição da arbitragem, previstos no art. 10 da LArb. Por sua vez, denominam-se vazias aquelas em que tais elementos não estão contemplados, ficando sua estipulação diferida para o momento em que a arbitragem efetivamente se mostre necessária, ou seja, para serem fixados em compromisso arbitral.

que, por força do art. 5º da Lei⁷, desde que aceita a designação específica pelos árbitros, a arbitragem poderá ser instituída independentemente da celebração do compromisso, e proceder-se-á da forma prevista nas regras escolhidas.

Carlos Alberto Carmona, ao abordar o assunto, confirma tal entendimento, afirmando que a cláusula, segundo o seu tratamento legal atual, deixou de ser “apenas um pré-contrato de compromisso, já que, de acordo com os termos do art. 5º, o juízo arbitral pode ser instituído (art. 19) sem que seja necessária a celebração de um compromisso arbitral”⁸. Ao dizer que a cláusula compromissória deixou de ser “*apenas um pré-contrato de compromisso*”, o fez na certeza de que tal “instrumento produz efeitos próprios e imediatos, independentemente da celebração do compromisso arbitral”.

Assim, ratificando todas as aludidas vantagens da composição de conflitos societários na via arbitral, o legislador, com a Lei nº. 10.303, em 2001, acrescentou à Lei nº. 6.404 (Lei das Sociedades Anônimas) o parágrafo terceiro de seu art. 109, que estabelece o seguinte:

“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 arbitramento, nos termos em que especificar.”

Com isso, reaparece a discussão sobre a inserção de cláusula compromissória em estatutos e, como se verá, também em contratos sociais, sobretudo diante do surgimento, nos últimos anos, de frequentes conflitos societários, em virtude da evolução do capitalismo, dos abusos da maioria acionária e da proteção da qual necessitam os acionistas minoritários de acordo com os novos princípios da governança corporativa. Junto a estas discussões, nascem também uma série de novas questões e polêmicas quanto a seu possível alcance, o que é exatamente o que se pretende tratar neste trabalho monográfico, tendo em vista a lacunosa redação do dispositivo, que em nada favorece a sua interpretação.

⁷ “Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem”.

⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 86.

Não se pretende abordar aqui, no entanto, o alcance objetivo da cláusula compromissória, i.e., “saber o que pode e o que não pode ser objeto de sentença arbitral válida e eficaz”⁹ e portanto, se direitos políticos, por exemplo, que possuem claro fundo patrimonial, poderiam sê-lo, ou, ainda, se uma sentença arbitral poderia, ao contrário de uma sentença judicial, suprir nulidade de disposições contratuais ou mesmo de um contrato como um todo. Nenhuma destas questões será abordada nesta dissertação. Todavia, será abordado o Princípio da necessária incidência sobre o pacto social (item 3.1), que, apesar de dizer respeito aos limites objetivos da convenção arbitral contida em contratos de sociedade, é de fundamental importância para a compreensão de algumas polêmicas envolvendo a sua extensão subjetiva, tema central deste trabalho, como será oportunamente demonstrado.

Desta forma, depois de detalhadamente apresentadas as vantagens da via arbitral para a composição de conflitos societários (Capítulo 1) e de demonstrada a viabilidade da inserção da cláusula compromissória em estatutos e contratos sociais (Capítulo 2), será feita, no último capítulo (Capítulo 3), uma análise de cada uma das polêmicas encontradas em relação ao alcance subjetivo destas cláusulas, ou seja, *quem* está ou não está vinculado ao pacto nela contido, o que, como apenas mencionado, pretende ser o debate principal desta dissertação.

⁹ MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. A Convenção Arbitral em Estatutos e Contratos Sociais. In.: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem Interna e Internacional, Questões de Doutrina e da Prática*. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Renovar, 2003, p. 383.

1. VANTAGENS DA COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NA VIA ARBITRAL

São inúmeras e inegáveis as vantagens de se recorrer à jurisdição arbitral para solucionar controvérsias das mais variadas naturezas. Quando se tratam de conflitos societários, estes atributos tomam proporções ainda maiores, tendo em vista as diversas peculiaridades destes litígios (o que se verá a seguir) e considerando-se a notória morosidade da justiça brasileira, seu excesso de formalismos e de publicidade e o despreparo e falta de *expertise* de nossos magistrados, salvo raras exceções, para com as questões de matéria societária.

Na tentativa de ressaltar e destacar cada um destes benefícios, optou-se por separá-los individualmente em itens, para que se possa atribuir a cada um deles de forma mais detalhada o mérito e o destaque que merecem. Ao final, o que se pretende é que não restem dúvidas ao leitor quanto à evidente proficuidade de se convencionar a via arbitral como meio de solução para conflitos societários.

Nesse sentido, tratar-se-á primeiro da rapidez do procedimento arbitral, em contraponto à morosidade do juízo convencional (item 1.1). Em seguida, será ressaltada a especialização técnica dos árbitros, que se destaca frente à pouquíssima familiaridade do Poder Judiciário com questões de natureza societária (item 1.2). Posteriormente, será abordada a vantagem da confidencialidade da arbitragem, que tem imensa importância por possibilitar às sociedades e sócios solucionarem os conflitos que possam surgir entre eles sem que estes litígios possam ser divulgados ao público (item 1.3). Finalmente, se falará da simplicidade do procedimento arbitral, que, consequentemente, contribui para a sua maior celeridade, frente ao excesso de formalismos da jurisdição estatal (item 1.4).

1.1 Celeridade

Com relação à rapidez, não há dúvidas de que a arbitragem tenha condições de superar a morosidade da máquina burocrática de nosso

Judiciário. Embora a Lei nº. 9.307/96 prescreva em detalhes os procedimentos da arbitragem, tais trâmites são bem mais céleres que o desenvolvimento dos processos judiciais. Além disso, é muito improvável que os árbitros se encontrem tão sobrecarregados com outros processos para julgar quanto juízes togados, o que lhes permite chegar à solução dos casos mais rapidamente.

Mesmo porque, ao contrário do que ocorre na justiça convencional, o procedimento arbitral, em tese, desde o seu início, tem prazo máximo para acabar. A lei confere às partes a prerrogativa de estipular um tempo limite para que a sentença arbitral seja proferida pelo árbitro ou tribunal arbitral. Diante da omissão das partes, tal prazo equivalerá a seis meses, de acordo com a redação do art. 23 da Lei 9.307/96. Uma vez proferida a sentença arbitral, seja no tempo estipulado pelas partes ou naquele legalmente previsto, e não havendo o desejo de prorrogá-lo (parágrafo único do aludido art. 23), as partes, notificadas da sentença, poderão solicitar ou não ao árbitro que corrija erro material ou que esclareça eventuais obscuridades, omissões ou contradições porventura detectadas no laudo arbitral (art. 30 da Lei de Arbitragem). Os árbitros, então, decidirão, no prazo de 10 dias, sobre tal solicitação, enviando, em seguida, cópia da decisão às partes por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento (art. 30, parágrafo único e art. 29 da Lei de Arbitragem). Assim, no procedimento arbitral, tudo tem, inicialmente, um prazo certo para acontecer, o que sem dúvida o torna muito mais veloz que o do juízo estatal.

A falta de celeridade do Judiciário poderia também ser entendida como uma consequência da falta de especialização e conhecimento dos juízes sobre as matérias societárias (item que se abordará a seguir). Como bem ressalta Daniela Bessone¹⁰, diante do número infinito de processos que caem em todas as varas e comarcas do Judiciário todos os dias, é normal que se posponha a apreciação daqueles que demandem um estudo mais detalhado e particularizado, tendo em vista tratarem de matérias não muito corriqueiras no cotidiano dos magistrados.

¹⁰ MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. *Op. Cit.*, p. 363.

Ainda, o excesso de burocracia e o apego excessivo à forma, inexistentes na via arbitral, são um dos principais causadores da morosidade da máquina de nosso judiciário. A simplicidade do procedimento arbitral, a ser trata em item apropriado, vem combater esses fatores, tornando-o ainda mais célere.

É importante também o fato de que a decisão arbitral não admite recurso, ao contrário das decisões de um processo judicial, em que se permitem excessivamente as vias recursais, na maioria das vezes utilizadas até serem esgotadas, sobrecarregando ainda mais a jurisdição estatal, já tão debilitada.

Por último, há que se lembrar que a dinâmica das transações comerciais e a velocidade com que as riquezas e mercadorias circulam no mercado entre os diversos agentes econômicos exigem uma solução rápida e eficaz aos conflitos que possam se originar destas relações, uma vez que a tutela jurisdicional tardia, ainda que favorável à parte, pode lhe causar sérios danos, muitas vezes irreversíveis. Nesse sentido, torna-se cada vez menos compatível e aceitável que haja excessiva morosidade na composição destes litígios, o que a arbitragem vem solucionar como uma luva que cobre a mão do que quer se aquecer.

Nas palavras de Marcelo Vilela, “a importância da cláusula compromissória no direito societário é remarcada, sobretudo, pela agilidade com que se dá a resolução dos conflitos que venham, porventura, a eclodir entre os associados, ou ainda entre estes e a própria sociedade”¹¹.

1.2 Especialização dos Árbitros

Quanto ao conhecimento dos árbitros sobre as questões em debate, cabe observar que é esta a grande chave dos contratantes, que podem decidir sobre quem deverá arbitrar no tema que poderá trazer controvérsia. Tendo as partes escolhido bem os seus árbitros, se espera ser muito mais justa e eficaz

¹¹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 157.

a decisão sobre um tema, uma vez tomada por alguém que domina tal assunto, o que se contrapõe àquela proferida por alguém que apenas tem em mãos laudos técnicos e depoimentos, mas que não é especialista no tema em discussão.

Os mecanismos do direito societário estão se tornando cada vez mais complexos e nem sempre os magistrados têm a formação técnica necessária para poder julgar, em tempo hábil, os litígios nos quais se discutem questões como as decorrentes, por exemplo, do uso de derivativos, ou as referentes ao preço a ser fixado nas ofertas públicas de compra de ações realizadas simultaneamente no exterior e no país, questões envolvendo *put option*, divergências entre sócios ou integrantes de uma *joint venture*¹². Há, pois, uma especialização no direito societário, que se exige dos próprios advogados, e que nem sempre os juízes têm, mesmo nos Estados nos quais foram criadas varas especializadas para tratar dos litígios empresariais.

Como afirma Sílvio de Salvo Venosa,

“A vantagem da arbitragem é inegável em determinadas situações. Com frequência, as partes, geralmente empresas de porte, levam aos tribunais assuntos excessivamente técnicos, com amplas dificuldades para o juiz, que somente pode decidi-los louvando-se em custosas e problemáticas perícias. Valendo-se de especialistas como árbitros, podem as partes obter decisões mais rápidas, justas e técnicas.”¹³

Como já mencionado, controvérsias de natureza societária demandam, para sua perfeita compreensão, conhecimentos extremamente técnicos, sem os quais uma decisão inadequada seria inevitável, podendo causar prejuízos catastróficos às partes litigantes. Ressalte-se que aquele que tenha tais conhecimentos técnicos, muitas vezes não precisa sequer de formação jurídica, visto que, por exemplo, um economista, com boa vivência da dinâmica do mercado e que tenha o domínio de noções complexas de finanças, poderia, em variadas hipóteses, ser muito mais qualificado a

¹² A esse respeito, leia-se WALD, Arnoldo. A Arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares. In.: WALD, Arnoldo. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, jan./mar., 2007, nº. 12, p. 23-24.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 287.

proferir decisões eficazes e tecnicamente justas para a solução de determinadas questões do que um bacharel em direito.

Ainda, é importante que se esclareça que apesar de mais técnicas, as decisões arbitrais são, em geral, mais simples, e as partes conseguem entender e acompanhar o processo, daí o fato de que, por vezes, é dispensada a assistência por um advogado. Assim, embora apresente melhor qualidade, pois embasada em argumentos técnicos, próprios da matéria, os laudos arbitrais têm, normalmente, uma linguagem mais simples acessível às partes.

Explana Joel Dias Figueira Júnior:

“(...) a arbitragem é mais simples e objetiva, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso e, via de regra, do mais alto quilate científico e respeitabilidade. Esses atributos conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo se confrontado com os atropelos verificados na jurisdição pública, que se forma por um exército de juízes (quase) irresponsáveis”¹⁴

Por último, tem-se que, diante da particular especialidade dos árbitros em relação às matérias suscitadas em um procedimento arbitral, se desencorajam argumentos emocionais e desprovidos de qualquer cientificidade e técnica, o que torna a decisão mais objetiva e o processo menos traumático às partes.

Em suma, uma decisão mais técnica será, conseqüentemente, mais justa, certamente mais rápida e, geralmente, mais simples.

1.3 Sigilo

No que diz respeito ao sigilo, tem-se que, em um processo arbitral, compete às partes estabelecer o procedimento e, se quiserem, estabelecer a imposição de sigilo na composição de seus conflitos (conforme redação do art. 21 da Lei de Arbitragem). Assim, se desta forma determinarem, haverá a privacidade de todo o procedimento, evitando-se, portanto, a divulgação de

¹⁴ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução. 2ª ed.. São Paulo: RT, 1999. p. 101.

fatos e documentos, o que é procedimento comum no Poder Judiciário (salvo segredos de justiça), em que a publicidade é a regra (cf. art. 5º, LX e 93 IX da Constituição Federal e art. 155 do Código de Processo Civil).

Esta característica faz com que, sob o risco da exposição a que as submete o procedimento estatal, muitas sociedades empresárias decidam não recorrer ao Judiciário, no intuito de preservar o sigilo empresarial. Isso porque a simples propositura de uma ação judicial pode afetar a cotação das ações da empresa na Bolsa e, durante todo o período no qual corre o processo, podem ocorrer repercussões negativas nos balanços da companhia, tendo em vista a vulnerabilidade do mercado a movimentos especulativos, fazendo com que, algumas vezes, os seus títulos percam parte substancial do seu valor, que não conseguem recuperar posteriormente.

Parece evidente - e o depoimento pessoal dos co-autores da Lei corrobora esta convicção - que a expressão “discrição”, presente no art. 13, § 6º da Lei de Arbitragem, se refere ao sigilo. Mesmo que as partes não determinem a confidencialidade de procedimento arbitral específico e este, portanto, não se caracterize como confidencial, deve o árbitro, ainda assim, manter sigilo do caso e do julgamento deste, durante e mesmo após a conclusão da arbitragem. A discrição, como prevista em Lei, se constitui num requisito imposto ao árbitro e independe de ser o procedimento sigiloso ou não, sendo de ressaltar que o processo decisório será sempre restrito aos árbitros, não sendo permitido às partes estar presentes a ele.

Ademais, com relação ao sigilo no procedimento arbitral, principalmente no que se refere ao seu valor para os conflitos societários, leia-se o item 1 do Regulamento Interno da Câmara de Arbitragem do Mercado:

“1. SIGILO

1.1 O procedimento arbitral é rigorosamente sigiloso, observadas as seguintes regras: (i) só poderão participar do procedimento arbitral o Presidente e o Secretário Geral da Câmara Arbitral, os Árbitros responsáveis pela arbitragem, as partes do litígio e, se for o caso, os respectivos advogados, devidamente constituídos; (ii) terceiros poderão participar do procedimento arbitral somente na condição de testemunha, perito ou assistente técnico, cabendo-lhes obedecer idêntico dever de sigilo; (iii) as sessões e audiências do Tribunal Arbitral serão abertas exclusivamente às pessoas relacionadas nas alíneas acima; (iv) a participação dos terceiros mencionados na alínea (ii) supra deverá ser limitada ao cumprimento de sua função específica no

procedimento arbitral; em caso de participação em audiência, o terceiro deverá se retirar tão logo sua função tenha sido cumprida; e (v) somente o Presidente da Câmara Arbitral, os Árbitros responsáveis pela arbitragem, o Secretário Geral, as partes do litígio e os respectivos advogados, devidamente constituídos, poderão ter acesso aos autos da arbitragem; demais pessoas poderão ter acesso aos autos, desde que expressamente autorizadas pelo Presidente da Câmara Arbitral e pelas partes do litígio. 1.2 Cabe ao Presidente da Câmara Arbitral e ao Tribunal Arbitral estabelecer as regras necessárias para que se assegure o sigilo em cada arbitragem, observadas as normas previstas no Regulamento e neste Regimento Interno. 1.3 Cabe ao Presidente da Câmara Arbitral e ao Tribunal Arbitral, auxiliados pelo Secretário Geral, fiscalizar o cumprimento adequado das normas sobre sigilo previstas no Regulamento e neste Regimento Interno. 1.4 A violação do dever de sigilo por qualquer um dos Árbitros ou pelo Secretário Geral implicará seu desligamento da Câmara Arbitral. A violação deverá ser imediatamente comunicada ao Presidente da Câmara Arbitral, a quem caberá decidir sobre o desligamento. 1.5 A violação do dever de sigilo pelas partes do litígio, pelos respectivos advogados e/ou pelos terceiros mencionados no item 1.1(ii) supra, os sujeitará às sanções previstas no Capítulo 13 do Regulamento. 1.6 Na publicação da sentença arbitral de que trata o item 9.13 do Regulamento, poderá haver identificação das partes do litígio, se assim consentirem por escrito, sem que isso constitua violação do dever de sigilo. 1.7 Sem prejuízo do disposto no item 1.6 supra, a tese e os fundamentos jurídicos definidos pela sentença poderão ser objeto de publicação, independentemente do consentimento das partes do litígio, e desde que suas identidades não sejam reveladas.”

Ressalte-se que a Câmara do Mercado, inicialmente idealizada para resolver as disputas surgidas no âmbito das companhias participantes dos segmentos especiais de listagem da BOVESPA, conhecidos como Novo Mercado (assunto ainda a ser tratado neste trabalho monográfico), não está restrita à solução de controvérsias envolvendo somente estas companhias, sendo também possível a sua utilização por outras sociedades empresárias, listadas ou não na BOVESPA, investidores institucionais ou não. Pode recorrer à Câmara para a composição de seus conflitos, portanto, qualquer interessado, sempre que a disputa envolver questões societárias ou relacionadas ao mercado de capitais. Mais uma evidência, portanto, de que o sigilo na resolução de tais conflitos é de suma importância.

Diante do exposto, tem-se que o excesso de publicidade do juízo estatal não se coaduna com a relevância da confidencialidade na composição de conflitos societários, o que resta claramente solucionado com a escolha da via arbitral, cujo procedimento, desejando as partes, será inteiramente sigiloso.

1.4 Simplicidade (Mais Objetividade e Menos Formalismo)

Diretamente ligados à simplicidade do procedimento arbitral, estão a sua objetividade e a sua informalidade, características que se contrapõem à complexidade, prolixidade e formalidade do procedimento convencional do juízo estatal.

O menor formalismo do procedimento arbitral decorre, entre outros motivos, do fato de que as partes, na convenção da arbitragem, poderão elas próprias estabelecê-lo, fixando as regras e formas para o caso específico, situação em que a arbitragem será do tipo “*ad hoc*”, expressão latina que significa “para isto”. Na arbitragem “*ad hoc*”, ou arbitragem avulsa, como a preferem chamar alguns, as partes, de comum acordo, nomeiam os árbitros para julgar aquele caso específico e administram elas próprias o procedimento arbitral. Este tipo de arbitragem, portanto, disponibiliza aos litigantes a escolha dos profissionais que participarão do juízo arbitral, assim como as regras, legislações, tratados e mecanismos a serem adotados durante a arbitragem, deixando, de tal forma, na mão destes, a opção de simplificar ao máximo o procedimento.

Ressalve-se que, na arbitragem “*ad hoc*”, obviamente, as partes não agem sem limites, tendo que se preocupar com todas as exigências da LArb e das legislações pertinentes à matéria, assim como estabelecer questões que, muitas vezes, podem gerar um desgaste entre elas antes de instaurar o procedimento, tais como o local em que este se realizará, quando o demandante poderá exigir um local próximo à sua sede e o demandado pode não concordar, ou ainda a nomeação dos árbitros, pois pode acontecer de o demandante confiar em determinado profissional para arbitrar o procedimento, enquanto o demandado pode não aceitar tal nomeação, declarando, por vezes, a suspeição daquele profissional, que pode ter um vínculo com o demandante ou a ele prestado serviço anteriormente.

Por outro lado, pode o procedimento arbitral também ocorrer em uma instituição privada, caso em que a arbitragem se denominará arbitragem institucional. Nesta espécie, as partes determinam uma Câmara de Arbitragem e se submetem ao regimento interno e às regras de funcionamento daquela entidade, se utilizando da sua infra-estrutura de serviços, tais como local para

reunião, secretaria, tesouraria e quadro de árbitros. Logo, este tipo de arbitragem é realizado por intermédio de uma entidade especializada, e as regras adotadas serão as regras da instituição escolhida.

Da conjugação dos arts. 2º e 5º da LArb, tem-se que, na arbitragem institucional, as partes também poderão optar pela forma a ser adotada e condução do julgamento: equidade ou de direito. Na arbitragem de direito o árbitro utilizará a lei para julgar. Já na equidade, o árbitro julga utilizando o bom senso.

Quando as partes convencionam, por meio da cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral, que a arbitragem será delegada a uma instituição privada, ambas estão se resguardando para que a entidade nomeada gerencie todo o procedimento arbitral e dê todo o suporte necessário na estipulação do prazo, local em que serão realizadas as audiências, forma como serão pagas as custas do procedimento, nomeação dos árbitros da instituição, bem como as demais questões que envolvam o procedimento arbitral. Assim, na arbitragem institucional, as partes não precisam se preocupar com a administração do procedimento, o que as proporciona uma maior segurança quanto à sua forma, sem elevar o contrato a níveis exorbitantes de complexidade, e dispensando o desgaste de estabelecer minuciosamente todas as regras aplicáveis a tal procedimento, uma vez que a instituição deverá seguir os parâmetros estabelecidos pela lei 9.307/96, além de ter suas normas internas de funcionamento. Ainda, soma-se o fato de que tais instituições possuem especialistas em diversas áreas, que além de seu conhecimento técnico, passam por um extenso treinamento em técnicas de mediação, conciliação e arbitragem, o que certamente evitará novos conflitos e nutrirá o procedimento de uma maior objetividade e simplicidade, além de garantir menor probabilidade de nulidade de uma sentença arbitral que não seguiu os ditames da lei.

Assim, seja a arbitragem “*ad hoc*” ou institucional, o procedimento escolhido para a solução do conflito certamente será mais simples, objetivo e informal do que seria, se as partes houvessem submetido sua controvérsia ao juízo estatal. No entanto, frise-se que, por mais simples e objetivo que seja, o

procedimento adotado deverá sempre respeitar os princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e livre convencimento do árbitro.

1.5 Tantas e Inegáveis Vantagens

Diante da constatação de tantos benefícios, espera-se que não restem dúvidas quanto à excelente opção que a arbitragem representa na solução não só de conflitos societários, mas de conflitos de qualquer natureza – obviamente, desde que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, limite objetivo imposto pela lei ao juízo convencional -, em detrimento do excesso de formalismos, publicidade, morosidade e do despreparo de nossos magistrados para com determinadas matérias que demandem um conhecimento mais técnico e especializado.

2. A POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM ESTATUTOS E CONTRATOS SOCIAIS

Para que se demonstre a possibilidade de inserção de cláusula compromissória em contratos de sociedade, pretende-se primeiro abordar a natureza jurídica destes contratos. Somente quando se entende a sua característica de contratos plurilaterais - nos quais as manifestações de vontade de todos os sócios se convergem na vontade da sociedade - é que se consegue pensar na possibilidade de neles incluir convenção arbitral.

2.1 Natureza Jurídica do Contrato de Sociedade

Não é polêmica nova a causar controvérsias entre os doutrinadores a natureza dos contratos de sociedades. Em contraponto às teorias anticontratuálistas, que entendem que não se teria aí um contrato propriamente dito, mas um ato coletivo, de instituição ou corporativo, em que as vontades se somam de forma paralela, demonstrando, portanto, uma natureza institucional destes atos, surgiu, com o mestre italiano Tullio Ascarelli¹⁵, a teoria do contrato plurilateral, que revitalizou a corrente contratuálista, e a qual aderiram José Luiz Bulhões Pedreira¹⁶, Rubens Requião¹⁷, José Edwaldo Tavares Borba¹⁸ e Fabio Konder Comparato¹⁹. À outra corrente, no entanto, que defende a natureza institucional destes contratos, filiam-se Arnoldo Wald²⁰ e Fabio Ulhoa Coelho²¹.

¹⁵ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 271-272.

¹⁶ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Natureza Jurídica da Companhia. In.: *Revista de Direito Renovar*, nº. 12, Rio de Janeiro: Renovar, set./dez., 1998, p. 110.

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000, volume 1, p. 346.

¹⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 12ª Ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Ed. Renovar, 2007, p. 32.

¹⁹ COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 137.

²⁰ WALD, Arnoldo. "Sociedade Anônima. Interpretação do art. 16 da Lei 6.404/76 - Descabimento de assembléia especial de acionistas ordinários de determinada classe, p. 10. e WALD, Arnoldo. A Arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares. In.: WALD, Arnoldo. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, mar. de 2007, nº. 12, p. 27.

²¹ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002, volume 2, p. 26.

Conforme ensina José Edvaldo Tavares Borba²², demonstrou Ascarelli que, diferentemente dos contratos bilaterais, em que há relações entre partes que se contrapõem, haveria também os contratos de sociedade, com a característica da plurilateralidade, nos quais, em lugar da necessária contraposição de pólos distintos, o que existem são partes convergindo seus esforços e vontades para uma finalidade comum. Assim, segundo esta teoria, as partes contratantes, no contrato de organização (contrato de sociedade), não assumem obrigações contrapostas, mas sim obrigações e direitos que se conduzem à mesma direção, i.e., as vontades das partes constituem a “premissa de uma atividade ulterior”²³, a finalidade social.

Ao contrário do que ocorre nos contratos bilaterais, as partes dos contratos de sociedade podem, a qualquer momento, delas se retirar, tendo em vista que a própria Constituição Federal elencou como direitos fundamentais, em seu art. 5º, inciso XX, a liberdade de associação e a liberdade de permanecer associado. Assim, sem que as outras partes façam jus a qualquer tipo de indenização, uma vez que não há rescisão contratual para que exista implicância de responsabilidade civil, pode o sócio que deseje não mais continuar em determinada sociedade, se utilizar de seu direito de recesso - contrapeso ao princípio majoritário-, ou mesmo se retirar através da alienação de sua participação societária ou da liquidação desta participação.

Conforme brilhantemente propõe o mestre Tullio Ascarelli²⁴, nos contratos plurilaterais, “(...) os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos com comunhão de fim.” Disto, se origina o princípio majoritário, que vem nos dizer que o interesse individual de alguns poucos sócios deve quedar-se subjugado pelo interesse da comunidade de acionistas que representem a maior parte do capital social. Em outras palavras, segundo tal princípio, à maioria é dado o direito de ditar o rumo das atividades sociais.

²² BORBA, José Edvaldo Tavares. *Op. Cit.*, p. 32.

²³ Cf. BORBA, José Edvaldo Tavares. *Op. Cit.*, p.32.

²⁴ ASCARELLI, Túlio. *Op. Cit.*, p. 271.

A prevalência da maioria, simples ou qualificada, consiste em princípio essencial para a própria existência das sociedades, e não comporta afastabilidade onde o legislador não a especificou. Se fosse exigida a unanimidade para que se suprisse ou alterasse dispositivos estatutários que, importantes no passado, tenham se tornado inoperantes, desatualizados ou indesejáveis - face a novas realidades comerciais e econômicas -, tornar-se-ia inviável a manutenção das atividades sociais. Assim, o empreendimento social não permite divagações subjetivas e comoventes, pois seu caráter é puramente lógico e objetivo. Se a gestão de qualquer sociedade dependesse da unanimidade, tornar-se-ia impossível a sua preservação, principalmente no caso das sociedades anônimas, onde o capital se sobrepõe rigorosamente aos aspectos personalistas dos investidores.

E é com fundamento nesse princípio, portanto, assim como na característica da plurilateralidade dos contratos de sociedade, que se deve enfrentar a questão da possibilidade de inserção de cláusula compromissória em tais contratos, bem como, conforme se verá a seguir, a polêmica que surge sobre o alcance de tal cláusula, uma vez que tenha sido a sua inclusão aprovada pelos sócios representando a maioria do capital social.

Por fim, há que se esclarecer que, embora se tenha adotado, neste trabalho, a corrente liderada por Tullio Ascarelli, que defende a natureza de contrato plurilateral dos atos constitutivos, mesmo que se houvesse adotado a outra posição, que defende que, no caso das sociedades anônimas e das sociedades em comandita por ações, não se trataria o estatuto de um contrato propriamente, mas de um ato de natureza institucional, também se poderia, sem medo de pecar pela incoerência, defender a possibilidade de introdução de pacto arbitral nestes contratos/atos institucionais, uma vez que o princípio majoritário coaduna-se também perfeitamente com a teoria institucional, que propõe que, sendo o estatuto social um ato-regra, um ordenamento das atividades das sociedades anônimas, e não um contrato, “não procede a interpretação que exija a unanimidade dos votos para alterações estatutárias”²⁵.

²⁵ WALD, Arnoldo. Sociedade Anônima. Interpretação do art. 16 da Lei 6.404/76. Descabimento de assembléia especial de acionistas ordinários de determinada classe. In.: *Revista dos Tribunais*, volume 626. São Paulo: RT, dez. 1987, p. 11.

Afirma Arnaldo Wald, autor que advoga pela teoria institucional, que “(...) em matéria de sociedade anônima, é universalmente consagrado o princípio majoritário, e não o princípio da votação unânime”²⁶.

2.2 Possibilidade de Inserção de Cláusula Compromissória

Tendo em vista (i) a natureza de plurilateralidade dos atos constitutivos das sociedades e (ii) o conseqüente e imperativo princípio majoritário, conclui-se que é a maioria quem domina e dita as regras sociais, uma vez que reflete, por suposto, a vontade da coletividade, a vontade social. Assim, deve a minoria se sujeitar a ela para toda e qualquer deliberação social, inclusive, obviamente, àquela que visa a alterar o estatuto ou contrato social para nele introduzir uma cláusula compromissória.

Com efeito, desde que seja tal deliberação aprovada coletivamente, a manifestação que dela resulta expressa a vontade da sociedade como sujeito detentor de direitos e obrigações. Pouco importa se há sócios ausentes ou discordantes, a decisão que emana da maioria enuncia manifestação impositiva e una da sociedade. Desta forma, cumpridas as formalidades legais, toda a comunidade de sócios estará alcançada pela eficácia da cláusula compromissória aprovada pela maioria regulamentar.

Como se verá a seguir, o sócio, ao se vincular e submeter à cláusula de arbitragem, e a tantas outras de efeitos constitutivos presentes no contrato de sociedade, não está renunciando a um direito e, sim, se sujeitando ao poder da maioria. Em última instância, está se sujeitando à vontade social consubstanciada no contrato de natureza plurilateral

²⁶ Ibid. p. 11.

2.3 Reforma da LSA

Como bem ressalta Pedro Batista Martins²⁷, “a nossa lei societária (...) deixou de ressaltar ou de criar certos obstáculos à introdução da arbitragem”, o que se confirma quando a Lei 10.303, ao trazer uma série de alterações à Lei nº. 6.404/76, acrescenta-lhe também o parágrafo 3º em seu art. 109. Diante da aludida mudança, a lei societária passa a prever expressamente a possibilidade de as companhias inserirem em seus estatutos a escolha de juízo arbitral como competente para dirimir conflitos entre os sócios e a sociedade ou entre majoritários e minoritários. Estabelece o mencionado dispositivo:

“§ 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 arbitramento, nos termos em que especificar.”

Ressalte-se que não representa este dispositivo uma completa inovação em nosso ordenamento, porque, como já foi dito, a inserção da arbitragem nos estatutos de sociedade já era possível desde o Código Comercial de 1850²⁸. No entanto, o acréscimo do §3º ao art. 109 da Lei das Sociedades por Ações veio deixar claro – e nisso inova – que “a arbitragem não constitui afronta aos direitos individuais dos acionistas, uma vez que (...) foi prevista precisamente no dispositivo legal que trata destes direitos, do que se deve extrair algum significado.”²⁹

Da mesma forma, com o advento deste dispositivo, depreende-se também que, sob a luz da legislação em vigor, não há sequer a necessidade de concordância expressa de todos os sócios para que estejam estes vinculados à cláusula arbitral. Esta, assim como a afirmação acima, será mais oportunamente explanada em capítulo posterior.

²⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitabilidade 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>>. Acesso em 24 mar. 2009.

²⁸ ENEI, José Virgílio Lopes. A Arbitragem nas Sociedades Anônimas. *In.*: Revista de Direito Mercantil, nº. 129, jan./mar., 2003, p. 137.

²⁹ FLAKS, Luiz Loria, FLAKS, Luís Loria. A Arbitragem na Reforma da Lei das S.A. *In.*: BARBOSA, Denis Borges (Coord.). *Revista de Direito Empresarial IBMEC*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, vol. 3, p. 150, original sem grifos.

Ainda, cabe destacar que o §3º do art. 109 da LSA não representa, em absoluto, qualquer afronta ao art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional, que prevê que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito”, por motivos que serão mais detalhadamente abordados também em capítulo posterior. De todo modo, destaca-se, preliminarmente, que a Lei das Sociedades Anônimas não excluiu do Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito, uma vez que estão expressamente previstas na Lei de Arbitragem uma série de hipóteses em que poderá haver, pelo Judiciário, o controle das decisões arbitrais (v.g., seus arts. 7º, 25, 33 e 35).³⁰

Lembre-se, ainda, que diferentemente do que ocorria entre 1850 e 1866, na vigência do art. 294 do Código Comercial, o legislador não trouxe, com a reforma na LSA, a arbitragem compulsória, i.e., a obrigatória adoção da arbitragem para a resolução de conflitos societários. De acordo com o §3º do art. 109, a arbitragem figura como uma faculdade dada às companhias, que apenas inserirão cláusula compromissória em seus estatutos no caso de assim desejarem.

Como será mais pormenorizadamente abordado no próximo capítulo, há autores, a exemplo de Modesto Carvalhosa, que entendem que o parágrafo 2º do mesmo art. 109 da LSA seria um impeditivo para a vinculação à cláusula arbitral daqueles que não tivessem expressamente concordado com ela, por se tratar de um direito essencial dos acionistas. Dispõe o parágrafo segundo: “§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”.

Desde logo, diga-se que não há como se concordar com tal afirmativa, sendo defendido, com vigor e rigor, neste trabalho, que o mencionado parágrafo 2º do art. 109 da lei societária não representa empecilho algum à inserção de cláusula arbitral em determinado estatuto social. Na doutrina, já se tornou freqüente a utilização de dois argumentos para se combater tal posicionamento. O primeiro deles diz respeito ao fato de que o direito

³⁰ Cf. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. “A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro”, p. 31

essencial antes referido, i.e., “os meios, processos ou ações que a lei confere aos acionistas para assegurar os seus direitos” não são suprimidos com a inserção de cláusula arbitral, tendo em vista que, com a inserção da referida cláusula, somente ocorrerá que tais direitos - ou parte deles - serão exercidos mediante procedimento arbitral, e não através do Judiciário. Em segundo lugar, em uma interpretação topográfica do dispositivo, tem-se que a lei societária, no próprio artigo 109, permite a inserção de cláusula compromissória arbitral em estatutos de sociedades e, portanto, não faria qualquer sentido entender que tal inserção estaria elidindo qualquer direito individual dos acionistas.

Tendo já tratado da inserção do pacto arbitral em estatutos de sociedades anônimas, resta ainda tratar da mesma questão e sua aplicabilidade às sociedades limitadas, pois, como se sabe, o Código Civil de 2002 não traz qualquer dispositivo referente à utilização da arbitragem no âmbito societário. É por este motivo, inclusive, que, como se verá, está atualmente em trâmite no Congresso Nacional um anteprojeto de lei de sociedades por responsabilidade limitada, em que há previsão expressa autorizando a adoção da arbitragem nos contratos sociais como forma de solução dos conflitos entre a sociedade e os sócios, ou entre estes. No entanto, embora não o faça, o Novo Código Civil também não proíbe, em nenhum de seus artigos, tal possibilidade. Muito pelo contrário: em seus artigos 851 e 853, autoriza a inserção da cláusula compromissória em contratos em geral. Leia-se o que dispõe cada um destes artigos:

“Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

“Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.

Não parece razoável, portanto, que se defenda a inaplicabilidade destas normas também aos contratos de sociedade em geral e, mais especificamente, aos contratos sociais de sociedades de responsabilidade limitada. Além disso, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1.053 do próprio Código Civil, o contrato social pode prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, o que, diante da

existência do §3º do art. 109 da LSA, parece corroborar ainda mais tal entendimento.

Ainda, mesmo que nada dispusesse a Lei 10.406/02 sobre o assunto, adotar-se-ia o mesmo posicionamento. Conforme ensina Marcelo Dias Gonçalves Vilela³¹, as normas inseridas em legislação específica e que visam a autorizar a arbitragem, diante de uma interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico, tornam-se desnecessárias, já que o Código Comercial de 1850 já autorizava a adoção da arbitragem. Além disso, a LArb, lei editada com o intuito de tratar exclusivamente do assunto, já o fez exhaustivamente, delimitando o âmbito de aplicação da arbitragem aos conflitos de direitos patrimoniais disponíveis e que não atinem à ordem pública, muito presentes também no direito societário.

Assim, a autorização da adoção da arbitragem prevista em dispositivos de leis específicas de cada área de conhecimento do direito, representa, em verdade, um mero reforço de sua utilização, uma vez que a Lei de Arbitragem é norma geral que já a disciplinou, dispensando novo tratamento legislativo quanto à sua aplicação aos conflitos que venham a surgir nos diversos ramos do direito.

Sobre o tema, é interessante também mencionar decisão proferida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo (JECESP), em julgamento de recurso ao plenário, no sentido de ser procedido o cancelamento do arquivamento de Instrumento Particular de Alteração do Contrato Social da sociedade Basilicata Laurenti Ltda., arquivado em 1.11.2001 e assinado apenas pela maioria de seus sócios-quotistas, e não por sua totalidade³². No caso sob análise, os sócios recorrentes alegaram que, no trato dos negócios sociais, teria surgido divergência entre eles – recorrentes – e os sócios majoritários que assinaram o Instrumento de Alteração do Contrato Social. Como fruto de tal divergência, teriam estes últimos, sem a anuência daqueles,

³¹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves, *Op. Cit.*, p. 165

³² Para maiores detalhes, leia-se DE MORAIS, Luiza Rangel. Contrato Social. Cláusula Compromissória. Validade e Eficácia. Impossibilidade de arquivamento de alteração de contrato social assinada unicamente pelos sócios majoritários antes da resolução da controvérsia entre os sócios por arbitragem. In.: WALD, Arnoldo (Coord.). *Revista de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: RT, jan./abr. de 2004, nº. 01, p. 219-226.

promovido o ato societário e o seu arquivamento na Junta Comercial, reformulando a administração da sociedade, com a destituição dos poderes de gerência dos sócios recorrentes. Ao julgar o aludido recurso, o principal fundamento da decisão do vogal-relator foi o não-atendimento, pelos sócios signatários do ato societário, do disposto na cláusula X do contrato social, que estabelece a arbitragem como mecanismo para a solução de divergências. Portanto, resta evidente que o entendimento da JUCESP está também em perfeita consonância com a posição aqui sustentada.

Em suma, defende-se, nesta dissertação, não haver qualquer empecilho à inserção de cláusula compromissória em estatutos e contratos sociais, sendo, portanto, perfeitamente admissível a escolha da via arbitral como a competente para dirimir os conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis surgidos entre as sociedades e seus sócios ou entre estes.

2.4 Novo Mercado e Arbitragem

Mais um argumento de peso para que se defendam tanto as vantagens de se optar pela composição dos conflitos societários na via arbitral – tendo em vista a sua celeridade, confidencialidade e decisões tecnicamente mais adequadas, em comparação com o processo judicial típico – quanto a possibilidade de inserção de cláusulas compromissórias em estatutos e contratos sociais, é o fato de que a vinculação à arbitragem de determinada companhia, de seu acionista controlador, administradores e membros do conselho fiscal, é um dos requisitos para que ela se enquadre tanto no Nível 2 dos chamados “Níveis Diferenciados de Governança Corporativa” quanto no Novo Mercado da BOVESPA.

O Novo Mercado é a nomenclatura dada ao estágio mais avançado nas classificações da Bovespa de tais “Níveis Diferenciados de Governança Corporativa”. As empresas que compõem a lista do Novo Mercado devem oferecer ainda maior comprometimento, respeito e segurança ao acionista do que a generalidade das sociedades. O que se pretende alcançar, na prática, é a transparência das informações financeiras e estratégicas das companhias.

Assim, a sociedade empresária que queira, voluntariamente, integrar tal lista, deverá cumprir com uma série de exigências feitas pela Bovespa, dentre as quais destacam-se: (i) a obrigatoriedade da composição do capital social somente por ações ordinárias; (ii) a divulgação de demonstrações financeiras de acordo com padrões internacionais IFRS ou US GAAP; (iii) a realização de reuniões públicas com analistas e investidores, ao menos uma vez por ano; (iv) a manutenção em circulação de uma parcela mínima de ações, representando 25% do capital social da companhia; e (v) a adesão à Câmara de Arbitragem do Mercado para resolução de conflitos societários.

Sendo o Novo Mercado o topo na cadeia de classificações da Bovespa, existem ainda, naturalmente, estágios de boa governança corporativa rotulados como um pouco menos avançados. Dentre estes, estaria o chamado “Nível 2”, classificação imediatamente abaixo do Novo Mercado e que representa, portanto, uma etapa preparatória para este, que seria o passo final normalmente desejado. Para o Nível 2, as exigências feitas pela Bovespa são praticamente as mesmas que as do Novo Mercado, com exceção da obrigatoriedade da composição do capital social somente por ações ordinárias constante do item (i) acima, uma vez que às companhias do Nível 2 é permitida a composição do capital social também por ações preferenciais, desde que com direito a voto em algumas matérias, tais como, transformação, incorporação, fusão ou cisão da sociedade. Em um caso ou no outro, portanto, é obrigatória a solução de conflitos no âmbito da sociedade pela Câmara de Arbitragem do Mercado.

Além disso, merece destaque também a posição dos administradores de fundos de investimento, que também defendem a adoção da jurisdição convencional como a mais indicada para a solução de controvérsias societárias, segundo se pode extrair da carta da Dynamo Administração de Recursos Ltda. ao mercado investidor, relativa ao 1º semestre de 2002:

“A valorização crescente do que se passou a chamar de boas práticas de governança corporativa, é um bom indício de amadurecimento do nosso mercado de capitais. Pois hoje não temos dúvida que a solução de conflitos através do juízo arbitral potencializa muito esta evolução. Mais: talvez sem o recurso da arbitragem, muitos dos direitos adquiridos pelos investidores não poderão ser reivindicados com eficácia quando mais necessários forem. (...) O uso da arbitragem deve ser uma das

prioridades mais imediatas dos grandes investidores – institucionais ou não – na seleção das companhias investidas”.³³

Pelo exposto, não pode haver dúvidas de que a arbitragem representa um atrativo para os investidores, que se sentem mais seguros para investir sabendo que eventuais controvérsias entre (i) eles e a companhia, ou (ii) eles e o acionista controlador, ou (iii) eles e os administradores ou (iv) eles e membros do conselho fiscal serão dirimidas por órgão sério e especializado, qual seja, a Câmara de Arbitragem do Mercado.

Ainda que o regulamento do Novo Mercado e o do Nível 2 dos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa imponham a via arbitral apenas à sociedade, seu acionista controlador, administradores e membros do conselho fiscal, sendo a vinculação do investidor minoritário facultativa, mediante a assinatura de um Termo de Anuência³⁴, o importante, como bem ressalta Marcelo Dias Gonçalves Vilela³⁵, é perceber o reconhecimento da via arbitral como um atrativo ao acionista minoritário, na medida em que busca garantias para optar pelo investimento no mercado acionário.

2.5 Críticas ao Art. 109, §3º

Como já se pôde perceber, o §3º do art. 109 representa um manifesto progresso em nosso ordenamento e, paradoxalmente, também um retrocesso, uma vez que resgata uma possibilidade que, em parte, já trouxera o Código Comercial de 1850. No entanto, ressalte-se que por “retrocesso”, aqui, não se deve entender “involução”, já que somente esta teria, inegavelmente, conotação de carga negativa, enquanto o retrocesso, embora nos traga a idéia de regressão, de passo atrás, pode também ser visto com bons olhos: às vezes, quando, sem perceber, nos desviamos do caminho certo, é necessário dar alguns passos atrás, até o ponto em que nos perdemos, para dali retomarmos a caminhada, desta vez evitando os mesmos erros que outrora nos levaram a lugares indesejáveis. E, nesse sentido, o regresso significa evolução.

³³ Carta Dynamo 34, pp. 2-4

³⁴ Cf. itens 2.1 e 5.2.2 do Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado.

³⁵ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 158.

Pelos vários motivos já expostos, defende-se, obviamente, neste trabalho, pelo enorme benefício trazido ao nosso ordenamento com a edição de tal dispositivo legal. No entanto, embora digno de reverência, são necessárias também que se façam, com intuito puramente construtivista, algumas críticas à sua redação, que um pouco lacônica e, por vezes, mesmo atécnica, deixa margens a uma série de interpretações que certamente se desvirtuam da real intenção do legislador. Por este motivo, pretendem-se apresentar, neste item, três sugestões que, conforme se acredita, contribuiriam significativamente à hermenêutica do texto legal em análise.

A primeira questão no que diz respeito à atecnia da redação do §3º do art. 109 da LSA foi levantada por Daniela Bessone e diz respeito à opção do legislador em empregar a palavra “poderão”, quando autoriza, no aludido dispositivo, que o estatuto social da companhia preveja que os conflitos societários poderão ser dirimidos pela jurisdição convencional.³⁶ A interpretação literal do §3º nos levaria a compreendê-lo como facultando à sociedade e aos acionistas a solução das divergências sociais mediante arbitragem, sempre que prevista tal possibilidade nos estatutos.

Como conclui Daniela, com toda razão, tal interpretação conduziria à inutilidade desta norma, além de ser incompatível com a execução específica da cláusula compromissória. Já tivemos a experiência da arbitragem facultativa entre 1967 e 1996, quando o decreto 3.960/67, regulamento da Lei 1.350/66, aboliu a arbitragem compulsória do art. 294 do Código Comercial e introduziu a facultativa em nosso ordenamento, impossibilitando a execução específica da cláusula compromissória. Como já dito, tal experiência resultou no completo desaparecimento da arbitragem como meio de solução para as controvérsias que surgiam no âmbito do direito interno, principalmente na esfera dos conflitos societários. Se fosse esta a intenção do legislador, não haveria razão para que acrescentasse à lei societária a modificação do §3º no art. 109. Desta forma, a própria existência do aludido dispositivo só faz sentido se entendermos que o que ele determina é a possibilidade de inserção

³⁶ MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. *Op. Cit.*, p. 363.

cogente de cláusula compromissória em estatutos sociais, à qual estariam, portanto, todos os sócios e a sociedade obrigatoriamente vinculados.

Por todo o exposto, para evitar maiores confusões, entende-se que deveria este artigo, neste ponto, trazer a seguinte redação: “*O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências (...) serão solucionadas mediante arbitramento, nos termos em que especificar*”.

A segunda sugestão vem de proposta trazida por Marcelo Dias Gonçalves Vilela³⁷. Também com razão, critica o mestre em Direito Empresarial pela UFMG e membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem o emprego da palavra “arbitramento”, ao invés de “arbitragem”, na redação da norma sob exame. Como ressalva o autor, o arbitramento pode ser entendido de duas formas: ou como “atividade jurisdicional que visa ao atingimento da liquidez de título judicial que não possua tal atributo” ou como “atividade desenvolvida por um terceiro para o aperfeiçoamento de obrigação contratual em seu nascedouro”³⁸. Os dois significados distinguem-se, portanto, do que se deve entender por arbitragem.

Há, inclusive, um já mencionado anteprojeto de nova lei de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, apresentado por comissão presidida por Arnaldo Wald, que ao prever norma que também autoriza tais sociedades a incluírem em seus contratos sociais cláusula compromissória que vincule a elas e a seus sócios, faz o emprego do termo tecnicamente correto, i.e., “arbitragem”. Leia-se o art. 46 do aludido anteprojeto, *in verbis*: “Art. 46. O contrato social poderá submeter à arbitragem as divergências entre a sociedade e os sócios ou entre estes, especificando as regras aplicáveis”.

Desta forma, propõe-se a alteração do §3º do art. 109 da LSA, no que concerne a tal aspecto, para a seguinte e nova redação: “*O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências (...) serão solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar*”.

³⁷ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves, *Op. Cit.*, p. 161-162.

³⁸ Ambas estas definições encontram-se na página 162, *ibid.*

Por último, tem-se a sugestão de maior relevância ao referido dispositivo legal, intimamente ligada ao tema central deste trabalho monográfico, ou seja, ao alcance subjetivo da cláusula compromissória inserida em estatutos e contratos sociais. Como se verá no próximo capítulo, a LSA prevê, expressamente, no §3º de seu art. 109, apenas duas espécies de conflitos suscetíveis de serem dirimidos por arbitragem: (i) entre acionistas e a companhia, ou (ii) entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários. Como consequência, no que se refere ao alcance subjetivo da arbitragem prevista nos estatutos das companhias, encontra-se forte polêmica quanto a outras duas situações, mais detalhadamente abordadas nos itens 3.7 deste trabalho, não expressamente previstas no dispositivo em análise: (i) conflitos envolvendo apenas sócios controladores e (ii) conflitos envolvendo apenas sócios minoritários.

Segundo a posição que aqui se adotou, conforme se verá mais detalhadamente a seguir, defende-se a idéia de que a omissão do aludido dispositivo da LSA deve-se tão-somente a seu caráter meramente explicativo, devendo também ser submetidos à via arbitral quaisquer conflitos que se dêem puramente entre acionistas minoritários ou quaisquer controvérsias envolvendo somente sócios controladores, uma vez que tanto estes quanto aqueles estão todos vinculados à cláusula compromissória, como se verá.

Por este motivo, nada mais coerente do que sugerir, para evitar qualquer polêmica e esclarecer de uma vez por todas a real intenção do legislador, que se altere a redação da lei para contemplar também estas duas outras situações, passando a mencionada norma da LSA a dispor o seguinte: *“O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre a companhia e os acionistas, ou entre estes, serão solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar”*.

Diante, portanto, da evidente obscuridade e atecnia da redação do §3º do art. 109, e enquanto as devidas emendas não forem promovidas, caberá ao interprete delimitar e ponderar o verdadeiro alcance da norma em questão. Como consequência, suscitam-se inúmeras discussões sobre o tema, que por sua quantidade e complexidade, inviabilizam o seu integral e detalhado exame

no trabalho que se propõe, motivo pelo qual priorizaram-se apenas os limites subjetivos de tal dispositivo, como já se demonstrou. Assim, no próximo capítulo, sem a presunção de esgotar o tema, que complexo e polêmico que é, levantará sempre fervorosas discussões, pretender-se-á esclarecer, de acordo com as posições adotadas, quem são os sujeitos vinculados à cláusula arbitral porventura incluída em contratos de sociedade.

3. O ALCANCE SUBJETIVO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Diante da conclusão pela manifesta possibilidade de se incluir cláusula compromissória em contratos de sociedade para compor os conflitos que possam surgir entre sócios ou entre sócios e a própria sociedade e, mais ainda, em vista do estímulo que pretende representar este trabalho para que se tome tal iniciativa, cabe agora abordar o tema central desta monografia: os limites da aludida cláusula. Como já anteriormente esclarecido, não se pretende aqui debater sobre o alcance *objetivo* da cláusula arbitral, mas tão-somente delimitá-la em seus aspectos *subjetivos*, i.e., definir exatamente quem são os sujeitos vinculados ao juízo arbitral ante a sua inclusão em estatutos ou contratos sociais.

Os doutrinadores que até o momento se ocuparam da discussão, além de em muitos aspectos divergirem nas posições adotadas, foram pouco uniformes também em sua abordagem, cada um deles entendendo pela maior importância de um tema em detrimento de outro, e por vezes deixando sequer de tratar de determinados assuntos que, para outros, tiveram destaque no exame da matéria. Por este motivo, e no intuito de tornar mais didática a dissertação, possibilitando sua melhor compreensão, optou-se por dividir o debate em alguns subitens, cada um deles relativo a uma polêmica específica que cerca o tema, conforme se verificará a seguir.

O primeiro item (3.1) tratará do Princípio da necessária incidência sobre o pacto social, que apesar de dizer respeito a limites objetivos da cláusula compromissória, é de suma importância para que se possam debater também os limites subjetivos da cláusula, sendo, portanto, tal subitem, uma espécie de introdução, para que se possibilite a melhor compreensão de alguns dos que em seguida se apresentarão.

Relativamente ao alcance subjetivo da cláusula arbitral, se falará primeiro da posição do sócio que dissentiu da deliberação assemblear que a inseriu no contrato de sociedade (item 3.2). Posteriormente, se discutirá sobre a situação do sócio que se absteve de votar na aludida deliberação

assemblar, assim como daquele que não compareceu à referida assembléia geral (item 3.3). Em seguida, tratar-se-á do sócio que não participava do quadro societário à época da deliberação que inseriu a cláusula arbitral no contrato de sociedade (item 3.4). Será também abordada, no item 3.5, a posição do acionista detentor apenas de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito. Após, serão expostas conclusões sobre os conflitos envolvendo exclusivamente sócios e a sociedade, ou entre controladores e minoritários (item 3.6). Serão, depois, explanadas as questões acerca da polêmica dos conflitos envolvendo somente sócios controladores ou somente minoritários (item 3.7), dos conflitos envolvendo sócio-dirigente ou sócio-empregado (item 3.8), dirigentes não-sócios (item 3.9) e aqueles entre sócios e terceiros adquirentes de participação societária (ainda não sócios) (3.10). Posteriormente, será abordada a questão relativa aos litisconsortes necessários ou facultativos (item 3.11). Finalmente, tendo em vista a novidade que ainda representa o tema no ordenamento interno, serão trazidas algumas informações sobre como é o seu tratamento no Direito Italiano, há muito familiarizado com o assunto (item 3.12).

Antes de entrar nas polêmicas acerca dos limites subjetivos do pacto arbitral em contratos de sociedade, ressalta-se que, por motivos óbvios, quanto aos sócios fundadores e, do mesmo modo, quanto àqueles que aprovaram em assembléia geral a alteração do estatuto social que inseriu a cláusula arbitral, não se encontrou qualquer doutrinador que defendesse a sua não-vinculação à opção pela via arbitral.

3.1. Princípio da necessária incidência sobre o pacto social

Por vezes, a análise dos limites subjetivos da cláusula compromissória não basta para que se conclua sobre o real alcance do pacto arbitral consagrado em tal cláusula, uma vez que, se considerada isoladamente a extensão da subjetividade, pode levar a interpretações absolutamente equivocadas. Assim, como se verá a seguir, não se aplica a arbitragem a todo e qualquer conflito entre sócios, ou entre estes e a própria sociedade³⁹.

³⁹ A questão é brilhantemente trazida por Marcelo Dias Gonçalves Vilela (VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no Direito Societário*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 1994, p. 184-189).

Marcelo Vilela⁴⁰ traz o exemplo de “dois acionistas de uma companhia que tenha por objeto social a produção e comercialização de suco de laranja e que se envolvam em um litígio acerca de posse de um imóvel urbano”. Parece incontestável que a simples condição de sócios de uma mesma sociedade mostra-se insuficiente para que eventual cláusula compromissória prevista no estatuto de tal sociedade vincule ambos à obrigação de submeter-se a juízo arbitral, tendo em vista que a controvérsia em questão não tem qualquer relação com o objeto social da companhia.

Por este motivo, além do alcance subjetivo da cláusula compromissória, deve-se sempre levar em consideração o princípio da necessária incidência sobre o pacto social, o que quer dizer, nos assisados dizeres do referido autor, que “não basta a verificação do nascimento de um litígio entre as partes que intervieram na formação da cláusula compromissória, há que este se referir ao objeto da sociedade à qual a cláusula compromissória se adere”⁴¹. Na verdade, a definição de “pacto social” vai além do objeto social, abrangendo também uma série de interesses que giram em torno da existência da própria sociedade e de sua relação com seus sócios, ou da relação dos próprios sócios entre eles.

3.2. Quanto ao sócio que dissentiu da deliberação assemblear que inseriu a cláusula arbitral no contrato de sociedade

Esta questão põe em evidência um aparente conflito entre, de um lado, o princípio majoritário, essencial ao direito societário e que rege as decisões societárias, uma vez que a vontade dos sócios representativos da maioria do capital social deve ser suficiente para deliberar e, de outro lado, o princípio da autonomia da vontade, que exige a manifestação de vontade da parte quanto à escolha da via arbitral.

Diante de tal conflito, para alguns autores, ainda que se possa inserir a cláusula arbitral no instrumento societário de determinada sociedade, os

⁴⁰ VILELA, Marcelo Dias Golçalves. *Op. Cit.*, p. 185.

⁴¹ *Ibid.* p. 185-186.

sócios dissidentes não estariam vinculados àquela cláusula. Nessa linha de raciocínio, estariam eles vinculados a todos os demais termos do estatuto social, salvo à cláusula compromissória.

Em defesa dessa posição, argumenta Luiz Leonardo Cantidiano:

“(...) cabe indagar se as pessoas que já eram acionistas da companhia antes da realização da assembléia geral, e que se opuseram à referida alteração estatutária, estarão obrigadas a submeter-se ao procedimento arbitral. A resposta a tal indagação me parece ser negativa; o acionista que vota contra não optou pela submissão de suas eventuais divergências à arbitragem, até mesmo porque inexistia previsão estatutária regulando a matéria. Considerando que ninguém pode ser obrigado a submeter-se, contra a sua vontade, ao processo arbitral, e tendo presente que o antigo acionista da companhia manifestou sua expressa divergência à reforma estatutária, entendo que a decisão adotada pela maioria não o obriga a aceitar a arbitragem, se requerida por terceiro (outro acionista ou a própria companhia).”⁴²

Na mesma linha, Silvia Gaspar Lera⁴³, doutrinadora espanhola, defende que não se poderia impor ao sócio cláusula compromissória da qual dissentiu expressamente, por se tratar de uma garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário. Discorda-se, todavia, dos eminentes autores.

Conforme os fundamentos adotados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando entenderam pela constitucionalidade da cláusula compromissória, a renúncia ao juízo estatal, retirando do Poder Judiciário a apreciação do mérito da demanda, não implica em renúncia à decisão jurisdicional, direito constitucional consagrado no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna, uma vez que a arbitragem tem natureza eminentemente jurisdicional, e somente será possível quando houver a realização plena do direito de ação, que garante a solução da lide por um órgão julgador imparcial e investido de poder jurisdicional, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, conclui Humberto Theodoro Junior: “Tanto assume o árbitro a jurisdição que, uma vez instituída a arbitragem, elimina-se a

⁴² CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Reforma da Lei das S.A. In.: Revista de Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 2006, volume 34, p. 119-120

⁴³ LERA, Silvia Gaspar. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 63.

competência dos órgãos da jurisdição estatal para conhecer da causa objeto da convenção arbitral (CPC, art. 267, VI)⁴⁴.

Nesse sentido, sempre que o juízo arbitral se afastar das garantias processuais das partes, violando o direito de ação, o Poder Judiciário poderá ser acionado, motivo pelo qual não há que se falar em violação a direito essencial do acionista quando se trata de adoção do juízo arbitral.

Ainda, como ressalta Daniela Bessone⁴⁵, a mencionada regra constitucional dirige-se ao legislador, o que significa dizer que *é a lei* que não pode excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. No mesmo sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal, ao declarar, pela via difusa, em decisão datada de 12 de dezembro de 2001, a constitucionalidade dos diversos dispositivos da Lei de Arbitragem que estavam sendo questionados.⁴⁶ Grife-se passagem do voto do Ministro Carlos Veloso:

“Com efeito, a Constituição estabelece o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça de direito (art. 5º, inciso XXXV). Dirige-se o ordenamento constitucional ao legislador. É dizer este não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Entretanto, a Constituição não estabelece que as pessoas não poderão excluir os seus litígios de apreciação do Judiciário. Ora, se a parte pode transacionar em torno de seus direitos substanciais, podendo, inclusive, desistir da ação que está promovendo, não me parece razoável, data vênica, a afirmativa de ser atentatório à Constituição, art. 5º XXXV, desistir a pessoa, física ou jurídica, do direito instrumental, mediante cláusula compromissória, tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis”.⁴⁷

Observa Daniela, citando voto da Ministra Ellen Gracie no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, que o objetivo de tal previsão é evidentemente a proteção dos direitos dos cidadãos contra possíveis instituições de tribunais de exceção, próprios de regimes autoritários. Assim sendo, conclui que, ao contrário do que ocorre com a lei, pode, sim, o contrato de sociedade afastar a cognição do juízo estatal, uma vez que a sujeição a este somente se dá com a livre manifestação de vontade do sócio,

⁴⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros. Litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções de terceiros. In.: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, jul./set., 2001, v. 7, p. 70.

⁴⁵MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. *Op. Cit.*, p. 371-372.

⁴⁶Julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206-7 – Reino da Espanha.

⁴⁷Julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206-7 – Reino da Espanha.

ao subscrever as quotas ou ações de uma sociedade. E relembra a ilustre advogada, aludindo a Pedro Batista Martins⁴⁸, que existem diferentes meios de se manifestar tal vontade, dentre as quais está a manifestação tácita, conforme se depreende claramente do art. 111 do Código Civil⁴⁹.

Ademais, segundo a teoria organicista (societista ou coletivista), as pessoas jurídicas são verdadeiros organismos vivos, dotados de vida própria, com órgãos, consciência e vontade coletivos. Logo, a vontade social se forma com a decisão colegiada dos sócios, após a qual não há mais que se falar em vontade individual de cada sócio, mas apenas na norma social, i.e., na vontade da sociedade. A manifestação individual de cada um será apenas relevante para fins de exercício do direito de recesso, quando cabível.

Portanto, para que seja viável a própria perenidade da sociedade, a lei estabeleceu o princípio majoritário, que determina que o estatuto possa ser alterado pela maioria dos sócios votantes e que tal deliberação majoritária vincula a todos os sócios, mesmo os dissidentes.

Além disso, ressalta-se que poderá a minoria vencida, no caso de sociedades do tipo limitada, diante da decisão em favor da eleição do juízo arbitral, exercer o direito de recesso e pleitear a dissolução parcial da sociedade, com a apuração de haveres, na forma do art. 1.077 do Código Civil, já que, inegavelmente, trata-se de modificação estatutária. Todavia, decorrido o prazo para a retirada, presume-se que o sócio assimilou a nova norma social.

No entanto, como não se trata de uma das hipóteses previstas no art. 137 da LSA que dão ao acionista dissidente o direito de retirar-se da sociedade, no caso de sociedades anônimas em que deliberação assembléar determine a inserção de cláusula compromissória no estatuto, sócios dissidentes não poderão exercer direito de recesso. Nesse sentido, escreveu Luis Loria Flaks⁵⁰:

⁴⁸ MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. *Op. Cit.*, p. 372.

⁴⁹ “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

⁵⁰ FLAKS, Luis Loria. *Op. Cit.*, p. 144.

“(...) tendo em vista que, no caso específico de alteração estatutária para inserção de cláusula arbitral, não impôs o legislador qualquer espécie de condição ou impedimento à aprovação assemblear, essa alteração não autorizará o direito de recesso de qualquer acionista ou mesmo necessitará de aprovação ou ratificação em assembleia especial por parte dos acionistas detentores de ações preferenciais (conforme adiante melhor examinado). A matéria, portanto, poderá ser aprovada por acionistas representando a maioria do capital social votante presentes na assembleia, salvo se o quorum qualificado estiver previsto no respectivo estatuto social.”

É o que ensinam também os autores italianos U. Navarini e G. Faggella:

“A sociedade pode, quando quiser, modificar, com uma deliberação da Assembleia, as condições de sua existência, alterando o seu estatuto, assim como pode estabelecer a sua dissolução; quando a lei não dá, como veremos que acontece em alguns casos, aos sócios dissidentes, o meio para subtrair-se à vontade coletiva no que se refere à modificação do contrato, separando-se da sociedade, a modificação do estatuto vale para todos, tornando possível e eficaz uma deliberação que, achando obstáculo nas disposições do próprio estatuto, não valeria antes dela. Um direito individual e absoluto à inalterabilidade do estatuto não existe, pois, segundo a nossa lei⁵¹”.

Ainda, a posição de que a cláusula compromissória não vincularia os sócios dissidentes em nada se harmoniza com a natureza das próprias ações. Estas são títulos de massa, que devem seguir determinados padrões, sempre que disserem respeito a uma mesma classe, devendo, em qualquer hipótese, consubstanciar iguais direitos e obrigações àqueles que as subscrevem. Se assim não fosse, estaria em jogo sua própria fungibilidade e, conseqüentemente, sua possibilidade de circulação no mercado, causas primárias de sua existência. Ainda que se tenha uma exceção a esta regra, presente no art. 36 da LSA, não se poderia aplicá-la à cláusula compromissória, porque implicaria em restringir a extensão do §3º do art. 109 às companhias fechadas, o que não parece razoável⁵².

De acordo com o que se pode depreender do art. 8º, parágrafo único da LArb, que confere ao juízo arbitral competência para decidir sobre a validade de sua própria instituição, entende-se que, em caso de litígio decorrente da própria deliberação assemblear que determinou a inserção da cláusula arbitral

⁵¹ U. NAVARRINI; G. FAGGELLA. *Das Sociedades e Associações Comerciais*, v. II. 1950, p. 300-301. Apud. FLAKS, Luís Loria. *Op. cit.*, p. 145.

⁵² A esse respeito, aplica-se o mesmo raciocínio que para os sócios sucessores, como se verá a seguir.

no estatuto ou contrato social, deverá tal conflito ser apreciado também pelo juízo arbitral.

Relevante se faz, ainda, a menção ao colóquio realizado em 11.12.2006, organizado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), com a participação da BOVESPA, por iniciativa do advogado João Laudo de Camargo, na qual foi relator o Professor Arnoldo Wald, com o intuito de discutir as inúmeras questões suscitadas pela doutrina e na prática em relação ao alcance e aos efeitos da cláusula compromissória nos contratos de sociedade⁵³. A idéia básica foi de resolver as eventuais dúvidas mediante a aprovação de “enunciados” análogos aos que foram discutidos em relação ao Código Civil em vários seminários.

No terceiro enunciado editado em tal colóquio, de grandíssima relevância para este trabalho, foi considerado que deveria ser feita a distinção entre pessoas vinculadas à cláusula compromissória constante nos estatutos e terceiros. Nesse sentido, as pessoas vinculadas seriam, em seu entender,

“(...) todos os sócios (anteriores ou posteriores à inclusão da cláusula nos Estatutos, tendo votado em seu favor ou contra a mesma), a sociedade, seus administradores e os membros dos demais órgãos da mesma (conselho fiscal, membros de comitês e etc)”⁵⁴.

Após essa conceituação de pessoas vinculadas à cláusula compromissória societária e terceiros, concluíram no projeto do terceiro enunciado que: “Sendo a arbitragem decorrente de manifestação de vontade, terceiros não vinculados pela cláusula compromissória, nela só poderão intervir se houver aceitação de todas as partes”⁵⁵.

Estes são os entendimentos que decorrem da natureza da sociedade e da adesão à cláusula, que, como já dissemos, pode ser explícita ou tácita, como, aliás, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça.⁵⁶

⁵³ WALD, Arnoldo. A Arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares. In.: WALD, Arnoldo. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, mar. de 2007, nº. 12, p. 26.

⁵⁴ WALD, Arnoldo. *Op. Cit.*, p. 27

⁵⁵ WALD, Arnoldo. *Op. Cit.*, p. 27

⁵⁶ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação a sentenças arbitrais. In.: WALD, Arnoldo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, 2006, nº. 8, p. 8 e ss.

A doutrina nacional tem reiteradamente chegado a estas mesmas conclusões, i.e., pela vinculação de todos os sócios à cláusula compromissória estatutária. Como exemplos, destacam-se artigo de Paulo Fernandes Campos Salles de Toledo⁵⁷, a monografia de José Maria Rossani Garcez⁵⁸ e a tese de mestrado de Marcelo Dias Gonçalves Vilela⁵⁹, dos quais a leitura se recomenda fortemente.

3.3. Quanto ao sócio que se absteve de votar na deliberação assemblear ou sócio que não compareceu à assembléia geral que deliberou sobre a inserção da cláusula arbitral no contrato de sociedade

A estes casos, se aplicam praticamente todos os argumentos expostos no item 3.2 acima. Em defesa da posição que argumenta que os acionistas omissos ou ausentes quando da deliberação não estariam vinculados à cláusula compromissória inserida em contratos de sociedade, por não terem concordado expressamente com a mesma, está, mais uma vez, Luiz Leonardo Cantidiano:

“(...) Os acionistas que não comparecem à assembléia que deliberar sobre a apontada modificação estatutária, assim como os acionistas que se abstiverem de votar, devem firmar termo de adesão, como é requerido pela lei nº.9.307/96, sem o que entendo não estarem eles obrigados a submeter-se à arbitragem, quando instituída por terceiro. Penso que não pode haver renúncia tácita ao direito, que é assegurado pelo art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, de submeter-se à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. A arbitragem só pode ser instituída se houver uma manifestação formal e voluntária da pessoa (física ou jurídica) convencionando submeter-se à decisão arbitral”⁶⁰.

No mesmo sentido, orientou-se Modesto Carvalhosa:

“Não há implícita renúncia a direito essencial do acionista. Não pode, assim, a sociedade ou a maioria dos acionistas impor a cláusula compromissória estatutária

⁵⁷ DE TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. In.: DE CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos (Org.). *Sociedade Anônima 30 anos da Lei 6.404/76*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 262 e ss.

⁵⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 109 e ss.

⁵⁹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Op. cit.*, p. 184 e ss.

⁶⁰ CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S.A. Comentada*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 119-120.

a quem não a tenha constituído ou aderido expressamente, por documento formal.”⁶¹

Em que pese a opinião dos eminentes autores, não seria esta a interpretação mais adequada, pelos argumentos expostos nos itens anteriores.

Não custa ressaltar, ainda, que o legislador não criou quaisquer formalidades adicionais para que essa cláusula arbitral vinculasse todos os acionistas, como, por exemplo, a necessidade da concordância expressa, tendo sido apenas omissos quanto à questão. Tal omissão, entretanto, não tem origem em algum esquecimento do legislador, mas sim em sua convicção de que a arbitragem, tendo em vista suas inúmeras vantagens em relação ao processo judicial típico, é algo extremamente positivo, para as companhias e para os acionistas minoritários. Como se pode concluir de uma interpretação sistemática da Lei das S.A., em todas as vezes em que a lei quis criar requisitos adicionais para que determinadas obrigações vinculasse a todos os acionistas ou a companhia, ela o fez de forma expressa, o que pode ser verificado, por exemplo, no parágrafo único de seu artigo 36 e em seu artigo 118, que tratam, respectivamente, da limitação à circulação de ações nas companhias fechadas e dos acordos de acionistas.

3.4. Quanto ao sócio que não participava do quadro societário à época da deliberação que inseriu a cláusula arbitral no contrato de sociedade

Segundo o que afirma Modesto Carvalhosa⁶², “a cláusula não vincula nem os acionistas atuais que não subscreveram o pacto e nem os acionistas que posteriormente adentrem a sociedade sem expressamente aderir-lo”, uma vez que não haveria, segundo o autor, “presunção de renúncia de direito essencial de qualquer acionista, tanto mais em se tratando de pacto parassocial, cuja natureza é a da cláusula compromissória”.

⁶¹ CARVALHOSA, Modesto. Cláusula Compromissória Estatutária e Juízo Arbitral (§3º do art. 109). In: LOBO, Jorge (Coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 325.

⁶² CARVALHOSA, Modesto. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§3º do art. 109). In: LOBO, Jorge (coord). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321-344.

Com a devida vênia, discorda-se de tal posição. Conforme já destacado no item 3.2 acima, de acordo com os fundamentos adotados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando entenderam pela constitucionalidade da cláusula compromissória, a renúncia ao juízo estatal, retirando do Poder Judiciário a apreciação do mérito da demanda, não implica em renúncia à decisão jurisdicional, direito constitucional consagrado no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna.

Além disso, uma vez inserida a convenção arbitral (cláusula compromissória), tal cláusula torna-se, junto com o estatuto ou contrato social como um todo, independente da vontade dos sócios fundadores, passa a ser uma norma social, que representa a vontade da sociedade e, por isso, vincula as relações entre todos os seus membros. Desta forma, como defende com propriedade Marcelo Vilela⁶³, é uma regra orgânica da sociedade, e não uma regra para-estatutária ou parassocial. Assim, o futuro sócio, que passará a integrar a sociedade cujo estatuto ou contrato social tenha nele inserida cláusula compromissória, deverá submeter-se a toda a estrutura social estatutária, incluindo a “modalidade de exercício do direito de ação”⁶⁴ em relação a conflitos de ordem societária através de procedimento arbitral. A esse respeito, vide o que escreveu Pedro A. Batista Martins⁶⁵:

“A eficácia da cláusula compromissória também atinge aquele investidor que adquire o status socii por força da transferência de ações. Mesmo não havendo manifestação expressa, o pacto arbitral lhe é vinculante, pois os efeitos da cláusula compromissória atingem os sucessores a título universal e singular. É essa a rigorosa inclinação da doutrina arbitral, que se alinha, por sinal, com o instituto da circulabilidade das ações. (...) Neste sentido, forçoso admitir que ao adquirente de participação societária impõem-se, naturalmente, o conteúdo e os efeitos da cláusula compromissória já contida no estatuto social.”

Tal entendimento se confirma ainda mais se lembrarmos que o registro do estatuto ou contrato social de determinada sociedade empresária perante o órgão competente, que confere publicidade a todos os seus termos, presume o conhecimento de qualquer terceiro com relação a seu inteiro teor. Destarte, sendo o registro de contrato de sociedade obrigatório, a cláusula

⁶³ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Op. cit.*, p. 192

⁶⁴ A este respeito, leia-se VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Op. cit.*, p. 190 e ss.

⁶⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In: BULGARELLI, Waldirio (Coord.). *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, abr./jun., 2002, volume 126, p. 69-70.

compromissória nele inserida é de conhecimento público e, principalmente, de ciência de quaisquer dos sócios, presentes ou futuros. Portanto, a entrada de sócio novo acarreta a sub-rogação da posição anterior de vinculação à mencionada cláusula, uma vez que este é mero sucessor da posição do sócio anterior, que lhe transferiu a propriedade da ação ou quota social.

Se, no entanto, o instrumento societário em que se estabeleceu o pacto arbitral não houver sido registrado no órgão competente, como exige a legislação pátria, não há que se falar, obviamente, em oponibilidade da referida cláusula ao novo sócio, uma vez que é exatamente o seu registro que lhe confere a publicidade, necessária à presunção de conhecimento de terceiros que não os sócios integrantes do quadro social à época da inserção. Assim sendo, em tais casos, será necessário o consentimento expresso do novo sócio para que este tenha de se submeter ao juízo arbitral.

Há alguns autores⁶⁶, ainda, que mesmo nos casos em que o contrato de sociedade tenha sido devidamente registrado perante o órgão competente, entendem ser necessária a formalização desse consentimento mediante “manifestação expressa de vontade, por escrito e em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”⁶⁷, na forma do artigo 4º, §2º da Lei de Arbitragem, opinião da qual se discorda inteiramente. O referido dispositivo legal refere-se especifica e tão-somente aos contratos de adesão, o que certamente não é o caso de um contrato de sociedade⁶⁸.

Ainda, aqueles que defendem pela não-vinculação de sócios sucessores ou cedidos, usam, por vezes, do argumento de que a convenção arbitral teria natureza personalíssima, posição da qual também se permite discordar amplamente. Como bem nota Daniela Bessone⁶⁹, as obrigações personalíssimas se distinguem dos outros tipos de obrigações por possuírem

⁶⁶ Cf. CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S.A. Comentada*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 119; e CARVALHOSA, Modesto. *Cláusula Compromissória Estatutária e Juízo Arbitral* (§3º do art. 109). In.: LOBO, Jorge (Coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas. Inovações e Questões Controvertidas da Lei nº. 10.303, de 31/10/2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 326.

⁶⁷ Texto transcrito do próprio dispositivo legal – art. 4º, §2º.

⁶⁸ No mesmo sentido, MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. *Op. cit.*, p. 372-373.

⁶⁹ MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. *Op. cit.*, p. 381-381

caráter *intuitu personae*, que as torna insuscetíveis de transmissibilidade a sucessores ou cessionários. Um caso clássico desta espécie de obrigações é o do pintor de renome contratado para a pintura de um quadro. Apesar da aparente natureza singela da obrigação - já que a pintura de um quadro poderia, em tese, ser feita por qualquer pintor -, o ato de pintar em si não é levado em conta, pelo menos num primeiro momento. O credor, quando propõe tal ação, não visa ao recebimento de um quadro qualquer, ele quer tão-somente que se cumpra a obrigação por *aquele pintor*, que *este* entregue o quadro da forma tratada. Assim, nas obrigações personalíssimas, uma ou ambas as partes são providas de características especiais, que as tornam insubstituíveis, de tal forma que o adimplemento da obrigação depende exatamente destas qualidades pessoais do credor e/ou do devedor, o que obviamente não é o caso do sócio que subscreve ações ou quotas de sociedade que tenha em seus estatutos cláusula compromissória.

No que concerne especificamente às sociedades anônimas, há ainda mais um argumento, importantíssimo para que se advogue pela vinculação dos sócios sucessores à cláusula compromissória. Este tipo societário se constitui por contrato plurilateral ou associativo, conforme já se falou, que cria uma organização aberta. As normas que compõem tal contrato prevêm uma série de direitos e obrigações relativos aos titulares das ações representativas do capital social. Sendo tais ações títulos em que se consubstanciam todos esses direitos e obrigações oriundos das normas estatutárias, não há dúvidas de que tais direitos e deveres circulam com as próprias ações, transferindo-se aos sucessivos titulares. Se assim não fosse, não faria qualquer sentido a circulação das ações como coisas móveis, padronizadas e fungíveis, passíveis de negociação no mercado⁷⁰.

Em suma, defende-se a idéia de que todas as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, que passarem a fazer parte do quadro societário de determinada sociedade que já contenha em seu estatuto cláusula compromissória arbitral estarão a esta vinculados. Como oportunamente

⁷⁰ A esse respeito, interessante a leitura de José Virgílio Lopes Enei (ENEI, José Virgílio Lopes. *Op. Cit.*, p. 150-151).

colocado por Luis Loria Flaks⁷¹, esta vinculação é imediata desde a data da subscrição de capital ou aquisição de ações.

3.5. Quanto ao acionista detentor apenas de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito

Como se sabe, o artigo 111 da LSA prevê que o estatuto poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições. Nesse sentido, as ações preferenciais de uma companhia podem ou não conferir o direito a voto a seus subscritores, ou, ainda, conferir esse direito com restrições.

O primeiro argumento que se apresenta pela vinculação destes acionistas ao pacto arbitral é o de que, ao subscreverem ações preferenciais sem direito a voto, estariam cientes da ausência desse direito, que é exatamente o direito político que lhes permite participar de qualquer decisão da companhia, com a exceção, é claro, dos casos em que o estatuto ou a lei diversamente determinarem, como é o caso, por exemplo, das assembléias especiais (arts. 18, parágrafo único e 136, §1º da LSA). Como a inexistência de tal direito político, portanto, é a regra em se tratando de ações preferenciais, as deliberações como, por exemplo, mudança de estrutura societária (cisão, incorporação ou fusão da companhia), dissolução, ou mesmo alteração do objeto social, não obstante sua enorme relevância, não terão como requisito para sua aprovação a manifestação de vontade dos acionistas preferencialistas presentes à assembléia. Do mesmo modo, não haveria também que se defender a necessidade de anuência de tais acionistas quando da deliberação assemblear que aprove a alteração estatutária para prever a cláusula compromissória.

O segundo argumento, trazido por Luís Loria Flaks⁷², seria a defesa de que, de acordo com uma interpretação sistemática da LSA, haveria, inclusive – embora implicitamente –, menção a estes acionistas no §3º do art. 109 da

⁷¹ FLAKS, Luís Loria. *Op. cit.*, p. 151.

⁷² FLAKS, Luís Loria. *Op. cit.*, p. 156-158.

LSA. Para melhor se entender este argumento, faz-se necessário, preliminarmente, estabelecer a abrangência da expressão *acionista minoritário*, uma vez que em tal dispositivo, o legislador, ao invés de mencionar controvérsias envolvendo os *acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito*, se deteve às divergências envolvendo “*acionistas minoritários*”:

“Art. 109, § 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 arbitramento, nos termos em que especificar”.

Todas as vezes em que a lei societária quis diferenciar acionistas minoritários detentores de ações ordinárias daqueles detentores de ações preferenciais, ela o fez de maneira expressa⁷³. Reitera-se este posicionamento, quando se verifica que, da mesma forma, sempre que o legislador utilizou somente a expressão *acionista minoritário*, sem referir-se, em seguida, a *acionistas detentores de ações com direito a voto*, teve a intenção de abranger todos os acionistas da companhia não detentores do poder de controle, o que engloba, indubitavelmente, os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito. Do mesmo modo, quando, no §3º do artigo 109 da LSA, o legislador não fez uma distinção expressa entre os tipos de acionistas acima mencionados, estão abrangidos ali também os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, pois não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não distingue (como é o caso, por exemplo, do artigo 117, que trata do abuso de poder de controle; dos artigos 202 e 215, que tratam, respectivamente, do dividendo obrigatório e da liquidação da companhia). No mesmo sentido, entende Luiz Leonardo Cantidiano⁷⁴.

Em suma, defende-se, neste trabalho, que os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito devem, sim, estar

⁷³ O que ocorre quando a LSA trata da eleição dos membros do conselho fiscal das companhias e das sociedades de economia mista (cf. arts. 161, §4º e 240) e quando trata da oferta pública de aquisição de ações, quando da alienação de controle da companhia aberta (cf. art. 254-A).

⁷⁴ CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Alienação e Aquisição de Controle. In.: WALD, Arnaldo (Coord.). *Direito de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: RT, nº. 34, out./dez., 2006, p. 339-340.

vinculados à cláusula compromissória arbitral inserida no estatuto social da companhia que integram.

3.6. Conflitos envolvendo exclusivamente sócios e a sociedade, ou entre controladores e minoritários

No que se refere ao alcance subjetivo da arbitragem prevista nos estatutos das companhias, deve-se examinar, também, a possibilidade ou não de se vincular partes em conflitos que não os previstos no artigo 109, §3º da LSA, a exemplo daqueles que envolvam apenas acionistas minoritários, apenas acionistas controladores ou, ainda, os conflitos entre a companhia ou os acionistas, de um lado, e os administradores ou qualquer terceiro, de outro. Nos próximos itens (3.7, 3.8 e 3.9), se examinará cada uma destas situações; todavia, o presente item se dedica a hipóteses menos polêmicas.

Como se sabe, a LSA prevê, expressamente, no §3º de seu art. 109, dispositivo causador de todas as discussões de que trata este trabalho, apenas duas espécies de conflitos suscetíveis de serem dirimidos por arbitragem: (i) entre acionistas e a companhia, ou (ii) entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários.

Levando em consideração tudo o que já foi exposto sobre o alcance subjetivo da cláusula compromissória no que se refere a cada “espécie de sócio”, é evidente que se defende aqui a idéia de que quaisquer que sejam os envolvidos nestas duas situações, sejam eles sócios minoritários, controladores, ou a própria sociedade, estarão todos vinculados à cláusula compromissória e, portanto, sujeitos à jurisdição arbitral. No entanto, há que se ressaltar que somente se aplica tal submissão se versar o eventual litígio sobre algo que se insira dentro do pacto social.

Desta forma, se houver, por exemplo, entre um sócio majoritário e um minoritário disputa que nada tenha a ver com o objeto da sociedade, ou com seus interesses enquanto sócios, não há que se falar em vinculação ao compromisso arbitral, a não ser que queiram ambos celebrar compromisso

através de instrumento independente, que, obviamente, nada terá a ver com cláusula arbitral inserida nos estatutos da sociedade da qual co-participam.

3.7. Conflitos envolvendo somente sócios controladores ou somente minoritários

Ao contrário das duas hipóteses descritas no item 3.6 acima, não há previsão expressa, no art. 109, §3º, no que se refere às outras duas situações aqui tratadas: (i) conflitos envolvendo apenas sócios controladores e (ii) conflitos envolvendo apenas sócios minoritários.

Se discute quanto a se tratar-se-ia o caso em tela do chamado silêncio eloqüente, como defende Luís Loria Flaks⁷⁵ ou se, como alega Arnoldo Wald⁷⁶, teria o art. 109, §3º um conteúdo apenas exemplificativo e uma função explicitante.

Segundo a primeira teoria, entendeu o legislador que somente naquelas duas hipóteses poderia a vontade da maioria vincular os acionistas, pois apenas nesses casos, segundo o seu entendimento, haveria necessariamente um legítimo interesse social. Assim sendo, no caso de quaisquer outros conflitos, para que sejam dirimidos por arbitragem, far-se-ia necessário que as partes envolvidas tenham concordado expressamente nesse sentido. Isso porque, nessas outras hipóteses, haveria apenas um interesse individual das partes e, portanto, não poderia a vontade da companhia vincular aqueles que assim não o desejassem. Segundo Flaks, em tais hipóteses, “*são aplicáveis as disposições da Lei de Arbitragem que exigem a expressa manifestação de vontade para que a parte se vincule à cláusula compromissória*”⁷⁷.

Se, ao contrário, optar-se por adotar a segunda corrente, que, a propósito, parece ser a mais acertada e coerente com o que até aqui se defendeu, entender-se-á que a omissão do aludido dispositivo da LSA deve-se tão-somente a seu caráter meramente explicativo, devendo também ser

⁷⁵ FLAKS, Luís Loria. *Op. cit.*, p. 159.

⁷⁶ WALD, Arnoldo. A Arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares. *In.*: WALD, Arnoldo. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, jan./mar., 2007, nº. 12, p. 27.

⁷⁷ FLAKS, Luís Loria. *Op. cit.*, p. 159.

submetidos à via arbitral quaisquer conflitos que se dêem puramente entre acionistas minoritários ou quaisquer controvérsias envolvendo somente sócios controladores, uma vez que tanto estes quanto aqueles estão todos vinculados à cláusula compromissória, como antes já se falou.

Há que se mencionar, também nestes casos, sobre a relevância do princípio da necessária incidência sobre o pacto social, que, aqui, também deve ser aplicado para que se possa falar em vinculação à cláusula arbitral.

3.8. Conflitos envolvendo sócio-dirigente ou sócio-empregado

Além dos possíveis conflitos que tenham como partes a sociedade e seus sócios ou apenas estes, faz-se mister examinar, para que se delimite a extensão da cláusula compromissória, outras situações em que o sócio, apesar de pertencer ao corpo social, também se relaciona com a sociedade, seja como (i) dirigente, ocupando cargo de gerência ou diretoria ou como membro do conselho fiscal ou de administração, eleito pela assembléia geral, seja como (ii) empregado ou terceiro contratante (prestador de serviços, por exemplo) com a sociedade.

No segundo caso, i.e., na condição de acionista ou quotista como assalariado da sociedade, em que a relação mantida entre eles – sócio e sociedade – tem natureza jurídica exclusivamente empregatícia, não há que se falar em vínculo à cláusula compromissória, salvo se houver, no contrato de trabalho celebrado entre eles, qualquer previsão neste sentido. Neste caso, a arbitragem não ocorreria por força da cláusula compromissória inserida em contrato de sociedade, mas do próprio contrato de trabalho. Interpretar-se-ia da mesma forma a hipótese em que o sócio se relaciona com a sociedade como mero terceiro, fora dos limites do pacto social, como prestador de serviço ou fornecedor.

A primeira hipótese, em que o acionista ou quotista exerce função de dirigente, apresenta-se um pouco mais delicada. Nesta condição, o sócio está à frente dos negócios sociais, estando estritamente vinculado às normas previstas no instrumento social. A questão se coloca de duas formas: a

primeira seria no que se refere aos conflitos relativos aos direitos rescisórios do sócio dirigente que se afasta de seu cargo e, a segunda e mais importante, diz respeito à responsabilização do sócio por má-administração.

Aqui, se devem lembrar das lições tratadas no primeiro item deste capítulo. Como se viu, é de extrema importância, quando se analisam alguns casos diante da extensão da cláusula compromissória em seus limites subjetivos, que se conjuguem tais limites ao “princípio da necessária incidência sobre o pacto social”, que, embora diga respeito ao alcance objetivo do pacto arbitral, se não levado em consideração, pode levar a interpretações absolutamente equivocadas.

Dadas tais premissas, no que concerne ao primeiro enfoque, i.e., aquele relativo aos direitos rescisórios, como não se trata de questão que esteja dentro dos limites do pacto social, não há que se falar em aplicação de eventual cláusula compromissória, prevista em estatuto ou contrato social.

Na segunda abordagem, no entanto, o associado age em nome dos demais sócios e nos interesses da sociedade, e não de acordo com interesses individuais, como seria o caso de um prestador de serviços. O administrador integra o quadro societário, estando, no entanto, subordinado à sociedade que administra, o que não pode se separar do fato de que, na qualidade de sócio ou acionista, tem o dever de zelar pelo cumprimento das normas sociais. Além disso, sendo ele sócio, estava totalmente ciente – ou pelo menos deveria – da presença/inserção da cláusula compromissória no instrumento social, o que implica, inegavelmente, na incidência da cláusula compromissória para dirimir conflitos de tal natureza, e uma vez que a má-gestão tem repercussão inevitável nos interesses da sociedade e está, portanto, inevitavelmente cercada pelos limites do pacto social.

3.9. Conflitos envolvendo dirigente não-sócio

Muito se discute, tanto na doutrina brasileira quanto na doutrina estrangeira, quanto à vinculação dos dirigentes que, apesar de exercerem tal função, não integram o quadro social como sócios da sociedade cujos

negócios administram. Parece evidente que, para a maior efetividade da cláusula compromissória, necessária seria não só a sua vinculação e oponibilidade a todos os sócios, mas também aos seus administradores, conselheiros e diretores. No entanto, no caso em tela, existe o complicador de que tais dirigentes não são parte do contrato plurilateral em que consiste a sociedade, não podendo, como defendem alguns autores, terem a eles imposta a vinculação ao pacto arbitral⁷⁸.

Discorda-se de tal posicionamento, sustentando, nesta monografia, a posição que advoga pela vinculação dos dirigentes não-sócios, sob o argumento de que, conforme prevê a própria lei italiana (como se verá melhor em item posterior), a aceitação do cargo e sua permanência voluntária presume uma concordância tácita quanto às cláusulas estatutárias, muitas das quais, aliás, regem a sua atividade, regulando seus poderes e obrigações.

Contudo, para que se mantenha coerência com as posições até aqui defendidas, a questão, nesta hipótese, assim como no caso do sócio-dirigente, também deve ser colocada sob dois prismas, sendo o primeiro referente aos conflitos relativos a direitos rescisórios do dirigente que se afasta de seu cargo e, o segundo, merecendo análise mais cuidadosa, diz respeito à responsabilização do dirigente por má-administração.

Portanto, da mesma forma que no item 3.8 acima, no que concerne ao primeiro enfoque, i.e., aquele relativo aos direitos rescisórios, como não se trata de questão que esteja dentro dos limites do pacto social, não há que se falar em aplicação de eventual cláusula compromissória, prevista em estatuto ou contrato social. No entanto, poderá tal divergência ser resolvida mediante procedimento arbitral, sempre que o contrato de trabalho assinado entre o dirigente e a sociedade contemple a previsão de que os conflitos oriundos de tal relação trabalhista deverão ser solucionados por arbitragem.

Na segunda abordagem, no entanto, o dirigente, que, conforme se falou, anuiu, quando da aceitação de seu cargo, mesmo que tacitamente, com

⁷⁸ Posição adotada por José Virgílio Lopes Enei (ENEI, José Virgílio Lopes, *Op. Cit.*, p. 167.).

as cláusulas estatutárias, age, assim como o sócio-dirigente, nos interesses da sociedade, e não de acordo com interesses individuais. O administrador, portanto, integra o quadro societário, estando, no entanto, subordinado à sociedade que administra. Além disso, assim como o sócio, estava totalmente ciente – ou pelo menos deveria – da existência da cláusula compromissória. Além disso, como já mencionado, conflitos de tal natureza (decorrentes de má-gestão) têm repercussão inevitável nos interesses da sociedade, havendo, neste caso, evidente aplicação do princípio da necessária incidência sobre o pacto social.

Apesar de todo o exposto, é claro que, no caso dos administradores, diferentemente do que ocorre com os sócios, não há maiores dificuldades para se lhes exigir uma adesão específica, em documento apartado, à arbitragem societária, como condição à sua contratação ou permanência no cargo. Assim, mesmo que se adote um maior conservadorismo quanto à vinculação dos administradores à arbitragem, a sua não-submissão à cláusula compromissória não criaria dificuldades intransponíveis, como o seria no caso de um sócio.

Vale colocar que tal problema também foi enfrentado por Richard Shell⁷⁹, em análise sob a perspectiva das corporações norte-americanas:

“Directors and officers who are likely to be defendants in some derivative actions have available to them a technical argument that they should not be bound by arbitration provision. Directors and officers are, respectively, trustees and agents of the corporation and are sued as such for breaches of fiduciary duty. Whatever the contractual status of the charter, it has not been traditionally viewed as a contract between the shareholders and the corporation’s management elite. Therefore, a director might argue that he should not be bound by the charter to arbitrate any more than a third party, such as a supplier would be bound on a contract or tort claim brought against it by the corporation. This argument is unpersuasive. Directors and officers are much more intimately associated with the corporation than outside suppliers, other contracting parties, or even lower-level employees of the corporation. As the individuals who govern the corporation, they should be bound by any dispute resolution system provided for in the charter just as they must

⁷⁹ SHELL, G. Richard. *Arbitration and Corporate Governance*. In.: North Carolina Law Review 67/517 e ss., Carolina do Norte (EUA), 1989, original sem grifos.

honor any chart rules determining the number of seats on the board, voting requirements for removal of directors, or other basic governance matters. (...) As a precautionary measure, drafters of corporate arbitration clauses may wish to include reference to the duty of officers and directors to arbitrate shareholder derivative claims in the bylaws as well as the charter. In this way, the duty to arbitrate will be brought home to those who may find themselves defendants in such actions. (...) Another means of eliminating any dispute regarding the duty of directors and officers to arbitrate would be through the use of signed employment agreements between them and the corporation calling for arbitration or referencing the duty to arbitrate set forth in the charter and bylaw”.

Desta forma, para que não haja problemas, sempre que a sociedade e seus associados pretenderem vincular também os dirigentes, o ideal é que façam incluir no instrumento de contratação do dirigente não associado cláusula compromissória específica.

3.10. Conflitos envolvendo sócio e terceiro adquirente de participação societária (ainda não sócio)

A cláusula compromissória inserida no contrato de sociedade gera efeitos apenas entre os contratantes (sócios ou acionistas) e a própria sociedade, sendo impossível que se estenda a jurisdição arbitral a terceiro. Tendo em mente tal premissa, passa-se a analisar a hipótese em que o possível conflito a ser apreciado em via arbitral, dá-se entre, de um lado, um terceiro intencionado a adquirir quotas ou ações de uma sociedade e, de outro, como alienante, a própria sociedade ou um/alguns de seus sócios.

Embora este terceiro não tenha manifestado previamente sua vontade de submeter tal conflito à decisão de árbitros, uma vez que não é ainda parte do quadro social - não se vinculando, portanto, à cláusula compromissória-, é mister ponderar que a alienação de participação social está inserida nos limites do pacto social. Diante deste conflito entre (i) o princípio da autonomia da vontade das partes e (ii) o da necessária incidência sobre o pacto social, deverá prevalecer o primeiro. Assim, a cláusula compromissória eventualmente prevista nos estatutos não se estende para abranger tal conflito de forma a permitir sua composição pela via arbitral, salvo se previsão em

contrário estiver presente no instrumento de cessão ou se, diante da controvérsia, as partes celebrarem compromisso arbitral.

3.11. Quanto ao litisconsorte necessário ou facultativo

Como apenas se viu, não há como vincular terceiro que não tenha intervindo na convenção arbitral a tal cláusula inserida no estatuto ou contrato social. Nesse sentido, elucida Humberto Theodoro Junior⁸⁰:

“Como o contrato se caracteriza pela relatividade, isto é, por operar com força de lei mas apenas entre as partes e na extensão do objeto negocial, o juízo arbitral fica limitado às partes que o convencionaram e ao objeto do contrato que o motivou”.

Quando se examinam conflitos como o anteriormente abordado no item 3.9 acima, em que o litígio envolve partes vinculadas e não vinculadas à cláusula compromissória, resulta o imperativo de se analisarem também as hipóteses de litisconsórcio (necessário unitário, necessário simples, facultativo simples ou facultativo unitário), assim como determinar os limites do fenômeno conhecido como substituição processual.

O litisconsórcio se caracteriza pela reunião de várias pessoas, físicas ou jurídicas, interessadas num mesmo processo, na qualidade de autores ou réus, para a defesa de interesses comuns. Os diversos litigantes, que se colocam do mesmo pólo da relação processual chamam-se litisconsortes. A previsão legal do instituto do litisconsórcio encontra-se no Código de Processo Civil, em seus arts. 46 a 49. Dispõe o art. 47:

“Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.”

Conforme entendimento já sedimentado na doutrina pátria, apesar das falhas do supracitado artigo, o litisconsórcio se divide em facultativo ou necessário, de acordo com a obrigatoriedade ou não da presença simultânea de duas ou mais pessoas como co-autores ou como co-réus para a regular constituição do processo. Tal classificação independe de certa

⁸⁰ JUNIOR, Humberto Theodoro. *Op. Cit.*, p. 73

subclassificação, aquela que qualifica o litisconsórcio como unitário ou simples. Logo, tanto no litisconsórcio necessário quanto no facultativo, pode haver ou não a necessidade de a situação jurídica submetida à apreciação judicial ter que receber uma decisão uniforme. Em caso positivo, tem-se um litisconsórcio (necessário ou facultativo) unitário. Em caso negativo, no entanto, diz-se haver um litisconsórcio (necessário ou facultativo) simples.

Assim, apesar de uma interpretação literal do aludido artigo 47 do Código de Processo Civil dar a entender que todo o litisconsórcio unitário seria, fundamentalmente, necessário, tal entendimento se desprové de verdade, conforme os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira⁸¹, que nos demonstram exemplos em que seria inviável exigir a presença de todos os possíveis litisconsortes no mesmo pólo da relação processual, mesmo que a decisão seja obrigatoriamente uniforme para todos, como é o caso da ação proposta por um acionista visando a anular deliberação assemblear. Por outro lado, traz ainda o eminente processualista, casos em que, apesar de indispensável a presença simultânea de vários sujeitos no mesmo pólo do processo, o órgão judicial fica livre para decidir a sorte de cada litisconsorte, acolhendo a defesa de uns e rejeitando a de outros, como é o caso, por exemplo, da ação de usucapião de imóvel particular, em que são litisconsortes passivos necessários o presente titular da propriedade e todos os respectivos confinantes (CPC, art. 942).

No âmbito da arbitragem, como já esclarecido anteriormente, se o objeto da arbitragem demandar a interveniência obrigatória de litisconsorte que não figurou como interveniente na convenção arbitral, não se poderá impor a este os efeitos da cláusula compromissória a qual não anuiu, já que a arbitragem apenas produz seus efeitos entre as partes contratantes. Desta forma, resta claro que, obrigatória a presença de todos na relação processual e não sendo viável submeter à arbitragem aqueles não vinculados à cláusula compromissória, o juízo arbitral não poderá ser instaurado ou prosseguir na hipótese de litisconsórcio necessário, tanto o simples como o unitário, salvo se todos os possíveis litisconsortes aceitarem, expressamente, integrar o processo

⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, volume 5, p. 377.

arbitral. Caso contrário, só restaria ao árbitro extinguir o feito, nos termos do art. 21, parágrafo único da Lei nº. 9.307/96, para que a lide possa ser resolvida pelo Judiciário.⁸² No entanto, há que se frisar que, ainda que os terceiros não vinculados pela cláusula arbitral concordem em resolver o conflito pela via arbitral, não será a própria cláusula compromissória, inserida no contrato de sociedade, que viabilizará a composição da lide através da jurisdição convencional; ao revés, será um compromisso arbitral solenizado pelos litigantes quando do surgimento da controvérsia. O mesmo entendimento, embora não tenham tido destaque na apresentação deste trabalho, vale para os casos de denunciação da lide, sendo esta obrigatória, caso o renunciado repila a jurisdição arbitral.

Não há polêmica, todavia, quanto às situações de litisconsórcio facultativo simples, já que, não havendo obrigatoriedade de decisão igual para todos os litisconsortes, nada impedirá que alguns tenham o mérito de sua lide apreciado pelo juízo arbitral, nos termos de eventual cláusula arbitral, enquanto outros, não vinculados à tal cláusula, optem por recorrer à Justiça estatal.

As maiores discussões sobre o tema do litisconsorte no âmbito da arbitragem se encontram na hipótese do litisconsórcio facultativo unitário, pelos motivos a seguir expostos.

Estabelece a primeira parte do art. 472 do Código de Processo Civil, em evidente adesão de nosso ordenamento à teoria individualista do direito processual, que “*a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros*”.

O problema consiste no fato de que tal teoria, aplicada aos casos de litisconsórcio facultativo unitário, geraria situações altamente esdrúxulas, porque no caso trazido acima, por exemplo, em que o sócio ou acionista propõe ação no intuito de anular deliberação assemblear ou de reunião de sócios, a mesma deliberação poderia ser considerada válida para alguns sócios

⁸² Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, p. 81.

(aqueles que efetivamente integraram a relação processual) e inválida para outros (aqueles que não integraram nem o pólo passivo e nem o ativo como litisconsortes facultativos).

Para solucionar esta questão e evitar o chamado “consórcio multitudinário”, veio a teoria da substituição processual, construída pela doutrina, e que hoje se pode extrair exegeticamente do artigo 6º do CPC, que prevê que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Substituto processual é quem, autorizado por lei, pleiteia, em nome próprio, direito alheio, i.e., aquele que representa todos os que poderiam participar do processo como litisconsortes facultativos, mas que não o fazem e, por este motivo, são substituídos. Tem-se, no habeas corpus impetrado em favor de outrem, claro exemplo de substituição processual, assim como na ação popular, na ação civil pública, e nas ações coletivas relativas a direito consumerista. Nesse sentido, o substituído não é parte. Contudo, ele sofre os efeitos da sentença. Não está no processo, mas sofre os seus efeitos. A sentença faz coisa julgada tanto para o substituto quanto para o substituído.

A doutrina se divide em algumas questões em relação à substituição processual. Uma primeira corrente de autores entende ser ela possível apenas nas hipóteses previstas expressamente na lei, enquanto uma segunda corrente de doutrinadores a admite como solução pragmática, sempre que se apresentar como um imperativo da “realidade da vida”. Esta segunda corrente se subdivide em mais duas vertentes, uma que defende que, diante da omissão da lei, a coisa julgada material se estenderia aos substituídos apenas para beneficiá-los, e outra que ela alcançaria tanto para beneficiar quanto para prejudicar o substituído.

Com base nos exemplos pensados por Paulo Cesar Aragão⁸³ - dentre os quais o do pedido de dissolução de sociedade formulado por determinado acionista e negado que, meses depois, é também formulado, pelos mesmos fundamentos, por outro acionista, porém desta vez acolhido, resultando em

⁸³ ARAGÃO, Paulo Cesar. Aspectos processuais da legislação societárias. *Revista dos Tribunais*, v. 641. São Paulo: RT, mar de 1989, p. 64, original sem grifos.

situação absurda de a sociedade não mais existir para todos os demais acionistas, exceto para o primeiro, que teve seu pedido negado, por força da coisa julgada -, entende-se pela impossibilidade de adoção do entendimento de que a eficácia da sentença proferida em face do substituto só se estenderia ao substituído para beneficiá-lo.

Nesse sentido, explana o supracitado autor:

“a coisa julgada deve, mesmo à falta de norma específica, ser considerada como oponível erga omnes independentemente do resultado do processo, vinculando os terceiros interessados quer seja considerado válido ou não o ato societário impugnado. Entre os comercialistas é esse o entendimento de Vidari, Navarrini e Rocco, seguido por processualistas do nível de Carnelutti, Zanzucchi, Chiovenda e Kisch, para os quais existe um evidente caso de substituição processual (onde, como é notório, a coisa julgada abrange todos os substituídos), não sendo admissível o reconhecimento de uma coisa julgada secundum eventum litis, que, de toda sorte, levaria a resultados práticos muito estranhos, como já dito.”

Por todo o exposto, conclui-se que, em se tratando de litisconsórcio facultativo unitário, o juízo arbitral poderá ser instaurado e prosseguir se todos os possíveis litisconsortes estiverem vinculados à cláusula compromissória, como seria o caso se todos fossem acionistas de uma companhia que teve inserido em seu estatuto o pacto arbitral. No entanto, havendo partes não vinculadas a tal cláusula, eventual litígio só poderia ser resolvido pela Justiça estatal, já que impossível seria estender a eficácia da sentença arbitral a estes terceiros não vinculados àquela cláusula, pois não poderiam estes ser considerados como “substituídos”.

Como já concluía Humberto Theodoro Junior, pouco importa, portanto, seja necessário ou facultativo o litisconsórcio: sua formação só será admissível, de forma cogente, entre os que estão vinculados ao pacto arbitral. Esclarece o autor:

“(…) Assim, se todos os que devem ser litisconsortes são aderentes à convenção arbitral, tudo se desenvolverá naturalmente dentro da força contratual. Se, contudo, o terceiro, que se deseja incluir no processo, não firmou o ajuste, sua inserção no litisconsórcio, ainda que necessário, somente se tornará possível se ele consentir em aderir ao compromisso. Havendo, pois, recusa de sua parte o árbitro não terá força para submetê-lo à relação processual. Se o caso for de litisconsórcio facultativo, o procedimento da arbitragem terá de prosseguir só com as partes vinculadas à convenção arbitral. Se for necessário o litisconsórcio, só restará ao

árbitro encerrar o procedimento sem julgamento de mérito, por falta de integração da convenção de arbitragem. Proferirá sentença terminativa na esfera arbitral, para que a lide possa ser resolvida pelo Poder Judiciário”.⁸⁴

3.12. O Tema no Direito Italiano

Na Itália, entrou em vigor, em janeiro de 2004, o Decreto Legislativo nº 5, que trouxe, dentre outras coisas, uma série de novas regras a respeito do procedimento arbitral em matéria de direito societário, em seus artigos. 34 a 37. Como esclarece Enrico Bella⁸⁵, a disciplina contida em tais artigos se aplica sempre que uma cláusula compromissória for prevista no estatuto ou no contrato social de uma sociedade, sendo válida para controvérsias entre sócios, ou entre eles e a sociedade, sempre que tais conflitos versem sobre direitos patrimoniais disponíveis no âmbito da relação social, como reza o art. 34.1.

Ainda, segundo o art. 34.4 do mencionado decreto, pode também o instrumento societário prever a competência do juízo arbitral para a apreciação de conflitos que envolvam os administradores, liquidantes e membros do conselho fiscal, sempre que a disputa se der entre eles e um dos sócios, ou entre eles e a sociedade, ou apenas entre eles. Entende-se, neste caso, que a mera aceitação do cargo por estes indivíduos implicaria também no consentimento com a cláusula compromissória estatutária. Desta forma, a ação de responsabilidade eventualmente ajuizada contra eles, desde que ligada a uma relação social, segundo entende a doutrina e a jurisprudência italianas, poderá, se assim prever o contrato de sociedade, ser apreciada em via arbitral.

Enrico Bella afirma o seguinte:

“Com a aceitação do encargo por parte dos administradores, membros do conselho fiscal e liquidantes, passa a existir a presunção absoluta de que estes têm conhecimento da cláusula compromissória. Esta presunção absoluta também ocorre em relação aos novos sócios que farão parte da sociedade, conforme previsto, explícito e oportunamente, pelo art. 34.3: ‘a cláusula é vinculante para a sociedade e para todos os sócios, incluindo aquele cuja validade de sócio é objeto da controvérsia’”.⁸⁶

⁸⁴ JUNIOR, Humberto Theodoro. *Op. Cit.*, p. 79.

⁸⁵ BELLA, Enrico. *A Arbitragem Societária Italiana*. In: Revista Brasileira de Arbitragem. IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., Comitê Brasileiro de Arbitragem: São Paulo. Volume 14, p. 77.

⁸⁶ BELLA, Enrico. *Op. Cit.*, p.84

Da mesma forma, obrigam-se pela cláusula arbitral, além dos sócios cedidos ou sucessores, também os sócios ausentes ou dissidentes, podendo estes, no entanto, segundo o art. 34.6, exercer o seu direito de retirada, dentro dos noventa dias que sucedem à aprovação:

“34.6. As modificações do contrato social, introdutórias ou supressivas, devem ser aprovadas pelos sócios que representem pelo menos dois terços do capital social. Os sócios ausentes ou dissidentes podem, dentro dos noventa dias que sucedem à aprovação, exercer o direito de retirada.”⁸⁷

Ressalte-se que, antes mesmo da entrada em vigor do Decreto Legislativo nº 5, a doutrina e a jurisprudência italianas majoritárias já confirmavam a posição atual. Giorgio Bianchi, autor italiano que muito elucidativamente discorreu sobre o tema, já em 2001, comungava da conclusão de que tanto o novo acionista, quanto os dissidentes e os ausentes estavam vinculados pela cláusula compromissória incluída em instrumentos societários:

“Si discute in dottrina se la clausola compromissoria inserita nello statuto sia vincolante per il socio subentrante in base alla sua adesione alla società o se sia necessaria la specifica approvazione per iscritto, richiesta dall’art. 1.341 c.c.. L’opinione prevalente, condivisibile, è comunque che non sia necessaria la specifica approvazione da parte dei nuovi soci. La clausola compromissoria societaria si riferisce ad un unico contratto, anche se costituita per una pluralità di parti e non è destinata ad essere inserita in una pluralità di contratti uniformi. È pertanto vincolante nei confronti di qualunque soggetto che assuma la qualità di socio, senza necessita de um’expressa approvazione scritta”⁸⁸.

“Per la società di capitali la modifica è soggetta alle disposizioni che regolano l’assemblea straordinaria ed è perciò assunta a maggioranza, senza che debba necessariamente costare lo specifico assenso di ciascun socio. (...) Anche l’inserimento nello statuto della clausola compromissoria in un momento successivo Allà costituzione, avviene necessariamente nel rispetto della forma scritta richiesta dall’art. 808 c.p.c., in quanto La decisione dei soci (saí unanime che a maggioranza) di modificare l’atto costitutivo viene sempre riportata in un atto scritto”⁸⁹.

⁸⁷ Ibid. p. 96.

⁸⁸ BIANCHI, Giorgio. *L'Arbitrato nelle Controversie Societarie*. Milão: Cedam, 2001. p. 15, 18-19.

⁸⁹ BIANCHI, Giorgio. *Op. Cit.*, p. 9.

4. CONCLUSÃO

Diante dos inúmeros entraves da justiça convencional, a arbitragem se apresenta, conforme se pretendeu demonstrar, como uma solução extremamente vantajosa na composição de conflitos societários, já que possibilita uma solução mais rápida, mais técnica, mais sigilosa e mais informal do que a que normalmente se observa no juízo estatal. Um importante argumento a confirmar tais benefícios, é o fato de que a vinculação à arbitragem de determinada companhia é uma das exigências feitas pela BOVESPA para que tal sociedade se enquadre tanto no Nível 2 dos chamados “Níveis Diferenciados de Governança Corporativa” quanto no Novo Mercado.

O legislador brasileiro, por sua vez, também ratificou tal entendimento ao editar a Lei nº. 10.303/01, que acrescentou à Lei das Sociedades Anônimas o parágrafo terceiro de seu art. 109, autorizando expressamente a inserção de cláusulas compromissórias em estatutos de sociedades anônimas. Com isso, nascem numerosas polêmicas quanto ao possível alcance de tais cláusulas. Neste trabalho monográfico, esperou-se esclarecer, de acordo com as posições adotadas, quem são os sujeitos vinculados à cláusula arbitral porventura incluída em contratos de sociedade, tendo em vista a lacônica redação do supracitado dispositivo da LSA. Assim, foram abordadas apenas as questões relativas ao alcance subjetivo da cláusula compromissória incluída em instrumentos societários, e não aquelas concernentes à sua extensão objetiva.

Primeiramente, se buscou demonstrar a natureza de plurilateralidade dos atos constitutivos das sociedades, que tem como consequência o princípio majoritário, caríssimo ao direito societário. Tal princípio, essencial à própria existência das sociedades, determina que é a maioria quem domina e dita as regras sociais, uma vez que reflete a vontade da coletividade, a vontade social, devendo a minoria sujeitar-se a ela para toda e qualquer deliberação social, inclusive aquela que vise a alterar os estatutos para neles introduzir eventual cláusula compromissória.

Em seguida, com base (i) na inexistência de norma no Novo Código Civil que proíba a inserção de tal cláusula em contratos de sociedades de responsabilidade limitada, assim como (ii) nas normas contidas nos artigos 851 e 853 do próprio Código Civil, e (iii) em uma interpretação sistemática da LArb, defendeu-se a possibilidade de inclusão de pacto arbitral também em contratos de sociedades limitadas.

Diante, portanto, da conclusão pela manifesta possibilidade de se incluir pacto arbitral tanto em estatutos quanto em contratos sociais, tratou-se, preliminarmente, do princípio da necessária incidência sobre o pacto social, que implica na necessária relação da matéria que envolve a controvérsia societária com o objeto da sociedade à qual a cláusula compromissória se adere. Mais ainda: o “pacto social”, como se pretendeu demonstrar, abrange também uma série de interesses que giram em torno da existência da própria sociedade e de sua relação com seus sócios, ou da relação dos próprios sócios entre eles. Conforme se explicou, tal princípio, embora diga respeito aos limites objetivos da cláusula compromissória estatutária, é de grande importância para que se entendam algumas polêmicas levantadas sobre a sua extensão subjetiva.

Passando ao tema central da monografia, concluiu-se estarem vinculados à cláusula compromissória inserida em contrato de sociedade tanto (i) os sócios que dissentiram da deliberação assemblear que inseriu tal cláusula no instrumento societário, como (ii) aqueles que se abstiveram de votar na aludida deliberação, também (iii) aqueles que não compareceram à assembléia geral que deliberou sobre a referida inserção, ou (iv) os que, à época da inserção, não participavam do quadro societário, ou, ainda, (v) os acionistas detentores apenas de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, mesmo que o conflito em que se envolvam tais sócios não seja um daqueles expressamente previstos no art. 109, §3º da LSA. Em outras palavras, estará o sócio, em qualquer das enumeradas situações, obrigado a submeter-se à jurisdição convencional, ainda que envolvido em controvérsia que se dê entre controladores apenas, ou exclusivamente entre minoritários. No entanto, ressaltou-se que, seja nos casos expressamente previstos no aludido dispositivo, como naqueles que não foram por ele diretamente mencionados,

somente se aplica tal submissão se versar o eventual litígio sobre matéria que se insira dentro do pacto social. Como justificativa para tais entendimentos, apresentam-se uma série de argumentos, a seguir sintetizados:

Segundo a teoria organicista (societista ou coletivista), as pessoas jurídicas são verdadeiros organismos vivos, dotados de vida própria, com órgãos, consciência e vontade coletivos, que se formam com a decisão colegiada dos sócios, após a qual não há mais que se falar em vontade individual de cada um, mas apenas na norma social, i.e., na vontade da sociedade. Desta teoria, extrai-se o princípio majoritário, que determina que o estatuto possa ser alterado pela maioria dos sócios votantes e que tal deliberação majoritária vincula a todos os sócios. Por este motivo, diante do conflito entre o princípio majoritário e o princípio da autonomia da vontade, que se apresenta na hipótese de qualquer das “espécies de sócios” listadas acima, defendeu-se que deverá prevalecer o primeiro, essencial para a própria perenidade da sociedade.

Além disso, poderá a minoria vencida, no caso de sociedades do tipo limitada, diante da decisão em favor da eleição do juízo arbitral, exercer o direito de recesso e pleitear a dissolução parcial da sociedade, com a apuração de haveres, na forma do art. 1.077 do Código Civil, já que, inegavelmente, trata-se de modificação estatutária. No entanto, no caso de sociedades anônimas, como não se trata de uma das hipóteses previstas no art. 137 da LSA que dão ao acionista dissidente o direito de retirar-se da sociedade, os sócios que não houverem concordado com a inclusão de tal cláusula não poderão exercer direito de recesso. Contudo, nada impede a alienação das ações por tais acionistas, tendo em vista a liberdade de associação e a liberdade de permanecer associado, consagradas no art. 5º, XX da CRFB.

Sustentou-se, ainda, que a renúncia ao juízo estatal, retirando do Poder Judiciário a apreciação do mérito da demanda, não implica em renúncia à decisão jurisdicional, direito constitucional a que se dedicou o inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna, uma vez que a arbitragem também tem natureza eminentemente jurisdicional, e somente será possível quando houver a

realização plena do direito de ação, assegurado o contraditório e a ampla defesa. Ademais, a mencionada regra constitucional é um comando destinado ao legislador, e não às partes de uma relação contratual. Além disso, a posição de que a cláusula compromissória não vincularia tais sócios em nada se harmoniza com a natureza das próprias ações, tendo em vista que estas são títulos de massa, que devem seguir determinados padrões, sempre que disserem respeito a uma mesma classe, devendo, em qualquer hipótese, consubstanciar iguais direitos e obrigações àqueles que as subscrevem. Se assim não fosse, estaria em jogo sua própria fungibilidade e, conseqüentemente, sua possibilidade de circulação no mercado, causas primárias de sua existência.

Soma-se o entendimento de que, uma vez inserida a convenção arbitral, torna-se, junto com o estatuto ou contrato social como um todo, independente da vontade dos sócios fundadores, passa a ser uma norma social, que representa a vontade da sociedade e, por isso, vincula as relações entre todos os seus membros. Desta forma, como defende Marcelo Vilela, é uma regra orgânica da sociedade, e não uma regra para-estatutária ou parassocial. Assim, todos os sócios, sem exceção, deverão submeter-se a toda a estrutura social estatutária.

Não há também que se falar, em nenhuma destas hipóteses, na necessidade de consentimento expresso de tais sócios, na forma do artigo 4º, §2º da Lei de Arbitragem, tendo em vista que o referido dispositivo legal refere-se especifica e tão-somente aos contratos de adesão, o que não é o caso de um contrato de sociedade.

Quanto aos sócios sucessores ou cedidos, alegou-se também o fato de que o registro do estatuto ou contrato social de determinada sociedade empresária perante o órgão competente, que confere publicidade a todos os seus termos, presume o conhecimento de qualquer terceiro com relação a seu inteiro teor. Destarte, sendo o registro de contrato de sociedade obrigatório, e tendo sido tal exigência legal devidamente cumprida, a cláusula compromissória é de conhecimento público e, principalmente, de ciência de quaisquer dos sócios, presentes ou futuros. Discordou-se também dos que

defendem ter a convenção arbitral natureza personalíssima. Conforme explicado, não possui a convenção arbitral caráter *intuitu personae* que a torne insuscetível de transmissibilidade a sucessores ou cessionários.

Por último, no que concerne especificamente às sociedades anônimas, apresentou-se ainda mais um argumento, de extrema importância para que se advogue, principalmente, pela vinculação dos sócios sucessores ou cedidos à cláusula compromissória: este tipo societário se constitui por contrato plurilateral ou associativo, que cria uma organização aberta. As normas que compõem tal contrato prevêm uma série de direitos e obrigações relativos aos titulares das ações representativas do capital social. Sendo tais ações títulos em que se consubstanciam todos esses direitos e obrigações oriundos das normas estatutárias, não há dúvidas de que tais direitos e deveres circulam com as próprias ações, transferindo-se aos sucessivos titulares. Se assim não fosse, não faria qualquer sentido a circulação das ações como coisas móveis, padronizadas e fungíveis, passíveis de negociação no mercado.

Quanto à vinculação dos acionistas detentores apenas de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, apresentaram-se dois argumentos. O primeiro deles foi o de que, ao subscreverem ações preferenciais sem direito a voto, estariam cientes da ausência desse direito. O segundo, por sua vez, seria a defesa de que, de acordo com uma interpretação sistemática da LSA, haveria, embora implicitamente, menção a estes acionistas no §3º do art. 109, já que sempre que o legislador utilizou somente a expressão *acionista minoritário*, sem referir-se, em seguida, a *acionistas detentores de ações com direito a voto*, como acontece no aludido dispositivo, teve a intenção de abranger todos os acionistas da companhia não detentores do poder de controle, o que engloba os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito.

Ademais, tratou-se da vinculação ou não de terceiro à cláusula compromissória estatutária, quando esteja este envolvido em litígio com a sociedade ou com os sócios submetidos a tal cláusula. Concluiu-se que seja ele (i) terceiro intencionado a adquirir quotas ou ações de tal sociedade, (ii)

litisconsorte (necessário unitário, necessário simples, facultativo simples ou facultativo unitário), ou (iii) mesmo sócio ou dirigente, mas na qualidade de meros empregados ou prestadores de serviço, haverá sempre, nestes casos, a necessidade de consentimento expresso para que possa ser a via arbitral entendida como competente para dirimir tais controvérsias, i.e., não se poderá impor a este terceiro os efeitos da cláusula compromissória a qual não anuiu, já que a arbitragem apenas produz seus efeitos entre as partes contratantes. Desta forma, apenas se houver, no contrato de trabalho (no caso do sócio-empregado ou dirigente), ou no contrato de cessão (no caso do futuro sócio), previsão neste sentido, ou se, em qualquer dos casos, for celebrado compromisso arbitral, deverão submeter-se tais indivíduos à jurisdição convencional.

Entretanto, mereceu análise um pouco mais detalhada a hipótese de conflito em que o sócio, apesar de pertencer ao corpo social, também se relaciona com a sociedade, mas na forma de dirigente, ocupando cargo de gerência ou diretoria ou como membro do conselho fiscal ou de administração. Neste caso, apresentou-se a questão sob dois pontos de vista: o primeiro seria no que se refere aos conflitos relativos aos direitos rescisórios do sócio dirigente que se afasta de seu cargo e, o segundo e mais importante, diz respeito à responsabilização do sócio por má-administração.

Aqui, também se fez importante a conjugação dos limites subjetivos da cláusula compromissória com o princípio da necessária incidência sobre o pacto social. Assim, no que concerne ao primeiro enfoque, i.e., aquele relativo aos direitos rescisórios, como não se trata de questão que esteja dentro dos limites do pacto social, não há que se falar em aplicação de eventual cláusula compromissória, prevista em estatuto ou contrato social. Na segunda abordagem, no entanto, o associado age em nome dos demais sócios e nos interesses da sociedade, e não de acordo com interesses individuais, integra o quadro societário, tendo o dever de zelar pelo cumprimento das normas sociais, o que implica, inegavelmente, na incidência da cláusula compromissória para dirimir conflitos de tal natureza, uma vez que a má-gestão tem repercussão inevitável nos interesses da sociedade e está, portanto, cercada pelos limites do pacto social.

Da mesma forma, se tratou com cautela o tema da possível vinculação do dirigente em conflitos relativos à responsabilização por má administração, concluindo-se que deverá também este submeter-se aos efeitos da cláusula compromissória, tendo em vista a presunção de consentimento com tal cláusula quando da aceitação de seu cargo, e considerando a evidente relação da natureza deste conflito com os interesses da sociedade e, portanto, com o pacto social. Contudo, na hipótese que se refere aos direitos rescisórios do dirigente, não há que se falar em vinculação, já que não se trata de questão que esteja dentro dos limites do pacto social.

Em suma, vinculam-se à cláusula compromissória incluída em estatuto ou contrato social todos aqueles que fazem parte do corpo social (incluindo dirigentes não sócios), sem que seja relevante a sua concordância expressa com a sua inserção, e desde que o conflito a ser solucionado envolva matéria que se relacione com o pacto social. Quanto aos terceiros envolvidos em litígio com a sociedade e/ou seus sócios - mesmo que sejam estes terceiros também sócios, mas figurem, por exemplo, nesta relação em que surgiu a controvérsia, como empregados da sociedade ou como prestadores de serviço - ou que se apresentem como meros intervenientes na relação conflituosa, somente haverá a vinculação mediante anuência expressa de tais indivíduos, seja através de compromisso arbitral, seja através de cláusula arbitral incluída no contrato que regule a relação jurídica da qual surgiu o conflito a ser composto.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACERBI, Andrea Goes. A Extensão dos Efeitos da Cláusula Compromissória nos Estatutos das Sociedades Anônimas. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da Arbitragem Institucional. 12 Anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 181-231.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. 511 p.

ARAGÃO, Paulo Cezar. Aspectos processuais da legislação societárias. In.: *Revista dos Tribunais*, v. 641. São Paulo: RT, mar de 1989, p. 61-71.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, 539 p.

BELLA, Enrico. *A Arbitragem Societária Italiana*. In: Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., Comitê Brasileiro de Arbitragem, nº. 14, abr./jun., 2007, p. 77-98.

BIANCHI, Giorgio. *L'Arbitrato nelle Controversie Societarie*. Milão: Cedam, 2001. 215 p.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 12ª Ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Ed. Renovar, 2007, 576 p.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S.A. Comentada*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, 304 p.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Alienação e Aquisição de Controle. In.: WALD, Arnoldo (Coord.). *Direito de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: RT, nº. 34, out./dez., 2006, p. 330-344.

CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, 166 p.

CARVALHOSA, Modesto. Cláusula Compromissória Estatutária e Juízo Arbitral (§3º do art. 109). In.: LOBO, Jorge (Coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas. Inovações e Questões Controvertidas da Lei nº. 10.303, de 31/10/2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321-343.

_____. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, volume 2, 912 p.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002, volume 2, 513 p.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, 556 p.

DE TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. In.: DE CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos (Org.). *Sociedade Anônima 30 anos da Lei 6.404/76*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 248-268.

DE MORAIS, Luiza Rangel. Contrato Social. Cláusula Compromissória. Validade e Eficácia. Impossibilidade de arquivamento de alteração de contrato social assinada unicamente pelos sócios majoritários antes da resolução da controvérsia entre os sócios por arbitragem. In.: WALD, Arnoldo (Coord.). *Revista de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: RT, jan./abr. de 2004, nº. 01, p. 219-226.

ENEI, José Virgílio Lopes. A Arbitragem nas Sociedades Anônimas. In.: *Revista de Direito Mercantil*, nº. 129, jan./mar., 2003 – p. 136/173.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução. 2ª ed.. São Paulo: RT, 1999. 324 p.

FLAKS, Luís Loria. A Arbitragem na Reforma da Lei das S.A. In.: BARBOSA, Denis Borges (Coord.). *Revista de Direito Empresarial IBMEC*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, vol. 3, p. 133-179.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, 424 p.

GARIGUES, Joaquin. *Curso de Derecho Mercantil*. 7ª ed. Madrid: Imprenta Aguire, 1976, volume 1, 969 p.

LERA, Silvia Gaspar. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 1998, 204 p.

LICATTI, Taissa Macaferi. Novo Mercado: Influência e Aspectos Relacionados à Inserção da Cláusula Compromissória Arbitral nos Estatutos Sociais. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da Arbitragem Institucional. 12 Anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 233-279.

MAKANT, Barbara. A Arbitrabilidade Subjetiva nas Sociedades Anônimas. In.: WALD, Arnoldo (Coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*. Rio de Janeiro: RT, 2005, volume 4, p. 82-103.

MARIONI, Guilherme Luiz. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: RT, 2009, volume 5, 380 p.

MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensão fator impeditivo para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas*. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 24 mar. 2009.

_____. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In: BULGARELLI, Waldirio (Coord.). *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, abr./jun., 2002, volume 126, p. 58-74.

MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. A Convenção Arbitral em Estatutos e Contratos Sociais. In.: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem Interna e Internacional, Questões de Doutrina e da Prática*. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Renovar, 2003, p. 361-391:

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, volume 5, 765 p.

NAVARRINI, U.; FAGGELLA., G. *Das Sociedades e Associações Comerciais*, Tradução da edição italiana por LOEHNEFINKE, Valentina Borgerth. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950, v. II. 1. In.: FLAKS, Luís Loria. A Arbitragem na Reforma da Lei das S.A. In.: BARBOSA, Denis Borges (Coord.). *Revista de Direito Empresarial IBMEC*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004, vol. 3, p. 133-179.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Natureza Jurídica da Companhia. In.: *Revista de Direito Renovar*, nº. 12, Rio de Janeiro: Renovar, set./dez., 1998, p. 105-120.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000, volume 1. 442 p.

SHELL, G. Richard. *Arbitration and Corporate Governance*. In.: North Carolina Law Review, Carolina do Norte (EUA), 1989, p 517-547.

SORIANO, Ramón. *Sociologia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1997, 474 p.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro. In.: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A Arbitragem na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 20-33.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros. Litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções de terceiros. In.: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, jul./set., 2001, v. 7, p. 53-87.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Aspectos Polêmicos da Vinculação dos Acionistas Novos, Ausentes, Dissidentes e Administradores à Cláusula Compromissória Estatutária, após a Inclusão do §3º ao art. 109 da Lei 6.404/1976 pela Lei 10.303/2001, *In.: Revista de Direito Mercantil*, nº 139, jul./set., 2005, p. 164-176.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001, 557 p.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no Direito Societário*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 1994, 256 p.

WALD, Arnoldo. A Arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares. *In.: WALD, Arnoldo. Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, jan./mar., 2007, nº. 12, p. 22- 28.

_____. A Arbitragem e o Direito Societário (II). Casos Práticos. *In.: WALD, Arnoldo. Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, jul./set., 2007, nº. 14, p. 22- 29.

_____. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação a sentenças arbitrais. *In.: WALD, Arnoldo. Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, 2006, nº. 8, p. 7-16.

_____. Sociedade Anônima. Interpretação do art. 16 da Lei 6.404/76. Descabimento de assembléia especial de acionistas ordinários de determinada classe. *In.: Revista dos Tribunais*, volume 626. São Paulo: RT, dez. 1987, p. 7-20.



NORMAS PARA ELABORAÇÃO E APRESENTAÇÃO DA MONOGRAFIA
JUR 1919

ANEXO II

A Monografia deve ser entregue até o dia 4 de junho de 2009.

A presente Monografia, apresentada pelo(a) aluno(a)
FABIO PAMPLONA VIDAL

_____, poderá ser submetida à exposição e defesa perante a
Banca Examinadora designada pelo Departamento de Direito da PUC-Rio.

Rio de Janeiro, 04 de junho de 2009.

PEDRO PAULO SALES CRISTOFARO

Nome do(a) professor(a) orientador(a)

Assinatura do(a) professor(a) orientador(a)

O(A) autor(a) deste trabalho autoriza o Departamento de Direito da PUC-Rio a divulgá-lo, no todo ou em parte, resguardados os direitos autorais conforme legislação vigente.

Rio de Janeiro, 04 de junho 2009.

Assinatura do(a) aluno(a)