

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FELIPE DE ALMEIDA MELLO

**ABUSO DO PODER DE CONTROLE E A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PARA
A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOCIETÁRIOS**

São Paulo

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

FELIPE DE ALMEIDA MELLO

**ABUSO DO PODER DE CONTROLE E A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PARA
A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOCIETÁRIOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Dolenc Del Masso

São Paulo

2009

M527a Mello, Felipe de Almeida.

Abuso do poder de controle e a utilização da arbitragem para a resolução de conflitos societários / Felipe de Almeida Mello - 2009.

117 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

Orientador: Fabiano Dolenc Del Masso

Bibliografia: f. 109-117.

1. Abuso do poder de controle. 2. Cláusula compromissória.
3. Arbitragem. 4. Sociedades por ações. 5. Acionistas controladores. 6. Acionistas minoritários. I. Título.

342.14692

FELIPE DE ALMEIDA MELLO

**ABUSO DO PODER DE CONTROLE E A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PARA
A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOCIETÁRIOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em 02/02/2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fabiano Dolenc Del Masso – Orientador
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Armando Luiz Rovai
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Écio Perin Junior
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por todo o apoio e incentivo.

Ao meu orientador, Dr. Fabiano Dolenc Del Masso, pela paciência e pela disponibilidade para a conversa e para o constante debate.

Aos parentes e amigos que muito me incentivaram e pela compreensão pela minha ausência.

RESUMO

A presente dissertação discorre sobre a utilização da arbitragem para a resolução de conflitos societários, sob o enfoque da inclusão da cláusula compromissória no estatuto social, mediante aprovação única pelos acionistas controladores, visando a prejudicar os demais acionistas, notadamente os minoritários, agindo assim os acionistas controladores de forma abusiva (artigo 117 da Lei nº. 6.404/76). Relata a evolução da arbitragem comercial no mundo e no Brasil, desde os seus primórdios até os dias de hoje. Apresenta o conceito e as principais características da arbitragem comercial. Analisa o instituto da arbitragem no direito societário brasileiro e estrangeiro, em especial o italiano, verificando, de forma crítica, os limites subjetivos e objetivos da cláusula compromissória e sua extensão no âmbito das sociedades por ações. Estuda o poder de controle nas sociedades por ações, suas modalidades, bem como sua configuração na forma do abuso do poder de controle que se enquadra como uma das modalidades do abuso do poder econômico. Por fim, aborda o objeto da presente dissertação, qual seja, a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social de determinada sociedade por ações, mediante aprovação em assembléia geral unicamente pelo acionista controlador ou pelos acionistas pertencentes ao bloco de controle, visando a afastar do Poder Judiciário a submissão de conflitos que venham a surgir no âmbito da sociedade, principalmente entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, agindo assim os acionistas controladores com abuso do poder de controle, de modo a dificultar a defesa dos minoritários. Conclui pela configuração do abuso do poder de controle, na hipótese estudada, e por sugerir a inclusão, na atual legislação societária, do direito de retirada ao acionista dissidente de deliberação que aprovar a inclusão de cláusula compromissória no estatuto social.

Palavras-chave: Abuso do poder de controle. Cláusula compromissória. Arbitragem. Sociedades por ações. Acionistas controladores. Acionistas minoritários.

ABSTRACT

This essay discusses the use of the arbitration for resolving corporate conflicts focusing on the inclusion of the arbitration clause in the bylaws, under the approval by the controlling shareholders, in order to harm the other shareholders, especially minority shareholders, acting in an abusive way (Article 117 of Law no. 6.404/76). Reports the development of commercial arbitration in the world and in Brazil, from its beginnings to the present day. Introduces the concept and the main characteristics of commercial arbitration. Analyzes the institution of arbitration in the Brazilian corporate law and foreign, especially the Italian law, noting, critically, the subjective and objective limits of the arbitration clause and its extension as part of corporations. Studies the power of control, its methods and its configuration in the form of abuse of power control that fits as a unit of abuse of economic power. Finally it addresses the subject of this essay, namely the inclusion of the clause in the bylaws of a particular corporation, subject to approval at a general meeting only by the controlling shareholder or shareholders belonging to the control block in order to remove from the Judicial Power the submission of disputes that arise within the corporation, particularly among controlling shareholders and minority shareholders, acting as the controlling shareholders to abuse of power control in order to hinder the protection of minority shareholders. It concludes by setting the abuse of power control, if studied, and suggest the inclusion in the current corporate law, the right of withdrawal to the dissenting shareholder's resolution approving the inclusion of arbitration clause in the bylaws.

Keywords: Abuse of discretion. Arbitral clause. Arbitration. Corporations. Controlling shareholders. Minority shareholders.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM COMERCIAL.....	19
1.1 Evolução mundial.....	19
1.2 Evolução no Brasil.....	25
2 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM.....	30
3 LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA.....	35
3.1 Origem.....	35
3.2 Princípios Informadores da Lei de Arbitragem.....	37
3.3 Exposição Sumária.....	44
3.4 Arbitragem no direito comparado.....	49
3.4.1 Estados Unidos da América.....	49
3.4.2 França.....	50
3.4.3 Itália.....	51
3.4.4 Reino Unido.....	51
4 ARBITRAGEM NO DIREITO SOCIETÁRIO.....	53
4.1 Matérias arbitráveis no âmbito societário. Limites objetivos da cláusula compromissória estatutária.....	55
4.2 Alcance e aplicação subjetiva da cláusula compromissória.....	59
4.2.1 Inclusão da cláusula compromissória quando da constituição da sociedade por ações.....	61
4.2.2 Aquisição de ações de companhias que contenham em seu estatuto social cláusula compromissória.....	63
4.2.3 Inclusão da cláusula compromissória por meio de deliberação em assembléia geral.....	69
4.3 Arbitragem societária no direito comparado.....	76

4.3.1	Experiência norte-americana.....	76
4.3.2	Experiência italiana.....	78
5	PODER DE CONTROLE NAS SOCIEDADES POR AÇÕES.....	82
5.1	Considerações gerais.....	82
5.2	Acionista controlador.....	84
5.2.1	Modalidades de Poder de Controle.....	88
5.2.1.1	Controle Interno.....	88
a)	Controle por meio da propriedade quase total ou controle totalitário.....	88
b)	Controle majoritário.....	89
c)	Controle minoritário.....	90
d)	Controle gerencial ou administrativo.....	91
5.2.1.2	Controle Externo.....	93
6	CONFIGURAÇÃO DO ABUSO DO PODER DE CONTROLE.....	95
7	CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABUSO DO PODER DE CONTROLE QUANDO DA INSERÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	102
	CONCLUSÕES.....	106
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	109

INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (“Lei de Arbitragem”), a arbitragem no Brasil ganhou uma nova roupagem, com a introdução de novos conceitos que norteiam, atualmente, este instituto, tendo havido o legislador a clara intenção de modernizá-lo.

A partir da entrada em vigor da Lei de Arbitragem, em 1996, deu-se efetividade a este instituto, pois garantiu-se a eficácia e a exequibilidade das decisões arbitrais, atualmente denominadas “sentenças arbitrais”, não obstante estar a arbitragem presente no ordenamento jurídico pátrio desde 1824.

A arbitragem é um instituto jurídico que favorece a solução de litígios, inclusive no âmbito societário, quando da resolução de conflitos de interesses entre os acionistas e a companhia, ou ainda, entre os acionistas controladores e os minoritários, de uma forma célere e sigilosa para as partes envolvidas, contemplando meios também ágeis, eficientes e especializados na solução dos litígios.

Nas palavras de Irineu Strenger, a arbitragem pode ser descrita como a

[...] instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais.¹

No Brasil, conforme acima relatado, apesar de suas origens remontarem à Constituição de 1824, a arbitragem prescindia, na prática, de efetividade, pois as decisões proferidas por árbitros ou por tribunais arbitrais precisavam obrigatoriamente ser homologadas pelo Poder Judiciário para, a partir daí, terem força executiva.

Na década de 1990, com a maior participação dos agentes econômicos brasileiros no comércio internacional e a entrada maciça de investimentos

¹ *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998. p. 21.

estrangeiros no País, verificou-se que se fazia necessária, entre outras providências, a reforma da arbitragem, a fim de conceder real efetividade a esse instituto.

Portanto, em boa hora, foi promulgada a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, mais conhecida como Lei de Arbitragem, alinhando o direito pátrio àqueles de alhures, que nas palavras do autor da iniciativa do Projeto de Lei, senador Marco Maciel,

[...] constitui-se, na verdade, em uma legislação avançada sobre arbitragem, extirpada de empecilhos e formalidades inúteis, e estribada no que há de mais moderno a respeito dos princípios e garantia dos litigantes. Essa Lei trará sensível benefício à sociedade, pois colocará à sua disposição um meio ágil de fazer resolver controvérsias com árbitros por aqueles próprios escolhidos, imparciais e independentes, especialmente em matéria técnica, tudo com sigilo, brevidade e com grande informalidade.²

Vale dizer que a arbitragem possui os requisitos basilares para que complexas questões societárias havidas no âmbito, notadamente, das companhias de capital aberto, no caso de eventuais controvérsias entre os acionistas e a companhia e/ou entre os acionistas controladores e os minoritários, sejam solucionadas de um modo mais célere e, em regra, mais seguro.

Como mencionado anteriormente, no Brasil, a arbitragem prescindia de efetividade, pois a legislação existente antes da promulgação da Lei nº 9.307/96 não favorecia a utilização desse instituto.

A Constituição Imperial de 1824 previa, em seu artigo 160, que as divergências jurídicas civis poderiam ser decididas por árbitros nomeados pelas partes.

Posteriormente, as Constituições de 1934 e de 1946 também se referiram à arbitragem comercial, sendo que esta última garantia expressamente a via judicial, assumida mais tarde pelas Constituições de 1969 e de 1988.

Infraconstitucionalmente, o Código Civil de 1916 trazia previsão no artigo 1.037, *in verbis*:

² BRASIL. Congresso Nacional. Justificação do Projeto de Lei nº. 78/1992. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, DF, 4 jun. 1992. Seção II, p. 4289-4290.

Art. 1.037 – As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, **em árbitros**, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais. (grifo nosso)

Assim, as partes poderiam, por meio de um contrato de arbitragem, concordar em submeter as suas divergências jurídicas à decisão de um tribunal arbitral, desde que possuíssem capacidade para celebrar contratos.

O Código Comercial de 1850 instituiu o processo arbitral obrigatório para assuntos comerciais, tendo sido abolida tal obrigatoriedade em 1866 e, com o Decreto nº. 3.900 de 1867, a jurisdição arbitral comercial ganhou nova roupagem. Posteriormente, essa norma foi revogada pelo Código de Processo Civil de 1939.

O Código de Processo Civil de 1939, em seus artigos 1.031 a 1.046, atribuiu, pela primeira vez, regulamentação uniforme ao instituto. Já o vigente código processual de 1973 atribuía diversos artigos à arbitragem. Os artigos 1.072 a 1.077 continham instruções sobre o contrato de arbitragem. Os artigos 1.078 a 1.084 fixavam disposições mais detalhadas sobre os árbitros, eliminando a proibição quanto aos estrangeiros que no antigo Código não podiam ser árbitros. Os artigos 1.085 a 1.096 regulavam o procedimento do processo arbitral e a lavratura do respectivo laudo. Já os artigos 1.098 a 1.102 tratavam da homologação do laudo arbitral.

De acordo com a antiga regulamentação, o laudo arbitral precisava ser homologado judicialmente, ou seja, necessitava de confirmação judicial que verificava se ele atendia a certos requisitos legais, o que dificultava e praticamente inviabilizava a utilização da arbitragem.

Neste sentido, consoante o disposto no Código de Processo Civil de 1973, as sentenças arbitrais precisavam ser homologadas pelo Poder Judiciário, quando o vencedor iniciasse a execução, pela recusa do vencido em cumprir a decisão arbitral, sob pena de nulidade desta. Assim, iniciava-se um novo procedimento perante a Justiça estatal, na qual se analisava, inclusive, a justiça da decisão, possibilitando que fosse proferida uma decisão que se entendesse mais adequada ao caso, podendo inclusive essa última decisão ser diversa da decisão arbitral. Todo esse trâmite desestimulou durante décadas o uso da arbitragem em nosso País.

Com o advento da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral não fica mais sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário, diferentemente do que ocorria antes, dando-se assim efetividade jurídica à arbitragem.

Cabe mencionar o reconhecimento, pela Lei de Arbitragem, da sentença arbitral como equivalente à sentença proferida pelo Poder Judiciário. Desse modo, a sentença arbitral passou a ter autoridade de coisa julgada material, produzindo os mesmos efeitos de um título executivo.

Desse modo, podemos perceber o motivo pelo qual a arbitragem não logrou importantes resultados em nosso País, até mesmo no âmbito societário.

A promulgação da Lei de Arbitragem, em 1996, e da Lei nº. 10.303/01 e a decisão do Supremo Tribunal Federal³ que a declarou constitucional abrem caminho para a sua maior utilização pelos operadores do Direito, pelos empresários e por todos aqueles que buscam um meio mais célere, prático e seguro para dirimir controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, especialmente nas complexas lides societárias.

Já no âmbito societário, apesar de não haver previsão expressa até 2001 quanto à utilização da arbitragem para dirimir conflitos entre as companhias e seus acionistas, ou entre os acionistas controladores e os minoritários, sua previsão nos estatutos sociais era possível, porém, pouco utilizada, até mesmo pela falta de efetividade deste instituto, antes da entrada em vigor da Lei nº. 9.307/96.

A arbitragem como meio de resolução de conflitos societários não é propriamente uma novidade. O Código Comercial de 1850 estabelecia em seu artigo 294 que todas as “[...] questões sociais que se suscitarem entre os sócios, durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha” deveriam ser obrigatoriamente solucionadas por meio da arbitragem.

Com o advento da Lei nº. 1.350/1866 e do Decreto nº. 3.900/1867 o juízo arbitral obrigatório foi suprimido, passando a ser uma faculdade dos sócios a opção por incluir ou não uma cláusula arbitral em seus estatutos ou contratos sociais.

Apesar de algumas companhias já se utilizarem da arbitragem para a resolução de conflitos societários, antes mesmo de 1996, a efetividade desse instituto padecia de algumas dificuldades, destacando-se a impossibilidade de

³ Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº. 5.206-7.

execução específica da cláusula compromissória e a sempre necessária homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário.

Nessa esteira, foi editada, em 2001, a Lei nº. 10.303, fruto da abertura da economia brasileira, especialmente do mercado financeiro e de capitais, verificada a partir do início da década de 1990, ocorrida, principalmente, em decorrência do processo de privatização de companhias estatais, pela política da defesa pelo governo da retirada total do Estado da economia, e a abertura da economia aos investimentos estrangeiros, mediante a criação de novos veículos de investimentos e a adoção de um regime cambial mais livre quanto à formação de preço e aprovação de fluxos⁴.

Entre outras inovações trazidas à Lei nº. 6.404/76, a nova lei societária acrescenta ao texto de 1976 a possibilidade expressa de inclusão no estatuto social de cláusula compromissória, com base na qual as resoluções de conflitos societários verificados entre os acionistas controladores e os minoritários, e/ou entre a própria companhia e os seus acionistas serão necessariamente levados à arbitragem, em detrimento da justiça estatal, nos termos especificados no estatuto social da companhia.

Assim sendo, a Lei nº. 10.303/01 acrescentou ao artigo 109 da Lei nº. 6.404/76 o § 3º inserido na seção da Lei que trata dos “Direitos Essenciais” dos acionistas.

Conforme descrito por Modesto Carvalhosa, “a inovação vem ao encontro da necessidade, inerente à própria dinâmica das atividades econômicas, de maior eficiência na solução de conflitos (...)”⁵.

No entanto, a temática referente à cláusula compromissória em estatutos sociais ganha importância ao considerarmos que, no que se refere às companhias abertas, a adoção da arbitragem como meio de resolução de conflitos societários é um dos requisitos necessários para que a companhia seja listada nos segmentos especiais da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) designados como Nível 2 de Governança Corporativa e Novo Mercado. Dessa forma, os estatutos sociais das

⁴ BERTOLDI, Marcelo M. (Coord.). *Reforma da lei das sociedades anônimas: comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵ 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*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 321.

companhias listadas no Nível 2 de Governança Corporativa ou no Novo Mercado devem conter uma cláusula arbitral, como uma das formas de se atestar o grau de transparência e comprometimento dessas companhias em relação às práticas de governança corporativa.

Por sua vez, a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) também reconheceu a cláusula compromissória estatutária como importante instrumento às boas práticas corporativas, recomendando inclusive a sua adoção no texto intitulado “Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa” na Seção III que trata da proteção aos direitos dos acionistas minoritários⁶.

Entretanto, diante das características da sociedade por ações, que, segundo Armando Luiz Rovai, pode ser definida como “o tipo societário destinado aos grandes empreendimentos empresariais, que envolvem altos investimentos financeiros e que têm por objetivo o desenvolvimento da estrutura econômica”⁷, e tida como sujeito de direitos e obrigações constituído pela vontade comum dos acionistas e mediante um contrato plurilateral, comportando em seu quadro social uma grande movimentação de acionistas, em especial nas companhias de capital aberto⁸, a inserção da cláusula compromissória no estatuto social pode apresentar algumas dificuldades, principalmente quando inserida no estatuto social mediante aprovação única pelo acionista controlador ou pelo grupo de controle, detentores do número de ações ordinárias necessárias para a aprovação de reforma estatutária, de modo a afastar a possibilidade de resolução de conflitos societários havidos com os acionistas minoritários na jurisdição estatal, resultando, por hipótese, em abuso de poder de controle.

Assim sendo, o objeto da presente dissertação refere-se à questão da introdução da cláusula compromissória, em estatutos sociais, para dirimir conflitos entre o acionista controlador e os acionistas minoritários e/ou entre a companhia e os seus acionistas minoritários, e advém do possível confronto das questões acima com o princípio da inafastabilidade da apreciação de lesão ou ameaça de direito pelo Poder Judiciário, previsto expressamente no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, quando da inserção da referida cláusula

⁶ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa*. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/cartilha/cartilha.doc>>. Acesso em: 31 mai. 2009.

⁷ ROVAI, Armando Luiz. *Direito de empresa (Ponto a ponto)*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 49.

⁸ Nos termos do art. 4º da Lei nº. 6.404/76, companhias de capital aberto são aquelas cujos valores mobiliários de sua emissão são admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários.

compromissória por reforma estatutária aprovada, unicamente, pelo acionista controlador ou pelo grupo de acionistas que detém o controle acionário, sem a aprovação, por parte dos demais acionistas, em especial os minoritários, configurando-se, por hipótese, que a reforma estatutária se deu com abuso de poder por parte do acionista controlador, nos termos da alínea “c” do § 1º do artigo 117 da Lei nº. 6.404/76⁹.

Apesar da celeridade, do sigilo do procedimento arbitral e da especialidade dos árbitros e das demais vantagens existentes no procedimento arbitral, nas questões que envolvem os conflitos entre o acionista controlador e os acionistas minoritários e/ou entre estes e a companhia *vis-à-vis* o procedimento jurisdicional, a via arbitral pode se tornar desvantajosa para tais acionistas minoritários, conforme analisaremos a seguir.

Ademais, no que se refere ao acima exposto, como veremos em capítulo específico, a doutrina diverge quanto à oponibilidade da cláusula compromissória perante os acionistas da companhia que, *a priori*, não se vincularam formalmente a tal cláusula, na medida em que o acionista controlador pode inserir, a seu exclusivo critério, mediante reforma do estatuto social, a cláusula compromissória, minando as alternativas de defesa dos acionistas minoritários, configurando-se, por conseqüência, em um mecanismo de abuso de poder por parte do acionista controlador.

De acordo com Modesto Carvalhosa, citando Rodriguez-Arias, age com abuso de poder o acionista controlador quando

[...] o agente não exerce com moderação a prerrogativa que lhe é legalmente atribuída, fazendo-o contrariamente ao interesse de terceiros e com o objetivo de causar-lhes danos, seja **cerceando-lhes o exercício de seus direitos**, seja visando a alcançá-los, com o abuso, enriquecimento ilícito ou vantagem sem justa causa.¹⁰ (grifo nosso)

⁹ Art. 117 – O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: (...) c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários (...).

¹⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 2º volume, artigos 75 a 137. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 445.

Dessa maneira, o acionista controlador pode, por meio de um comportamento ilícito e danoso, na medida em que é titular de um direito que lhe outorga poder, susceptível, por ato ilícito seu, de ser desviado ou abusivamente exercido.

Na hipótese em questão, o acionista controlador pode agir com abuso de poder de controle para impor a cláusula compromissória, com a única finalidade de prejudicar os acionistas minoritários que não poderiam mais se valer do Poder Judiciário, nas questões envolvendo a própria companhia e os acionistas minoritários e, principalmente, nas questões envolvendo o acionista controlador e os minoritários.

Vale lembrar que apenas em determinados casos elencados no artigo 137 da Lei nº. 6.404/76 é dado ao acionista dissidente o direito de se retirar da sociedade, mediante o reembolso do valor de sua participação. Note-se, entretanto, que tal permissão não existe para o caso da reforma estatutária acima referida.

Ainda segundo Modesto Carvalhosa¹¹, o estatuto social não pode afastar dos acionistas que não aderiram expressamente à cláusula compromissória, o direito constitucional de recorrerem ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988), ao argumentar que a cláusula compromissória não é norma organizativa da companhia, não vinculando, assim, a todos os seus acionistas, constituindo-se em um pacto parassocial. Portanto, somente aqueles acionistas que aderiram expressamente, nos termos do disposto no § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem, à cláusula compromissória estariam vinculados aos seus termos. Os demais acionistas, de acordo com esse entendimento, poderiam livremente recorrer ao Poder Judiciário.

Por outro lado, alguns autores, como Cláudio Finkelstein¹², argumentam que a prerrogativa de ajuizar ações, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 é passiva de transação de direitos, sendo que se houver concordância expressa ou tácita quanto à inserção de cláusula compromissória no estatuto social o acionista estará vinculado à arbitragem, desde que tal inclusão tenha sido aprovada com quorum legal. Neste caso, argumenta-se que a lei não estabelece que nas arbitragens societárias a declaração deva ser expressa, nem

¹¹ Ibidem. p. 330.

¹² FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem no direito societário. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; MARTINS PROENÇA, José Marcelo (Coord.). *Direito societário: sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 303-321.

veta a renúncia tácita. A submissão ao procedimento arbitral pode ser implícita, desde que seja inequívoca.

No entanto, a inserção da cláusula compromissória, especialmente no estatuto social de companhias de capital aberto, quando realizada mediante reforma estatutária empreendida com a aprovação apenas do acionista controlador, ou do grupo controlador, pode configurar abuso de poder, quando realizada em detrimento dos acionistas minoritários, de modo a afastar a jurisdição estatal para dirimir conflitos eventualmente havidos entre o acionista controlador e os minoritários e/ou entre a companhia e os acionistas.

Pois este é o escopo da presente dissertação. Analisar as implicações da inserção da cláusula compromissória nos estatutos sociais, pelo acionista controlador, de forma a minar as possibilidades de defesa dos acionistas minoritários por intermédio do Poder Judiciário, agindo o acionista controlador com abuso de poder de forma a prejudicar os acionistas minoritários.

Para tanto, serão estudadas e expostas as mais variadas linhas de pensamento acerca do objeto desta dissertação, tanto por doutrinadores nacionais quanto por estrangeiros, no que há de mais moderno e atual a respeito do assunto. Outrossim, a análise da legislação pertinente também será objeto da presente dissertação, sendo que a legislação de países como a França e os Estados Unidos da América também será apreciada e discutida. A análise da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros será necessária para verificar o tratamento que vem sendo dado pelo Poder Judiciário ao quanto nos propomos a redigir.

Ressalte-se que o tema ora proposto relaciona-se à linha de pesquisa intitulada “Poder Econômico e seus Limites Jurídicos”, uma vez que propõe o estudo do poder econômico, sob o prisma do acionista controlador ou do bloco de controle que, utilizando-se do seu poder de controle, pode agir de forma abusiva quando delibera pela inclusão, mediante reforma estatutária empreendida unicamente por este, de cláusula compromissória visando a afastar os acionistas minoritários da jurisdição estatal, quando da resolução de conflitos no âmbito da companhia, de modo a dificultar, por hipótese, a defesa dos direitos dos acionistas minoritários.

Diante desses breves comentários, podemos vislumbrar a magnitude das discussões acerca da inserção da cláusula compromissória no estatuto social de

uma determinada companhia quando realizada pelo acionista controlador visando prejudicar os acionistas minoritários, em flagrante configuração de abuso de poder.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM COMERCIAL

1.1 Evolução mundial

Para que possamos fazer uma análise da arbitragem, como uma das formas privadas de solução de litígios, faz-se necessário que, preliminarmente, estudemos a sua origem que data de aproximadamente 3.000 a.C.

Um dos estudos mais completos sobre a origem da arbitragem foi elaborado por Guido Fernando Silva Soares¹³. De acordo este autor, “[...] mesmo em tempos onde não se cogitava da existência de um direito internacional, muitas das formas de soluções pacíficas de litígios entre grupos sociais já tinham aparecido”.¹⁴

Já existiam, nos litígios entre as primitivas tribos, procedimentos pacíficos para a solução desses litígios, tais como a mediação e a arbitragem. Inclusive, relata-nos Guido Fernando Silva Soares que se supõe que as soluções de contendas entre Egito, Kheta, Assíria e Babilônia eram solucionadas por meio da mediação e que a doutrina cita um caso de arbitragem entre Cidades-Estados da Babilônia, cerca do ano 3.000 a.C. No Oriente antigo, é ainda mencionado o caso de hebreus, que resolviam os litígios de direito privado, pela arbitragem, em uma câmara composta de três árbitros, conhecida como Beth-Din.

A arbitragem internacional teve o seu berço na Grécia com a sua utilização para a solução de litígios envolvendo questões fronteiriças. Os autores gregos informam que a arbitragem reporta-se aos tempos míticos da Grécia, quando os conflitos entre deuses e heróis eram resolvidos por meio da arbitragem. Na mitologia grega, os deuses aparecem como mediadores entre rivais.

Guido Fernando Silva Soares explica que

[...] se as soluções pacíficas puderam existir na Grécia antiga foi porque existiu a possibilidade de haver deuses comuns a várias cidades, portanto, valores comunitários mais amplos, o que de fato

¹³ SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem Internacional (Introdução histórica). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva 1978. p. 374-402.

¹⁴ Op. cit., p. 375.

aconteceu, na medida em que se firmou uma religião pan-helênica e se criou um verdadeiro direito intermunicipal.¹⁵

Assim, a Grécia antiga se tornou, além do berço da arbitragem internacional, o berço do direito internacional privado, pois foram sendo inseridas nos tratados de paz ou de comércio cláusulas de “estipulações de não cometer injustiça” ou “para não mais praticar atos arbitrários”, em favor dos cidadãos da outra parte contratante.

Em 445 a.C., foi concluído o tratado de paz entre Esparta e Atenas, que continha cláusulas compromissórias. Esse tratado, conhecido como Tratado de Nícias, estipulava que não era mais permitido aos lacedemônios e a seus aliados de guerrear contra os atenienses e seus aliados, assim como o contrário. Caso um conflito fosse deflagrado, a sua solução se daria por meio de um procedimento acordado pelas partes.

Até o século II a.C., nas relações particulares, o procedimento arbitral coexistiu com o processo judicial estatal, apesar do intenso aperfeiçoamento do julgamento por funcionários estatais detentores do poder judicante.

Nessa época, a base jurídica da arbitragem entre os entes particulares ou entre as cidades gregas, segundo Guido Fernando Silva Soares¹⁶, se consubstanciava em “[...] um compromisso, contrato especial, ou uma cláusula compromissória inserta nos contratos ou tratados de comércio, de aliança ou de paz”. O direito então aplicado era o direito comum dos Helenos, intermunicipal, germe de um direito internacional.

Na Grécia antiga, como hoje, os árbitros eram escolhidos pelas próprias partes, sendo, na maior parte das vezes, um rei, um magistrado ou um homem público qualquer. Em algumas situações apareciam instituições religiosas como o Congresso Anfictiônico ou o Oráculo de Delfos.

As sentenças arbitrais eram gravadas em muros de templos, em estelas ou no pé de estátuas, quando relativas a assuntos intermunicipais.

Mesmo com a dominação romana, no século II a.C., a arbitragem continuou a ser utilizada na Grécia, para a solução de conflitos de fronteiras entre as cidades,

¹⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem Internacional (Introdução histórica). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva 1978. p. 374-402.

¹⁶ Op. cit., p. 376.

sob a forma de um compromisso, contrato especial ou uma cláusula compromissória inseridas em contratos ou em tratados de paz, conforme anteriormente mencionado.

Em Roma, o instituto da arbitragem foi aperfeiçoado. A arbitragem tinha então base contratual e era tratada como um ato de natureza pactícia, nas várias fases do direito romano. As partes podiam também assinar um compromisso em que estipulavam respeitar a decisão arbitral e, nos contratos, podiam instituir cláusulas compromissórias.

Para que o compromisso ou a cláusula compromissória fosse respeitada, era concedida uma ação pelo pretor denominada *arbiter in causis bonae fidei*. Se houvesse penalidade inserida no compromisso ou no contrato, *stipulatio poenae*, havia a ação *conditio ob rem dati re non secuta*, para restituir a soma devida pela parte que não permitisse a constituição da arbitragem e recorresse à justiça estatal.

A decisão arbitral era irrecorrível aos tribunais, porém, não existiam meios legais para compelir o seu cumprimento pela parte recalcitrante.

Diferentemente da justiça togada, o árbitro, em Roma, não precisava se submeter a qualquer lei ou fórmulas-rituais. Desse modo, a arbitragem, com a sua informalidade, muito contribuiu para a quebra da rigidez do processo romano.

Durante o Baixo Império, no período de Justiniano, a arbitragem se aperfeiçoou ainda mais. Justiniano instituiu uma ação real para compelir a parte recalcitrante à execução do laudo arbitral, estando, por sua vez, vedado ao juiz julgar o fundo da questão. No entanto, posteriormente, Justiniano, em sua primeira Constituição, alterou esse sistema de modo a permitir ao juiz intervir na execução do laudo, caso tivesse havido uma *stipulatio poenae*, no compromisso ou na cláusula compromissória.

Guido Fernando Silva Soares observa que¹⁷

[...] se, no terreno das relações com outros povos, a contrário das relações no mundo pan-helênico, o direito romano regrediu na aplicação da arbitragem, nas relações entre particulares, tornaram o instituto mais consentâneo com o mundo dos negócios. Outro fator importante a observar na evolução da arbitragem é que, sob a influência do ideário cristão, a arbitragem se estenderia para um domínio cinza, entre público e privado, para incluir casos em que ela se torna forçada, ao estabelecer, necessariamente, os bispos, como árbitros nas causas entre religiosos e leigos.

¹⁷ Op. cit., p. 379.

Já na Idade Média, a arbitragem encontrou terreno favorável ao seu desenvolvimento e expansão. Tanto nas arbitragens públicas quanto nas privadas verifica-se a interferência contínua dos enviados do Papa, como mediadores ou conciliadores em assuntos políticos das comunas e das ordens religiosas. Além disso, decretos editados em várias regiões da Europa atribuíam aos bispos o conhecimento de causas envolvendo conflitos entre parentes em matéria de partilha ou de tutela.

O sucesso e o desenvolvimento da arbitragem na Idade Média deveu-se, principalmente: (i) à reiterada prática arbitral por parte da Igreja Católica romana, haja vista ser esta proprietária de grandes áreas de terras; (ii) ao aparecimento de arbitragens intermunicipais, como ocorria na Grécia antiga, para a solução de litígios territoriais; e (iii) à concentração de poder na figura dos proprietários de terras e do rei, não havendo distinção entre público e privado, necessitando assim existir um recurso à arbitragem pelo superior hierárquico para resolver questões privadas.

Na Idade Média, principalmente após o século XII, encontramos diversos casos de arbitragem entre cavaleiros, barões, proprietários feudais e soberanos. Podemos mencionar como exemplos de arbitragem o caso em que São Luís, rei de França, em 1264, arbitrou o litígio entre Henrique III, da Inglaterra, e seus barões, e a linha de Tordesilhas, fixada pelo Papa Alexandre VI, que dividiu entre a Espanha e Portugal as terras que seriam descobertas no Novo Mundo.

A arbitragem comercial surgiu também na Idade Média. Com a formação das corporações de ofício e de profissões liberais, havia a necessidade de buscar soluções privadas de litígios.

Dessa maneira, a arbitragem comercial se desenvolveu junto com as feiras e com o desenvolvimento e fortalecimento do comércio. Em 1250, por exemplo, São Luís mandou que fosse feita uma lista de comerciantes engajados nas atividades mercantis para que pudessem ser compostos tribunais arbitrais.

Mais tarde, ainda na França, em 1637, uma lei estipulava que nos contratos de sociedade ou de seguro marítimo, caso não houvesse cláusula compromissória, esta seria inserida *ex officio* para determinadas matérias.

A arbitragem, como forma de solução de controvérsias, teve o seu reconhecimento oficial nos Decretos de 16 e de 24 de agosto de 1791, na França, durante o período da Revolução Francesa. Esses Decretos qualificavam a arbitragem entre particulares como “o meio mais razoável de terminar uma contestação entre cidadãos”, acrescentavam ainda que “os legisladores não poderão baixar nenhuma disposição que tenda a diminuir, seja o favor seja a eficácia do compromisso”.¹⁸ Nesse mesmo sentido, a Constituição francesa de 1791 estabelecia que “o direito dos cidadãos de terminar definitivamente suas contestações pela via da arbitragem, não pode sofrer qualquer lesão pelos atos do poder legislativo”.¹⁹

Assim, verificamos que a arbitragem teve um papel muito importante na solução das controvérsias entre particulares durante o período da Revolução Francesa, tendo inclusive aumentado os casos de arbitragem obrigatória.

Já no século XX, no âmbito internacional, foram firmados dois importantes documentos acerca da arbitragem comercial: (i) o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais, de 24 de setembro de 1923; e (ii) o Tratado de Genebra sobre Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 26 de setembro de 1927.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (“OEA”), em 1933, durante a VII Conferência Internacional dos Estados Americanos, foi constituída a Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (“CIAC”), a fim de instalar e manter um sistema de conciliação e arbitragem em matéria comercial. No entanto, esse sistema somente viria a funcionar, a partir de 1968, com a aprovação dos Estatutos da CIAC.

Apesar do desenvolvimento da arbitragem no século XIX, e primeira metade do século XX, esta somente começaria a ser utilizada em larga escala em operações comerciais após a década de 1950.

Nessa década, a maior utilização dos contratos comerciais internacionais e o aumento no fluxo internacional de investimento direto de capital privado oriundos dos países desenvolvidos, em empreendimentos comerciais e industriais, especialmente na América Latina, foram os principais fatores que proporcionaram a incrementação da arbitragem comercial.

¹⁸ SOARES, op. cit., p. 385.

¹⁹ Título III, Capítulo V, art. 5º.

Guido Fernando Silva Soares²⁰ relata que, na década de 1960, a Organização das Nações Unidas (“ONU”) havia recenseado 127 instituições permanentes de arbitragem em todo o mundo, tais como as Cortes Arbitrais das Câmaras de Comércio de Londres, Genebra, Estocolmo e do Comércio Exterior da antiga URSS.

A UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, em sua XVIII sessão, realizada entre 03 e 21 de junho de 1985, em Viena, elaborou e publicou a Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional. Plínio José Lopes Shiguematsu²¹ cita a opinião de Guido Fernando Silva Soares acerca desta Lei-Modelo, nos seguintes termos:

[...] um perfeito paradigma para legislações nacionais sobre arbitragem, seja na forma de uma regulamentação paradigmática universal, como o Regulamento da Arbitragem de 1976, conjunto de normas sobre procedimentos mínimos na arbitragem, que servem de parâmetros para sua adoção por comissões ou centros de arbitragem *ad hoc*, que as partes constituíram entre elas, sem qualquer referencial a normas previamente elaboradas por organizações privadas existentes.

Verificou-se, após a década de 1980, um grande processo de revisão por diversos países de suas legislações sobre arbitragem comercial, a fim de adequá-las às novas práticas de comércio que se faziam presentes.

Plínio José Lopes Shiguematsu²², a título exemplificativo, menciona os países e as datas que se deram tais revisões: França (1982); Áustria (1983); Suécia (1984); Suíça (1987); Hong Kong (1982, 1983, 1985, 1987, 1989 e 1991); Itália (1994); e Inglaterra (1996).

No âmbito do Mercado Comum do Sul – Mercosul, do qual o Brasil é um dos Estados-Partes, foi concluído em Buenos Aires, em 23 de julho de 1998, o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, com o intuito de proporcionar ao setor privado dos Estados-Partes do Mercosul métodos alternativos para a solução de controvérsias comerciais internacionais surgidas em seu âmbito.

O Brasil promulgou o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, por meio do Decreto nº 4.719, de 04 de junho de 2003, que inovou em seu

²⁰ Op. cit., p. 394.

²¹ SHIGUEMATSU, Plínio José Lopes. *A arbitragem comercial internacional e seus campos de regência*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 13.

²² Op. cit., p. 13.

artigo 19 ao prever a possibilidade de serem concedidas medidas cautelares pelo tribunal arbitral.

Consoante o disposto no artigo 19 deste Acordo, a qualquer tempo do processo arbitral, por petição da parte, o tribunal arbitral poderá dispor, por conta própria, as medidas cautelares que estime pertinentes resolvendo, se for o caso, sobre a contra cautela.

Outrossim, o tribunal arbitral poderá solicitar, *ex officio* ou por petição da parte, à autoridade judicial competente, a adoção de uma medida cautelar.

1.2 Evolução no Brasil

Depois da análise da evolução da arbitragem comercial no mundo, passaremos a seguir a analisar a evolução deste instituto em nosso País.

A arbitragem comercial surgiu, primeiro, em nossa legislação, na Constituição Imperial de 1824, artigo 160, como forma de solucionar as divergências civis, *in verbis*: “Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”.

O Código Comercial de 1850 dispunha que a arbitragem era obrigatória para assuntos comerciais. Em 1866, tal obrigatoriedade foi abolida pela Lei nº 1.350, que revogou os artigos 245 e 294, pois essa obrigatoriedade à época era entendida como inconstitucional.

Plínio José Lopes Shiguematsu²³ cita Dalmo de Abreu Dallari, que, em estudo sobre a arbitragem, traz comentários de Pimenta Bueno sobre este instituto no século XIX, no Brasil:

Esse dispositivo constitucional foi objeto de comentários muito precisos e que hoje continuam absolutamente atuais, na obra *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, publicada originariamente em 1857, de autoria de Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, por todos reconhecido como o mais autorizado dos comentadores da Constituição do Império. Ressaltando o conteúdo democrático da escolha de árbitros pelos interessados, diz Pimenta

²³ Op. cit., p. 7.

Bueno: “A nossa lei fundamental, protetora e liberal como é, ao mesmo tempo em que constitui a justiça, ou tribunais de jurisdição pública em benefício dos cidadãos, faculta a eles nos termos do seu artigo 160, o direito de preferir juízes de sua própria escolha, a quem autorizem para que decidam suas questões particulares, e legitima mesmo o compromisso de ser esse julgamento peremptório e sem recurso”. E quanto às vantagens práticas e conveniências do uso de árbitros acrescenta o autor: “O juízo arbitral voluntário é com efeito o tribunal mais natural, é o fruto da escolha e aprazimento das partes, sem delongas, sem despesas, sem inimizades e injúrias. A lei não deve impô-lo senão com muita reserva, e só em casos especiais, mas deve garanti-lo, como faz, sempre que proceder de inspiração das próprias partes.

Em 1867, por meio do Decreto nº 3.900, de 26 de junho, que regulamentou a Lei nº 1.350/66, a jurisdição arbitral no Brasil adotou uma nova regulamentação. De acordo com Jürgen Samtleben²⁴, o art. 9º deste Decreto foi de fundamental importância para a evolução do direito, ao estabelecer que a cláusula arbitral sobre litígios futuros somente possui valor de promessa.

O Decreto nº 3.900/67 permaneceu em vigor concomitantemente com o Código Civil de 1916, sendo posteriormente revogado pelos códigos de processo civil dos Estados e da Federação.

Do mesmo modo, a jurisdição arbitral obrigatória, em certas transações comerciais, instituída por leis estaduais, foi sendo paulatinamente abolida, por ser considerada inconstitucional.

Em 1916, com a edição do antigo Código Civil, foram estabelecidos os fundamentos jurídicos dos contratos de arbitragem. Pelas regras do art. 1.037, as pessoas capazes de contratar poderiam, a qualquer tempo, acordar em submeter as suas divergências judiciais ou extrajudiciais a árbitros.

O contrato de arbitragem, quando em um litígio pendente, poderia ser concluído desde que celebrado por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal pelo qual tramitasse a demanda, já o extrajudicial dava-se por escritura pública, ou particular, assinada pelas partes e duas testemunhas.

²⁴ SAMTLEBEN, Jürgen. Histórico da Arbitragem no Brasil. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). *Arbitragem – Lei Brasileira e Praxe Internacional*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1996. p. 41.

O art. 1.039 dispunha sobre o objeto do litígio, assim como sobre os árbitros escolhidos e seus substitutos. Por sua vez, os arts. 1.040 a 1.047 traziam disposições mais detalhadas sobre o conteúdo do contrato arbitral.

Pelas disposições do Código Civil de 1916, aplicavam-se, quando possível, aos contratos de arbitragem as disposições relativas à transação. Além disso, a arbitragem somente era permitida para solucionar divergências envolvendo direitos patrimoniais de natureza privada.

A Constituição Federal de 1934, elaborada durante o governo de Getúlio Vargas, trazia em seu bojo referência expressa à arbitragem comercial, na medida em que estabelecia em seu art. 5º, XIX, “c”, que competia privativamente à União legislar sobre normas fundamentais sobre arbitragem comercial.

Por seu turno, a Constituição Federal de 1946, a primeira promulgada em um Estado Democrático de Direito, após quinze anos de ditadura, previa, em seu art. 141, § 4º, a garantia da via judicial. Segundo Jürgen Samtleben²⁵, essa disposição inserida na Constituição Federal representava uma reação às restrições impostas aos tribunais durante o Governo Vargas e não visava a arbitragem.

Essa mesma garantia foi repetida pelas Constituições de 1967, art. 150; Constituição de 1969, art. 153, § 4º; e Constituição de 1988, art. 5º, XXXV.

Em 11 de janeiro de 1973, foi instituído o atual Código de Processo Civil, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1974. O Código de Processo Civil previa em seu Capítulo XIV, artigos 1.072 a 1.102, disposições acerca da arbitragem, nos mesmos moldes do Código Civil de 1916, porém, com disposições mais detalhadas²⁶.

O Código de Processo Civil trazia disposições mais pormenorizadas sobre os árbitros, sendo que a restrição quanto a estes serem estrangeiros foi revogada. No entanto, a sentença arbitral continuava necessitando de homologação judicial para que pudesse produzir efeitos e contra essa decisão judicial cabia recurso. O recurso não podia ser excluído pela cláusula arbitral, contudo, caso fosse negado provimento à apelação, poderia ser acordada uma pena convencional.

²⁵ Op. cit., p. 39.

²⁶ Tais disposições foram revogadas pela Lei nº 9.307/96.

A Lei das Sociedades por Ações – Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, prevê em seu artigo 129, § 2º, a arbitragem como forma de solucionar controvérsias, como na hipótese de ocorrer empate em votação por assembléia geral, mesmo que o estatuto social não remeta expressamente à arbitragem, os acionistas podem remeter o caso para ser decidido por um terceiro.

Ademais, o artigo 118, § 3º, da Lei nº 6.404/76 traz a previsão de execução específica das obrigações assumidas quanto à compra e venda de ações, à preferência para adquiri-las ou o exercício de direito de voto. Após os acionistas terem acordado que um terceiro pode solucionar conflitos relacionados a assuntos da companhia, o acionista que tenha participado do acordo não pode se eximir de cumpri-lo.

Dessa maneira, Plínio José Lopes Shiguematsu²⁷ cita Celso Barbi Filho, que aponta essa possibilidade como uma das duas únicas ocasiões na qual a cláusula arbitral obrigaria ao cumprimento, não ocasionado somente um *pacto in promittendo*:

A primeira delas é quando, em um contrato qualquer, a cláusula arbitral é firmada ao amparo do Protocolo Relativo às Cláusulas Arbitrais, de Genebra, de 1923, vigente no Brasil, após sua ratificação e promulgação pelo Decreto nº 21.187. E a segunda é a da cláusula arbitral inserida em acordo de acionistas de sociedades anônimas, uma vez que a própria Lei das S.A. prevê expressamente que, nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas (art. 118, § 3º). Isso faz supor que a cláusula arbitral nesses acordos tenha execução específica, não se resolvendo em perdas e danos. [...] tendo em apoio esse ponto de vista, animo-me a concluir que a estipulação de cláusula arbitral em acordo de acionistas enseja a solução de eventual controvérsia por arbitragem, independentemente da celebração voluntária de compromisso posterior ao surgimento do conflito.

Após mais de quinze anos de discussões e da apresentação de diversos projetos, foi aprovada, pelo Congresso Nacional, a Lei de Arbitragem – Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que inovou por completo a arbitragem comercial no Brasil.

Mais recentemente, modificando diversos artigos da Lei das S.A., a Lei nº. 10.303, de 31 de outubro de 2001, estabeleceu expressamente a possibilidade de se utilizar a arbitragem, nos estatutos sociais, como forma de solução dos conflitos

²⁷ SHIGUEMATSU, op.cit. p. 12.

entre a companhia e os seus acionistas ou entre acionistas minoritários e acionista controlador.

2 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Nas palavras de um dos autores do projeto de lei que originou a Lei nº. 9.307/96, Carlos Alberto Carmona, a arbitragem pode ser conceituada como um²⁸:

[...] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo, com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão arbitral destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Em outras palavras, a arbitragem pode ser definida como um meio privado de resolução de litígios civis, presentes ou futuros, nacionais ou internacionais, que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, por meio de um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.

Assim, diferentemente do que ocorre na jurisdição estatal, na arbitragem as partes podem escolher de comum acordo os julgadores, ou seja, o árbitro ou árbitros que irão dirimir aquele determinado litígio presente ou futuro.

Desse modo, a arbitragem se diferencia da jurisdição estatal pelo fato de que as partes podem livremente escolher o árbitro ou árbitros, as formas de litígios que podem ser decididos por meio de arbitragem, isto é, os litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, e a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, quando condenatória, constitui título executivo.

Outro ponto importante que caracteriza o instituto da arbitragem é o fato de que ela pode ser de direito ou de equidade e que as partes podem escolher as regras de direito que serão aplicadas no processo arbitral, podendo assim a

²⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.

arbitragem se realizar com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.

Ponto que diferencia o processo arbitral do judicial é a confidencialidade daquele. Nesse sentido, José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista²⁹ mencionam que o caráter confidencial da arbitragem pode ser classificado como um dos seus mais importantes fatores. Na arbitragem, o conhecimento do litígio fica circunscrito apenas às partes e aos árbitros.

A arbitragem pode ser classificada de diversas formas. As mais usuais são:³⁰

- (i) arbitragem voluntária e obrigatória;
- (ii) arbitragem formal e informal;
- (iii) arbitragem de direito e de equidade;
- (iv) arbitragem *ad hoc* e institucional; e
- (v) arbitragem interna e internacional.

No que se refere à natureza jurídica da arbitragem, existem, na doutrina brasileira, três principais correntes³¹. A primeira é aquela que entende que a arbitragem possui natureza privatista, corrente esta liderada por Chiovenda.

De acordo com os autores que pregam que a arbitragem possui natureza privatista, a arbitragem seria puramente de natureza contratual, haja vista que as partes, ao celebrarem o compromisso arbitral, obrigam-se a cumpri-lo, em decorrência do princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), sendo que a sentença arbitral somente se aperfeiçoaria quando recebesse a força e a autoridade do Estado. Ainda, de acordo com esta corrente, o árbitro não possui poder jurisdicional.

Uma segunda corrente entende que a arbitragem possui natureza publicista (ou processualista) e é liderada, no Brasil, por Carlos Alberto Carmona. Segundo essa corrente, a fonte dos poderes dos árbitros advém da convenção arbitral. Nesse

²⁹ MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 17.

³⁰ ROCHA, José de Albuquerque. *A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23.09.1996): Uma avaliação crítica*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 38 et seq.

³¹ ROSSI, Lívia. Arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 129, p. 186-205, jan./mar. 2003.

sentido, Cândido Rangel Dinamarco³² cita Carlos Alberto Carmona, que, adepto da corrente publicista, sustenta a natureza jurisdicional da arbitragem, conceito com o qual Dinamarco concorda em parte. Para esse jurista, as funções dos árbitros são de natureza parajurisdicional, pois se o árbitro não as exerce com o escopo jurídico de atuar a vontade da lei, na convergência em torno do escopo social pacificador, há algo muito forte que aproxima a arbitragem da jurisdição estatal.

Por último, há a corrente que prega a natureza mista ou conciliadora da arbitragem, tendo como seu principal expoente Carnelutti. Expõe essa corrente que a decisão do árbitro não é uma sentença, uma vez que necessita de uma decisão judicial para ser executável. Por outro lado, o árbitro e o juiz estatal concorrem para o julgamento do litígio, contribuindo ambos para a constituição da sentença.

Ainda no que tange à natureza jurídica da arbitragem, Sebastião José Roque³³ entende que a arbitragem é uma jurisdição, uma forma de justiça privada, que busca dirimir litígios, decidir confrontos.

Para esse autor³⁴, a convenção arbitral tem um sentido nitidamente contratual, porém o que diferencia a convenção arbitral do contrato é o aspecto não-patrimonial da convenção. Pode-se, desse modo, considerar a arbitragem como um sistema convencional para estabelecer uma jurisdição, em que a arbitragem é convencional pela sua origem e jurisdicional por sua função.

De acordo com esse entendimento, a sua natureza contratual está presente até o instante em que a cláusula compromissória é firmada. A arbitragem poderia derivar de um acordo entre as partes, porém há uma diferença fundamental nesse aspecto. No acordo as partes resolvem encerrar o litígio que surgiu entre elas, enquanto que na arbitragem as duas partes elegem um terceiro para solucionar o conflito existente entre estas. Dessa maneira, a arbitragem é contratual até o instante da cláusula compromissória.

Em defesa da natureza publicista ou processualista da arbitragem, Carlos Alberto Carmona³⁵ assinala que os cinco elementos que compõem a jurisdição são a

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2003. p. 19 et seq.

³³ ROQUE, José Sebastião. *Arbitragem – A solução viável*. São Paulo: Ícone, 1997. p. 15 et seq.

³⁴ Op. cit.p. 17.

³⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 35.

notio, vocatio, coertio, iudicium e executio, ou seja, esses são os elementos com os quais os juízes estatais contam no exercício de suas funções.

Por sua vez, os árbitros podem conhecer e decidir litígios em que estão intervindo, porém não podem realizar alguns atos de natureza coercitiva que somente os juízes podem exercer. Dessa maneira, os árbitros se diferem dos juízes estatais por carecerem de *coercio* e de *executio*.

Por seu turno, José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista³⁶ expõem que, assim como visto acima, discute-se se a arbitragem possui natureza puramente contratual, ou se, ao contrário, possui caráter jurisdicional por ser atividade sucedânea e complementar do Poder Judiciário.

Em vista dos argumentos que advogam pela sua natureza puramente contratual ou pelo seu caráter jurisdicional, José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista entendem que a arbitragem possui base contratual que se consubstancia na convenção de arbitragem, de caráter estritamente consensual, e que estabelece as diretrizes do juízo arbitral que institui.

Ocorre que a sentença arbitral não é ato que integra a convenção de arbitragem, mas nela tem o seu fundamento e seus limites, sendo que seus efeitos decorrem da lei e não da vontade das partes.

Concluem assim José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista que a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial e, também jurisdicional, em vista da natureza pública da sentença arbitral, como forma privada de solução de litígios.

Diante dos argumentos apresentados nos parágrafos anteriores, entendemos que a arbitragem possui natureza nitidamente contratual, em vista da convenção de arbitragem firmada pelas partes, de comum acordo, comprometendo-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a um contrato, determinando ou não *a priori* as regras que serão seguidas pelo juízo arbitral.

Com o surgimento do litígio e a instauração do juízo arbitral, a arbitragem adquire um caráter quase-jurisdicional, por ser exercida por árbitros, escolhidos pelas partes, pois a jurisdição em si somente pode ser exercida pelos juízes, por ser monopólio estatal e pelo princípio da investidura que corresponde à idéia de que a

³⁶ Op. cit., p. 20 et seq.

jurisdição só é exercida por quem tenha sido regulamente investido na autoridade de juiz.

3 LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA

3.1 Origem

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, tem como origem remota o Programa Nacional de Desburocratização introduzido em 1979, por meio do Decreto nº 83.740, pelo então Ministro Extraordinário Hélio Beltrão.

O Programa Nacional de Desburocratização visava a dinamizar e simplificar o funcionamento da Administração Pública Federal, tendo como um dos seus objetivos a diminuição da interferência do governo na atividade dos cidadãos e a revisão e eventual ajustamento das leis, regulamentos e normas em vigor.

Desse modo, este Programa visava, também, o Poder Judiciário e resultou na aceleração do trâmite dos processos da Justiça Federal e na criação de tribunais especiais de pequenas causas. Outrossim, a reforma da legislação arbitral foi alvo desse Programa, com a apresentação de projeto de lei sobre o assunto pelo Ministério da Justiça.

Em 1981, foi apresentado o primeiro anteprojeto de lei regulamentando o direito processual arbitral que revogaria as disposições sobre o tema contidas nos Códigos Civil e de Processo Civil. Esse anteprojeto considerava como vinculante a cláusula compromissória para controvérsias futuras e dava eficácia à sentença arbitral sem homologação judicial³⁷, com a justificativa de “[...] retirar do aparelho judiciário grande parte do trabalho que lhe é imposto indevidamente”.

Luiz César Ramos Pereira³⁸ relata que o Desembargador Severo da Costa, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, coordenador da comissão que elaborou o mencionado anteprojeto de lei, sustentava que “[...] a adoção da arbitragem é uma das principais tentativas de desburocratizar a Justiça”.

³⁷ SAMTLEBEN, op. cit., p. 66.

³⁸ PEREIRA, Luiz César Ramos. O juízo arbitral e o projeto de lei sobre arbitragem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 564, out. 1982. p. 275.

No entanto, uma forte oposição a esse anteprojeto se fez presente, principalmente no que se refere à desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral, por ser entendida esta como uma garantia constitucional. Assim, os estudos sobre o anteprojeto de arbitragem ficaram por mais de cinco anos paralisados.

Em 1987, foi apresentado pelo Ministério da Justiça um segundo anteprojeto de lei de arbitragem que não logrou sucesso.

Um ano após, em julho de 1988, um terceiro anteprojeto de lei que reformava as disposições pertinentes ao instituto, existentes no Código de Processo Civil, foi apresentado à sociedade. O anteprojeto de lei, enviado ao Congresso Nacional, previa a vinculatoriedade da cláusula compromissória, a admissibilidade das medidas cautelares no juízo arbitral, contudo, o anteprojeto mantinha a obrigatoriedade do reconhecimento judicial da sentença arbitral, não logrando prosseguimento no Congresso.

Após o arquivamento dos anteprojeto de lei de 1981, 1987 e 1988 sobre arbitragem, o Instituto Liberal de Pernambuco, por meio da operação denominada *Arbiter*, apresentou ao senador Marco Maciel o projeto que viria a ser o embrião da atual lei de arbitragem.

Essa operação, coordenada por Petronio R. G. Muniz, contou com a colaboração de diversos juristas e estudiosos sobre o tema, entre eles os integrantes da Comissão Relatora, Selma M. Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins, e sua Exposição de Motivos foi apresentada, em 03 de junho de 1992, ao Senado Federal. Nesta Exposição, subscrita pelo senador Marco Maciel, menciona-se que foram consultadas as mais modernas legislações sobre arbitragem do mundo e utilizadas as diretrizes da Lei-Modelo da UNCITRAL e aquelas constantes na Convenção de Nova Iorque de 1958.

No Senado Federal, o projeto de lei (“PL”) recebeu o nº. 78/1992, tendo sido aprovado em julho de 1993 e depois encaminhado à Câmara dos Deputados, onde passou a ser denominado de PL nº. 4.018/1993. Em 11 de junho de 1996, este PL foi aprovado na Câmara³⁹.

³⁹ O PL nº 4.018/1993 foi aprovado por 302 votos contra 81, tendo havido 5 abstenções, conforme informações obtidas no *site* do Senado Federal (<http://www.senado.gov.br>).

Finalmente, em 23 de setembro de 1996, a Lei nº. 9.307 foi sancionada pelo presidente da República e, posteriormente, publicada no Diário Oficial da União de 24 de setembro daquele mesmo ano.

3.2 Princípios Informadores da Lei de Arbitragem

Miguel Reale⁴⁰ afirma que toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, ou seja, de enunciados lógicos que são admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber, ou no presente caso, a Lei de Arbitragem.

Neste sentido, Miguel Reale acrescenta que:

[...] os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

A Lei de Arbitragem de 1996 tem como seus princípios informadores: (i) o princípio da autonomia da vontade; (ii) o princípio da boa-fé; (iii) o princípio do direito à tutela jurisdicional; (iv) o princípio do direito ao devido processo legal; (v) o princípio da imparcialidade do árbitro; (vi) o princípio do contraditório e da igualdade das partes; (vii) o princípio do livre convencimento dos árbitros; (viii) o princípio da motivação da sentença arbitral; (ix) o princípio da autonomia da cláusula compromissória; (x) o princípio da “kompetenz-kompetenz”; e (xi) o princípio da acessibilidade ao Poder Judiciário.⁴¹ A seguir, faremos uma breve análise de cada um desses princípios, pois o estudo dos princípios da Lei de Arbitragem é fundamental para o entendimento, por completo, de seus fundamentos e de suas origens.

O primeiro, e talvez o mais importante princípio, é o da autonomia da vontade, presente em diversos artigos da Lei de Arbitragem, que se consubstancia principalmente na liberdade plena que as partes possuem para eleger a instância

⁴⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 299.

⁴¹ LEMES, Selma M. Ferreira. Os Princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem. In: BATISTA, Pedro A. *et al. Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 73 et seq.

arbitral, conforme o disposto em seu artigo 1º, para questões que estejam presentes direitos patrimoniais disponíveis.

Dessa forma, em breves linhas, de acordo com conceituação elaborada por Modesto Carvalhosa⁴², são arbitráveis aqueles litígios que tenham por objeto direitos de que as partes possam dispor, sujeitando-se assim à transação.

Outrossim, de acordo com a definição trazida por Carlos Alberto Carmona, entende-se como direito patrimonial disponível aquele que:

[...] pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto [...] de maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família – e em especial ao estado das pessoas (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos) – aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia dos contendentes [...] São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta dos resguardos dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem [...]”⁴³

Em seu artigo 2º, a Lei de Arbitragem prevê que as partes podem escolher as regras de direito aplicáveis, desde não haja violação aos bons costumes e à ordem pública, sendo que a arbitragem pode ser de direito ou de equidade. As partes podem ainda convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito e nos usos e costumes encontrados no comércio internacional.

Além disso, os artigos 5º e 21 estabelecem que as partes podem regular o procedimento arbitral aplicável e a sua forma de condução, podendo utilizar-se de regras já estabelecidas por alguma entidade arbitral, desde que respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

⁴² Op. cit., p. 320.

⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº. 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998. p.48.

Em virtude do princípio da autonomia da vontade, as partes podem estabelecer a forma convencionada para a instituição da arbitragem, consoante o disposto no artigo 5º, bem como o prazo para a apresentação da sentença arbitral, que, caso não seja estipulado pelas partes, será, em regra, de seis meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Já o artigo 13 estabelece que as partes podem, de comum acordo, indicar o processo de escolha dos árbitros.

A autonomia da vontade encontra apenas limitação quando presentes leis imperativas nacionais ou regras de ordem pública. Faz-se importante observar tais limitações a fim de garantir a validade e a exequibilidade da sentença arbitral, tanto nas arbitragens domésticas quanto nas internacionais.

O princípio da boa-fé encontra-se na Lei de Arbitragem vinculado ao da autonomia da vontade, pois uma das partes não pode descumprir o acordo de levar um determinado litígio ao juízo arbitral, após ter eleito e firmado espontaneamente tal juízo.

Selma M. Ferreira Lemes⁴⁴ menciona que a idéia de boa-fé, por si só, é um conceito técnico estabelecido pelos juristas e utilizado como elemento de descrição ou de delimitação em diferentes fatos normativos. É um *standard* ou um modelo ideal de comportamento social, ou seja, aquele comportamento social que é considerado paradigmático.

Ao procedimento arbitral são aplicados os mesmos princípios informadores do direito processual que consubstanciam garantias constitucionais dos cidadãos.

Um desses princípios é o do direito à tutela jurisdicional presente no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, ao estatuir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Na Lei de Arbitragem, o princípio do direito à tutela jurisdicional é encontrado no seu artigo 7º, quando há resistência quanto à instituição da arbitragem, a parte poderá requerer a citação da outra para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso arbitral.

⁴⁴ Op. cit., p. 82.

O princípio do direito ao devido processo legal (“*due process of law*”) está consagrado no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988. Esse princípio engloba também a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação da decisão.

Em vista do princípio do direito ao devido processo legal presente na Lei de Arbitragem, outros três princípios processuais fundamentais também têm guarida nessa Lei: (i) o da imparcialidade do árbitro; (ii) o do contraditório e da igualdade das partes; (iii) o do livre convencimento do árbitro.

O princípio da imparcialidade do árbitro diz respeito à validade do procedimento arbitral, ou seja, a imparcialidade do árbitro é um dos pressupostos para a validade do procedimento arbitral. Assim como ocorre no procedimento judicial com o juiz, o árbitro deve se manter eqüidistante dos interessados, colocando-se entre as partes, mas acima delas.

Selma M. Ferreira Lemes⁴⁵ cita um julgado da Corte de Apelação de Paris, datado de 09 de abril de 1992, que anulou uma sentença arbitral, em virtude da ausência de imparcialidade do árbitro, enfatizando que: “A independência do árbitro é da essência da função jurisdicional [...]”.

A Lei de Arbitragem traz dispositivo⁴⁶ acerca da independência e da imparcialidade do árbitro ao estabelecer que este deve revelar, antes de aceitar a função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

Para Humberto Theodoro Júnior⁴⁷, “[...] o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza por meio do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão”.

Dessa maneira, o árbitro não pode prescindir de ouvir uma das partes durante o processo. Às partes devem ser dadas as mesmas oportunidades para se manifestarem sobre as provas e documentos constantes no processo arbitral.

⁴⁵ Op. cit., p. 97.

⁴⁶ Art. 14, § 1º.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 28-29.

O princípio do contraditório é absoluto, devendo sempre ser observado, sob pena de nulidade. A própria Lei de Arbitragem prevê no artigo 21, § 2º, que o procedimento arbitral deve respeitar o princípio do contraditório.

O princípio do livre convencimento do árbitro consiste no poder que este possui de formar sua livre convicção quanto à apreciação e avaliação das provas trazidas aos autos, indicando que o árbitro deve livremente formar sua convicção. Também, esse princípio está consubstanciado no artigo 21, § 2º, da Lei de Arbitragem.

Outro princípio de importância capilar é o da motivação da sentença arbitral. A motivação da decisão arbitral é vista como uma garantia das partes, com o intuito de que esta possa ser impugnada. A própria Constituição Federal de 1988 exige tal motivação, conforme o disposto no artigo 93, inciso IX.

A Lei de Arbitragem exige a motivação da decisão em seu artigo 26, inciso II, ao estabelecer que a sentença arbitral deve conter os seus fundamentos, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, quando o caso, se os árbitros julgaram por equidade.

O princípio da autonomia da cláusula compromissória tem sua origem no costume internacional, tendo sido incorporado ao direito francês pelo Decreto de 12 de maio de 1981. Tal princípio consiste em considerar a cláusula compromissória como independente, em relação às demais cláusulas do contrato principal.

O escopo desse princípio é o de salvaguardar a cláusula compromissória, para que assim se possa julgar a validade ou não do contrato sujeito à arbitragem.

A Lei de Arbitragem prevê em seu artigo 8º que a cláusula compromissória é autônoma em relação às demais cláusulas do contrato em que estiver inserida, de modo que a nulidade das demais cláusulas não afeta a cláusula compromissória. O parágrafo único desse artigo acrescenta que compete ao árbitro decidir *ex officio*, ou por provocação das partes, acerca da existência, validade e eficácia da convenção arbitral e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

No entanto, esse princípio não é novidade em nosso ordenamento jurídico, haja vista que o Protocolo de Genebra relativo às Cláusulas de Arbitragem de 1923 já previa a autonomia da cláusula arbitral.

Um outro princípio de extrema relevância é o denominado princípio da “kompetenz-kompetenz”, ou “competência-competência”.

Resultante do princípio da autonomia da cláusula arbitral, o da “kompetenz-kompetenz” consiste na competência que os árbitros têm para decidir acerca de sua própria competência. Ou seja, a Lei de Arbitragem estabelece que compete ao próprio árbitro dispor sobre a sua própria competência, antes mesmo do juiz togado, cabendo a este último a possibilidade de reapreciar a questão *a posteriori*, em eventual questionamento de nulidade da sentença arbitral. Tal princípio está previsto no parágrafo único do artigo 8º e no artigo 20, ambos da Lei de Arbitragem.

Nas palavras de José Maria Rossani Garcez⁴⁸ acerca do princípio da “kompetenz-kompetenz”,

[...] a decisão *prima facie*, sobre se a matéria em causa se presta ou não à arbitragem deve, a nosso ver, ser cometida, inicialmente, aos próprios árbitros, dentro do princípio da *kompetenz/kompetenz*, segundo o qual os árbitros têm – e aliás devem ter – competência para determinar inicialmente, *rationae materiae*, a condição mesma da lide ser dirimida pela via arbitral, e, em suma, sua própria competência para nela atuar.

Rodrigo Garcia da Fonseca⁴⁹ relata que esse princípio foi recentemente tema de inúmeras decisões judiciais, citando assim a decisão prolatada pelo Ministro Luiz Fux do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no MS 11.308-DF⁵⁰, que afirma a prevalência desse princípio no direito brasileiro

[...] vige na jurisdição privada, tal como naquela pública, o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, que estabelece ser o próprio juiz [e na arbitragem o próprio árbitro] quem decide a respeito de sua competência.

Vale citar ainda a decisão proferida pela Ministra Nancy Andrighi, do STJ, na MC 14.295-SP⁵¹, que segundo o autor supracitado é uma das mais fortes já proferidas no Brasil acerca do tema

a Kompetenz-Kompetenz é um dos princípios basilares da arbitragem, que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua

⁴⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitrabilidade no Direito Brasileiro e Internacional – Regras da Lei 9.307/96 e de outras legislações – Normas de ordem pública em diversos sistemas – Antecedentes jurisprudenciais. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, n. 12, Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001. p. 339.

⁴⁹ FONSECA, Rodrigo Garcia da. A arbitragem na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, n. 19, ano 5, Revista dos Tribunais, out./dez. 2008. p. 20-22.

⁵⁰ DJ 19.05.2008.

⁵¹ DJ 13.06.2008.

própria competência, sendo condenável qualquer tentativa das partes ou do juiz estatal no sentido de alterar essa realidade. Em outras palavras, no embate com as autoridades judiciais, deterá o árbitro preferência na análise da questão, sendo dele o benefício da dúvida. [...] essa prioridade não apenas se perfila com os princípios que circundam o instituto da arbitragem e com a sistemática introduzida pela Lei 9.307/96, que se censura atos de protelação ou afastamento do rito arbitral, como também assegura a proposta de tornar o procedimento, uma vez eleito pelas partes, uma alternativa segura e incontornável de resolução de conflitos, limitando a atuação do Poder Judiciário à execução da sentença arbitral.

Por último, o princípio da acessibilidade ao Poder Judiciário, resguardado pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, está presente também no artigo 33, *in verbis*:

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

§ 1º – A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º – A sentença que julgar procedente o pedido:

I – decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II – determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º – A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Dessa maneira, a parte pode pleitear ao Poder Judiciário a nulidade da sentença arbitral, desde que presentes os requisitos do artigo 32 da Lei de Arbitragem.

3.3 Exposição Sumária

Após apresentarmos e analisarmos a origem da Lei de Arbitragem brasileira e os seus princípios informadores, faz-se necessária, para uma melhor compreensão do tema proposto nesta dissertação, uma breve exposição acerca dos principais dispositivos da referida Lei.

A Lei de Arbitragem é aplicada tanto à arbitragem doméstica quanto à internacional. Assim, o artigo 1º estipula que as pessoas capazes de contratar podem resolver os seus conflitos por arbitragem, desde que estejam envolvidos direitos patrimoniais disponíveis.

A Lei de Arbitragem privilegia o princípio da autonomia da vontade das partes. Nesse sentido, conforme o disposto no *caput* do artigo 2º, as partes têm a liberdade de escolher as regras que melhor lhes convêm, podendo a arbitragem ser de direito ou de equidade. Essa é uma inovação importante trazida pela Lei de Arbitragem, pois diz respeito à livre escolha da lei que será aplicada na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Foi consagrado assim o princípio da autonomia da vontade⁵².

Além disso, as partes também podem convencionar que a arbitragem se dê com base nos princípios gerais de direito e nos usos e costumes do comércio internacional, conforme o disposto no § 2º do artigo 2º. Vale ressaltar, contudo, que não pode haver violação à ordem pública e aos bons costumes.

A solução de um eventual litígio pelo juízo arbitral se dá mediante a convenção de arbitragem, por meio de uma cláusula compromissória ou de um compromisso arbitral, consoante o artigo 3º da Lei de Arbitragem. Desse modo, foi mantida a distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, ambas espécies do gênero convenção de arbitragem.

A cláusula compromissória, segundo o disposto no *caput* do artigo 4º, consiste em “[...] convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

⁵² Vide item 3.2. *supra*.

A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo ser inserida no próprio contrato, em estatuto ou contrato social, ou em documento apartado. No entanto, esta somente tem eficácia, nos contratos de adesão, se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou for assinada em um documento apartado ou em negrito com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula.

Caso a cláusula compromissória se reporte às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem se dará de acordo com as respectivas regras, como, por exemplo, da Câmara de Arbitragem da Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA. As partes podem ainda estabelecer na própria cláusula, ou em documento apartado, a forma convencionada para a instituição da arbitragem, consoante o disposto no artigo 5º.

De acordo com o artigo 6º, se não for acordada previamente a forma de instituição da arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte a intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por qualquer outro meio de comunicação eficaz, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Na hipótese da existência válida de cláusula compromissória e a parte se recusar a instituir a arbitragem, a parte interessada poderá requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo com o intuito de lavrar-se o compromisso, consoante o disposto no *caput* do artigo 7º, designando o juiz audiência especial para tanto.

Para isso, deve o demandante indicar com precisão o objeto da arbitragem, instruindo o seu pedido com o documento em que estiver contida a cláusula compromissória, como, por exemplo, o estatuto social de uma companhia.

Inicialmente, o juiz deverá tentar conciliar as partes acerca do litígio. Não obtendo sucesso, o juiz tentará conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral. Não sendo isso possível, o juiz decidirá com base nas disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos artigos 10 e 21, § 2º, da Lei de Arbitragem.

Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre nomeação de árbitros, o juiz, depois de ouvidas as partes, decidirá a respeito, podendo nomear árbitro único.

Caso o demandante não compareça à audiência para a lavratura do compromisso arbitral, sem justo motivo, o processo é extinto sem o julgamento do mérito.

A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Consagrando o princípio da autonomia da cláusula compromissória, o artigo 8º estabelece que esta é autônoma em relação às demais cláusulas do contrato em que estiver inserta⁵³, ou seja, mesmo se for questionada a validade do contrato em que está inserida esta cláusula, esta tem a sua validade resguardada.

Por seu turno, o compromisso arbitral “é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”, nos termos do artigo 9º da Lei de Arbitragem. No caso do compromisso arbitral judicial, este é celebrado por termo nos autos, em juízo. Já o compromisso arbitral extrajudicial é celebrado por instrumento particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

O compromisso arbitral deve conter, obrigatoriamente, todos os dados constantes no artigo 10, tais como nome e domicílio das partes, bem como, facultativamente, o local onde se desenvolverá a arbitragem e o prazo para a apresentação do laudo arbitral. O compromisso arbitral extingue-se, na hipótese de inabilidade de um árbitro, somente se as partes tiverem declarado, expressamente, não aceitar substituto, ou após o decurso de dez dias do prazo adicional concedido, para o árbitro ou para o presidente do tribunal arbitral, para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

De acordo com o artigo 13 da Lei de Arbitragem, qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes pode ser nomeada árbitro. Em geral, os árbitros são escolhidos, em número ímpar, em conformidade com o procedimento decidido pelas partes ou pelo regulamento de uma entidade, nacional ou internacional, especializada em arbitragem.

Os casos de suspeição e de impedimento aplicáveis aos juízes togados são também aplicáveis aos árbitros, aplicando-se-lhes, no que for aplicável, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme o disposto no Código de Processo Civil.

⁵³ Vide item 3.2. supra.

Segundo o texto do artigo 17, para os fins da legislação penal, os árbitros ficam equiparados, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, aos funcionários públicos.

Institui-se o procedimento arbitral quando for aceita a nomeação por todos os árbitros indicados, de acordo com o *caput* do artigo 19 da Lei de Arbitragem. Questões referentes à competência, suspeição ou impedimento dos árbitros devem ser argüidas na primeira oportunidade que a parte tiver para se manifestar durante o procedimento arbitral.

O procedimento a ser seguido pelos árbitros será aquele escolhido pelas partes, que pode ser tanto o estabelecido por um órgão arbitral institucional, por uma entidade especializada ou pelos próprios árbitros ou tribunal arbitral, quando delegado pelas partes, conforme o *caput* do artigo 21. Importante se faz ressaltar que, sempre, devem ser observados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade dos árbitros e de seu livre convencimento⁵⁴.

O depoimento das partes, a oitiva de testemunhas e a realização de perícias ou de outras provas julgadas necessárias podem ser requeridas pelo árbitro ou tribunal arbitral, mediante o requerimento das partes ou *ex officio*. Poderá ainda o árbitro ou tribunal arbitral requerer das autoridades judiciárias a condução de testemunhas renitentes e a decretação de outras medidas coercivas ou cautelares, desde que comprovada a existência de convenção de arbitragem, segundo o disposto no artigo 22.

Quanto à sentença arbitral, de acordo com o artigo 23, esta deve ser proferida dentro do prazo estipulado pelas partes. Se nada tiver sido convencionado, o prazo é de seis meses a contar da instituição da arbitragem ou da substituição dos árbitros, sendo que este prazo pode ser prorrogado pelas partes.

A decisão dos árbitros é tomada por maioria, sendo que esta deve ser expressa em documento escrito e o árbitro que divergir da maioria poderá declarar seu voto em separado, consoante o disposto no artigo 24.

⁵⁴ Vide item 3.2. supra.

Se durante a arbitragem surgirem questões acerca de direitos indisponíveis, o procedimento arbitral deve ser suspenso e as partes remetidas à autoridade competente do Poder Judiciário, conforme o disposto no artigo 25.

O procedimento arbitral dá-se por encerrado quando a sentença arbitral é proferida, devendo, posteriormente, cópia da decisão ser enviada às partes, por via postal ou por qualquer outro meio de comunicação mediante comprovação de recebimento.

De acordo com o artigo 31 da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença judicial, constituindo, assim, um título executivo. Vê-se aqui que a sentença arbitral não mais depende de homologação judicial para ser executada, consistindo por si só título executivo.

É importante mencionar que a sentença arbitral é nula se, nos termos do artigo 32: (i) for nulo o compromisso; (ii) emanou de quem não podia ser árbitro; (iii) não contiver os requisitos do artigo 26 da Lei de Arbitragem; (iv) for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; (v) não decidir todo o litígio sujeito à arbitragem; (vi) comprovada que foi proferida por prevaricação; (vii) proferida fora do prazo e (viii) forem violados os princípios fundamentais do procedimento arbitral.⁵⁵

Dessa maneira, a parte interessada poderá pleitear em juízo a decretação da nulidade da sentença arbitral, se presente, pelo menos, uma das hipóteses acima mencionadas.

O prazo para a propositura da ação de nulidade de sentença arbitral é de noventa dias a contar do recebimento da notificação da sentença ou de seu aditamento. Caso o pedido seja procedente, o juiz decretará a nulidade da sentença arbitral ou determinará que o árbitro ou tribunal arbitral profira novo laudo. Outrossim, a nulidade da sentença arbitral pode ser argüida mediante ação de embargos do devedor.

No que tange ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, a Lei de Arbitragem trouxe uma importante inovação ao extinguir o processo de dupla homologação destas sentenças.

⁵⁵ Vide item 3.2. supra.

Até a entrada em vigor da Lei de Arbitragem, não existia no Brasil legislação específica acerca do procedimento para dar validade às sentenças arbitrais proferidas alhures, aplicando-se então a orientação do Supremo Tribunal Federal – STF no sentido de que somente eram homologáveis as sentenças judiciais estrangeiras, que, por sua vez, homologavam as sentenças arbitrais.

De acordo com o artigo 35 da referida Lei, a sentença arbitral estrangeira agora somente está sujeita à homologação do Superior Tribunal de Justiça – STJ⁵⁶, para o seu reconhecimento e execução no país.

No procedimento de homologação, o STJ deve observar os requisitos estabelecidos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil, na Lei de Arbitragem e, subsidiariamente, nos artigos 483 e 484 do CPC.

Sua homologação somente poderá ser negada quando o réu demonstrar que uma das hipóteses elencadas no artigo 38 está presente. Tais hipóteses são basicamente aquelas previstas na Convenção de Nova Iorque de 1958. Outrossim, o STJ poderá negar a homologação caso o objeto do litígio não seja suscetível de ser resolvido por arbitragem ou a decisão arbitral ofenda a ordem pública nacional.

3.4 Arbitragem no direito comparado

Neste capítulo, apresentamos, em breves linhas, as referências legislativas existentes nos países que possuem maior tradição na utilização da arbitragem e que serviram de fonte para a elaboração da Lei de Arbitragem brasileira.

3.4.1 Estados Unidos da América

A arbitragem, nos Estados Unidos da América, é regulada pela Lei Federal de Arbitragem de 1925 (*Federal Arbitration Act*)⁵⁷.

⁵⁶ Com o advento da Emenda Constitucional nº. 45, de 08 de dezembro de 2004, que alterou o art. 105, I, alínea “i”, da Constituição Federal de 1988, a competência para a homologação de sentenças estrangeiras passou a ser do Superior Tribunal de Justiça – STJ e não mais do Supremo Tribunal Federal – STF.

⁵⁷ Disponível em <<http://www.adr.org>>. Acesso em: 23 ago. 2009.

A Lei Federal de Arbitragem é dividida em três capítulos designados: “Disposições Gerais”, “Acordo sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras” e “Convenção Inter-Americana sobre Arbitragem Comercial Internacional”.

Além da aludida Lei Federal, existem naquele país diversas outras leis federais e estaduais que disciplinam o processo arbitral, além de importantes decisões da Suprema Corte que favorecem a aplicação uniforme da arbitragem.

De acordo com a seção 202, Capítulo 2, da Lei Federal de Arbitragem, as cortes distritais dos Estados Unidos da América (*U.S. district courts*) são competentes para homologar sentenças arbitrais estrangeiras.

Os principais tratados internacionais em vigor nos Estados Unidos da América relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras são: (i) a Convenção de Nova Iorque de 1958 e (ii) a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975.

Além desses dois tratados internacionais, existem outros mecanismos para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, incluindo tratados multilaterais e bilaterais que foram ratificados pelos Estados Unidos da América.

3.4.2 França

A França é um dos principais centros de arbitragem comercial internacional do mundo. Em Paris está localizada a sede da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), criada em 1919. Em 1923, foi criada em sua estrutura a Corte Internacional de Arbitragem, que é uma das mais tradicionais instituições em matéria de soluções alternativas de litígios do mundo.

Na França, a arbitragem é regulada pelo Livro IV do Código de Processo Civil francês (*Nouveau Code de Procedure Civile*).⁵⁸

A arbitragem pode ser concluída na forma de uma cláusula compromissória (artigos 1442 a 1446) ou na forma de um compromisso arbitral (artigos 1447 a 1450).

⁵⁸ Disponível em < http://www.lexinter.net/NCPC/livre_iv_l'arbitrage.htm>. Acesso em: 23 ago. 2009.

Com relação às questões que podem ser submetida à arbitragem na França, vale mencionar que podem ser todas aquelas de natureza contratual, inclusive a cláusula compromissória pode ser incluída nos estatutos ou contratos sociais de todas as formas de sociedades⁵⁹.

3.4.3 Itália

Na Itália, o instituto da arbitragem é disciplinado no Título VIII, Livro IV, do *Código di Procedura Civile*, alterado em 1983 e em 1994.

Com a edição da Lei nº. 366/2001, conferiu-se uma maior atenção à arbitragem societária, ao ser delegado ao governo poderes para emanar normas sobre direito societário.

Enrico Bella⁶⁰ nos reporta que a nova disciplina em tema de arbitragem societária, o Decreto Legislativo nº. 5, de 17 de janeiro de 2003, sobre a “definição dos procedimentos em matéria de direito societário e intermediação financeira, bem como em matéria bancária e creditícia, conforme o artigo 12 da Lei nº. 366, de 3 de outubro de 2001”, entrou em vigor em 1º de janeiro de 2004.

Com a edição dessa norma, segundo o referido autor⁶¹

[...] o legislador italiano delineou um novo modelo de arbitragem destinado a resolver as controvérsias societárias, criando um corpus de regras novas em matéria societária, ressalvada a aplicação subsidiária das normas de arbitragem comum previstas pelo *Código di Procedura Civile*.

3.4.4 Reino Unido

O Reino Unido, junto com a França, é um dos principais centros de arbitragem comercial internacional. Londres abriga a mais antiga instituição de

⁵⁹ MONTI, Antonio. Arbitration and Corporate Law. In: MONTI, Antonio *et al.* *Three Essays on International Commercial Arbitration*. Disponível em <http://www.montiswisslaw.com/pdf/International_Commercial_Arbitration.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2009.

⁶⁰ BELLA, Enrico. A arbitragem societária italiana. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, ano IV, n. 14, p. 77-98, abr.-jun. 2007. p. 77.

⁶¹ BELLA. op. cit., p. 78.

arbitragem do mundo, a Corte Internacional de Arbitragem de Londres, fundada em 1892.

Este país reformou a sua legislação arbitral com a edição da Lei de Arbitragem de 1996 (*Arbitration Act 1996*).

4 ARBITRAGEM NO DIREITO SOCIETÁRIO

A arbitragem no direito societário, segundo noticia Andrea Goes Acerbi⁶², não se trata de uma novidade no ordenamento jurídico, haja vista que o antigo Código Comercial, datado de 1850, já previa, em seu artigo 294, que as “questões sociais que se suscitarem entre sócios, durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha”, deveriam ser solucionadas por meio da arbitragem. Tratava-se de uma modalidade de juízo arbitral obrigatório, pois os sócios de uma determinada sociedade deveriam obrigatoriamente submeter os eventuais conflitos societários ao tribunal arbitral.

Com a promulgação da Lei nº. 1.350, de 1866, e do Decreto nº. 3.900/1867, o juízo arbitral passou a ser facultativo, cabendo aos sócios incluir ou não a cláusula arbitral em seus estatutos sociais.

A arbitragem já vinha sendo utilizada por algumas companhias antes mesmo da promulgação da Lei de Arbitragem em 1996, no entanto, somente com a promulgação dessa Lei, da Lei nº. 10.303/01, e com a decisão do STF que declarou a constitucionalidade da aludida Lei de Arbitragem é que foi aberto o caminho para a sua maior utilização no âmbito societário.

Com a promulgação da Lei nº. 10.303/01, que, entre outras medidas, acrescentou o § 3º ao artigo 109 da Lei nº. 6.404/76, incluiu-se na categoria dos direitos essenciais dos acionistas o de utilizar-se da arbitragem para dirimir as divergências havidas com a própria companhia, aberta ou fechada, ou na condição de acionista, nos conflitos que se estabeleçam entre os acionistas controladores e os minoritários, por meio da adesão ao pacto compromissório estatutário, nos seguintes termos:

⁶² ACERBI, Andrea Goes. A extensão dos efeitos da cláusula compromissória nos estatutos sociais das sociedades anônimas. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 187.

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

[...]

§ 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.

Nas palavras de José Virgílio Lopes Enei⁶³, o objetivo do legislador ao estabelecer a previsão expressa da possibilidade de utilização da arbitragem em conflitos societários foi o de

[...] reduzir a insegurança quanto à legitimidade do instituto no âmbito das relações societárias e, de outro, difundir e fomentar seu uso neste mesmo âmbito, em virtude das inúmeras vantagens que ele pode apresentar em comparação com o Poder Judiciário, seja para a sociedade propriamente dita, seja para os acionistas controladores e minoritários.

Neste sentido, Arnoldo Wald⁶⁴ menciona que a arbitragem societária, em decorrência da evolução do capitalismo, dos abusos da maioria acionária e da proteção da qual necessitam os acionistas minoritários, vem ganhando cada vez mais importância.

É nesse contexto que se vislumbra a possibilidade de inserção, nos estatutos sociais, de cláusula compromissória que estabeleça a forma de composição dos litígios entre os acionistas controladores e os minoritários e/ou entre a companhia e estes mesmos acionistas, tornando a observância e a adoção desta disposição obrigatória para todos os acionistas de dada companhia.

Torna-se assim fundamental, na prática, o estabelecimento, na própria cláusula compromissória inserida no estatuto social, dos limites e da extensão da adoção da arbitragem em eventuais litígios societários.

A polêmica, no entanto, que divide a doutrina, e que será objeto deste Capítulo, refere-se ao momento e à forma em que ocorre a inserção da cláusula compromissória no estatuto social pode se tornar oponível aos acionistas de uma companhia, ou seja, (i) quando de sua constituição, momento em que as

⁶³ ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Malheiros, jan./mar. 2003. p. 137-173.

⁶⁴ WALD, Arnoldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (I). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 12, p. 23-28, jan./mar. 2007. p. 23.

deliberações devem ocorrer de forma unânime; (ii) ou por meio de modificação do estatuto social, aprovada em assembléia geral de acionistas, quando muitas vezes as modificações são aprovadas por apenas um acionista, ou um pequeno grupo de acionistas, detentor(es) do controle acionário da companhia.

Assim sendo, nos próximos tópicos deste Capítulo, analisaremos o alcance e os limites, tanto os subjetivos como os objetivos da cláusula compromissória inserida no estatuto social, abordando, para tanto, a mais atualizada doutrina nacional e estrangeira acerca desse importante assunto.

4.1 Matérias arbitráveis no âmbito societário. Limites objetivos da cláusula compromissória estatutária.

Ao dissertarmos sobre o tema da arbitragem no âmbito societário, cabe delimitar inicialmente os limites das matérias arbitráveis, ou seja, os seus limites objetivos, ou seja, quais as matérias que podem ser objeto de um procedimento arbitral no âmbito societário, assim como a sua aplicação subjetiva, neste caso, os sujeitos que podem ou devem fazer parte de uma arbitragem societária.

No que se refere às matérias arbitráveis no âmbito societário, vale ressaltar que os litígios arbitráveis são aqueles que têm por objeto direitos de que as partes possam dispor, sujeitando-se assim à transação⁶⁵.

Nesse sentido, estabelece o artigo 1º da Lei nº. 9.307/96 ao mencionar que podem ser submetidos à resolução, por meio da arbitragem, os litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis. Como a legislação societária, Lei nº. 6.404/76, não estabelece expressamente os limites objetivos da arbitragem, aplica-se a regra geral estabelecida pela Lei nº. 9.307/96.

São direitos disponíveis, de acordo com a definição de Cláudio Vianna de Lima, aqueles que “incidem sobre bens que se podem livremente alienar, de que se pode apropriar sem a necessidade de autorização judicial”⁶⁶. São aqueles direitos

⁶⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 2º volume, artigos 75 a 137*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁶⁶ LIMA, Cláudio Vianna de. *Curso de Introdução à Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 14.

que são passíveis de serem cedidos, alienados, onerados, transacionados ou renunciados.

Por seu turno, os direitos patrimoniais são aqueles que possuem valor econômico, são aqueles que podem ser avaliados ou auferidos economicamente em dinheiro. Para João Roberto Parizatto, os direitos patrimoniais podem ser entendidos como aqueles

[...] que possuem por objeto um determinado bem, inerente ao patrimônio de alguém, tratando-se de bem que possa ser apropriado ou alienado. Patrimônio indica o complexo de bens materiais ou não, direitos, ações, posse e tudo o mais que pertença a uma pessoa ou empresa e seja suscetível de apreciação econômica [...] Os direitos a serem objeto de arbitragem devem ser aqueles tidos como disponíveis, ou seja, suscetíveis de livre disposição. Os direitos tidos indisponíveis, ou seja, impossíveis de serem vendidos, doados, cedidos, negociados, serão assim insuscetíveis de arbitragem.⁶⁷

Assim sendo, lembrando a definição trazida acima por Carlos Alberto Carmona, podem ser objeto de arbitragem

as causas que tratem de matérias a respeito do qual o Estado não crie uma reserva específica por conta dos resguardos dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem.⁶⁸

Assim sendo, no âmbito do direito societário, todos os direitos inerentes à condição de acionista são tidos como patrimoniais, uma vez que seriam passíveis de avaliação econômica, inclusive o direito de voto.

Já no que tange à disponibilidade, diferentemente do que ocorre com relação à natureza patrimonial, nem todos os direitos dos acionistas atendem ao requisito da disponibilidade. Esta deverá ser verificada em cada caso concreto a ser submetido à arbitragem.

Andrea Goes Arcebi,⁶⁹ citando José Virgílio Lopes Enei, menciona que seria inútil listar todas as espécies de conflitos societários potencialmente arbitráveis. No entanto, pela natureza contratual das sociedades por ações, a quase totalidade dos

⁶⁷ PARIZATTO, João Roberto. *Arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.1996 (doutrina e prática forense)*. São Paulo: LED, 1997. p. 16.

⁶⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº. 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁶⁹ ACERBI, op. cit., p. 190-191.

conflitos societários seria arbitrável, citando, a título ilustrativo, aqueles conflitos relacionados com:

- (a) interpretação do estatuto social ou outros documentos societários;
- (b) interpretação da lei societária, exceto no que tange às matérias de ordem pública ou direito indisponível;
- (c) abusos por parte dos acionistas controladores;
- (d) exercício do direito de voto, direito de preferência na compra de ações, integralização de capital ou do direito de não ser diluído;
- (e) distribuição de dividendos;
- (f) exercício do direito de retirada, inclusive no que tange à aferição do valor econômico da sociedade;
- (g) ofertas públicas; e
- (h) responsabilidade dos administradores e dos acionistas controladores, dentre outras hipóteses.

Como o estabelecimento de um rol taxativo seria ineficaz, Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik⁷⁰ sugerem que, no campo de aplicação da cláusula compromissória estatutária, a fonte segura “[...] é o elenco de ações que estão previstas nos artigos 285 a 287 da lei societária”.

Complementando, Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik citam que não podem ser objeto do compromisso arbitral a discussão sobre as cláusulas organizativas da sociedade, tendo em vista que estas interessam à coletividade dos acionistas e não podem ser objeto de decisão arbitral.

Questão que consideramos como relevante é a que envolve a arbitrabilidade dos conflitos relacionados com a invalidade das deliberações da assembléia geral dos acionistas.

Para José Virgílio Lopes Enei⁷¹, não seriam arbitráveis as questões envolvendo a nulidade das deliberações das assembléias gerais, uma vez que envolveriam direitos indisponíveis, em geral, associadas a questões de ordem pública. Por sua vez, as questões que envolvem a anulabilidade de deliberações assembleares seriam arbitráveis, haja vista que o negócio jurídico anulável pode

⁷⁰ 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*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 339.

⁷¹ ENEI, op. cit., p. 129-168.

convalescer-se em duas situações: pelo decurso do tempo ou pela ratificação, de forma expressa ou tácita.

Alguns autores, entre eles Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França⁷², entendem que a teoria geral das nulidades do direito civil não pode ser aplicada na sua totalidade ao direito societário, pois, no campo do direito societário, até mesmo a nulidade é passível de convalidação, podendo, por via de conseqüência, os conflitos que envolverem a nulidade de deliberações assembleares ser levados à arbitragem.

Vejamos acórdão do STJ⁷³, neste sentido:

DIREITO COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. EMPRESA DE RADIODIFUSÃO E TELECOMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO ÓRGÃO PÚBLICO FISCALIZADOR. COMPROVAÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA DOS ACIONISTAS. CONVOCÇÃO EDITALÍCIA DOS SÓCIOS, MARCANDO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE NASCIMENTO OU CASAMENTO. DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR DE VENDA DAS AÇÕES DOS QUE NÃO ATENDERAM À CONVOCÇÃO. ILEGALIDADE. LAPSO PRESCRICIONAL ESPECÍFICO (ARTS. 156 DO DL 2627/40 E 286 DA LEI 6404/76). AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA. CONVALIDAÇÃO. PRESCRIÇÃO TAMBÉM DO DIREITO DE HAVER DIVIDENDOS DISTRIBUÍDOS SOB A FORMA DE BONIFICAÇÃO (ART. 287, II, A, DA LEI 6.404/76). INAPLICABILIDADE DA TEORIA GERAL DAS NULIDADES. RECURSO PROVIDO.

I – Em face das peculiaridades de que se reveste a relação acionista versus sociedade anônima, não há que se cogitar da aplicação, em toda a sua extensão, no âmbito do direito societário, da teoria geral das nulidades, tal como concebida pelas doutrina e dogmática civilistas.

II – Em face disso, o direito de impugnar as deliberações tomadas em assembléia, mesmo aquelas contrárias à ordem legal ou estatutária, sujeita-se à prescrição, somente podendo ser exercido no exíguo prazo previsto na Lei das Sociedades por Ações (art. 156 do DL 2627/40/art. 286 da Lei 6.404/76).

No que tange ainda à nulidade ou anulabilidade de uma determinada questão societária, esta teria que ser submetida ao Poder Judiciário, nos termos do artigo 25 da Lei nº. 9.307/96, que estabelece que, sobrevivendo ao longo de determinado procedimento arbitral dúvida acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de

⁷² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das Deliberações de Assembléias das S/A*. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁷³ REsp 35.230-0 (93/0013955-0) – SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo.

sua existência ou não, dependerá o julgamento, o próprio tribunal arbitral remeterá as partes ao Poder Judiciário para que tal questão seja então dirimida.

Assim sendo, para concluir, concordamos com o entendimento de Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, que pregam que todas as questões surgidas entre os acionistas e a companhia, independentemente da colocação apriorística acerca dos efeitos da nulidade ou anulabilidade da deliberação assemblear ou do negócio jurídico entre os acionistas, podem ser submetidas à arbitragem, sendo que as questões trazidas pelos artigos 285 a 287 da Lei nº. 6.404/76 podem servir como um guia para a aplicação da cláusula compromissória em um determinado litígio societário.

4.2 Alcance e aplicação subjetiva da cláusula compromissória

Até de maior relevância do que a questão referente à aplicação e alcance objetivo da cláusula compromissória, é a questão que envolve a arbitrabilidade subjetiva nas sociedades por ações. Ou seja, quais são os agentes, no âmbito de uma lide societária, que se vinculam às disposições da cláusula compromissória, instituindo e se submetendo aos seus efeitos.

Cabe mencionar, inicialmente, que a companhia é parte vinculada à cláusula compromissória, uma vez que o estatuto social estabeleça que as questões havidas entre a companhia e seus acionistas serão submetidas ao juízo arbitral.

Desse modo, a cláusula compromissória sempre vincula a própria companhia e os acionistas que aprovaram a sua instituição quando da constituição da companhia ou em alteração estatutária posterior, para dirimir os conflitos societários que possam se instaurar entre a companhia e seus acionistas ou entre os acionistas controlares e os minoritários.

Nesse sentido, entendemos que não pode haver qualquer sombra de dúvidas quanto à vinculação e à oponibilidade da cláusula compromissória quanto à própria companhia, uma vez que a sua inserção no estatuto social tenha sido aprovada, mediante quorum legal, pelos acionistas, em assembléia geral extraordinária.

Antes de adentrarmos na polêmica acerca da vinculação da cláusula compromissória a determinados acionistas, em relação ao tempo e ao modo de sua inclusão no estatuto social, vale mencionar a observação realizada por Modesto Carvalhosa no sentido de que não participam das lides levadas ao juízo arbitral “os peritos, os credores, os liquidantes, os administradores e os fiscais”⁷⁴, assim como aqueles indivíduos ou empresas que detenham títulos emitidos pela companhia, tais como, opções de ações e de ADR.

Assim sendo, no juízo arbitral envolvendo matérias de cunho societário, serão sempre partes, a própria companhia cujo estatuto social prevê a submissão dos litígios societários à arbitragem e aqueles acionistas pactuantes.

Não obstante o entendimento do autor supracitado, na prática, para as companhias listadas nos segmentos especiais da BOVESPA, Nível 2 e Novo Mercado, a vinculação dos administradores e conselheiros fiscais à cláusula compromissória é condição *sine qua non* para que tais companhias possam participar dos aludidos segmentos, conforme estabelece os regulamentos destes segmentos especiais⁷⁵.

Ainda no que se refere à aplicação subjetiva (*rationae personae*) da cláusula compromissória, quando inserida em estatuto social, é complexa a questão sobre o seu alcance, haja vista que a doutrina diverge quanto à sua oponibilidade aos acionistas que tenham votado contra a sua inserção no estatuto social ou mesmo se absterem de votar na respectiva assembléia geral.

Verificamos, na doutrina pátria, que tal matéria ainda não é pacífica, pois se questiona se os novos acionistas de uma determinada companhia, que tenham ingressado quando o estatuto social já continha disposição para a resolução de conflitos societários pela via arbitral, estariam vinculados à cláusula compromissória, mesmo que sem o consentimento expresso à essa cláusula compromissória.

Outros questionamentos seriam acerca da vinculação, como dito acima, daqueles acionistas que tenham dissentido ou simplesmente estavam ausentes

⁷⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 2º volume, artigos 75 a 137*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 321.

⁷⁵ BOVESPA. Regulamento de Listagem do Novo Mercado. Versão posterior à Lei 10.303 e à ICVM 358, atualizado em maio/2002 (disponível em [HTTP://www.bovespa.com.br/pdf/RegulamentoNMercado.pdf](http://www.bovespa.com.br/pdf/RegulamentoNMercado.pdf), acesso em 05/01/2008).

quando da deliberação da assembleia geral que tenha aprovado a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social.

4.2.1 Inclusão da cláusula compromissória quando da constituição da sociedade por ações

Questão de mais fácil solução refere-se à hipótese na qual o acionista participou da constituição de uma companhia cujo estatuto social possuía cláusula compromissória desde a sua fundação.

Na assembleia geral de constituição de uma sociedade por ações, tanto por subscrição pública quanto por subscrição particular, o projeto de estatuto social somente pode ser modificado por decisão unânime dos subscritores. Nesse sentido, os fundadores da companhia ao subscreverem suas respectivas participações societárias estariam, por consequência, manifestando a sua concordância inequívoca quanto à vontade de se submeterem ao juízo arbitral em caso de conflitos societários.

Como qualquer modificação no texto do projeto de estatuto social, quando da constituição de uma companhia, depende necessariamente da decisão unânime dos subscritores das ações, nos termos do § 2º do artigo 87 da Lei nº. 6.404/76, entendemos que não há a possibilidade de os fundadores alegarem desconhecimento dos termos da cláusula compromissória inserida no texto do estatuto social. Outrossim, os acionistas poderiam simplesmente se abster de subscrever as ações de dada companhia caso discordassem da inclusão da cláusula compromissória.

Desse modo, não há que se falar em não-vinculação de quaisquer dos fundadores às disposições da cláusula compromissória, haja vista que tiveram ciência inequívoca quanto à sua inserção no estatuto social. Não há assim a necessidade de qualquer formalidade adicional quanto à validade e eficácia desta cláusula em relação aos fundadores dessa companhia.

Para corroborar o entendimento acima, vale mencionar o ensinamento de Modesto Carvalhosa acerca da vinculação dos fundadores-subscritores aos ditames

da cláusula compromissória inserida no projeto de estatuto social aprovado na assembléia geral de constituição

[...] no momento da *constituição* da sociedade (arts. 80 e s. da Lei nº. 6.404, de 1976) estarão vinculados à cláusula compromissória todos os fundadores que subscreveram o capital social.

São eles que fundam a sociedade e aprovam o seu estatuto. Pode-se dizer, portanto, que os *fundadores-subscritores* da sociedade não aderem ao estatuto, mas efetivamente o aprovam. Fique bem clara aqui a distinção. No caso, os atos constitutivos e, dentre eles, a aprovação do estatuto são *tractatus* entre os fundadores e não *dictatus*.

O caráter de *dictatus* do estatuto social somente se dá no caso de aquisição de ações posteriormente aos atos constitutivos. Ressalte-se esse ponto. No momento da constituição da sociedade a relação contratual é direta entre a sociedade constituída e seus fundadores-subscritores de capital.

Por outro lado, nas aquisições sucessivas de ações, a cláusula compromissória estatutária tem a natureza de *dictatus* e não de *tractatus*. Em conseqüência, impõe-se a adesão expressa desses acionistas derivados à cláusula compromissória estatutária, por força do que dispõe o referido § 2º do art. 4º da Lei nº. 9.307, de 1996.

Na hipótese de constituição por subscrição pública, que se destina à constituição de uma companhia de capital aberto, nos termos do disposto nos artigos 82 a 87 da Lei nº. 6.404/76, todos os acionistas que subscreveram o capital da companhia, mesmo que ausentes da respectiva assembléia geral de constituição, manifestaram, quando da subscrição do capital, sua anuência aos termos do projeto de estatuto social elaborado pelos acionistas-fundadores.

Dessa maneira, o projeto de estatuto social apresentado à CVM que contiver previsão de cláusula compromissória, quando da realização da assembléia geral de constituição, somente poderá ser modificado, para a exclusão da referida cláusula, por meio da decisão unânime dos subscritores.

Já no caso de constituição por subscrição particular, a anuência dos acionistas ocorre quando da assinatura do projeto de estatuto social submetido à assembléia geral ou pela assinatura da escritura pública de constituição, nos termos do disposto no art. 88 da Lei nº. 6.404/76.

Para ressaltar ainda mais a questão da oponibilidade da cláusula compromissória aos acionistas-fundadores, cabe mencionar a lição de Armando

Rovai no sentido de que, “caso a ata inclua a transcrição do estatuto, ela precisa ser assinada por **todos** os subscritores do capital social”.⁷⁶ (grifo nosso)

Assim sendo, não pode haver dúvidas de que, caso a cláusula compromissória tenha sido inserida no estatuto social quando da constituição (fundação) de uma sociedade por ações, todos os acionistas que participaram de sua fundação estarão a ela obrigatoriamente vinculados, pois manifestaram, expressa e inequivocamente, a intenção de submeterem os eventuais litígios havidos entre a própria companhia e os acionistas ou entre os acionistas controladores e os minoritários à arbitragem.

4.2.2 Aquisição de ações de companhias que contenham em seu estatuto social cláusula compromissória

Uma questão que se põe referente à oponibilidade da cláusula compromissória diz respeito à hipótese na qual o acionista venha a ingressar em uma determinada sociedade por ações que possua em seu estatuto social previsão quanto à submissão dos litígios societários à arbitragem, mediante a aquisição, posterior à sua fundação, de suas ações.

No que se refere a essa questão a doutrina se divide. Uma parte da doutrina brasileira, da qual um dos expoentes é Modesto Carvalhosa, entende, pelos motivos que a seguir iremos expor, que o acionista adquirente de tais ações deve expressamente aderir aos termos da cláusula compromissória, sob pena desta cláusula não ser oponível a tais acionistas.

Por outro lado, uma parte da doutrina pátria da qual um dos expoentes é Pedro A. Batista Martins, entende que o acionista que adquirir ações de uma dada companhia que possua em seu estatuto social cláusula compromissória estará automaticamente vinculado aos seus termos.

De acordo com o entendimento de Modesto Carvalhosa, os acionistas vinculam-se de maneiras diversas quanto à cláusula compromissória. Como dito anteriormente a companhia vincula-se pela manifestação de vontade dos

⁷⁶ ROVAI, op. cit., p. 53.

fundadores-subscritores ou, por meio de deliberação havida em assembléia geral, por meio da manifestação da vontade dos acionistas majoritários.

Deste modo, segundo Modesto Carvalhosa⁷⁷,

Essa inserção da cláusula compromissória, na constituição da sociedade ou posteriormente, inclui-se na categoria dos contratos *trattati*, ou seja, a manifestação de vontade dos convenientes é instituidora do juízo arbitral, vinculando-se desde logo a sociedade e todos os fundadores ou, então, todos os acionistas que individualmente votaram favoravelmente à criação dessa cláusula em assembléia geral instalada para a respectiva alteração estatutária.

Para os demais acionistas aderentes, a cláusula compromissória estatutária constitui pacto *detatti*, formulado com conteúdo já predisposto, em que falta, portanto, a liberdade de fixação do seu conteúdo, como ocorreu na sua aprovação, pelos fundadores ou, posteriormente, pelos acionistas majoritários. Neste caso os acionistas aderentes passam a integrar o pacto compromissório.

De acordo com essa linha da doutrina, a cláusula compromissória somente será eficaz se o acionista, adquirente das ações de determinada companhia, concordar expressamente com a sua instituição, por escrito, em documento anexo ou em negrito, nos moldes do disposto no § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem.

Ocorre que, muitas vezes, a aquisição de ações, conforme admite José Virgílio Lopes Enei⁷⁸, é intermediada por corretoras de valores mobiliários, em bolsas de valores ou no mercado de balcão, sem maiores formalidades, sendo que, nesses casos, raramente os investidores se atêm ao teor do estatuto social da companhia que estão adquirindo as ações, inclusive no que se refere à cláusula compromissória para a resolução de litígios societários.

Com efeito, para Modesto Carvalhosa, a mera existência da cláusula compromissória no estatuto social não vincula os acionistas que adquiriram as ações de uma determinada companhia, após a sua fundação. De acordo com este autor a cláusula compromissória constitui um pacto parassocial entre a companhia e os seus fundadores e entre a companhia e os acionistas que a ela expressamente aderiram.

⁷⁷ 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*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 335.

⁷⁸ ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Malheiros, jan./mar. 2003. p. 129-146.

Para Modesto Carvalhosa⁷⁹

A cláusula compromissória estatutária é uma convenção entre a sociedade e determinados acionistas que manifestaram expressamente sua vontade individualmente e da própria sociedade. Trata-se de um pacto parassocial entre a sociedade e estes acionistas individuais.

Não se confunda a cláusula compromissória estatutária com as normas estatutárias impostas a todos os acionistas coletiva e individualmente. Há, como lembra Oppo, com apoio de Vivante, uma clara distinção entre a livre declaração de vontade dos acionistas e a obrigação dos acionistas como membros da sociedade.

Ao renunciar a jurisdição estatal para adotar o juízo arbitral, o acionista e a sociedade estão renunciando a um direito essencial, que, portanto, tem caráter personalíssimo, não se transmitindo aos acionistas que não renunciaram expressamente a esse direito constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV da Constituição Federal).

Em conseqüência, o pacto parassocial que instituiu a cláusula compromissória restringe os seus efeitos e sua exigibilidade à sociedade e individualmente aos acionistas estipulantes.

Ademais, segundo esse autor, pelo fato de ser personalíssimo o direito do acionista de recorrer ao Poder Judiciário para dirimir os eventuais conflitos societários que venham a ocorrer no âmbito da companhia, não se pode convencionar a sua sucessão. Desse modo, a instituição ou a adesão à cláusula compromissória não se transmite aos sucessores *causa mortis* de referidos acionistas ou aos adquirentes de suas ações, a que título for. Nesse sentido, também não estariam vinculados aqueles acionistas que venham a subscrever aumentos de capital ou aqueles que sejam originados de aumentos de conversão de debêntures ou de opções.

No entendimento de Luiz Leonardo Cantidiano⁸⁰, o acionista ao adquirir ações de emissão de uma companhia “estará aderindo às disposições estatutárias, que foram aprovadas pela maioria dos seus acionistas”.

Dessa maneira, o acionista, ao adquirir ações de uma determinada companhia, no entendimento desse autor, “estará aderindo ao “contrato”, pelo que

⁷⁹ 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*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁸⁰ CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S.A. Comentada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 118.

ficará obrigado a acatar a decisão que vier a ser proferida pelo juízo arbitral.”⁸¹ Entretanto, em decorrência do disposto no § 2º do artigo 4º da Lei nº. 9.307/96, deve-se observar o procedimento lá previsto para que o acionista fique vinculado e obrigado a se submeter ao procedimento arbitral, de modo a evitar discussões que possam por em risco a cláusula compromissória.

Em virtude da previsão existente na Lei de Arbitragem, foi decidido pela BOVESPA que os adquirentes de ações no âmbito no Nível 2 de Governança Corporativa e do Novo Mercado, segmentos especiais daquela bolsa de valores, assinassem um termo de adesão por meio do qual concordam em submeter os eventuais conflitos societários à arbitragem. Vale mencionar que nesses segmentos especiais da BOVESPA a existência da cláusula compromissória no estatuto social é requisito obrigatório para que a companhia possa estar listada nos mesmos.

Por outro lado, diversos outros doutrinadores divergem dos entendimentos acima mencionados. Uma linha da doutrina, capitaneada por Pedro A. Batista Martins, um dos autores do projeto da Lei de Arbitragem, pondera que a eficácia da cláusula compromissória atinge o acionista que houver adquirido o *status socii* por meio de uma simples transferência de ações.

De acordo com Pedro A. Batista Martins⁸², o pacto arbitral vincula os adquirentes de ações, mesmo que não tenha havido manifestação expressa de vontade, estendendo-se tais efeitos aos sucessores, a título universal e singular, daqueles que tenham originalmente subscrito o pacto arbitral. Afirma ainda o autor que esse pensamento se coaduna com o instituto da circulabilidade das ações.

Pedro A. Batista Martins sustenta o seu entendimento na natureza contratual das sociedades por ações ao mencionar citação de Bulhões Pedreira ao afirmar que “não se conhece até hoje a formulação de regime jurídico, a partir da análise sociológica, econômica e política das grandes empresas, que substitua a conceituação da companhia como contrato”.⁸³

E, para complementar o seu raciocínio, Pedro A. Batista Martins cita novamente Bulhões Pedreira para sustentar a sua posição quanto à vinculação do acionista adquirente de ações que adentra em companhia cujo estatuto social

⁸¹ CANTIDIANO, op. cit., p. 118.

⁸² MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, ano XLI, n. 126, abr./jun. 2002. p. 69.

⁸³ Op. cit., p. 69.

preveja a submissão das eventuais controvérsias à arbitragem, nos seguintes termos:

A companhia é hoje classificada como contrato tipo associativo, plurilateral (...) e como todo negócio associativo, é contrato aberto, no sentido de que permite, mesmo após a conclusão pelos contratantes originais, a agregação de novas partes sem dissolução das relações jurídicas preexistentes sem necessidade de novo contrato entre antigos e novos associados. A agregação de novos sócios dá-se mediante aquisição de ações em circulação ou criadas em aumento de capital social, e o adquirente da ação assume posição jurídica da parte contratual do negócio original.

Entre outros argumentos trazidos por essa corrente, ao ingressar em uma sociedade por ações o acionista estará automaticamente vinculado à cláusula compromissória, não havendo a necessidade de qualquer formalidade adicional, como a assinatura de um termo de adesão específico e em separado, pois a assinatura de tal documento resultaria de uma interpretação calcada na “concepção, já ultrapassada e não mais condizente com o novo regime arbitral brasileiro, de que a arbitragem é potencialmente injusta e lesiva quando comparada ao foro tradicional de resolução de conflitos, o Poder Judiciário”.⁸⁴

No que se refere ao caráter parassocial da cláusula compromissória, defendido por Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, José Virgílio Lopes Enei discorda, pois, segundo este autor, o artigo 8º da Lei de Arbitragem serve apenas e tão-somente para resguardar a cláusula compromissória de eventual nulidade do contrato, consagrando assim o princípio da autonomia da cláusula arbitral de modo a preservar o instituto da arbitragem.

Por derradeiro, no que tange à livre manifestação de vontade do acionista quanto à sua submissão ao juízo arbitral, quando adentra na sociedade, esta já é suprida quando o acionista aceita se submeter às regras societárias constantes do estatuto social, incluindo a cláusula compromissória. Caso não fosse dessa forma, segundo esta corrente, o acionista poderia, a qualquer tempo, escolher os direitos e obrigações a que iria se submeter, em vez de se submeter aos direitos e obrigações já estabelecidos no estatuto social.

⁸⁴ ENEI, op. cit., p. 160.

Nessa esteira, vale mencionar recente artigo publicado por Nelson Eizirik⁸⁵ no qual esse autor defende que os acionistas que subscrevem ou adquirem ações de uma determinada companhia, após a sua constituição, vinculam-se à cláusula compromissória pelo fato de que esta “integra o elenco de direitos e deveres dos acionistas, na medida em que aderem a um contrato organizativo, em todas as suas cláusulas”.

Para o referido autor, ao subscrever, comprar ou receber as ações, o acionista estaria praticando um ato de ratificação do estatuto social e concordando tacitamente com os seus termos, mesmo que não tenha consentido expressamente com os termos da cláusula compromissória.

E finaliza:

Tal ocorre, tanto quando a condição de acionista é adquirida em consequência da subscrição de ações em aumento de capital, como no caso em que se dá mediante a compra das ações no mercado. Nessa última hipótese, toda novação subjetiva na pessoa do acionista provoca uma sub-rogação, produzindo a vinculação do novo acionista à cláusula compromissória.

Não obstante os entendimentos acima expostos, entendemos que aqueles acionistas que adquirem *a posteriori*, nas formas previstas na legislação vigente, ações de uma determinada companhia cujo estatuto social já preveja a submissão de controvérsias surgidas entre a própria companhia e os seus acionistas ou entre os acionistas majoritários e os minoritários à arbitragem estarão certamente submetidos à arbitragem.

Entendemos que, ao adquirir ações de dada companhia, o acionista anui com todos os direitos e obrigações previstas no estatuto social, não podendo em decorrência da natureza contratual das sociedades por ações de outra forma proceder.

⁸⁵ EIZIRIK, Nelson. Quem se submete à arbitragem na S.A.? *Valor Econômico*, São Paulo, 31 agosto 2009. Legislação & Tributos, p. E2.

4.2.3 Inclusão da cláusula compromissória por meio de deliberação em assembléia geral

Questão de grande complexidade é a referente à deliberação, havida em assembléia geral de acionistas, que modifica o estatuto social aprovando, mediante quorum legal, a inserção de cláusula compromissória.

Porém, antes de adentrarmos na questão acima, vale desde já mencionar, questão de bem menor complexidade, que o acionista pode, além das outras hipóteses acima aventadas, também se vincular aos termos da cláusula compromissória no caso de aprovar, em assembléia geral extraordinária, regularmente convocada e instalada nos termos da Lei nº. 6.404/76, a inserção de disposição no estatuto social que estabeleça que as controvérsias que vierem a ocorrer entre a companhia e os acionistas ou entre os acionistas controladores e os minoritários serão dirimidas por meio de arbitragem.

Não há, nesse caso, qualquer outra formalidade a ser exigida do acionista que tenha aprovado expressamente, em tal assembléia geral, a inclusão da cláusula compromissória, nem tampouco pode esse acionista se furtar de observar as disposições de referida cláusula nos casos em que se estabeleçam as divergências acima referidas.

É pacífico o entendimento da doutrina quanto à hipótese do acionista se vincular aos termos da cláusula compromissória se expressamente aprovada em assembléia geral extraordinária, haja vista ser a assembléia geral, nas lições de Rubens Requião⁸⁶

[...] a reunião dos acionistas, convocada e instalada na forma da lei e do estatuto, com poderes para decidir sobre todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento (art. 121).

Assim como os doutrinadores acima mencionados, entendemos que é cristalina a vinculação, se expressamente aprovada em assembléia geral regularmente convocada e instalada, do acionista que tenha aprovado a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social. Por analogia, entendemos que o

⁸⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, 2º volume. 24ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

acionista que aprova a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social age da mesma forma que o acionista-fundador, concordando expressa e inequivocamente com os seus termos, não havendo assim a necessidade de qualquer outra formalidade.

No entanto, retomando ao ponto central do tema do presente item, para José Virgílio Lopes Enei⁸⁷, a questão ganha certa relevância pelo fato de que, segundo o pressuposto fundamental da arbitragem, somente se vinculam à arbitragem as partes que a ela “voluntariamente aquiesceram, seja por meio da cláusula ou do compromisso arbitral.”

Nesse caso, os acionistas dissidentes da deliberação que aprovou a inserção da cláusula compromissória no estatuto social estariam vinculados aos termos da aludida cláusula? Entendemos que sim. E veremos abaixo os motivos que nos levaram a tal conclusão.

Assim como no caso da aquisição de ações, em momento posterior à sua constituição, por acionista que não tenha participado de sua fundação, a doutrina nacional diverge quanto aos efeitos da vinculação do acionista que tenha dissentido da deliberação que aprova a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social.

Para Nelson Eizirik⁸⁸, os acionistas que votaram contra a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social não estão obrigatoriamente vinculados aos seus efeitos, mesmo porque a legitimidade da arbitragem repousa no princípio fundamental da autonomia da vontade das partes.

Para esse autor, em vista da natureza jurídica da cláusula compromissória, não se

[...] pode imputar à cláusula compromissória tratamento jurídico idêntico ao dispensado às outras cláusulas constantes do estatuto social, as quais impõem-se obrigatoriamente a todos os acionistas, **mesmo os discordantes**, gozando de caráter mandatório. (grifo nosso)

Não obstante os acionistas dissidentes não estarem vinculados à cláusula compromissória, aqueles que se abstiveram e os que não compareceram à

⁸⁷ ENEI, op. cit., p. 162.

⁸⁸ EIZIRIK, Nelson. Quem se submete à arbitragem na S.A.? *Valor Econômico*, São Paulo, 31 agosto 2009. Legislação & Tributos, p. E2.

assembléia, assim como os acionistas titulares de ações preferenciais que não se manifestaram expressamente contra à sua inclusão no estatuto social, estarão vinculados ao compromisso arbitral.

No mesmo sentido, Luiz Leonardo Cantidiano⁸⁹ afirma que os acionistas que se manifestaram expressamente contra a inserção da cláusula compromissória no estatuto social não podem a ela se vincular.

Cantidiano fundamenta o seu pensamento no fato de que ninguém está obrigado a se submeter, contra a sua vontade, ao processo arbitral. Faltaria, neste caso, o elemento volitivo, essencial à submissão do acionista à arbitragem.

Entretanto, para esse autor,

Nada impede, no entanto, que o referido acionista possa instituir a arbitragem, tal como é facultado pelo § 2º, do art. 4º, da Lei 9.307/96.

[...]

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 ao direito. A arbitragem só pode ser instituída se houver uma manifestação formal e voluntária da pessoa (física ou jurídica) convencendo submeter-se à decisão arbitral.

No entanto, Cantidiano diverge de Nelson Eizirik ao afirmar que aqueles acionistas que não compareceram à assembléia geral que deliberou pela inclusão da cláusula compromissória, bem como os acionistas que se abstiveram de votar, não estão obrigados a se submeterem à cláusula compromissória, devendo firmar termo de adesão, nos termos do disposto na Lei de Arbitragem.

Para Modesto Carvalhosa, na mesma linha dos autores anteriormente mencionados, a cláusula compromissória constitui matéria facultativa, não se confundindo, portanto, com as demais matérias que devem obrigatoriamente constar do estatuto social.

Segundo esse autor, o estatuto social de determinada companhia não pode privar os acionistas do direito que lhes é assegurado pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de se socorrer do Poder Judiciário.

⁸⁹ CANTIDIANO, op. cit., p. 119.

E fundamenta o seu entendimento no referido artigo da Constituição Federal, por se tratar de preceito cogente. Assim sendo,

[...] a supressão da instância judicial e sua substituição pelo juízo arbitral estatutário deve ser considerada como uma **faculdade para os acionistas** e uma **obrigação contratual para a sociedade**. Somente para aqueles acionistas que se vincularam expressamente a tal supressão, nos diversos momentos da existência da sociedade, é o juízo arbitral oponível.

Não se impõe, portanto, *erga omnes*, a cláusula estatutária instituidora da arbitragem. Ela não vincula os acionistas que não tenham inequívoca, livre e expressamente contratado a referida cláusula ou a ela expressamente aderido, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei 9.307, de 1996.⁹⁰

No entanto, as posições acima referidas não são unânimes na doutrina pátria. Com efeito, Marcelo Fortes Barbosa Filho⁹¹ assevera que tanto o acionista controlador, quanto os acionistas minoritários submetem-se à incidência de todas as normas constantes do estatuto social, inclusive a cláusula compromissória, “não se justificando assim pretender vincular uns e liberar os demais, [...] sob o argumento da ausência de manifestação volitiva expressa e ser a cláusula enfocada autônoma com relação ao restante do estatuto”. E finaliza dizendo que “o estatuto é um só e todos os acionistas estão, a ele, vinculados”, estando, ainda, aqueles que se opuseram à sua inclusão vinculados aos seus efeitos.

No mesmo sentido, Pedro Baptista Martins⁹² argumenta que, se aprovada por quorum legal, a decisão que deliberar pela inclusão da cláusula compromissória no estatuto social deverá “produzir os efeitos de direito e atingir toda a comunidade dos acionistas”. Assim sendo, todos os acionistas, mesmo aqueles dissidentes, estariam vinculados à cláusula compromissória inserida no estatuto social.

⁹⁰ 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*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 328-329.

⁹¹ BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *Sociedade anônima atual: comentários e anotações às inovações trazidas pela Lei nº 10.303/01 ao texto da Lei nº 6.404/76*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 110.

⁹² MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, ano XLI, n. 126, p. 58-74, abr./jun. 2002. p. 210.

Ainda nessa linha de pensamento, temos a exposição de José Virgílio Lopes Enei⁹³ no sentido de que os acionistas dissidentes e ausentes da deliberação que determinou a inclusão da cláusula compromissória estariam a ela vinculados.

Ressalta, como vimos anteriormente, que parte da doutrina fundamenta os seus argumentos, para negar a vinculação dos acionistas dissidentes e ausentes, na questão do requisito volitivo, vez que a arbitragem pressupõe o acordo de vontades no sentido de se submeterem as partes ao juízo arbitral.

Salienta ainda esse autor que a assembléia geral, embora manifeste em primeiro plano a vontade da companhia, por via indireta, manifesta a vontade dos acionistas.

De acordo com Andrea Goes Acerbi⁹⁴, o tema referente à regra da maioria é citado por todos os autores que se opõem ao argumento segundo o qual o acionista dissidente, omissor ou ausente não se vincula à cláusula compromissória inserida, por intermédio de assembléia geral, no estatuto social.

De fato, a regra da maioria, consubstanciada no artigo 136 da Lei nº. 6.404/76, estabelece, nas lições de Armando Rovai⁹⁵, que “a maioria absoluta é exigida para que ocorram as deliberações assembleares, salvo se houver disposição estatutária ampliativa (art. 129 da Lei das Sociedades Anônimas).”

Conforme os ensinamentos de Tullio Ascarelli⁹⁶, o poder da assembléia geral abrange as reformas do estatuto social. Sendo assim, o princípio majoritário

[...] encontra a justificação na comunhão de escopo entre os acionistas, assente na participação de todos eles na sociedade *ad utilitatem communem*, conforme a expressão de Grocio; é lógico, por conseguinte, que, no contraste entre as várias opiniões, as várias tendências e os vários interesses particulares, prevaleça o voto da maioria.

Para Cesare Vivante⁹⁷, as deliberações assembleares devem ser realizadas dentro dos limites estipulados pelo estatuto social e tornam-se então obrigatórias

⁹³ ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Malheiros, jan./mar. 2003. p. 163.

⁹⁴ ACERBI, Andrea Goes. A extensão dos efeitos da cláusula compromissória nos estatutos sociais das sociedades anônimas. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 211.

⁹⁵ ROVAI, op. cit., p. 64.

⁹⁶ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 507.

“mesmo para os sócios que não tomaram parte nelas ou delas discordaram” (grifo nosso).

Como ao longo da vida de uma companhia pode surgir a necessidade da modificação de dispositivos do estatuto social, a lei concede à maioria dos acionistas o poder de o reformar. Caso não fosse dessa maneira, mas sim apenas se pudesse reformar o estatuto por meio da decisão da unanimidade dos sócios, conclui Cesare Vivante “o voto contrário de um sócio caprichoso e descuidado poderia tornar impossível uma reforma invocada em interesse dos demais”.⁹⁸

Ou seja, aplicando-se o entendimento de Cesare Vivante ao caso em estudo, aqueles acionistas que tenham dissentido, que não compareceram à assembléia ou tenham simplesmente se absterido de votar estarão, mesmo assim, vinculados aos termos da cláusula compromissória.

Nessa mesma linha de pensamento, Pedro Baptista Martins⁹⁹ argumenta que o direito societário está fundamentado no princípio do poder majoritário, segundo esse autor, salvo algumas exceções legais ou contratuais, as regras sociais e o rumo da companhia são ditados pelo interesse da maioria, quando em harmonia com o interesse social.

Dessa maneira, ao adquirir ações de determinada companhia, o acionista concorda com o princípio legal da maioria, princípio este que rege o curso das relações societárias. Desse modo, nada se pode fazer em face de decisão tomada pela maioria dos acionistas, exceto, por exemplo, nas hipóteses de abuso de poder por parte do acionista controlador, como veremos a seguir. Em determinados casos, no entanto, taxativamente elencados na Lei nº. 6.404/76, é permitido ao acionista dissidente de deliberação de assembléia geral retirar-se da sociedade mediante o reembolso do valor de sua participação no capital social.

⁹⁷ VIVANTE, Cesare. *Instituições de Direito Comercial*. Tradução e notas: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 116.

⁹⁸ Op. cit., p. 116.

⁹⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, ano XLI, n. 126, p. 58-74, abr./jun. 2002. p. 71.

Por fim, vale registrar o entendimento de Paulo Egídio Seabra Succar¹⁰⁰ no sentido de que a cláusula compromissória vincula a sociedade e seus fundadores, bem como os sócios-aderentes futuros. Nesse sentido, o autor defende que

[...] em favor da aplicação da arbitragem a todos os sócios ou acionistas há que considerar a natureza una e indivisível do contrato societário. Todos os sócios estão vinculados a ele. O contrato não admite que alguns adiram a determinadas cláusulas e não o façam em relação a outras. E a adesão ao contrato ou ao estatuto é expressa. Os fundadores de sociedade empresária estipulam a cláusula. Os demais aderem a ela ou, nas oportunidades que a lei especifica, retiram-na do contrato ou estatuto social, conforme lhes permite a lei. Caso contrário, vencidos na constituição da sociedade ou na deliberação da cláusula compromissória no contrato social, não há como o sócio ou acionista afastar-se dela mais tarde, ao seu bel-prazer.

Com maior rigor aplica-se a cláusula compromissória quando o sócio, investidor, fornece valores para a composição do capital, seja sob a forma originária, seja sob a forma derivada, pois se submete à incidência de todas as normas concretas do contrato. Não se justifica vincular a cláusula compromissória apenas a alguns sócios e liberar outros.

No que tange à vinculação à cláusula compromissória, aprovada em assembléia geral, dos acionistas ausentes, dissidentes ou omissos, em vista do exposto neste item, entendemos, assim como Pedro Baptista Martins, José Virgílio Lopes Enei, Marcelo Fortes Barbosa Filho e Paulo Egídio Seabra Succar, que tais acionistas estão vinculados aos termos da cláusula compromissória, desde que a aprovação da inclusão da cláusula compromissória se dê pela vontade da maioria dos acionistas presentes em assembléia geral, devidamente convocada e instalada, baseando nosso entendimento no princípio majoritário e no princípio da mutabilidade, a qualquer tempo, do estatuto social, desde que não tenha o acionista controlador agido com abuso de poder.

Entretanto, entendemos que, não obstante a deliberação havida em assembléia geral vincular a todos os acionistas quanto aos efeitos da cláusula compromissória, deve-se permitir, mediante reforma a ser empreendida na Lei nº. 6.404/76, que os acionistas dissidentes possam se retirar da sociedade mediante o

¹⁰⁰ SUCCAR, Paulo Egídio Seabra. *A arbitragem como meio de resolver conflitos societários*. (disponível em <http://www.mackenzie.br/dhtm/assessoria_comunicacao/imprensa/releases.php?ass=515&ano=2008>). Acesso em: 07 set. 2009.

reembolso do valor das suas ações, nos termos do artigo 137 da referida Lei, na forma e no prazo estabelecidos em lei.

Há, contudo, que estar atento ao caso concreto, em especial nas sociedades em que há a figura do acionista controlador. Nesse caso, o acionista controlador de determinada companhia pode usar do seu poder de comando e pelo fato de deter a maioria das ações necessária à aprovação de matérias que modifiquem o estatuto social, para empreender a inclusão da cláusula compromissória de modo a prejudicar os acionistas minoritários, haja vista que a via arbitral pode se tornar economicamente inacessível ao acionista minoritário.

4.3 Arbitragem societária no direito comparado

4.3.1 Experiência norte-americana

A arbitragem, nos Estados Unidos da América, conforme anteriormente informado, é regulada pela Lei Federal de Arbitragem de 1925 (*Federal Arbitration Act*). As leis estaduais, expedidas por alguns estados da Federação, não podem impor restrições maiores à arbitragem do que aquelas contidas na lei federal.

Reporta-nos José Virgílio Lopes Enei¹⁰¹ que, naquele país, a arbitragem é uma matéria originariamente reservada à lei escrita, tendo o Poder Judiciário exercido um importante papel na sua interpretação.

O uso da arbitragem pelas sociedades por ações de capital fechado encontra-se, há várias décadas, bastante disseminado. Entretanto, relata-nos Robert Charles Clark¹⁰² que, no passado, o uso da arbitragem sofreu certa resistência,

In the past, use of arbitration was afflicted by legal obstacles. Agreements to arbitrate future disputes were held unenforceable as attempts to oust courts of jurisdiction. Thus, when a dispute finally

¹⁰¹ ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, Malheiros, jan./mar. 2003. p. 154.

¹⁰² CLARK, Robert Charles. *Corporate Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1986. p. 794-795.

arose, a party to the agreement might revoke his agreement and sue in court anyway, or at least refuse to participate in the arbitration.¹⁰³

No entanto, matérias que nos primeiros anos da vigência da lei sofreram certa resistência, tais como a avaliação de preço, exercício do controle e administração da sociedade, foram ganhando cada vez mais espaço nos foros arbitrais graças à intervenção pontual do legislador. Ao longo dos anos, a jurisprudência foi se liberalizando de modo a reconhecer a arbitrabilidade de quase todas as questões que envolvem a sociedade e os seus sócios e entre os próprios sócios. Consoante o entendimento de Robert W. Hamilton¹⁰⁴ as leis vigentes naquele País “[...] contain virtually no restrictions on the type of disputes that may be resolved pursuant to arbitration.”¹⁰⁵

No âmbito das sociedades por ações de capital aberto a prática da arbitragem ainda não é tão difundida, por questões de proteção legal atribuída aos acionistas dessas companhias nos Estados Unidos.

Ocorre que aos acionistas de uma companhia aberta norte-americana é conferida uma ação judicial denominada “ação derivada” (*derivative suit* ou *stockholder’s derivative suit*) que consiste em uma ação intentada por um acionista, em nome da companhia, em face dos seus diretores, administradores e/ou outros acionistas, em caso de lesão aos interesses da sociedade. No caso de sucesso da demanda, a sociedade, e não o acionista, será indenizada pela parte infratora.

Enei cita Richard Shell, que afirma que, não obstante não haver qualquer impedimento à arbitrabilidade de uma ação derivada

[...] dadas as peculiaridades do instituto e até mesmo por uma questão cultural, a via judicial se mostra ainda mais atrativa ao acionista no que diz respeito ao exercício da ação derivada. Essa é, para ele, a razão pela qual a arbitragem não é mais difundida no âmbito das sociedades anônimas abertas.

¹⁰³ “No passado, o uso da arbitragem foi prejudicado por barreiras legais. Acordos para a arbitragem de disputas futuras foram considerados inexecutáveis uma vez que afastavam as jurisdições estatais. Deste modo, quando uma disputa finalmente ocorria, uma das partes rescindia o acordo e intentava uma ação em uma corte estatal, ou simplesmente se recusava a participar da arbitragem.” (tradução nossa)

¹⁰⁴ HAMILTON, Robert W. *Corporations*. 4th edition. St. Paul: West Publishing Co., 1997. p. 354.

¹⁰⁵ “[...] contém, virtualmente, nenhuma restrição sobre a espécie de disputa que possa ser resolvida de acordo com a arbitragem.”

No que se refere à questão da oponibilidade da cláusula compromissória inserida no documento de constituição da sociedade, verifica-se nos Estados Unidos a discussão acerca se tais documentos seriam contratos para fins de se aceitar como vinculante uma cláusula arbitral neles incluída.

José Virgílio Lopes Enei, citando Richard Shell, conclui que o estatuto social e demais documentos constitutivos são instrumentos de natureza contratual, sendo, dessa maneira, meios idôneos para a inclusão de uma cláusula compromissória vinculante a todos os acionistas, não havendo a necessidade da assinatura de qualquer outro documento celebrado individualmente por cada sócio. Vale mencionar que esse entendimento é aquele também verificado na doutrina brasileira.

No que tange à vinculação à cláusula compromissória do acionista que adquire ações de uma dada companhia já constituída, a doutrina americana, segundo Richard Shell, entende que a cláusula compromissória tem o poder de vincular automaticamente os novos acionistas. Todavia, nessa hipótese, a companhia deve levar ao conhecimento dos novos acionistas o teor da cláusula compromissória.

Em vista do exposto neste item, pode-se concluir que a arbitragem é um instituto, a despeito dos mais de oitenta anos da Lei Federal de Arbitragem, não livre de controvérsias, porém, a maior parte da doutrina e jurisprudência norte-americanas se posiciona a favor de sua utilização, reconhecendo a vinculação dos sócios-fundadores, bem como dos acionistas ausentes, dissidentes ou omissos com relação à deliberação que aprova a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social para dirimir controvérsias surgidas entre os sócios ou entre os sócios e a própria companhia.

4.3.2 Experiência italiana

Reporta-nos Enrico Bella¹⁰⁶ que, em 01 de janeiro de 2004, entrou em vigor, na Itália, o Decreto Legislativo nº. 5, de 17 de janeiro de 2003, que disciplina, entre

¹⁰⁶ BELLA, Enrico. A arbitragem societária italiana. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, ano IV, n. 14, abr.-jun. 2007. p. 77.

outros assuntos, o tema da arbitragem societária naquele País.

Com essa nova normativa, o legislador italiano buscou delinear um novo modelo de arbitragem destinada a resolver as controvérsias no âmbito societário, estabelecendo “um corpus de regras novas em matéria societária, ressalvada a aplicação subsidiária das normas de arbitragem comum previstas pelo Codice di Procedura Civile.”¹⁰⁷

Os artigos 34 a 37 do aludido Decreto Legislativo são dedicados ao tema da arbitragem societária. Os artigos 34, 35 e 36 referem-se à arbitragem *rituale*, assim denominada por ser prevista no Código de Processo Civil italiano. O artigo 35.5 trata da arbitragem *irrituale*, arbitragem essa encontrada apenas na Itália, na qual é prolatada uma sentença arbitral de natureza e eficácia estritamente negocial, não possuindo assim eficácia de sentença. A arbitragem *irrituale* não está prevista no CPC.

No entanto, pela reforma empreendida no direito arbitral italiano por meio do Decreto Legislativo nº. 40/2006, foram alteradas as regras do CPC italiano, passando a arbitragem *irrituale* a ser prevista no novo artigo 808 do mencionado Código.

Quanto aos efeitos da cláusula compromissória estatutária, Giorgio Bianchi¹⁰⁸ entende que o novo acionista vincula-se automaticamente aos efeitos da cláusula compromissória constante do estatuto social, não havendo, para esse autor, a necessidade da assinatura de qualquer termo de adesão em apartado. Para Giorgio Bianchi, a exigência de adesão em separado violaria o princípio segundo o qual o novo acionista não pode alegar ignorância das normas estatutárias. Não pode haver ainda cláusulas que se apliquem a apenas alguns acionistas, como seria o caso da cláusula compromissória na hipótese de haver a necessidade de adesão a termo em separado.

Ainda no que tange ao alcance subjetivo da cláusula compromissória, argumenta Giovanni Cabras¹⁰⁹ que se faz presente na cláusula compromissória estatutária a manifestação de vontade implícita do novo acionista que adquire ações

¹⁰⁷ Op. cit., p. 78.

¹⁰⁸ Giorgio Bianchi apud ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, Malheiros, jan./mar. 2003.

¹⁰⁹ CABRAS, Giovanni. *I principi dell'arbitrato e l'arbitrato societario*. Disponível em: <<http://www.dircomm.it/2005/n.1/01.html>>. Acesso em: 12 set. 2009.

de uma dada companhia, tendo em vista que este aceitou implicitamente todas as cláusulas do estatuto social, bem como o adquirente de ações de um antigo sócio, na medida em que o novo acionista, denominado cessionário, assume automaticamente a situação jurídica do cedente, inclusive quanto à observância da cláusula compromissória.

Segundo Giovanni Cabras, mesmo os acionistas ausentes ou dissidentes da deliberação da assembléia geral que determinar a inserção da cláusula compromissória manifestam, implicitamente, a concordância posterior com a mesma, se não exercerem seu direito de recesso previsto no Decreto Legislativo nº. 5/2003.

No que diz respeito ao direito de recesso, a legislação italiana estabelece que as modificações do estatuto social, introdutórias ou supressivas, devem ser aprovadas pelos sócios que representem pelo menos dois terços do capital social, sendo que os sócios dissidentes ou ausentes podem, no prazo de até noventa dias após a deliberação, exercer o seu direito de recesso.

Ainda no que tange à vinculação dos acionistas à cláusula compromissória, o legislador italiano achou por bem deixar claro que a cláusula compromissória é vinculante para a sociedade e para todos os sócios, inclusive aqueles cuja qualidade de sócio é justamente o objeto da controvérsia, nos termos do artigo 34.3 do Decreto Legislativo nº. 5/2003.

Quanto à extensão objetiva da cláusula compromissória, vale mencionar que o Decreto Legislativo nº. 5/2003 estabelece que são arbitráveis as controvérsias verificadas entre os sócios ou entre os sócios e a sociedade, tendo como objeto direitos disponíveis da relação social. Aquelas controvérsias cuja intervenção do Ministério Público é obrigatória não podem ser objeto de arbitragem, consoante o disposto no artigo 34.5 do mencionado Decreto.

Andrea Goes Acerbi relata que o legislador italiano preocupou-se com o conteúdo da cláusula compromissória estatutária, visando a proteger o acionista minoritária de disposições que possam implicar tratamento desigual entre as partes no que se refere à instalação do tribunal arbitral. Assim sendo, o artigo 34 do Decreto Legislativo nº. 5/2003 determina que a cláusula compromissória deve estabelecer o número de árbitros a serem nomeados, assim como a forma de

nomeação dos mesmos. Para garantir a imparcialidade dos árbitros, estes devem ser nomeados por um terceiro estranho à sociedade ou pelo Poder Judiciário local.

Percebemos, diante das experiências norte-americana e italiana quanto à cláusula compromissória estatutária, que as divergências havidas na doutrina e na jurisprudência desses países em muito se assemelha às questões verificadas no Brasil, diferenciando-se apenas no fato de que esses mesmos Países vêm a muitos décadas discutindo estas questões, enquanto em nosso País o assunto ainda é bastante incipiente. De todo modo, é muito importante verificarmos as experiências vividas alhures como base para o desenvolvimento da arbitragem societária no Brasil.

Por fim, a previsão de direito de recesso aos acionistas dissidentes ou ausentes, presente na legislação italiana, serve de inspiração à sua eventual inclusão no direito brasileiro.

5 PODER DE CONTROLE NAS SOCIEDADES POR AÇÕES

5.1 Considerações gerais

O poder de controle nas sociedades por ações, segundo Guilherme Döring Cunha Pereira¹¹⁰, enquadra-se como uma modalidade de poder econômico.

Ressalta esse autor que foi a partir da segunda metade do século XIX que se vislumbraram as estruturas de poder nas companhias como em tudo paralelas às estruturas políticas. Procurou-se assim elaborar as estruturas das companhias em conformidade com as estruturas políticas, baseadas nos ideais democráticos do período. Desse modo, estabeleceram-se as assembleias gerais dos acionistas como o “órgão soberano”, sendo as suas decisões tomadas de modo análogo às das eleições populares.

De acordo com esse autor, essa concepção deve ser afastada pois nas sociedades comerciais, o voto não é tomado *viritim*, por pessoa, mas de acordo com a proporção ao valor das ações possuídas. Nas sociedades comerciais, o poder que se verifica não é o político, mas o poder econômico.

Enquanto na sociedade política o voto é um instrumento para o exercício da cidadania e um meio de influir na vida social, referindo-se a bens inalienáveis de uma pessoa. Por sua vez, nas sociedades comerciais, o voto diz respeito a um interesse econômico, sendo, portanto, disponíveis.

Outrossim, conforme nos relata Fábio Ulhôa Coelho¹¹¹, os acionistas de uma companhia aberta podem ser divididos em dois grandes grupos: os empreendedores, ou empresários, que são aqueles interessados na exploração de determinada atividade econômica; e de outro lado os investidores, que empregam os seus recursos em dada companhia, em busca de bons rendimentos. Nesse último grupo, o dos acionistas investidores, deve-se distinguir entre o rendeiro, atento aos

¹¹⁰ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Alienação do Poder de Controle Acionário*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 4.

¹¹¹ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 274-275.

benefícios que possam auferir em virtude da aquisição de ações, e os acionistas especuladores que buscam ganhos imediatos por meio da venda e compra de ações no mercado secundário.

Acerca dos acionistas especuladores, Guilherme Döring Cunha Pereira¹¹² relata que “não se pode censurar a estes últimos o desinteresse pela condução da empresa, já que, ao contrário dos direitos políticos, os econômicos são disponíveis”. Assim, o grau de vinculação dos acionistas com a companhia repercute, diretamente, no interesse de participar das assembleias gerais e o de integrar os órgãos da administração.

Temos então que os acionistas especuladores, no extremo oposto, são aqueles alheios ao dia-a-dia da companhia, não participando das tomadas de decisões, estando interessados apenas nos seus ganhos a curto prazo. Do lado oposto, encontram-se os rendeiros e os empreendedores. que participam, em geral, estes últimos, mais efetivamente da vida da sociedade, integrando os órgãos da administração e participando das assembleias gerais.

Estabelece-se assim, como ressalta Fábio Ulhôa Coelho, uma relação de poder entre os diversos grupos de acionistas, cada um defendendo, em maior ou menor grau, de forma mais ou menos organizada, os seus próprios interesses.

Para melhor entender as relações de poder dentro de uma companhia, devem-se distinguir duas posições de acionistas, na classificação proposta por Fábio Ulhôa Coelho, o acionista controlador e o minoritário. Cabe mencionar, não obstante a designação atribuída a cada grupo, que, no contexto das relações entre os acionistas, as expressões “acionista controlador” e “acionista minoritário” não se referem à “maior ou menor participação no capital social, mas, sim, à maior ou menor influência na condução dos negócios da sociedade”.

¹¹² Op. cit., p. 5.

5.2 Acionista controlador

Relata-nos Berle e Means¹¹³ que à medida que a riqueza em ações foi-se dispersando, de forma ampla, a propriedade sobre esta riqueza e o controle sobre ela deixaram cada vez mais de estar nas mesmas mãos. O controle sobre a riqueza produtiva pode ser e está sendo exercido com um mínimo de interesse na propriedade, podendo, inclusive, ser exercido sem nenhum interesse desse tipo. E concluem: “[...] propriedade da riqueza sem um controle apreciável e controle da riqueza sem uma propriedade apreciável parece o resultado lógico do desenvolvimento das sociedades anônimas.”

De acordo com esses mesmos autores, a separação de funções obriga-nos a reconhecer o “controle” como algo independente da propriedade, por um lado, e da administração, por outro.

E complementam:

[...] o controle é um produto característico do sistema de sociedade anônima. Como a soberania, seu equivalente no campo político, é um conceito fugidio, pois raramente se consegue isolar ou definir o poder com clareza. Como a direção de uma sociedade anônima é exercida por um conselho de diretores, podemos dizer, para simplificar, que o controle está em mãos do indivíduo ou grupo que tem o poder efetivo de selecionar o conselho de diretores (ou sua maioria), seja mobilizando o direito legal de escolhê-los – “controlando” a maioria dos votos de forma direta ou através de algum mecanismo legal -, seja exercendo pressão que influencia a sua escolha. Ocasionalmente se usa de um certo grau de controle, não através da escolha dos administradores, mas de imposições aos diretores, como quando um banco determina a política de uma empresa seriamente endividada com ele. Mas, na maioria dos casos, se se consegue determinar efetivamente quem tem o poder de selecionar os diretores, localiza-se o grupo de indivíduos que, por uma questão prática, pode ser considerado o “controle”.

Dessa forma, segundo Berle e Means, quando o controle é definido de acordo com o disposto no parágrafo anterior, descobre-se uma série de tipos e situações de controle – formas derivadas no todo ou em parte da propriedade, formas que dependem de dispositivos legais e formas que têm um caráter extralegal.

¹¹³ BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 85.

No Brasil, o legislador, na Exposição de Motivos¹¹⁴ da Lei nº. 6.404/76 inovou, haja vista que o artigo 116 da referida Lei deu “status” próprio à figura do “acionista controlador”. De acordo com a Exposição, “[...] esta é inovação em que a norma jurídica visa a encontrar-se com a realidade econômica subjacente”.

Desse modo, com a definição trazida pelo legislador, permitindo, assim, a identificação do poder de controle acionário, veio a Lei das Sociedades por Ações a superar a “ficção democrática” das sociedades por ações, que acarretava na diluição das responsabilidades pelas deliberações sociais, haja vista que prevalecia a noção de que as decisões eram tomadas pela comunhão dos acionistas, como se não existissem acionistas controladores e minoritários.¹¹⁵

Vale mencionar, conforme Modesto Carvalhosa¹¹⁶, que no Decreto-Lei nº. 2.627/40 não existia a figura do acionista controlador, mas sim a do acionista majoritário. Não havia, assim, no diploma anterior, responsabilidades específicas para o acionista majoritário.

No princípio do acionista majoritário que prevalecia quando da vigência do Decreto-Lei nº. 2.627/40 havia uma correlação direta entre o risco do capital empregado e o mando social. Desse modo, aqueles acionistas que detivessem mais de 50% do capital social votante eram considerados como os acionistas com poderes de decisão e de orientação da política da companhia.

Desta maneira, a assembléia geral era o órgão efetivamente decisório da companhia, pois prevalecia o sistema quantitativo de ações, que se traduzia pelo predomínio da maioria do capital social, mediante a atribuição do voto a todos os acionistas titulares de ações ordinárias.

Quando da vigência do diploma de 1940, “[...] a hegemonia dos majoritários exercia-se na assembléia geral e pressupunha a titularidade da maioria absoluta das ações votantes”, de acordo com as lições de Modesto Carvalhosa¹¹⁷. Já nos termos da Lei nº. 6.404/76, o grupo controlador pode exercer o controle da companhia mesmo sem deter a maioria das ações da companhia. Pode haver, desta maneira,

¹¹⁴ Exposição de Motivos nº. 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp>. Acesso em: 11 jun. 2008.

¹¹⁵ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais – regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 361.

¹¹⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 2º volume, artigos 75 a 137*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 473.

¹¹⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 2º volume, artigos 75 a 137*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 479.

uma desproporção entre o capital detido pelo acionista controlador e o capital total da companhia, pelo fato da dispersão do capital social ou pela possibilidade de largo uso da emissão de ações preferenciais.

Com o advento da Lei nº. 6.404/76, traz-se a definição de acionista controlador, nos termos do artigo 116:

Artigo 116 – Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direito de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

A Lei nº. 6.404/76 abandona o critério quantitativo do capital investido na companhia como suscetível de configurar esse domínio, na medida em que permite que uma parte do capital social seja composta por ações preferenciais sem direito de voto¹¹⁸, retirando, por conseqüência, a soberania efetiva da assembléia geral. Funda-se assim o princípio do acionista controlador na dominação societária independentemente do risco de inversão de capital.

De acordo com Modesto Carvalhosa¹¹⁹, na sistemática implementada pela Lei nº. 6.404/76,

a quantidade de capital subscrito em ações não mais coincide com a quantidade de ações necessárias à formação da maioria na assembléia geral, em que não votam os acionistas rendeiros e especuladores, presumivelmente titulares de preferenciais [...]

O poder sobre a companhia torna-se personalizado. Dá-se a esse grupo uma série de prerrogativas de mando que são auto-homologadas pela assembléia geral, que, em última instância, é constituída pelos próprios controladores.

Em decorrência do disposto na Lei das Sociedades por Ações, o poder de controle deve ser permanente, de forma a configurar a figura do acionista controlador. Nesse sentido, alguém que detenha o poder, seja por delegação

¹¹⁸ Quando da edição, em 1976, era permitida a emissão de ações preferenciais até 2/3 do total das ações emitidas. Atualmente, este percentual é de 50%, após a promulgação da Lei nº. 10.303/01.

¹¹⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 2º volume, artigos 75 a 137*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 473-474.

daquele que efetivamente detenha o controle permanente, seja por acordo de acionistas, ou detenha o poder de forma esporádica, não está abrangido no conceito legal de acionista controlador, não se sujeitando às mesmas responsabilidades impostas ao acionista controlador.

Ademais, não basta a titularidade do poder de controle, sendo necessário o seu efetivo exercício. A efetiva utilização do poder de controle para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos administrativos é fundamental para o enquadramento na situação de acionista controlador.

Fábio Ulhôa Coelho¹²⁰ menciona, no que se refere à identificação do acionista controlador, que

[...] a identificação do controlador, num caso específico, é questão de fato, que deve levar em conta os pressupostos do conceito legal, entre os quais o requisito da permanência (art. 116, a). O Banco Central, em 1976, estabeleceu que se considera permanente a manifestação do poder de controle se o acionista titulariza ações que lhe asseguram a maioria absoluta dos votos ou, quando inexistente alguém nessa situação, se ele obteve a maioria, nas três últimas assembleias gerais (Res. n. 401, item IV).

Não obstante a referida norma ter perdido a sua eficácia, o critério adotado pelo Banco Central continua pertinente e aplicável, nas palavras de Fábio Ulhôa Coelho.

Por derradeiro, cabe mencionar que a figura do acionista controlador, tal como trazida pela Lei nº. 6.404/76, tem inspiração institucionalista filiando-se à teoria de Walter Rathenau da empresa em si (*Unternehmen an sich*). Segundo essa escola, “o que importa perseguir na companhia é a consecução do objeto empresarial que constitui o seu conteúdo, não tendo prevalência o seu fim último, qual seja, o de maximização de lucros, voltado, evidentemente, para o interesse dos acionistas”.¹²¹

Essa concepção da “empresa em si” surgiu na Alemanha, ao final da Primeira Guerra Mundial, e pregava que os empresários detêm o poder de controle não para servir os demais sócios ou acionistas, mas sim no interesse público representado pela empresa, como organização, que transcende a própria companhia.

¹²⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 280-281.

¹²¹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 2º volume, artigos 75 a 137*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 480.

5.2.1 Modalidades de Poder de Controle

O conceito adotado pela Lei das Sociedades por Ações abrange, segundo Fábio Ulhôa Coelho¹²², quatro modalidades de poder de controle da sociedade por ações: 1) totalitário; 2) majoritário; 3) minoritário; 4) gerencial. Vale mencionar que essa divisão em muito se assemelha àquela trazida por Berle e Means¹²³: 1) controle por meio da propriedade quase total; 2) controle majoritário; 3) controle por meio de um dispositivo legal sem propriedade majoritária; 4) controle minoritário; 5) controle administrativo.

Por sua vez, Fábio Konder Comparato¹²⁴ classifica o poder de controle como interno e externo, classificação essa que abarca as modalidades de poder de controle mencionadas no parágrafo anterior.

5.2.1.1 Controle Interno

O controle interno, que abrange todas as modalidades de poder de controle mencionadas acima, é aquele, na definição de Fábio Konder Comparato¹²⁵, cujo titular atua no interior da própria sociedade, parecendo-se fundar unicamente na propriedade acionária. Em última análise, sua legitimidade e intensidade dependeriam do número de ações ou votos de que se é titular, na mesma proporção da totalidade dos sufrágios possíveis.

- a) Controle por meio da propriedade quase total ou controle totalitário

Assemelha-se à situação da sociedade unipessoal, uma *one-man company* ou uma *wholly-owned subsidiary*, onde um único indivíduo ou um pequeno grupo de

¹²² COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 280.

¹²³ Op. cit., p. 85.

¹²⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 48.

¹²⁵ Op. cit., p. 51.

sócios possui a totalidade ou a quase totalidade das ações. Nesse caso, a propriedade e o controle estão ambos nas mesmas mãos da mesma pessoa.

Na sociedade unipessoal, conforme mencionado por Fábio Konder Comparato, não há nenhum outro interesse interno a ser levado em consideração, na aplicação das normas legais, além do interesse do único titular do capital social, perdendo assim eficácia todas as regras para regular conflitos de interesse entre os sócios. Havendo, entretanto, um outro acionista, mesmo que titular de uma única ação, ainda que sem direito de voto, reaparece a possibilidade de conflitos de interesses entre os sócios.

b) Controle majoritário

O controle majoritário é aquele, em poucas palavras, exercido por quem detém mais da metade das ações com direito de voto. Segundo Berle e Means¹²⁶, o controle majoritário é o

[...] primeiro passo para a separação entre propriedade e controle, envolve a propriedade da maioria das ações. No caso de uma estrutura empresarial simples, a propriedade da maioria das ações, estando nas mãos de um único indivíduo ou grupo pequeno, dá a esse grupo virtualmente todos os poderes legais de controle que teria um único proprietário da empresa e, em particular, o poder de selecionar o conselho de diretores.

Fábio Konder Comparato refere-se a um controle majoritário simples e a um controle majoritário absoluto, conforme exista ou não uma minoria qualificada, minoria essa que, nos termos da lei, pode moderar o poder de controle do acionista, ou acionistas majoritários, questionando a política ou os atos da maioria, tanto diretamente, por meio da participação nas assembléias gerais, quanto nos tribunais.

A Lei nº. 6.404/76 confere, por exemplo, a qualquer acionista, mesmo que possua apenas uma ação e ainda que sem direito a voto, o poder de convocar a assembléia geral, quando tal convocação for retardada por mais de sessenta dias, nos casos estabelecidos na lei ou nos estatutos. Ademais, a lei prevê que acionistas representando ao menos cinco por cento do capital social podem propor ação social

¹²⁶ Op. cit., p. 86.

de responsabilidade *uti singuli* contra os administradores, se não for deliberado pela assembléia geral a promoção dessa ação, bem como, por exemplo, podem propor a ação social *uti singuli* de perdas e danos contra a sociedade controladora pelos danos causados à companhia controlada, por abuso de poder.

Ocorre, desse modo, conforme mencionado, uma restrição ao poder de controle. Por sua vez, o bloco de acionistas majoritários pode ou não ser constituído por um único acionista, como pode ou não, caso exista mais de um acionista, ser composto por um grupo monolítico de interesses. Conforme nos ensina Fábio Konder Comparato,¹²⁷ “é mesmo usual que dois ou mais acionistas, ou grupos de acionistas, componham a maioria, associando interesses temporária ou permanentemente convergentes. Pode-se falar, em tais hipóteses, de um controle conjunto ou por associação.”

c) Controle minoritário

O controle minoritário, por suas próprias características, apenas é observado nas grandes companhias, com alto grau de dispersão de ações, cujos acionistas encontram-se espalhados por todo o mundo, sendo assim difícil reuni-los em assembléia geral. Dessa maneira, um único indivíduo ou um grupo detendo menos da metade do capital votante de determinada companhia dirige os negócios sociais e elege a maioria dos seus administradores.

Dominique Schmidt¹²⁸ informa que, atualmente, o controle minoritário é um fenômeno bem conhecido, justificando que

[...] dans une société comptant de très nombreux porteurs, la minorité, qui devra soumission au groupe majoritaire, représentera toujours une participation nettement majoritaire dans le capital social.

[...] comme les décisions sociales sont prises en assemblée, et comme les actions son réparties en un très grand nombre de petits porteurs, [...], il suffit au groupe majoritaire de réunir une proportion de capital telle qu'elle soit supérieure à celle des opposants venus à l'assemblée: cette proportion diminue avec le nombre des porteurs d'actions.¹²⁹

¹²⁷ Op. cit., p. 63.

¹²⁸ SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970. p. 4.

¹²⁹ “[...] em uma sociedade composta de muitos acionistas, a minoria, que deveria se submeter ao grupo majoritário, representará sempre uma participação notadamente majoritária no capital social. [...] como as

Nesse sentido, Berle e Means¹³⁰ constatam, no que tange ao denominado pela doutrina norte-americana de *working control*, que

[...] quanto maior a companhia, e quanto mais dispersa a propriedade de suas ações, tanto mais difícil desalojar a minoria que dispõe do controle. Enquanto operação financeira, é praticamente impossível que alguém de fora compre a maioria das ações da General Motors Corporation; mesmo um Rockefeller pensaria duas vezes antes de tentar comprar uma propriedade majoritária da Standard Oil Company of Indiana. Da mesma forma, o custo de mobilizar os votos de dezenas ou centenas de milhares de acionistas mandando-lhes circulares ou talvez fazendo uma campanha publicitária deve ser tal que impede todos, a não ser os muito ricos, de tentar esse método de apoderar-se do controle.

Na legislação brasileira, a existência de um controle minoritário está implicitamente prevista, nas palavras de Fábio Konder Comparato, quando a Lei das Sociedades por Ações fixa as regras de quorum e maioria no funcionamento da assembléia geral. Em regra, as assembléias instalam-se com a presença, em primeira convocação, de, no mínimo, um quarto do capital social com direito de voto e, em segunda convocação, com qualquer número. Nos casos de reforma do estatuto social, para a validade da deliberação em assembléia geral, é necessária a presença de acionistas representando dois terços do capital social votante, em primeira convocação, e qualquer número, em segunda. Desse modo, em tese, um único acionista pode constituir e deliberar em assembléia.

d) Controle gerencial ou administrativo

A principal característica do controle gerencial ou administrativo, ou *management control*, é o fato de não estar fundado na participação acionária, mas nas prerrogativas diretoriais.

decisões sociais são tomadas em assembléia, e como as ações estão distribuídas por entre um grande número de pequenos acionistas, [...] é suficiente ao grupo majoritário de reunir uma proporção do capital tal que ele seja superior àquela dos oponentes vindos à assembléia: esta proporção diminui de acordo com o número de acionistas.” (tradução nossa)

¹³⁰ Op. cit., p. 92.

No entendimento de Fábio Konder Comparato¹³¹, o controle gerencial ou administrativo é aquele

[...] totalmente desligado da titularidade das ações em que se divide o capital social. Dada a extrema dispersão acionária, os administradores assumem o controle empresarial *de facto*, transformando-se num órgão social que se autoperpetua por cooptação.

Berle e Means¹³², para ilustrar essa situação, mencionam o exemplo da Pennsylvania Railroad Co., que, em dezembro de 1929, tinha o seu maior acionista individual detendo apenas 0,34% do total das ações e o segundo maior apenas 0,2%, sendo que as ações conjuntas dos vinte maiores acionistas somavam apenas 2,7% do capital social.

Por meio de complexos mecanismos de representação dos acionistas em assembléias gerais, os diretores conseguem se perpetuar no poder, tendo em vista que, em decorrência da grande dispersão dos acionistas, estes últimos não costumam participar destas assembléias.

Ainda no que tange ao controle gerencial ou administrativo, Fábio Konder Comparato entende que esse controle

[...] constitui poderoso argumento em favor da teoria institucional da sociedade anônima. Se o poder de controle na empresa não mais se funda na titularidade acionária e transcende de certa forma a vontade – individual ou coletiva – dos acionistas, parece impossível reduzir o mecanismo social aos modelos do contrato ou da propriedade privada. Estamos diante de uma personalização da empresa, subtraindo-a a qualquer vínculo de natureza real com os detentores do capital societário, e aproximando-a, até à confusão, de uma espécie de fundação lucrativa. É a instituição-empresa, dissolvendo completamente a *affectio societatis* original.

Essa analogia, aliás, nos leva a apontar uma hipótese de controle administrativo, não recenseada em doutrina. Trata-se da situação de companhias controladas por fundações. Estas últimas representam autêntica personalização de um patrimônio sem titular, unificado tão-só pela finalidade assinalada pelo instituidor (*Zweckvermögen*). Competem aos curadores ou administradores do patrimônio fundacional, sob a tutela do Ministério Público, as decisões concernentes à gestão e disposição dos bens, da fundação, respeitados os fins estabelecidos no ato de instituição. Nesse sentido, são autênticos controladores sem propriedade. Se uma fundação é

¹³¹ Op. cit., p. 71.

¹³² Op. cit., p. 94-95.

acionista controladora de sociedade anônima, o titular do controle, em última análise, é o conjunto dos administradores da fundação.¹³³

No Brasil, cuja modalidade totalitária de poder de controle prevalece, e onde a abertura das sociedades por ações, conforme anota Fábio Ulhôa Coelho¹³⁴ ao citar Nelson Eizirik, é “instrumento de capitalização, e não leva ao que se poderia chamar de “democratização da propriedade empresarial”, vem se verificando em algumas companhias a dispersão de suas ações no mercado, chegando o poder de controle dessas companhias a ser classificado como claramente minoritário. Por sua vez, o poder de controle majoritário ganhou espaço, em determinadas companhias abertas, em virtude do processo de privatizações ocorrido na década de 90 do século passado.

Assim sendo e para finalizar este capítulo, vale mencionar dados trazidos por Calixto Salomão Filho¹³⁵ acerca da concentração acionária no Brasil. De acordo com dados divulgados no *White Paper on Corporate Governance in Latin America*, pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 2003, mais da metade das ações das companhias abertas estavam em poder de apenas um acionista, sendo que 65% das ações estavam em mãos dos três maiores acionistas.

Percebemos, desse modo, a extrema concentração de capital nas companhias abertas brasileiras em comparação com as companhias abertas norte-americanas, cabendo ressaltar que essa concentração é ainda maior nas companhias fechadas que não foram objeto da pesquisa acima referida, não obstante os avanços apresentados no campo da governança corporativa nos últimos dez anos.

5.2.1.2 Controle Externo

Na modalidade denominada controle externo, o controlador não é

¹³³ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 75.

¹³⁴ Op. cit., p. 279.

¹³⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 75.

necessariamente membro de qualquer órgão societário de dada companhia, exercendo o seu poder de dominação *ab extra*.

Conforme nos relata Fábio Konder Comparato¹³⁶, o controle externo pode resultar, o que ocorre na maior parte dos casos, de uma situação de endividamento da companhia, passando o credor a dominar a devedora, gerenciando, dessa forma, a sua exploração comercial, sendo que a execução forçada do crédito poderia levar a devedora à situação falimentar.

Em decorrência do acima exposto, podemos citar como exemplo de situação de controle externo os contratos de financiamento com a atribuição ao credor da caução das ações do bloco de controle.

Podemos concluir então, utilizando as palavras de Calixto Salomão Filho¹³⁷, a respeito do controle externo, que

[...] a dependência econômica é um conceito útil para identificar situações em que pode haver controle externo. As duas hipóteses (dependência econômica e controle externo) não se identificam, no entanto. A primeira procura individualizar situações negociais relevantes para o direito concorrencial, já a segunda é um conceito eminentemente societário [...] ainda assim, o dispositivo da lei concorrencial alemã (§ 26, Abs 2, Satz 2 GWB), do qual se origina toda a construção teórica em torno da dependência (*Abhängigkeit*) traz hipóteses úteis para a identificação de situações de controle externo no direito societário, que vão desde o monopólio (dependência absoluta, de todos os agentes daquele mercado em relação ao monopolista) até a dependência empresarial direta (dependência relativa, de um agente em relação a outro oriunda de relações negociais específicas – exemplo: cliente – fornecedor).

¹³⁶ Op. cit., p. 90-91.

¹³⁷ Op. cit., p. 97.

6 CONFIGURAÇÃO DO ABUSO DO PODER DE CONTROLE

O acionista controlador exerce, dentro da companhia, conforme lição de Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira¹³⁸, o poder político, de forma permanente, uma vez que detém a titularidade do bloco de controle de determinada companhia, de modo a lhe assegurar a capacidade de determinar as deliberações da assembléia geral, permitindo gerir as atividades sociais na certeza de que as suas decisões serão referendadas pelo aludido órgão societário.

O acionista controlador usufrui de uma condição privilegiada em relação aos demais acionistas da companhia. Em virtude de deter a maior parte das ações votantes da companhia, em assembléia geral, o acionista controlador pode, por exemplo, de forma isolada, eleger os administradores, fixar-lhes a remuneração, aprovar operações de financiamento e modificar disposições estatutárias.

O exercício do poder de comandar os negócios sociais, em princípio, é lícito e legítimo, exercendo assim, como mencionado acima, o acionista controlador a denominada “soberania societária”. Fábio Konder Comparato¹³⁹ enfatiza que a existência de um direito de controle é indispensável na economia social, embora não tenha sido dada tanta importância a este fato antes do advento da Lei nº. 6.404/76, esclarecendo que “não há sociedade sem poder, e sem organização do poder – ou seja, sem direito [...]”.

Nesse sentido, conforme enfatizado por Fábio Ulhôa Coelho¹⁴⁰, as ações que integram o bloco de controle, em regra, possuem valor de negociação superior ao das demais ações da companhia em virtude, justamente, dos poderes políticos que atribuem aos seus titulares.

Entretanto, o poder de controle, uma vez que constitui um “direito-função”, é atribuído ao seu titular para a consecução de determinadas finalidades. Como não

¹³⁸ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: (pressupostos, elaboração, aplicação)*, 2^o volume. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 235 *et al.*

¹³⁹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 363.

¹⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 285.

se trata de um poder absoluto que pode ser exercido pelo acionista controlador ao seu bel prazer, o legislador entendeu necessária a imposição a este acionista de algumas regras com o intuito de prevenir e reprimir eventuais abusos que possam ser praticados por este acionista.

No que tange ao acima exposto, o parágrafo único do artigo 116 da Lei das Sociedades por Ações estabelece que o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social.

A propósito desse assunto, Dominique Schmidt¹⁴¹ leciona que o poder de controle não é discricionário, sendo que o mesmo deve servir aos interesses comuns dos acionistas e não ao interesse particular do acionista controlador, *in verbis*:

L'usage du contrôle n'est pas discrétionnaire. Il doit servir l'intérêt commun des actionnaires, et non l'intérêt de celui qui le détient au préjudice des autres. Le patrimoine social appartient, par-delà la personne morale, à tous les actionnaires et n'a pas vocation à enrichir un seul d'entre eux.¹⁴²

Ainda nesse sentido, Fabiano Dolenc Del Masso explica que o poder econômico, do qual o poder de controle é uma das suas modalidades, é um fenômeno natural e lícito nas economias modernas, os problemas surgem quando os agentes econômicos, ou seja, as grandes companhias buscam exercê-lo de forma a prejudicar terceiros¹⁴³.

Em conseqüência, o poder de controle deve constituir um poder vinculado ao objetivo da companhia de “fazer a companhia realizar seu objeto e cumprir sua função social” (artigo 116, parágrafo único), sempre observando os seus deveres e responsabilidades para com os demais acionistas, para com os empregados e para com a comunidade em geral (*stakeholders*).

Assim sendo, caso o acionista controlador aja contrariamente ao disposto na legislação, estará configurado o abuso desse poder.

Devemos, entretanto, antes de nos aprofundarmos na questão referente ao abuso de poder (*abus de pouvoir; fraud on the minority*), diferenciá-lo de termos que,

¹⁴¹ SCHMIDT, Dominique. *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*. Paris: Joly, 2004. p. 414.

¹⁴² “O uso do controle não é discricionário. Ele deve servir aos interesses comuns dos acionistas, e não aos interesses daquele que o detém em prejuízo dos demais. O patrimônio social além de pertencer à pessoa jurídica, pertence a todos os acionistas, e não se destina a enriquecer apenas um deles.” (tradução nossa)

¹⁴³ DEL MASSO, Fabiano Dolenc. *Direito Econômico (Ponto a ponto)*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 116.

à primeira vista, parecem ser similares, como o desvio de poder (*detournement de pouvoir*) e o abuso de direito (*abus de droit*).

Esclarece Modesto Carvalhosa¹⁴⁴ que essas três espécies de antijuridicidade têm como fundamento a conduta do agente e os doutrinadores definem assim a matéria a partir desse enfoque subjetivo.

O abuso de direito ocorre quando um sujeito, no exercício ou no uso de seus direitos subjetivos, desvirtua, imotivadamente ou sem a observância do princípio da boa-fé, a finalidade econômica ou social do instituto jurídico de que deriva o seu direito. Os prejudicados pelo ato praticado com abuso de direito devem ser indenizados pelo infrator.

Por seu turno, o desvio de poder ocorrerá, segundo Modesto Carvalhosa¹⁴⁵, quando

[...] o agente, embora observando as formalidades e não cometendo violação alguma expressa em lei, exerce o seu poder com uma finalidade diversa daquela para a qual lhe foi conferida essa prerrogativa. Trata-se, com efeito, de figura típica do direito público.

Já o abuso de poder ocorre quando, por exemplo, o acionista controlador não exerce com moderação a prerrogativa que lhe é atribuída por lei, exercendo-a contrariamente ao interesse de terceiros e objetivando causar danos a esses terceiros, seja por meio do cerceamento do exercício dos seus direitos, seja visando a alcançar enriquecimento ilícito ou vantagem sem justa causa.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca do abuso de poder, em decisão proferida no Recurso Extraordinário nº. 113.446/RJ, nos seguintes termos:

[...] o abuso de poder se traduziria em uma causa ilegítima dos atos praticados, com alguma dessas finalidades: a) prejudicar uma categoria de acionistas; b) satisfazer exclusivamente interesses pessoais de alguns deles.

O abuso de direito, conceito que sofreu severa crítica de PLANIOL, objeto de divergência na doutrina quanto à sua conceituação, sedimentou-se em duas modalidades: desvio da finalidade de direito no exercício do mesmo, que por isso seria anormal ou irregular (SALEILLES e JOSSERAND) ou, então, o denominado ato emulativo, isto é, exercício do direito com a única ou principal finalidade de causar prejuízo a outrem, sem vantagem patrimonial ou

¹⁴⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 2º volume, artigos 75 a 137*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 505.

¹⁴⁵ Op. cit., p. 505.

com vantagem irrelevante para o titular (CAPITANT, DE RUGGIERO, PORCHEROT, NOTO-SARDEGNA).

A jurisprudência entre nós se fixou de preferência no sentido emulativo, não se espraiando para o campo mais amplo do exercício irregular do direito. Mas, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº. 6.404, de 1976) prevê as duas formas de abuso de direito. Todavia, ambas constituem ato ilícito, fonte de responsabilidade civil, que tem por pressuposto dano certo [...].

Dessa maneira, verifica-se que o abuso de poder de controle deve resultar de decisões tomadas pelo acionista controlador com o intuito de prejudicar uma categoria de acionistas ou para satisfazer os interesses pessoais de alguns desses acionistas. Nota-se, nessa situação, que o controle é desviado de sua finalidade originária, que é a de assegurar a acumulação de capital e a prosperidade da companhia.

Diferencia-se o abuso de controle do abuso da maioria, pois este último funda-se na estrutura do princípio majoritário do Decreto-Lei nº. 2.627, de 1940. Como não havia, na legislação anterior, uma separação institucional entre os acionistas - controladores e minoritários - qualquer titular de ações ordinárias poderia adquirir o poder societário, sem que a estes acionistas fossem atribuídos os deveres previstos atualmente na Lei das Sociedades por Ações. Desta forma, o abuso da maioria caracteriza-se pela ruptura da igualdade entre os acionistas.¹⁴⁶

Nelson Eizirik¹⁴⁷ esclarece que o abuso de poder

[...] constitui instituto de direito administrativo adotado na Lei das S.A., mediante o qual se busca caracterizar aquelas medidas do acionista controlador em respeito formal à lei, mas visando a interesses extra-sociais e lesivos aos minoritários, investidores, empregados e à própria comunidade onde a sociedade desenvolve suas atividades.

A respeito, tanto a Lei das S.A. como a regulamentação expedida pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM estabelecem o princípio básico de que constitui abuso de poder de controle qualquer decisão que não tenha por finalidade o interesse social, mas que vise a beneficiar exclusivamente o acionista controlador, em detrimento da sociedade, dos acionistas minoritários e de terceiros.

¹⁴⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 2º volume, artigos 75 a 137*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 506.

¹⁴⁷ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais – regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 374.

Por sua vez, Modesto Carvalhosa¹⁴⁸ esclarece que o abuso de poder configura-se quando o agente não exerce

[...] com moderação a prerrogativa que lhe é legalmente atribuída, fazendo-o contrariamente ao interesse de terceiros e com o objetivo de causar-lhes danos, **seja cerceando-lhes o exercício de seus direitos**, seja visando a alcançar, com o abuso, enriquecimento ilícito ou vantagem sem justa causa. (grifo nosso)

Nos termos do disposto no artigo 117 da Lei das Sociedades por Ações, responde o acionista controlador pelos atos praticados com abuso de poder. Nesse caso, a parte legítima para integrar o pólo passivo da contenda processual é o acionista controlador que agiu contrariamente ao disposto na Lei e não a companhia em si.

Estabelece a Lei das Sociedades Anônimas que a sanção prevista para o acionista controlador, quando da configuração do abuso de poder, é a de perdas e danos, salvo quando ocorrer na assembléia geral, hipótese em que a deliberação poderá também ser anulada, em virtude do voto do acionista em situação conflitante com o interesse da companhia, não havendo, entretanto, na lei, qualquer previsão de desconstituição do ato considerado abusivo.

Cabe ressaltar, no que tange ao aludido artigo 117, que a enumeração das modalidades de abuso de poder arroladas no parágrafo primeiro é exemplificativa. A orientação da Lei de 1976 sempre foi a de adotar padrões amplos (*standards*), ficando a critério do Poder Judiciário e das autoridades administrativas, com base nos *standards* da Lei, estipular novos atos lesivos efetivamente praticados pelos acionistas controladores em face, principalmente, dos acionistas minoritários.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça publicou acórdão¹⁴⁹ que, na mesma linha do exposto anteriormente, estabelece que as modalidades de abuso de poder de acionista controlador referidos na lei são meramente exemplificativas, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO SOCIETÁRIO. ART. 117, § 1º, DA LEI Nº. 6.404/76 (LEI DAS SOCIEDADES). MODALIDADES DE ABUSO DE PODER DE

¹⁴⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 2º volume, artigos 75 a 137*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 506.

¹⁴⁹ REsp 798264 – SP. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

ACIONISTA CONTROLADOR. FORMA EXEMPLIFICATIVA.
CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE PODER [...]

- O § 1º, do art. 117, da Lei das Sociedades Anônimas enumera as modalidades de exercício abusivo de poder pelo acionista controlador de forma apenas exemplificativa. Doutrina.

- A Lei das Sociedades Anônimas adotou padrões amplos no que tange aos atos caracterizadores de exercício abusivo de poder pelos acionistas controladores, porquanto esse critério normativo permite ao juiz e às autoridades administrativas, como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), incluir outros atos lesivos efetivamente praticados pelos controladores.

Consoante acima referido, a lei enumera exemplificativamente algumas modalidades de abuso de poder por parte do acionista controlador. Em vista do tema da presente dissertação e em decorrência de sua natureza não-exaustiva, analisaremos brevemente apenas a alínea “c” do parágrafo primeiro do artigo 117 da Lei das Sociedades por Ações, que dispõe, *in verbis*:

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

Nos termos expressamente estabelecidos na legislação, o acionista controlador pode ser responsabilizado pelos danos causados aos demais acionistas quando, por exemplo, deliberar modificar o estatuto social, não tendo tal deliberação por fim o interesse da companhia e vise a causar prejuízo aos demais acionistas, em especial os minoritários, aos empregados ou aos investidores em títulos emitidos pela companhia.

O uso do poder é considerado abusivo se o acionista controlador não atende ao interesse público e societário, mas, sim, ao seu próprio interesse, resultando em dano para a companhia e para as pessoas e demais entidades a ela ligadas¹⁵⁰.

Na hipótese da presente dissertação, a modificação do estatuto social, pelo acionista controlador, pode certamente configurar abuso de poder, uma vez que os acionistas minoritários dissidentes, omissos ou ausentes teriam que, a partir do momento da aprovação da inserção da cláusula compromissória no estatuto social

¹⁵⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 2º volume, artigos 75 a 137*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 508.

de dada companhia, submeter todos os conflitos havidos entre a companhia e os acionistas e, notadamente, entre o(s) acionista(s) controlador(es) e os minoritários à arbitragem.

Assim sendo, não poderia o acionista controlador de uma determinada companhia, valendo-se do seu poder de controle, modificar, às vésperas, por hipótese, da interposição de uma ação judicial pelos demais acionistas dessa mesma companhia em face dos acionistas controladores, o estatuto social, de modo a inserir cláusula compromissória estabelecendo que, a partir de então, todas as demandas havidas entre a companhia e os seus acionistas ou entre os acionistas controladores e os demais acionistas sejam dirimidas por arbitragem? Em decorrência dos custos cobrados pela câmara de arbitragem escolhida pelo acionista controlador, não poderia esse fato ser um empecilho para os demais acionistas, principalmente para aqueles que detêm uma ínfima participação no capital social? Agiria assim o acionista controlador em flagrante abuso de poder?

É o que veremos no próximo Capítulo.

7 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABUSO DO PODER DE CONTROLE QUANDO DA INSERÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Não obstante, entendermos que o acionista dissidente de deliberação que aprova a inclusão de cláusula compromissória no estatuto social está vinculado aos termos da aludida cláusula, em determinadas situações, pode haver a configuração de abuso de poder de controle quando tal inclusão é realizada em detrimento de um determinado grupo de acionistas.

Na situação que relatamos no capítulo anterior, o acionista controlador de determinada companhia poderia, valendo-se do seu poder de controle, modificar o estatuto social, mediante decisão aprovada em assembléia geral, de modo a prever que a partir de então, todos os conflitos existentes entre a companhia e os seus acionistas e/ou entre o acionista controlador e os demais acionistas, no âmbito societário, sejam submetidas à determinada câmara de arbitragem, e não mais ao Poder Judiciário.

Nesse caso, sem prejuízo das vantagens que um procedimento arbitral possui se comparado ao procedimento judicial, celeridade, confidencialidade, especialidade dos árbitros, entre outras, o procedimento arbitral possui, em regra, um custo mais elevado que o do processo judicial, o que pode inviabilizar a submissão de determinados assuntos ao juízo arbitral, especialmente aqueles que envolverem valores de baixa monta.

As despesas envolvidas em uma ação judicial, tais como, exemplificativamente, distribuição, autuação, depósito inicial, custas com oficial de justiça, preparo recursal, entre outras, são bem inferiores àquelas relacionadas à remuneração dos árbitros, do secretário, da própria câmara de arbitragem, bem como demais despesas havidas ao longo do processo arbitral.

A título meramente ilustrativo, consultamos a tabela de custas da Câmara de Arbitragem do Mercado¹⁵¹ e a do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de

¹⁵¹ BOVESPA. *Câmara de arbitragem do mercado – regulamento e tabela de custas*. Disponível em: <<http://www.camaramercado.com.br>>. Acesso em: 31 ago. 2009.

Comércio Brasil-Canadá¹⁵², consideradas entre as mais respeitadas câmaras de arbitragem em atividade no Brasil, e podemos concluir que uma arbitragem administrada por uma dessas duas câmaras não custará menos de quarenta mil reais às partes envolvidas, considerando o valor dos honorários que são cobrados em base horária (entre R\$ 450,00 e R\$ 500,00 por hora e por árbitro).

Desse modo, os custos envolvidos em um processo arbitral poderão inviabilizar, conforme relatado acima, a submissão de um determinado litígio cujo valor monetário envolvido seja reduzido, sendo que o recomendável, nesse caso, seria submeter o litígio ao Poder Judiciário.

Outrossim, em determinadas situações, a escolha da câmara arbitral realizada pelo acionista controlador pode recair sobre uma câmara com pouca experiência ou mesmo inidônea, prejudicando, por conseqüência, a defesa dos direitos dos acionistas minoritários em face do acionista controlador ou da própria companhia.

Assim sendo, no caso hipotético de modificação do estatuto social, empreendida pelo acionista controlador, para a inclusão de cláusula compromissória, às vésperas da propositura de ação judicial, o julgador deverá analisar a intenção, ou seja, a motivação que levou aquele acionista que detém o poder de controle da companhia de apenas naquela ocasião resolver modificar o estatuto social de modo a prever a submissão de eventuais litígios à arbitragem.

Nessa situação, entendemos que o julgador deverá questionar por que apenas às vésperas da propositura de uma eventual ação judicial o acionista controlador resolveu utilizar o seu poder de comando e detentor da maioria dos votos em assembléia geral para empreender essa modificação do estatuto social, afastando, por conseqüência, a apreciação da eventual demanda ao Poder Judiciário.

Poder-se-ia considerar que se trataria de uma mera decisão empresarial, sujeita aos critérios de oportunidade e conveniência.

¹⁵² CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Tabela de custas e honorários do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=tabela%20de%20custos>>. Acesso em: 31 ago. 2009.

Entretanto, segundo comentário de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França¹⁵³ acerca dessa questão,

[...] há muito a doutrina afastou essa objeção, pois para se aferir se uma decisão, administrativa ou assemblear, foi tomada em conformidade com o interesse da companhia permite-se um exame de mérito, limitado, embora, à finalidade específica de se descobrir um *vício de legitimidade*.

[...] Galgano alude, a propósito, à máxima da jurisprudência inglesa segundo a qual pode ser anulada “uma deliberação tal que nenhuma pessoa razoável poderia considerá-la como útil para a sociedade”, salientando que aí não se postula qualquer controle de mérito, mas a circunstância de que determinada deliberação apareça aos olhos de qualquer pessoa razoável como inútil ou prejudicial para a sociedade é assumida como elemento presuntivo da prova de um abuso cometido pela maioria, a qual se utilizou da posição de poder que ocupa para conseguir vantagens particulares para seus componentes, sem qualquer relação com as exigências da empresa social.

Dúvidas não há quanto ao poder de apreciação e decisão sobre a oportunidade e a conveniência do exercício da atividade empresarial, no que tange, no caso em tela, à deliberação para a inclusão de cláusula compromissória, por parte do acionista controlador. Trata-se, conforme lição de Fábio Konder Comparato¹⁵⁴, de prerrogativa inerente ao direito de comando do acionista controlador que não pode deixar de ser reconhecida.

Sendo assim, cabe ao julgador verificar, no caso concreto, para quais fins o acionista controlador decidiu empreender a reforma estatutária de modo a incluir a cláusula compromissória, uma vez que o abuso de poder se configura quando o acionista controlador age com a intenção deliberada de causar prejuízo a outrem, mesmo que sem vantagem patrimonial direta para o seu titular, e sem qualquer interesse para a companhia.

Desse modo, o acionista controlador que, em determinadas circunstâncias a serem analisadas em cada caso concreto, aprovar a inclusão de cláusula compromissória no estatuto social, mesmo que mediante deliberação em assembléia

¹⁵³ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 497.

¹⁵⁴ Op. cit., p. 387.

geral regularmente convocada e instalada, estará praticando um ato com abuso de poder em detrimento dos demais acionistas e sem qualquer interesse para os negócios da companhia.

CONCLUSÕES

A arbitragem, como um dos meios alternativos de resolução de disputas, possui, no mundo contemporâneo, uma importância ímpar, em especial, para a resolução de complexas controvérsias surgidas no âmbito mercantil e empresarial.

Com a abertura da economia brasileira, especialmente do mercado financeiro e de capitais, verificada a partir do início da década de 1990, e a abertura da economia aos investimentos estrangeiros, mediante a criação de novos veículos de investimentos e a adoção de um regime cambial mais livre quanto à formação de preço e aprovação de fluxos, o Brasil não poderia continuar a prescindir de uma legislação que não concedesse efetividade ao instituto da arbitragem. Assim, em boa hora foi promulgada a Lei nº. 9.307/96, que modernizou o instituto da arbitragem que há tanto tempo se fazia presente no nosso ordenamento jurídico.

Em 2001, com a entrada em vigor, da Lei nº. 10.303, que incluiu previsão expressa na Lei das Sociedades por Ações acerca da possibilidade da utilização da arbitragem para dirimir as controvérsias havidas no âmbito das sociedades comerciais entre os acionistas controladores e entre os minoritários e entre a própria companhia e os seus acionistas, vislumbrou-se enfim um meio sigiloso, célere e especializado de resolução das referidas controvérsias.

No entanto, logo após a inclusão da arbitragem societária na legislação brasileira, que, como anteriormente relatado, não se trata de uma novidade no ordenamento jurídico, haja vista que o antigo Código Comercial datado de 1850 já previa que as “questões sociais” deveriam ser solucionadas por meio da arbitragem, notamos na doutrina brasileira um intenso debate, no que se refere especificamente à arbitragem societária, sobre as matérias que poderiam ser objeto deste instituto, assim como o alcance e a aplicação subjetiva da cláusula compromissória. Ou seja, quais os agentes, no âmbito de uma lide societária, que se vinculariam às disposições da cláusula compromissória, instituindo e se submetendo aos seus efeitos.

Verificamos que, após decorridos mais de oito anos da promulgação da Lei nº. 10.303/01, ainda existem divergências quanto à oponibilidade da cláusula compromissória para aqueles acionistas que adquiriram ações de determinada companhia que já possuía previsão arbitral, quando da aquisição dessas ações, e para aqueles acionistas que, por exemplo, se manifestaram contrariamente à inclusão da cláusula compromissória no estatuto social, conforme analisado no Capítulo 4 acima.

Notamos, no que tange à questão supra, que a doutrina é unânime apenas no que se refere à vinculação à cláusula compromissória dos fundadores-subscritores, quando da constituição de determinada companhia.

Quanto à inclusão da cláusula compromissória no estatuto social para a resolução de conflitos societários surgidos entre a companhia e os seus acionistas e entre o acionista controlador e os minoritários, não obstante as diversas vantagens apontadas quanto à celeridade, sigilo, especialidade dos árbitros, entre outros atributos, o direcionamento da resolução desses conflitos exclusivamente para a seara arbitral em detrimento da judicial pode ser prejudicial aos acionistas minoritários, principalmente para os pequenos investidores do mercado de capitais.

Tendo em vista os custos monetários envolvidos, tais como honorários dos árbitros, custas da própria câmara arbitral, entre outros, conforme relatado no Capítulo 7 acima, a arbitragem pode se mostrar economicamente desvantajosa para esses pequenos investidores/acionistas.

Assim sendo, aproveitando-se desse fato, o acionista controlador ou os acionistas participantes do bloco de controle, detentores do poder de controle de determinada companhia, podem empreender uma reforma estatutária, por meio de uma assembléia geral legalmente convocada, instalada e cuja deliberação tenha sido aprovada mediante quorum regulamentar, para estabelecer que todos os conflitos surgidos no âmbito societário sejam necessariamente submetidos a uma determinada câmara arbitral, escolhida unicamente por estes acionistas.

Nessa situação, entendemos que o acionista controlador estaria agindo com abuso de poder, nos termos do artigo 117 da Lei das Sociedades por Ações, uma vez que a promoção da alteração estatutária, na hipótese descrita no Capítulo 7 acima, estaria sendo realizada claramente com o único intuito de causar prejuízo aos

demais acionistas da companhia, notadamente os acionistas minoritários, visando a impedir que esses acionistas não possam submeter as suas reivindicações ao Poder Judiciário.

Desse modo, entendemos que o legislador brasileiro, se valendo da experiência italiana, poderia propor a reforma da Lei das Sociedades por Ações, no sentido de conceder ao acionista dissidente de deliberação que aprovar a inserção de cláusula compromissória no estatuto social, de retirar-se da companhia, mediante o reembolso do valor de suas ações, no prazo de trinta dias, contado da publicação da ata da respectiva assembléia geral, nos termos do artigo 137 da aludida Lei.

Referências Bibliográficas

ACERBI, Andrea Goes. A extensão dos efeitos da cláusula compromissória nos estatutos sociais das sociedades anônimas. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem e contratos internacionais: a proteção da parte mais fraca. In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: Ltr, 1998.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *Sociedade anônima atual: comentários e anotações às inovações trazidas pela Lei nº 10.303/01 ao texto da Lei nº 6.404/76*. São Paulo: Atlas, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BATISTA MARTINS, Pedro. *Aspectos Jurídicos da Arbitragem Comercial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.

BELLA, Enrico. A arbitragem societária italiana. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, ano IV, n. 14, p. 77-98, abr.-jun. 2007.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

BERTOLDI, Marcelo M. (Coord.). *Reforma da lei das sociedades anônimas: comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 9. ed. ver., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOVESPA. *Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado*. Janeiro/2002
Disponível em:
<[HTTP://www.bovespa.com.br/pdf/regulamentonv07012002.pdf](http://www.bovespa.com.br/pdf/regulamentonv07012002.pdf)>. Acesso em:
10 jun. 2008.

_____. *Regulamento de Listagem do Novo Mercado*. Versão posterior à Lei
10.303 e à ICVM 358, atualizado em maio/2002. Disponível em:
<[HTTP://www.bovespa.com.br/pdf/RegulamentoNMercado.pdf](http://www.bovespa.com.br/pdf/RegulamentoNMercado.pdf)>. Acesso em: 05
jan. 2008.

_____. *Câmara de arbitragem do mercado – regulamento e tabela de custas*.
Disponível em: <<http://www.camaradomercado.com.br>>. Acesso em: 31 ago.
2009.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Recomendações da CVM sobre
Governança Corporativa*. Disponível em:
<<http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/cartilha/cartilha.doc>>. Acesso em: 31
mai. 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Justificação do Projeto de Lei nº. 78/1992. *Diário
do Congresso Nacional*, Brasília, DF, 4 jun. 1992. Seção II, p. 4289-4290.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Exposição de motivos nº. 196, de 24 de junho
de 1976*. Disponível em:
<http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp>. Acesso em: 11 jun.
2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada: jurisprudência e
legislação infraconstitucional em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CABRAS, Giovanni. *I principi dell'arbitrato e l'arbitrato societario*. Disponível em:
<<http://www.dircomm.it/2005/n.1/01.html>>. Acesso em: 12 set. 2009.

CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Tabela de custas e honorários do
Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.
Disponível em:
<<http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=tabela%20de%20custos>>.
Acesso em: 31 ago. 2009.

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

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº. 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO FRÓES, Carlos Henrique de. A Arbitragem no Brasil de acordo com a Lei nº 9.307/96. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). *A Arbitragem na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 2º volume, artigos 75 a 137*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. 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*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CASELLA, Paulo Borba. Introdução: efetividade da arbitragem na nova lei. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.037/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 2ª ed. amp. São Paulo: Saraiva, 1991.

CLARK, Robert Charles. *Corporate Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1986.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COHEN, Daniel. *Arbitrage et société*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa, de junho de 2002*. Disponível em:

<[HTTP://www.cvm.gov.br/port/public/publ/cartilha/cartilha.doc](http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/cartilha/cartilha.doc)>. Acesso em: 01 jun. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CORRÊA FILHO, Danilo Alves. Direito de recesso – Inaplicabilidade do art. 137 da Lei das S.A. (Amicus curiae – Consoante o disposto no art. 31 da Lei 6.385/76). *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 31, ano 9, p. 159-166, jan./mar. 2006.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. A arbitragem como método de solução de controvérsias sobre investimentos estrangeiros. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.037/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996.

DEL MASSO, Fabiano Dolenc. *Direito Econômico (Ponto a ponto)*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2003.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais – regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

EIZIRIK, Nelson. Quem se submete à arbitragem na S.A.? *Valor Econômico*, São Paulo, 31 agosto 2009. Legislação & Tributos.

ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: Malheiros, jan./mar. 2003.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. A arbitragem na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 19, ano 5, Revista dos Tribunais, out./dez. 2008.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem (legislação nacional e estrangeira) e o monopólio jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999.

FINDELSTEIN, Cláudio. Arbitragem no direito societário. In: FINDELSTEIN, Maria Eugênia Reis; MARTINS PROENÇA, José Marcelo (Coord.). *Direito societário: sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIÚZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das Deliberações de Assembléias das S/A*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitrabilidade no Direito Brasileiro e Internacional – Regras da Lei 9.307/96 e de outras legislações – Normas de ordem pública em diversos sistemas – Antecedentes jurisprudenciais. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 12, ano 4, Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HAMILTON, Robert W. *Corporations*. 4th edition. St. Paul: West Publishing Co., 1997.

ITÁLIA. Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5. Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366. *Gazzetta Ufficiale* n. 17 del 22 gennaio 2003 – Supplemento Ordinario n. 8. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/dlattleg.htm#2003>>. Acesso em: 16 mai. 2009.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: (pressupostos, elaboração, aplicação)*, 2º volume. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

LEÃES, Luiz Gastão de Paes de Barros. *Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

LEE, João Bosco. Arbitragem e empréstimos internacionais. In: SILVA, Roberto Luiz et al (coord.). *O Brasil e os acordos econômicos internacionais*:

perspectivas jurídicas e econômicas à luz dos acordos com o FMI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEMES, Selma M. Ferreira. Os Princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem. In: BATISTA, Pedro A. *et al. Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LIMA, Cláudio Vianna de. *Curso de Introdução à Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

LOPES SHIGUEMATSU, Plínio José. *A arbitragem comercial internacional e seus campos de regência*. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002.

MAGALHÃES, José Carlos de. A cláusula arbitral nos contratos internacionais. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 20, n. 43, 1981.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MAGALHÃES, José Carlos de *et al.* Juízo arbitral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 652, 1990.

MAKANT, Barbara. A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 4, p. 83-103, jan./mar. 2005.

MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de outubro de 1988)*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, ano XLI, n. 126, p. 58-74, abr./jun. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MONTI, Antonio. Arbitration and Corporate Law. In: MONTI, Antonio *et al.* *Three Essays on International Commercial Arbitration*. Disponível em:

<http://www.montiswisslaw.com/pdf/International_Commercial_Arbitration.pdf>.

Acesso em: 18 ago. 2009.

PARIZATTO, João Roberto. *Arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.1996 (doutrina e prática forense)*. São Paulo: LED, 1997.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Alienação do Poder de Controle Acionário*. São Paulo: Saraiva, 1995.

PEREIRA, Luiz César Ramos. O juízo arbitral e o projeto de lei sobre arbitragem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 564, out. 1982.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial, 2º volume*. 24^a ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Ivan César. Arbitragem, risco legal e o novo mercado da Bovespa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17, p. 110-142, abr./jun. 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. *A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23.09.1996): Uma avaliação crítica*. São Paulo: Malheiros, 1998.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 3^o vol., 2002.

ROQUE, José Sebastião. *Arbitragem – A solução viável*. São Paulo: Ícone, 1997.

ROSSI, Lívia. Arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 129, p. 186-205, jan./mar. 2003.

ROVAI, Armando Luiz. *Direito de empresa (Ponto a ponto)*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SAMTLEBEN, Jürgen. Histórico da Arbitragem no Brasil. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). *Arbitragem – Lei Brasileira e Praxe Internacional*. 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1996.

SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*. Paris: Librairie Sirey, 1970.

_____. *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*. Paris: Joly, 2004.

SHIGUEMATSU, Plínio José Lopes. *A arbitragem comercial internacional e seus campos de regência*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

SMIT, Hans *et al.* *International Contracts*. New York: Matthew Bender & Co., 1981.

SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem Internacional (Introdução histórica). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva 1978.

STRENGER, Irineu. Arbitragem internacional – conceitos básicos. In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998.

SUCCAR, Paulo Egídio Seabra. *A arbitragem como meio de resolver conflitos societários*. Disponível em:
<http://www.mackenzie.br/dhtm/assessoria_comunicacao/imprensa/releases.php?ass=515&ano=2008>. Acesso em: 07 set. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Rodrigo Tellechea. O acordo de acionistas e o uso da arbitragem como forma de resolução de conflitos societários. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 4, n. 15, p. 27-42, junho/ago./set. 2007.

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. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XLIV, n. 139, p. 164-176, jul./set. 2005.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à lei das sociedades por ações: Lei nº 6.404, de 15.12.1976, atualizada pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997.* _____ (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VIVANTE, Cesare. *Instituições de Direito Comercial.* Tradução e notas: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

WALD, Arnaldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (I). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 12, p. 23-28, jan./mar. 2007.

_____. A arbitragem e o direito societário (II) casos práticos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 14, p. 23-29, jul./set. 2007.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)