

INSPER – INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA
MASTER OF LAWS (LL.M.) EM DIREITO SOCIETÁRIO

Lucas Antanas Gandolfi Paranhos

*Utilidade da arbitragem no Direito Societário e vinculação de
sócios e acionistas à convenção de arbitragem no Brasil*

São Paulo

2010

INSPER – INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA
MASTER OF LAWS (LL.M.) EM DIREITO SOCIETÁRIO

Lucas Antanas Gandolfi Paranhos

***Utilidade da arbitragem no Direito Societário e vinculação de
sócios e acionistas à convenção de arbitragem no Brasil***

**Monografia apresentada ao curso
Master of Laws (LL.M.) em Direito Societário
do Instituto de Ensino e Pesquisa - INSPER-
SP como requisito parcial para obtenção de
título de especialista em Direito Societário**

São Paulo

2010

P212

PARANHOS, Lucas Antanas Gandolfi.

Utilidade da arbitragem no Direito Societário e vinculação dos sócios e acionistas à convenção de arbitragem no Brasil/ Lucas Antanas Gandolfi. – São Paulo: 2010.

100f.; 30 cm.

Orientação Professora Dra. Adriana Braghetta.

Trabalho de especialização *Master of Laws* (LL.M.) em Direito Societário - INSPER-SP, 2010.

1. Direito Societário. I. Título.

CDU 347.7

Lucas Antanas Gandolfi Paranhos

***Utilidade da arbitragem no Direito Societário e vinculação de
sócios e acionistas à convenção de arbitragem no Brasil***

Monografia apresentada ao curso *Master of Laws (LL.M.)* em Direito Societário do Instituto de Ensino e Pesquisa - INSPER-SP como requisito parcial para obtenção de título de especialista em Direito Societário

Orientadora: Professora Dra. Adriana Braghetta

Aprovada em / /2010. Nota:

Banca examinadora:

Prof. Dra. Adriana Braghetta

Prof. Dr. André Antunes Soares de Camargo

Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni

**São Paulo
2010**

Agradecimentos

Dedico este trabalho aos meus pais, Maria Aparecida Gandolfi Paranhos e Paulo Roberto Paranhos, pela educação e suporte que me deram através de sua perseverança nesta árdua tarefa de educação dos filhos. Muito obrigado pelos valores que me ensinaram nesta vida, tais como humildade, respeito, simplicidade e integridade, dentre tantos outros.

Dedico também aos meus irmãos, Maria Paula e Haroldo, pessoas as quais tenho profunda admiração e orgulho.

Por fim, agradeço minha orientadora Dra. Adriana Braghetta por toda ajuda e suporte que me concedeu neste trabalho, através de seu admirável conhecimento do direito arbitral.

Resumo

O presente trabalho aborda a grande utilidade da arbitragem no Direito Societário brasileiro. Destaca a possibilidade de inserção da cláusula compromissória no contrato de sociedade (contrato social ou estatuto social) e a necessária vinculação dos associados (sócios e acionistas) à mesma, concluindo, portanto, que é plenamente possível e segura a arbitrabilidade de contendas societárias no Brasil. Demonstra-se, especialmente em virtude da inter-relação entre as principais características da arbitragem (especialidade, celeridade, sigilo) e das relações societárias (dinamismo, complexidade, flexibilidade) que o instituto é o meio mais adequado para a resolução de litígios societários no Brasil, diante de seu atual cenário macroeconômico. É apresentado o histórico da rápida evolução da arbitragem societária no país nos últimos quinze anos, as principais vantagens em sua utilização, o respaldo que o Poder Judiciário local vem concedendo em favor da correta aplicação da Lei 9.307 de 1996 e a contribuição que o instituto traz como boa prática de governança corporativa.

Palavras-Chave: Arbitragem, Arbitragem Societária, Arbitrabilidade, Arbitragem no Direito Societário.

Abstract

The present study brings up the major usage of arbitration in corporate law disputes in Brazil. The possibility of including the arbitration agreement into the company's By-law is pointed out. The study also states the obligation of entailing the associates (partners and stockholders) to the arbitration agreement. Therefore, it is demonstrated that company law disputes arbitrability is definitely possible and safe under the Brazilian law. As a result of the inter-relationship between the major characteristics of arbitration (specialty, celerity, and sigil) and the corporate relations (dynamism, complexity, and flexibility) it is demonstrated that company-law arbitration is the best way to solve corporate disputes in Brazil, given the actual country macroeconomic scenario. The historical evolution of the company-law disputes arbitration in the past fifteen years is presented in this study. The proper support granted by the local Judicial power to favor the correct application of the Law 9.307/1996 (Brazilian Arbitration Law), as well as the positive contribution that the company-law arbitration brings as a good corporate governance practice are also described.

Keywords: Arbitration, Company-law Arbitration, Corporate Law disputes, Corporate Law.

Lista de ilustrações

	Página
1 Taxa de Congestionamento no 1º Grau, Juizados Especiais e Turmas Recursais na Justiça Estadual	15

Lista de tabelas

1 <i>Corruption Perceptions Index</i> (CPI) – 2009	17
2 <i>Doing Business</i> 2010	18
3 Tabela de Custas e Honorários Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá	30

SUMÁRIO

	Página
Resumo	vi
Abstract	vii
Lista de Figuras	viii
Lista de Tabelas	viii
Introdução	1
1 Introdução à arbitragem societária	
1.1 A inter-relação entre a evolução histórica do Direito Societário, o fenômeno da globalização e a utilidade da arbitragem societária	5
1.1.1 A evolução histórica do Direito Societário	5
A. Teoria dos Atos de Comércio	6
B. Teoria da empresa	6
C. História do direito empresarial brasileiro	7
1.1.2 A globalização, o atual ambiente de negócios e a utilidade da arbitragem societária	9
1.2 A atual conjuntura econômica brasileira e seu potencial de crescimento	11
1.3 Características gerais do Poder Judiciário brasileiro e sua dificuldade em garantir a tempestiva prestação jurisdicional nos litígios societários	13
1.4 A arbitrabilidade dos litígios societários	21
1.5 Vantagens na utilização da arbitragem em conflitos societários	26
1.6 A Evolução da arbitragem societária no Brasil	30
1.7 Contribuições positivas do Poder Judiciário brasileiro ao desenvolvimento da arbitragem no país	34
2 Aspectos gerais da arbitragem que concernem ao Direito Societário	36
2.1 Conceituação da arbitragem	37
2.1.1 A natureza jurídica da arbitragem	42
2.2 Breve histórico da arbitragem	44

2.2.1 Histórico da arbitragem no mundo	44
2.2.2 Histórico da arbitragem no Brasil	45
2.2.3 Antecedentes à Lei 9.307 de 1996	48
2.3 Aspectos gerais da Lei 9.307 de 1996	49
2.3.1 A convenção de arbitragem	50
2.3.2 Cláusula compromissória cheia e cláusula compromissória vazia	54
2.3.3 O procedimento arbitral	56
2.3.4 A sentença arbitral	56
2.3.5 O reconhecimento e execução das sentenças arbitrais Estrangeiras	57
3 Extensão e limites da cláusula compromissória no contrato de sociedade (contrato social e estatuto social)	58
3.1 Classificação das sociedades empresárias	58
3.2 Possibilidade de inserção da cláusula compromissória no contrato de sociedade	60
3.3 Vinculação de sócios e acionistas à cláusula compromissória inserida no contrato social e estatuto social	62
A.Vinculação dos associados (sócios e acionistas) que não participaram da decisão societária de inserção da cláusula compromissória porque não faziam parte do quadro societário naquele momento	63
B.Vinculação dos associados (sócios e acionistas) à arbitragem em decisão não unânime quanto à inserção da cláusula compromissória no instrumento social	66
3.4 Direito de recesso	72
4 Arbitragem societária e a governança corporativa	74
4.1 A disseminação da exigência da arbitragem societária como uma boa prática de governança corporativa	74
4.2 Os diferentes níveis de Listagem da BM&F BOVESPA e a obrigatoriedade de utilização da arbitragem	77
4.3 O regulamento da Câmara arbitral da BMF/BOVESPA	79
5 Conclusão	81
6 Referências bibliográficas	83

1 Introdução

O dinamismo e a complexidade das relações econômicas e comerciais mundiais são características inerentes ao século XXI. Especialmente após o final do século passado, o fenômeno da globalização acentuou-se rapidamente e a distância física entre as nações deixou de ser empecilho para conclusão de negócios entre elas, havendo, conseqüentemente, uma maior integração econômica mundial em busca de mercados mais eficientes.

Através da combinação de diversos fatores, tais como estabilidade monetária e fiscal, aumento do consumo e da renda, expansão do crédito, diminuição do desemprego e dívida externa, bem como investimentos recordes na produção, o Brasil vive atualmente o seu melhor momento econômico das últimas três décadas, vislumbrando grande potencial de crescimento para os próximos anos.

Em decorrência especialmente do aumento de sua capacidade de produção de bens e serviços e da abundância de seus recursos naturais, o padrão de vida de muitos brasileiros tem melhorado e o país tem atraído, cada vez mais, investidores nacionais e estrangeiros, ocupando o país atual posição de destaque na economia mundial.

Todo este crescimento econômico acarreta no aumento da complexidade das relações jurídicas do meio empresarial, em especial, das relações tuteladas pelo Direito Societário.

Verifica-se assim, com efeito, que os conflitos de interesses entre associados (sócios ou acionistas), ou entre estes e a sociedade empresária, tornam-se cada vez mais freqüentes e complexos, demandando, por conseguinte, soluções mais especializadas, rápidas e justas para a parte prejudicada. Rapidez e eficiência na solução de seus conflitos são fatores fundamentais para que as empresas, e seus associados, possam conviver em harmonia e cumprir com a finalidade social, contribuindo, assim, para o desenvolvimento econômico e social sustentável do país.

Ademais, observa-se que, a falta de infra-estrutura, de pessoal e de investimentos para melhoria do Poder Judiciário brasileiro prejudica as empresas e seus associados, assim

como toda a economia, na medida em que acarreta no julgamento tardio e não satisfatório de suas contendas.

Diante da combinação deste complexo cenário do mercado mundial (e local) e do dinamismo das relações tuteladas pelo Direito Societário, entende-se que, a arbitragem, em virtude de sua especialidade, celeridade e sigilo, trata-se do método mais adequado e conveniente para a dirimção de contendas societárias no Brasil. E é neste contexto, que a escolha do tema do presente trabalho ganha destaque.

Existente no direito brasileiro há aproximadamente cento e oitenta e seis anos, a arbitragem está presente no direito positivo pátrio desde a Constituição Federal de 1824. No entanto, somente recentemente, nos últimos quinze anos, com a entrada em vigor de significativas e importantes mudanças na legislação brasileira, bem como julgamentos em prol do instituto pelo Poder Judiciário, foi garantida e selada a devida segurança jurídica a este eficaz método extrajudicial milenar de soluções de controvérsias perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Excelentes contribuições garantiram definitivamente a entrada do Brasil no circuito mundial da arbitragem, tais como a entrada em vigor da Lei 9.307, a partir de novembro de 1996, a então denominada e muito bem elaborada “Lei da Arbitragem”, o posicionamento favorável à sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido em 2001 (Agravo Regimental de nº. 5206-8/246), e derradeiramente, com a ratificação do Brasil à Convenção de Nova Iorque, em junho de 2002, convenção esta que versa sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Com a recente regulação advinda com a Lei 10.303 de 2001, através da inserção do parágrafo 3º no artigo 109 da Lei das Sociedades Anônimas, determinou-se, expressamente, que o estatuto da sociedade pode estabelecer que divergências envolvendo acionistas e a companhia, ou entre acionistas majoritários e minoritários podem ser solucionadas mediante arbitragem. Apesar da Lei 9.307 de 1996 já permitir sua utilização também na seara societária, embora não expressamente como no referido artigo, a arbitrabilidade de contendas no Direito Societário foi tutelada pela legislação local.

Ressalte-se que, desde a entrada em vigor do decreto 3.900, de 1867, o qual estabeleceu pela primeira vez no ordenamento jurídico que a cláusula compromissória arbitral teria natureza de promessa de contratar (*pactum in compromittendo*, ou seja, seu descumprimento ensejava apenas em perdas e danos), a arbitragem no Brasil permaneceu em franco desuso até a promulgação da Lei 9.307 de 1996. A admissão da execução específica da cláusula compromissória, advinda com a entrada em vigor da Lei da Arbitragem, em 1996, concedeu, pela primeira vez, após cento e vinte e nove anos, o caráter vinculativo desta cláusula, sendo de fundamental importância para o revigoramento do instituto.

A proposta deste trabalho é a de apresentar a grande utilidade que a arbitragem pode desempenhar no Direito Societário. Principalmente, dentro outros motivos que serão apresentados, em virtude da inter-relação entre as principais características da arbitragem (especialidade, celeridade, sigilo) em combinação com as principais características das relações societárias (dinamismo, complexidade, flexibilidade).

Neste contexto, será apresentado um breve histórico da arbitragem societária, a possibilidade de inserção da cláusula compromissória no contrato de sociedade (estatuto e contrato social) e conseqüentemente a defesa da posição da arbitrabilidade de litígios dentro desta seara do direito, seu atual estágio de evolução no Brasil, bem como suas principais características e vantagens, demonstrando assim, sua melhor adequação para a resolução de contendas societárias no Brasil.

Além disso, será enfrentado o polêmico tema na doutrina brasileira acerca da obrigatoriedade de vinculação ao instituto pelos associados (sócios e acionistas) que não participaram, ou até mesmo participaram e foram dissidentes, da inclusão da cláusula compromissória no contrato de sociedade.

Como será devidamente apresentada, a polêmica existe por tratar-se de um conflito aparente de normas, na medida em que o princípio norteador da arbitragem é o da livre manifestação de vontade quanto à sua instituição, enquanto vige no direito societário o princípio da prevalência de vontade da maioria representativa do capital social, em especial, quando se delibera sobre a inserção de cláusula compromissória em seu contrato de sociedade.

A metodologia de trabalho utilizada para estruturação e elaboração do presente estudo foi a da pesquisa científica, por meio da seleção de obras, estudos, pesquisas e artigos científicos de relevância acerca da arbitragem como método extrajudicial de solução de controvérsias societárias. Os dados obtidos foram analisados e interpretados de forma qualitativa.

Mister destacar ainda, diante do caráter de sigilo que se reveste o procedimento arbitral, a dificuldade de encontrar pesquisa jurisprudencial de tribunais arbitrais brasileiros concernentes a matérias societárias.

Sem a presunção de esgotar o tema, espera-se contribuir para disseminação de informações sobre a utilidade da arbitragem no Direito Societário brasileiro, assim como sobre a vinculação dos associados (sócios e acionistas) à cláusula compromissória no contrato de sociedade.

1.1 A inter-relação entre a evolução histórica do Direito Societário, o fenômeno da globalização e a utilidade da arbitragem societária

1.1.1 A evolução histórica do Direito Societário

Importante compreender a evolução histórica do direito empresarial no tempo, para uma melhor contextualização de sua importância no mundo globalizado do século XXI e da utilidade da arbitragem em matérias societárias.

Apesar das civilizações antigas desenvolverem embrionariamente normatizações de cunho comercial, foi somente no período feudal, através da reunião entre comerciantes e artesãos em corporações de artes e ofícios, que se iniciou o primeiro período histórico do direito empresarial.

Fábio Ulhoa Coelho¹ sintetiza muito bem, os quatro períodos históricos do direito empresarial:

A história do direito comercial é normalmente dividida em quatro períodos. No primeiro, entre a segunda metade do século XII e a segunda do XVI, o direito comercial é o direito aplicável aos integrantes de uma específica corporação de ofício, a dos comerciantes. Adota-se, assim, um critério subjetivo para definir seu âmbito de incidência. A letra de câmbio, os bancos e o seguro são exemplos de institutos já existentes nesse período... No segundo período de sua história (séculos XVI a XVIII), o direito comercial ainda é, na Europa Continental, o direito dos membros da corporação dos comerciantes. Na Inglaterra, o desenvolvimento da *Common Law* contribuiu para a superação dessa característica. O mais importante instituto do período é a sociedade anônima... O terceiro período (séculos XIX e primeira metade do XX) se caracteriza pela superação do critério subjetivo de identificação do âmbito de incidência do direito comercial. A partir do código napoleônico, de 1808, ele não é mais o direito dos comerciantes, mas dos "atos de comércio" [...]. O marco inicial do quarto e último período da história do direito comercial é a edição, em 1942 na Itália, do Código Civile, que reúne numa única lei as normas de direito privado (civil, comercial e trabalhista). Neste período, o núcleo conceitual do direito comercial deixa de ser o "ato de comércio", e passa a ser a "empresa".

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.1. São Paulo: Editora Saraiva: 1998 p. 5-23.

Nesta evolução histórica, dois sistemas influenciaram diretamente o Direito Empresarial no Brasil, o francês, que através da “Teoria dos Atos de Comércio”, agrupou as atividades econômicas em dois conjuntos, civil e o comercial, sujeitas a regimes jurídicos próprios; e o italiano, o qual, por meio da elaboração do Código Civil de 1942, desenvolveu a “Teoria da Empresa” e estabeleceu um regime geral e unificado destas atividades.

A. Teoria dos Atos de Comércio

Dois sistemas jurídicos influenciaram diretamente o Direito Societário no Brasil, o francês e o italiano.

O primeiro e mais antigo sistema, o francês, surgiu com a entrada em vigor do *Code de Commerce*, em 1808, conhecido também como Código Mercantil napoleônico. Sua importância histórica é de extrema relevância, pois, foi com ele que se desenvolveu a chamada “teoria dos atos de comércio”, e o direito empresarial, agora codificado, pôde assumir proporções muito mais abrangentes, visto que este ramo do direito não mais regulava tão somente as corporações de artes e ofício, passando a regular também outras atividades que poderiam, a partir daquele momento, ser desenvolvidas por outros profissionais, deixando de lado sua característica predominantemente subjetiva de seu âmbito de incidência. Motivo pelo qual, o Código Mercantil napoleônico, influenciou fortemente na regulação das atividades econômicas das nações daquele tempo.

A teoria dos atos de comércio, apesar de influenciar o código comercial brasileiro de 1850, como trataremos adiante, não prosperou no Brasil pelo fato de sua imprecisão metodológica, na medida em que não interligava a relação das atividades econômicas, culminando por acarretar indefinições e incertezas e, derradeiramente, seu descrédito.

B. Teoria da empresa

A “teoria da empresa” surge no sistema italiano, em 1942, quando foi aprovado o *Códice Civile*, regramento este que unificou a normatização do direito privado naquele país. Através deste código civil, tanto matéria de direito civil quanto matéria de direito empresarial (denominado direito comercial na época) estavam reguladas no mesmo código. Tratava-se de

normatização mais adequada à economia mundial da época, motivo pelo qual a teoria da empresa acabou por superar a teoria francesa dos atos de comércio.

O código civil brasileiro (lei 10.406 de janeiro de 2002) possui influência direta desta teoria, na medida em que revogou parcialmente o código comercial de 1850, unificando matérias do direito empresarial juntamente com as de direito civil em um mesmo diploma. Seu projeto de lei (número 634-D) foi encabeçado pelo eminente jurista, Miguel Reale, e tramitou por mais de 25 anos no congresso nacional, motivo pelo qual sofreu forte influência do código civil italiano de 1942.

Como afirmado pelo próprio Miguel Reale², em seu artigo sobre a visão geral do código civil de 2002:

[...] não realizar, propriamente, a unificação do Direito Privado, mas sim do Direito das Obrigações – de resto já uma realidade operacional no país -, em virtude do obsoletismo do Código Comercial, de 1850 – com a conseqüente inclusão de mais um Livro na Parte Especial, que, de início, se denominou “Atividades Negociais”, e, posteriormente, “Direito de Empresa”.

C. História do direito empresarial brasileiro

Importante destacar o contexto histórico do Brasil no século XVIII para melhor compreensão do surgimento de seu direito empresarial positivado.

Naquele século, o Brasil ainda se constituía como uma colônia de Portugal, e este último, já não ocupava a posição de liderança econômica européia que outrora possuía, juntamente com Espanha, durante os séculos XV, XVI e XVII. Inglaterra, França e Holanda, lideravam a economia da naquele momento, motivo pelo qual passaram a disputar pelas possessões portuguesas e espanholas na América.

² REALE, Miguel. **Visão geral do código civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 92, volume 808. 2003. P.11-19

Sobre o surgimento do código comercial, de 1850, bem destacou COELHO³:

A história do direito comercial brasileiro se inicia nesse momento, com a abertura dos portos às nações amigas, decretada com a Carta Regia de 28 de janeiro de 1808. Édito de caráter expressamente provisório acabou, no entanto, criando condições econômicas de fato irreversíveis. Naquele ano, ainda, outros importantes atos de disciplina do comércio foram editados, como o Alvará de 1º de abril, permitindo o livre estabelecimento de fábricas e manufaturas; o de 23 de agosto, instituindo o Tribunal da Real Junta do Commercio, Agricultura, Fabricas e Navegação; e o de 12 de outubro, criando o Banco do Brazil. A edição dessas normas teve não apenas o sentido de propiciar as condições de vida reclamadas pela presença da real corte portuguesa em solo colonial, mas também, e principalmente, o de atender às pressões do imperialismo inglês [...]. O Brasil vivia, então, uma época de crescimento econômico, chegando a ser mais atraente que certos lugares da Europa [...]. Os invasores franceses já haviam sido expulsos de Portugal pelos ingleses desde 1809, Napoleão Bonaparte já havia sido derrotado em Waterloo, em 1815, mas a corte portuguesa continuava sediada no Rio de Janeiro, desenvolvendo grandes e promissores empreendimentos, numa economia em real expansão. Reclamava-se, para atender a essa vitalidade econômica, um Código Comercial próprio, em substituição à disciplina lacunosa e contraditória, decorrente da remissão a legislações estrangeiras. A lei, no entanto, somente veio a ser aprovada pelo Imperador D. Pedro II em 1850, a partir de projeto iniciado dezessete anos antes. O Código Comercial brasileiro inspirou-se diretamente no Code de Commerce e, assim, trouxe para o direito nacional o sistema francês de disciplina privada da atividade econômica.

No ano de 1850, além da promulgação do Código Comercial, entrou em vigor também o Regulamento n. 737, o qual unificou as normas de direito processual comercial.

Com entrada em vigor em 11.01.2003, da lei 10.406 de janeiro de 2002 (ordinariamente denominado como “novo” código civil), pode-se afirmar, com efeito, que o direito empresarial brasileiro da atualidade encontra-se muito próximo do modelo italiano, adotando as principais características da teoria da empresa italiana.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.1. São Paulo: Editora Saraiva: 1998 p. 21-23

Observe-se que, sem prejuízo para utilização do instituto em outras áreas do direito, a constituição Federal de 1988 trata tão somente da arbitragem como forma de resolução de dissídios individuais e coletivos de trabalho (artigo 114).

1.1.2 A globalização, o atual ambiente de negócios e a utilidade da arbitragem societária

Realizada a explanação do histórico do direito empresarial, passemos a analisar sucintamente o atual ambiente de negócios do Brasil e do mundo, advindo do fenômeno da globalização.

Diversos são os conceitos encontrados na doutrina para a definição do termo globalização.

A Organização das Nações Unidas (ONU)⁴ define globalização como:

"a widely-used term that can be defined in a number of different ways. When used in an economic context, it refers to the reduction and removal of barriers between national borders in order to facilitate the flow of goods, capital, services and labor... although considerable barriers remain to the flow of labor... Globalization is not a new phenomenon. It began in the late nineteenth century, but it slowed down during the period from the start of the First World War until the third quarter of the twentieth century. This slowdown can be attributed to the inward-looking policies pursued by a number of countries in order to protect their respective industries [...] however, the pace of globalization picked up rapidly during the fourth quarter of the twentieth century..."

Para CALDAS⁵ globalização significa:

“O fenômeno da globalização resulta da conjunção de três forças poderosas: 1) a terceira revolução tecnológica ligada à busca, processamento difusão e transmissão de informações, inteligência artificial; econômicos integrados (como o Mercosul, a União Européia e a Nafta); 3) a crescente interligação e interdependência dos mercados físicos e financeiros, em escala planetária.”

⁴ Conceito extraído do [Summary of the Annual Review of Developments in Globalization and Regional Integration in the Countries of the ESCWA Region](#) by the United Nations Economic and Social Commission for Western Asia.

⁵ CALDAS, R. W. “**Introdução à Globalização: Noções Básicas de Economia, Marketing & Globalização**”. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

Pode-se definir globalização como um fenômeno mundial bastante abrangente, que afeta diferentes setores da sociedade concomitantemente, em especial o econômico, financeiro, cultural e social. Sua maior influência ocorreu ao final do século XX, sendo certamente a rede mundial de computadores, INTERNET, seu maior catalisador nas últimas duas décadas.

Uma das maiores consequências deste fenômeno foi, e ainda continua sendo, a integração entre os países advinda da eliminação, e/ou atenuação, das fronteiras econômicas entre eles, formando mercados maiores e mais eficientes.

A economia brasileira, fazendo parte do BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China), bloco dos países emergentes do início deste século, está sendo bastante beneficiada economicamente com este fenômeno, assim como será apresentado, de modo mais detalhado, no presente trabalho. Diversas são as externalidades⁶ advindas do processo de globalização, entretanto, o estudo delas não será objeto do presente trabalho.

Encontra-se, no mercado brasileiro, diversas empresas, sejam elas nacionais ou multinacionais, que aqui investem e se beneficiam com a globalização. Nota-se, neste contexto, que as relações comerciais, financeiras e jurídicas tornam-se cada vez mais dinâmicas, complexas e normatizadas, na medida em que o fenômeno se evolui internacionalmente.

As relações tuteladas pelo direito empresarial, em especial o Direito Societário, dentre deste cenário globalizado do comércio internacional, também evoluem com o intuito de acompanhar, ou ao menos tentar acompanhar, todo este processo. Naturalmente, os conflitos de interesses destas complexas e, cada vez mais dinâmicas, relações comerciais aumentam e demandam, conseqüentemente, soluções mais especializadas, rápidas e justas para a parte prejudicada.

⁶ STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais*. São Paulo: Editora Futura, 2002, p. 328.

VILELA⁷ destaca:

“...o fenômeno da globalização, da dinamização das relações empresariais, reclama meios ágeis, de respostas imediatas, não se admitindo demandas judiciais que se estendam por vários anos, perdendo-se, muitas vezes, nos escaninhos do Poder Judiciário. Sobretudo na seara do Direito Comercial que, desde a sua origem, tem como traço marcante a recusa ao formalismo (por vezes exagerado) do Direito Civil, verifica-se que as relações jurídicas dos comerciantes e o funcionamento das sociedades empresárias atingiram um nível de dinamismo impressionante, demandando não apenas a renovação da legislação, mas sobretudo uma resposta rápida, de qualidade satisfatória e eficaz, aos conflitos que se instalem.”

E é exatamente neste cenário atual globalizado do mercado mundial, o qual o Brasil também se insere, que se conclui que a utilidade da arbitragem, para dirimição de contendas societárias, trata-se do método mais adequado para a dirimição de contendas societárias. Como será abordado no próximo capítulo, sua especialidade, celeridade e sigilo são fatores determinantes em sua melhor adequação para resolução de controvérsias societárias.

1.2 A atual conjuntura econômica brasileira e seu potencial de crescimento

Através da combinação entre diversos fatores, tais como estabilidade monetária e fiscal, aumento do consumo e da renda, expansão do crédito, diminuição do desemprego e da dívida externa e investimentos recordes na produção, o Brasil vive atualmente o seu melhor momento econômico em três décadas.

Dados da consultoria LCA, apresentados na reportagem da revista EXAME⁸, revelam que em 2010 o Brasil deve manter a oitava posição entre as principais economias do mundo, com crescimento de 6% de seu produto interno bruto – PIB, alcançando pela primeira a ordem de dois trilhões de dólares. O PIB brasileiro dobrará até 2020, devendo o país se tornar uma das cinco maiores economias do mundo a partir da próxima década. O atual ministro da Fazenda, Guido Mantega, prevê crescimento do PIB na ordem de 6,5% a 7% em 2010 e afirma que o Brasil já se recuperou da crise econômica mundial de 2009.

⁷ VILELA, M. D. G. *Arbitragem no Direito Societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 20-21.

⁸ Fonte: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2010/07/14/mantega-ve-crescimento-do-pib-em-2010-entre-6-5-7-917147878.asp> acessado em 01.08.2010

Este grande potencial de crescimento econômico tem atraído cada vez mais os investidores nacionais e estrangeiros, ocupando o Brasil posição de destaque na economia mundial.

Dentre os países do BRIC (bloco de países emergentes formados pelo Brasil, Rússia, Índia e China), o Brasil é o país deste grupo que mais respeita o Estado de direito⁹, possuindo conseqüentemente a maior segurança jurídica. Enquanto a Europa e EUA encontram-se ainda sofrendo as conseqüências advindas da crise econômica mundial de 2009, apresentando crescimentos econômicos inexpressivos em 2010, o aquecido mercado interno brasileiro contribuiu, e ainda continua contribuindo significativamente, para o crescimento econômico do país.

A projeção do Banco Central para o Investimento Estrangeiro Direto (IED) em 2010 é de US\$ 45 bilhões. Segundo o atual presidente deste órgão, Henrique Meirelles, os investimentos liderarão o crescimento da economia e o IED será um recorde histórico¹⁰.

Em abril de 2008, a agência de classificação de risco *Standard and Poor's* concedeu ao Brasil o patamar de grau de investimento (*investment grade*). Esta foi uma decisão histórica e de suma importância para o desenvolvimento econômico local, representando uma melhora na recomendação do Brasil aos investidores externos, o Brasil passou a ser considerado um investimento seguro para eles. Vale lembrar que um dos principais benefícios de o país se tornar *investment grade* é o de atrair grandes investidores institucionais de países desenvolvidos que, por suas normas internas, só estão autorizados a investir em ativos considerados de baixo risco. Os investidores estrangeiros vêem o Brasil hoje como um país com boas perspectivas de crescimento a longo prazo, sendo considerado um país de relativa estabilidade política e econômica, com bons índices de retorno de investimento.

⁹ WALD, A. A evolução da arbitragem internacional no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 6, n. 23, São Paulo, out./dez. 2009, p. 18-38.

¹⁰ <http://www.clicrbs.com.br/diariocatarinense/jsp/default.jsp?uf=2&local=18§ion=Geral&newsID=a2796918.xml> acessado em 01.08.2010

O Brasil possui ainda algumas vantagens competitivas em relação aos outros países do BRIC, visto que, diferentemente da China, é um país com a democracia sedimentada, não possui numerosos conflitos étnicos e vizinhos hostis como a Índia, e exporta uma gama diversificada de produtos além de petróleo, o que o difere da Rússia. Estas foram algumas das constatações que a revista britânica *The Economist* apontou em sua edição especial de novembro de 2009 sobre o Brasil. A revista, acertadamente, aponta ainda alguns problemas básicos do país, tais como a necessidade de maiores investimentos no setor de infra-estrutura e educação, além de medidas mais incisivas contra a corrupção e violência¹¹.

O fato de o país ter sido eleito como sede das Olimpíadas de 2016 e da Copa do mundo de futebol de 2014 corrobora com a assertiva do bom desenvolvimento da economia local nos dias atuais. Além de fomentar a indústria do turismo, estes importantes eventos certamente contribuirão para investimentos em infra-estrutura básica no país, tais como aeroportos e outros meios de transportes, área esta extremamente carente de investimento por parte do atual governo.

Todos os fatos aqui apresentados apontam que o potencial de crescimento econômico do Brasil é alto, com forte tendência de se tornar uma das cinco maiores potenciais econômicas mundiais em um futuro próximo. Todas as qualidades econômicas não presumem que o Brasil é um país sem graves problemas estruturais. Compartilhamos da opinião dos jornalistas britânicos, do artigo da revista *The Economist* acima citado, na qual o Brasil carece, urgentemente, de maiores investimentos na área da educação, segurança pública, saúde e combate à corrupção que assola diversos de seus órgãos públicos. Entendemos que este crescimento econômico deve vir acompanhado de confiabilidade e segurança jurídica aos investidores locais no momento que surgirem os conflitos societários.

1.3 Características gerais do Poder Judiciário brasileiro e sua dificuldade em garantir a tempestiva prestação jurisdicional nos litígios societários

É fato incontestável que o Poder Judiciário brasileiro padece de problemas de eficiência. Não há necessidade em ser *expert*, pesquisador ou jurista para constatar suas

¹¹ http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/11/091112_economist_rc.shtml acessado em 25.07.2010

diferentes falhas. Basta adentrarmos a qualquer um dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo (vale lembrar, o Estado economicamente mais desenvolvido do Brasil) e pedirmos vista a um processo junto ao cartório para encontrarmos algumas das características que corroboram com esta afirmação: excessivamente moroso, burocrático, carente de pessoal em seu quadro de funcionários (magistrados e outros servidores em geral), carente de investimento em tecnologia de informação e estrutura, dentre outros problemas.

Analisando minuciosamente as causas destes problemas sob o viés da história macroeconômica do país, constata-se que os mesmos são frutos de uma Administração Pública (Federal, Estadual e Municipal) com dificuldades estruturais decorrentes do processo de desenvolvimento sócio, econômico e cultural do Brasil ao longo dos últimos 510 anos.

Segundo dados do relatório “*Justiça em números 2008*”, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹², o Brasil possuía aproximadamente 67 milhões de processos em andamento em 2008, com uma população total de aproximadamente de 183 milhões de habitantes, de acordo com o Censo demográfico do IBGE de 2007.

De acordo com o referido relatório do CNJ, durante o ano de 2008, no 1º grau da Justiça Estadual tramitaram mais de 45 milhões de processos (correspondendo a Justiça estadual como a Justiça, entre os entes da Federação, com maior quantidade de processos em trâmite), sendo que dentre eles 33 milhões já estavam pendentes de julgamento desde o final de 2007. O próprio relatório conclui o seguinte:

A consequência natural diante de tal volume de estoque pendente é uma dificuldade em reduzir a taxa de congestionamento, tendo em vista o constante aumento do número de processos ingressados e o aumento na carga de trabalho. **No primeiro grau, a carga de trabalho dos Juízes chegou a aproximadamente 5,3 mil processos por magistrado com uma taxa de congestionamento que permanece na faixa de 80% praticamente sem variações desde o ano 2004. (grifo nosso). (IDEM)**

¹² Órgão criado pelo governo em dezembro de 2004 - que possui as funções de zelar pela autonomia do Poder Judiciário, definir seu planejamento estratégico, planos de metas e programas de avaliação, receber reclamações contra seus membros ou órgãos, julgar processos disciplinares, elaborar e publicar relatório semestral estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o país. [Fonte: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/default.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/default.shtm)

Abaixo apresenta-se o gráfico desta situação:

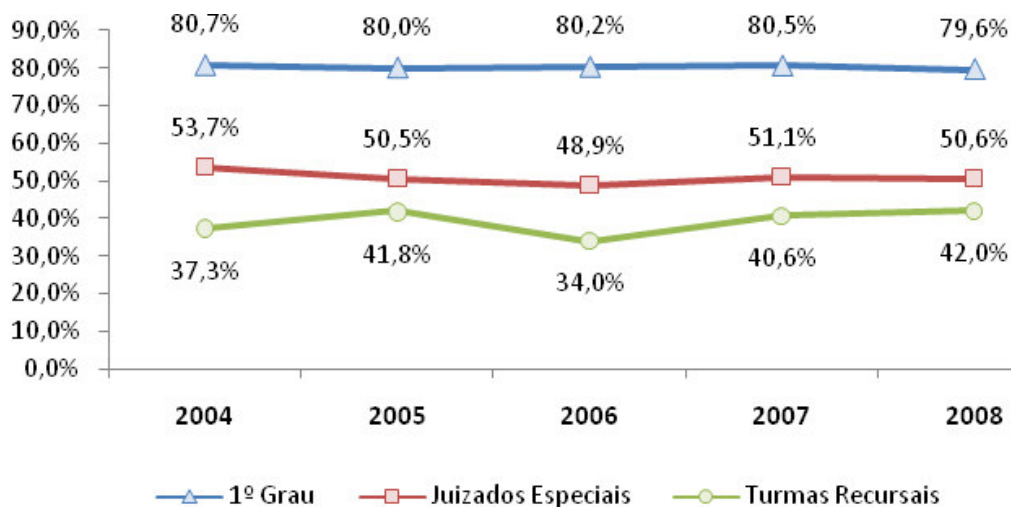


Figura 01 – Taxa de Congestionamento no 1º Grau, Juizados Especiais e Turmas Recursais na Justiça Estadual

Como bem definido por BIELSA e GRAÑA, *in verbis*:

Um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, **transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão [...]. Em suma, o resultado de um processo ‘não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que – caso contrário se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito.** Como já se afirmou, com muita razão, para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar. (Grifo nosso) (BIELSA E GRAÑA apud RODRIGUES, 2005, p. 285).

Estes números comprovam que, apesar da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 ter inserido em seu rol do artigo 5º, a garantia da “razoável” duração do processo, a taxa de congestionamento do Judiciário nacional continua altíssima, na ordem de 80%, ou seja, de cada 100 processos distribuídos, somente 20 são julgados no mesmo ano. Neste contexto, surge o questionamento acerca da obrigatoriedade de reparação por danos morais pelo Estado

brasileiro em razão da demora em sua prestação jurisdicional. Existem países europeus, vide exemplo da França e da Itália, que consideram a demora na prestação jurisdicional como uma violação de direito fundamental do ser humano. Nessa linha, existe orientação da Corte Europeia afirmando que cabe indenização por danos morais contra o Estado, quando os danos forem causados pelo estado de ansiedade prolongada provocada pela espera da resolução da demanda. No Brasil, esta discussão ainda é embrionária.

Não bastasse a constatada morosidade, os bons cidadãos ainda são obrigados a conviver com incidentes de corrupção no Poder Judiciário, órgão que deveria estar imune deste tipo de prática por ser o guardião da aplicação da lei no país.

Apenas como ilustração de um caso atual de corrupção no Judiciário brasileiro, pode-se citar o caso dos magistrados do Espírito Santo acusados de envolvimento em uma rede de venda de sentenças no Estado. De acordo com informações publicadas na imprensa em 19.02.2010¹³, o Ministério Público Federal apresentou denúncia contra quatro desembargadores e três juízes do Tribunal de Justiça daquele Estado. Eles estão presos preventivamente e devem responder por crimes como formação de quadrilha, corrupção ativa e passiva, exploração de prestígio e estelionato.

O “CPI” (*Corruption Perceptions Index*) é um índice de mensuração da corrupção, desenvolvido pela *Transparency International*, organização civil sem vinculação político-partidária, formada em 1993 e sediada em Berlin na Alemanha, criada com o objetivo de combater a corrupção no mundo.

O referido índice mensura o grau de corruptibilidade das instituições públicas do país. O CPI 2009 foi extraído após análise de dados levantados por consultorias independentes em 180 países. A instituição afirma que sua margem de erro é de no máximo 10%.

A posição do Brasil no ranking de 2009 é preocupante: ocupa, juntamente com Colômbia, Peru e Suriname, nada menos que a posição setenta e cinco, dentre os cento e

¹³Fonte:http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/MPF+DENUNCIA+DESEMBARGADORES+ACUSADOS+DE+VENDA+DE+SENTENCAS+NO+ESPIRITO+SANTO_67991.shtml acessado em 28.02.2010

oitenta países analisados. Obteve a nota final 3.7, em um ranking de 0 a 10, sendo 10 a nota que representa ausência completa de corrupção.

Rank	Country	Score in 2009	Surveys	Range
1	New Zealand	9.4	6	9.1 - 9.5
75	Brazil	3.7	7	3.3 - 4.3
180	Somalia	1.1	3	0.9 - 1.4

Fonte: CPI 2009 – *Transparency International*¹⁴

Essa mesma organização, através da pesquisa denominada *Corruption Barometer 2009*, constatou que é no Poder Judiciário dos países que 9% (nove por cento) de toda a corrupção destes se encontra. Outro dado interessante é o seguinte: 51% (cinquenta e um por cento) dos entrevistados não denunciam oficialmente o suborno às autoridades competentes por entenderem que tal atitude não resultaria em nada. Já 24% (vinte e quatro por cento) dos entrevistados não denunciam este crime, pois entendem que o julgamento dos criminosos levaria muito tempo para surtir resultado.

O “Doing Business 2010” é uma pesquisa realizada pelo Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento/Banco Mundial a qual classifica as melhores e mais estáveis economias do mundo para se fazer negócio. A pesquisa foi realizada com base em dez indicadores de regulamentação de empresas, os quais registram o tempo e custo para atender aos requisitos do governo referentes à abertura e funcionamento de uma empresa, importação e exportação, pagamento de impostos e fechamento de uma empresa. As classificações não refletem áreas como política macroeconômica, segurança, aptidões profissionais da população e solidez do sistema financeiro ou das regulamentações financeiras do mercado.

Dos cento e oitenta e três países que compõe o ranking, o Brasil encontra-se na posição cento e vinte nove, ou seja, considerando que as primeiras posições do ranking pertencem aos melhores países para se fazer negócio (Singapura ocupando o primeiro lugar), o Brasil encontra-se quase ao final da lista, atrás de países como Paraguai, Nigéria, Marrocos e Rússia.

¹⁴http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2009/cpi_2009_table. Acessado em 16.02.2010.

Economy	Ease of Doing Business Rank
Singapore	1
New Zealand	2
Hong Kong, China	3
United States	4
United Kingdom	5
Brazil	129
Burundi	176

Fonte: Relatório “*Doing Business 2010*” do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento/Banco Mundial¹⁵

Pode-se concluir preliminarmente que, apesar do bom momento que a economia brasileira atravessa e de sua grande perspectiva de crescimento para os próximos anos, conforme apontamento no item anterior deste trabalho, a Administração Pública brasileira, em especial o Poder Judiciário, não está acompanhando este crescimento como deveria e carece urgentemente de maiores investimentos em infra-estrutura, pessoal e tecnologia de informação.

O complexo mundo dos negócios dos dias atuais não admite respostas tardias para suas lides. Muitas vezes é preferível uma resposta tempestiva e eficaz a uma resposta tardia, a qual provavelmente será inútil na prática. Isto porque, dependendo do objeto da lide e do tempo que a decisão judicial tarda a ser prolatada, a empresa pode vir a perder parte (ou a totalidade) de seus clientes, sua imagem pode vir a ser denegrida no mercado perante seus *stakeholders*, especialmente se for uma companhia de capital aberto a qual possui a obrigação legal de emitir fato relevante, seu valor pode vir a ser abalado, podendo culminar inclusive com sua dissolução total ou parcial. A vitória pírrica definitivamente não é bem vinda no mundo empresarial. Parafraseando o mestre Miguel Reale, “ *justiça tardia é justiça nenhuma* ”¹⁶.

¹⁵ <http://www.doingbusiness.org/ExploreEconomies/?economyid=28> Acessado em 17.02.2010

¹⁶ REALE, Miguel. Crise da justiça e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, p.11-15.

Todos os problemas apresentados neste capítulo contribuem para a diminuição de investimento no país, principalmente o investimento estrangeiro, aumentando também o famigerado “risco Brasil” perante a comunidade internacional. Estes problemas resultam, em última instância, como impeditivos do desenvolvimento socioeconômico do país, inibindo principalmente a geração de novos empregos na economia local, a melhora da qualidade de vida da população e a diminuição da desigualdade social do país.

Armando Castelar Pinheiro compartilha da mesma opinião:

É partindo dessa percepção que organizações como o Banco Mundial e o BID preconizam que a reforma do judiciário deve ocupar um papel de destaque na nova rodada de reformas que se faz necessária para dotar as economias em desenvolvimento e em transição de instituições que sustentem o bom funcionamento do mercado. De fato, se um bom judiciário é importante para o adequado funcionamento de qualquer economia, mais ainda o é para uma que acaba de passar pelas reformas que foram adotadas no Brasil e na maior parte do mundo não desenvolvido na última década. Isto porque, com a privatização, o fim de monopólios e controles de preços e a abertura comercial muitas transações antes realizadas dentro do aparelho de Estado, ou coordenadas por ele, passaram a ser feitas no mercado. Sem o apoio de um bom judiciário, essas transações podem simplesmente não ocorrer, ou se dar de forma ineficiente, exigindo que as reformas sejam revertidas¹⁷.

Com sua precária estrutura, cumulada com a falta de planejamento estratégico no sentido de reverter o alarmante quadro apresentado, é utópico pensar que o Poder Judiciário consiga atender, de modo eficiente, tempestivo e justo, toda a demanda por prestação jurisdicional em contendas societárias no Brasil.

¹⁷ PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 53.

Diante destes fatos, reitera-se a afirmação que a arbitragem é o meio mais adequado para solução de controvérsias societárias no Brasil. Entende-se que sigilo e celeridade, aliada à possibilidade de indicação de árbitros especialistas em Direito Societário, pode melhor contribuir para prolação de uma decisão final mais acertada.

Acredita-se assim que, diante da atual conjuntura político-econômico-social do Brasil, a utilização da arbitragem para a solução de litígios societários, contribuirá para a construção de um ambiente de negócios no país com maior segurança jurídica aos investidores, sejam eles nacionais ou transnacionais, contribuindo também para o crescimento econômico nacional com maior sustentabilidade e em consonância com as melhores práticas de governança corporativa.

Assim como vem se consolidado nos tribunais brasileiros, a jurisdição estatal deve complementar a jurisdição arbitral, trabalhando em harmonia com a mesma, objetivando um só fim: a aplicação da justiça no caso concreto.

Faz-se importante mencionar que, através da recente pesquisa do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR) em parceria com a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) que será apresentada capítulo segundo deste trabalho, mesmo diante dos entraves aqui relatados, constatou-se que o Poder Judiciário vem positivamente colaborando para a segurança jurídica da arbitragem no país, atuando efetivamente como parceiro no bom desenvolvimento da arbitragem em nosso território.

1.4 Arbitrabilidade dos litígios societários

A utilização da arbitragem como método de solução de litígios societários no Brasil é plenamente cabível e possui atualmente amplo amparo legal, doutrinário e jurisprudencial. A regular inserção da cláusula compromissória no contrato de sociedade (estatuto social e contrato social) é perfeitamente cabível e vincula todos seus associados (sócios e acionistas).

Esta segurança jurídica é decorrente, dentre outros fatores, da vigente Lei 9.307 de 1996 (Lei da Arbitragem), corroborado pela recente regulação advinda com a reforma societária de 2001, através da inserção, pela Lei 10.303 de 2001, do parágrafo 3º no artigo

109 da Lei das Sociedades Anônimas¹⁸ (LSA) e o julgamento do STF, no ano de 2001, pela constitucionalidade da Lei de arbitragem.

Ainda que dispensável, a determinação expressa do artigo 109 da LSA, possibilitando a utilização da arbitragem neste ramo do direito, é fator de incentivo e divulgação do instituto.

Neste sentido, com relação à recente mudança legislativa acima referida, comenta o jurista Arnaldo Wald:

Trata-se, aliás, de mera explicitação, pois, mesmo antes da reforma legislativa de 2001, nada impedia que as partes incluíssem, nos seus estatutos, a cláusula compromissória. A vantagem do novo texto legal consistiu em explicitar, *ex vi legis*, a sua aplicação a todos os acionistas, quer tenham concordado ou não com o estatuto, quer tenham adquirido as suas ações antes ou depois da aprovação do texto, que submeteu os conflitos societários à arbitragem, ou até que se tenham manifestado contrariamente à mencionada disposição estatutária. (WALD, 2009, p. 18)

Prova concreta de sua aplicabilidade prática e da confiança do mercado de capitais brasileiro em sua utilização, encontra-se junto à BM&F/BOVESPA.

A maior e mais importante bolsa de valores da América Latina atualmente exige a adoção deste instituto como meio obrigatório de solução de controvérsias entre acionistas e companhia ou entre administradores e acionistas/companhia a todas as companhias listadas em seu Nível II, Novo Mercado e BOVESPA MAIS, segmentos estes da bolsa que visam oferecer aos investidores maior grau de transparência na gestão da sociedade, em consonância

¹⁸ **Direitos Essenciais do Acionista**

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

I - participar dos lucros sociais;

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

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

IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172;

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

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

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

§ 3º **O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.** (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001) (grifo nosso)

com as melhores práticas de governança corporativa aplicadas pelo mercado global atualmente.

A atual conjuntura econômica mundial demanda da empresa como um todo, principalmente de seus administradores, principais executivos e acionistas, uma forma pacífica, sustentável, lucrativa e eficaz na persecução de seu objetivo social. Partindo da óbvia premissa que as empresas são geridas por seres humanos e considerando também que estes são passíveis de erros e conflitos de interesses entre si, e também perante a própria sociedade e demais *stakeholders*, pode-se considerar o ambiente empresarial como um ambiente com grande potencial de litígio.

Como bem definido por FISHER e URY:

Um dado básico sobre negociação, fácil de esquecer nas transações empresariais e internacionais, é que se está lidando não com representantes abstratos do “outro lado”, mas sim com seres humanos. Eles têm emoções, valores profundamente enraizados e diferentes antecedentes e pontos de vista, e são imprevisíveis. Tais como você, os seres humanos não são computadores. Somos criaturas de emoções fortes, que amiúde temos percepções radicalmente diferentes e dificuldade em nos comunicarmos com clareza. Tipicamente, as emoções misturam-se com os méritos objetivos do problema. Assumir posições serve apenas para piorar isso, pois os egos das pessoas passam a identificar-se com suas posições. (FISHER, PATTON, 2005, p.)

Estas potenciais controvérsias do ambiente empresarial, quando ocorrem na prática, representam um alto custo para as empresas e tendem a resultar em perda de foco da sociedade em seu *core business*, resultando, por conseguinte, em sua perda de produtividade, podendo culminar, em última escala, inclusive com a dissolução parcial ou total da sociedade.

Quando situações como esta ocorrem na prática e tornam-se públicas, naturalmente nasce uma desconfiança do mercado em relação à empresa, podendo tal desconfiança vir a destruir conseqüentemente, total ou parcialmente, dependendo da gravidade do litígio, o valor da companhia. Os danos podem ser ainda maiores, quando a parte litigante for uma companhia de capital aberto, onde, através da adoção dos princípios do *full disclosure*, esta será obrigada a publicar fato relevante do ocorrido, expondo, desnecessariamente, ao mercado um conflito interno.

Até mesmo o alto custo das horas despendidas pelo alto corpo diretivo da empresa no decorrer da lide (incluindo gerência, diretoria, conselheiros e demais profissionais envolvidos) concentrando seus esforços em munir seu corpo jurídico com o histórico dos fatos e documentação comprobatória da lide, deixando, por conseguinte, de focarem seus esforços no objetivo final da sociedade, deve ser considerado no momento da opção pela via arbitral na resolução de seus conflitos.

Reitera-se que a melhor adequação na adoção da arbitragem como resolução de controvérsias societárias. Em momentos como este, a especialidade do (s) árbitro (s) sobre o tema em litígio, aliadas à celeridade e sigilosidade do trâmite do procedimento arbitral são fatores que contribuem positivamente para que os sócios e/ou a sociedade possa, de uma maneira mais célere e confiável, resolver sua desavença e voltar a concentrar seus esforços para a finalidade que ela foi constituída.

Assim como em qualquer outra ramificação do Direito, a arbitragem societária também só pode ser utilizada para dirimir conflitos que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Direitos patrimoniais disponíveis são todos aqueles direitos nos quais é suficiente a vontade do seu titular para deles dispor com exclusividade, não infringindo, por conseguinte nenhuma norma pública cogente. No entanto, esta simples afirmação necessita de um maior aprofundamento quando aplicada ao Direito Societário.

De acordo com os ensinamentos de Nelson EIZIRIK (2009)¹⁹ tudo aquilo que pode ser validamente decidido pela sociedade é arbitrável, porque se refere à autonomia privada da companhia, representada pela disponibilidade do tema via manifestação de vontade da assembleia geral. No entanto, ressalva o autor que deve ser realizada a correta distinção entre decisões assembleares que criam ou não direitos para terceiros, de modo a resguardar os direitos de terceiros de boa-fé.

¹⁹ EIZIRIK, N. **A arbitragem nas controvérsias societárias**. Disponível em:<www.valoronline.com.br>. Acessado em: <06.04.2009>.

VILELA (2004, p.169)²⁰ chega a afirmar em sua obra que, no âmbito societário, quase a totalidade das questões enquadra-se no campo da arbitrabilidade, em virtude dos princípios constitucionais da liberdade de contratar e da livre iniciativa da atividade econômica que norteiam o pacto social. Afirma também o autor que existe uma ordem pública societária e que esta não se coloca como obstáculo à adoção da cláusula compromissória arbitral, mas se insere como limite à competência dos árbitros para dirimir as controvérsias sociais à medida que restringe o exercício da disponibilidade do direito.

Sobre o tema ordem pública societária, Daniel Cohen destaca:

“la réception de l’arbitrage para l’ordre juridique societaire ne doit plus cependant s’opérer comme celle d’un corps étranger. L’élargissement de son insertion doit s’accompagner de la limitation de son rejet para l’ordre juridique societaire.”
(COHEN, 1993, p.148).

Entende-se ser plenamente cabível a arbitragem para a resolução de impugnação de deliberações da assembleia geral, impugnação de decisão da Diretoria, Conselho de Administração e do Conselho fiscal; questões ligadas à Oferta Pública de Aquisição de ações (OPA); questões ligadas ao direito de recesso; interpretação de cláusulas estatutárias; questões ligadas ao pagamento de dividendos; exercício do direito de voto em situações de conflito de interesses; operações de reestruturação societária, dentre outras.

No plano internacional, a arbitragem societária encontra-se bastante avançada em países como os EUA, França, Inglaterra e Alemanha. Sua adoção é tão frequente e de suma importância que, conforme comenta WALD, instituiu-se uma verdadeira política de implantação da arbitragem como meio de solução dos conflitos societários, denominada *Arbitration of Company-Law Disputes*, também conhecida sob sigla “ACLD”:

A arbitragem no direito societário tomou-se uma das questões mais discutidas no mundo inteiro, mobilizando as organizações internacionais mais importantes, como a OECD, a Comissão de Comércio Internacional das Nações Unidas (Uncitral), o Banco Mundial, a ICC e outras entidades interessadas em fortalecer a governança corporativa e os direitos dos acionistas minoritários. Surgiu, assim, uma verdadeira política de implantação da

²⁰ VILELA, M. D. G. **Arbitragem no Direito Societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 169.

arbitragem como meio de solução dos conflitos societários, denominada *Arbitration of Company-Law Disputes*, também conhecida sob sigla “ACLD”. Trata-se de um movimento que se desenvolveu e acelerou em virtude da participação construtiva das instituições como dos legisladores, reguladores e operadores nacionais e internacionais, além de ter ensejado numerosos estudos doutrinários, sob a forma de livros, teses, artigos, palestras e mesas redondas. Reconheceu-se que, enquanto, em tese, a governança corporativa podia estabelecer padrões gerais válidos tanto para os países industrializados como para aqueles que estivessem em fase de desenvolvimento, ao contrário, a ACLD deveria atender às necessidades peculiares das várias regiões. Entendeu-se, por outro lado, que a falta de soluções rápidas e definitivas dadas pela Justiça, em relação aos conflitos societários, prejudicava mais diretamente os investimentos nos mercados emergentes. Deveria, assim, a arbitragem no direito societário oferecer uma alternativa válida para todas as economias em desenvolvimento. (WALD, 2009 p.13)

De acordo com os ensinamentos do ilustre autor, a matéria foi objeto de uma reunião de peritos especializados em governança corporativa em arbitragem societária, que se realizou em Viena, em 25.06.2003. No resumo das questões debatidas foi salientado que:

Arbitration of Company-Law Disputes 'ACLD' keenly interests investor in emerging markets. OECD Regional Corporate Governance Roundtables have consistently identified poor judicial enforcement as a significant impediment to shareholder protection and foreign direct investment in emerging markets. As a result, ACLD has become the preferred method of dispute resolution for OECD member-country equity investors in many *emerging markets*, such as Russia and China. Structured dialogue on ACLD will promote investment and economic development." "Like other aspects of corporate governance, the extent to which countries currently embrace ACLD varies considerably. So, for example, while most countries permit it, a number of emerging-market legal systems continue to resist final and binding resolution of company-law matters outside of national courts. (Idem)

Diante do exposto, resta demonstrado que a arbitragem é um método legítimo e juridicamente seguro na solução de controvérsias societárias no Brasil e no mundo. Vale ressaltar que, nas arbitragens internacionais, as particularidades do ordenamento jurídico alienígena, principalmente no que concerne às matérias societárias passíveis de arbitragem, deverão ser respeitadas para que o procedimento arbitral não seja considerado nulo.

1.5 Vantagens na utilização da arbitragem em conflitos societários

Dentre as diversas vantagens que a arbitragem societária pode trazer aos associados (sócios e acionistas) e à sociedade, destacaremos primeiramente as mais básicas: possibilidade de utilização de árbitros especializados no tema em litígio (tecnicidade), sigilosidade e celeridade.

Aprofundando mais sobre o tema, como destacado pela professora Selma Maria Ferreira Lemes:

Nesta linha, faz-se necessário advertir que o treinamento recebido para os embates forenses, as ferramentas processuais utilizadas, entre elas, os infundáveis recursos processuais não se coadunam com a prática arbitral. O profissional do direito que deseja atuar em arbitragem, como já mencionamos em trabalhos pregressos, deve deixar a armadura de gladiador para o foro e utilizar a vestimenta de cavalheiro do século XXI. Este profissional deve, preponderantemente, focar a negociação e a pacificação do litígio. Compete ao profissional um papel de colaboração efetiva na obtenção da rápida solução da demanda arbitral. Enfim, não se afeiçoa à prática arbitral o advogado extremamente beligerante; este, logo perceberá que está em descompasso com o ambiente arbitral, que prima pelo diálogo e consenso constantes. A linguagem arbitral é direta e objetiva, não se presta a exageros e redundâncias, que tanto cansam os juízes. Até na nomenclatura utilizada verifica-se a ausência do antagonismo das lições forenses, pois a lei manda esta mensagem implícita ao estabelecer que no processo arbitral há "partes" e não "autor/réu". Como não há o desgaste que se verifica no processo judicial, as partes muitas vezes, continuam a entabular negócios o que é praticamente impossível depois de uma contenda judicial. (LEMES, 2009, p. 41).

Além de célere e especializada, a arbitragem tende a possuir um ambiente distinto do ambiente forense. No ambiente arbitral, de acordo com as diretrizes da Lei da Arbitragem, os advogados devem zelar e priorizar a conciliação e negociação entre as partes, evitando-se, na medida do possível, o conflito direto e o ambiente hostil que regularmente encontramos no ambiente forense. Trata-se de uma característica extremamente vantajosa da arbitragem em detrimento do Poder Judiciário. Isto porque, os beneficiados diretos deste tipo de atitude são as próprias partes, que terão provavelmente sua disputa resolvida de um modo profissional e célere.

Especificamente quanto à arbitragem societária, Arnaldo Wald afirma ainda que:

Embora algumas tradicionais vantagens da arbitragem como método alternativo de solução de disputas venham sendo questionadas e criticadas pelos praticantes da área no plano internacional, podemos afirmar, sem hesitação, que o século XXI é o século da arbitragem nacional e internacional para o Brasil. O uso da arbitragem se mostra cada vez mais útil e, até mesmo, necessário, **sobretudo em áreas-chave da nossa economia, como nos contratos relativos a investimentos estrangeiros; em matéria de infraestrutura, em especial nas concessões e PPPs; em acordos de acionistas e *joint ventures*, entre outros. Nesses campos, até mais do que nos demais, a arbitragem implica que a eventual disputa será resolvida de forma célere, neutra e especializada, garantindo às partes maior segurança jurídica, que já é considerada um princípio constitucional, incentivando os investimentos e, conseqüentemente, criando empregos. Contribuirá, portanto, decisivamente, para o desenvolvimento econômico e social de nosso país - diferenciando-nos de outros países da América Latina, como a Bolívia, o Equador e a Venezuela, que, recentemente, têm criado obstáculos à utilização da arbitragem, em alguns casos, em suas Constituições e na sua legislação interna.”** (grifo nosso) (WALD, 2009, p.38)

Como bem explicitado pelo autor, a arbitragem societária traz grandes vantagens para as empresas que a utilizam, contribuindo, indiretamente, para a construção de um melhor ambiente de negócios no Brasil, na medida em que traz segurança jurídica ao investidor estrangeiro e nacional, que aqui opta por investir seus recursos.

Neste mesmo sentido, afirma Selma Maria Ferreira Lemes:

Só para se ter uma ideia, a Convenção de Direito Internacional Privado de maior vigência no mundo é uma convenção de arbitragem, denominada de Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, elaborada sob a égide da Organização das Nações Unidas - ONU, firmada em Nova Iorque em 1958. **A razão da sua importância é que está vinculada ao comércio internacional e ao trânsito jurídico internacional. Tem como mister outorgar maior segurança jurídica aos contratos comerciais internacionais, que, em vez de elegerem uma cláusula de foro (tal como praticado nos contratos domésticos), nomeiam a arbitragem para dirimir futuros dissensos deles decorrentes. O comerciante internacional sabe que se o contrato não for cumprido e na ausência de acordo, poderá solucionar a questão por arbitragem, bem como que a sentença arbitral que condenar a parte inadimplente será reconhecida e executada no estrangeiro.** (grifo nosso) (LEMES, 2009, p.43)

Este entendimento também é compartilhado pelo arbitralista coreano Michael Hwang, senão vejamos:

Arbitration is viewed as a more neutral process than litigation, especially in developing countries, where there is greater distrust by foreign investors of national courts. This is especially so if the arbitration is conducted under the auspices of an established arbitration institute (e.g. International Chamber of Commerce, London Court of International Commercial Arbitration in Europe, Singapore International Arbitration Centre and Hong Kong International Arbitration Centre in Asia). **An established arbitration system can lead to an increase in foreign investments because of investors' distrust of local courts and local laws. This is especially so in emerging markets. (...) Arbitration is more flexible compared to national court procedure, and therefore, more suitable for company disputes, which often require creative remedies."** (Michael Hwang, *The prospects for arbitration and alternative dispute resolution supplement to programme statement for corporate governance and arbitration of company-law disputes* (grifo nosso). (6th OECDY World Bank Asia Roundtable on Corporate Governance. 2 November 2004, Seoul, Korea)

A ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen GRACIE (2007, p. 14) afirma:

Sou de há muito entusiasta dos meios de solução de litígios que se desenvolvem a látere da jurisdição estatal. Não apenas porque sejam fórmula eficiente para desafogo das atividades forenses, mas também e principalmente porque as considero meio mais aperfeiçoado de realização de Justiça. Ninguém haverá de negar que, em condições adequadas, a controvérsia entre as partes que atual em nicho especializado de atividade tem melhores condições de ser adequadamente solvida por um especialista naquele ramo de negócio do que por um generalista jurídico.

Para o advogado Yves Derains, secretário geral da Corte Internacional de Arbitragem – CCI, os utilizadores da arbitragem se queixam cada vez mais de que os procedimentos arbitrais demoram muito tempo e são excessivamente caros.

Entretanto, estudo²¹ realizado pela Comissão de Arbitragem da CCI revela que os custos médios de um procedimento arbitral internacional se dividem da seguinte maneira:

-honorários e despesas dos árbitros: 16%

²¹ A arbitragem internacional: custo e duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 177, out./dez. 2009.

-despesas administrativas da CCI: 2%

-despesas das partes: 82%. Estas despesas referem-se a honorários advocatícios, despesas para produção de prova pericial, testemunhal e documental, dentre outras.

Restou comprovado através deste estudo da Corte Internacional de Arbitragem – CCI que o principal custo que envolve o procedimento arbitral não é o custo com honorário dos árbitros e custos administrativos inerentes ao procedimento arbitral, o principal custo refere-se aos honorários advocatícios dos patronos das partes.

Sobre o custo de um procedimento arbitral LEMES afirma:

Ao fazer uma pesquisa, destinada ao doutorado, com a comparação do trâmite de um mesmo caso submetido ao Judiciário e à arbitragem, a conclusão foi de que há uma economia de 58%, se o caminho adotado for o segundo. A escolha pelo Poder Judiciário representou um gasto 58% maior em razão do tempo e do custo de oportunidade, entre outros fatores. Há na arbitragem um adiantamento dos valores despendidos, no entanto, também há a solução mais rápida. E, sob essa ótica econômica, há estudos internacionais que sinalizam na mesma direção. Além disso, os custos da arbitragem ainda poderão ser minimizados. A Câmara de Comercio Internacional (CCI), que conta com comitês em mais de 60 países, fez uma pesquisa, recentemente, na qual verificou os custos dentro da arbitragem: 2% dizem respeito à taxa de administração, 14% honorários de árbitros e 84% dos custos são resultado de gastos com a preparação do processo: honorários de advogados, despesas com testemunhas, laudos, pareceres. Isso desmistificou a ideia de que a maior parcela dos custos era relacionada aos árbitros e às custas, e alertou os arbitristas sobre a necessidade de atacar outros pontos: não desformalizar o processo, mas verificar meios de economizar no processo, simplificá-lo. É preciso permitir que os árbitros direcionem melhor o que querem saber. Hoje, o esforço da comunidade internacional de arbitragem é nesse sentido: minimizar custos atacando o processo, não os árbitros ou as câmaras. (LEMES, 05.08.2009)

Ficou evidenciado assim que o suposto alto custo do procedimento arbitral não deve ser caracterizado como uma desvantagem e empecilho na utilização da arbitragem, isto porque, a relação custo/benefício do referido procedimento, se comparado ao procedimento judicial, ainda é vantajosa em favor da arbitragem.

Através do ensinamento de Ronald H. Coase²², a sociedade deve procurar zelar pela diminuição dos custos de transação em todas as suas atividades, inclusive, em nossa opinião, na decisão quanto ao custo financeiro de um litígio. Portanto, entende-se que, menor custo do procedimento arbitral em relação ao Poder Judiciário, deve ser levado em conta também na decisão do agente como seu menor custo, mais uma das vantagens da utilização da arbitragem para resolução de litígios societários.

Apresenta-se abaixo a transcrição da Tabela de Custas e Honorários - Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá publicada no *website* da Câmara, sendo esta uma das principais câmaras arbitrais societárias do Brasil:

Tabela de Custas e Honorários. Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

(1) Registro:	R\$ 4.000,00 (compensáveis nas duas primeiras custas mensais da parte requerente)
(2) Árbitros:	R\$ 450,00 por hora, por árbitro.
(3) Custas:	R\$ 2.000,00 por mês ou fração para cada parte (enquanto durar a arbitragem).
(4) Peritos:	A determinar conforme o tipo de perícia.
(5) Incidente de Remoção:	Honorários R\$ 450,00 por hora, por árbitro.
<p>(6) Viagens, hospedagem e outras despesas não incluídas. Obs.: A carga horária mínima prevista no item (2) é de 100 (cem) horas. A carga horária mínima prevista no item (5) é de 10 (dez) horas. Associados da CCBC terão um desconto de 15% no item (3).</p>	

Fonte: Disponível em: <http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=tabela_de_custos>.

Acessado em: <29.03.2010>

²² COASE, Ronald H. The nature of the Firm. [1937]

1.6 A Evolução da arbitragem societária no Brasil

Pode-se afirmar, com efeito, que o volume de arbitragens envolvendo matérias societárias aumentou consideravelmente nos últimos 15 anos no Brasil.

O fato do instituto da arbitragem em geral ter se solidificado e encontrado definitivamente seu espaço no ordenamento jurídico pátrio, desde o início de vigência da Lei 9.307 de 1996, contribuiu também para a evolução da arbitragem em matérias societárias. No entanto, foi em decorrência de diferentes fatores macroeconômicos e mercadológicos que a arbitragem nesta seara do evoluiu e ainda continua a se evoluir.

Fatores como, a evolução da globalização, do capitalismo e da governança corporativa influenciaram sensivelmente para que a arbitragem societária atingisse seu alto patamar de adesão e confiabilidade no mercado brasileiro.

Diversos são todos fatores que contribuíram positivamente para a evolução da Direito Societário no Brasil: a lei de sociedade por ações (Lei 6.404/1976) e suas posteriores mudanças; a criação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), bem como sua excelente atuação e posicionamento em complexas e atuais matérias societárias; o aumento significativo do volume de negócios intermediados pela BM&F/BOVESPA, principalmente envolvendo investimentos estrangeiros; as alterações legislativas de 2002, no tocante ao direito empresarial advindas com a entrada em vigor do Código Civil (lei 10.406 de 2002) em 2003; a criação do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC); a criação do Comitê de Pronunciamento Contábil (CPC), a crescente pulverização do controle das empresas entre acionistas minoritários. Alguns dados estatísticos, abaixo apresentados, corroboram para esta afirmação.

O número de *joint ventures* no Brasil saltou de 88, em 2004, para 144, em 2006, um crescimento de 64% em dois anos. As transações cujos valores foram publicados²³ ultrapassaram, em 2006, US\$ 40 bilhões, sendo de quase US\$300.000.000,00 o valor médio

²³ LEMES, Selma Maria Ferreira. Entrevista à BMF/BOVESPA de 05.08.2009

por operação, sendo que uma delas alcançou quase 15 bilhões de dólares (compra da canadense INCO pela Cia Vale do Rio Doce).

De acordo com os dados apresentados pela arbitralista Selma Maria Ferreira Lemes²⁴, os valores envolvidos nas arbitragens comerciais realizadas por instituições brasileiras também aumentou nos últimos anos, tendo esse aumento chegado a 42% em 2008 em relação a 2007, com valores subindo de R\$ 594,2 milhões para R\$ 844 milhões.

Outro recente estudo realizado pela professora, co-autora da Lei da Arbitragem, junto às principais Câmaras de Arbitragem do país constatou que, os valores envolvidos em arbitragem passaram de R\$ 867,05 milhões para R\$ 2,473 bilhões entre 2008 e 2009, o que equivale a um crescimento de 185,23%. No total, desde 2005, quando o levantamento começou a ser feito, as câmaras registraram o valor de R\$ 4,921 bilhões em 286 procedimentos. Entre 2008 e 2009, houve um aumento de 74% no número de procedimentos, que passaram de 77 para 134.

Estatísticas publicadas pelas próprias instituições, no final de 2008, atestam que havia 117 arbitragens comerciais, de grande ou médio porte, em curso nas principais câmaras arbitrais brasileiras, compondo este rol o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC), a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (CIESP), a Câmara de Arbitragem da FGV (Rio de Janeiro), a Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil - CAMARB (Minas Gerais), a Câmara de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio (AMCHAM), o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), ligado à Associação Comercial do Rio de Janeiro, dentre outras.

Dados importantes, trazidos por Arnaldo WALD (2009, p.28) auxiliam a melhor compreensão do bom momento que, a arbitragem envolvendo partes brasileiras, a nível mundial, se encontra:

Desde sua fundação, em 1923, a Corte Internacional de Arbitragem da CCI já recebeu mais de 16.000 casos. O Brasil começou a participar deste crescimento exponencial da arbitragem internacional apenas a partir de meados dos anos 1990. Com efeito, entre

²⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira. Entrevista à BMF/BOVESPA de 05.08.2009

1950 e 1992, ou seja, em 42 anos, houve apenas 44 casos envolvendo partes brasileiras na CCI (praticamente um por ano), sendo, na metade deles, brasileira a parte requerente. Já entre 1995 e 1999, este número aumentou consideravelmente, tendo havido, neste período, 50 casos envolvendo partes brasileiras na CCI (ou seja, aproximadamente 12 por ano), nas quais as mesmas foram requerentes em 17 casos, e requeridas em 33. Mas foi somente após 1996, com a promulgação da Lei 9.307/1996, que houve verdadeira "explosão" do número de casos envolvendo partes brasileiras na CCI, tendo havido 276 casos entre 1998 e 2007, ou seja, quase 30 por ano a evolução mais ou menos constante do número de casos envolvendo partes brasileiras, que teve seu ápice em 2006, quando o Brasil ficou em 4.º lugar no ranking mundial da CCI baseado neste critério, atrás apenas de Estados Unidos (1.º), Alemanha (2.ª) e França (3.ª). Ficou em 1.º lugar na América Latina, ao lado do México, no mesmo ano, permanecendo nesta posição no ano seguinte (em 2007), desta vez à frente do México.

Nota-se uma considerável queda no volume de arbitragens na CCI envolvendo partes brasileiras após 2007. Possivelmente, isto se deve porque, diferentemente do que ocorria no passado, as instituições arbitrais nacionais melhoraram a qualidade de seus serviços e, por conseguinte, adquiriram maior credibilidade do mercado local, tanto para a resolução de arbitragens nacionais, como de arbitragens internacionais. Assim sendo, partes brasileiras que outrora procuravam instituições arbitrais internacionais para a resolução de seus litígios, passaram a eleger câmaras arbitrais brasileiras em suas convenções de arbitragem, por perceberem que as câmaras brasileiras são aptas e confiáveis.

Não poderia deixar de mencionar que a crise econômica mundial de 2009 passou a ser um catalisador do desenvolvimento da arbitragem societária no Brasil. Após o surgimento de complexos conflitos societários decorrentes desta crise, muitos deles necessitaram (e ainda necessitam) de respostas sigilosas, rápidas e especializadas de um modo que permitisse a continuidade de suas relações comerciais entre as empresas litigantes. Necessidades estas que não poderiam ser plenamente satisfeitas junto ao Poder Judiciário, tendo a arbitragem societária, alternativamente, cumprido este papel com excelência.

1.7 Contribuições positivas do Poder Judiciário brasileiro ao desenvolvimento da arbitragem no país

É de se destacar que, mesmo diante dos diversos problemas que o Poder Judiciário brasileiro enfrenta na atualidade, este órgão vem contribuindo positivamente para o desenvolvimento da arbitragem, garantindo a devida segurança jurídica ao instituto no país.

Estudo inédito, realizado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR) em parceria com a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) comprovou este fato.

A pesquisa iniciou-se há dois anos e analisou 790 acórdãos dos tribunais brasileiros (Justiça Estadual e Federal e Cortes Superiores), prolatados desde a entrada em vigor da Lei 9.307, de 1996, até março de 2008, com o objetivo de avaliar como o Poder Judiciário vem decidindo as ações relacionadas à arbitragem no Brasil.

Através da análise de seus dois primeiros relatórios, concluiu-se que o Judiciário tem aplicado corretamente o que preceitua a Lei de Arbitragem em questões envolvendo anulação de sentenças arbitrais. Constatou-se também que poucos foram os pedidos de anulação de sentenças arbitrais realizados por pessoas jurídicas, sendo a maioria das demandas judiciais sobre o tema ajuizadas por pessoas físicas em causas envolvendo valores inferiores a R\$ 10.000 (dez mil reais).

Face ao grande número de casos que têm sido administrados por renomadas câmaras, tais como o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC), a qual possuiu, só em 2009, trinta e quatro procedimentos instaurados, totalizando 5,7 bilhões de reais, em processos distribuídos durante os trinta anos de fundação do referido Centro de Arbitragem e Mediação²⁵, pode-se afirmar, com efeito, que o presente estudo confirma uma realidade no Brasil: os empresários e as sociedades empresárias possuem confiança e na arbitragem brasileira, respeitando a decisão arbitral e cumprindo-a espontaneamente na maioria dos procedimentos instaurados.

Verifica-se, com o presente estudo, que o Poder Judiciário brasileiro vem exercendo exemplarmente sua função, aplicando corretamente a Lei 9.307, de 1996, na grande maioria dos casos concretos, em prol do desenvolvimento da arbitragem no país, desempenhando na

²⁵ **Revista do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC)**. Editora Conteúdo: 2009. p. 14;20.

prática, a importante função de parceria e complementação que deve haver entre jurisdição estatal e a arbitral. Conclui-se assim que, a arbitragem tem sido um método de resolução de controvérsias altamente eficaz para resolução de litígios empresariais no Brasil.

Ademais, vale ressaltar a admirável postura que alguns membros deste órgão, especificamente a ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal, trata do tema:

Como se vê, o cidadão *pode* invocar o judiciário, para a solução de conflitos, mas, *não está proibido* de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim *não pode* afastar do controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos. Após este marco definitório, muito tem prosperado a prática da arbitragem no Brasil. A sua adoção não prescinde, porém, da atuação da justiça estatal. Há momentos em que essa intersecção se faz sentir com maior relevo. No campo das medidas cautelares prévias à instalação do juízo arbitral, no curso da produção da prova no próprio “desenvolvimento da arbitragem, quando se verifique resistência e na execução do laudo, quando o adimplemento não seja voluntário. Recolho da experiência do eminente Des. Sidnei Beneti, do JTJ/SP a sugestão de que “a organização judiciária estabeleça, em cada comarca, alguma unidade jurisdicional competente ao menos para a execução dos ofícios de requisição das medidas “coercitivas pelos árbitros (Lei 9.307/96, art. 22, § 2.º), a fim de que o atendimento seja realizado por juízo estatal perfeitamente afeiçoado ao sistema da jurisdição arbitral, e para que essas medidas não se frustrem nos desvãos da burocracia da distribuição cível de 1.º Grau “nas comarcas mais complexas.” (Arbitragem e Tutelas de Urgência. Revista *do Advogado*. São Paulo: AA5P, ano XXVI, n. 87, set. de 2006, p. 108). Na esteira da constatação de que um dos grandes trunfos do juízo arbitral – a celeridade – pode se tornar prejudicado pela delonga no atendimento das intervenções que se façam indispensáveis por parte do órgão judiciário correspondente, aproveito esta ocasião para solicitar aos organizadores deste evento uma providência. (GRACIE, 2007, p.16)

Os principais aspectos da arbitragem, que influenciam direta ou indiretamente a arbitragem societária no ordenamento pátrio serão apresentados no próximo capítulo.

2 Aspectos gerais da arbitragem que concernem ao Direito Societário

2.1 Conceituação da arbitragem

Os Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias (MESCS) são alternativas ao Judiciário na solução de conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Os procedimentos são menos burocráticos, céleres e eficientes, permitindo que os envolvidos encontrem a solução de forma pacífica, preservando o relacionamento futuro entre as partes.

Os métodos mais utilizados e difundidos no Brasil são a transação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Internacionalmente são conhecidos também como *Alternative Dispute resolution* (ADR), entretanto, existe na doutrina quem entenda que a arbitragem não se enquadraria, no plano internacional, dentro desta categoria especificamente pela utilização da terminologia “alternative”, visto que “a arbitragem desenvolve *standards* de atuação para o litígio comercial, faz sentido restringir a expressão *Alternative Dispute Resolution* a procedimentos que são diferentes das formas convencionais de arbitragem comercial internacional”.²⁶

Focaremos nossos esforços no presente trabalho na conceituação da arbitragem, como meio heterocompositivo de solução de contendas; no entanto, somente a título de diferenciação, faremos uma breve definição de transação, mediação e conciliação.

A transação, prevista no artigo 840 do Código Civil, é um processo que visa solução de conflitos através de mútuas concessões entre as partes. É uma solução facultada e negociada entre os próprios envolvidos, não necessitando da presença de terceiros.

Já na mediação, um terceiro imparcial é chamado a integrar as discussões, auxiliando as partes a alcançarem um acordo entre si, através de um processo previamente estruturado, sigiloso e voluntário. Estabelece-se, portanto, uma tríade na qual o mediador apenas aproxima as partes, facilitando seu diálogo, propiciando o entendimento, explicando e detalhando pontos controversos, de forma que são àquelas as autoras das decisões advindas, bem como

²⁶ STRENGER, I. *Alternative Dispute resolution*. In: *Aspectos atuais da arbitragem*. PUCCI, Adriana Noemi (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 138.

do acordo porventura assinado. A mediação normalmente conta com a colaboração de profissionais de diferentes áreas, como Psicologia, Administração e Direito.

Como parte do pacto por um Judiciário mais rápido e republicano firmado entre o Poder Judiciário, Executivo e Legislativo no ano de 2004, o plenário do Senado Federal aprovou no dia 11.07.06 o projeto de lei número 94/03, que torna obrigatória a tentativa de mediação para solucionar um conflito antes de submetê-lo ao processo judicial tradicional. O projeto foi elaborado pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, em conjunto com o Supremo Tribunal Federal, o Instituto Brasileiro de Direito Processual e entidades de magistrados, promotores e advogados e está atualmente aguardando a aprovação da Câmara dos Deputados. A principal novidade que o projeto traz é a obrigatoriedade que qualquer pedido de natureza civil feito ao Poder Judiciário seja submetido a uma tentativa de mediação, antes de ser apreciado por um juiz togado. A mediação será feita por técnicos treinados e cadastrados nos tribunais de justiça e terá um prazo de 90 dias para conclusão. Caso não haja solução pacífica, o processo será imediatamente encaminhado ao juiz competente da causa. A tentativa obrigatória de mediação já é aplicada em outros países como, por exemplo, a Argentina, onde estudos relatam que mais da metade dos casos são resolvidos dessa maneira. A ação diminui o número de processos na Justiça e, conseqüentemente, o seu tempo de trâmite. Assim que essa lei entrar em vigor, deverão ser ampliadas as possibilidades de solução consensual entre as partes e certamente contribuirá para aliviar o volume de processos junto ao Poder Judiciário.

No Brasil, a conciliação está vinculada a alguns procedimentos judiciais. De acordo com o Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 125, inciso IV (acrescentado pela Lei 8952/94), pode o juiz tentar a via conciliatória a qualquer tempo. Se a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência especial de conciliação, à qual as partes deverão comparecer (artigo 331, CPC). Somente não se alcançando a conciliação, prosseguirá o magistrado com o andamento do processo. No procedimento sumário (artigos 275 e seguintes), que trata de causas de menor valor e de natureza ímpar, a conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador. Assim seguem, como exemplo, o artigo 447 do CPC, os artigos 21 e 22 da Lei 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, os artigos 846 e 847 da CLT, onde a conciliação é proposta após a defesa do reclamado e renovada depois das razões finais (artigo 850) - o artigo 144 da mesma CLT é ainda mais claro, pois assevera que uma das funções básicas da

Justiça laboral é conciliar - e a Lei 9958/2000 que acrescentou artigos à CLT tratando da instituição de Comissões de Conciliação Prévia, entre empresas e os Sindicatos, com representantes dos empregados e dos empregadores envolvidos.

Adentremos, finalmente, na conceituação da arbitragem.

Segundo a definição de Carlos Alberto Carmona²⁷, um dos co-autores da Lei de Arbitragem no Brasil, a arbitragem consiste em: “uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.”

José Eduardo Carreira Alvim define arbitragem como sendo uma instituição pela qual pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos passíveis de transição²⁸.

Marcelo Dias Gonçalves Vilela define arbitragem como sendo “...instituição pela qual, mediante a manifestação da vontade dos litigantes, o conflito é dirimido por um terceiro que não represente o Poder Judiciário estatal, sendo que tal decisão assume força jurisdicional.”

Dentre os elementos formadores destas conceituações, podemos extrair alguns deles que são comuns a todas as definições, tais como: instituição; existência de litígio; intervenção de terceiro diferente do Estado; manifestação obrigatória de vontade das partes; arbitralidade (a contenda deve versar necessariamente sobre direitos patrimoniais disponíveis) e cumprimento obrigatório da decisão prolatada.

Instituição porque se reconhece a existência de um conjunto de normas no ordenamento jurídico que regulam o instituto.

²⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993. p.19.

²⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 14.

Deve haver litígio entre as partes para que possa ser instaurada a arbitragem. A existência de uma potencial e futura controvérsia não basta para a utilização do instituto em estudo.

A intervenção de terceiro, diferente do Estado, também se faz necessária, elemento esta que a diferencia da transação e lhe dá o caráter de meio heterocompositivo. O *caput* do artigo treze da Lei de Arbitragem trata da figura do árbitro, devendo este ser qualquer pessoa, desde que, seja pessoa capaz e tenha a confiança das partes.

Conforme os ensinamentos de Irineu Strenger, o árbitro deverá sempre ser pessoa física e ter o pleno exercício de seus direitos civis.²⁹

LEME acrescenta outras qualidades que devem ser inerentes ao árbitro: ser honesto, justo, ser paciente, ser respeitoso pela dignidade alheia e pela sua própria e guardar confidencialidade das deliberações em face do sigilo que deve nortear todos os atos na arbitragem.³⁰

Aplicam-se os mesmos impedimentos de um juiz togado ao árbitro para que este exerça a sua função, devendo agir com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. A não observância do padrão comportamental de algumas destas características, poderá contribuir para seu impedimento ou suspeição, conforme disposto no Código de Processo Civil brasileiro. De acordo com o disposto no artigo dezessete da referida lei, os árbitros ficam explicitamente equiparados aos funcionários públicos para efeitos penais, ficando sujeitos aos tipos e sanções penais previstos nos art. 312 a 327 do Código Penal.

As partes poderão nomear um ou mais árbitros e suplentes, desde que o número deles seja ímpar para não correr o risco de haver empate nas decisões. Caso insistam na nomeação de um número par, os próprios árbitros nomearão um desempatador, e, caso as partes não concordem com essa eleição, poderão valer da tutela judicial para nomeação do mesmo. Após a nomeação do árbitro, qualquer das partes poderá recusá-lo por razão de fato posterior à

²⁹ STRENGER, Irineu, **Comentários à Lei de Arbitragem**, São Paulo:LTR , 1998, p. 93.

³⁰COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. **Arbitragem e a Lei 9.307/96**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.74.

nomeação do mesmo, bem como no caso do árbitro não ter sido diretamente nomeado pela parte ou ainda na hipótese do motivo da recusa, mesmo tendo acontecido anteriormente à nomeação somente se tenha se tornado de conhecimento da parte *a posteriori*. Recebe a denominação de arbitragem expedita quando for nomeado apenas 1 (um) árbitro para julgar a matéria em controvérsia.

A não aceitação do árbitro a sua nomeação não faz necessária a apresentação de motivação para tal, de sorte que, após a manifestação do indicado neste sentido, deverá se proceder sua substituição por outro árbitro indicado pelas partes. Inexistindo substituto previamente indicado pelas partes, aplicar-se-ão, de acordo com a previsão legal, as regras do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, caso as partes tenham assim previamente acordado. Ante a inexistência de previsão anterior e a não concordância das partes na indicação de novo árbitro, aplicar-se-á o previsto no artigo sétimo da lei, na busca pela prestação jurisdicional para a solução do impasse.

Finalmente, mister mencionar que, conforme disposto no artigo dezoito da Lei de Arbitragem, “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

A manifestação obrigatória de vontade das partes (consentimento) em submeter sua contenda à arbitragem, em substituição à tutela jurisdicional estatal, faz-se imprescindível, sob pena de caracterização de sua inconstitucionalidade (princípio constitucional da primazia da jurisdição estatal), passível de nulidade. Deste elemento essencial, podemos extrair o conceito de que a eleição do foro arbitral é facultativa, não estando as partes obrigadas a elegê-lo.

A contenda deve versar necessariamente sobre direitos patrimoniais disponíveis, conforme preconiza o artigo primeiro da Lei 9.307 de 1996. Ou seja, partindo-se da premissa que *patrimônio* é o conjunto de relações jurídicas ativas e passivas das pessoas naturais ou jurídicas, suscetíveis de avaliação econômica e que *disponíveis* são todos os direitos em relação aos quais os seus titulares podem efetuar operações econômicas e jurídicas, chegamos à conclusão que *direitos patrimoniais disponíveis* são todos aqueles que seu titular, possuindo plena capacidade jurídica para a prática destes atos, pode livremente dispor, transacionar ou renunciar, a título oneroso ou gratuito.

O cumprimento obrigatório da decisão prolatada indica a característica jurisdicional da arbitragem, onde as partes devem cumprir obrigatoriamente a decisão arbitral.

Podemos assim concluir que, a arbitragem consiste em um método extrajudicial de solução de litígios que ocorre através do livre consentimento das partes à convenção arbitral (pacto compromissório ou cláusula compromissória), onde estas nomeiam uma ou mais pessoas, diferentes do Estado, denominada árbitro, para a solução de seus litígios, o qual prolatará a sentença arbitral, sendo esta irrecorrível e equivalente à sentença judicial.

É um procedimento sigiloso, que pode ser decidido por quaisquer regras estipuladas entre as partes, podendo ser por direito ou equidade, desde que verse sobre direito patrimonial disponível e não haja violação aos bons costumes e a ordem pública. Uma de suas principais vantagens é a possibilidade da decisão final vir a ser prolatada por árbitro que seja profundo conhecedor do tema em litígio. Dentre os MESCS, é o método mais antigo e difundido, possuindo o maior embasamento legal.

Relevante diferenciar aqui a arbitragem de *arbitramento*. Segundo Tarcísio Araújo Kroetz³¹, arbitramento consiste na fixação por um terceiro (arbitrador), no lugar das partes, de elementos faltantes a uma relação contratual, aperfeiçoando-a.

De acordo com o artigo 606 do Código de Processo Civil, arbitramento também pode ser um procedimento, realizado por terceiro especialista indicado pelo juiz, para auxiliar o magistrado na liquidação do valor da condenação.

Importante destacar também a diferenciação da arbitragem ora em estudo da arbitragem econômica, sendo esta última frequentemente utilizada no mercado financeiro.

De acordo com os ensinamentos do economista americano N. Gregory Mankiw³², a arbitragem, sob o viés econômico, consiste no processo de tirar vantagem das diferenças de

³¹ KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem**: conceito e pressupostos de validade. 1996, p.158.

³² MANKIW, N. G. **Introdução à Economia**. São Paulo: Thomson Learning, 2007. P. 689.

preço em diferentes mercados. Ele exemplifica a situação na descrição de compra de café, onde supõe que o café em grão está mais barato em Seattle (US\$ 4 o quilo) do que em Boston (US\$ 5 o quilo). Uma pessoa poderia comprar café em Seattle e vendê-la em Boston, lucrando US\$ 1 por quilo. Isto aconteceria até que os preços em ambos os lugares se igualassem. Este ato de tirar vantagem das diferenças de preço em diferentes mercados, denomina-se também de *arbitragem*.

2.1.1 A natureza jurídica da arbitragem

Três são as correntes na doutrina que conceituam a natureza jurídica da arbitragem: a corrente contratualista, a corrente jurisdicional e a corrente autônoma.

A corrente contratualista (também denominada privatista), liderada por Chiovenda, considera a arbitragem um instituto do direito privado, em consonância com o direito das obrigações, visto que a manifestação de vontade das partes é voluntária e indispensável para sua instauração.

Diferentemente entende a corrente jurisdicional (também denominada de natureza publicista ou processualista), a qual sustenta que o procedimento arbitral substitui a jurisdição estatal na medida em que a decisão proferida pelos árbitros é obrigatória, de mérito, vincula as partes e faz coisa julgada (artigo 18 e 31 da Lei 9.307 de 1996). Esta corrente critica a teoria contratualista fundamentando-se no argumento que esta não justifica a executoriedade do laudo arbitral. Dentre seus adeptos, encontra-se o Humberto Theodoro Júnior³³:

"Se, no regime anterior à Lei n. 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística."

A terceira e última corrente denomina-se corrente autônoma (mista ou intermediária) e defende o posicionamento híbrido entre a corrente contratualista e a corrente jurisdicional, ou seja, reconhece a presença da autonomia de vontade na convenção arbitral, não deixando de lado seu caráter jurisdicional.

³³ THEODORO JR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. III. 17^ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 373.

No Brasil podemos citar Adriana Braghetta³⁴ como adepta desta teoria:

O simples fato de a arbitragem contemplar um exercício de dizer o direito não retira o seu principal elemento, a base contratual, ou seja, a autonomia da vontade das partes de poder excluir a jurisdição estatal. Sendo assim, partilho da opinião de que a natureza é híbrida, mista ou *sui generis*: a arbitragem é contratual em sua base e jurisdicional em sua função, na linha de Motusky, Fouchard, Craig e outros.

Parecem-nos mais razoáveis os argumentos da corrente autônoma quanto à natureza jurídica da arbitragem.

Antes de adentrarmos no estudo específico do conceito, extensão e limites da cláusula compromissória no Direito Societário brasileiro, faz-se importante uma breve exposição do histórico e dos principais aspectos da Lei n° 9.307 de 1996, a então denominada Lei da Arbitragem.

2.2 Breve histórico da arbitragem

2.2.1 Histórico da arbitragem no mundo

Onde existir mais que um homem vivendo no mesmo ambiente, haverá limitações no convívio. Caso estas limitações não sejam bem definidas e respeitadas, os conflitos de interesses entre eles surgirão indubitavelmente. Nos primórdios, o homem resolvia suas contendas através de ataques ao adversário ou a família deste, no período da então denominada vingança privada.³⁵

Com a evolução destas sociedades primitivas, deu-se a necessidade de métodos de solução de controvérsias mais adequados e justos. Daí surgiu a necessidade de obtenção de soluções imparciais dos conflitos, sendo que tal imparcialidade somente pôde ser obtida por meio da intervenção de um terceiro. É neste momento que na Grécia, por volta do ano 3.000 a.C. surge a arbitragem, um dos institutos jurisdicionais mais antigos do mundo.

Segundo NAZO (1997, p.25):

³⁴ BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da Arbitragem**, Editora Renovar, 2010, p. 6.

³⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p.278.

O júízo arbitral grego era dividido, basicamente, em duas fases: a tentativa de reconciliação e, falhando esta, a fase puramente arbitral, onde era proclamada a sentença, que era sacramentada por meio do juramento. Era dada publicidade ao resultado da demanda, sendo gravada em placa de mármore ou de metal e colocada nos templos das respectivas cidades para conhecimento de todo o povo.

Conforme os ensinamentos de Alfredo Buzaid³⁶ foi no direito romano que a arbitragem passou a receber uma roupagem jurídica relevante, sendo obrigatória e antecedendo inclusive a jurisdição estatal.

Na Idade Média, foi comum a utilização da arbitragem como meio de resolver os conflitos entre nobres, cavaleiros, barões, proprietários feudais e, fundamentalmente, entre comerciantes.

A Igreja Medieval também se valeu muito da arbitragem. O Código Canônico, promulgado em Roma, na celebração de Pentecostes, no ano de 1917, terceiro do pontificado do Papa, tratava, na Seção II, Título XVIII, das formas de se evitar o júízo contencioso e, nos artigos 1929 *usque* 1932, previa o compromisso arbitral para furtar-se às contendas judiciais, submetendo-se, assim, à arbitragem, segundo as normas de direito ou a equidade. O Código Canônico (*Codex Iuris Canonici*), promulgado pelo Papa João Paulo II, no Título III (artigos 1713 a 1716), dispõe sobre o "*de modus evitandi iuditia*", ou seja, os modos de evitar os júízos.³⁷

No Alcorão, código de lei e livro sagrado dos muçulmanos, também está prevista a arbitragem, conforme sua 4ª Surata, estipulando que se houver disputa entre marido e mulher, estes devem valer-se de um árbitro da família dela ou dele.

Na França, após a Revolução Francesa, a arbitragem tornou-se obrigatória sendo o instituto mais capacitado para traduzir na prática o ideal de fraternidade entre seus cidadãos.³⁸

³⁶ BUZAID, Alfredo. Do júízo arbitral. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 271, 1958, p. 9.

³⁷ Cf. DOMÍNGUEZ, Lorenzo Miguelez. **Código de Derecho Canónico y legislación complementaria**, 4ª edición. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, MCMLII.

³⁸ FURTADO, Paulo. Júízo Arbitral. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995. In:_____. &BULOS, Uadi Lammego: Lei da arbitragem comentada. São Paulo: Saraiva, 1997.

O Direito Lusitano medieval previa a utilização deste instituto nas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

2.2.2 Histórico da arbitragem no Brasil

No Brasil Colônia, as Ordenações Filipinas disciplinavam a arbitragem no Livro III, que tratava dos juízes árbitros e dos arbitradores.

A Constituição de 1824, no artigo 160, facultava às partes nomear juízes-árbitros, nas ações cíveis e nas penais civilmente intentadas, cujas sentenças eram executadas, sem recurso, desde que as partes assim convencionassem.

O advogado Petrônio G. Muniz narra fato de significativa atualidade, ocorrido, durante o Império, acerca de litígio em que eram partes o Almirante Lord Cochrane e o Brasil. A arbitragem, por equidade, para deslinde do caso referente às presas de guerra, realizou-se em sete meses, enquanto que a Corte de Presas, absurdamente, levou meio século para tentar a solução do conflito, sem êxito.³⁹

A Resolução de 26 de julho de 1831 regulava a arbitragem, nas questões relativas a seguro, e a Lei 108, de 11 de outubro de 1837, nos dissídios referentes à locação de serviços.⁴⁰

O Código Comercial, de 1850, em seu artigo 294⁴¹, instituiu a arbitragem obrigatória para as questões entre os sócios, durante a existência da sociedade, ou da companhia, sua liquidação ou partilha.

O Regulamento 737, de 1850, em seu artigo 411 disciplinava o processo comercial e fazia distinção entre a arbitragem voluntária e a obrigatória. Tal disposição legal durou apenas 16 anos até a entrada em vigor da Lei 1.350 de 1866, onde a arbitragem deixou de ser obrigatória.

³⁹ A arbitragem e a história naval brasileira. In: **Prática Jurídica** nº. 26, maio/2004, Brasília :Editora Consulex.

⁴⁰ Apud Carlos Mário da Silva Velloso. In: A arbitragem no contexto constitucional brasileiro. **Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil** – AJUFE, nº 72, 4º trimestre/2002, p. 48.

⁴¹ Art. 294 - Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.

O artigo 245 do Código Comercial, de 1850, disciplinava também que todas as questões referentes ao contrato de locação mercantil deveriam ser resolvidas por arbitragem.

O Decreto 3.900, de 1867, em seu artigo 9º, estabeleceu pela primeira vez que a cláusula compromissória arbitral tinha natureza de pacto *in contrahendo* (promessa de contratar). Foi esta norma que influenciou, alguns anos depois, o Código Civil de 1916 na medida em que tal disposição negou pela primeira vez em nosso ordenamento a força executiva e coercitiva da cláusula compromissória, impedindo assim sua execução específica. Norma esta que foi crucial para desestimular o uso da arbitragem por mais de um século até a promulgação da Lei 9.307 de 1996. Transcrevemos abaixo este importante artigo:

*“Artigo 9º A cláusula de compromisso, sem a nomeação de árbitros, ou relativa a questões eventuaes, **não vale senão como promessa** e fica dependente para a sua perfeição e execução de novo e especial accôrdo das partes, não só sobre os requisitos do art. 8º, senão também sobre as declarações do art. 10. Paragrapho único. Esta disposição é extensiva aos estatutos das companhias ou sociedades anonymas.”(grifo nosso)*

Em 1894, a Lei 221 previu a arbitragem no âmbito da Justiça Federal. Este diploma foi regulamentado pelo Decreto 3084, de 1898. As partes, segundo o disposto neste diploma legislativo, seriam livres para recorrer, sem embargo da existência da cláusula *sem recurso*, no compromisso.

O Código Civil, de 1916, dispunha nos artigos 1037 a 1048, sobre o compromisso e a solução das pendências judiciais e extrajudiciais, mediante a indicação de árbitros, juízes de fato e de direito, não estando seu julgamento sujeito a alçada ou recurso, salvo se pactuado pelas partes. O laudo arbitral, para ter validade, deveria ser submetido ao crivo do Poder Judiciário. O artigo 1037 autorizava as pessoas capazes de contratar a elegerem árbitros, mediante compromisso escrito, com o objetivo de resolver os conflitos judiciais e extrajudiciais.

De acordo com Código Civil de 1916, a cláusula compromissória tratava-se apenas de uma simples promessa de contratar, não admitindo execução específica, sendo que seu

descumprimento ensejava apenas o direito de pleito por perdas e danos pela parte prejudicada. Este inclusive era o entendimento do renomado jurista Clóvis Beviláqua⁴² sobre o tema.

Com a proclamação da República, os Estados-membros puderam legislar sobre matéria processual e, portanto, sobre a arbitragem. Os códigos paulista, mineiro e baiano continham disposições sobre a arbitragem.⁴³

O Código Processual, de 1939, permitia a composição de pendências judiciais e extrajudiciais, em qualquer tempo, por meio do juízo arbitral, qualquer que fosse o valor e, desde que se tratasse de direitos patrimoniais e sujeitos à transação permitida por lei.

Nos último quatorze anos, o instituto da arbitragem no Brasil passou por significativas e importantes mudanças.

A primeira delas ocorreu com a entrada em vigor da Lei 9.307 de 1996 que trouxe como principal inovação a força vinculante da cláusula compromissória, bem como a desnecessidade de homologação da sentença arbitral, equiparando-se à sentença judicial, ou seja, aquela passou a ser um título executivo judicial podendo ser executada no Judiciário a qualquer momento em caso de descumprimento espontâneo.

Já no ano de 2001, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido em 13.12.2001, no recurso interposto em processo de homologação de sentença arbitral estrangeira que tramitava desde 1995 (Agravo Regimental de nº. 5206-8/246) confirmou a constitucionalidade de vários artigos desta lei.

Por fim, com a ratificação do Brasil à Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras de 10 de junho de 1958, através da assinatura do Presidente da República naquele ano, Fernando Henrique Cardoso, do Decreto número 4.311 no dia 23 de junho de 2002, bem como a ratificação às convenções

⁴² Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 2. Ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1924, v.4.

⁴³ Cf. Livro VIII do **Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo**, Lei 2421, de 14 de janeiro de 1930, edição da Revista dos Tribunais, 1930, organizado por Aristides Malheiros.

interamericanas de Montevideu e do Panamá, a arbitragem no Brasil atingiu eficácia jurídica plena.

2.2.3 Antecedentes à lei de arbitragem

De acordo com as justificativas do Senador Marco Maciel,⁴⁴ ex Vice-Presidente da República, o projeto da Lei de Arbitragem surgiu de uma pesquisa conjunta, denominada *Operação Arbitrer*, realizada pelo Instituto Liberal de Pernambuco – ILP e pela Associação dos Advogados de Empresa de Pernambuco – AAEP com a finalidade de avaliar o interesse no emprego da arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos.

Esta pesquisa obteve um resultado positivo, assim como o debate no Seminário Nacional sobre arbitragem realizado em Curitiba-PR, chegando os participantes em um consenso que era necessário rever o posicionamento normativo da arbitragem. Foi assim que em novembro de 1991 foi constituída uma Comissão Relatora, cujos integrantes eram os juristas Pedro Antônio Batista Martins, Selma Maria Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona, com a finalidade de elaborar o anteprojeto de lei que dispusesse sobre a arbitragem, levado à apreciação cerca de um mês depois.⁴⁵

Em continuidade aos serviços, em junho de 1992, após vários debates e discussões o esboço final do Projeto de Lei número 78 foi encaminhado ao Congresso Nacional pelo Senador Marco Maciel; sendo que em 1996 ela foi sancionada e promulgada sob o número 9.307.

Em sua exposição de motivos o senador afirmou:

O problema crucial a ser resolvido refere-se à decisão dos árbitros (sentença arbitral), que não mais necessitará de homologação pelo Poder Judiciário, a sentença arbitral, desde que notificada às partes, produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal e poderá ser impugnada através de ação própria ou embargos à execução, sendo previstos, também, os embargos de declaração para sanar obscuridades, dúvidas ou

⁴⁴ MACIEL, Marco. **Justificativas do Projeto n. 78/92.**

⁴⁵ MARTINS, P. A. B. Anotações sobre a Arbitragem no Brasil e o projeto de lei do senado 78/92. **Revista do Processo**, Brasília, n.77, 1994, p. 29-30.

contradições”. (MACIEL, Marco. **Justificativas do Projeto n. 78/92**).

2.3 Aspectos gerais da Lei 9.307 de 1996

A Lei nº 9.307 de 1996 foi sem dúvida a lei que mais contribuiu para a credibilidade e utilização da arbitragem no Brasil, isto porque, antes de sua vigência, a legislação pátria previa que o então denominado laudo arbitral (a legislação vigente não mais se refere a laudo arbitral e sim sentença arbitral), isto é, a decisão final do árbitro, deveria obrigatoriamente ser homologada pelo Poder Judiciário para obter natureza de título executivo judicial e produzir efeito na prática. Esta foi uma das principais causas do descrédito do instituto ora em estudo no Brasil antes de sua promulgação; além disso, outros dois fatores geravam também sua insegurança, o primeiro deles foi a compulsoriedade do cumprimento da cláusula compromissória e o segundo o fato da decisão do árbitro ser passível de recurso.

Com o advento da Lei 9.307 de 1996, a sentença arbitral passou a ter a mesma eficácia de uma sentença judicial, não necessitando de homologação por juiz togado, além disso, a cláusula arbitral inserida nos contratos passou a ter força vinculativa entre as partes, passível de execução específica, e a sentença arbitral tornou-se irrecorrível; portanto, pode-se concluir, que a Lei 9.307 de 1996 revolucionou o instituto, dando a devida credibilidade à arbitragem no Brasil atribuindo a ela definitivamente o seu caráter jurisdicional.

Após sua promulgação e, posteriormente, ratificação pelo STF em 2001 de sua constitucionalidade, verificou-se uma rápida aderência e constante evolução do instituto no Brasil até os dias atuais.

2.3.1 A convenção de arbitragem

De acordo com o artigo terceiro da Lei 9.307 de 1996, “*as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral*”.

Extraí-se, portanto, deste artigo a definição do gênero convenção arbitragem, do qual a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies.

A própria lei traz a definição de cláusula compromissória, também denominada cláusula arbitral, em seu artigo quarto:

“Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.”

Podemos conceituar a cláusula compromissória como um negócio jurídico plurilateral firmado entre as partes contratantes sujeito a uma condição temporal suspensiva (ocorrência de um litígio determinável).

Trata-se de contrato plurilateral, de acordo com os ensinamentos de Tullio Ascarelli⁴⁶, tendo em vista que a vontade das partes no momento de sua celebração não é antagônica, assim como nos contratos bilaterais, e sim convergente no sentido de renúncia à jurisdição ordinária.

Anteriormente à referida lei, a cláusula compromissória não gerava efeito vinculativo entre as partes, tratava-se de um contrato preliminar, revestido de uma obrigação de fazer que, se descumprida, ensejava apenas condenação em perdas e danos. No entanto, de acordo com a nova lei em seu artigo sétimo, esta cláusula passou a ter execução específica em caso de descumprimento. Ou seja, após sua devida celebração, mesmo que uma das partes deseje submeter o mérito do litígio ao Poder Judiciário, isto não será mais possível, tendo em vista que a manifestação de vontade para instauração do juízo arbitral já ocorreu anteriormente e vincula as partes signatárias.

⁴⁶ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 268

Já quanto à definição de compromisso arbitral, o artigo nono da Lei de Arbitragem reza o seguinte: “Art. 9º *O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.*”

Apesar de ambas as espécies de convenção de arbitragem possuírem o mesmo efeito prático, o que difere a cláusula arbitral do compromisso arbitral é que naquela, as partes, através de uma manifestação de vontade prévia, se submetem à arbitragem para dirimir os conflitos de direito patrimonial disponível que surgirem entre elas no futuro (condição suspensiva).

Já no compromisso arbitral, as partes optam pela instauração da arbitragem no momento do surgimento do conflito, podendo esta opção ser realizada extrajudicialmente ou judicialmente. Importante destacar que, em decorrência da norma preconizada no artigo 104 do Código Civil brasileiro que trata dos requisitos de validade do negócio jurídico, deve constar necessariamente no compromisso arbitral a descrição detalhada do litígio em questão, visto que o objeto deste deve ser determinado. O compromisso arbitral também pode ser lavrado através de uma decisão judicial, caso uma das partes descumpra a cláusula compromissória.

Quanto à capacidade das partes para celebração da convenção arbitral, qualquer pessoa física ou jurídica que possua capacidade de ser titular de direito e obrigações e, possua capacidade para dispor do direito patrimonial objeto da lide, possui capacidade para celebração do compromisso arbitral ou da cláusula compromissória.

Com relação à forma da convenção arbitral, o artigo quarto da Lei da Arbitragem, preconiza que esta deve necessariamente ser escrita. Podendo ser avençada mediante troca de correspondência entre as partes, via telex, telegrama, fac-símile, desde que possa se comprovar o seu envio e devido recebimento pelos convenientes⁴⁷.

⁴⁷ ALVIM, José E. Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 217.

É relevante lembrar que, de acordo com o artigo oitavo da Lei de arbitragem, a cláusula compromissória é dotada de plena autonomia em relação ao contrato que estiver inserida. Ou seja, a nulidade daquele não implica em sua nulidade necessariamente, isto porque, ela possui vínculo independente do contrato que estiver inserta.

Mister destacar que, o livre consentimento das partes em excluir a jurisdição estatal, elegendo a jurisdição arbitral para a resolução de seu litígio, trata-se de elemento indispensável da convenção de arbitragem. Sem ele a instauração da arbitragem é nula. Aplica-se à convenção, portanto, toda a teoria civilista dos vícios de consentimento (erro, dolo, coação) e vícios sociais (simulação e fraude contra credores).

Observe-se que, a manifestação de vontade ora analisada não se confunde com a forma escrita, direta e expressa, sendo tal manifestação também admitida através de conduta inequívoca do contratante no sentido de valer-se da jurisdição arbitral. Este conceito é crucial para uma melhor compreensão do por que todos os acionistas e sócios, ausentes ou dissidentes, devem se vincular à cláusula compromissória no contrato de sociedade, se houve a devida deliberação da maioria social neste sentido.

É o que confirma Marcelo Dias Gonçalves Vilela⁴⁸:

Sobretudo quando se examina a arbitragem no direito societário, admitir que o consentimento possa manifestar-se não necessariamente de forma expressa e exclusiva é indispensável, uma vez que a cláusula compromissória, apesar de escrita, poderá receber o consentimento dos associados (sócio ou acionista) de diversos modos, que não uma manifestação única dirigida especificamente à aceitação da convenção arbitral.

Partilhamos do mesmo entendimento de Vilela, visto que a decisão do novo associado (sócio ou acionista) em ingressar na sociedade da qual consta cláusula compromissória em seu contrato/estatuto social revela sua sujeição ao regime vigente da “vida social” daquela sociedade naquele momento, não havendo necessidade do novo ingressante apresentar manifestação específica de aceitação da arbitragem. Se assim fosse, o novo ingressante

⁴⁸ VILELA, M. D. G. **Arbitragem no Direito Societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 95.

deveria apresentar manifestação expressa de aquiescência de todas as demais cláusulas do contrato social separadamente.

Tampouco há a necessidade de o novo ingressante da sociedade apresentar o visto especial necessário para contratos de adesão, conforme preconiza o parágrafo segundo do artigo quarto da Lei de arbitragem. Isto se dá porque o contrato de sociedade é um contrato plurilateral, onde diversos interesses são convertidos em um único fim, ou seja, o fim do pacto social. Já o contrato de adesão trata-se de uma imposição de uma parte à outra, não cabendo espaço sequer para as partes trocarem seus entendimentos e chegarem em um consenso sobre sua redação final. Entende-se que o contrato de sociedade não trata-se de um contrato de adesão.

2.3.2 Cláusula compromissória cheia e cláusula compromissória vazia

Verifica-se que, é de extrema importância que a cláusula compromissória e o compromisso arbitral sejam bem elaborados para que não falem informações básicas e essenciais no momento da instituição da arbitragem, evitando-se assim que as partes recorram ao Judiciário para discuti-las, perdendo tempo e gerando desgaste ainda maior entre as partes.

A elaboração da cláusula compromissória muitas vezes não é considerada uma prioridade pelos advogados no momento de elaboração de um contrato. Por este motivo, esta cláusula tem sido denominada como *midnight clause*, pelo fato de muitas vezes ser elaborada às pressas e ao final da negociação, sem a devida cautela que a mesma merece. Uma cláusula arbitral bem elaborada é de suma importância para o bom andamento da arbitragem, no momento de sua constituição. A boa escolha da Câmara Arbitral, sua sede, localização, legislação aplicável, número de árbitros, regulamento aplicável, são alguns exemplos de cautela a ser tomada pelas partes no momento da elaboração da convenção arbitral

A doutrina diferencia dois tipos de cláusula compromissória. A primeira delas é a cláusula compromissória “vazia”, que não tem as informações essenciais para sua instituição, especialmente a forma de nomeação dos árbitros.

Já a cláusula compromissória “cheia” é aquela que permite a instauração, de plano, do procedimento arbitral. Nela, os contratantes preenchem todos os requisitos essenciais da cláusula compromissória, não havendo necessidade de sua complementação ou mesmo, de posterior assinatura de compromisso arbitral no momento do surgimento do conflito.

Este conceito está explicitado no artigo 5º da Lei 9.307 de 1996, abaixo transcrito:

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

Entretanto, mister destacar que, conforme ensina ALVIM (2000:229)⁴⁹, há doutrinadores, tais como Humberto Theodoro Júnior, César Fiúza, Celso Barbi Filho e Alexandre Freitas, que sustentam a posição que a instalação do procedimento arbitral não pode prescindir da assinatura do compromisso arbitral, ou de decisão judicial que venha suprir.

Entretanto, com a devida aos respeitadores autores, não entendemos que existe esta necessidade, visto que a cláusula compromissória é autônoma, e tem força vinculativa o suficiente para instaurar para vincular as partes signatárias ao juízo arbitral.

Sobre a cláusula compromissória “vazia”, CARMONA afirma o seguinte⁵⁰:

É de evitar-se – não é necessário dizer – a cláusula arbitral vazia, ou seja, sem a especificação da forma de indicação do árbitro: tais cláusulas tenderão a gerar a situação que acabará levando os litigantes ao Poder Judiciário, nos termos do artigo 7º da Lei. Da mesma forma, é preciso que as partes (ou, mais propriamente, seus advogados), ao optarem (especialmente por via da cláusula compromissória) pela arbitragem institucional, tomem o cuidado de conhecer com o detalhamento possível a estrutura, o regulamento e os custos do serviço oferecido pelo centro, câmara, conselho ou tribunal arbitral.

⁴⁹ ALVIM, José E. Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 229.

⁵⁰ CARMONA, C. A. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei Nº 9.307/96. 3ª ed. Atlas 2009. p. 181.

Classifica-se como patológica aquela cláusula que pode não ter eficácia, por apresentar redação ambígua, confusa, que não explica a vontade das partes, ou que pode colocar a vontade das partes em contradição.

Denomina-se mista, a cláusula compromissória que elege concomitantemente a jurisdição estatal para dirimção de determinados conflitos e a jurisdição arbitral para outros.

Cláusula arbitral escalonada é aquela na qual as partes acordam, na ocorrência de futuro litígio, em se submeter previamente ao procedimento de mediação ou conciliação e, frustrada esta tentativa, concordam em instaurar o procedimento arbitral de imediato.

2.3.3 O procedimento arbitral

Os procedimentos são os caminhos que deverão ser seguidos durante a realização da arbitragem, livremente acordados pelas partes. Estes caminhos incluem troca de petições, fase instrutória e trâmites para prolação da sentença.

De acordo com os ensinamentos de Georgette Nacarato NAZO (1997, p.29), “o procedimento arbitral é baseado na convenção das partes interessadas, investindo aos árbitros poderes para decidir suas desavenças, árbitros de livre escolha, portanto, onde há autonomia de vontade. É, pois, juízo privado”.

Sob a égide do artigo 19 da Lei de Arbitragem, considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação do (s) árbitro (s). O procedimento arbitral poderá ser o *ad hoc* ou o institucional. A arbitragem institucional é aquela na qual as partes escolhem seguir as regras estabelecidas pelo regulamento de uma câmara de arbitragem. Na *ad hoc*, menos freqüente, as partes elaboram todas as regras do procedimento.. Na hipótese de não ter sido previamente estipulada entre as partes a forma do procedimento, esta escolha caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral.

O prazo de duração da arbitragem poderá ser previamente estipulado pelas partes na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral.

Quando se fizerem necessárias medidas coercitivas ou cautelares durante o procedimento, o árbitro possui legitimação ativa para solicitá-las junto ao Poder Judiciário.

As partes poderão estar representadas por meio de advogados durante todo o procedimento, não sendo, contudo obrigatória sua presença, ainda que aconselhável.

2.3.4 A sentença arbitral

A sentença arbitral é o ato decisório escrito dos árbitros que produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da judicial, cabendo sua execução por inadimplemento.⁵¹

A sentença arbitral é definitiva e não será objeto de homologação judicial. Sendo condenatória, é considerada título executivo. Não há possibilidade de recurso ao Poder Judiciário quanto ao mérito da decisão, mas apenas quanto aos aspectos formais da sentença arbitral quando não atender aos requisitos previstos na própria Lei de Arbitragem ou na cláusula compromissória e compromisso arbitral.

As partes deverão receber uma via da sentença arbitral mediante comprovação de recebimento. É a partir deste prazo de recebimento que se inicia a contagem do prazo de 5 dias para solicitar eventuais ajustes de erros materiais ou esclarecimentos sobre dúvida, obscuridade ou contradição no texto da sentença. .

Finalmente, como já dito, a sentença arbitral não necessita mais de homologação junto ao Poder Judiciário após a vigência da Lei 9.307 de 1996, sendo este, um grande avanço em prol do instituto advindo desta lei especial.

2.3.5 O reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras

Sentença arbitral estrangeira é a sentença arbitral proferida fora do território nacional. Após a publicação, no dia 31 de dezembro de 2004, da Emenda Constitucional número 45, a competência para processar e julgar, originariamente, o reconhecimento de sentenças arbitrais alienígenas passou do Supremo Tribunal Federal (STF) para o Superior Tribunal de Justiça

⁵¹ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri, **Arbitragem no Direito Brasileiro**: lei número 9307/96. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004, p. 89.

(STJ). Assim, para que a sentença arbitral tenha validade no Brasil, ela deve previamente ser submetida à homologação pelo STJ, que somente não o fará quando esta ferir a ordem pública, quando desrespeitado o princípio do devido processo legal, ou quando o objeto do litígio não for passível de decisão por arbitragem no Brasil.

O reconhecimento não implica análise de mérito, mas apenas numa avaliação de requisitos meramente formais. De acordo com Beat Walter⁵², a Lei n. 9.307 de 1996 estabelece, em relação à homologação e a execução de sentença arbitral alienígena, a primazia das normas de direito inseridas através de tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

O Brasil é signatário dos principais tratados que versam sobre homologação e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, tais como o da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958; da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá, de 30 de janeiro de 1975 e da Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de Montevideu, de 8 de maio de 1979. Além disso, como membro do Mercado Comum do Sul (Mercosul), o Brasil também é signatário do Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, de 27 de junho de 1992. Tais ratificações inserem o Brasil no circuito internacional da arbitragem, fato este de extrema relevância e importância econômica ao país.

⁵² RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil depois da Lei n. 9.307/96** – teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137-8

3 Extensão e limites da cláusula compromissória no contrato de sociedade (contrato social e estatuto social)

Antes de adentrarmos nos estudos da extensão e limites da cláusula compromissória no contrato de sociedade, importante contextualizar as diferentes classificações das sociedades empresárias, bem como demonstrar a possibilidade de inserção da cláusula compromissória no pacto social.

3.1 Classificações das sociedades empresárias

Apesar da existência de diferentes formas de pessoa jurídica no direito brasileiro onde se faz possível a utilização da arbitragem como método de solução de controvérsias, por critério puramente didático, focaremos nossos estudos naquelas sociedades em que há o maior número de incidência de litígios societários no âmbito do direito arbitral no Brasil, ou seja, as sociedades empresárias.

Sociedade empresária é aquela que desenvolve atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços, conforme define o artigo 982, em consonância com o artigo 966, ambos do código civil:

“Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

São cinco os tipos de sociedades empresárias personificadas no direito empresarial brasileiro: nome coletivo, comandita simples, comandita por ações, anônima e por quotas de responsabilidade limitada.

Entretanto, embora sejam cinco os tipos, trataremos apenas das sociedades limitadas e às sociedades anônimas, visto que estas possuem maior relevância econômica no mercado brasileiro e, portanto, merecem nossa análise quanto à extensão e limites da inserção da cláusula compromissória em seus respectivos pactos sociais.

Não obstante, nada impede, entretanto, a possibilidade de eleição do juízo arbitral nos outros tipos societários, desde que a cláusula arbitral esteja inserida corretamente no contrato de sociedade e o litígio verse sobre direito patrimonial disponível.

As sociedades empresárias classificam-se, de acordo com o grau de dependência que possuem com relação às características de seus sócios, em sociedades de pessoa ou de capital.

Fábio Ulhoa Coelho explica a importância desta classificação:

As sociedades de pessoas são aquelas em que a realização do objeto social depende mais ⁵³ dos atributos individuais dos sócios que da contribuição material que eles dão. As de capital são as sociedades em que essa contribuição material é mais importante que as características subjetivas dos sócios. A natureza da sociedade importa diferenças no tocante à alienação da participação societária (quotas ou ações), à sua penhorabilidade por dívida particular do sócio e à questão da sucessão por morte.

As sociedades empresárias também são classificadas, quanto ao regime de constituição e dissolução de seu vínculo societário, em contratuais ou institucionais. COELHO⁵⁴ destaca:

A sociedade empresária é contratual se constituída por um contrato entre os sócios; e é institucional se constituída por um ato de vontade não contratual. A diferença diz respeito à aplicação, ou não, do regime do direito contratual às relações entre os sócios [...] O instrumento disciplinar

⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. V.2. São Paulo: Editora Saraiva: 1998, p. 23

⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. V.2. São Paulo: Editora Saraiva: 1998, p. 25-26

das relações sociais, nas sociedades contratuais, é o "contrato social", enquanto nas institucionais é o "estatuto".

Conceitua-se a sociedade limitada como pessoa jurídica de direito privado particular, do tipo simples ou empresária, podendo ser de pessoa ou de capital, dependendo do grau de dependência da qualidade subjetiva de seu sócio no negócio e do que foi pactuado em seu contrato social. Classifica-se também como uma sociedade contratual, sujeitando-se, portanto, à aplicação do regime do direito contratual.

Por sua vez, a sociedade anônima classifica-se como pessoa jurídica de direito privado particular, sendo necessariamente sociedade empresária, em decorrência de expressa determinação legal (parágrafo único do artigo 982 do código civil). Sua natureza é eminentemente institucional. Pode ser de pessoas ou de capital, dependendo do grau de contribuição de seus acionistas em sua gestão⁵⁵.

O diploma jurídico aplicável às sociedades limitadas é o código civil, e supletivamente, se assim pactuarem seus sócios, a Lei das Sociedades por Ações (lei n. 6.404/76). As sociedades anônimas são regidas pela Lei das Sociedades por Ações (lei n. 6.404/76).

A aquisição da personalidade jurídica de ambas as sociedades dá-se com o registro de seus atos constitutivos na Junta Comercial (artigo 985 do código civil)⁵⁶.

Realizadas estas classificações básicas, passe-se a analisar a possibilidade de inserção da cláusula compromissória no contrato social e no estatuto social das sociedades.

3.2 Possibilidade de inserção da cláusula compromissória no contrato de sociedade

Do próprio conceito de contrato de sociedade trazido pelo código civil, em seu artigo 981, constata-se o caráter eminentemente contratual desta espécie de contrato:

⁵⁵ COMPARATO. Fábio Konder. **Revista de Direito Mercantil**, n° 36, p. 66.

⁵⁶ Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

A natureza jurídica do contrato de sociedade, seja ele estatuto social ou contrato social, é de contrato plurilateral, conforme os ensinamentos de Tullio Ascarelli⁵⁷. Isto porque, a vontade dos associados (sócios e acionistas), no momento da celebração desta espécie de contrato não é contraposta, assim como nos contratos bilaterais, e sim convergentes, no sentido de cumprimento conjunto de seu objetivo social.

Esta natureza jurídica de contrato plurilateral, também é a mesma natureza da própria cláusula compromissória, assim como demonstrado anteriormente.

Ademais, o contrato de sociedade deve respeitar o princípio constitucional da liberdade associativa, onde ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado (artigo 5º, inciso XX), garantindo assim, aos associados, o direito de retirar-se desta sociedade quando desejarem.

Sobre a possibilidade de inserção de cláusula compromissória no contrato de sociedade, destaca VILELA⁵⁸:

“Toda sociedade, não importa a natureza ou a forma que assume (simples ou empresária, limitada ou por ações), nem a preponderância dos interesses que movam sua constituição (caráter pessoal ou capitalista), tem sua formação ou surgimento determinada pelo encontro de vontades instrumentalizado na forma de contrato...Poderá a sociedade incluir em seu instrumento social cláusula compromissória, disciplinando que todos os conflitos originados das relações entre associados, e entre estes e a sociedade, sejam submetidos ao juízo arbitral, tornando obrigatória a adoção da arbitragem...”

⁵⁷ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 268

⁵⁸ VILELA, M. D. G. **Arbitragem no Direito Societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 154-155.

Portanto, em consonância com a teoria geral dos contratos, entende-se que, não existe nenhum impedimento, na inserção da cláusula compromissória no contrato de sociedade (estatuto ou contrato social), elegendo assim os associados (sócios e acionistas), o juízo arbitral como forma obrigatória e vinculativa de resolução de litígios que possam vir a surgir entre eles e/ou entre estes e a sociedade, seja ele anônima ou limitada.

Por analogia, entende-se que a eleição da arbitragem, através da assinatura do compromisso arbitral, também é possível e vincula a sociedade e seus associados na resolução de seus litígios.

3.3 Vinculação de sócios e acionistas à cláusula compromissória inserida no contrato social e estatuto social

Tema bastante polêmico na doutrina brasileira acerca da arbitragem no Direito Societário, relaciona-se à obrigatoriedade de vinculação ao instituto, por parte dos associados (sócios e acionistas) que não participaram, ou até mesmo participaram e foram dissidentes, da inclusão da cláusula compromissória no contrato de sociedade.

A discordância doutrinária existe, tanto nos casos em que os associados integram o quadro societário de sociedade limitada ou anônima onde já consta a cláusula compromissória em seu contrato social e estatuto social; quanto nos casos em que associados discordam da decisão social tomada em assembleia geral, devidamente convocada e instalada, que institui a inclusão de cláusula compromissória em seu instrumento social, bem como quando associados não comparecem à assembleia geral que delibera sobre o tema em sua ordem do dia e institui o juízo arbitral para dirimção de seus futuros conflitos.

Trata-se de um conflito aparente de normas, visto que o princípio norteador da arbitragem é o da livre manifestação de vontade quanto à sua instituição, enquanto um dos princípios basilares do direito societário é o da prevalência de vontade da maioria representativa do capital social.

Por critério didático, tratemos primeiramente do tema quanto à hipótese de vinculação dos associados que não participaram da decisão societária de inserção da cláusula

compromissória em seus instrumentos sociais porque não faziam parte do quadro societário no momento da inserção da cláusula compromissória no estatuto/contrato social.

A. Vinculação dos associados (sócios e acionistas) que não participaram da decisão societária de inserção da cláusula compromissória porque não faziam parte do quadro societário naquele momento

O professor Modesto Carvalhosa, comentando o artigo 109 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/ de 1976) escreve o seguinte: "...a cláusula compromissória não vincula nem os acionistas atuais que não subscreveram esse "*pacto parassocial* estatutário", nem os acionistas que posteriormente adentram a sociedade sem expressamente aderir a ele." (CARVALHOSA, 2003, p.305).

O eminente professor⁵⁹ entende ainda que "a renúncia ao direito essencial de valer-se do Poder Judiciário para dirimir controvérsias e litígios de natureza societária é personalíssima, não podendo, sob nenhum pretexto, ainda que contratual, convencionar essa sucessão. Em hipótese alguma a cláusula compromissória pode impor-se aos novos sócios, ainda que herdeiros ou sucessores ou por aquisição de qualquer título."

O argumento do jurista para embasar tal entendimento é o de que não existe presunção de renúncia a direito personalíssimo do acionista em se valer do Poder Judiciário para a resolução de controvérsias, pelo simples fato da cláusula compromissória (segundo ele, esta possui natureza jurídica de pacto parassocial) constar no estatuto/contrato social. Entende ainda que os acionistas devem aderir expressamente à cláusula compromissória para afastar a jurisdição estatal e elegerem o juízo arbitral.

Na mesma linha de raciocínio de CARVALHOSA, CANTIDIANO⁶⁰ expõe seu posicionamento:

...penso que não pode haver renúncia tácita ao direito que é assegurado pelo art. 5^S, inciso XXXV da Constituição Federal, de submeter-se à apreciação do Poder Judiciário

⁵⁹ CARVALHOSA, Modesto e EIZIRIK, Nelson. **A Nova Lei das S/A**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 199.

⁶⁰ CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Reforma da Lei das S/A Comentada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 120.

lesão ou ameaça ao direito. A arbitragem só pode ser instituída se houver manifestação formal e voluntária da pessoa (física ou jurídica) convencionando submeter-se à decisão arbitral (Cantidiano, 2002:120).

Em sentido contrário a tais entendimentos, Marcelo Dias Gonçalves Vilela⁶¹ afirma:

A adoção do juízo arbitral não fere um direito essencial do acionista. Uma vez que a arbitragem tem natureza eminentemente jurisdicional, como já demonstrado anteriormente, não se pode entender que esteja havendo renúncia ao direito constitucional de solução de controvérsias, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988. Pelo contrário, a arbitragem só será possível se houver a realização plena do direito de ação, como direito do litigante a uma sentença de mérito, adequada e suficientemente fundamentada, proferido por um órgão julgador imparcial, assegurado o contraditório e ampla defesa. Na verdade, a adoção do juízo arbitral importa apenas em retirar do Poder Judiciário (jurisdição estatal) a apreciação do mérito da demanda, transferindo-a a um árbitro que também está investido de poder jurisdicional, de forma a exigir deste o respeito às garantias processuais previstas constitucionalmente.

No mesmo sentido que VILELA, José Eduardo Carreira Alvim⁶² destaca:

Por fim, admitir-se a renúncia ou a revogação da jurisdição estatal, pela arbitragem, estar-se-ia admitindo renúncia ou revogação de um direito fundamental (ou constitucional) absolutamente irrenunciável, da pessoa, o que, por si só, basta para afastar esta perspectiva doutrinária .

O co-autor da vigente Lei de Arbitragem brasileira, Pedro Batista Martins⁶³, também discorda radicalmente do entendimento do professor Modesto ao afirmar:

A eficácia da cláusula compromissória também atinge aquele investidor que adquire o *status socii* por força de transferência de ações. Mesmo não havendo manifestação

⁶¹ VILELA, M. D. G. **Arbitragem no Direito Societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 192.

⁶² ALVIM, José E. Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 144-145

⁶³ MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In: MARTINS, Pedro A. Baptista; ROSSANI GARCEZ, José Maria. **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo: LTr, 2002, p. 135

expressa, o pacto arbitral lhe é vinculante, pois os efeitos da cláusula compromissória atingem os sucessores a título universal e singular. É essa a rigorosa inclinação da doutrina arbitral, que se alinha, por sinal, com o instituto de circulabilidade de ações. [...] Neste sentido, forçoso admitir que ao adquirente de participação societária impõem-se, naturalmente, o conteúdo e os efeitos da cláusula compromissória já contida no estatuto social.

O processualista Nelson Nery Júnior⁶⁴ também comenta a questão sobre a inoportunidade de renúncia ao direito de ação no momento da celebração da convenção de arbitragem: “com a celebração do compromisso, as partes não estão renunciando ao direito de ação nem ao juiz natural. Apenas estão transferindo, deslocando a jurisdição que, de ordinário, é exercida por órgão estatal, para um destinatário privado”

Com a devida vênia ao professor CARVALHOSA e ao ilustre CANTIDIANO, parecemos mais coerentes os entendimentos apresentados de VILELA, ALVIM, NERY JÚNIOR E PEDRO B. MARTINS, os quais estão em consonância com a doutrina majoritária que trata do tema⁶⁵.

Isto porque, a arbitragem possui natureza jurisdicional e nela está devidamente assegurado o direito de ação ao associado, direito este que garante a solução do mérito do conflito por um terceiro imparcial através do juízo arbitral, o qual deverá sempre respeitar as normas da Lei de Arbitragem e a Constituição Federal. Quando assim não o fizer, o associado

⁶⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6ª Ed., ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 21, p. 82

⁶⁵ Exemplos de autores, dentre alguns já citados, que concordam que todos os acionistas devem se submeter à cláusula compromissória estatutária: Pedro Batista Martins, na sua obra escrita com Selma Lemes e Carlos Alberto Carmona, *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 135, e também no artigo A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensão fator impeditivo para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas, in: Diogo Leite de Campos, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins (coord.), *A evolução do direito no século XXI: estudos em homenagem ao Prof. Amoldo Wald*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 445-463; Paulo Fernandes Campos Salles de Toledo, *Arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas, Sociedade Anônima, 30 anos da Lei n. 6.404/76*, São Paulo: IDA - Quartier Latin, 2007, p. 262 e ss.; José Maria Rossani Garcez, *Arbitragem nacional e internacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 109 e s.; Marcelo Dias Gonçalves Vilela, *Arbitragem no direito societário*, Belo Horizonte: Mandamentos, p. 184 e ss.; Marco Aurélio Gumieri Valério, *Arbitragem nas sociedades anônimas, aspectos polêmicos da vinculação dos acionistas novos, ausentes, dissidentes e administradores à cláusula compromissória estatutária, após a inclusão do § 3.º ao art. 109 da Lei 6.404/1976 pela Lei 10.303/2001*, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* D 139/164, jul.-set. 2005; José Virgílio Lopes Enei, *A arbitragem nas sociedades anônimas*, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 129/136, jan.-mar. 2003.

tem todo o direito de recorrer-se à jurisdição estatal para pleito da nulidade do procedimento arbitral, especialmente sob a égide dos artigos 21, 32 e 33 da Lei de Arbitragem.

Mister diferenciar que, a renúncia ao juízo estatal, através da eleição do juízo arbitral, não se confunde com a renúncia à decisão jurisdicional. Se assim fosse, restaria desrespeitada a norma constitucional que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal).

Ademais, como apresentado anteriormente, cláusula compromissória tem natureza jurídica de contrato plurilateral e não de pacto parassocial, como afirma CARVALHOSA, e integra-se perfeitamente ao contrato de sociedade, e, quando regularmente inserida neste contrato, vincula necessariamente todos seus associados, sejam eles atuais ou futuros. No momento da aquisição da quota ou ação da sociedade, os efeitos da cláusula compromissória atingem todos os seus adquirentes. Motivo pelo qual, torna-se prescindível, apesar de possível, a anuência expressa do novo associado à cláusula compromissória.

Ressalte-se ainda que, a cláusula compromissória somente se torna vinculatória para seus associados (sócios e acionistas) se constar expressamente (forma escrita) em seu contrato/estatuto social. Sendo os instrumentos sociais de registro obrigatório perante a Junta Comercial ou registro civil de pessoas jurídicas, e assim, portanto, de conhecimento público, não cabe o argumento de desconhecimento prévio do teor destes instrumentos por parte do novo associado.

Recomenda-se também, que o futuro associado leia previamente o instrumento social da sociedade a qual estará fazendo parte ou, diante desta impossibilidade, que consulte um advogado para assessorá-lo neste sentido.

B. Vinculação dos associados (sócios e acionistas) à arbitragem em decisão não unânime quanto à inserção da cláusula compromissória no instrumento social

Esgotado o tema sobre a vinculação do futuro associado à cláusula compromissória, tratemos a partir de então, da obrigatoriedade de vinculação à arbitragem por parte do associado que discorda da decisão tomada em assembleia geral, devidamente convocada e instalada, que institui a inclusão de cláusula compromissória em seu instrumento social, bem

como da hipótese de não comparecimento do associado à assembleia geral que delibera sobre o tema em sua ordem do dia e institui o juízo arbitral para dirimção de seus futuros conflitos.

Luiz Leonardo Cantidiano afirma⁶⁶:

Cabe indagar se as pessoas já eram acionistas da companhia antes da realização da assembléia geral, e que se opuseram à referida alteração estatutária, estarão obrigados a submeter-se ao procedimento arbitral. [...] A resposta a tal indagação me parece negativa; o acionista que vota contra não optou pela submissão de suas eventuais divergências à referida alteração estatutária, até mesmo porque inexistia previsão estatutária regulando a matéria [...] Considerando que ninguém pode ser obrigado a submeter-se, contra a sua vontade, ao processo arbitral, e tendo presente que o antigo acionista da companhia manifestou sua expressa divergência à reforma estatutária, entendendo que a decisão adotada pela maioria não obriga a aceitar a arbitragem se requerida por terceiro (outro acionista ou a própria companhia) (Cantidiano, 2002:119-120).

CARVALHOSA⁶⁷ possui entendimento similar ao de CANTIDIANO:

A cláusula compromissória não adquire caráter associativo, não sendo, por isso, imponível aos acionistas que não votaram favoravelmente à sua adoção no estatuto e que, posteriormente, não aderiram expressamente os seus termos, na estrita conformidade com o disposto no § 2º do art. 4º da Lei 9.307/1996 (Carvalhosa, 2002:194-195).

Posicionamento contrário ao de CARVALHOSA e CANTIDIANO é o de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo⁶⁸:

Ora, não havendo lesão à garantia constitucional, como se viu acima (nota 43), é perfeitamente possível que o acionista opte pelo juízo arbitral, nada impedindo que o faça anuindo à cláusula compromissória estatutária. Essa

⁶⁶ CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Reforma da Lei das S/A Comentada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 120.

⁶⁷ CARVALHOSA, Modesto e EIZIRIK, Nelson. **A Nova Lei das S/A**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 194-195.

⁶⁸ TOLEDO, P. F. C. S. . **A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas**. In: Rodrigo R. Monteiro de Castro; Leandro Santos de Aragão. (Org.). **Sociedade Anônima 30 anos da Lei 6. 404/76**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, v.1, p. 248-268.

anuência pode ser tácita, o que se dá pela permanência do acionista na sociedade, após alteração estatutária na qual insere-se a cláusula, ou pela aquisição de ações de companhia de cujo estatuto conste a adoção da via arbitral. Pode também ser expressa, sem que se possa contudo dizer que deva sê-lo em todos os casos. Assim sendo, a cláusula vincula a todos os acionistas e não só aos aderentes. Opõe-se, portanto, erga omnes.

Parece-nos mais adequado o posicionamento do professor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, no sentido que há a vinculação dos associados (sócios e acionistas) à arbitragem em decisão não unânime quanto à inserção da cláusula compromissória no instrumento social.

Importante destacar, neste momento, a importância da teoria organicista da sociedade no Direito Societário. Segundo esta teoria, a vontade social materializa-se através da decisão colegiada dos sócio/acionistas. A decisão do colegiado deve prevalecer sob a vontade individual do associado, este é um dos princípios basilares do direito societário, bem como do regime democrático. Este princípio vale tanto para as sociedades limitadas, quanto para as anônimas.

Mister destacar os artigos do código civil brasileiro⁶⁹ que versam sobre o tema, em especial o artigo 1071, o qual determina que a modificação do contrato social depende de

⁶⁹ Seção V Das Deliberações dos Sócios

Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato:

- I - a aprovação das contas da administração;
- II - a designação dos administradores, quando feita em ato separado;
- III - a destituição dos administradores;
- IV - o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato;

V - a modificação do contrato social;

- VI - a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;
- VII - a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas;
- VIII - o pedido de concordata.

Art. 1.072. As deliberações dos sócios, obedecido ao disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembleia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato.

§ 1º A deliberação em assembleia será obrigatória se o número dos sócios for superior a dez.

§ 2º Dispensam-se as formalidades de convocação previstas no § 3º do art. 1.152, quando todos os sócios comparecerem ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia.

§ 3º A reunião ou a assembleia tornam-se dispensáveis quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto delas.

§ 4º No caso do inciso VIII do artigo antecedente, os administradores, se houver urgência e com autorização de titulares de mais da metade do capital social, podem requerer concordata preventiva.

deliberação prévia dos sócios, cumulado com o artigo 1072, parágrafo quinto, o qual preconiza que as deliberações de assembleia tomadas em conformidade com a lei e o contrato/estatuto social vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes.

Observe-se que, através da interpretação do artigo 1071, inciso I, e do artigo 1076, inciso I, ambos do código civil, salvo estipulação de quórum diverso no contrato social, a alteração deste dar-se-á por voto de, no mínimo, $\frac{3}{4}$ (três quartos) do capital social.

Imprescindível destacar a regulação advinda com a Lei 10.303 de 2001, através da inserção do parágrafo 3º no artigo 109 da Lei das Sociedades Anônimas, onde se determinou que:

§ 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.

§ 5º As deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes. (grifo nosso)

§ 6º Aplica-se às reuniões dos sócios, nos casos omissos no contrato, o disposto na presente Seção sobre a assembleia.

Art. 1.073. A reunião ou a assembleia podem também ser convocadas:

I - por sócio, quando os administradores retardarem a convocação, por mais de sessenta dias, nos casos previstos em lei ou no contrato, ou por titulares de mais de um quinto do capital, quando não atendido, no prazo de oito dias, pedido de convocação fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas;

II - pelo conselho fiscal, se houver, nos casos a que se refere o inciso V do art. 1.069.

Art. 1.074. A assembleia dos sócios instala-se com a presença, em primeira convocação, de titulares de no mínimo três quartos do capital social, e, em segunda, com qualquer número.

§ 1º O sócio pode ser representado na assembleia por outro sócio, ou por advogado, mediante outorga de mandato com especificação dos atos autorizados, devendo o instrumento ser levado a registro, juntamente com a ata.

§ 2º Nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente.

Art. 1.075. A assembleia será presidida e secretariada por sócios escolhidos entre os presentes.

§ 1º Dos trabalhos e deliberações será lavrada, no livro de atas da assembleia, ata assinada pelos membros da mesa e por sócios participantes da reunião, quantos bastem à validade das deliberações, mas sem prejuízo dos que queiram assiná-la.

§ 2º Cópia da ata autenticada pelos administradores, ou pela mesa, será, nos vinte dias subsequentes à reunião, apresentada ao Registro Público de Empresas Mercantis para arquivamento e averbação.

§ 3º Ao sócio, que a solicitar, será entregue cópia autenticada da ata.

Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061 e no § 1º do art. 1.063, as deliberações dos sócios serão tomadas:

I - pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071;

II - pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071; III - pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

Ainda que dispensável, tendo em vista que a Lei 9.307 de 1996 já permitia a utilização da arbitragem no âmbito do Direito Societário, embora não expressamente como no referido artigo, a sua positivação é bem vinda, pois se torna fator de incentivo e divulgação do instituto nesta seara do direito.

Entretanto, assim como acertadamente pontua SALLES DE TOLEDO, algumas críticas cabem com relação à redação deste novo parágrafo. A primeira delas refere-se ao dispositivo legal onde o referido parágrafo foi inserido, naquele que trata sobre os direitos essenciais do acionista.

Como o tema em questão não possui qualquer relação com os direitos essenciais enumerados no caput deste artigo, por questão de boa técnica legislativa, a norma do parágrafo terceiro deveria ser objeto de artigo em apartado, e não de um parágrafo.

Outra crítica refere-se ao emprego do termo *divergências* neste parágrafo. Preferível seria o emprego do termo *litígio*, visto que o emprego do termo *divergência* não é técnico e pode ser utilizado para qualquer espécie de desentendimento entre os sócios, o que não poderia não se enquadrar no campo da arbitralidade, visto que esta só é permitida para a resolução de *litígios*, conforme preceitua o artigo primeiro da Lei 9.307 de 1996.

Pondera ainda o professor que, o âmbito subjetivo de aplicação da norma está incompleto, pois podem surgir conflitos não apenas entre os acionistas controladores e minoritários, mas, também, de um modo geral entre os acionistas da companhia. Como ele mesmo pondera, os defeitos apontados não acarretam, “felizmente”, na inaplicabilidade da norma.

Resta claro assim, através da aplicação e interpretação destes dispositivos legais ao Direito Societário, que a deliberação tomada pela maioria da vontade social no sentido de inserir no contrato de sociedade cláusula compromissória, se tomada em conformidade com a lei e com o respectivo instrumento social, vincula todos os seus associados, ainda que ausentes ou dissidentes.

Assim sendo, não há como admitir-se que a cláusula compromissória, devidamente inserida no contrato de sociedade, tenha aplicação somente a parte de seus associados. Isto

seria inadmissível, na medida em que as normas do contrato/estatuto social vinculam a todos os seus associados, sem exceção.

Diante do caráter de livre manifestação de vontade quanto à sujeição ao juízo arbitral, divergente é o entendimento da doutrina brasileira, quanto ao quórum da deliberação social que visa inserir a cláusula compromissória no contrato de sociedade.

Carlos Alberto Carmona⁷⁰, um dos co-autores da Lei de Arbitragem brasileira entende que:

O estatuto social, desnecessário dizer, é um e único para todos os sócios. Trata-se de “lei interna, reguladora, principalmente, dos direitos e obrigações dos sócios, em suas relações recíprocas e com terceiros” (nota 47). Não se pode conceber, portanto, que haja um estatuto híbrido, que obrigue alguns sócios e não vincule outros. Digo isso para que o raciocínio sirva de ponto de partida para minha análise: se os sócios deliberarem a inclusão de cláusula compromissória no estatuto, tal cláusula haverá de obrigar todos os sócios, presentes e futuros. Mas como harmonizar tal conclusão com o fato de que a cláusula deve ser consensual, dependendo sua validade de expressa manifestação de vontade no sentido de retirar a competência do juiz togado? Parece-me que a resposta está baseada na necessidade de a deliberação sobre a inclusão da cláusula ser sempre **unânime**, contando com a adesão de todos os sócios. Explico: se os sócios fundadores resolverem encartar o dispositivo no estatuto, tal deliberação fará parte de uma carta de regência da companhia; todos quantos vierem a adquirir ações no futuro estarão vinculados, portanto, a tal carta de direitos e deveres, de sorte que estarão, por vontade própria, sujeitando-se a todas regras estatutárias – inclusive aquela que determina a solução arbitral de certas controvérsias. Caso entretanto a cláusula não tenha sido introduzida no momento de constituição da companhia, somente com o voto de todos os acionistas poderá ser incluída no estatuto, pouco importando o quorum estabelecido na lei ou no próprio estatuto para as demais alterações pontuais, eis que estará em jogo direito essencial do acionista, qual seja, o de dirigir-se ao Estado para tratar de lesão ou ameaça de lesão a suposto direito seu.

Posicionamento contrário é o de VILELA⁷¹:

⁷⁰ CARMONA, C. A. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei Nº 9.307/96. 3ª ed. Atlas 2009, p. 111

⁷¹ VILELA, M. D. G. **Arbitragem no Direito Societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 202.

Por outro lado, impor-se a necessidade de unanimidade para a adoção da cláusula compromissória no âmbito da sociedade significa relegar a utilização da arbitragem ao desuso neste ramo específico do direito, uma vez que a dinâmica do direito empresarial e as mutações constantes da composição do quadro societário mostram-se incompatíveis com tal exigência. Ademais, não existe fundamento legal para tal conclusão partindo-se exclusivamente do texto legal, sendo todavia possível a previsão de tal quórum (unanimidade) em norma estatutária.

Parece-nos mais adequado, diante do dinamismo do Direito Societário, o posicionamento de VILELA, no sentido que a determinação de quórum de unanimidade para a adoção da cláusula compromissória em contrato de sociedade, embora legalmente possível, poderia vir a prejudicar o bom desenvolvimento da arbitragem nesta seara do Direito.

3.4 Direito de recesso

Vale ressaltar que o direito de recesso (saída do sócio da sociedade) preconizado na Constituição Federal em seu artigo quinto, inciso XX e artigo 1077 do Código Civil, deve ser respeitado caso o associado, voto vencido em assembleia, entenda que esta decisão da maioria social pela inclusão da cláusula compromissória no instrumento social, o prejudique de modo irreparável, a ponto que torne insuportável sua permanência na mesma.

Art. 1.077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031. (grifo nosso)

Importante diferenciar a deliberação social que regularmente inclui a cláusula compromissória no estatuto/contrato social da deliberação abusiva da maioria do capital social. Toda cláusula compromissória que for abusiva (como por exemplo, cláusula compromissória que veda ao acionista minoritário o direito de participar da eleição de árbitro no momento da instauração da arbitragem) deverá ser decretada nula por violar o princípio da isonomia.

Diante dos argumentos apresentados, entende-se que, uma vez devidamente aprovada nos termos da lei, a cláusula compromissória vincula todos os sócios/acionistas de uma sociedade, seja ele sócio/acionista fundador, aderente futuro, ausente ou dissidente, seja a sociedade de responsabilidade limitada ou por ações, e por analogia, todas as demais sociedades comerciais e civis. Ao subscrever, comprar ou receber as quotas/ações, sob qualquer modalidade, praticam ato de ratificação do contrato/estatuto social e concordam tacitamente com os todos os seus termos, mesmo os associados que não tenham consentido expressamente com a cláusula compromissória.

4 Arbitragem societária e a Governança corporativa

4.1 Aspectos gerais da Governança Corporativa no Brasil e no mundo e seus principais benefícios

No Brasil, o principal instituto responsável pela disseminação da governança corporativa é o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC).

O IBGC, fundado em 27 de novembro de 1995, é uma sociedade civil, sem-fins lucrativos e tem o propósito de ser referência em Governança Corporativa, contribuindo para o desempenho sustentável das organizações e influenciando os agentes da sociedade no sentido de executarem suas atividades com maior transparência, justiça e responsabilidade.

O instituto define Governança Corporativa como:

Sistema pelo qual as organizações são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas/quotistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para sua perenidade.⁷²

Consideram-se três as principais qualidades da boa governança corporativa: transparência (*full disclosure*); integridade (*integrity*); responsabilidade de todos os participantes no dever de prestar contas (*accountability*).

A governança corporativa teve suas raízes nos anos 90, nos EUA e Inglaterra. Surgiu com o intuito de superar o chamado “conflito de agência” na medida em que os interesses daquele que administra bens de terceiros nem sempre estão alinhados com os de seu titular. Preocupa-se, dentre outros objetivos, em criar mecanismos eficientes (sistemas de monitoramento e incentivos) para garantir que o comportamento dos executivos esteja alinhado com o interesse dos acionistas.

⁷² Fonte: <http://www.ibgc.org.br/PerguntasFrequentes.aspx> acessado em 03.02.2010

No Brasil, um de seus principais marcos ocorreu inicialmente com a publicação do primeiro código de governança pelo IBGC em 1999. Posteriormente, através da mudança legislativa na Lei das SA, através da Lei 10.303 de 2001, criação da cartilha de CVM em 2002 e lançamento dos segmentos especiais de listagem pela BMF&BOVESPA.

A governança corporativa no Brasil não se encontra ainda tão disseminada no Brasil quanto na Europa e Estados Unidos. A profissionalização da gestão das empresas aqui instaladas está ocorrendo, no entanto, de maneira lenta e gradativa.

Esta foi a conclusão que os autores Bernard S. Black, Antonio Gledson de Carvalho e Érica Gorga chegaram na pesquisa publicada pelo artigo *An Overview of Brazilian Corporate Governance*, o qual define muito bem o atual estágio de evolução da governança corporativa no Brasil:

ABSTRACT: We provide the first detailed picture of firm-level corporate governance practices in an emerging market. We report on the corporate governance practices of Brazilian public companies, based primarily on an extensive 2005 survey of 116 companies. Most firms have a controlling shareholder or group. Board independence is an area of weakness. The boards of most Brazilian private firms are comprised entirely or almost entirely of insiders or representatives of the controlling family or group. Many firms have no independent directors. Financial disclosure is a second area of weakness. Only a minority of firms provide a statement of cash flows or consolidated financial statements. However, many provide English language financial statements. Audit committees are uncommon, but many Brazilian firms use a home-grown substitute known as a fiscal board. A minority of firms provide takeout rights to minority shareholders on a sale of control, above the legal minimum. Shareholders agreements among the members of a controlling family or group are common. The overall picture is hard to reconcile with models in which firms optimally choose those governance structures which best meet firms specific needs. It suggests instead the potential value.⁷³

⁷³ Fonte: **An Overview of Brazilian Corporate Governance**, Bernard S. Black, Antonio Gledson de Carvalho e Érica Gorga, publicado na *Revista Brasileira de Finanças*, Vol. 7, 2009, [U of Texas Law, Law and Econ Research Paper No. 109](#) [Cornell Legal Studies Research Paper No. 08-014](#) e [ECGI - Finance Working Paper No. 206/2008](#)

No âmbito global, destaca-se a excelente atuação da *OCDE – Organization for Economic Cooperation and Development*, que criou, em 1999, os *Principles of Corporate Governance*. Em uma atitude vanguardista, a organização percebeu que a livre circulação de recursos e produtos no mundo se desenvolveria com maior velocidade e encontraria um ambiente mais favorável ao seu desenvolvimento se os países e corporações aderissem às boas práticas de governança, permitindo uma melhor e mais segura circulação do fluxo de capital.

Observe-se que, até os dias atuais, não há completa convergência sobre a correta elaboração e aplicação das boas práticas de governança, existindo relativa liberdade e flexibilidade para que cada país desenvolva suas próprias regras de acordo com as práticas e os costumes locais. Entretanto, todas as práticas globais se baseiam em princípios comuns de transparência, independência e prestação de contas.

Mister destacar que, o código das melhores práticas de governança corporativa do IBGC, em seu item 1.8, recomenda a utilização da arbitragem societária como o melhor mecanismo de resolução de controvérsias entre associados e administradores e entre estes e a organização. Trata-se de uma abrangência mais ampla que aquela do artigo 109 da Lei das SA, recomendando a inclusão, além dos associados, da figura do administrador. Salutar tal recomendação em virtude da importante função que ele desempenha dentro da organização, no entanto, imprescindível se faz que o mesmo consinta com a adoção da arbitragem, seja através da assinatura de cláusula compromissória ou do compromisso arbitral.

O item 1.8 deste código reza o seguinte:

Mediação e arbitragem

Caso não seja possível uma negociação bem-sucedida entre as partes, os conflitos entre sócios e administradores e entre estes e a organização devem ser resolvidos, preferencialmente, por meio de mediação e, se não houver acordo, arbitragem. Recomenda-se a inclusão destes mecanismos no Estatuto/Contrato Social ou em compromisso a ser firmado entre as partes⁷⁴.

⁷⁴ Fonte: **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 4.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP : IBGC, 2009. p. 27.

4.2 Os diferentes níveis de Listagem da BM&F BOVESPA e a obrigatoriedade de utilização da Arbitragem

A maior e mais importante bolsa de valores da América Latina, a BM&F BOVESPA, exige a adoção da arbitragem societária como meio obrigatório de solução de controvérsias para todas as companhias listadas no Novo Mercado, Nível II e BOVESPA MAIS, segmentos estes que visam oferecer aos investidores maior grau de transparência na gestão da sociedade, em consonância com as melhores práticas de governança corporativa aplicadas pelo mercado global atualmente.

O Novo Mercado e o Nível Diferenciado II⁷⁵ da BM&F BOVESPA são segmentos especiais de listagem que visam proporcionar um melhor ambiente de negócios e estimular os interesses de investidores, além de aumentar o valor das companhias neles listadas. Particularmente, o BOVESPA MAIS se direciona às empresas que desejam adquirir seu espaço no mercado de capitais de maneira gradativa, com destaque para companhias de pequeno e médio.

Em todos os segmentos as companhias comprometem-se, voluntariamente, na adoção de práticas de governança corporativas complementares ao exigido pela legislação brasileira são⁷⁶. Através da anuência da regras do “Regulamento de Listagem do Novo Mercado” e da devida inclusão da cláusula compromissória no estatuto social, estabelece-se que a resolução

⁷⁵Os Níveis Diferenciados de Governança Corporativa são segmentos especiais de listagem que foram desenvolvidos com o objetivo de proporcionar um ambiente de negociação que estimulasse, simultaneamente, o interesse dos investidores e a valorização das companhias. Empresas listadas nesses segmentos oferecem aos seus acionistas investidores melhorias nas práticas de governança corporativa que ampliam os direitos societários dos acionistas minoritários e aumentam a transparência das companhias, com divulgação de maior volume de informações e de melhor qualidade, facilitando o acompanhamento de sua performance. A premissa básica é que a adoção de boas práticas de governança corporativa pelas companhias confere maior credibilidade ao mercado acionário e, como consequência, aumenta a confiança e a disposição dos investidores em adquirirem as suas ações, pagarem um preço melhor por elas, reduzindo seu custo de captação. A adesão das Companhias ao Nível 1 ou ao Nível 2 depende do grau de compromisso assumido e é formalizada por meio de um contrato, assinado pela BM&FBOVESPA, pela Companhia, seus administradores, conselheiros fiscais e controladores. Ao assinarem o contrato, as partes acordam em observar o Regulamento de Listagem do segmento específico, que consolida os requisitos que devem ser atendidos pelas Companhias listadas naquele segmento, além de, no caso das Companhias Nível 2, adotar a arbitragem para solução de eventuais conflitos societários.

⁷⁶Fonte: <http://www.bmfbovespa.com.br/cias-listadas/consultas/governanca-corporativa/governanca-corporativa.aspx?Idioma=pt-br> acessado em 02.05.2010

para os conflitos societários da companhia, deve, necessariamente, ocorrer através da arbitragem.

O Novo Mercado exige que o capital social de suas companhias seja composto tão somente por ações ordinárias. A realização de oferta pública de aquisição de todas as ações em circulação (OPA), conselho de administração com composição de, no mínimo, cinco membros e mandato de até dois anos são também particularidades deste segmento.

Alguns exemplos de empresas listadas neste segmento: BM&F BOVESPA S.A., COSAN S.A. INDÚSTRIA E COMERCIO, CPFL ENERGIA S.A., NATURA COSMETICOS S.A. e LOJAS RENNER S.A.

No Nível Diferenciado II ⁷⁷ as companhias devem, além de eleger o foro arbitral para as futuras controvérsias societárias, conceder maiores direitos aos acionistas minoritários, tais como, direito de voto às ações preferenciais em algumas matérias e realização de oferta pública de aquisição ações (OPA) pelo valor econômico nas hipóteses de fechamento do capital ou cancelamento do registro. A cláusula compromissória deverá ser aprovada em Assembleia Geral e incluída no Estatuto Social da companhia, além de constar no “Regulamento de Listagem”.

Alguns exemplos de empresas listadas neste seguimento: ELETROPAULO METROP. ELET. SAO PAULO S.A., GOL LINHAS AEREAS INTELIGENTES S.A., BCO SANTANDER (BRASIL) S.A., TAM S.A. e ALL AMERICA LATINA LOGISTICA S.A.

O BOVESPA MAIS ⁷⁸ é segmento de listagem idealizado para tornar o mercado acionário brasileiro acessível a um número maior de empresas, em especial, àquelas que buscam diversificar a sua base acionária a longo prazo.

No BOVESPA MAIS, os investidores encontrarão companhias com firme propósito e compromisso de se desenvolver no mercado, o que é refletido na adoção de elevados padrões de governança corporativa; na busca da liquidez das suas ações; e na postura pró-ativa para conquista de investidores.

⁷⁷ Idem

⁷⁸ Idem

Exemplo de empresa listada neste seguimento: NUTRIPLANT INDÚSTRIA E COMERCIO S.A.

4.3 Breve consideração sobre o regulamento da Câmara arbitral da BMF/BOVESPA

Os regulamentos da BOVESPA MAIS, NOVO MERCADO e NÍVEL 2 possuem redação mais ampla que a redação do parágrafo terceiro do artigo 109 da Lei das SA, isto porque, de acordo com os referidos regulamentos, a arbitragem societária aplica-se, não somente à companhia e seus acionistas, mas também aos administradores e conselheiros destas empresas. Trata-se de uma prática recomendável, inclusive segue-se com ela o código das melhores práticas de governança corporativa do IBGC (item 1.8).

O Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado da BM&F BOVESPA delimita em seu item 1.2 quais os litígios poderão ser dirimidos por esta câmara:

1.2 O Regulamento tem a finalidade de assegurar aos Participantes dos Segmentos Especiais de Listagem da BOVESPA as normas institucionais e procedimentais necessárias à obtenção de **soluções para todos os conflitos que possam surgir entre eles**, decorrentes da aplicação das disposições contidas na Lei das S.A.s, nos Estatutos Sociais das Companhias, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento de Listagem do Novo Mercado, do Regulamento de Práticas Diferenciadas de Governança Corporativa e dos Contratos firmados pelas Companhias listadas nos Segmentos Especiais de Listagem da BOVESPA, com a estrita observância à legislação vigente. (grifo nosso) Fonte: <http://www.camaradomercado.com.br/InstDownload/regulamentonv07012002.pdf> acessado em 02.05.2010

VERÇOSA entende que “nem todas as pendências que surgem entre os sujeitos atuantes no mercado de capitais estarão sujeitas à arbitragem. Somente é cabível solução por esta via quando estiverem presentes direitos patrimoniais disponíveis”.

O autor pondera ainda que “a exigência estabelecida quanto a uma determinada e exclusiva câmara de arbitragem caracteriza-se como ilícita, por estabelecer um monopólio contrário à ordem econômica”⁷⁹.

Discorda-se, entretanto, com a devida vênia, da posição do autor, pois a ressalva realizada ao final do item 1.2 deste regulamento “com a estrita observância à legislação vigente” basta para delimitar que os litígios devem versar tão somente a direito patrimonial disponível, em consonância com o artigo primeiro da vigente Lei 9.307, de 1996.

Quanto à obrigatoriedade das companhias listadas no Novo Mercado, Nível II e BOVESPA MAIS da BM&F BOVESPA se vincularem à Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), entende-se que, se a BM&F BOVESPA, na prática, realmente exigir esta conduta, a mesma encontra-se é incompatível com a natureza de liberdade das partes inerentes à arbitragem.

Ocorre que, a própria CAM divulga em seu *website* que as companhias possuem liberdade de eleger outras câmaras arbitrais se optarem pela arbitragem *ad hoc*. Assim sendo, neste caso, se esta for a opção da companhia não estará caracterizada a conduta ilícita da bolsa.

Importante ressaltar que, apesar de solicitado, a CAM não divulga nenhum material relativo ao número de arbitragens que tramitaram e tramitam perante a câmara.

⁷⁹ VERÇOSA, H. M. D. *A arbitragem e o mercado de capitais*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, 2007, número 146, p. 160.

5. Conclusão

O presente trabalho certamente não abrange todos os aspectos concernentes à utilização da arbitragem no Direito Societário. Seu escopo limitou-se no sentido de demonstrar que o instituto é o meio mais adequado e conveniente para solução de litígios societários no Brasil nos dias atuais.

Chega-se nesta conclusão, dentre outros motivos, através da análise da inter-relação entre o dinamismo e complexidade que regem as relações empresariais tuteladas pelo Direito Societário, cumulada com as características de sigilo, celeridade, eficiência e possibilidade do litígio societário ser resolvido por profissionais especializados nesta matéria.

Demonstrou-se, diante da natureza plurilateral do contrato de sociedade (contrato social ou estatuto social) e da cláusula compromissória, que não existe nenhum impedimento legal na inserção da mesma nesta espécie de contrato.

Concluiu-se que, quando devidamente inserida no contrato social ou estatuto social, a cláusula compromissória vincula necessariamente todos seus sócios e acionistas à arbitragem em todas as futuras lides relacionadas com ao cumprimento da finalidade social, desde que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Possibilita-se, inclusive, diante de sua autonomia, a execução específica do pacto arbitral em caso de descumprimento.

Ademais, enfrentou-se o polêmico tema na doutrina brasileira acerca da obrigatoriedade de vinculação dos sócios e acionistas à cláusula compromissória quando estes que não participam, ou até mesmo participam e são dissidentes (votos vencidos), quanto à deliberação de inclusão da cláusula compromissória no contrato de sociedade.

Neste contexto, demonstrou-se que inexistente o conflito aparente de normas (princípio da livre manifestação de vontade quanto à instituição da arbitragem e o princípio da prevalência de vontade da maioria representativa do capital social), na medida em que o consentimento das partes na formação do juízo arbitral não se confunde com a exigência deste ser expresso e por escrito por todos os associados, ou seja, basta a devida deliberação, pela maioria do capital social, quanto à inserção de cláusula compromissória no contrato de sociedade, para que esta decisão vincule, necessariamente, todos os seus associados, estejam

eles ausentes ou dissidentes. A própria vontade social é o consentimento tácito de todos os acionistas à submissão de seus litígios à arbitragem.

Similar raciocínio aplicou-se ao novo associado da uma sociedade. A eficácia da cláusula compromissória, já anteriormente inserida no contrato de sociedade, também vincula o novo associado por força da transferência das quotas ou ações. Neste caso, mesmo não havendo manifestação expressa por parte do novo associado, a cláusula compromissória é vinculante, pois seus efeitos atingem o sucessor a título universal e singular.

Ademais, constatou-se, além da rápida evolução da arbitragem societária na última década, que o instituto é uma boa prática de governança corporativa, sendo inclusive recomendada pela BM&F BOVESPA e de utilização obrigatória em seus níveis especiais de listagens: BOVESPA MAIS, NOVO MERCADO e NÍVEL 2 e pelo IBGC.

Através da apresentação do resultado do estudo do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR), em parceria com a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), concluiu-se que o Poder Judiciário brasileiro, apesar de suas deficiências estruturais apresentadas, vem contribuindo positivamente para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil, garantindo a correta aplicação da Lei 9.307 de 1996.

Por fim, chega-se à conclusão que a resolução de controvérsias societárias no Brasil através da arbitragem, desde que estas versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, é o meio mais adequado, sendo plenamente possível no ordenamento jurídico brasileiro, gozando o instituto de total segurança jurídica.

Referências bibliográficas

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 53.

ARMELIN, D. *A arbitragem como melhor forma de solução da controvérsia entre a holding e as empresas subsidiárias*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 5, n. 16, p. 205-210, jan./mar. 2008.

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

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 2. Ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1924, v.4.

BLACK, B. S. Black; CARVALHO, Antonio Gledson de; GORGA, Érica. *An Overview of Brazilian Corporate Governance*. Revista Brasileira de Finanças, Vol. 7, 2009.

BRAGHETTA, A. *A importância da sede da Arbitragem*. Editora Renovar. 2010. p. 6.

BUZAID, A. *Do juízo arbitral*. Revista dos Tribunais, n. 271, São Paulo, 1958, p.9.

CALDAS, R. W. *Introdução à Globalização: Noções Básicas de Economia, Marketing & Globalização*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S/A Comentada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CARMONA, C. A. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei Nº 9.307/96*. 3ª ed. Atlas 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p.19.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3ª ed., v. 2, São Paulo: Editora Saraiva. 2003, p. 305.

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

COASE, Ronald H. *The nature of the Firm*. [1937]

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v.1. São Paulo: Editora Saraiva: 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. V.2. São Paulo: Editora Saraiva: 1998.

COHEN, D. *Arbitrage et Societé*. Paris: LGDJ, 1993.

COMPARATO. Fábio Konder. *Revista de Direito Mercantil*, nº 36, p. 66.

COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.74.

DERAINS, Y. *Arbitragem internacional: custo e duração*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 23, out./dez. 2009, p. 177.

FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Imago. 2005.

GRACIE, E. *A importância da arbitragem*. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 12, São Paulo, p. 13-17.

THEODORO JR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. III. 17^ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 373.

KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem: conceito e pressupostos de validade*. 1996, p.158.

LEMES, S. M. F. *A arbitragem e o estudante de direito*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 6, n. 23, São Paulo, out./dez. 2009, p. 39-45.

MACIEL, M. *Treze anos da Lei da Arbitragem*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 6, n. 23, São Paulo, out./dez. 2009, p. 09-19.

MANKIWI, N. G. *Introdução à Economia*. São Paulo: Thomson Learning, 2007, p. 689

MARTINS, P. A. B. *Anotações sobre a Arbitragem no Brasil e o projeto de lei do senado 78/92*. Revista do Processo, n.77, Brasília, 1994, p. 29-30.

MARTINS, P. A. B. *A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada*. In: MARTINS, Pedro A. Baptista; ROSSANI GARCEZ, José Maria. *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002, p. 135

MARTINS, P. A. B. *Anotações sobre a Arbitragem no Brasil e o projeto de lei do senado 78/92*. Revista do Processo, Brasília, n.77, 1994, p. 29-30.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6^a Ed., ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 21, p. 82

NAZO, G. N. *Arbitragem: um singelo histórico*. Revista do Advogado, , n. 51, São Paulo 1997, p.25.

PINTO, J. E. N. *Arbitragem e desenvolvimento econômico*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 6, n. 20, São Paulo, p. 67-75.

REALE, M. *Crise da justiça e arbitragem*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 5, São Paulo, p.11-15.

REALE, Miguel. *Visão geral do código civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 92, volume 808. 2003. p. 11-19.

RODRIGUES, H. W. EC n. 45: Acesso à justiça e o prazo razoável na prestação jurisdicional. In: W. T. A. A. [et al] (Coords.). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais*. São Paulo: Editora Futura, 2002, p. 328.

STRENGER, I. *Comentários à Lei de Arbitragem*, São Paulo: LTR,1998, p. 18.

STRENGER, I. Alternative Dispute resolution. In: *Aspectos atuais da arbitragem*. PUCCI, Adriana Noemi (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 138.

TOLEDO, P. F. C. S. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. In: Rodrigo R. Monteiro de Castro; Leandro Santos de Aragão. (Org.). *Sociedade Anônima 30 anos da Lei 6. 404/76*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, v.1, p. 248-268.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri, *Arbitragem no Direito Brasileiro: lei número 9307/96*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004, p. 89.

VERÇOSA, H. M. D. *A arbitragem e o mercado de capitais*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, 2007, número 146, p. 160.

VILELA, M. D. G. *Arbitragem no Direito Societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WALD, A. *A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 14, p. 22-28.

WALD, A. *A crise e a arbitragem no direito societário e bancário*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 1, n. 02, São Paulo, p. 09-24.

WALD, A. *A evolução da arbitragem internacional no Brasil*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 6, n. 23, São Paulo, out./dez. 2009, p. 18-38.

WALD, A. *São Paulo: a capital da arbitragem da América Latina*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 6, n. 23, São Paulo, out./dez. 2009, p. 45-49.

Referências bibliográficas da Rede Internet

EIZIRIK, N. *A arbitragem nas controvérsias societárias*. Disponível em: <www.valoronline.com.br>. Acessado em: <06.04.2009>.

EIZIRIK, N. *Quem se submete à arbitragem na S/A?* Disponível em: <www.valoronline.com.br>. Acessado em: <31.08.2009>.

LEMES, S. M. F. Entrevista à BMF/BOVESPA. Disponível em: <www.bovespa.com.br>. Acessado em: <05/08/2009>.

Endereços eletrônicos (*websites*) visitados:

(1) BM&F BOVESPA. Disponível

em:<<http://www.bmfbovespa.com.br/home.aspx?idioma=pt-br>> Acessado em: 12/01/10.

(2) BBC Inglaterra. Disponível

em:<http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/11/091112_economist_rc.shtml> Acessado em: 25/07/10.

(3) CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Disponível

em:<<http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp>> Acessado em: 10/010/09.

(4) CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE SÃO PAULO. Disponível

em:<<http://www.camaradearbitragemsp.org.br/institucional/normas.htm>>

Acessado em: 15/02/10.

(5) CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE SÃO PAULO: Dúvidas.

Disponível em:<http://www.camaradearbitragemsp.org.br/duvidas/frs_topo.htm>

Acessado em: 15/02/10.

(6) CÂMARA FGV DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. Disponível

em:<<http://www.fgv.br/camara/>> Acessado em: 15/02/10.

(7) CÔMITE BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. Disponível

em:<http://www.cbar.org.br/websites_arbitragem.html> Acessado em: 15/02/10.

(8) CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/>>

Acessado em: 11/09/09.

(9) DEUTSCHE INSTITUTION FÜR SCHIEDSGERICHTSBARKEIT. Disponível

em:<<http://www.dis-arb.de/>>. Acessado em: 15/03/10.

- (10) INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA.
Disponível em:<<http://www.ibgc.org.br/Home.aspx>> Acessado em: 15/03/10.
- (11) INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Disponível em:
<http://www.iccwbo.org/index_court.asp> Acessado em: 01/08/09.
- (12) L.O. BAPTISTA ADVOGADOS. Disponível
em:<<http://www.baptista.com.br/Interno.aspx>> Acessado em: 14/01/10.
- (13) PEDRO A. BATISTA MARTINS Advogados. Disponível
em:<<http://www.batistamartins.com/batistamartins.htm>> Acessado em: 25/02/10.
- (14) PINHEIRO NETO Advogados. Disponível
em:<<http://www.pinheironeto.com.br/artigos.php>> Acessado em: 25/02/10.
- (15) SELMA LEMES Advogados. Disponível
em:<http://www.selmalemes.com.br/artigos_jornais.php> Acessado em: 11/09/09.
- (16) UNCITRAL. Disponível em:<<http://www.uncitral.org/>> Acessado em:
15/04/10.
- (17) UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Disponível em:<<http://www4.usp.br/>>
Acessado em: 10/09/10.
- (18) VALOR on line. Disponível em:<<http://www.valoronline.com.br/>> Acessado
em: 10/08/09.
- (19) WALD ADVOGADOS. Disponível
em:<http://www.wald.com.br/artigos_ver.asp?id=97> Acessado em: 11/08/09.