

A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA COMO REGRA DE GOVERNANÇA CORPORATIVA: UMA ANÁLISE DE SEU ALCANCE SUBJETIVO¹⁻²

*Natália Mizrahi Lamas**

Introdução; 1. Capítulo - Uma introdução à arbitragem como forma de resolução de conflitos societários; 1.1. Breve introdução à arbitragem: sua natureza jurídica; 1.2. A importância da autonomia da vontade; 1.3. A razão da predileção pela arbitragem como forma de resolução de conflitos societários: uma breve nota histórica; 1.3.1. Nota histórica; 1.3.2. As vantagens da arbitragem como forma de resolução de conflitos comerciais, especialmente os societários; 2. Capítulo - A Governança Corporativa no Brasil; 2.1. O que é Governança Corporativa e Conselho de Administração Independente? 2.2. O mercado de capitais brasileiro e os efeitos da governança corporativa; 2.3. Os principais passos dados no Brasil quanto à governança corporativa; 2.4. A importância da arbitragem de conflitos societários como regra de governança corporativa; 3. Capítulo - A análise da cláusula compromissória estatutária quanto aos seus efeitos subjetivos face à recente reforma da Lei nº 6.404/76; 3.1. A reforma da Lei nº 6.404/76 e a inclusão do §3º no Art. 109: as possíveis vicissitudes do texto legal; 3.2. Da interpretação do novo §3º do Art. 109 da Lei nº 6.404/76 a partir de sua topografia; 3.3. A exposição da controvérsia instaurada quanto aos efeitos subjetivos da cláusula compromissória estatutária; 3.4. Do consentimento para a inclusão de cláusula compromissória estatutária: digressões sobre interesse social e natureza jurídica das sociedades anônimas; 3.4.1. O ponto nodal na análise da controvérsia: a necessidade de concordância ine-

quívoca para a cláusula compromissória face ao princípio da deliberação majoritária; 3.4.2. Algumas digressões sobre natureza jurídica das sociedades anônimas e interesse social: a formação da vontade social; 3.4.3. Do princípio da deliberação majoritária à interpretação favor arbitris: uma proposta de conclusão sobre o tema; 4. Capítulo - A redação da cláusula compromissória estatutária e os possíveis limites à plena eficácia subjetiva: um estudo do Caso Petrobrás; 4.1. A cláusula compromissória estatutária não pode vedar o acesso à jurisdição; 4.2. O estudo da cláusula compromissória estatutária da Petrobrás. 5. Conclusão; Referências Bibliográficas.

Introdução

A arbitragem é uma forma extrajudicial de resolução de conflitos com expressiva utilização no âmbito dos litígios comerciais. A inserção de cláusula compromissória em estatuto social, o instrumento disciplinador das relações entre acionistas, ainda se encontra sob certa nebulosidade.

Este trabalho pretende estudar a extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória estatutária, levando em consideração o fato de que a arbitragem constitui regra de governança corporativa.

O tema é extremamente polêmico e novo no Direito Brasileiro, haja vista a recente mudança da lei das sociedades anônimas ocorrida em 2001, responsável pela inserção do parágrafo terceiro no Art. 109. A doutrina divide-se: uma primeira linha enxerga a arbitragem de maneira excessivamente formalista e de maneira negativa, propugnando uma interpretação restritiva, o que acarreta a necessidade de anuência específica e individual de cada acionista à cláusula compromissória. Uma outra corrente prefere ver a arbitragem de maneira positiva e faz preponderar o princípio da deliberação majoritária, já consagrado no direito societário.

No intuito de definir os personagens vinculados à cláusula compromissória estatutária, serão estudadas, no primeiro capítulo, regras gerais sobre arbitragem, enfocando as razões pelas quais a arbitragem transformou-se na forma mais usual de resolver conflitos comerciais, dentre os quais destacam-se os da indústria do petróleo.

No segundo capítulo examinam-se o conceito de governança corporativa e o seu desenvolvimento no Brasil. Demonstra-se, por oportu-

no, a relação existente entre a arbitragem e as regras de governança corporativa.

O desenvolvimento do tema encontra-se localizado no terceiro capítulo, onde, utilizando-se dos conceitos expostos anteriormente, é estudada a controvérsia da forma como ela se apresenta atualmente.

Ao quarto capítulo foi deferida a tarefa de servir à observação da cláusula compromissória estatutária da Petrobras, sociedade de economia mista da maior importância econômica no Brasil e líder na estratégica indústria do petróleo e gás.

Outros assuntos correlatos ao que aqui foi desenvolvido também merecem alguma atenção da doutrina brasileira, mas, há que se ressaltar, em menor quantidade e qualidade. Faz referência ao tema da arbitrabilidade objetiva, ou seja, da análise dos litígios que poderão ser submetidos à arbitragem. Em verdade, o tema da extensão subjetiva aliado ao tema da arbitrabilidade objetiva formariam um grande tema chamado de “Arbitragem no Direito Societário”³.

Ressalte-se, no entanto, que essa maior abrangência não será aquela abordada nesse trabalho. Apenas as questões ligadas à extensão dos efeitos subjetivos da cláusula compromissória estatutária serão objeto de estudo. Isso porque o tema da arbitrabilidade objetiva mereceria um outro estudo tão aprofundado quanto o que ora se apresenta. A simplicidade da regra da arbitrabilidade objetiva no direito brasileiro – constante do Art. 1º, “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” – não demonstra o quão complexas são as questões surgidas quanto a esta matéria.

Por conseguinte, não serão abordados os aspectos objetivos por constituírem um tema sem si mesmo, como a extensão dos efeitos subjetivos o é. Na doutrina estrangeira, diversamente do que ocorrer com a doutrina brasileira, o tema já se encontra mais avançado⁴.

1. Capítulo. Uma introdução à arbitragem como forma de resolução de conflitos societários

1.1. Breve introdução à arbitragem: sua natureza jurídica

A arbitragem é uma forma de resolução de conflitos com longa história no Direito Internacional, assim como também no Direito Brasilei-

ro. Apesar de este instituto ter atingido maior visibilidade no Brasil com a edição da Lei nº 9.307/96, ele já está presente em nosso ordenamento desde 1824⁵.

Assim como na jurisdição, no processo arbitral, as partes outorgam a um terceiro, voluntariamente – e inspiradas pela confiança na sua idoneidade e *expertise* –, o poder de decidir uma determinada contenda⁶. A mencionada outorga de poderes pode se dar previamente ao surgimento do litígio, caso em que se consubstanciará numa cláusula compromissória, ou no momento de seu surgimento, quando se estará firmando um compromisso arbitral⁷.

Quanto à natureza jurídica da arbitragem, relevante comentar que a mencionada proximidade da jurisdição sugere algumas dúvidas em sua definição. Sabe-se que, dentre algumas das características da jurisdição, encontram-se a substitutividade da vontade das partes⁸, a inércia⁹ e a definitividade¹⁰. Ocorre que tais características também são encontradas na arbitragem, levando a doutrina a estabelecer uma natural equivalência entre os dois institutos, ainda que se considere o princípio do monopólio estatal da jurisdição¹¹. Reconhece-se, portanto, caráter jurisdicional à atividade exercida pelo árbitro¹².

Por outro lado, na árdua tarefa de se definir a natureza jurídica da arbitragem, não se pode olvidar que tal investimento de poderes jurisdicionais a um indivíduo ocorre por força de contrato, diversamente do que ocorre com a inafastável, inevitável e indelegável jurisdição estatal¹³. Em outras palavras: o fato de um contrato legitimar a atuação do árbitro, concedendo-lhe a competência para dirimir os litígios circunscritos àquela relação jurídica, não pode ser desconsiderado quando da definição da natureza jurídica¹⁴.

Dessa forma, pode-se afirmar que as opiniões doutrinárias variam segundo a ênfase seja conferida a uma ou a outra característica. Algumas ressaltam o caráter jurisdicional, outras tantas sublinham o caráter contratual.

Há ainda uma terceira corrente que se alinha pelo caráter misto da arbitragem¹⁵. Como reportam Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, a doutrina e jurisprudência estrangeiras deram azo ao surgimento de uma quarta corrente que objetiva explicar a natureza jurídica da arbitragem¹⁶. Denomina-se tal corrente como “*teoria autônoma*”. Seu embasamento

apóia-se na defesa de “*que a arbitragem internacional tem fundamento e se desenvolve com base nas suas próprias regras, sem qualquer ligação com um sistema jurídico nacional*”. A recente tendência da desvinculação da arbitragem à sua sede fomentou a formação dessa teoria¹⁷.

Embora haja a mencionada divergência sobre a natureza jurídica da arbitragem, certo é que a lei brasileira foi clara ao equiparar os árbitros aos juízes de direito¹⁸ e ao considerar o laudo arbitral verdadeira sentença, em razão de configurar título executivo judicial¹⁹.

Por essa razão, adotar-se-á, como forma de diferenciação mais clara, a nomenclatura jurisdição estatal em oposição à jurisdição arbitral.

Em verdade, o dogma do monopólio da jurisdição impede que se refira ao termo jurisdição estatal. A razão é simples: se há monopólio, só há a jurisdição proveniente do Estado. Todos os outros meios de pacificação de conflitos, por uma questão lógica, não seriam jurisdição.

Todavia, já se admite que há uma “*quase absoluta exclusividade estatal no exercício dela*”²⁰.

Dessa forma, ainda que não se pretenda o alinhamento a uma ou outra corrente doutrinária, uma vez que tal posicionamento desbordaria os limites deste trabalho, alerta-se aqui ao leitor quanto aos parâmetros de nomenclatura utilizados. Assim, em razão da predileção legal pelo caráter jurisdicional da arbitragem e, repete-se, com o fito de distinguir as duas formas de resolução de conflitos, serão adotadas as denominações próprias daqueles que admitem o caráter jurisdicional da arbitragem, quais sejam, jurisdição arbitral, juízo arbitral, processo arbitral e sentença arbitral.

1.2. A importância da autonomia da vontade

Outra característica importante relacionada à arbitragem é a marcante presença da autonomia da vontade das partes. Tal autonomia não se reflete somente na possibilidade de escolha da lei aplicável ao mérito do litígio, a teor do que preceitua o Art. 2º, §1º, Lei nº 9.307/96²¹. As partes também são livres para escolher a lei aplicável ao processo²². Podem, por exemplo, escolher as regras de arbitragem de uma determinada câmara e, subsidiariamente, as regras que lhes serão supletivas no caso de omissão dessas últimas. Podem, caso prefiram, não recorrer a ne-

nhuma instituição administradora da arbitragem, fazendo a chamada arbitragem *ad hoc*, para a qual se aplicará um regulamento já existente ou um novo que venha a ser criado pelas partes. Deve-se ter em mente que inúmeras são as combinações possíveis e disponibilizadas às partes quando se fala em arbitragem²³.

No que tange à autonomia da vontade quanto à escolha da lei aplicável ao mérito, relevante notar a substancial diferença de regime que ocorre entre a arbitragem e a jurisdição estatal brasileira.

Como já se mencionou, na arbitragem, há plena liberdade para a escolha da lei que tratará do mérito, ainda que haja posicionamentos que limitem tal autonomia às arbitragens internacionais²⁴.

Por outro lado, a possibilidade de se eleger a lei aplicável ao mérito em contratos que sejam submetidos à jurisdição estatal brasileira é matéria bastante controvertida, em virtude da rigidez estabelecida pelo art. 9º, LICC²⁵, regra de conexão aplicável às obrigações.

Ocorre que a Introdução ao Código Civil (1917) tratava expressamente da matéria, permitindo que as partes estipulassem a lei aplicável às obrigações²⁶. Após a mudança legislativa, que subtraiu a expressão “*salvo estipulação em contrário*”, acarretando na aludida redação do art. 9º, criou-se uma verdadeira confusão sobre a real intenção do legislador em omitir. Estar-se-ia vedando a estipulação da lei aplicável pelas partes ou não?

Amílcar de Castro, por exemplo, é categórico ao inadmitir a autonomia da vontade das partes em sede de Direito Internacional Privado:

“Não existe, portanto, a imaginada autonomia da vontade em direito internacional privado: o objeto próprio da vontade das partes é a escolha do lugar onde queiram realizar o contrato, e não a escolha do direito. Se fosse a escolha do direito, o seu imperfeito conhecimento, ou sua defeituosa interpretação, nunca poderia dar, como dá, a consequência de se anular o contrato”²⁷.

Por outro lado, há parcela da doutrina que reconhece um princípio geral da autonomia da vontade das partes²⁸ ou que, a contrário do entendimento acima transcrito, considera que a omissão da expressão “salvo estipulação em contrário” não afastou a existência deste princípio do Direito Brasileiro²⁹.

A este respeito, merece comentário o interessante estudo sobre o princípio da proximidade feito pelo Prof. Jacob Dolinger. Nesse estudo, o professor demonstra que o princípio da proximidade – o qual manda que se aplique às relações jurídicas a lei com a qual tal relação tenha mais proximidade, possua os vínculos mais estreitos –, conduz à afirmação da autonomia da vontade³⁰. Nesse sentido, parece que o professor sustenta a existência de um princípio geral de direito permissivo da escolha da lei aplicável. Tal interpretação parece ser corroborada por algumas afirmativas constantes de sua obra clássica no ensino do Direito Internacional Privado. Leia-se, por exemplo, o trecho que segue:

“Em matéria de contratos, apesar da autonomia da vontade, alguns autores reconhecem sua limitação, admitindo ocorrer fraude à lei na submissão de uma relação obrigacional à lei de um país com o qual o contrato não tem qualquer relação e na submissão a uma lei estrangeira quando a relação jurídica é eminentemente interna”.³¹

Diante do que foi exposto sobre o tema, pode-se perceber a veracidade do que foi afirmado anteriormente: a diferença existente entre a jurisdição arbitral e a estatal é fundamental quanto à autonomia para a escolha da lei aplicável. Tal diferença é uma das vantagens da arbitragem, como se passa a expor no item seguinte.

1.3. A razão da predileção pela arbitragem como forma de resolução de conflitos societários: uma breve nota histórica

1.3.1 – Nota histórica

Como já disse, o Brasil já conhece a arbitragem desde a Constituição Federal de 1824. O Regulamento nº 737, de 1850, em seu artigo 411, §2º, previa a imposição do juízo arbitral às situações arroladas, remetendo-se a dispositivos do Código Comercial³². Dentre os dispositivos mencionados, encontra-se o art. 294, situado nas disposições gerais do título destinado às companhias e sociedades comerciais, que assim dizia: “Artigo 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”³³.

Quanto aos litígios societários, portanto, a arbitragem era imposta

às questões suscitadas entre os sócios, seja durante a existência da sociedade, seja na sua liquidação e partilha. A par da literalidade da lei, não se pode afirmar que os litígios envolvendo a sociedade e os sócios deveriam ser, obrigatoriamente, dirimidos pela arbitragem. Isso porque a oração adjetiva que qualifica a locução *as questões sociais* – “*que se suscitarem entre sócios*” – é restritiva³⁴. Logo, os litígios envolvendo os sócios, e apenas esses, eram necessariamente resolvidos por arbitragem³⁵.

Ocorre que a Lei nº 1.350 de 1866 extinguiu a obrigatoriedade do juízo arbitral e o Decreto nº 3.900 de 1867 foi responsável pela inauguração da completa inefetividade da cláusula compromissória³⁶ e, em decorrência disso, da própria arbitragem como instituição³⁷. Assim, como ocorria com uma cláusula compromissória inserida em outros tipos contratuais, aquela inserida em contratos ou estatutos sociais passou a gozar desse *status* de incapacidade para atingir o objetivo a que foi destinada³⁸.

Entretanto, deve-se perguntar por que razão o legislador do século XIX impôs a arbitragem às questões societárias e a outras questões de cunho comercial³⁹, como aquelas que resultarem de contratos de locação mercantil⁴⁰ ou as que digam respeito à regulação, repatriação ou rateio das avarias grossas⁴¹. Outra forma de fazer a mesma pergunta – e de se chegar à mesma resposta – é questionar por que instituições internacionais de fomento ao comércio criaram entidades patrocinadoras de arbitragem, ou, por outro lado, por que instituições patrocinadoras de arbitragem se especializaram em questões comerciais⁴². Tais questionamentos serão elucidados no item a seguir.

1.3.2. As vantagens da arbitragem como forma de resolução de conflitos comerciais, especialmente os societários

A resposta à pergunta formulada no item anterior é simples: a arbitragem apresenta inúmeras vantagens frente à jurisdição estatal para a resolução de determinados tipos de litígios, como os comerciais, assegurando, principalmente, agilidade, confidencialidade e especialização na solução do litígio⁴³. Como disseram Michael Hwang e Rajesh Muttath: “*With increasing legislative and curial support, arbitration has, in many commercial matters, proved to be a better mode of dispute resolution than litigation*”⁴⁴.

Foi em razão dessas características que o mundo negocial começou a se utilizar da arbitragem⁴⁵. Saliente-se que, em virtude do crescimento do comércio internacional, outras vantagens puderam ser claramente identificadas nessa forma de solução de conflitos. Isso porque os litígios passaram a ultrapassar as fronteiras de uma única soberania. A via arbitral tornou-se, portanto, a forma ideal de se evitar as questões relativas ao conflito de jurisdições em litígios transnacionais. Destacou-se também por evitar que uma parte prevalecesse sobre a outra quando da escolha de uma jurisdição dentre aquelas competentes, uma vez que a arbitragem poderia se realizar em qualquer lugar neutro, não conectado a nenhuma das partes. Não menos importante, outro aspecto relacionado ao Direito Internacional Privado também tornou evidente outros benefícios da arbitragem: a possibilidade de escolha da lei aplicável ao mérito, assim como aquela aplicável ao processo arbitral⁴⁶.

Em verdade, o grande crescimento da arbitragem como forma de resolução de conflitos ocorreu no comércio internacional. Os litígios comerciais, que são essencialmente patrimoniais disponíveis, – até mesmo porque a atividade comercial pressupõe o lucro⁴⁷ –, requeriam especialistas e um dinamismo todo próprio, peculiar às características do já citado mundo negocial. O caráter transnacional desses litígios, por sua vez, demandava a neutralidade de foro e de lei aplicável (ao mérito e ao processo), como já se disse.

Assim é que áreas negociais como a da indústria do petróleo e gás natural, por exemplo, passaram a se desenvolver *pari passu* com a arbitragem comercial internacional. O negócio de exploração e produção de petróleo e gás, que requer investimentos vultosos e lida com um recurso energético de importância estratégica, não poderia ficar à mercê da jurisdição e das leis dos países onde os recursos petrolíferos se situam⁴⁸. Mais grave ainda quando se sabe que a maior parte das reservas mundiais de petróleo localiza-se em países do Oriente Médio⁴⁹.

Passando à análise propriamente dos litígios societários, espécie dentro do gênero de litígios comerciais, uma característica da arbitragem merece ser particularmente notada, além daquelas aludidas acima. Com efeito, a “*permanência da harmonia nas relações sociais*”⁵⁰ é o principal atrativo da arbitragem quanto a esse tipo de litígio. Olivier Caprassé, ao escrever sua tese de doutorado intitulada *Les sociétés et l'arbitrage*, teve oportunidade de escrever:

“Nous avons rappelé en introduction les caractéristiques bien connues de l'arbitrage : rapidité, adaptation à la technicité du contentieux, souplesse, **climat particulier**, confidentialité. Celles-ci peuvent rendre l'arbitrage très utile dans le contentieux de la vie des sociétés. Celui-ci relève, en effet, du monde des affaires où rapidité, confidentialité, notamment, sont très importantes. Surtout, l'arbitrage est susceptible, peut-être plus que la juridiction étatique, **de favoriser la bonne poursuite des rapports sociétaires qui s'inscrivent dans le long terme**. En outre, nombre de litiges en la matière peuvent mettre en présence des intervenants de pays différents. L'absence de juridiction privée internationale rend alors parfois l'arbitrage indispensable aux yeux des parties soucieuses de ‘jouer en terrain neutre’”.⁵¹

José Maria Muñoz-Planas também reconhece essa circunstância favorável relacionada à manutenção do clima de concórdia:

“[...] la conjunción de dos factores fundamentales: derivado uno de la propia naturaleza y organización de esas singulares empresas sociales, cuya dinámica, tanto más cuanto mayor sea su **personalismo**, es incompatible con los antagonismos y con las situaciones conflictivas, que deben ser superados para mantener entre los socios o entre estos y la sociedad ese clima de armonía y confianza mutuas tan necesario para el buen desenvolvimiento del grupo social. En atención a estas exigencias aparece el segundo factor, puramente estimativo y que se apoya, tanto en las ideas clásicas de una mayor discreción, celeridad y economía, como en la creencia de que la técnica del arbitraje ofrece mayores posibilidades de distensión y acercamiento que el proceso judicial”.⁵²

Tais afirmativas sobre a vantagem da arbitragem em decorrência da manutenção do clima harmônico no seio da sociedade⁵³ podem parecer, a princípio, contraditórias, porque a arbitragem pressupõe discordância, isto é, um litígio a ser definitivamente resolvido. Natural, portanto, que se tenha conflito de interesses e litigiosidade na arbitragem.

Ocorre que, ainda que haja o litígio, em muitos casos as partes deem-se por satisfeitas, não pretendendo que ocorra uma quebra abrupta dos vínculos sociais. Exemplifica-se: podem os

sócios estar litigando sobre determinada forma de cálculo do dividendo, mas sem nenhuma intenção de romper a sociedade em virtude desse desentendimento.

Nesse sentido, a confidencialidade auxilia, pois a publicidade pode dar azo a comentários da imprensa ou à imprensa, por parte de algum dos envolvidos, que agravem a situação de discórdia entre eles. A discricção da arbitragem também é fator positivo na avaliação *a priori* do valor de uma sociedade empresária ou dos títulos emitidos por ela⁵⁴.

Frise-se, no entanto, que nas sociedades anônimas abertas, submetidas ao controle e fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)⁵⁵, a obrigação de divulgar fato relevante imposta aos administradores deverá prevalecer sobre a regra da confidencialidade⁵⁶. Logo, haverá situações em que a configuração de fato relevante nos moldes previstos na regulamentação da CVM⁵⁷ obrigará aos administradores a divulgação das informações relacionadas ao litígio⁵⁸.

O informalismo e a flexibilidade da arbitragem também contribuem para a diminuição da litigiosidade, pois permitem que as provas se produzam em local menos adversarial que o foro, assim como impedem, na maior parte das situações, as manobras processuais que visem ao emperramento do processo. Quem escolhe a via arbitral, como regra geral, não pretende discutir nuances processuais e torná-las formas de entrar a solução do litígio. É importante notar que esse tipo de comportamento não condiz com a natureza da arbitragem e que os árbitros devem estar atentos para evitar que os vícios do processo estatal se repitam no processo arbitral.

A especialização do julgador também será relevante para a conservação do clima cooperativo. Este é um dos fatores que auxilia na celeridade da solução do litígio, porque a especialização evita que o árbitro perca tempo estudando a matéria até entendê-la para poder proferir sua decisão. Ademais, sabendo-se que a imparcialidade do árbitro⁵⁹ e a confiança depositada nele são pressupostos da arbitragem, imagina-se que as partes aceitarão a sentença arbitral com mais facilidade. As partes confiam nos árbitros e na qualidade e seriedade de sua decisão, porque eles foram escolhidos por elas, diversamente do que ocorre na jurisdição estatal, onde vigora o princípio do juiz natural⁶⁰. Assim, a certeza de uma decisão exarada mais rapidamente e fruto de um relacionamento base-

ado na confiança poderá ser um elemento que propicie a mencionada conservação do clima cooperativo.

Diante do exposto, percebe-se que o juízo arbitral apresenta características relevantes e proveitosas se comparado à jurisdição estatal, particularmente no que concerne aos litígios societários⁶¹. Mesmo ciente dos custos mais altos que um processo arbitral pode assumir frente ao processo judicial⁶², deve-se interpretar a inclusão de uma cláusula compromissória de maneira positiva, ou seja, como um benefício em prol dos contratantes ou, no caso de uma sociedade anônima, em prol dos acionistas. Não é sem razão, portanto, que as chamadas boas regras de governança corporativa demandam a inserção de cláusula compromissória nos estatutos sociais, como se analisará no capítulo seguinte.

2. Capítulo. A Governança Corporativa no Brasil

2.1. O que é Governança Corporativa e Conselho de Administração Independente?

A governança corporativa é uma série de princípios e práticas relacionados à gestão de uma companhia que almeja a ponderação dos interesses envolvidos nesta, com vistas à maximização do valor da companhia. Discute-se muito sobre quais são estes interesses cuja legítima tutela incumbe à governança corporativa⁶³. Os credores, os funcionários, a comunidade e o governo podem ser incluídos nesta lista de interessados? Pode-se dizer que uma visão mais restritiva do fenômeno concentra seu foco nos interesses existentes entre acionistas e administradores. Já uma ótica mais abrangente percebe o alcance social da empresa e propugna uma salvaguarda ampla, atingindo todas as entidades mencionadas⁶⁴.

Tais interessados, seja qual for a vertente adotada, encontram-se em permanente disputa, buscando formas de se representar perante a companhia. Forçoso notar que qualquer direito ou vantagem que se conceda a mais ao minoritário costuma acarretar ônus ao controlador⁶⁵. E este é só um exemplo de uma das polaridades vislumbradas em uma companhia.

Neste embate entre as forças de uma sociedade, tem-se por hábito ver prevalecer a chamada “lei do mais forte”, isto é, aquele que tem o manejo dos instrumentos legais – dentre os quais destaca-se o princípio da

deliberação majoritária⁶⁶ – e regulamentares a seu favor abusa desta prerrogativa a fim de aumentar suas vantagens patrimoniais ou políticas. No Brasil, quem sempre figurou neste papel de “mais forte” foi o acionista majoritário⁶⁷, relegando ao minoritário uma posição de submissão aos seus humores e vontades. A estrutura societária brasileira, aliada à histórica organização dos fatores produtivos, levou à predominância das empresas familiares, originando pouca dispersão e liquidez do mercado de capitais⁶⁸.

Neste contexto, a governança corporativa é o veículo utilizado na tentativa de tornar mais simétricas as posições dos acionistas, sem olvidar os aludidos interesses externos à companhia. Este “conceito de gestão” diferenciado pretende equilibrar tais interesses e, a partir deste resultado, ser uma mola propulsora ao mercado de capitais.

Para a concretização desses objetivos, a governança corporativa se funda em quatro princípios informadores de todo o seu sistema: senso de justiça e equidade (*fairness*), transparência (*disclosure*), prestação de contas (*accountability*) e obediência às leis (*compliance*). Estes princípios podem se manifestar de formas diversas e, na maior parte das regras, em conjunto⁶⁹.

Nesse contexto, exemplifica-se: a vedação à cumulação dos cargos de Diretor-Presidente e Presidente do Conselho de Administração é medida rogada, no mínimo, pelas exigências dos princípios da transparência e da prestação de contas⁷⁰. Ora, se uma das atribuições do Conselho de Administração é justamente o controle da gestão empreendida pelos diretores⁷¹, não parece razoável que o ente fiscalizador e a entidade fiscalizada se resumam na mesma pessoa.

No que tange à consecução dos propósitos a que se destina, a governança corporativa destaca o papel do Conselho de Administração. Este órgão, como se pode extrair do conteúdo do Relatório Cadbury⁷², primeiro Código de Governança Corporativa no mundo, está no centro de qualquer discussão sobre Governança Corporativa. Isto ocorre porque nele são identificadas as características necessárias à realização da mediação entre a propriedade e a gestão⁷³. Por esta razão, grandes são as expectativas sobre a atuação do Conselho de Administração, que é o principal responsável pela citada ponderação de interesses no âmbito da companhia⁷⁴.

Em razão da natureza de suas atribuições, recomenda-se que os conselheiros sejam desvinculados das outras esferas de poder da sociedade. Ademais, é necessário que detenham conhecimentos técnicos suficientes e tempo disponível para o exercício de cargo de tamanha responsabilidade. Nota-se que a intenção é a verdadeira profissionalização daqueles que ocupam estes cargos.

Na realidade brasileira, contudo, os conselheiros e diretores costumam se comportar como reais mandatários dos acionistas que os elegeram, a despeito de disposição legal vedando esta dependência⁷⁵. Trata-se, como ressaltado, de uma questão cultural, decorrente da estrutura familiar das sociedades brasileiras. Tais cargos sempre foram ocupados por membros da família ou pessoas que estivessem ligadas ao relacionamento com algum dos membros da família. Assim, sua atuação era sempre no interesse deste acionista⁷⁶.

Todavia, este panorama está se modificando. Com a introdução da discussão sobre governança corporativa no Brasil, passa a ser indispensável que se quebre o ciclo de subserviência dos conselheiros e se instale um conselho de administração independente, isto é, aquele em que a maior parte dos conselheiros não tenha nenhum tipo de vinculação ou conflito de interesses que possam alterar a imparcialidade de suas decisões administrativas.

2.2. O mercado de capitais brasileiro e os efeitos da governança corporativa

Como é notório, o Brasil tem um mercado de capitais pouco desenvolvido, com precário volume negociado e baixa dispersão acionária⁷⁷. Ocorre que a pequena parcela da população brasileira com dinheiro disponível para investimento não costuma se arriscar neste mercado. Há a coletiva sensação de insegurança que afasta prováveis investidores⁷⁸, haja vista os maus exemplos levados a público pela imprensa nacional ou estrangeira, como o escândalo internacionalmente conhecido da empresa Enron⁷⁹.

Outros motivos podem ser listados tais como a alta dos juros, que torna a atividade especulativa extremamente rentável e afasta o investidor da atividade produtiva e a concorrência das bolsas internacionais, que

atraíram empresas brasileiras dispostas à obtenção de financiamento, sendo o exemplo mais significativo o lançamento de ADR's (*American Depositary Receipts*) na Bolsa de Nova Iorque⁸⁰.

No que concerne aos problemas estruturais, merece alusão a já comentada estrutura de empresa familiar tão marcante na economia brasileira. Nesta linha de fatores, também deve ser exposta a questão da visibilidade que as sociedades anônimas abertas têm em comparação com as que não fazem apelo ao financiamento público. Certo é que as sociedades abertas têm maior dificuldade em empreender determinadas práticas informais que, sem dúvida alguma, diminuem o custo global da atividade. Demonstrando a veracidade dessa afirmativa, deve ser notado que o Banco Central está à frente de projeto de lei, relatado pelo Deputado Emerson Kapaz, objetivando que as empresas de grande porte, inclusive as denominadas fechadas, publiquem balanços consentâneos com as exigências internacionais. A intenção parece clara: diminuir a informalidade, obstando práticas como o "caixa dois", tornando as exigências contábeis brasileiras harmônicas com as internacionais⁸¹.

Ainda no que se refere a custo, não se pode deixar de fazer referência às altas expensas incorridas para a captação pública, bem como para a manutenção da regularidade do registro⁸². Assim é que o retorno financeiro para a companhia que lança seus títulos no mercado é duvidoso e o investimento inicial é alto, afastando novas companhias de ingressarem no mercado de capitais.

A par destes motivos, é possível começar a compreender as incessantes referências à governança corporativa como forma de fomentar o mercado de capitais brasileiro: esta foi concebida e desenvolvida também com o fito de maximizar o valor da empresa. À medida que a gestão é fiscalizada e controlada por um Conselho de Administração ativo e independente, as ações da companhia passam a espelhar melhor a situação econômica e financeira desta. Por outro lado, se suas estratégias, outra incumbência do Conselho de Administração, são traçadas com vistas a respeitar os investidores, prevenindo as apropriações por parte de quem tenha poder para influenciar ou tomar decisões na empresa, mais segurança de retorno é dada àqueles⁸³.

Portanto, a expressão "maximizar o valor da empresa" significa mais que a sua literalidade pretende informar. A otimização do desempenho,

por meio das avaliações constantes dos gestores; a redução do custo do capital e o aumento do número de interessados em participar do empreendimento, tendo como consequência a maior viabilidade e facilidade para o financiamento, são conseqüências naturais da adoção das melhores práticas de governança corporativa⁸⁴.

Com efeito, a mera análise das regras mais preconizadas de governança corporativa já faz antever bons resultados para o mercado de capitais como um todo, uma vez que elas, em última análise, a todos beneficiam. Espera-se que a adoção de regras que imprimem transparência e responsabilidade perante os investidores, deixando clara a finalidade de cumprir as leis e agir com equidade, resultará na assunção de um valor ideal para as ações, aumentando a rentabilidade daqueles que disponibilizaram seu capital e inspirando a tão importante confiança no mercado de capitais brasileiro, necessária para aumentar a sua liquidez.

2.3. Os principais passos dados no Brasil quanto à governança corporativa

Apesar do incipiente mercado de valores mobiliários brasileiro, as perspectivas são positivas, demonstrando que ao mercado de capitais tem se atribuído maior importância tanto no âmbito legal e regulatório, quanto no âmbito conjuntural. Esta mudança começou a se consolidar a partir da abertura da economia⁸⁵, empreendida no início da década de 90, repercutindo na transformação do perfil das empresas brasileiras, exigindo que as mesmas cedessem na “familiaridade” de seus quadros societários e se ajustassem aos padrões internacionalizados, tendo em vista a entrada dos novos *players*.

Neste contexto de modificação de perspectiva, insere-se o início das discussões sobre governança corporativa e criação de valor empresarial no Brasil. A experiência internacional e a disseminação de trabalhos comprovando que o enquadramento legal e regulatório de proteção ao investidor eram capazes de resultar no desenvolvimento econômico foram cruciais para este impulso⁸⁶.

Conforme comentado anteriormente, não há maiores mistérios em imaginar que um investidor protegido e seguro se sentirá mais estimulado a emprestar seu capital a uma empresa. No entanto, após algumas

experiências práticas, a governança corporativa provou que as vantagens propaladas eram factíveis.

Uma vez reconhecida a eficácia da governança corporativa, algumas medidas foram tomadas por diversos entes da economia e da sociedade. O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) foi criado e um Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, lançado em maio de 1999, foi elaborado por este instituto, revelando que este sistema de gestão seria divulgado e estimulado pelos próprios membros do mercado⁸⁷.

A Bovespa, utilizando sua prerrogativa de auto-regulação, criou, em dezembro de 2000, os segmentos de listagem com empresas que se comprometem voluntariamente a cumprir certas regras de governança corporativa. São três os segmentos: o Nível I, Nível II e o Novo Mercado. Há uma gradação entre estes três segmentos, demonstrando que a empresa, a cada nível suplantado, empenha-se mais na proteção do investidor e dos *stakeholders*.

Note-se que os próprios agentes do mercado inauguraram a adoção de regras de governança no Brasil. Não se ficou esperando uma iniciativa estatal que obrigasse a adoção de regras de governança corporativa. Quem estivesse interessado em se comprometer e, dessa forma, demonstrar seu empenho no respeito ao investimento recebido, poderia, desde então, fazê-lo, seja criando as suas próprias regras de governança, seja adotando alguma das regras criadas.

Diante desta movimentação, o Poder Público sentiu necessidade se manifestar institucionalizando normas de caráter fundamental no desenvolvimento do mercado de capitais. Ainda que o mercado tenha o poder de se auto-regular – e o fez com bastante louvor –, era necessário que um mínimo legal fosse estabelecido⁸⁸. Assim é que alterações na Lei das S.A. (Lei nº 6.404/76) foram implementadas pela Lei nº 10.303/01⁸⁹.

A este respeito, ressalte-se que a governança corporativa não tem um conteúdo pré-definido; cada país ou entidade de mercado com poder de auto-regulação, dependendo da sua conjuntura econômica e do nível de comprometimento que as empresas pretendem ter, imprime características típicas à sua forma de governança corporativa. Por outro lado, não se pode desprezar que, antes mesmo do aparecimento deste movimento, alguns ordenamentos jurídicos já continham regras alinhadas com os princípios preconizados pela governança corporativa⁹⁰.

Ainda no caso brasileiro, merecem referência outras duas respeitáveis iniciativas de órgãos governamentais. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) editou suas recomendações sobre governança corporativa em junho de 2002. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), por sua vez, lançou, dentre outros incentivos à adoção de regras de governança, o “Programa de Apoio às Novas Sociedades Anônimas”, que estimula pequenas e médias empresas a seguir regras de governança. A empresa compromete-se a se alistar no segmento de listagem do Novo Mercado no futuro, mas, desde já, seguirá certas regras de governança para poder se tornar elegível à linha de crédito⁹¹.

2.4. A importância da arbitragem de conflitos societários como regra de governança corporativa

Vistas essas considerações a respeito do conceito de governança corporativa e de seu desenvolvimento no Brasil, faz-se necessário sublinhar a relação entre a solução de controvérsias pela via arbitral e seus efeitos para as chamadas regras de governança corporativa. Por que a solução pela via arbitral é medida imposta pelas mais corriqueiras regras de governança corporativa?⁹²

Ocorre que, conforme explicado anteriormente, não bastam iniciativas isoladas para se criar uma sensação coletiva de segurança no mercado de capitais, fomentando o seu desenvolvimento. É preciso, além do comprometimento das empresas com a transparência, de um quadro institucional forte que assegure o cumprimento das leis e puna aqueles que a infringirem. Certo é que não há como idealizar um forte e desenvolvido mercado de capitais sem que outras instituições e alguns fatores conjunturais colaborem. O Poder Judiciário⁹³ e o Ministério Público, por exemplo, têm função inestimável no que diz respeito à vigilância quanto ao cumprimento das normas e à eventual necessidade de punição daqueles que não as observam. Os agentes do mercado devem acreditar que o descumprimento das regras levará à cominação das sanções previstas em leis e regulamentos. A CVM também deve colaborar na aplicação das sanções cabíveis em sede administrativa.

Nesse sentido, é preciso ressaltar os problemas por que passam as instituições mencionadas e que obstaculizam o exercício de suas prerrogativas.

tivas, enfraquecendo o aludido quadro institucional brasileiro. Ora, não é razoável esperar que tais instituições controlem o mercado sem o mínimo de infraestrutura. As dificuldades provocam consternação: (i) os juízes e os membros do M.P. conhecem pouco a matéria atinente ao mercado de capitais, tema cujo conhecimento não é exigido com frequência e com a devida profundidade nos concursos de acesso àquelas carreiras; (ii) a resolução de conflitos pela via judicial é reconhecidamente longa, beneficiando os que descumprem as normas e desestimulando aqueles que tiveram seus direitos violados de perquirir a justiça; (iii) a CVM tem déficit de pessoal, impossibilitando uma maior fiscalização.

Essa fragilidade institucional contribuiu para a valorização das formas alternativas de solução de conflitos⁹⁴, assim como para a valorização da auto-regulamentação⁹⁵. Percebia-se que, ainda que as instituições não fossem fortes o suficiente para o *enforcement* das leis e regulamentos, havia formas alternativas de garantir uma justa solução para os conflitos que pudessem ser resolvidos fora do âmbito da jurisdição estatal. Não se está, de forma alguma, dispensando a necessidade de fortalecer as instituições públicas, o que seria um contra-senso com o que se afirmou anteriormente. Mas o próprio mercado encontrou maneiras de contornar, *a priori*, tal obstáculo, exigindo um comprometimento maior das companhias na resolução dos conflitos societários.

Assim, quando uma empresa insere em seu estatuto social uma convenção de arbitragem, tornando obrigatória a arbitragem para os litígios elencados na lei como arbitráveis, gera nos investidores a impressão de que estará realmente interessada em respeitar seus direitos, tanto que, se, de alguma forma, desrespeitá-los, o acesso à solução do conflito estará facilitado⁹⁶. A companhia não está disposta a ver os seus litígios se perpetuarem no Judiciário, enquanto transgride as leis. Essa é a mensagem que se pretende transmitir ao mercado e é por isso que os códigos de governança corporativa contemplam recomendações quanto à utilização da arbitragem⁹⁷.

3. Capítulo. A análise da cláusula compromissória estatutária quanto aos seus efeitos subjetivos face à recente reforma da Lei nº 6.404/76.

3.1. A reforma da Lei nº 6.404/76 e a inclusão do §3º no Art. 109: as aparentes possíveis vicissitudes do texto legal

A Lei nº 10.303/01, a qual alterou a Lei das Sociedades Anônimas em diversos aspectos, surgiu, como afirmado anteriormente, de anseios por um mercado de capitais mais seguro aos acionistas minoritários e que refletisse, ainda que de forma tímida, as boas práticas de governança corporativa⁹⁸.

Com esse desiderato, a lei previu expressamente, em seu art. 109, a possibilidade de o estatuto social conter cláusula compromissória a fim de dirimir litígios entre acionistas e companhia e entre controladores e minoritários, em sociedades anônimas abertas ou fechadas⁹⁹. Para que se possa vislumbrar a importância atribuída pelo legislador a essa alteração, basta mencionar que, topograficamente, ela foi incluída no Capítulo X, cujo título é “Acionistas”, em sua Seção II, relacionada aos “Direitos Esenciais”. Nos seguintes termos:

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

I - participar dos lucros sociais;

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

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

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

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 acio-

nista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral.

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

A primeira anotação a ser feita diz respeito à obrigatoriedade desta regra. Os mais desavisados podem imaginar que tal regra instituiu uma espécie de arbitragem obrigatória para as questões surgidas no âmbito da sociedade anônima.

Sabe-se que a instituição de arbitragem obrigatória por lei estaria inquinada, invariavelmente, de inconstitucionalidade, em razão da afronta que necessariamente restaria configurada ao o inciso XXXV do Art. 5º, Constituição Federal, que consagra o chamado princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário. Com a constitucionalidade da lei de arbitragem reconhecida pelo STF, restou comprovado que tal dispositivo “tem como destinatário o legislador [...]”¹⁰⁰, o qual estaria proibido de impor barreiras à garantia de acesso ao Judiciário. A intenção clara da norma constitucional é impedir que se afaste, peremptoriamente e sem a legítima manifestação de vontade, a apreciação de determinada matéria do Poder Judiciário ¹⁰¹.

Outro argumento favorável à inconstitucionalidade da arbitragem obrigatória ou necessária é a própria natureza da instituição “arbitragem”. A arbitragem lastreia-se na autonomia da vontade e se firma como forma de resolução de conflitos em razão da vontade manifestada pelas partes¹⁰². Assim é que a competência dos árbitros, a jurisdição que exercem¹⁰³, decorre da vontade revelada pelas partes¹⁰⁴. Nesta ordem de raciocínio e à luz da lei brasileira de arbitragem (Lei nº 9.307/96), não se pode conceber a arbitragem necessária.

Estabelecidas essas premissas, passa-se à análise do Art. 109, §3º, Lei nº 6.404/76. A dicção legal traz o verbo “poder”, afirmando a possibilidade de o estatuto social conter cláusula compromissória. A despeito da desnecessidade de disposição legal nesse sentido¹⁰⁵, o verbo “poder” esclarece que a vontade social, traduzida pela deliberação majoritária na assembléia geral, decidirá sobre a instituição de cláusula compromissó-

ria estatutária. Poder, em sua primeira acepção, significa “ter a faculdade ou a possibilidade de”¹⁰⁶.

Por conseguinte, o intuito legislativo era esclarecer a possibilidade conferida à vontade social no sentido de inserir cláusula compromissória estatutária. É necessário que haja manifestação da vontade social para a sua inclusão. Não se está, de forma alguma, tornando obrigatória a adoção da via arbitral. Logo, qualquer entendimento que pretenda demonstrar a obrigatoriedade da cláusula compromissória estatutária não pode prosperar diante da análise da dicção legal.

Ocorre que duas situações inteiramente diversas costumam ser confundidas. Uma delas é a obrigatoriedade da inclusão da cláusula compromissória estatutária, que deve ser afastada de plano em razão dos motivos expostos; a outra, a determinação precisa de quais são os destinatários da cláusula compromissória estatutária. A segunda situação é extremamente polêmica e será abordada nesse estudo mais adiante, mas não guarda relação com a arbitragem obrigatória. Uma vez inserida a cláusula compromissória estatutária, mediante a legítima manifestação de vontade dos acionistas representativos da maioria, na forma da lei das sociedades anônimas, quem está vinculado a ela? Esse é o questionamento que reflete a segunda situação.

A mesma distinção deve ser feita quanto à adesão à Câmara de Arbitragem do Mercado por companhias que estejam listadas nos segmentos de listagem do Nível II de Governança Corporativa e do Novo Mercado. Afirmar que a obrigatoriedade dessa adesão estaria viciada de inconstitucionalidade parece posicionamento prematuro¹⁰⁷. Com efeito, as companhias precisam deliberar todas as modificações estatutárias exigidas em virtude de sua adesão, inclusive a arbitragem. Em última análise, para assinar o contrato exigido pela Bovespa, de forma a se obrigar ao cumprimento das regras próprias desses segmentos de listagem, é necessária a manifestação volitiva prévia das companhias. Nenhuma companhia se alinha às regras de governança corporativa, dentre as quais se encontra a arbitragem, obrigada, como se afirmou anteriormente¹⁰⁸.

Em decorrência da adesão da companhia aos segmentos Nível II e Novo Mercado, o que se discutirá é o âmbito de incidência da convenção de arbitragem, isto é, os seus efeitos subjetivos. No que pertine ao âmbito ou à extensão dos efeitos subjetivos da cláusula, a questão que

se coloca é quem, no universo de acionistas da sociedade em questão, estará obrigado à arbitragem, ou seja, vinculado aos efeitos positivos e negativos da cláusula compromissória, quais sejam, assegurar a instauração do procedimento arbitral sem que seja necessária nova manifestação de vontade por uma das partes – o que equivale a conceder execução específica à cláusula compromissória –, e tornar o juiz estatal incompetente, respectivamente¹⁰⁹. Essa é a grande problemática envolvendo a adoção de cláusula compromissória estatutária: quem são as partes vinculadas à cláusula compromissória estatutária inserida por força de deliberação majoritária da assembléia geral? Outra pergunta: essa manifestação de vontade é hábil o suficiente para obrigar a todos os acionistas?

3.2. Da interpretação do novo §3º do Art. 109 da Lei nº 6.404/76 a partir de sua topografia

A localização do novo parágrafo é especialmente relevante no exercício da tarefa interpretativa. Logo abaixo do parágrafo que menciona os meios, processos ou ações destinados à segurança do acionista, os quais não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia geral¹¹⁰, encontra-se a permissão para a inclusão da cláusula compromissória estatutária. Em que medida a localização do parágrafo pode falar a seu respeito?

Uma das primeiras interpretações plausíveis é justamente aquela que entende que o legislador, ao inserir tal parágrafo, tenha querido demonstrar que a arbitragem, como forma de resolução de conflitos, assegura os meios, processos ou ações que caibam ao acionista. Ciente de que a arbitragem é forma legítima e constitucional de resolução de conflitos e, ainda mais, ciente de sua natureza jurisdicional – ao menos nos estritos limites da lei brasileira de arbitragem –, o legislador quis deixar claro aos acionistas que a arbitragem pode ser o meio de resolução de litígios entre acionistas e sociedade e entre acionistas controladores e minoritários.

Segundo essa linha de interpretação, o parágrafo terceiro vem lembrar que a via arbitral pode ser uma das formas assecuratórias dos meios, processos ou ações, se assim a vontade social quiser¹¹¹. Nesse contexto, muito importante que se tenha em mente o caráter jurisdicional da arbitragem instituído pela lei brasileira de arbitragem. A idéia é simples:

assim como a Jurisdição estatal é garantia do jurisdicionado, o foro arbitral também o poderá ser, dependente, somente, de legítima manifestação de vontade apta a outorgar competência aos árbitros¹¹².

Outro ponto que não pode ser olvidado nesta tarefa interpretativa é a inviabilidade de arbitragem para apreciação de determinadas matérias¹¹³ e, mais importante ainda, a carência de poder de coerção (*coertio*) por parte do árbitro. Tal linha de interpretação faz ressaltar a necessidade de cooperação entre árbitros e juízes. Em verdade, sabe-se que ao árbitro falta o poder de império, o poder de impor coercitivamente suas decisões às partes que sejam renitentes¹¹⁴. Por essa razão, ainda que se queira manter litígios fora do âmbito do Poder Judiciário, algumas situações demandarão a sua intervenção, requerendo que se faça presente o espírito de colaboração entre eles, a fim de que a tutela jurisdicional seja entregue de forma efetiva¹¹⁵.

Dessa forma, a divisão do trabalho entre árbitros e juízes¹¹⁶ demonstra que não há dicotomia absoluta entre eles. O fato de a instituição de cláusula compromissória afastar do conhecimento do juiz estatal a causa – efeito negativo da cláusula compromissória –, não significa que o árbitro poderá prescindir de sua cooperação quanto ao exercício de outros poderes próprios da Jurisdição que não lhe caibam.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o parágrafo terceiro, inserido no Art. 109, não se antagoniza com o parágrafo que lhe antecede, pois os meios, processos ou ações que tenham sido atribuídos por lei ao acionista serão assegurados pela arbitragem, dentro do que couber nos poderes dos árbitros, e pela Jurisdição estatal, naquilo que os árbitros não puderem intervir.

A via arbitral, portanto, não inviabiliza, nem prejudica, muito menos exclui os meios, processos e ações resguardados por lei ao acionista¹¹⁷, em razão de se equiparar a eles, ou, sendo mais contundente, estar inclusa no amplo conceito de meios, processos e ações.

A mencionada divisão do trabalho também auxilia a apreender a razão pela qual o legislador não retirou a vigência do parágrafo segundo do Art. 109. Poder-se-ia, levemente, imaginar que teria ocorrido um daqueles “cochilos” do legislador ao incluir o parágrafo terceiro e não revogar o parágrafo segundo. Se há a arbitragem para tutelar os acionistas, por que razão manter o parágrafo segundo?

Ocorre que, de acordo com o explicado acima, a arbitragem, por si só, não é capaz de assegurar toda a tutela jurisdicional que determina a situação possa requerer. Assim, a retirada do parágrafo segundo poderia dar ensejo a abusos por parte da maioria em assembléia geral, dando causa a reformas de estatuto que pudessem, porventura, subtrair alguma das portas de entradas à jurisdição. O abuso poderia consistir, por exemplo, na inserção de cláusula compromissória estatutária concomitante ao afastamento de alguma das medidas judiciais que não possam ser outorgadas pelos árbitros.

Certo é que tais reformas obstrutivas da jurisdição estariam inquinadas de nulidade, uma vez que o objeto da cláusula estatutária não seria lícito¹¹⁸. Isso porque, ainda que não houvesse a dita disposição legal, não se pode conceber que a vontade social seja hábil a afastar a jurisdição. Nesse contexto, torna-se relevante esclarecer que não se trata de afastar o acesso ao Poder Judiciário, mas de afastar o acesso à jurisdição. Repete-se, por oportuno, que o acesso ao Poder Judiciário pode ser objeto de renúncia pelas partes em um negócio jurídico, mas não se pode vedar o acesso à jurisdição¹¹⁹.

Observa-se, pelo exposto, que o parágrafo segundo permanece na legislação societária como forma de coibir abusos. Pretende, ainda, dirimir eventuais dúvidas quanto às conseqüências da oclusão da via jurisdicional: em razão do parágrafo segundo, essa oclusão será nula de pleno direito. Tendo em vista esses esclarecimentos, seria ilógico imaginar que a inserção de cláusula compromissória arbitral, como permite o novo parágrafo terceiro, consubstanciaria violação à regra proibitiva do parágrafo segundo¹²⁰.

A corroborar a razoabilidade do que é apregoadado segundo essa primeira linha de interpretação, resta outro aspecto relacionado à questão da localização, objeto deste item do estudo. Além dos argumentos acima desenvolvidos a favor de uma interpretação sistemática da inovação legislativa, deve-se pensar que *“as normas confrontadas têm igual hierarquia: encontram-se não apenas na mesma lei, como no mesmo artigo”*¹²¹.

Em verdade, mais do que propriamente no mesmo artigo, deve ser ressaltado que o novo parágrafo encontra-se na seção dos Direitos Essenciais do Acionista. Logo, levando em consideração a natureza jurisdicional da arbitragem e a necessidade de cooperação entre árbitro e juiz

– como analisado anteriormente –, o processo arbitral, se tiver sido essa a forma de resolução de controvérsias escolhida pela maioria, constituirá um direito essencial do acionista. Caso o estatuto social preveja cláusula compromissória, a arbitragem será o meio idôneo de resolver litígios no âmbito dos poderes do árbitro. Assim como os meios, processos e ações são direitos essenciais, a arbitragem também o passará a ser se a companhia tiver exercido a faculdade conferida por lei.

Essa parece ser a teleologia da norma. Interpretar o parágrafo terceiro do Art. 109 requererá, portanto, que o hermenêuta tenha em vista os seguintes parâmetros: (i) a arbitragem, segundo a Lei nº 9.307/96, é método jurisdicional de resolução de conflitos e, como tal, insere-se no amplo conceito de meios, processos e ações, equiparando-se a eles¹²², (ii) não há dicotomia absoluta entre Poder Judiciário e arbitragem, tendo sido demonstrado que a arbitragem, por si só, não afasta a apreciação do Poder Judiciário em determinadas situações concretas e específicas aludidas; (iii) a não revogação do parágrafo segundo pelo mesmo legislador que fez inserir o parágrafo terceiro no Art. 109 demonstra que a cláusula compromissória não é uma daquelas cláusulas estatutárias que estariam inquinadas de nulidade por dificultar o acesso à jurisdição (e não o acesso ao Poder Judiciário); (iv) a via arbitral eleita pela maioria constitui um dos direitos essenciais do acionista, justamente pela localização do dispositivo legal que permite a sua inserção.

A essa primeira linha interpretativa do parágrafo terceiro, opõem-se Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, demonstrando que, em razão do parágrafo segundo, justamente pelo fato de o estatuto não poder privar os acionistas dos direitos essenciais, a cláusula compromissória estatutária somente produzirá seus efeitos negativos se estiver coadunada ao ditame legal do art. 4º, §2º, Lei nº 9.307/96¹²³.

À vista dos argumentos demonstrados acima, discorda-se dos eminentes juristas. A fim de evitar repetições e tendo em vista a brevidade com que contrapõem o parágrafo segundo ao terceiro do Art. 109, deve-se lembrar que partem de premissa equivocada: a arbitragem não estará privando o acionista de um direito essencial. O acesso à jurisdição permanece inalterado.

No intuito de refutar a argumentação trazida pelos comercialistas, Daniela Bessone Barbosa Moreira demonstra que a regra do parágrafo

segundo “*comporta um temperamento: o estatuto pode estabelecer que as divergências sociais sejam solucionadas mediante arbitragem*”¹²⁴. A autora chega a essa conclusão após análise de situação que considerou análoga à discussão sobre a contraposição entre o parágrafo segundo e o parágrafo terceiro, ambos do Art. 109. Leia-se a hipótese aventada pela autora:

“Uma hipótese análoga, de cunho constitucional, pode bem ilustrar o raciocínio: o caput do art. 5º da Constituição assegura aos estrangeiros residentes no Brasil tratamento isonômico ao dispensado aos brasileiros. Mas a própria Carta prevê algumas atividades econômicas privativas de brasileiros natos ou naturalizados, como a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão (cf. art. 222, caput). Os estrangeiros não fazem jus a tratamento idêntico ao dispensado aos brasileiros? Fazem. Salvo no tocante às exceções previstas na própria Constituição. O ordenamento jurídico está repleto de casos do gênero”.¹²⁵

Embora tenha se utilizado da analogia para tentar firmar interpretação congruente da cláusula arbitral, não se pode concordar com a afirmativa feita pela autora. Segundo os argumentos desenvolvidos, a arbitragem prevista no parágrafo terceiro não seria um temperamento da regra prevista no parágrafo que lhe é precedente, como sugerido pela autora. A via arbitral é um dos meios, processos e ações assegurados pelo parágrafo segundo, tanto que se afigura correto afirmar que seja também um direito essencial. A arbitragem, após a sua eleição, inclui-se entre os meios, processos e ações previstos no parágrafo segundo.

No exemplo transcrito, vê-se hipótese de regra constitucional que é excepcionada pela própria regra constitucional. No caso em tela, não se pode encarar a arbitragem como exceção à regra de que o estatuto não pode elidir as formas assecuratórias dos direitos essenciais, sob pena de se deferir razão ao argumento trazido por Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik. Ora, se a arbitragem é exceção à garantia dos meios, processos e ações que cabem ao acionista, deve ser interpretada restritivamente e merecerá todo o cuidado do aplicador do direito quanto aos indivíduos que a ela estarão vinculados. Se essa for a premissa – a arbitragem é exceção e, como tal, interpretação restritiva deve lhe ser deferida –, impõe-se a concordância com a interpretação feita pelos mencionados autores¹²⁶.

Logo, a arbitragem não é uma exceção prevista na própria lei das sociedades anônimas à regra do parágrafo segundo do Art. 109 e não pode ser encarada dessa forma. A aplicação desse princípio geral de que a regra restritiva de direitos se dará interpretação também restritiva, no que concerne à arbitragem, é especialmente perigosa e deletéria. Como lembra Pedro Batista Martins, o cânone interpretativo que paira sobre a arbitragem é o princípio do favor arbitral:

“Como um norte, dessa vontade declarada não deverão descolar-se o intérprete e o julgador ao se depararem com as diversas questões que lhes serão postas. Do favor arbitral não poderão afastar-se, pois na concretização do direito devem ser aplicados os princípios informativos das regras positivas. Na dúvida, pró-arbitragem”.¹²⁷

3.3. A exposição da controvérsia instaurada quanto aos efeitos subjetivos da cláusula compromissória estatutária

Como apontado na introdução a este estudo, a reforma da Lei nº 6.404/76 trouxe uma série de questionamentos a respeito do alcance subjetivo da cláusula compromissória estatutária, principalmente no que tange às sociedades anônimas abertas, veículo de captação de poupança pública e sociedade de cunho eminentemente capitalista. Sabe-se que tamanha controvérsia não se cinge ao direito brasileiro, levando à preponderância da utilização de cláusulas arbitrais em companhias fechadas ou em sociedades de caráter pessoal, onde é mais tranqüila a sua aceitação, justamente pela fácil visibilidade dos acionistas ou sócios que a ela estão vinculados¹²⁸.

A reforma da legislação processual societária italiana, empreendida pelo Decreto Legislativo nº 5 de 17.01.2003, é uma boa prova desse fato. O legislador italiano inseriu um título destinado à arbitragem, que se torna regra especial frente às disposições do Código de Processo Civil italiano sobre arbitragem. Dentre os quatro artigos constantes desse título¹²⁹, o primeiro deles dispõe sobre o objeto e os efeitos da cláusula compromissória estatutária. O que deve ser notado acerca da reforma legislativa italiana é justamente a preocupação em afastar do âmbito de aplicação daquelas novas disposições sobre arbitragem as sociedades que fazem recurso ao mercado de capitais de risco, as chamadas so-

ciedades abertas no direito brasileiro. Leia-se, por oportuno, o texto da mencionada norma:

“1. Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile¹³⁰, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società' che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale”.¹³¹

Nesse contexto, a arbitragem de conflitos societários em sociedades anônimas abertas é assunto delicado no Brasil e em outros locais com maior experiência em arbitragem, como a Itália.

Ocorre, no entanto, que o objeto deste estudo é justamente a sociedade anônima aberta, cujas peculiaridades sugerem uma contraposição de interesses constante e uma não rara conflituosidade, além de uma natureza jurídica de difícil definição. Em razão desses fatores, que tornam a aferição do consentimento nas sociedades abertas tão imbricada, é de fundamental importância a perquirição de quais indivíduos estão vinculados à cláusula compromissória estatutária.

Não faz parte do escopo deste trabalho, portanto, analisar as situações em que a vinculação à cláusula é inequívoca, porque o consentimento pode ser facilmente detectado, como quando ela é incluída no documento de constituição da sociedade¹³². Nesse caso exemplificativo, não há dúvida sobre a eficácia de tal cláusula, conforme explicam Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio:

“Dessa forma, se expressamente aceita por todos os sócios/acionistas, não há dúvida na doutrina brasileira sobre sua eficácia plena e irrestrita, seja nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, seja nas sociedades anônimas”¹³³

Questiona-se a validade e a eficácia¹³⁴ da cláusula compromissória estatutária tendente a comprometer: (i) acionistas dissidentes da deliberação em que a inserção da cláusula arbitral tenha sido votada; (ii) acionistas que se abstiveram dessa mesma deliberação; (iii) acionistas que faltaram à deliberação; (iv) acionistas sem direito a voto; (v) novos acionistas que ingressam na companhia cujo estatuto contenha cláusula arbitral, uma vez que não participaram da deliberação pela sua inclusão e,

às vezes, nem tinham conhecimento dela, como ocorre freqüentemente com os acionistas que adquiriram participação de companhias listadas nas Bolsas de Valores ou como pode ocorrer quando da sucessão *mortis causa*. Pergunta-se, portanto, se tais personagens estariam obrigados a solucionar os conflitos pela via da arbitragem, mesmo diante das peculiaridades de cada caso, as quais sugerem o desconhecimento da renúncia à jurisdição estatal.

Em verdade, três doutrinadores do Direito Societário¹³⁵ dos mais abalizados respondem negativamente em todos esses casos, ou seja, se o acionista não demonstrou de maneira específica e em termo individualizado sua intenção de aderir à disposição estatutária sobre a arbitragem, a ela não estará obrigado. Tal posicionamento se fundamenta numa postura perante a arbitragem excessivamente formalista, o que torna inviável ou inefetiva a sua adoção no estatuto social.

Os argumentos nos quais se baseiam Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, que se ocuparam do tema com maior profundidade, são os seguintes:

(i) a expressa declaração de vontade da parte envolvida é pressuposto de validade e eficácia da decisão arbitral, sendo nula a cláusula que não conte com tal expressa aprovação, por ferir o direito essencial do acionista de socorrer-se do Poder Judiciário¹³⁶. A forma preconizada pelos autores para perfazer tal aprovação expressa é aquela do Art. 4º, §2º, Lei nº 9.307/96. Configura-se, assim, como um requisito *ad solenitatem* o cumprimento do requisito previsto nesse artigo, aliado ao arquivamento da adesão do acionista na sede social¹³⁷.

(ii) não há presunção de renúncia de direito essencial de qualquer acionista¹³⁸.

(iii) a natureza da cláusula compromissória estatutária é de pacto parassocial, não sendo matéria potestativa do estatuto social, que se impõe a todos os acionistas¹³⁹.

(v) a comprovar a natureza de pacto parassocial, está o Art. 8º, Lei nº 9.307/96, que consagra o princípio da autonomia da cláusula compromissória¹⁴⁰.

(vi) o fato de o contrato plurilateral associativo dar azo a uma comunhão de escopo não significa que há necessária identidade de inte-

resses entre os contratantes, devendo-se respeitar o interesse individual na inclusão de cláusula compromissória¹⁴¹.

Há, por outro lado, algumas respeitáveis opiniões em contrário¹⁴². Pedro Batista Martins foi o primeiro a se manifestar pela vinculação ir-restrita de todos os acionistas. Em síntese, sustentou o seguinte:

(i) a natureza de contrato plurilateral da sociedade anônima lhe cede espaço para a existência de autonomia da vontade, o que permite a adoção de cláusula compromissória em estatuto social¹⁴³.

(ii) o novo parágrafo terceiro, que ainda era projeto de lei à época da redação de seu estudo, demonstra uma tendência legislativa quanto às sociedades anônimas, não sendo uma novidade. Representa, portanto, uma mensagem do legislador pelo favorecimento dessa via¹⁴⁴.

(iii) o princípio majoritário prepondera no direito societário, devendo ser deferida consagração a ele também nessa oportunidade, inclusive porque não houve imposição de nenhum requisito, tal como quorum qualificado¹⁴⁵.

(iv) não há motivo para a aplicação do Art. 4º, §2º, Lei nº 9.307/96. Isso porque o estatuto não representa outra categoria jurídica, a qual não se encaixa nos contratos de adesão. Ressalta, ainda, que não há hipossuficiência, fraqueza ou unilateralidade de regras, inclusive porque o investidor pode escolher qual posição tomará na companhia¹⁴⁶.

Paulo Cezar Aragão, por sua vez, entende que a grande tônica da controvérsia redundava na discussão sobre a natureza jurídica das sociedades anônimas. Afasta, de plano, quem pretenda reconhecer na sociedade anônima uma natureza puramente contratual. Ressalta, por outro lado, que a face institucional da sociedade anônima é flagrante, representando ferramenta fundamental da organização econômica e jurídica da vida empresarial. Conclui o argumento relativo à natureza jurídica afirmando que a essência de contrato plurilateral distancia a sociedade anônima do contratualismo puro.

O eminente jurista frisa, ainda, que não há como qualificar o estatuto como contrato de adesão, face às definições legais do contrato de adesão constantes do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002¹⁴⁷.

Refuta qualquer cogitação de que haveria direito adquirido ao estatuto social dessa ou daquela maneira para afastar quem pretenda desvincular aquelas que dissentiram da deliberação.

Ressalta, assim como fez Pedro Batista Martins, a importância da regra da maioria no direito societário como um todo. Comenta também a prévia existência da regra do Art. 129, §2º, Lei nº 6.404/76, que se referia à arbitragem.

Na linha do que foi exposto no item 3.2 acima, o autor explica que a localização do parágrafo terceiro na seção dos direitos essenciais do acionista não pode deixar de ser dimensionada. A disposição não está na seção dos direitos essenciais do acionista por acaso, representando uma verdadeira qualificação dos direitos essenciais do acionista.

O mais interessante, no entanto, é a analogia feita por Paulo Cezar Aragão. Assevera que o estatuto social não é um *buffet* que permite ao acionista se servir das cláusulas que melhor lhe interessam¹⁴⁸.

Dentre outros argumentos dignos de nota, destaca-se aquele trazido por Luis Loria Flaks e José Virgílio Lopes Enei, quanto à alegada natureza de pacto parassocial da cláusula arbitral. Eles se posicionam contrariamente à defendida natureza de pacto parassocial da cláusula compromissória estatutária¹⁴⁹.

Saliente-se, ainda, importante característica apontada por Luis Loria Flaks quanto à alteração legislativa constante do parágrafo terceiro do Art. 109 como forma de afastar a incidência do requisito do Art. 4º, §2º, Lei nº 9.307/96. Lembra o autor que a lei societária é posterior e especial em relação à Lei de Arbitragem, o que sugere que sua disciplina dos requisitos de validade da cláusula compromissória seja o bastante para afirmar a sua plena eficácia. Se a lei que é especial e posterior não impõe nenhuma outra condição de validade, não há como entender aplicável o comentado requisito disposto na Lei nº 9.307/96¹⁵⁰.

3.4. Do consentimento para a inclusão de cláusula compromissória estatutária: a preponderância do princípio da deliberação majoritária

3.4.1. O ponto nodal na análise da controvérsia: a necessidade de concordância inequívoca para a cláusula compromissória face ao princípio da deliberação majoritária

A par da controvérsia existente sobre o alcance subjetivo da cláusula compromissória estatutária, pode-se ratificar a assertiva feita anteriormente no sentido de que a grande dificuldade da matéria reside na aferição do consentimento em sociedades anônimas abertas. O que se pretende consignar, em outras palavras, é a especial relevância desse tema – a formação do consentimento nas sociedades anônimas abertas – para a tentativa de resposta a todos os questionamentos formulados no item anterior.

Como o consentimento é requisito essencial da convenção de arbitragem, em virtude do Art. 4º, Lei nº 9.307/96, a constatação de sua presença torna a procura por respostas aos questionamentos muito mais simples.

De fato, uma vez estabelecido que o consentimento baseado no princípio da deliberação majoritária é vinculante a todos os acionistas, como ocorre em quase todas as outras deliberações em uma sociedade anônima¹⁵¹, não se precisa perquirir nenhum outro forte argumento para que a cláusula compromissória estatutária vincule a todos os acionistas, sendo indiferente que tenham participado da deliberação ou que dela tenham discordado.

Por outro lado, se restar provado que o consentimento para a instituição de cláusula arbitral estatutária é, de alguma forma, excepcional em relação a todo o sistema de formação da vontade social em uma sociedade anônima aberta – ainda que a Lei nº 6.404/76 não tenha estabelecido essa exceção –, não se admitirá a vinculação irrestrita dos acionistas. Para tanto, basear-se-ia numa interpretação muito restritiva do instituto da arbitragem e da própria disposição legal existente sobre o assunto, de forma a sustentar uma necessidade de concordância inequívoca quanto à convenção arbitral.

A polarização da controvérsia está, portanto, na avaliação do teor do consentimento necessário e na sua habilidade para vincular a sociedade e os seus acionistas quanto à convenção de arbitragem. De todo modo, a avaliação do consentimento representa o ponto nodal na análise interpretativa dos efeitos subjetivos da cláusula compromissória¹⁵².

3.4.2. Algumas digressões sobre natureza jurídica das sociedades anônimas e interesse social: a formação da vontade social

A formação do consentimento, da vontade social, em sociedades anônimas é um tema que perpassa três assuntos de grande importância no direito societário, que, por sua vez, encontram-se intimamente interligados: interesse social, natureza jurídica das sociedades anônimas, especialmente as abertas, e/ou de seu ato constitutivo e o princípio da deliberação majoritária.

Por ultrapassar os limites deste trabalho, não se abordarão em profundidade cada um desses pontos. Entretanto, naquilo que interessar ao tema proposto para o item, algumas notas serão aduzidas.

A natureza jurídica das sociedades e/ou de seu ato constitutivo¹⁵³ – e, nessa afirmativa, sem diferenciá-la segundo o tipo societário – é matéria estudada de longa data. Muito já se discutiu a este respeito: (i) se o contrato que dava causa ao surgimento da sociedade era como o contrato típico de compra e venda, onde há divergência de interesses; (ii) se o fato de o contrato dar azo ao surgimento de um ente com personalidade jurídica própria não deveria ser levado em consideração, quando da definição da natureza jurídica; (iii) se a vontade manifestada através da sociedade seria a vontade individual de cada um de seus sócios ou se ela se tornaria uma vontade autônoma, justamente em razão da formação de uma pessoa jurídica; (iv) se, em sendo contrato, a saída de um sócio acarretaria o desfazimento do negócio; (v) se, em virtude do surgimento de um novo ente personalizado, o ato constitutivo não perderia a sua importância; entre outros infundáveis questionamentos levantados pelos pensadores da matéria¹⁵⁴.

O que se pode afirmar nessa matéria é que dois entendimentos se consolidaram e, como costuma ocorrer nessas situações, posicionamentos intermediários surgiram como forma de coadunar os argumentos po-

sitivos de cada uma das duas correntes. As duas correntes antagonizadas são aquela que considera a sociedade (e/ou o seu ato constitutivo) um contrato e aquela que a considera uma instituição.

Dentre as teorias contratuistas, destacou-se a teoria do contrato plurilateral de Tullio Ascarelli, que restou consagrada como a melhor teoria a explicar a convergência de interesses para um fim comum, a principal característica da sociedade¹⁵⁵. A teoria do contrato plurilateral encontrou argumentos para sustentar a permissibilidade da abertura do contrato de sociedade a novos entrantes e a conseqüente variação do número de sócios. Tal teoria também permitiu plausibilidade na explicação da aptidão a mudanças peculiar ao instrumento contratual.

A noção de interesse social permeou a discussão da natureza jurídica, influenciando-a e sendo influenciada por ela. Ainda que se possa identificar, de maneira elementar, o interesse social com a obtenção de lucro, algumas dúvidas emergiram: (i) seria o interesse social a conjunção do interesse de cada um dos sócios, da vontade de cada um dos sócios, individualmente considerados? (ii) seria, por sua vez, o interesse de uma entidade autônoma, a sociedade? (iii) o interesse social é somente aquele dos sócios atuais ou também abrange os sócios que porventura venham a ingressar na sociedade, como os herdeiros? (iv) os trabalhadores, o governo e a comunidade também podem ser abrangidos e protegidos pelo interesse social?¹⁵⁶

As teorias sobre interesse social, assim como ocorreu com a natureza jurídica, dividiram-se em teorias institucionalistas e teorias contratuistas¹⁵⁷. De forma simplificada, pode-se dizer que *“para as primeiras, o interesse social abrange também interesses diversos dos interesses dos acionistas; para as segundas, resume-se ele ao interesse coletivo destes”*¹⁵⁸.

Ciente das teorias existentes sobre ambos os temas – os quais, aliás, entremeiam-se de sobremaneira – deve-se ter em mente que conferir caráter contratual a uma sociedade significa conceder especial relevância à vontade de cada sócio considerado individualmente, assim como ignorar interesses ou ponderações que estejam fora da órbita da vontade exclusiva dos sócios. Atribuir caráter institucional a uma sociedade, por sua vez, significa entender que a sociedade, ente personalizado, ganhou uma certa independência da vontade dos sócios. Esta foi importante para a formação da sociedade, mas, durante a vida social, esse pa-

radigma (vontade dos sócios considerados individualmente) é descartado. Uma vez reconhecida a existência de uma instituição, desprende-se da vontade de cada sócio para colocar em voga o interesse da instituição¹⁵⁹.

A diversidade de opiniões e conceitos quanto à natureza jurídica e ao interesse social torna-se mais complicada ainda quando se pretende fazer alusão a uma entidade que faz captação pública de recursos, a sociedade anônima aberta¹⁶⁰. Seria lícito imaginar que a sociedade anônima aberta pode ser puramente contratual, centrando-se no egoísmo do interesse dos sócios, ainda que tais sócios não possam ser facilmente identificados, justamente pela colocação pública das ações e de sua circulabilidade? Seria lícito, por outro lado, imaginar que o controlador, em razão de um institucionalismo, deve ceder parcela de sua posição de gerência, controle e fiscalização do andamento dos negócios sociais aos trabalhadores de sua empresa? Nesse caso, seria a conduta dos trabalhadores, no exercício dessa gerência, voltada à maximização dos lucros?

As perguntas prestam-se apenas a demonstrar que a sociedade anônima aberta, ao apelar à poupança pública, merece uma qualificação especial, adequada a refletir o interesse de acionistas controladores, acionistas minoritários com direito a voto, acionistas minoritários sem direito a voto e a toda a uma rede de fatores econômicos que se organizam ao redor daquela sociedade empresária, como a comunidade de consumidores e trabalhadores.

É por essa razão que se escolheu centralizar o estudo dos efeitos da cláusula compromissória estatutária nas sociedades anônimas e, mais ainda, nas sociedades anônimas abertas. Já foi objeto de apreciação a relativa facilidade do tema em sociedades com caráter personalista, ou seja, onde há perfeita identificação dos sócios e um verdadeiro sentimento de *affectio societatis*¹⁶¹. A sociedade anônima fechada pode assumir, em muitos casos, um caráter pessoal¹⁶², assemelhando-se a uma sociedade limitada¹⁶³.

Nesse contexto, ainda que o diploma legal a reger as fechadas e as abertas seja o mesmo – Lei nº 6.404/76 – e que só sejam admitidas exceções a esse regime previstas expressamente em lei, a aplicação de tais exceções legais e a interpretação de uns outros tantos poderá acarretar tratamento inteiramente diverso¹⁶⁴.

Na linha do esposado, merece ser abordado o tema relativo ao cho-

que de forças na busca por poder na sociedade anônima e a utilização do princípio da deliberação majoritária.

O princípio da deliberação majoritária é, reconhecidamente, uma necessidade da sociedade anônima moderna – e, diga-se, nesse aspecto, não se diferencia se sociedade anônima fechada ou aberta, pelo menos a princípio¹⁶⁵.

Tullio Ascarelli, ao estudar os “princípios e problemas da sociedade anônima” explicou de maneira única uma série de fenômenos próprios desse tipo societário, ressaltando que a “*necessidade de que a gestão da sociedade obedeça aos critérios determinados pela maioria*”¹⁶⁶ e a “*garantia dos direitos da maioria e a tutela da minoria*”¹⁶⁷ são algumas dessas dificuldades.

Comenta que o número de sócios e a sua mutabilidade fazem preponderar a impossibilidade de administração da sociedade por todos os sócios¹⁶⁸, concluindo que “*o acionista não tem nem sequer um poder ilimitado e contínuo de controle pessoal direto*”¹⁶⁹.

Aduz, ainda, que proporcionalmente ao aumento dos poderes da maioria, dilatados a fim de facilitar a gestão das sociedades, ocorreu o aumento dos direitos que não poderiam ser objeto de modificação pelo estatuto ou que requereriam quorum qualificado¹⁷⁰.

Explicou o autor que tal evolução no tratamento legal das sociedades anônimas deve-se, de alguma forma, à progressiva circulação das participações societárias, resumindo a polarização dos interesses entre acionistas majoritários e minoritários, estes últimos investidores por excelência:

“Quando, porém, os acionistas, de fato, mudam com frequência durante a vida da sociedade, é natural, de um lado, o **aumento dos poderes da maioria**; de outro lado, uma maior preocupação acerca da **tutela dos direitos individuais de cada acionista** mesmo no que diz respeito à discricionariedade das partes na constituição da sociedade”.¹⁷¹

Saliente-se que o professor Ascarelli, ainda que reconheça que o problema da tutela das minorias não é de menor importância, consigna que não é possível manter uma estrutura societária que requeira o consentimento individual de cada acionista: “*foi mister organizar um sistema pa-*

*ra tornar possível, em alguns casos, a modificação dos direitos dessas categorias, independentemente do consentimento individual*¹⁷².

Percebe-se, dessa forma, uma profunda inclinação do sistema de organização de uma sociedade anônima para a admissão do princípio da deliberação majoritária, ainda mais se pensando em circulabilidade de ações, como frisado por Tullio Ascarelli. Em verdade, repete-se o que já foi afirmado: não se pode conceber sociedade anônima aberta – ou fechada, conforme o maior caráter personalista ou capitalista desta – que demande consentimento individual dos acionistas¹⁷³.

De certo que foram criadas formas de minimizar ou de estabilizar as relações de poder na sociedade anônima, dentre as quais destacam-se: (i) a criação dos direitos essenciais¹⁷⁴; (ii) o quorum qualificado¹⁷⁵, (iii) a unanimidade¹⁷⁶ e (iii) o direito de recesso¹⁷⁷, que é restritivo às hipóteses taxativamente previstas em lei.

Merece realce, por oportuno, o fato de que a deliberação para a inclusão da cláusula compromissória no estatuto não requer quorum qualificado, nem origina direito de recesso¹⁷⁸. O único requisito de validade da deliberação é aquele relativo ao quorum de instalação da assembléia geral extraordinária constante do Art. 135, *caput*, Lei nº 6.404/76¹⁷⁹, que, na verdade, não é um requisito próprio a esse tipo de deliberação, mas aplicável a todas as reformas estatutárias.

Desse modo, a manifestação da vontade social em sociedades anônimas obedece ao princípio da deliberação majoritária, o que responde aos anseios de uma linha mais institucional da natureza jurídica das sociedades anônimas.

A princípio, o leitor pode estranhar a utilização das lições de Tullio Ascarelli, precursor da teoria do contrato plurilateral (uma teoria contratualista), para a fundamentação do conceito de que a sociedade anônima se alinha mais ao traço institucional.

Entretanto, tal estranhamento não poderá perdurar. Paulo Cezar Aragão¹⁸⁰, por exemplo, como reportado no item 3.3 acima, comentou a natureza institucional da sociedade anônima e, simultaneamente, referiu-se à célebre teoria do contrato plurilateral de Tullio Ascarelli como sendo a teoria aplicável à espécie.

É que mesmo Tullio Ascarelli, imbuído de todos os problemas e ques-

tões suscitados pela natureza jurídica da sociedade anônima e pela intensa contraposição de interesses nela existente¹⁸¹, deixou marcas de institucionalidade em sua teoria:

“Concorrem na sociedade anônima os problemas e as regras dos contratos com os problemas e as regras de pessoa jurídica, de maneira que se torna necessário distinguir quando se deve levar em conta o ponto de vista do contrato e, quando, ao contrário, o da pessoa jurídica.

Com efeito, a sociedade surge de um contrato; este, porém, não se limita a disciplinar as obrigações entre os sócios, **mas cria uma organização destinada ao desenvolvimento de uma atividade ulterior com terceiros**; esta organização tem personalidade jurídica, e um patrimônio que, por sua vez, difere rigorosamente do patrimônio individual dos sócios”¹⁸².

Do trecho transcrito, frisa-se que Tulio Ascarelli não nega a necessidade de se levar em consideração o ponto de vista da pessoa jurídica na sociedade anônima. Tal ponto de vista, como exposto pelo próprio professor, contrapõe-se àquele ligado ao aspecto contratual da sociedade.

Outra prova de que Ascarelli não ignorava tendências institucionalistas está no segundo trecho destacado: a criação de uma organização que lidará com terceiros. Não é a vontade reunida dos acionistas que negociará com terceiros, nem é o patrimônio dos sócios que garantirá as dívidas contraídas com terceiros: é, *“rigorosamente”*, a pessoa jurídica que transitará no mundo negocial.

Mais indícios da assunção de um certo institucionalismo são deixados por Ascarelli em sua obra. Leia-se sua conclusão sobre a deliberação em assembléia:

“Na deliberação da assembléia se exprime a própria vontade social. A deliberação, por um lado, deve ser considerada como uma manifestação unilateral de vontade, pois representa justamente a vontade de um único sujeito; por outro lado, porém, ela resulta do concurso de outras tantas vontades (votos) diversas, que concorrem justamente em formar a vontade do sujeito-sociedade”¹⁸³

É de se ver que a própria forma de qualificação jurídica da deliberação social – manifestação unilateral de vontade – reflete a existência e a importância da sociedade, um único ente, na teoria de Ascarelli. A manifestação de vontade não é a revelação da vontade da maioria dos sócios, nem a representa. A deliberação, ainda que decorrente do princípio da deliberação majoritária, representa a pessoa da sociedade, o ente coletivo.

Destaca-se, por derradeiro, a deferência outorgada por Tullio Ascarelli ao princípio majoritário, o qual, de *per si*, é a maior reflexão sobre institucionalismo, pois não leva em consideração a ausência de manifestação de algum acionista ou algum voto dissidente¹⁸⁴:

“O princípio majoritário encontra a justificação na comunhão de escopo entre acionistas, assente na participação de todos eles na sociedade *ad utilitatem communem*, conforme a expressão de Grócio; é lógico, por conseguinte, que, no contraste entre as várias opiniões, as várias tendências e os vários interesses particulares, prevaleça o voto da maioria”¹⁸⁵

A rigor, portanto, a situação da natureza jurídica da sociedade anônima, aliada ao conceito de interesse social e ao texto da disposição aplicável à inserção de cláusula compromissória estatutária (Art. 109, §3º, Lei nº 6.404/76), sugerem plena eficácia do princípio da deliberação majoritária. Todas as ponderações feitas nesse item corroboram a validade do consentimento exarado pela maioria absoluta dos sócios como válido e eficaz para a vinculação de todos os acionistas e da sociedade.

Não bastasse tudo o que já se disse a respeito de natureza jurídica e interesse social, outro aspecto da sociedade anônima no direito brasileiro torna mais arrazoada a preponderância do princípio majoritário: o intuito marcadamente institucional que lhe foi atribuído pela Lei nº 6.404/76, como ensinam Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro:

“Não se trata de mera adaptação do Decreto-lei 2.627 à realidade brasileira contemporânea, nem tampouco de consolidação das disposições legais supervenientes ao diploma de 1940. Ao contrário, a lei que vamos estudar no curso deste livro consubstancia, a bem dizer, uma ampla reforma no regime do anonimato, sob a inspiração de novos pressupostos e com a intenção de dar às companhias um conteúdo marcadamente institucional”¹⁸⁶

Continuam os autores a dissertar sobre o caráter institucional e, como restou aqui demonstrado, aludem à coexistência de regras relacionadas às duas posições doutrinárias – institucionalismo e contratualismo – na sociedade anônima aberta, sobressaindo, contudo, o caráter institucional:

“Assim sendo, é impossível que se ignore que as sociedades abertas, em nome das quais, em última análise, se justifica a reforma do regime do anonimato, **já não se pode conter numa estrutura puramente contratualista**. Com efeito, projetando-se no mercado de capitais, influenciando portanto a economia do País, **tais sociedades atraem sobre si todo um esquema normativo de fiscalização e controle público**, que põe em xeque e tende a superar a noção de menor pacto de natureza privada, **mesmo quando elaborada à luz da doutrina do contrato plurilateral**. Ao contrário, no que concerne a tais sociedades, o direito oferece novas concepções, **ao reconhecer-lhes o caráter de instituição** [...] essa inspiração institucionalista está presente, alargando o seu domínio sobre a teoria contratual clássica. [...] **não se podendo prescindir da idéia de plurilateralidade**, tal como a desenvolveu Ascarelli”¹⁸⁷.

Wilson Batalha, outro comentarista da Lei das Sociedades Anônimas de 1976, também reconhece o institucionalismo da sociedade anônima segundo a regulação proposta pela lei¹⁸⁸, inclusive em virtude da existência do Art. 116, parágrafo único¹⁸⁹, e conclui sua exposição sobre a natureza jurídica das sociedades com afirmativas que muito interessam ao tema ora discutido, merecendo transcrição:

“Não há dúvida que, participando do pacto constitutivo, ou a ele aderindo mediante posterior subscrição ou aquisição de ações, **os acionistas se sujeitaram à aceitação do estatuto legal das sociedades anônimas**, que haja quer não haja explícita declaração neste sentido. A sujeição ao estatuto legal decorre de imperativo do ordenamento jurídico”¹⁹⁰.

3.4.3. *Do princípio da deliberação majoritária à interpretação favor arbitratis: uma proposta de conclusão sobre o tema*

Como visto no item anterior, o que se pretende asseverar é: partindo-se da premissa de que, como demonstrado, (i) a sociedade anônima é contrato plurilateral – o que não lhe retira todas as nuances institucionalistas –, (ii) há meios legais de se ponderar os interesses envolvidos no âmbito de uma sociedade anônima e (iii) a reforma legislativa não adotou nenhum desses meios, não se pode vislumbrar uma exceção ao princípio da deliberação majoritária ao pretender a sociedade incluir a cláusula compromissória no estatuto.

É por esse motivo que foi dado tanto relevo a este argumento como forma de tentar solucionar a controvérsia acerca do alcance subjetivo da cláusula arbitral estatutária. O princípio da deliberação majoritária é capaz de responder aos obstáculos opostos à plena eficácia da cláusula¹⁹¹. A natureza jurídica de contrato plurilateral, por sua vez, confere um tratamento legal especial, diverso daquele conferido aos contratos de adesão, afastando o requisito do Art. 4º, §2º, Lei nº 9.307/96.

Aliás, ainda quanto ao requisito do Art. 4º, §2º, Lei nº 9.307/96, o próprio princípio da deliberação majoritária já afasta sua incidência, tornando desnecessária qualquer incursão no conceito de contrato de adesão para responder ao argumento¹⁹². A vontade social, que vincula todos os acionistas e a sociedade, forma-se pela maioria absoluta de votos. Querer que essa vontade social perfaça um requisito *ad solenitatem* – o do citado dispositivo – contraria a regra societária aplicável ao caso. Ou seja: não se excepcionou a regra geral das sociedades anônimas (deliberação majoritária) quando da reforma legislativa responsável pela inclusão do Art. 109, §3º, Lei nº 6.404/76.

Ademais, deve prevalecer o preceito contido no Art. 109, §3º, Lei nº 6.404/76 frente ao Art. 4º, §2º, Lei nº 9.307/96 em razão da especialidade e posteridade da lei¹⁹³, não sendo dado ao intérprete imaginar um novo requisito de validade à cláusula compromissória estatutária sem que a lei tenha previsto tal requisito. No caso, a lei apropriada a prever o requisito é a Lei nº 6.404/76, que foi especialmente reformada com o fito de incluir a disposição do parágrafo terceiro, e não a Lei de Arbitragem, que, nesse particular, cede espaço ao regimento específico.

Outro argumento a ser acrescentado é aquele relativo à interpretação *favor arbitratis*. Em verdade, este cânone interpretativo da arbitragem, aliado à localização topográfica do Art. 109, §3º, Lei nº 6.404/76¹⁹⁴, contribui para a interpretação que vincula todos os acionistas e a sociedade à cláusula compromissória estatutária.

Na realidade, a interpretação *favor arbitratis* auxiliará como uma espécie de “prova real” daquilo que foi afirmado nesse item. Explique-se: o princípio da deliberação majoritária é plenamente aplicável à deliberação que vier a incluir a cláusula arbitral, principalmente pelo fato de a lei, a quem competia estabelecer as cabíveis exceções, não ter se manifestado nesse sentido. Entretanto, poder-se-ia imaginar que a cláusula arbitral, por sua própria natureza, comportaria uma exceção à regra geral. Equivale dizer que a lei não estabeleceu requisitos, mas esses não precisavam ser estabelecidos por lei, uma vez que a cláusula arbitral é tão diversa de todas as outras disposições estatutárias que seria uma exceção à regra geral por sua essência. Nessa linha de pensamento, seria despicando prever ou não requisitos extras à inserção de cláusula arbitral, haja vista sua completa ruptura com o restante das disposições estatutárias.

É nesse momento que se torna de especial relevo a interpretação *favor arbitratis*. Por todo o exposto quanto (i) às vantagens da via arbitral para os litígios societários¹⁹⁵, (ii) à importância da arbitragem como regra de governança corporativa¹⁹⁶ e (iii) a sua qualificação como direito essencial¹⁹⁷, não se pode tratá-la como uma disposição diversa daquelas outras do estatuto social. Não é condizente com todos os paradigmas interpretativos mencionados que a cláusula compromissória seja lida como disposição abrupta ao sistema das sociedades anônimas.

Abrupto e antieconômico seria permitir que subsistissem duas formas de solução de litígios em uma única sociedade anônima. Esse seria o resultado caso se admitisse que cada acionista deveria dar seu consentimento individual e específico à cláusula compromissória. Haveria acionistas vinculados à arbitragem e outros tantos que resolveriam suas pendências no Judiciário¹⁹⁸.

Em verdade, como se demonstrou, a cláusula compromissória é extremamente adequada à solução de litígios societários, tanto que é considerada uma das boas regras de governança corporativa. Dessa forma,

enveredar-se pela linha de pensamento que considera que a lei não previu requisitos, mas não era necessário que assim tivesse procedido, podendo consubstanciar a negativa de tudo o que já se expôs sobre o assunto.

Olivier Caprasse, com a autoridade de quem é doutor na matéria, comenta o alcance subjetivo da cláusula compromissória estatutária referendando tudo o que foi sustentado: a cláusula compromissória não modifica a situação dos acionistas de maneira essencial, não lhes impõe um ônus, nem mesmo diminui seus direitos. Leia-se o original:

“Q'en est-il lorsque certains associés y sont opposés, ou ne l'ont tout simplement pas votée ?

Devrait-on considérer, tout d'abord, que l'insertion d'une telle clause modifierait la situation des associés de manière essentielle, créerait à leur charge des obligations telles que cette insertion ne pourrait avoir lieu que moyennant l'accord de tous ? Nous ne le croyons pas. La clause d'arbitrage est neutre. Son effet est d'entraîner la soumission du litige à une juridiction arbitrale plutôt qu'à une juridiction étatique. On ne peut même pas dire qu'elle diminuerait les droits des associés. La juridiction arbitrale n'est pas une juridiction de seconde zone, dangereuse et imprévisible”¹⁹⁹

Todas as ponderações feitas aplicam-se também ao acionista que ingressa na sociedade anônima cujo estatuto contenha cláusula compromissória. A natureza de contrato plurilateral e o cunho eminentemente institucional, assim como originam o princípio da deliberação majoritária, também acarretam o caráter aberto do contrato. O novo acionista, seja aquele que adquiriu ações em bolsa ou o herdeiro que as tenha adquirido por força de transmissão *mortis causa*, está vinculado ao estatuto social²⁰⁰.

Não é razoável esperar que cada novo acionista possa escolher as disposições estatutárias que melhor lhe convenham, como ponderou Paulo Cezar Aragão²⁰¹. A sociedade anônima não comporta tamanho nível de contratualismo. Conferir esse espaço à vontade dos acionistas individualmente considerados seria tornar inviável a organização de uma sociedade anônima²⁰².

Contudo, um limite deve ser colocado à eficácia da cláusula compromissória. Trata-se do nível de informação divulgado sobre sua exis-

tência no estatuto, assim como a sua própria redação, que não poderá impor pesados ônus ao acionista que pretenda litigar, como será abordado no capítulo seguinte.

Assim, a deliberação majoritária a respeito da inserção de cláusula compromissória no estatuto social de sociedade anônima aberta ou fechada é apta a vincular todos os acionistas – aqueles que se abstiveram, os que estiveram ausentes, os dissidentes e aqueles que, por força de transmissão *inter vivos* ou *mortis causa*, tenham adquirido participação societária – além, é claro, da própria sociedade²⁰³.

Cabe salientar, por fim, que os administradores – membros da diretoria, do conselho de administração²⁰⁴ e do conselho fiscal – não se encontram vinculados à cláusula compromissória estatutária, quando da manifestação da vontade social favorável à sua inclusão em assembléia geral. Isso porque a lei não determinou que a cláusula arbitral fosse capaz de os atingir. A vontade manifestada pela sociedade na deliberação da assembléia geral não incide sobre esses personagens²⁰⁵.

Por óbvio que os administradores podem se vincular à via arbitral caso expressamente consintam com esta. Essa solução, diversamente daquela que exige a anuência expressa e individualizada de cada acionista, não gera maiores inconveniências à rotina societária. A razão é simples: “*os administradores certamente não são tão numerosos nem tampouco tão cambiantes como os acionistas*”²⁰⁶.

Entretanto, os questionamentos sobre a vinculação de administradores não são completamente respondidos pelos comentários aduzidos acima. Imaginar que cada administrador firmará cláusula compromissória própria comprometendo-se parece minimizar um problema que, até onde se sabe, não foi sequer mencionado no Direito brasileiro.

Dúvidas podem surgir quanto à forma de vinculação dos administradores no caso do conselho de administração: é possível a vinculação do conselho de administração à cláusula de arbitragem mediante a deliberação em reunião do conselho? Melhor dizendo: o princípio majoritário – que se impõe no caso das assembléias gerais – também se imporá no caso de uma deliberação que visa à vinculação de todos os membros do conselho de administração à arbitragem, ainda que haja votos divergentes²⁰⁷? Uma vez aceita a vinculação à arbitragem, poder-se-ia admitir que todos os conselheiros de administração supervenientes tam-

bém se encontrariam adstritos à resolução de conflitos pela via arbitral em razão de a mesma constar de ata de reunião do conselho²⁰⁸? Seria este o instrumento apropriado para comportar uma cláusula compromissória que atingisse todos os conselheiros de administração da sociedade anônima indefinidamente?

A ausência de respostas da doutrina brasileira sobre os temas expostos deixa pairar sobre as relações societárias uma certa insegurança. Vislumbrar a resolução de conflitos internos ao conselho de administração pela via arbitral é situação ainda mais intrincada e está extremamente relacionada à discussão da arbitrabilidade objetiva dos litígios societários. Assim como ocorre com as decisões da assembléia geral, por força de disposição legal²⁰⁹, pode-se confiar a árbitros a decisão do conselho de administração em caso de empate entre os seus membros.²¹⁰

Tais questionamentos não serão respondidos pelo presente estudo. A nebulosa zona onde eles se situam, entre a arbitrabilidade subjetiva e a objetiva e fora do âmbito da reforma da lei societária ocorrida em 2001, consubstanciam as razões pelas quais se optou apenas pela proposição das questões a fim de que o debate seja instaurado.

4. Capítulo. A redação da cláusula compromissória estatutária e os possíveis limites à plena eficácia subjetiva: um estudo do Caso Petrobras

4.1. A cláusula compromissória estatutária não pode vedar o acesso à Jurisdição

Para os efeitos da lei brasileira, a arbitragem é via de resolução de controvérsias com caráter jurisdicional²¹¹. Em razão dessa importante característica, não se pode afirmar que a arbitragem veda o acesso à Jurisdição. A vontade das partes pode ser apta a impedir o acesso ao Judiciário nos casos em que a arbitragem seja possível – tanto pela capacidade das partes para submeter à arbitragem, quanto pelo caráter patrimonial disponível do litígio em questão. Mas não se pode afirmar que não haverá uma instância decisória, cuja determinação será definitiva, para a resolução da controvérsia.

Ratificada essa premissa, exposta no capítulo anterior, deve-se ana-

lisar a cláusula compromissória sob a ótica do acesso à Jurisdição. A cláusula compromissória deve, portanto, permitir que, diante do surgimento do litígio, as partes realmente possam recorrer aos árbitros. A tutela jurisdicional não pode ser obstruída pela aposição de cláusula compromissória em um contrato. Aliás, muito pelo contrário, a teleologia da arbitragem é a facilitação da solução do litígio.

Tanto isso é verdade que a arbitragem faz parte das melhores regras de governança corporativa, conforme demonstrado no capítulo segundo. Abre-se aqui um parêntese para repisar esta tendência, demonstrada pelas duas situações a seguir descritas.

É de se ressaltar, por exemplo, a menção à arbitragem feita pela instrução normativa da CVM responsável pela instituição de regras sobre a constituição, funcionamento e administração de fundos de investimento em participações (Inst. CVM nº 391, de 16.07.2003. Art. 2º, § 4º, IV)²¹². Por essa disposição normativa, as companhias fechadas que pretendam se tornar elegíveis ao recebimento de investimentos, na forma dos fundos regulados por aquela instrução, deverão resolver suas controvérsias societárias por arbitragem.

Outro exemplo característico do fenômeno apontado no capítulo segundo está também na normatização da CVM: Inst. CVM nº 404, de 13.02.2004. Esta instrução versa sobre a simplificação do procedimento de registro e das cláusulas e condições constantes de escrituras de emissão de debêntures. Com o fito de aumentar o movimento de capital, estimula-se a circulação de títulos no mercado de valores mobiliários mediante a consecução de uma política que impulse esse mercado.

Nesse sentido, a simplificação do registro e das cláusulas da escritura de debêntures torna mais transparentes as regras, facilitando seu conhecimento por parte do investidor²¹³.

Por essa razão, a companhia que pretender lançar debêntures no mercado utilizando-se dessa nova prerrogativa da simplicidade deverá usar cláusula compromissória em sua escritura de emissão, como dispõe as cláusulas 9.3 e 9.4 do Anexo I, referente ao modelo de escritura²¹⁴.

Assim, fecha-se o parêntese reafirmando aquilo que já se disse anteriormente: a companhia que insere cláusula compromissória em seus estatutos envia uma mensagem ao mercado sobre como pretende respei-

tar os direitos dos investidores, prontificando-se a resolver divergências num foro mais célere e eficiente.

Entretanto, não se pode negar que, a depender da redação dada à cláusula compromissória e das circunstâncias fáticas de um litígio considerado, poderão ser criadas situações extremamente custosas ao litigante, que, por consequência, representem obstrução da Jurisdição, seja para iniciar uma contenda, seja para se defender amplamente.

Nesse caso, toda a lógica da arbitragem para litígios societários, comentada ao longo deste estudo, perde o seu sentido. O que era para ser uma opção saudável à companhia torna-se um entrave, um grande empecilho à manutenção da harmonia nas relações societárias.

É claro que essa hipótese aventada, relacionada à arbitragem como embaraço à tutela jurisdicional, reveste-se do caráter da excepcionalidade, mas ela não pode deixar de ser abordada. Ao intérprete incumbe à busca de parâmetros para averiguação das situações que acarretem lesão ao direito do acionista de litigar.

Dessa forma, impende observar que a vontade social, no momento da inclusão da cláusula compromissória, não pode perder de vista que a arbitragem deve facilitar a via jurisdicional e não impedi-la.

Ao aludir a parâmetros para interpretação balizados pela finalidade da inclusão da cláusula compromissória, não se pretende deixar uma porta aberta à discussão judicial sobre a validade e eficácia de cláusula compromissória²¹⁵. Seria, em verdade, um contra-senso admitir tamanho flanco na eficácia na cláusula compromissória.

Contudo, os limites da boa-fé²¹⁶ e do abuso de direito²¹⁷ devem ser respeitados também na inclusão de cláusula compromissória estatutária²¹⁸.

Logo, impor ao acionista minoritário de companhia brasileira, sediada em São Paulo, cláusula compromissória que determine que a sede da arbitragem será Paris e que a arbitragem será patrocinada pela Câmara de Comércio Internacional parece excessivamente oneroso e, ratifica-se, contraria toda a lógica da inclusão de cláusula compromissória estatutária²¹⁹.

Imaginar que esse acionista deve, para discutir um índice no cálculo dos dividendos, por exemplo, viajar a Paris e constituir um advoga-

do francês, para seu melhor assessoramento, é, de certo, irrazoável e extrapola os limites anteriormente comentados na inclusão de cláusula compromissória estatutária, quais sejam, a boa-fé e o abuso de direito.

A internacionalização dos litígios e o poder aquisitivo do referido acionista minoritário podem, por outro lado, demonstrar que a vontade da maioria não exagerou na instituição de cláusula compromissória que remeta a solução do litígio a tribunal arbitral sediado em Paris²²⁰. Se a empresa brasileira, por exemplo, nada mais for do que uma subsidiária de uma empresa francesa, aliado este fato à forte presença de acionistas domiciliados na França, essa terá sido a melhor opção em termos de solução de litígios para essa companhia.

Nesse ponto, outra característica da redação da cláusula compromissória torna-se evidente: a necessária publicidade da existência da cláusula e da assembléia geral em que for ocorrer a deliberação pela sua inclusão.

Ocorre que, estabelecidos os parâmetros que devem nortear a redação da cláusula compromissória – os quais devem ser casuisticamente analisados, como evidenciado acima –, devem ser estabelecidos parâmetros sobre a publicidade da cláusula. Contrariaria também o princípio da boa-fé a cláusula que permanecesse latente em estatuto social, sem que os acionistas dela possam ter conhecimento, a não ser que compareçam ao registro competente. Seria, ademais, avesso ao princípio da transparência das informações que a deliberação sobre a inclusão da cláusula compromissória não constasse da ordem do dia da assembléia geral.

Novamente devem ser ponderadas as afirmativas peremptórias. Não se está aqui admitindo que a publicidade registral não basta para dar a necessária publicidade à cláusula compromissória, mas o bom senso informa que o investidor, ao escolher uma companhia para aportar seus recursos, não vai à Junta Comercial de seu Estado para buscar informações sobre ela. O investidor confia em uma corretora, que servirá como intermediário, e no seu próprio conhecimento sobre o mercado para a decisão do investimento.

Aliás, o assunto deve ser abordado sobre outra ótica. A arbitragem é um benefício, um verdadeiro ativo no momento da avaliação do investimento. Por conseguinte, seria pouco inteligente que o marketing de uma companhia não fizesse questão de divulgar esse fato. É no sentido da di-

vulgação institucional que deve agir a companhia, noticiando no *site* da companhia na internet, no material publicitário impresso, nas palestras do Diretor de Relação com Investidores, nas demonstrações financeiras e nos certificados de ações²²¹.

A transparência da deliberação assemblear e a publicidade da existência da cláusula representam, portanto, condições que devem ser observadas pela companhia para a regularidade da adoção da arbitragem como forma de resolução de conflitos societários.

Por todo o exposto, pode-se afirmar com tranquilidade que são condições de validade da cláusula compromissória estatutária a efetividade do acesso à Jurisdição, que não poderá ser impedido por altos custos e pela distância da sede da arbitragem, e a transparência da deliberação assemblear que for resolver a inclusão de cláusula compromissória, assim como a publicidade da existência da convenção de arbitragem em material de divulgação da companhia.

Tais condições de validade não são, propriamente, verdadeiros requisitos de validade impostos por lei. Em verdade, constituem mera decorrência da aplicação de princípios que regem todas as relações negociais e o exercício de direitos subjetivos. Mais correto seria se se utilizasse a expressão entre aspas. São, dessa forma, “condições de validade” cominadas por força dos ditames da boa-fé e da vedação ao abuso de direito e não decorrem estritamente da lei societária. A aplicação desses princípios dirá, caso a caso, sobre a legalidade da via arbitral no caso concreto. Sem, no entanto, esquecer, que, quando constatado que a cláusula compromissória estatutária não fere o acesso à Jurisdição nem viola o princípio da transparência das informações, ela será plenamente vinculante a todos os acionistas, sem exceção, e à sociedade.

4.2. O estudo da cláusula compromissória estatutária da Petrobras

A Petrobras é uma empresa de capital predominantemente estatal – sociedade de economia mista, de acordo com a Lei nº 2.004/53, a qual criou a estatal, e 9.478/97, que revogou a lei anterior, mas manteve a mesma natureza jurídica. Tornou-se mundialmente conhecida no ramo da indústria do petróleo em virtude de sua *expertise* em exploração de pe-

tróleo em águas profundas e, atualmente, encontra-se identificada, tanto em termos de marketing, como legalmente, como uma empresa de energia²²².

Como atuante da indústria do petróleo, a Petrobras já tem um histórico de predileção ou, ao menos, de hábito em relação às convenções arbitrais. Isso porque a indústria do petróleo, em virtude seu ínsito internacionalismo e de todas as outras vantagens da arbitragem que essa indústria não hesitou em reconhecer, desenvolveu-se *pari passu* com o instituto da arbitragem internacional²²³.

No que tange à atual situação societária da companhia, encontra-se listada na Bolsa de Nova York, como emitente de ADR (*American Depositary Receipts*) nível III. Segue determinadas regras de governança corporativa, tanto em função dessa emissão de títulos internacional, como em função do seu papel como empresa estatal que, não se restringe às determinações legais, imbuindo-se de uma postura pró-ativa e declarando-se responsável socialmente, o que acarretou compromisso público com a governança corporativa.

No momento, encontra-se listada na Bovespa, sem nenhum comprometimento com algum dos níveis de governança corporativa dessa entidade, isto é, sem estar listada em alguns dos segmentos de listagem de governança corporativa diferenciada comentados no item 2.3.

Apesar de esse ser o espelho da situação societária da companhia atualmente, ele, por si só, não revela a questão nodal a ser tratada nesse pequeno estudo. Fato é que a Petrobras, no seu intuito publicamente demonstrado de ingressar diretamente no Nível II de Governança Corporativa da Bovespa²²⁴, fez inserir cláusula compromissória em seu estatuto social, mais especificamente no art. 58, conforme consta da ata da assembléia geral extraordinária e ordinária datada de 22.03.2002²²⁵. O texto da cláusula compromissória ora analisada merece transcrição:

“Art. 58º Deverão ser resolvidas por meio de arbitragem, obedecidas as regras previstas pela Câmara de Arbitragem do Mercado, as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social, 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 dos contratos eventualmente celebrados pela Petrobras com bolsa de valores ou entidade mantenedora de mercado de balcão organizado, credenciada na Comissão de Valores Mobiliários, tendo por objetivo a adoção de padrões de governança societária fixados por estas entidades, e dos respectivos regulamentos de práticas diferenciadas de governança corporativa, se for o caso. **Parágrafo único.** As deliberações da União, através de voto em Assembléia Geral, que visem à orientação de seus negócios, nos termos do art. 238 da Lei nº 6.404, de 1976, são considerados formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral previsto no *caput* deste artigo” (grifou-se).

Entretanto, uma vez não logrado êxito nessa empreitada, como amplamente noticiado, inclusive pela comunicação de fato relevante à imprensa sobre o assunto²²⁶, por motivos alheios à vontade da companhia – do texto do comentado fato relevante aduz-se como razão uma recomendação da Procuradoria da Fazenda Nacional que viu determinados impedimentos legais para a adesão – as disposições estatutárias que haviam sido modificadas com esse intento permaneceram no texto do estatuto. Até então, não há grandes problemas, a não ser pelo fato de uma dessas disposições estatutárias é aquela relativa à adoção da arbitragem para a resolução dos conflitos societários, que permaneceu válida e eficaz, já que não foi alterada posteriormente em nenhuma das assembleias gerais, extraordinárias ou ordinárias, realizadas pela companhia²²⁷. Passa-se, então, à análise das implicações jurídicas dessa cláusula no caso específico da Petrobras, tendo em vista seu caráter de empresa estatal, com sólida reputação no mercado de capitais.

Como comentado no item anterior, não se pode simplesmente admitir a obrigatoriedade da arbitragem a todos os acionistas sem que se perquiram as circunstâncias da adesão à cláusula compromissória, ou mais especificamente, sem que sejam analisadas as aludidas condições de validade da cláusula compromissória estatutária. No caso da Petrobras, tais circunstâncias indicam a legítima preocupação da empresa em se comprometer além do que a lei societária requer, imprimindo regras de governança corporativa diferenciadas à sua gestão.

Reitere-se, por mais uma vez, como a natureza de regra de governança corporativa deve ser levada em consideração para a correta interpretação da cláusula compromissória estatutária. No caso sob comento, revela-se a boa-fé da companhia e de seu acionista controlador – o Governo Federal – no momento da inserção da comentada cláusula. Não se está aqui pretendendo emitir nenhum juízo de valor sobre o texto da cláusula inserida no estatuto social da Petrobras²²⁸. O que se está a afirmar é que as circunstâncias da inserção evidenciam a boa-fé da companhia e de seu controlador, pois inseriram a cláusula compromissória cientes de que seria um aspecto positivo para os investidores.

Ocorre que, ainda que se afirme a existência de boa-fé por parte dos controladores e da companhia ao incluir cláusula compromissória estatutária, não se pode consignar que eles envidaram seus melhores esforços para a divulgação dessa inovação ao mercado. A política de divulgação de informações é razoável, mas não parece suprir todas as necessidades de uma empresa de sua relevância e com incumbência tão séria em nosso país, haja vista sua responsabilidade social corporativa.

Com efeito, a adesão da Petrobras à Câmara de Arbitragem do Mercado não mereceu a importância por parte da imprensa que deveria. Não há uma só notícia na imprensa brasileira de grande porte que tenha focado a inclusão de cláusula compromissória no estatuto social. Assim como ocorreu com as outras modificações estatutárias, a convenção de arbitragem foi, na maior parte dos casos, apenas mencionada, sem que fosse explicado ao acionista o que aquilo representaria concretamente. Há inclusive notícias que, a despeito de reportarem novidades sobre a governança corporativa na Petrobras, não trazem uma única referência à arbitragem.

Entretanto, apesar de a imprensa não ter dado a importância que a alteração estatutária merecia, a Petrobras, à época da inclusão, noticiou em alguns veículos próprios²²⁹. Ocorre que dois dos principais veículos, que aparecem logo na primeira página do *site* de Relações com Investidores da Empresa, não guardam nenhuma referência à arbitragem²³⁰. Justamente aqueles documentos que se referem à governança na empresa e parecem trazer um fiel retrato das decisões tomadas nesse sentido. Por algum problema na atualização desses documentos, as pessoas que buscam informações sobre a empresa recentemente têm que fazer uma pesquisa nas atas das assembléias para ter certeza de como são resolvidas as

disputas entre sócios na Petrobras. Em verdade, parece que os órgãos responsáveis da Petrobras se esqueceram de que há uma cláusula obrigando a resolução de conflitos pela arbitragem.

Nesse sentido, é correto afirmar que se está diante de uma daquelas hipóteses em que as circunstâncias do caso concreto não tornam fácil a imposição obrigatória da arbitragem a todos os acionistas. É certo que a eventualidade de a Petrobras estar listada no Nível II de Governança Corporativa da Bovespa dar-lhe-ia uma visibilidade muito maior do que qualquer outro meio institucional pudesse lhe dar. Aparecendo como companhia emissora de títulos com a marca das governança corporativa, o questionamento sobre as circunstâncias do caso concreto ou sobre a quantidade de informações à disposição do investidor seria inócuo. Pode-se afirmar que é senso comum no mercado de capitais brasileiro a idéia de que as companhias listadas no Nível II e no Novo Mercado resolvem seus conflitos por meio de arbitragem.

A dificuldade encontrada nesse caso é justamente o fato de a Petrobras encontrar-se listada no segmento mais usual de listagem em Bolsa, aquele que não diz nada quanto às regras de governança corporativa adotadas pela empresa listada. Não há nenhuma marca para o investidor em Bolsa de que a Petrobras adota a arbitragem como forma de resolução de controvérsias. Não bastando a ausência de notoriedade quanto às regras de governança corporativa adotadas pela empresa, a consulta ao *síze* da empresa em busca de tais informações não se mostrou cabalmente suficiente para considerar que qualquer investidor diligente e conhecedor do mercado saberia tal regra. O investidor munido de boa-fé não poderia saber sobre a verdadeira e vigente regra de solução de conflitos da companhia.

Percebe-se, nesse caso, o quanto as circunstâncias podem tornar a aplicação da letra impessoal e imparcial da lei injusta. De forma alguma está a se considerar a opção pela arbitragem como pior do que a via jurisdicional, como já foi rechaçado anteriormente. Muito pelo contrário, tudo leva a crer que a arbitragem é realmente mais eficaz do que o Poder Judiciário para resolver esses tipos de conflitos. O problema é não dar ciência dessa cláusula à comunidade com interesses diretos voltados a ela.

Mais grave ainda do que não noticiar amplamente a adoção da arbitragem, é a sua vinculação e obrigatoriedade aos acionistas que inves-

tiram na Petrobras em razão do programa de fomento ao investimento no mercado de capitais, utilizando recursos do FGTS por meio dos Fundos Mútuos de Privatização (FMP).

Num feito inédito no Brasil, foi permitida a aplicação de uma parcela determinada do FGTS – de pessoas que assim demonstrassem vontade e que perfizessem os requisitos regulamentares, através dos FMP's – em ações de emissão da Petrobras. Após o primeiro ano de sucesso dessa operação com ações da CVRD (Companhia Vale do Rio Doce), que ficou notória por trazer novos investidores ao mercado de capitais e por ter conseguido satisfazer a todos, haja vista a lucratividade incomparável das ações com aquela tradicional do FGTS, outras companhias puderam passar a receber essa modalidade de investimento. Tais companhias, como a Petrobras, passaram a receber investimentos oriundos da poupança pública depositada no FGTS, beneficiando-se também dela. Um dos maiores trunfos para o governo oriundos dessas sucessivas operações foi a possibilidade de diversificar o público investidor do mercado de capitais, alterando um pouco a perspectiva de pouca liquidez e dispersão do mercado brasileiro, como aludido no capítulo segundo deste trabalho.

O que se deve inferir desse fato é que os investidores que utilizam recursos do FGTS, embora estejam reunidos num fundo, o que, certamente, lhes dá maior segurança, não são conhecedores do mercado. Portanto, não deve ser prematuro supor que a maior parte deles pode não ter a mínima ciência da opção a que estão vinculados, qual seja, a da solução de conflitos pela via arbitral.

Por todo o exposto, impende que a Petrobras noticie sua postura quanto à solução de conflitos, atualizando a informação contida em seu *site*, sob pena de, uma vez surgido um litígio societário, não poder fazer valer a convenção de arbitragem contida no art. 58 de seu estatuto social, por não ter atendido a requisitos mínimos de divulgação e notoriedade de tamanha inovação estatutária.

5. Conclusão

Este estudo pode ser observado que a cláusula compromissória estatutária, apesar das divergências doutrinárias existentes sobre a matéria,

é vinculante a todos os acionistas e à sociedade. Não o é, no entanto, aos administradores, sendo lhes facultado anuir expressamente e individualmente à convenção de arbitragem. Consignou-se também que constituem “condições de validade” da cláusula compromissória estatutária, quanto ao seu aspecto de extensão subjetiva, a efetividade e facilidade de obtenção da tutela jurisdicional, assim como a publicidade e transparência da existência da cláusula.

Essas conclusões basearam-se nos tópicos abordados em quatro capítulos com temas centrais diversos.

No primeiro capítulo foram abordados aspectos gerais da arbitragem, focalizando na sua natureza jurídica, que veio a ser determinante quando da exposição do capítulo terceiro, e na autonomia da vontade das partes, uma das grandes vantagens da arbitragem frente à jurisdição estatal. Ainda neste capítulo foram feitas algumas notas históricas e esmiuçadas a motivação pela qual as sociedades empresárias adotam arbitragem, ressaltando seus benefícios.

No segundo capítulo, no intuito de dar cumprimento à intenção de propor uma interpretação da cláusula compromissória baseada na sua qualidade de “regra de governança corporativa”, foram estudadas as características da governança corporativa, do mercado de capitais brasileiro e de como a governança desenvolveu-se no Brasil. O último item desse capítulo procurou evidenciar o que é a arbitragem “como regra de governança corporativa”.

Demonstrou-se, portanto, que a arbitragem deve ser interpretada de maneira consentânea com esse status: não se pode conceber que a arbitragem seja vista como um abuso por parte do controlador ou como um ônus ao acionista minoritário. Diversamente dessa perspectiva, deve-se ter em mente a mensagem enviada pelo mercado ao atribuir à cláusula compromissória o referido *status*.

No cume do desenvolvimento do estudo, chegou-se ao terceiro capítulo, onde, partindo das premissas estabelecidas nos dois capítulos anteriores, foram analisados o texto da reforma da lei das sociedades anônimas responsável pela inclusão do Art. 109, §3º e o princípio da deliberação majoritária, face à natureza jurídica da sociedade anônima e do conceito de interesse social. Esse capítulo foi concluído afirmando a vinculação dos personagens acima comentados.

Por fim, conclui-se o estudo afirmando a existência de dois “requisitos” de validade da cláusula compromissória não impostos por lei, mas pelos ditames da boa-fé e da vedação ao abuso de direito. Examinou-se, ainda, a cláusula compromissória inserida no estatuto social da Petrobras quanto aos seus efeitos subjetivos, demonstrando, na prática, como a divulgação da arbitragem constante do estatuto social e como a redação da cláusula compromissória são importantes para a incidência da regra geral aqui proposta: a aplicação do princípio da deliberação majoritária e a conseqüente vinculação de todos os acionistas à arbitragem.

* Advogada. Mestranda em Direito Internacional e da Integração Econômica. Bolsista na graduação e no mestrado do Programa de Recursos Humanos ANP-UERJ nº 33.

6. Notas

1 Este trabalho representa o texto integral da monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, em julho de 2004, sob a orientação da Prof. Carmen Tiburcio.

2 Este projeto de pesquisa contou com o apoio financeiro da Agência Nacional do Petróleo – ANP – e da Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP – por meio do Programa de Recursos Humanos da ANP para o Setor Petróleo e Gás – PRH-ANP/MCT.

3 Recentemente o direito brasileiro passou a contar com a obra pioneira de Marcelo dias Gonçalves Vilela, cujo título é exatamente aquele aqui proposto: “Arbitragem no Direito societário”. Diversamente dos outros trabalhos existentes sobre o tema, Marcelo publica sua dissertação de mestrado, a qual examina tanto as questões ligadas ao efeito e extensão subjetiva da pactuação de arbitragem para conflitos societários, quanto aquelas ligadas ao aspecto objetivo (VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004).

4 Olivier Caprasse, estudioso belga do assunto, debruça-se sobre o assunto com afinco. Interessante notar que, na linha do que se disse a respeito do Art. 1º da Lei nº 9.307/96, no direito belga, também persiste a ausência de uma regra específica sobre arbitrabilidade objetiva quanto aos litígios societários: “Le

critère d’arbitrabilité applicable aux litiges de la vie des sociétés est, aujourd’hui, le critère général de l’article 1676 du Code judiciaire. Le droit des sociétés ne contient aucune disposition relative à l’arbitrage” (CAPRASSE, Olivier. *Les sociétés et arbitrage*. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 145).

5 Referência ao art. 160, Constituição Federal de 1824, que assim dispunha: “Art. 160. Nas cíveis e nas penas civilmente intentadas poderão as partes nomear juizes arbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”. Sobre os aspectos históricos da arbitragem, vide DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, Parte I, Cap. II, p. 19-47. Neste mesmo capítulo, o leitor poderá conhecer as principais mudanças ocorridas na arbitragem no Direito Brasileiro após a entrada em vigor da referida lei.

6 Carlos Alberto Carmona ensina: “Pode-se definir confortavelmente arbitragem como um meio alternativo de solução de controvérsias através do qual as partes em litígio envolvendo direito disponível escolhem um juiz privado para decidir a controvérsia de forma autoritativa, ou seja, vinculativa para os litigantes” (CARMONA, Carlos Alberto. “Árbitros e juízes: guerra ou paz?”. In: MARTINS, Pedro A. Batista Martins, LEMES, Selma M. Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 421).

7 Cláusula compromissória e compromisso arbitral são espécies do gênero “Convenção de arbitragem”, como consignado no Art. 3º, Lei nº 9.307/96.

8 Quanto a tal característica, leia-se: “Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 132).

9 Como explicam os já citados professores da Escola Paulista, “O exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. Ob. cit., p. 134).

10 Quanto à definitividade, recorre-se, mais uma vez, à lição de Antônio Cintra, Cândido Dinamarco e Ada Grinover: “Outra característica dos atos jurisdicionais é que só eles são suscetíveis de se tornar imutáveis, não podendo ser revistos ou modificados. [...] Coisa julgada é a imutabilidade dos efeitos de uma sentença, em virtude da qual nem mesmo as partes podem repropor a mes-

ma demanda em juízo ou comportar-se de modo diferente daquele preceituado, nem os juízes podem voltar a decidir a respeito, nem o próprio legislador pode emitir preceitos que contrariem, para as partes, o que ficou definitivamente julgado” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. Ob. cit., p. 137).

11 Carreira Alvim, comentando a arbitragem sob a ótica do monopólio da jurisdição estatal, explica que “além do método estatal de resolução das lides, através do processo, existem outras ‘possíveis desembocaduras do litígio’ [...]”. Os equivalentes jurisdicionais são os meios mediante os quais se pode atingir a composição da lide, por obra dos próprios litigantes (contendores) ou de um particular desprovido de poder jurisdicional” (ALVIM, J.E. Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 49). Mais adiante, consigna: “Na verdade, **a arbitragem representa uma abertura no monopólio (estatal) da jurisdição**, permitindo que a resolução dos conflitos possa ser obtida numa outra vertente, fora do processo. É o começo da desestatização dos litígios, pelo caminho da deformalização das controvérsias” (ALVIM, J.E. Carreira. Ob. cit., p. 72; grifou-se).

12 Humberto Theodoro Junior é categórico ao afirmar: “O fato de os litigantes confiarem a composição do litígio a pessoa ou órgão não integrante do Poder Judiciário estatal não pode ser erigido à óbice ao reconhecimento da natureza jurisdicional da função desempenhada

pelo juízo arbitral” (THEODORO JUNIOR, Humberto. “Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral”. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* n. 14, out./dez. 2001, p. 369). Continua seu texto comentando que o importante é ter em mente que o julgamento dos árbitros atingirá o mesmo efeito de uma sentença judicial, “produzindo coisa julgada e gerando título executivo da mesma natureza daquele emanado do juiz estatal” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Ob. cit., p. 371).

13 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. Ob. cit., p. 137.

14 Leia-se, mais uma vez, a lição de Humberto Theodoro Júnior: “no processo arbitral, o julgador se investe no mister apenas para decidir o caso que por vontade contratual lhe foi atribuído” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Ob. cit., p. 371). Interessante apontar como Adriana Noemi Pucci, que considera a arbitragem como jurisdição, explica a questão da investidura dos árbitros: “Pode-se assim afirmar que, atualmente, no Brasil, o Estado detém o poder do exercício da jurisdição, o qual é exercido, por mandato do Poder Legislativo (do qual emanou a Lei nº 9.307/96), pelo Poder Judiciário e pelos árbitros escolhidos livremente pelos particulares e para as situações previstas na lei. [...] Para tal fim o Estado, no exercício do Poder Jurisdicional, investe de autoridade os Juízes togados, os quais executam a função jurisdicional do Estado, aplican-

do a ‘dicção do direito’ nos casos concretos. Mas, também, o Estado permite que certos e determinados litígios, aqueles relativos a direitos patrimoniais disponíveis, possam ser resolvidos pela participação de árbitros, sendo que a atuação destes não possui menos caráter jurisdicional da que executam os juízes togados” (PUCCI, Adriana Noemi. “Juiz e árbitro”. In: PUCCI, Adriana Noemi. *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 6; grifou-se).

15 Para um resumo e exposição das principais correntes existentes sobre o tema, vide DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 94-97. Tal controvérsia não é restrita ao direito brasileiro e se reflete no direito comparado também. Alan Scott Rau e Catherine Pédamon já tiveram oportunidade de escrever: “La double nature de l’arbitrage est parfaitement admise dans le système américain comme dans la plupart des pays européens. C’est à la fois un accord conventionnel entre des parties qui organisent librement le règlement de leurs conflits et l’exercice d’un pouvoir juridictionnel par un juge privé. Toute résolution de litiges par la voie de l’arbitrage reflète la tension entre la nature conventionnelle et la nature juridictionnelle de l’institution” (RAU, Alan Scott, PÉDAMON, Catherine. “La contractualisation de l’arbitrage: le modèle américain”, disponível em <http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arbit/home/ipn/default.asp?ipn=22649>, acessado em 09.09.2003; grifou-se. Publicado originalmente na *Revue de l’Arbitrage* em

2001). Neste estudo, os autores contra-põem a tendência européia, no sentido de afirmar o caráter jurisdicional da arbitragem, com a tendência americana, de lhe emprestar caráter mais contratual.

16 DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 97.

17 Sobre a desvinculação à sede, vide a obra: DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 253-262. A dita tendência da desvinculação da arbitragem à sede é reflexo da observação de um fato: a sede da arbitragem, por vezes, é escolhida aleatoriamente entre cidades neutras com tradição para tanto (Paris, Genebra ou Nova York, por exemplo), sem que as partes tenham desejado conectar a arbitragem ao local da sede ou sem que tenham refletido sobre a lei desse local. Outra razão que inspirou essa reflexão se liga ao fato de que a sede da arbitragem não é um conceito uniforme e depende da apreciação do critério adotado pela lei de cada país. No Brasil, a lei não fornece o conceito de sede da arbitragem. Define-se, no entanto, a sentença arbitral estrangeira, utilizando-se do chamado critério geográfico, para determinar que: “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”. Depreende-se desse fato que a arbitragem pode se desenrolar em determinado local – isto é o que se pode chamar de “senso comum” quanto ao conceito de sede, ou seja, aquele local onde ocorrem os principais atos do processo arbitral – e ter seu laudo proferido em outro local. Isso seria uma forma de elidir a necessidade de homologação do laudo

arbitral estrangeiro em se considerando a legislação brasileira. Logo, o que estimulou a formação desse entendimento a respeito da desvinculação à sede é justamente a inexistência fática de liame entre a arbitragem e o local onde ela se desenvolve em alguns casos. Adicionalmente, outra razão foi a dificuldade de precisar o próprio conceito de sede conforme os diferentes ordenamentos jurídicos. Notou-se, portanto, que imputar à sede da arbitragem consequências jurídicas tão graves, tais como a determinação da lei para a verificação da arbitribilidade do litígio ou a determinação da lei aplicável ao mérito da controvérsia, seria arbitrário em determinadas situações.

18 Lei nº 9.307/96, “Art. 18. 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”.

19 Lei nº 9.307/96, “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

20 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. Ob. cit., 25; grifou-se. Vide ainda ALVIM, J.E. Carreira. Ob. cit., p. 72, citado acima.

21 Lei nº 9.307/96, “Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação

aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convenicionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (grifou-se).

22 Como dispõe o Art. 13, §3º, Lei nº 9.307/96: “As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada”.

23 Pedro Batista Martins é um dos co-autores da lei e sempre foi combativo aos preconceitos contra a arbitragem, que emperram não só a sua efetivação como forma de resolução de conflitos, mas que impõe limites muito estreitos à sua aplicação. Ao comentar o que ele denomina “contracultura arbitral”, é claro ao se referir ao paradigma da liberdade como fio condutor na arbitragem. Condena o autor a interferência estatal paternalista e a postura daqueles que esperam por um Estado pronto a guarnecer os interesses do indivíduo, ainda quando estes sejam ilegítimos. A este respeito, vide o texto a seguir, que demonstra parcela do que se afirmou: “A barreira psicológica não se põe em razão do surgimento de nova hegemonia principiológica, mas, sim, **na convivência com a liberdade. Sem amarras**, crescem as oportunidades e os direitos. [...] O ponto nevrálgico da questão é a liberdade. Saber ser livre, ao que parece, é um dom. [...] **De fato, há um nódulo de desconforto no trato da liberdade negativa onde o indivíduo não sofre interferência estatal**” (MARTINS, Pedro Batista.

“O poder judiciário e a arbitragem. Quatro anos da Lei nº 9.307/96 (1ª parte)”. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* n. 9, jul./set. 2000, p. 315-316; grifou-se).

24 Isso é o que João Bosco Lee, com apoio na doutrina de Paulo Borba Cassella, advoga: “O reconhecimento da autonomia da vontade é certamente uma revolução no direito internacional privado brasileiro e era mesmo imperativo para que a lei de arbitragem fosse eficaz, mas sua extensão à arbitragem interna é ‘excessiva e descabida’. **À arbitragem interna se impõe o direito interno.** [...] Ademais, a escolha pelas partes de um direito estrangeiro em presença de uma arbitragem interna poderia configurar um caso de fraude à lei” (LEE, João Bosco. “A Lei nº 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional”. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* n. 11, jan./mar. 2001, p. 355-356; grifou-se). A esse posicionamento se opõe, por exemplo, a professora Nadia de Araujo: “O art. 2º institui, afinal, a autonomia da vontade, não só nos contratos internacionais, como **também nos contratos de direito interno submetidos à arbitragem**” (ARAUJO, Nadia. *Contratos internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 118-119; grifou-se).

25 LICC, “Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as pecu-

liaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

26 Introdução ao Código Civil de 1917, “Art. 13. Regulará, **salvo estipulação em contrário**, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde forem contraídas. Parágrafo único: Mas sempre se regerão pela lei brasileira: I – os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exequíveis no Brasil; II – as obrigações contraídas entre brasileiros em países estrangeiros; III – os atos relativos a imóveis situados no Brasil; IV – os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro” (grifou-se).

27 CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 444. Nadia de Araujo também se alinha na lista de autores que negam a autonomia da vontade das partes no direito brasileiro: “No Brasil, a regra de conexão utilizada para os contratos internacionais é a *lex loci contractus*, na forma estabelecida pelo art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, de cuja exegese não se extrai a permissão à teoria da autonomia da vontade, antes consagrada na Lei de Introdução do Código Civil de 1917” (ARAUJO, Nádia de. “Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro”. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos internacionais*, 3. ed.. São Paulo: RT, 2002, p. 200): No livro de sua autoria, a professora, após extensa análise dos posicionamentos existen-

tes a respeito do tema, tanto dos clássicos, como dos autores mais modernos, ratifica o entendimento anteriormente esposado: “Para nós, no estágio atual da legislação brasileira, a escolha da lei aplicável a um contrato internacional, nos moldes reconhecidos na comunidade internacional, não encontra amparo na legislação vigente” (ARAUJO, Nadia. *Contratos internacionais* ..., p. 118). Da leitura do estudo feito por Nadia de Araujo, pode-se afirmar que figuram entre aqueles que rejeitam a admissibilidade da autonomia da vontade no direito brasileiro em razão da rigidez da legislação: Oscar Tenório e Wilson de Souza de Campos Batalha, por exemplo (ARAUJO, Nadia. *Contratos internacionais* ..., p. 108-109).

28 “Os princípios voluntaristas, em verdade, são atualmente adotados não só pelos países da *Common Law*, mas também por diversos outros [...], a ponto de Ole Lando, talvez exageradamente, ter chegado à conclusão de que a **autonomia da vontade configuraria um general principle of law recognized by civilized nations**” (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. “A Lei e o Foro de Eleição em tema de Contratos Internacionais”. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*, 3. ed.. São Paulo: RT, 2002, p. 69; grifou-se).

29 “O direito brasileiro sempre adotou o princípio da autonomia da vontade em matéria de obrigações contratuais. (...) A nova L. I. de 1942, art. 9º, não se referiu à autonomia da vontade. Era expressão proibida no regime ditatorial de que padecia o Brasil, e que explicou, também,

a ausência do foro do contrato ou de eleição no Cód. Proc. Civil, de 1939-1940, promulgado no mesmo clima. Mas um princípio básico, qual o da autonomia, não podia desaparecer, assim, por omissão. Foi o que decidiu logo a jurisprudência para o foro da eleição, baseado no domicílio especial, previsto no Cód. Civ. E incluído no domicílio em geral do art. 134 do Cód. Proc. Civ.. São argumentos também aplicáveis ao art. 9º, uma vez que a Lei de Introdução adotara, fundamentalmente, o princípio do domicílio, e aí o domicílio especial, de eleição, do contrato. Esboço de Teixeira de Freitas, art. 32, indica não só o juiz competente, mas, e principalmente, a lei aplicável” (VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, vol. I, 5. ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 366).

30 “Então o princípio da proximidade está inerente no nascedouro do direito internacional privado. [...] Isto significaria que toda regra de conexão nada mais é do que uma manifestação do princípio da proximidade [...] porque é a visada pela filosofia do direito internacional privado, que nada mais quer do que aplicar a cada situação transnacional, o direito que mais se aproxima, que mais tem a ver com a causa, aquele direito que está mais sintonizado com a hipótese sob julgamento. [...] o princípio da proximidade é o princípio básico que está subjacente em toda a ciência do direito internacional privado, é o fundamento de toda e cada regra de conexão, é o fundamento filosófico da solução do conflito das leis, **pela via da escolha da lei aplicável.** [...] Vou mais longe e **estendo minha teoria a outros princípios, como**

o da autonomia da vontade” (DOLINGER, Jacob. “Direito Internacional Privado – O princípio da proximidade e o futuro da humanidade”, aula inaugural pronunciada em 24 de outubro de 2002 na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, *mimeo*; grifou-se).

31 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral, 6. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 424-426; grifou-se.

32 Regulamento 737 de 1850, “Art. 411. O juízo arbitral ou é voluntario ou necessario. § 1º É voluntario quando é instituido por compromisso das partes. § 2º É necessario nos casos dos arts. 245, 294, 348, 739, 783 e 846 do Codigo Commercial, e em todos os mais em que esta fôrma de juizo é pelo mesmo Codigo determinada”

33 Código Comercial, Lei nº 556, de 25.06.1850. Em razão desse dispositivo, o art. 302 do Código Comercial, que trata dos requisitos essenciais do contrato de sociedade comercial, consigna: “5. a forma de nomeação dos árbitros para juízes das dívidas sociais”.

Interessante notar que, à mesma época, outros países tiveram regimes de arbitragem obrigatória para litígios societários. O Prof. espanhol José Maria Muñoz-Planas explica que a arbitragem “necesario u obligatorio” para resolver diferenças entre sócios teve seu lugar na história e evoluiu até a arbitragem facultativa dos dias de hoje. Quanto à legislação espanhola disse: “Hace un momento recordaba que el arbitraje tuvo *histórica-*

mente carácter *forzoso* para solventar toda discordia dentro de las sociedades mercantiles. Dicho esto no puede silenciarse que ese fue precisamente el criterio consagrado en nuestro Derecho por el Código de Comercio de 1829” (grifos do original). Mais adiante, o professor acrescenta que as primeiras manifestações da arbitragem imperativa para as sociedades mercantis parecem ser encontradas no direito italiano. O direito francês também conheceu arbitragem obrigatória quanto à hipótese concreta, prevista no art. 3º da Lei de 13.11.1933: “Se preveía, efectivamente, en dicha Ley (art. 3º), que las condiciones de cambio o reembolso de las acciones con voto privilegiado, a lo cual podía proceder la sociedad, se someterían a la Junta general de accionistas y a la especial de los titulares de las mismas y **que a falta de acuerdo entre esas dos Juntas, cada una de ellas designaría un árbitro, y un tercero lo sería por el Presidente del Tribunal de Comercio del territorio del domicilio social.** Esos tres árbitros fijarían las condiciones del cambio o del reembolso sin que su decisión fuera susceptible de oposición ni de apelación” (MUÑOZ-PLANAS, José Maria. “Problemas de Arbitraje en Materia de Sociedades Mercantiles”. In: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid: Civitas, 1978, p. 384-385; grifou-se). Olivier Caprasse, estudioso belga do assunto, também reporta que o art. 51 do Code de Commerce de 1807 da França consagrou que “**toute contestation entre associés, et pour raison de la société, sera jugée par des arbitres**” (grifou-se). Outros diplomas legislativos

franceses, ainda segundo esse último autor, trouxeram a imperatividade da arbitragem aos litígios societários. (CAPRASSE, Olivier. Ob. cit., p. 145-148).

34 O Prof. Evanildo Bechara explica: “A adjetiva explicativa alude a uma particularidade que não modifica a referência do antecedente e que, por ser mero apêndice, pode ser dispensada sem prejuízo total da mensagem”. Mais adiante, ele contrapõe a classificação da oração adjetiva *explicativa* à classificação dessa mesma categoria *restritiva*, utilizando-se de duas frases como exemplo. Leia-se: “O homem, que vinha a cavalo, parou defronte da igreja. Repare-se em que a oração adjetiva *que vinha a cavalo* denuncia que, na narração, só havia um homem, de modo que a declaração que *vinha a cavalo* pode ser dispensada. [...] Já em O homem que vinha a cavalo parou defronte da igreja, a oração adjetiva, proferida sem pausa e não indicada na escrita por sinal de pontuação a separá-lo do antecedente, demonstra que na narração havia mais de um homem, mas só o ‘que vinha a cavalo’ *parou defronte da igreja*. A esta subordinada adjetiva se chama restritiva” (BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. Rio de Janeiro: Lucerna, 2003, p. 467; grifos do original).

35 Todos os outros litígios que ocorressem durante a vida social poderiam ser solucionados pela via arbitral, se assim dispusesse o contrato ou estatuto social. Era, por conseguinte, uma arbitragem facultativa. Nesse sentido, vide: MARTINS, Pedro A. Batista. “A arbitragem nas sociedades de responsabilidade li-

mitada". In: GARCEZ, José Maria Rosani, MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: Ltr, 2002, p. 117-118 e no mesmo trabalho republicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002, às páginas 58-59.

36 Tal decreto instaurou a *era da inefetividade ou ineficácia da cláusula compromissória* que perdurou por alguns diplomas legislativos até a promulgação da lei de Arbitragem em 1996. O Código Civil de 1916, o Código de Processo Civil de 1939 e o próprio Código de Processo Civil de 1973 também seguiram a tendência da inefetividade. Diz-se inefetividade ou ineficácia *lato sensu*, porque não se tratava de falta de validade ou eficácia *stricto sensu* da cláusula compromissória. A cláusula compromissória, revestida de todos os requisitos de formação válida do negócio jurídico (Art. 82, CC/1916 e Art. 104, CC/2002), poderia ser considerada eficaz *stricto sensu*, ou seja, adequada a produzir efeitos. Entretanto, a cláusula compromissória, à época da vigência dessa legislação, gozava de uma certa ineficácia, no sentido mais genérico, por ser inábil à produção de determinados efeitos. Era mera obrigação de fazer que não comportava execução específica, não sendo apta, por si só, a instaurar a arbitragem. Logo, mesmo a cláusula compromissória válida e eficaz, era ineficaz sob determinado ângulo, porque não comportava o efeito da execução específica. A celebração de cláusula compromissória, portanto, não dispensava a celebração de compromisso quando do surgimento do litígio.

Dessa forma, clausular arbitragem antes do surgimento do litígio era mero acordo de cavalheiros e não redundava em praticamente nada. A maior sanção que poderia advir do descumprimento de uma cláusula compromissória eram as perdas e danos. É por essa razão que um dos co-autores da lei, Prof. Carlos Alberto Carmona, teve a oportunidade de consignar: "Em novembro de 1996 passou a vigorar a nova Lei de Arbitragem, que trouxe a esperança de revitalização do instituto no Brasil, apostando o legislador no fortalecimento da cláusula compromissória (**que, entre nós, praticamente não produzia efeito algum**)" (CARMONA, Carlos Alberto. "A arbitragem no terceiro ano de vigência da lei nº 9.307/96". In: PUCCI, Adriana Noemi. *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 45; grifou-se). Interessante notar que outro co-autor da lei de arbitragem, Pedro Batista Martins, também já se manifestou no sentido desse texto. Note-se, no entanto, que o autor não comentou a introdução do Decreto nº 3.900 como responsável por uma era de ineficácia da cláusula compromissória. O autor utilizou a palavra invalidade, o que sugere que o tenha feito de maneira genérica, sem se ater às diferenciações dos planos de verificação de eficácia *lato sensu* (existência, validade e eficácia) como comentado acima. Ele escreveu: "Foi esse malfado artigo o estopim da cultura da **invalidade** da cláusula compromissória" (MARTINS, Pedro A. Batista. "A arbitragem nas sociedades", p. 118 e no mesmo trabalho republicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico*

co e Financeiro n. 126, abr./jun. 2002, p. 59; grifou-se). Não é o caso, como visto, de invalidade da cláusula compromissória, mas de inefetividade ou de ineficácia *lato sensu*. Por desbordar o tema deste trabalho, faz-se apenas uma referência a manual clássico que consagra a exposição no sentido do que aqui foi afirmado: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999, cap. XXII, n. 108, "Negócio jurídico ineficaz, em geral. Ineficácia *stricto sensu*".

37 Além da inefetividade da cláusula compromissória, outros fatores jurídicos também colaboraram para a falta de progresso da arbitragem. Dentre eles, destacam-se a necessidade de homologação do laudo arbitral nacional, a de dupla homologação para o laudo arbitral estrangeiro e a obrigatoriedade de citação por carta rogatória no caso do procedimento arbitral desenvolvido no exterior. Para todas as diferenças de maneira didática e clara, vide a obra dos Professores Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, como citado na nota 1 (acima) deste capítulo.

38 DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 204 e, em especial, a nota 148, onde os professores listam acórdãos proferidos no regime anterior ao da Lei de Arbitragem em que a cláusula compromissória inserta em contratos ou estatutos sociais não ganhava nenhuma condição diferenciada por essa razão, como afirmado acima. Waldemar Ferreira teve a oportunidade de dar um parecer sobre dissolução de sociedade comercial cujo contrato social continha

cláusula compromissória. O parecerista foi questionado se os sócios, em divergência sobre o balanço final da sociedade, estavam obrigados a resolver o litígio pela via arbitral. A resposta de Waldemar Ferreira demonstra a afirmativa feita anteriormente: "Não tem efficacia a clausula contractual por via da qual estipularam os socios que todas as duvidas ou divergencias sociaes seriam resolvidas pelos dois arbitros. [...] Se, pois, quizerem os socios resolver a divergencia, devem louvar-se em arbitros, mediante novo contracto, publico ou particular, em que declarem o objecto do litigioque ao compromisso será submetido" (FERREIRA, Waldemar Martins. "Sociedade commercial. Dissolução. Como deve ser feito o balanço final. A clausula compromissoria". In: _____. *Questões de direito commercial*. [S.l.]: [S.n.], [19--]).

39 Como apontado na nota 31 acima, houve a época em que a arbitragem era obrigatória para a solução de litígios societários em vários países. Deve-se notar que, ainda que não haja mais essa modalidade de arbitragem na França, por exemplo, o critério da especialização da jurisdição permanece até hoje. Tal fato pode ser notado ao se observar a estrutura judiciária da própria França, onde persiste a existência dos tribunais de comércio. Nesse sentido, relevante a explicação do Prof. Jean Guyénor: "*c'est en raison des besoins propres du commerce, que les commerçants et industriels disposent de juridictions particulières dont les règles d'organisation, de fonctionnement et de procédure sont déroga-toires au droit commun*. Tout d'abord,

en maintenant les tribunaux de commerce dont l'origine remonte au très ancien droit (XIII et XIV), le législateur a voulu éviter que **la longueur et les frais des procédures ordinaires ne constituassent une entrave aux opérations commerciales**" (GUYÉNOT, Jean. *Cours de droit commercial*. Paris: Librairie du journal des notaires et des avocats, 1977, p. 127 ; grifou-se).

40 Código Comercial, Lei nº 556, de 25.06.1850, "Art. 245. Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral".

41 Código Comercial, Lei nº 556, de 25.06.1850, "Art. 783. A regulação, repartição ou rateio das avarias grossas serão feitos por árbitros, nomeados por ambas as partes, a instâncias do capitão. Não se querendo as partes louvar, a nomeação de árbitros será feita pelo Tribunal do Comércio respectivo, ou pelo juiz de direito do comércio a que pertencer, nos lugares distantes do domicílio do mesmo tribunal. Se o capitão for omisso em fazer efetuar o rateio das avarias grossas, pode a diligência ser promovida por outra qualquer pessoa que seja interessada".

42 A Câmara de Comércio Internacional (International Chamber of Commerce – ICC – ou Chambre de Commerce International – CCI), voltada para o desenvolvimento e integração em relação a questões de comércio internacional, sediada em Paris, é uma instituição que mantém uma Corte de Arbitragem. Além desse serviço, a Corte de Arbitragem também disponibiliza uma série de

outros serviços relacionados às formas alternativas de resolução de conflitos. Essa é uma das instituições mais renomadas no patrocínio de arbitragens internacionais. (International Chamber of Commerce, "What is ICC?", disponível em http://www.iccwbo.org/home/menu_what_is_icc.asp, acessado em 13.06.2004 e International Chamber of Commerce. "International Court of Arbitration", disponível em http://www.iccwbo.org/index_court.asp, acessado em 13.06.2004). Outra instituição internacional que congrega um centro de arbitragem é a WIPO – World Intellectual Property Organization. Ela é uma das 16 agências especializadas da ONU com sede em Genebra e visa à promoção e proteção da propriedade intelectual (World Intellectual Property Organization, "About WIPO", disponível em <http://www.wipo.int/about-wipo/en/overview.html>, acessado em 13.06.2004 e World Intellectual Property Organization. "WIPO Arbitration and Mediation Center", disponível em <http://www.arbiter.wipo.int/center/index.html>, acessado em 13.06.2004.). A London Court of Arbitration Association – LCIA – é uma instituição patrocinadora de arbitragens e a fomenta quanto à solução de conflitos comerciais, como se pode ler do trecho extraído de seu site: "The LCIA is not only the longest-established of all the major international institutions for **commercial dispute resolution**, but also one of the most modern and forward-looking" (London Court of International Arbitration. "Introductory Brochure", disponível em <http://www.lcia-arbitration>

on.com/lcia/#19, acessado em 13.06.2004; grifou-se). Outro órgão da ONU de extrema importância no fomento da utilização de arbitragem a questões comerciais é a UNCITRAL – United Nations Commission On International Trade Law. Ela já criou uma lei modelo de arbitragem, assim como um regulamento modelo para guiar as partes no momento da convenção da arbitragem ou para auxiliar instituições patrocinadoras de arbitragem (United Nations Commission On International Trade Law, disponível em <http://www.uncitral.org/en-index.htm>, acessado em 13.06.2004).

43 Neste sentido, vide LUCENA, Waldecy. *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, 4. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 114: “Somos francamente favoráveis recorram as partes à arbitragem. À preocupante decadência do Poder Judiciário, a propiciar aos jurisdicionados um justiça cara, emperrada e morosa, contrapõe-se o juízo arbitral, com suas inegáveis vantagens: a celeridade, a decisão por árbitros especializados na matéria técnica versada, o sigilo das divergências e de sua solução, e a imediata execução do decidido. Em suma, vantagens que melhor se compadecem com o tráfico comercial hodierno, que exige decisões mais consentâneas com a era tecnológica em que vivemos”. Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio também escrevem: “Isto porque a arbitragem assegura confidencialidade e agilidade à solução da controvérsia, garantindo que o dinamismo empresarial e a celeridade das decisões numa companhia não sejam afetados pelo surgimento de um

eventual conflito” (DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 204).

44 HWANG Michael, MUTTATH, Rajesh C. “Arbitration in company matters”. In: *International Business Law Journal* nº 5, 2001, p. 555 ; grifou-se. [Publicação bilingue que também pode ser referenciada da seguinte forma em francês : HWANG Michael, MUTTATH, Rajesh C. “Arbitrage et questions relative aux sociétés”. In: *Revue de droit des affaires internationales* nº 5, 2001].

45 O termo mundo negocial é utilizado por Eduardo Silva da Silva, que teve oportunidade de se manifestar sobre “a grande função que pode exercer a cláusula compromissória”. Explicou que “o silogismo jurídico aplicado pelos juízes estatais dará lugar ao senso de equidade econômica efetivamente perseguido pelas partes envolvidas na controvérsia”, concluindo que “não há, no aparato judicial, juízes, varas ou câmaras recursais especializadas nos meandros da economia e capacitados a acompanhar *pari passu* a intrincada e incessante dinâmica do mundo negocial” (SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa*. São Paulo: RT, 2003, p. 202). Apona, ainda, outra vantagem da cláusula compromissória, essa muito relacionada aos relacionamentos de longa duração, dentre os quais se destaca o existente entre os sócios: “Aqui reside uma das funções mais essenciais à cláusula compromissória. Ela serve justamente como **estrutura de conservação dos relacionamentos negociais**” (SILVA, Eduardo Silva da. Ob. cit., p. 199; grifou-se).

46 Essa é a lição do internacionalista Guido Soares: “Nos dias correntes, existe uma simbiose quase que necessária entre o instituto da arbitragem e o comércio internacional. A extraordinária expansão das relações econômicas, nomeadamente as comerciais, entre pessoas submetidas a sistemas jurídicos nacionais distintos, nos nossos dias, coincide com o revigoramento do instituto da arbitragem” (SOARES, Guido F. S.. “A arbitragem e sua conaturalidade com o comércio internacional”. In: PUCCL, Adriana Noemi. *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 122-123).

Como se afirmou anteriormente (I.2), o processo arbitral permite que a autonomia das partes se faça presente em diferentes aspectos que o regem. No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, essa permissão torna a arbitragem especialmente vantajosa em razão da prevalência do entendimento de que não há autonomia da vontade das partes para a escolha de lei aplicável ao mérito quando da submissão do litígio à jurisdição estatal brasileira.

47 Mesmo com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/2002, que adotou a chamada Teoria da Empresa e unificou a disciplina legislativa dos temas afetos ao direito comercial e ao direito civil, é assente a idéia de lucro quanto à atividade comercial. Talvez fosse melhor referir-se à atividade empresarial, tendo em vista a mencionada entrada em vigor da teoria da empresa. Entretanto, como o termo comercial já é tradicional e a circulação

de bens e capitais na esfera internacional prefere o termo comércio, aqui se utilizará o termo comércio. O prof. Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, explica em sua obra, atualizada após a entrada em vigor do Código Civil, que continuará utilizando o termo direito comercial. Comenta, ainda, a importância do lucro para o empresário. Leia-se a sua lição: “Quem deve escolher o direito comercial como sua área de estudo ou trabalho, deve estar disposto a contribuir **para que o empresário alcance o objetivo fundamental que o motiva na empresa: o lucro**” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 27).

48 Essa assertiva pode ser facilmente comprovada em diversas manifestações de especialistas sobre a matéria. GRIF-FITHS, Terri Truitt, TYLER, Timothy J.. *Arbitrating International Oil and Gas Disputes: Practical Considerations*. Disponível em: www.interarbitration.net, acessado em 06.02.2003: “The last thing you want to consider when painstakingly building a deal is how that deal is likely to blow up and what to do when it does. **In international deals, parties frequently choose arbitration, in part, because of its perceived benefits of speed, inexpensiveness, and confidentiality; at the end of the day, however, parties choose arbitration because neither wants the other to have the hometown advantage**” (grifou-se). BUCHEB, José Alberto. *A arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002., p. 109: “Neste cenário, a arbitragem internacional tem sido consagrada como o principal meio de so-

lução de controvérsias na indústria do petróleo, tanto nos contratos privados como nos administrativos”. MELLO, Marcelo de Oliveira, ANDRADE, Carlos César Borromeu de. “A arbitragem nos contratos comerciais e petrolíferos internacionais”. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 158: “É nesse contexto que a adoção da arbitragem, como método para solução de conflitos nos diversos tipos de contrato utilizados na indústria do petróleo mundial, vem se apresentando como mecanismo conciliador e muito eficaz para a superação daquele impasse, pois permite ao Governo, ou a sua empresa estatal, eleger sua lei nacional ou uma lei neutra para regular a relação jurídico-contratual e eventuais controvérsias daí decorrentes, e, de outro lado, assegura às companhias a apreciação do conflito em território neutro e por árbitros especializados na matéria, sabidamente de grande complexidade técnica e jurídica” (grifou-se). MEDEIROS, Suzana Domingues. *Arbitragem entre o Estado brasileiro e empresas privadas*. Monografia de conclusão de curso de bacharelado apresentada à faculdade de direito da UERJ, Prof. Jacob Dolinger (Orientador), Prof. Carmen Tiburcio (Coorientadora), 2002, à p. 19, tece maiores considerações sobre as relações entre Estado hospedeiro, produtor de petróleo, e multinacional oriundo de país rico, com capacidade para investimento: “A arbitragem adquire uma importância especial quando se trata de Estados em desenvolvimento necessitando atrair investidores estrangeiros para desenvolvi-

mento de suas atividades e exploração de seus recursos naturais. O Estado que deseja atrair o capital estrangeiro precisa apresentar atrativos que façam com que o investidor escolha o seu país, em detrimento de outro. Nesse contexto, há diversos mecanismos de atração do capital estrangeiro e, indubitavelmente, a arbitragem é um dos mais importantes. Os contratos de investimento são contratos de longo prazo, que envolvem milhões de dólares, sendo que os interesses das partes são distintos: enquanto o Estado deseja promover o desenvolvimento econômico e realizar o interesse público, o investidor busca unicamente o lucro. Assim, para o investidor estrangeiro é extremamente importante que o método de solução de controvérsias previsto no contrato garanta segurança ao seu investimento. Ora, certamente a estabilidade desejada não é proporcionada por uma cláusula de eleição de foro, principalmente se o foro eleito for o do Estado contratante”. Continua a mesma autora, à p. 75: “Assim, em razão do grande volume de investimentos envolvidos nos contratos de concessão para exploração e produção de petróleo, os investidores necessitam de um meio seguro e, principalmente, imparcial para a solução de suas controvérsias. [...] compreensível que a empresa procure o máximo de garantias para o seu investimento” (grifou-se). DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 441: “Ademais, a arbitragem confere ao investidor estrangeiro a prerrogativa de se afastar do foro do país onde investe, ganhando a neutralidade necessária para as segurança dos aportes vultosos de

capitais que a indústria do petróleo requer". Tal consideração encontra-se corroborada por outros nomes da doutrina especializada: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*, 2º ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 366: "A arbitragem é um importante atrativo aos investidores estrangeiros, **sempre preocupados com a neutralidade e imparcialidade dos tribunais dos países hospedeiros** para solução dos conflitos" (grifou-se).

49 Conforme Veja, "O Fim do começo", In: *Veja* n. 1.857, de 09.06.2004, p. 116: "Um terço dos 80 milhões de barris de petróleo produzidos por dia vem do Oriente Médio, onde estão localizadas 70% das reservas petrolíferas". Essa informação se torna especialmente relevante quando se leva em consideração que o Direito dos países do Oriente Médio é, na maior parte das vezes, desconhecido dos investidores estrangeiros. Leia-se o que a Prof. Marilda Rosado leciona: "Ao se avaliarem as distinções entre os diferentes sistemas, vale mencionar, em razão da importância exercida pelos países islâmicos nos negócios petrolíferos, que o Direito Islâmico não adota nem o sistema da *Civil Law*, nem o da *Common Law*, sendo todo baseado na religião. Isso não significa que seu uso leve necessariamente a uma análise ou a um resultado diversos daqueles que seriam alcançados com o sistema da *Civil Law*" (RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Ob. cit., p. 21, nota 47. Com relação a essa última afirmativa, certamente ela é verdadeira, mas apenas para se ter um exemplo de como os sistemas jurí-

dicos podem demonstrar a sua diversidade, nos países islâmicos, é possível que o marido repudie a sua esposa, extinguindo o vínculo conjugal somente com a sua manifestação de vontade.

50 DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 205.

51 CAPRASSE, Olivier. Ob. cit., p. 148; grifou-se.

52 MUÑOZ-PLANAS, José Maria. Ob. cit., p. 383-384; grifou-se.

53 Outros autores já se manifestaram nesse sentido, conforme se pode ler das citações a seguir. GUYÉNOT, Jean. Ob. cit., p. 136: "Les commerçants recourent fréquemment à l'arbitrage, en raison de la nature des litiges, d'ordre essentiellement pécuniaire. Ils y trouvent les avantages de la procédure commerciale qu'ils poussent à l'extrême : allègement accru des délais et des formes, réduction de la durée et des coûts du procès, aptitude de l'arbitre choisi spécialement en fonction de l'objet du litige. Ils apprécient aussi la discrétion d'une justice qui peut être rendue en privé, **sans bruit ni animosité, amiablement et intelligemment**. Enfin, dans le monde des affaires internationales, l'arbitrage connaît une vive expansion, car il permet de trancher un litige en évitant aux parties les difficultés du contentieux qui pourraient naître d'un conflit de lois ou de juridictions" (grifou-se). KEUTGEN, Guy. "Introduction Générale". In: BENOIT-MOURY, Anne et al.. *L'arbitrage dans la vie des sociétés*. Bruxelas: Cepani, 1999, p. 21: "Enfin, il y a surtout le fait que le cadre dans lequel l'arbitrage se déroule fa-

vorise le rétablissement des relations entre les parties. La plupart des opérateurs économiques perçoivent le litige comme un 'accident' auquel il faut rapidement remédier pour poursuivre ou reprendre des relations économiques consensuelles. [...] Toutes ces qualités sont particulièrement importantes lorsqu'il s'agit de litiges au sein d'une société car son développement, voire son devenir peuvent dépendre. Ici plus qu'ailleurs, l'arbitrage peut contribuer non seulement à résoudre une difficulté ponctuelle mais encore à restaurer **un climat qui permette à l'affectio societatis de se poursuivre dans le chef des différents acteurs du fait sociétaire**" (grifou-se).

54 Utilizou-se a expressão "*a priori*", porque, a se concretizar negócio jurídico de alienação de ações ou de participação societária representativa do controle, por exemplo, parece contrário aos ditames da boa-fé objetiva (Art. 422, CC/2002) – e dos deveres instrumentais que ela impõe, como o dever de lealdade e de informação – que se omita a existência de tal litígio. Nas relações obrigacionais, a boa-fé objetiva, além de limitar direitos subjetivos, impõe a adoção de determinados comportamentos, tendo em vista o fim do contrato e a relação de confiança que sempre deve inspirá-lo. Ao ensejar a criação de deveres anexos, como o de cooperação entre as partes, atua a boa-fé como fonte de integração do conteúdo contratual, tornando efetivamente exigíveis todos os direitos que dela derivam. Dessa forma, não há como se furtar do cumprimento da obrigação advinda da boa-fé objetiva, como aquela de informar à outra

parte adequadamente sobre o objeto do negócio. O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a respeito, consignando que "**o dever de informação** e, por conseguinte, o de exibir a documentação que a contenha é obrigação decorrente de lei, de **integração contratual compulsória**. Não pode ser objeto de recusa nem de condicionantes, **face ao princípio da boa-fé objetiva**" (STJ, Resp 330.261/SC, 3º Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., 06.12.2001; grifou-se). Logo, o litígio submetido à arbitragem que permanecia confidencial deverá ser divulgado a fim de permitir uma avaliação real das ações objeto da alienação.

55 Lei nº 6.385/76, "Art. 8º. Compete à Comissão de Valores Mobiliários: [...] V. fiscalizar e inspecionar as companhias abertas, dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar dividendo mínimo obrigatório".

56 A obrigação de divulgar fato relevante está prevista na Lei nº 6.404/76, "Art. 157, §4º. Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou **fato relevante** ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia" (grifou-se).

57 A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) regulamenta a obrigação de di-

vulgar fato relevante na Instrução Normativa nº 358, de 03.01.2002, alterada pela Instrução nº 369, de 11.06.2002, que, em seu art. 2º, *caput*, define fato relevante: “Art. 2º. Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembléia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável: I - na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados; II - na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários; III - na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados”. Em seu parágrafo único, o Art. 2º arrola uma série de situações exemplificativas do conceito de fato relevante. Destaca-se, dentre eles, o inciso XXII: “impetração de concordata, requerimento ou confissão de falência ou **propositura de ação judicial que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia**” (grifou-se).

58 Conforme FLAKS, Luis Loria. “A arbitragem na reforma da lei das S.A.”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 131, abr./jun. 2003, p. 101).

59 “A imparcialidade do árbitro é pressuposto para que o procedimento arbitral se instaure validamente; o árbitro co-

loca-se entre as partes mas acima delas, igualando-se à posição do juiz” (LEMES, Selma M. Ferreira. “Os princípios jurídicos da lei de arbitragem”. In: MARTINS, Pedro A. Batista Martins, LEMES, Selma M. Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 96).

60 Constituição Federal de 1988, “Art. 5º, LIII. ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

61 Conciso e conclusivo, o comentário de Daniela Bessone Barbosa Moreira reflete fielmente o que se procurou demonstrar nesse item estudado: “Não é preciso dizer muito: o juízo estatal é demorado demais, é formal demais, é público demais e nem sempre é aparelhado o suficiente para processar e julgar causas societárias com a agilidade indispensável a que o regular curso dos negócios e a posição da sociedade no mercado não sofram impacto maior do que o estritamente necessário” (MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. “A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais”. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 363).

62 A questão dos custos de um processo arbitral e como tais custos podem dificultar o acesso à justiça será abordada no capítulo IV.I.

63 Valdir de Jesus Lameira arrola os seguintes interessados: “os credores, os administradores, os funcionários, os forne-

cedores, o governo e os demais interessados (a sociedade e a vizinhança etc.)” (LAMEIRA, Valdir de Jesus. *Governança Corporativa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 1-2). Já João Bosco Lodi é mais restrito ao asseverar que o reconhecimento dos interesses externos à companhia merece cautela: “Mesmo reconhecendo que a gestão deve levar em conta os variados interesses dos *stakeholders*, no fim do dia o gestor precisa distinguir entre ‘levar em conta’ e ‘ser responsável diante de’” (LODI, João Bosco. *Governança corporativa*, 3. ed.. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 11). Paulo Cesar de Gonçalves Simões, por sua vez, corrobora a linha esposada por João Bosco Lodi ao afirmar que “deve ficar claro, entretanto, que [...] não se pode exigir do acionista a prática de atos de abnegação para priorizar os interesses dos elementos da empresa que são externos ao âmbito do pacto social” (SIMÕES, Paulo César Gonçalves. *A Governança corporativa e o exercício do voto nas S.A.*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 16). Para outros apontamentos acerca do conceito de interesse social, vide o item III.4.2.

64 O Art. 116, parágrafo único, Lei nº 6.404/76 certamente abriga um rol de interessados na sociedade anônima mais amplo, transcendendo à esfera de interesse conjunto de acionistas. Se o intuito fosse responder à pergunta formulada “Os credores, os funcionários, a comunidade e o governo podem ser incluídos nesta lista de interessados?”, a leitura do Art. 116, parágrafo único sugeriria que a resposta fosse afirmativa. Ocorre que o tema não é tão simples assim.

Ainda que se reconheça que governo, trabalhadores, comunidade e credores são interessados na sociedade anônima, seria razoável esperar que seus interesses façam parte do conjunto de interesses denominado como interesse social? Outra forma de fazer a mesma reflexão: até que ponto ser interessado defere a esses personagens legitimidade para cobrarem decisões que lhes beneficiem e levem em consideração seus anseios? Não se pretende responder à pergunta, mas ela não poderia deixar de ser colocada, pois está no seio de toda a discussão sobre a governança corporativa. Remete-se o leitor, para outras anotações a este respeito, ao item III.4.2. Transcreve-se o dispositivo ora comentado: “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses **deve lealmente respeitar e atender**” (grifou-se).

65 Fernando Shayer resume a polaridade entre controladores e minoritários: “Se, por um lado, ele [refere-se ao legislador] deixar de tutelar o minoritário, não conseguirá atraí-lo para o mercado. Se, por outro lado, impuser restrições excessivas ao controlador, criará um incentivo ainda maior (quando somado às altas taxas de juros) para que ele feche

o seu negócio, demita os seus funcionários, e procure uma aplicação mais segura e rentável” (SHAYER, Fernando. “Governança corporativa e as ações preferências – dilema do legislador brasileiro”. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002, p. 82).

66 Sobre o princípio da deliberação majoritária, confira-se o item III.4.2.

67 Calixto Salomão Filho aponta esta característica concentracionista da realidade societária brasileira com os seguintes termos: “realidade empresarial absolutamente concentracionista” (SALOMÃO FILHO. Calixto. *O novo direito societário*, 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 53).

68 O quadro é diferente nos Estados Unidos, local de origem da governança corporativa, conforme explica Norma Parente: “Tal sistema de proteção aos acionistas teve origem nos Estados Unidos e surgiu com a conscientização dos minoritários de seus direitos” (PARENTE, Norma. “Principais inovações introduzidas pela lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, à lei de sociedades por ações”. In: LOBO, Jorge (Coord.). *Reforma da lei de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12). A partir desta afirmativa, é digno de nota o extrato abaixo sobre a conjuntura do mercado americano de capitais que, a propósito, difere abruptamente do mercado de capitais brasileiro: “Nos Estados Unidos, em face do fenômeno da larga dispersão das ações no mercado, causando mesmo, na maioria das vezes, a impossibilidade de identificar-se um

grupo controlador, opera-se a separação entre propriedade e gestão, e os administradores acabam por exercer todo o poder na companhia” (SIMÕES, Paulo César Gonçalves. Ob. cit., p. 6).

69 Sobre os princípios, vale a remissão às três passagens que se seguem: “Essas práticas [referindo-se à governança corporativa] estão calcadas basicamente na transparência, na prestação de contas das decisões, na responsabilidade pelos resultados, no respeito às leis e na equidade. Evidentemente, esses interesses devem estar em consonância com os da companhia” (RIBEIRO, Milton Nassau. “Fundamentos e efeitos jurídicos da governança corporativa no Brasil”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 127, jul./set. 2002, p. 168). Valdir de Jesus Lameira consigna: “As primeiras visões sobre a atuação do conselho é que ele e seus membros devem manter-se independentemente dos poderes do controlador ou demais acionistas, ter elevado padrão ético de conduta pessoal e profissional, procurar o equilíbrio e a boa administração dos diversos e divergentes interesses, em suas decisões, promover a transparência dos atos da administração, assim como o respeito às leis existentes, e buscar o retorno dos acionistas” (LAMEIRA, Valdir de Jesus. Ob. cit., p. 48). João Bosco Lodi também faz alusão categórica aos quatro princípios da governança corporativa: “*fairness*, traduzida por senso de justiça e de equidade para com os acionistas minoritários contra transgressões de majoritários e gestores; *disclosure*, usualmente chamada de transparência, com dados acurados, registros contábeis

fora de dúvida e relatórios entregues nos prazos combinados; *accountability*, ou responsabilidade pela prestação de contas por parte dos que tomam as decisões de negócios; *compliance*, ou obediência e cumprimento das leis do país” (LODI, João Bosco. Ob. cit., p. 19).

70 João Bosco Lodi lista as principais características presentes em 49 Códigos de Governança Corporativa existentes, dentre os quais encontra-se em primeiro lugar a exigência mencionada neste exemplo, qual seja, a recomendação de que não se conjuguem os cargos de Presidente da Diretoria e Presidente do Conselho de Administração na mesma pessoa (LODI, João Bosco. Ob. cit., p. 33).

71 Para as atribuições legais do Conselho de Administração, vide Lei nº 6.404/76, atualizada pela Lei nº 10.303/01, “Art. 142. Compete ao conselho de administração: I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia; II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto; III - **fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos**; IV - convocar a assembléia geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132; V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria; VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir; VII - deliberar, quando autorizado pelo esta-

tuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição; VIII - autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros; IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver. § 1º Serão arquivadas no registro do comércio e publicadas as atas das reuniões do conselho de administração que contiverem deliberação destinada a produzir efeitos perante terceiros. (Parágrafo Renumerado pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001) § 2º A escolha e a destituição do auditor independente ficará sujeita a veto, devidamente fundamentado, dos conselheiros eleitos na forma do art. 141, § 4º, se houver. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)” (grifou-se).

72 O Relatório Cadbury teve sua elaboração presidida por Sir Adrian Cadbury, e sua divulgação formal ocorreu em dezembro de 1992, conforme informações veiculadas no site do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, “Relatório Cadbury – Código de Práticas Recomendáveis”, disponível em www.ibgc.org.br/ibConteudo.asp?IDp=263&IDArea=321, acessado em 21.01.2004.

73 Esta é a lição de João Laudo de Camargo e de Maria Isabel do Prado Bocker: “É o conselho de administração, portanto, o órgão societário que desperta a maior atenção dos estudiosos das hoje denominadas ‘boas práticas de governança corporativa’, pois é nele que – como órgão colegiado situado em posição intermediária, entre os donos de ca-

pital, de um lado, e os diretores executivos, de outro – se concentram os poderes de zelar pelos interesses da companhia. [...] Por isso mesmo, cria-se nessas companhias uma esfera intermediária de poder, na qual depositam as expectativas de que a sociedade seja gerida no interesse de todos os investidores, bem como dos demais interessados que fazem parte da empresa ou gravitam ao seu redor (os denominados *stakeholders*)” (CAMARGO, João Laudo de, BOCATER, Maria Isabel do Prado. “Conselho de Administração: seu funcionamento e participação de membros indicados por acionistas minoritários e preferencialistas” In: LOBO, Jorge (Coord.). *Reforma da lei de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.389).

74 Corroborando esta manifestação, leia-se Valdir de Jesus Lameira: “O fato é que todos esses conflitos e essas relações repercutem na vida econômica e financeira da companhia, e o fórum onde se encontram em discussão na empresa é o conselho de administração. O conselho deve por teoria espelhar a forma como se compõe o poder distribuído entre os agentes da empresa. Dessa forma, o conselho atua como interface entre os acionistas, os administradores, os demais interessados (*stakeholders*), os conselheiros fiscais, os credores, os auditores e a sociedade de uma forma mais ampla” (LAMEIRA, Valdir de Jesus. Ob. cit., p. 47).

75 Lei nº 6.404/76, “Art. 154, § 1º. O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais,

não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres”.

76 Paulo Cezar Aragão é categórico ao se referir ao problema: “O conceito de que os conselheiros são, no Brasil, escolhidos pela sua independência – isto sim, uma regra saudável de boa governança corporativa – é a exceção no Brasil, ao contrário do que sucede em outros países. Aqui, na maioria dos casos, os conselheiros terminam sendo os próprios diretores, gerentes e empregados dos acionistas ou a eles vinculados de outras formas similares, que reduzem ou eliminam a respectiva independência. Sua indicação, desde o início, nada mais representa do que a nomeação de um preposto para representar o acionista na reunião do conselho de administração” (ARAGÃO, Paulo Cezar. “Conselheiros e acordos de acionistas”, em 07.10.2001, disponível em www.estado.estadao.com.br/editorias/2001/10/07/eco036.html, acessado em 25.04.2003).

Tal problema apontado por Paulo Cezar Aragão é também mencionado por Calixto Salomão Filho, mas com outra tônica. Veja como o professor paulista se refere à falta de obstáculos para a preponderância irrestrita do acionista majoritário: “A concentração de poderes nas mãos dos acionistas (e, conseqüentemente, nas do acionista controlador, que para fazer valer suas decisões não precisa sequer superar os obstáculos, ainda que meramente formais e procedimentais, consistentes em divisões de competência com a administração) não é acom-

panhada por uma proteção efetiva dos demais sócios e dos demais interesses envolvidos pela sociedade” (SALOMÃO FILHO. Calixto. Ob. cit., p. 54).

77 Para um interessante histórico sobre as causas da atrofia do mercado de capitais brasileiro, vide MB Associados, “Desafios e Oportunidades para o Mercado de Capitais Brasileiro”, junho de 2000, disponível em www.bovespa.com.br/pdf/mercado_capitais_desafios.pdf, acessado em 21.01.2004.

78 Antônio Gledson de Carvalho muito bem aponta que “não basta que apenas algumas empresas individualmente atendam aos quesitos de proteção demandados pelos minoritários. Dado o custo elevado de obtenção de informação para cada empresa e, portanto, de distinguir entre empresas individuais, há o risco de que o comportamento oportunista e inadequado de algumas empresas afete a percepção que o mercado faz das demais” (CARVALHO, Antonio Gledson de. “Efeitos da migração para os níveis de governança da Bovespa”, janeiro de 2003, disponível em www.bovespa.com.br/pdf/usp niveis.pdf, acessado em 21.01.2004).

79 A propósito, este escândalo foi um marco recente na governança corporativa americana, já que, a despeito dos esforços anteriormente empreendidos, fraudes nas demonstrações financeiras de tamanho vulto continuavam a ocorrer. Novas determinações legais tiveram que ser aplicadas, dentre as quais o Sarbanes-Oxley Act, assinado pelo Presidente George W. Bush em 30 de julho de 2002.

O Brasil também já experimentou casos notórios de alteração de balanço e uso de outros artifícios que serviram como base para fraudes milionárias. O caso do Banco Nacional é exemplo disso. Nesse caso, foram selecionadas contas de clientes que haviam tomado empréstimo e estavam inadimplentes. Apesar de serem crédito de remota possibilidade de liquidação, os saldos relacionados a essas contas foram alterados, de forma a torná-los com a aparência de lucrativos. Em oito anos de fraudes relacionadas a essas contas, a média dos saldos já tinha crescido de dez mil dólares para oito milhões de dólares. Tamaña multiplicação de valores foi obtida com uma taxa diferenciada de encargos fixados especialmente para essas contas, que ganharam uma rubrica própria no balanço. Assim, os créditos que eram podres passaram a ser contabilizados como receita do banco, permitindo que a instituição apresentasse lucro no período de 1988 a 1995. A essa época, o Banco Nacional apresentava crescimento de suas carteiras de operação de crédito maior que o Banco Bradesco ou o Banco Itaú. Nesse período, aproveitou-se dessa perspectiva positiva, criada de forma fraudulenta, para captar recursos no mercado de valores mobiliários, emitindo ações para subscrição pública por quatro vezes. Quando o Ministério Público Federal tomou conhecimento das fraudes, indicou vários de seus diretores pelos crimes de gestão fraudulenta e de gestão temerária, previstos no art. 4º, Lei nº 7.492/86.

Essa descrição dos fatos relacionados ao “Caso do Banco Nacional” está presen-

te no voto da Juíza do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Maria Helena, ao apreciar o *habeas corpus* impetrado em favor de Ana Lúcia Catão de Magalhães Pinto, uma das diretoras indiciadas. (TRF 2ª Região, HC 98.02.04450-4, 3ª Turma, Rel. Juíza Federal, v.u., 28.04.1998).

80 No que toca à concorrência com as bolsas internacionais, merece nota a incidência da CPMF às transações em Bolsa que cessou a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 37, datada de 12.06.2002. Este é um aspecto conjuntural que representava entrave à rentabilidade dos investimentos em Bolsa.

81 Conforme noticiado pela Agência Estado, em 19.01.2001, disponível em www.estadao.com.br/agestado/noticias/2001/abr/19/121.htm, acessado em 21.01.2004. O projeto de Lei nº 3.741 foi apresentado em 08.11.00 e, neste momento, encontra-se sendo apreciado pela Câmara dos Deputados. O Relator do projeto na Comissão de Finanças e Tributação, Armando Monteiro, requereu que fossem chamados especialistas na matéria, tais como Modesto Carvalhosa, para uma audiência pública, o que foi aprovado pela Comissão em 17.09.2003. Esse foi o último movimento do projeto na Câmara, conforme informações disponíveis em www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=20141, acessado em 20.06.2004.

82 Por todos, vide LAMEIRA, Valdir de Jesus. Ob. cit., p. 22.

83 Norma Parente, em palestra proferi-

da na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, ocorrida em 14.08.02, intitulada "Governança Corporativa – A Cartilha da CVM", disponível em www.cvm.gov.br, acessado em 28.01.2003, delinea a situação de forma singular: "O investidor, ao adquirir valores mobiliários, corre o risco de ter parcela do lucro de seu investimento indevidamente apropriado por acionista controladores ou administradores da companhia" (p. 21 da apresentação).

84 Em verdade, Bernard Black parece entender os motivos pelos quais os quatro pilares da governança corporativa a tornam tão valiosa para o desenvolvimento do mercado de capitais: "Public securities markets involve a kind of magic. Investors pay enormous amounts of money for completely intangible rights, whose value depends entirely on the quality of the information that the investors receive, and on the honesty of the other people about whom the investors know almost nothing" (BLACK, Bernard S.. "Strengthening Brazil's securities markets". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 120, out./dez. 2000, p. 42).

85 O processo aqui referido como "abertura da economia" costuma ser citado como "Reforma do Estado brasileiro", como forma de demonstrar a ruptura abrupta de paradigmas e atitudes governamentais, como se pode ler do trecho destacado: "A partir de 1990, com o Programa Nacional de Desestatização (PND), criado pela Lei nº 8.031/90, o Estado brasileiro passa a mudar a sua forma de atuação como agente produtor de

bens e serviços em determinados setores da economia, iniciando um longo processo de privatização das empresas estatais e intensificando a concessão de serviços públicos à iniciativa privada. Nesse contexto, passa também a redimensionar sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica, voltando-se para a criação de agências de regulação e intensificação da defesa da livre concorrência e da defesa da economia e da defesa do consumidor" (MATOS, Paulo Todescan Lessa. "Regulação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil". In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 55).

86 Esta conclusão está demonstrada no trecho: "The ultimate question, of course, is whether countries with poor investor protections – either laws or their enforcement – actually do suffer. [...] La Porta et al. (1997) show that countries with poor investor protections indeed have significantly smaller debt and equity markets. Taken together, this evidence describes a link from the legal system to economic development" (LA PORTA, Rafael et al.. "Law and Finance". In: *Journal of Political Economy* vol. 106, n. 6, 1998, p. 1154).

87 O Código elaborado pelo IBGC já se encontra em sua 3ª versão, lançada em 30.03.2004, conforme informações disponíveis em <http://www.ibgc.org.br/ib-Conteudo.asp?IDArea=3>, acessado em 20.06.2004. O código pode ser acessado diretamente no link: <http://www.ibgc.org.br/imagens/StConteudoArquivos/Codigo%20IBGC%203o%20versao.pdf>.

88 Norma Parente esclarece que à lei coube instituir o mínimo: "Cumpre enfatizar que a reforma contém regras mínimas de proteção aos minoritários, mas nada impede que a companhia amplie tais direitos" (PARENTE, Norma. "Principais inovações introduzidas pela lei nº 10.303, p. 15).

89 Vale exemplificar algumas destas mudanças: o direito à indicação de membros do Conselho de Administração foi facilitado para que os minoritários possam efetivamente exercê-lo (art. 141); o número de ações preferenciais sem direito a voto ficou sujeito ao limite de 50% do total do capital social (Art. 15, § 2º); a regulação do *insider trading* foi estendida a qualquer pessoa que tenha acesso a informação relevante ainda não divulgada (Art. 155, § 4º).

90 Yves Guyon comenta que, no direito francês, a Assembléia Geral tem maiores poderes se comparada às de outros sistemas jurídicos. Acrescenta ainda que os acionistas já têm os meios jurídicos recomendados pela governança corporativa, sendo despiendo que os mesmos sejam introduzidos: "[...] les assemblées d'actionnaires ont, en droit français, des pouvoirs plus importants que dans la plupart des autres législations. [...] Par conséquent les actionnaires ont les moyens juridiques d'exercer leurs pouvoirs et certaines mesures préconisées par la doctrine de la 'corporate governance' n'ont pas besoin d'être introduites dans le droit français car elle y figurent

déjà" (GUYON, Yves. "La corporate governance en droit français". In : *Rivista delle Società* v. 44, n. 1, genn./febb. 1999, p. 21).

91 Conforme informações publicadas no site <http://www.bndes.gov.br/produtos/estruturados/novasa.asp>, acessado em 24.01.2004.

92 Esse questionamento se faz com base na observação dos mais relevantes códigos de governança corporativa brasileiros. O Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC, já na sua primeira edição, no item 1.07, comportava regra a respeito da arbitragem. Na atual versão deste código, a arbitragem reaparece no item 1.9, com redação diferente daquela da primeira edição. Nos segmentos de listagem da Bovespa, o Nível II e o Novo Mercado também contemplam a adesão à Câmara de Arbitragem do Novo Mercado como condição para aceder a estes níveis. Nas Recomendações sobre Governança Corporativa da CVM, a arbitragem também consta como forma preferencial de solução de conflitos, devendo constar do estatuto social essa opção (item III. 6.). Ainda, dentre as condições para a linha de crédito especial do BNDES para empresas que se comprometem a adotar regras de governança, consta a arbitragem.

93 Bernard Black comenta sobre a importância do Judiciário para um desenvolvido mercado de capitais: "successful securities markets have developed a number of institutions to counter information asymmetry. [...] A judicial system that (i) is honest; (ii) is sophisticated

enough to handle complex securities cases; (iii) can intervene quickly when needed to prevent asset stripping; and (iv) produces decisions without intolerable delay" (BLACK, Bernard. Ob. cit., p. 44). Essa também é a opinião do ex-presidente da CVM, Dr. Luiz Leonardo Cantidiano, que reconhece a importância de se efetivar a proteção concedida por lei aos acionistas: "Todos conhecem as dificuldades atuais do Poder Judiciário, que está sobrecarregado pelo acúmulo de processos e que não tem uma especialização nas questões, muitas delas complexas, que podem surgir no âmbito de disputas entre acionistas e as companhias, ou entre os acionistas controladores e os não controladores. De nada serve uma lei bem elaborada, que assegure proteção adequada aos investidores, se os acionistas que se sentirem prejudicados por ação ou omissão das companhias ou de seus controladores não dispuserem de meios eficientes e ágeis para tornar efetiva a vontade do legislador" (CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da lei das S.A. comentada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 116).

94 Veja o que Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio escreveram: "Cumpro mencionar o movimento pró-arbitragem que vem se delineando no mercado de capitais brasileiro. Este movimento é reflexo da adoção das chamadas práticas de governança corporativa. Tais práticas, quando adotadas pela empresa, imprimem padrão de conduta e procedimentos administrativos mais rígidos que os exigidos por lei, almejando dar maior transparência aos negócios sociais e, conseqüentemente, atrair novos inves-

tidores” (DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 208; grifou-se).

95 Pode-se afirmar que as iniciativas extralegis são de extrema valia para a Governança Corporativa. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho: “Vale dizer, o participante do mercado acionário sente-se mais estimulado a direcionar seus investimentos às companhias que proporcionem maior transparência na condução dos negócios sociais e nas relações mantidas com acionistas minoritários, ou cujas ações contemplem novos direitos patrimoniais e sejam mais líquidas. O mesmo efeito pode ser creditado ainda à segurança jurídica decorrente da tutela exercida pela BOVESPA, bem como ao emprego da arbitragem como alternativa mais ágil e especializada para resolver disputas societárias” (PINTO JUNIOR, Mario Engler. “O Novo Mercado da Bovespa e o compromisso da sociedade de economia mista com práticas de boa governança corporativa”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 128, out./dez. 2002, p. 55; grifou-se).

96 O Ministro Nelson Jobim, no seu voto pela constitucionalidade da arbitragem, teve oportunidade de explicar que a demora na solução do litígio e as incertezas do Judiciário são fatores que aumentam o custo de captação de recursos. O ministro Jobim, dessa forma, envia uma mensagem pró-arbitragem quanto a questões comerciais: “Lembro, inclusive, que a maior, ou menor, previsibilidade da decisão judicial é, elemento para a fixação da taxa de juros da nego-

ciação. Maior a imprevisibilidade do marco legal da operação, maior a taxa adicional de risco – spread. O tamanho, maior ou menor, da ‘taxa adicional de risco cobrada no mercado...’ decorre do maior, ou menor grau de insegurança jurídica. Outro dado importante diz com o tempo médio da demanda judicial. Quanto maior for o tempo necessário para a produção de uma solução definitiva [...] tanto maior será a taxa de risco” (STF, Ag Rg SE 5.206-7/ES, Pleno, v.m., 12.12.2001, publicado em DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 538-539).

A abordagem feita por Calixto Salomão Filho também é de muito importante para explicar o quanto a arbitragem é importante para as regras de governança corporativa. A tal mensagem enviada pela companhia aos seus investidores é apontada pelo professor paulista como uma verdadeira mudança estrutural. Explica-se: na lei das sociedades anônimas brasileiras, segundo seu entendimento, há duas ordens de direitos assegurados aos minoritários, quais sejam, os relativos à informação e os relativos à sua saída, com o respectivo ressarcimento patrimonial. Salienta que as regras do Novo Mercado trazem duas mudanças de ordem estrutural dignas de mérito, pois quebram esse paradigma da informação e do direito de saída. As tais modificações são: (i) a previsão da existência apenas de ações ordinárias e (ii) a arbitragem como regra de resolução de conflitos. Ressalta, por fim, a especialidade das cortes arbitrais como vantajosa (SALOMÃO FILHO. Calixto. Ob. cit., p. 56-60).

97 Bernard Black, apesar de se basear em algumas premissas duvidosas, conclui: "Brazilian courts are honest, but not sophisticated, I am told. A specialised commercial court does not exist. From my understanding of the relevant law, the state courts in Sao Paulo and Rio could create specialised commercial courts if they wanted to do so, but are not currently convinced that this is an important step to take. **The current proposal to amend the company law to allow companies to provide in their charters for mandatory arbitration of disputes between companies and investors is very interesting.** This could provide away around the weakness of the courts. By way of comparison the U.S. system for arbitration of securities disputes works fairly well, on the whole, in my judgment. **I strongly support this proposal.** Indeed, in proposing company law reform in other countries, I have more than once offered a similar proposal, only to be told by local lawyers that the proposal was not politically feasible, not practically feasible, or both. I recommend that CVM should have the authority to specify which arbitration procedures and which arbitration agencies are acceptable, after reviewing how arbitrators are selected and the procedures that the arbitration agency uses for securities cases" (BLACK, Bernard. Ob. cit., p. 51; grifou-se).

98 Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, na introdução de sua obra sobre a reforma, explicam o embate ocorrido entre os controladores e os minoritários, estes representados pelos grandes minoritários institucionais, durante a tramita-

ção do projeto, contrapondo o objetivo inicial do projeto com o que veio a ser o seu resultado final: "O objetivo inicial da reforma era o de promover o fortalecimento do mercado de capitais, mediante o estabelecimento de um sistema de maior proteção aos minoritários, bem como de incorporação ao direito societário de princípios de boas práticas de governança corporativa, seguindo o receituário de agências internacionais de fomento do mercado de capitais. [...] O resultado final, a nosso ver, registraria um empate entre controladores e minoritários; estes últimos tiveram ganhos significativos, porém menores do que esperavam; já os controladores perderam algum valor em suas participações majoritárias, mas não viram o poder de controle substancialmente enfraquecido" (CARVALHOSA, Modesto, EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2-3).

99 "Primeiramente, deve-se observar que o §3º do artigo 109 da Lei das S.A., acrescido pela Lei n.º 10.303/01, é uma **disposição legal aplicável tanto às companhias abertas quanto às companhias fechadas**. Isto porque o artigo 109, em seu *caput*, assim como em seus parágrafos, não distingue a quem a norma se direciona" (FLAKS, Luis Loria. Ob. cit., p. 101 ; grifou-se).

100 Trecho do voto do Min. Nelson Jobim, STF, Ag Rg SE 5.206-7/ES, Ple- no, v.m., 12.12.2001, publicado em DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 548.

101 Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio já se manifestaram pela inconstituciona-

lidade da arbitragem obrigatória: “A arbitragem obrigatória é considerada inconstitucional à luz do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, atualmente previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito)”. Esse princípio, que, indubitavelmente, é direcionado ao legislador, e não às partes, que podem livremente optar por resolver suas controvérsias fora do âmbito do Poder Judiciário, vem sendo reiteradamente desrespeitado pelo próprio legislador ao criar – ao menos aparentemente criar – hipótese de arbitragem obrigatória”. Após essa explicação, os autores fizeram alusão a alguns dispositivos legais que se subsumiriam a essa hipótese. Dentre os artigos citados, destacam-se o art. 30-F da Lei nº 4.591/64, com a redação dada pela M.P. de 04.09.2001, e o Regulamento de Arbitragem do Novo Mercado da Bovespa, nos seus itens 1.1, 1.2 e 2.1 (DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 21, nota 86). O Art. 30-F teve sua inconstitucionalidade argüida pelo Conselho Federal da OAB em ação ajuizada no ano de 2003 (ADIN nº 3003). O processo foi distribuído ao Min. Sepúlveda Pertence, que se manifestou contrariamente à constitucionalidade da lei de arbitragem por ocasião do julgamento do Ag Rg SE 5.206-7/ES. O Ministério Público Federal já se manifestou pela procedência do pedido. No momento, os autos estão conclusos ao relator para o voto (conforme informações disponíveis no site www.stf.gov.br, acessado em 22.06.2004).

Marcelo Vilela consigna: “Assim, a manifestação da vontade das partes em submeter eventual litígio à apreciação de um juízo arbitral, em substituição à tutela jurisdicional estatal, é imprescindível, sob pena da instituição de arbitragem ser eivada do vício de inconstitucionalidade” (VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Ob. cit., p. 39).

Pedro Batista Martins, por sua vez, explica que essa interpretação do Art. 5º, XXXV, CF pode ser reflexo de uma cultura de rejeição à arbitragem. Em verdade, o autor considera que a arbitragem necessária ainda é um tabu e sugere: “Assim, o direito à ampla defesa, os casos de revisão da sentença arbitral e os preceitos de imparcialidade e independência dos árbitros, basicamente, são elementos a considerar no debate sobre o assunto, cientes os estudiosos, ainda, que o acesso à justiça é direito que se concretiza com o garantismo aplicado a uma tutela jurisdicional célere. Juntamente com as hipóteses de intervenção do Judiciário, esse arcabouço jurídico há de conferir maior tranquilidade à tese da validade da arbitragem necessária” (MARTINS, Pedro A. Batista. “A arbitragem nas sociedades ..”, p. 122 e no mesmo trabalho republicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002, p. 61).

102 “O princípio da autonomia da vontade é erigido à sua quinta-essência na lei de arbitragem. Com efeito, as partes possuem total liberdade para escolher ou não a instância arbitral quando estiverem presentes direitos patrimoniais

disponíveis e para regular o procedimento arbitral; enfim, tanto para dispor da arbitragem como quanto à forma de conduzi-la. [...] **A Lei nº 9.307/96, conforme acentuado, é profícua em acatar o princípio da autonomia da vontade**" (LEMES, Selma M. Ferreira. Ob. cit., p. 78-79; grifou-se).

103 Por oportuno, remete-se o leitor ao item I.1 onde se explicam as diferentes correntes existentes acerca da natureza jurídica da arbitragem.

104 "A arbitragem decorre da vontade expressa pelas partes na convenção arbitral" (GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de negociação. Resolução alternativa de conflitos: ADRS, mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 84).

105 "Ressalte-se que, apesar de louvável a referida previsão legal, nada impedia que sociedades anônimas contivessem em seus estatutos cláusula compromissória, uma vez que a legislação brasileira considera arbitráveis os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis e os conflitos societários envolvem, predominantemente, direitos dessa natureza" (DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 206). Antes da modificação legislativa, Fábio Buccioli já escrevia sobre essa possibilidade: "achamos louvável a possibilidade de poder usar da cláusula arbitral e dos benefícios de um juízo arbitral, mais técnico e, com certeza, mais rápido que um processo judicial, também nos relacionamentos internos às sociedades comerciais" (BUCCIOLI, Fábio. "O uso da cláusula arbitral nos contratos societários". In:

Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro n. 108, out./dez. 1997, p. 124). Eduardo Silva da Silva, após o advento da Lei nº 10.303/01, sustentou essa mesma possibilidade: "Também a legislação que rege as Sociedades anônimas – recentemente alterada – promove novo encontro entre arbitragem e empresa. Desta vez o diploma legal expressamente sugere que a solução dos conflitos societários se estabeleça mediante arbitragem. Ainda que **tal possibilidade prescindisse de disposição legal [...]**" (SILVA, Eduardo Silva da. Ob. cit., p. 20-21; grifou-se). De maneira hesitante, José Virgílio Lopes Enei expôs sua opinião: "a necessidade da expressa previsão legal disposta no art. 109, §3º é discutível, porquanto se possa defender que, à luz da Lei nº 9.307/96, a faculdade dos acionistas e da companhia de se socorrerem à convenção arbitral, no caso à cláusula compromissória, já existia independentemente da expressa autorização legal mencionada" (ENEI, José Virgílio Lopes. "A arbitragem nas sociedades anônimas". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 129, jan./mar. 2003, p. 137).

106 Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.244.

107 Esse parece ser o entendimento de Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio como mencionado à nota 99. Escreveram os autores que eram contrários à arbitragem obrigatória e citaram exemplos de dispositivos legais que desrespeitavam

essa regra. Fizeram referência, “apesar de não se tratar propriamente de uma lei”, ao Regulamento de Arbitragem da Câmara do Mercado (DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 21, nota 86).

Em estudo anterior sobre as hipóteses legais de arbitragem obrigatória que poderiam vir a ser afetadas pela decisão do STF sobre a constitucionalidade do Art. 30-F, já havíamos questionado a real obrigatoriedade da arbitragem em tais situações: “Outras hipóteses, **em que pese a discussão acerca do seu caráter verdadeiramente compulsório**, também poderão vir a sofrer os impactos da decisão do STF. É o caso da imposição às companhias que desejem integrar o Nível 2 de Governança Corporativa e o Novo Mercado da Bovespa, as quais hão de necessariamente submeter a solução dos litígios à Câmara de Arbitragem do Mercado, cujo regulamento lhes é obrigatório” (NEGREIROS, Teresa, LAMAS, Natália Mizrahi. “Arbitragem: notícias e perspectivas”. In: *BME&A Review* [Publicação bimestral do Escritório BARBOSA MÜSSNICH & ARAGÃO ADVOGADOS] n. 2, nov./dez. 2003, p. 1; grifou-se). Como se pode perceber, à época da redação desse comentário, já se demonstrava a dúvida quanto à real obrigatoriedade da disposição ora sob comento. Demonstra-se, nesse estudo, que a dúvida não persiste mais, sendo lícito afirmar que não há a cogitada obrigatoriedade.

108 Vide item II.3.

109 “Grande avanço do legislador, que andou bem ao consagrar a expressão

‘convenção de arbitragem’, na melhor tendência do direito comparado, ao apontar na direção que uma ou outra espécie de convenção tem o condão de subtrair a questão litigiosa da competência do juízo estatal – **efeito negativo da convenção** – e tornar competente o(s) árbitro(s) nomeado(s) pelas partes – **efeito positivo da convenção de arbitragem**” (GONÇALVES, Eduardo Damiano. “Breves considerações sobre as relações do poder judiciário com a arbitragem (a propósito da participação dos tribunais estatais na fase de constituição do tribunal arbitral)”. In: GARCEZ, José Maria Rossani, MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: Ltr, 2002, p. 214; grifou-se). Ainda, explica detalhadamente Cláudio Valença Filho: “A existência do juízo arbitral exclui, sim, lesão ou ameaça a direito à apreciação do Poder Judiciário, o que decorre da própria natureza jurisdicional da arbitragem. [...] Mundialmente se reconhece, em direito comercial internacional, **o princípio de que a convenção de arbitragem produz efeitos processuais negativos**. Significa dizer que, eleita a via arbitral, **as partes ficam impedidas de retornar, unilateralmente, à via estatal**. [...] Esse princípio foi recebido em nosso ordenamento jurídico pelos arts. 301, IX e 267 do CPC, com a redação que lhes foi conferida pelo art. 41, da Lei de Arbitragem. [...] Enquanto o efeito negativo restringe a liberdade de comportamento do juiz estatal, **os efeitos positivos procuram dirigir a conduta das partes contratantes**, obrigando a permanência delas sobre a via arbitral eleita, **garantindo, inclusive,**

a possibilidade de execução específica da cláusula" (VALENÇA FILHO, Cláudio. "Os efeitos da convenção de arbitragem em face da Constituição Federal". In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* n. 15, jan./mar. 2002, p. 366 e 377; grifou-se).

110 Para evitar a repetição, vide a transcrição do texto do Art. 109, Lei nº 6.404/76 à página 36.

111 Relevante o comentário feito por Luis Loria Flaks sobre a redação do parágrafo segundo: "Esclareça-se, ainda, que o referido dispositivo legal não alude expressamente a quaisquer meios, processos e ações judiciais, mas sim a meios, processos e ações que a lei confere a seus acionistas para assegurar os seus direitos" (FLAKS, Luis Loria. Ob. cit., p. 107; grifos do original).

112 Essa é a interpretação dada por José Virgílio Lopes Enel: "À luz da nova redação do art. 109 da Lei nº 6.404/76, são direitos 'essenciais' do acionista 'os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista', os quais, a teor da nova redação do próprio art. 109, não podem ser suprimidos, **mas podem ser assegurados e concretizados seja pelo Poder Judiciário, seja pelo tribunal arbitral**" (ENEL, José Virgílio Lopes. Ob. cit., p. 147; grifou-se). Juliana Krueger Pela também se manifesta nesse sentido: "De fato, os meios, processos ou ações garantidos aos acionistas por lei não restam prejudicados pela adoção da cláusula compromissória arbitral. **Eles apenas passam a ser exercidos em outro âmbito**, qual seja, o do juízo arbitral e não mais o do Poder Judiciário" (PELA, Ju-

liana Krueger. "Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 126, abr./jun. 2002, p. 137; grifou-se).

113 A arbitragem presta-se à resolução dos conflitos relacionados aos direitos patrimoniais disponíveis, como previsto na Lei nº 9.307/96, "Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

114 "Todo o problema que aqui se analisa diz respeito à falta de império dos árbitros, cuja legitimidade não decorre do poder estatal, mas de ato das partes. [...] O que o árbitro não pode é usar a força, o que decorre exatamente do fato de tal uso ser monopólio estatal, sendo certo que o árbitro não é órgão do Estado" (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: Lei nº 9.307/96, 3. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 99).

115 Nesse sentido, interessante a remissão ao leitor a estudo feito pelo Professor paulista Carlos Alberto Carmona, intitulado "Árbitros e juízes: Guerra ou paz?". Nesse estudo, o autor comenta a necessidade de cooperação entre as duas instituições, cooperação essa que não pode deixar de existir, principalmente porque, como afirmado acima, falta ao árbitro o poder coercitivo. Afirma o autor: "Dois pontos para reflexão desde logo colocam-se à frente dos estudiosos: o primeiro, de ordem conceitual, **deixa à mostra a existência de divisão do trabalho, no exercício da atividade jurisdicional, entre árbitro e juiz, tocan-**

do àquele decidir e a este executar (*recitius*, fazer cumprir), tudo de acordo com a competência de cada um para a consecução do objetivo maior que é a concessão da tutela jurisdicional eficaz. O segundo ponto, de ordem operacional, diz respeito à dúvida natural que assaltará o operador da nova lei no momento em que se deparar com uma situação que exija a intervenção do juiz togado, pois nada ficou consignado acerca do *modus operandi* da colaboração judicial no curso do processo arbitral” (CARMONA, Carlos Alberto. “Árbitros e juízes.....”, p. 423; grifou-se). No mesmo sentido: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Ob. cit., p. 136.

116 Expressão utilizada por CARMONA, Carlos Alberto. “Árbitros e juízes.....”, p. 423.

117 Nesse sentido: “Importante observar que a via arbitral não exclui nem prejudica qualquer dos meios, processos ou ações conferidos aos acionistas” (ENEL, José Virgílio Lopes. Ob. cit., p. 147).

118 Art. 82, CC/1916 e Art. 104, CC/2002. A regra constitucional também permitiria essa conclusão (Art. 5º, XXXV, CF).

119 Do voto do Min. Ilmar Galvão na decisão que apreciou a constitucionalidade da lei de arbitragem, pode-se ler exatamente o que se reproduz aqui. Não se trata de renúncia ao direito de ter seu litígio conhecido e resolvido. Trata-se de renúncia à via judicial somente e nos limites cabíveis para tanto. Leia-se o pertinente trecho do voto do Min. Ilmar

Galvão: “Não se cuida, entretanto, de ato por meio do qual alguém declara haver renunciado, de forma absoluta, a todo direito de ação, a partir de determinado momento, o que seria inadmissível, mas de simples cláusula contratual em que as partes vinculadas a determinada avença, que tenha por objeto direito patrimonial de natureza disponível, deliberam, de livre e espontânea vontade, que toda dúvida que o contrato vier a suscitar será, obviamente, por elas próprias, dissipada de comum acordo, e com certeza, se não lograrem êxito nesse propósito, será ela, aí já qualificada como controvérsia, resolvida, necessariamente, por terceiro ou por terceiros de sua confiança, cuja decisão será obrigatoriamente acatada” (STF, Ag Rg SE 5.206-7/ES, Pleno, v.m., 12.12.2001, publicado em DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 556).

120 Luis Loria Flaks chega à mesma conclusão, apesar de não seguir esse mesmo caminho, percorrendo as razões legislativas para a não revogação do parágrafo segundo do Art. 109: “Sendo assim e tendo em vista que é a própria lei societária, no mesmíssimo artigo 109, que permite a inserção de cláusula compromissória arbitral no estatuto social, não faria qualquer sentido, depois da promulgação da Lei n.º 10.303/01, entender que tal inserção estaria elidindo qualquer direito individual dos acionistas” (FLAKS, Luis Loria. Ob. cit., p. 107).

121 MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. Ob. cit., p. 379.

122 Os que se alinham à corrente que

considera a arbitragem como um contrato também podem chegar à conclusão semelhante, mas, deve se admitir, com menos força. Isso porque a dicção legal não restringe os *meios, processos e ações judiciais*, como apontado por Luis Loria Flaks, à nota 109 acima, e, deve-se acrescentar, muito menos os *meios, processos e ações jurisdicionais*. O emprego da palavra “meios” sugere a amplitude que se deve dar a esse dispositivo, permitindo a ilação de que a arbitragem pode ser equiparada a eles para efeitos de congruência entre as normas.

123 O parágrafo segundo do dispositivo mencionado tem a seguinte redação: “§ 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”. Reproduz-se aqui a opinião dos especialistas: “Não poderá o estatuto privar os acionistas dos direitos essenciais previstos no próprio art. 109 dessa lei [...]. Isto posto, **não pode a cláusula compromissória estatutária negar o direito de ingresso em juízo de qualquer acionista** que não tenha expressamente aderido a essa mesma cláusula, na forma prescrita no § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307/96” (CARVALHOSA, Modesto, EIZIRIK, Nelson. Ob. cit., p. 190; grifou-se. O mesmo trecho pode ser encontrado em CARVALHOSA, Modesto. “Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral”. In: LOBO, Jorge (Coord.). *Reforma da Lei das Sociedades*

Anônimas. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 329).

124 MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. Ob. cit., p. 380.

125 MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. Ob. cit., p. 379-380.

126 Deve-se ter em mente que a crítica aqui desenvolvida ao comentário feito por Daniela Bessone Barbosa Moreira não pretende afastar o senso comum de que a arbitragem é exceção quanto ao exercício da jurisdição estatal. Aliás, a arbitragem é exceção porque a regra geral é que os litígios sejam resolvidos pelo Poder Judiciário. Por lei, os litígios serão resolvidos pela jurisdição estatal. Mas, como já se afirmou, a vontade das partes (e não a lei) pode afastar a incidência dessa regra geral, criando uma exceção a ela. Nesse sentido, a arbitragem é exceção. A cláusula compromissória também representa exceção porque, segundo sua natureza, representa renúncia ao direito de ir ao Judiciário. Nesse sentido: “A cláusula arbitral é a expressão da autonomia da vontade das partes, as quais decidem renunciar à jurisdição estatal, escolhendo um outro meio de solução de controvérsias. Por ser exceção, exige-se, em regra, que essa renúncia seja expressa” (DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 206).

Qual a tônica, então, da crítica empreendida? A crítica pretende demonstrar que a leitura do parágrafo terceiro, em relação ao parágrafo segundo, não pode ser no sentido de que a arbitragem seja uma exceção aos meios, processos e ações. A arbitragem é, portanto, exceção ao recur-

so ao Poder Judiciário, mas não o é quanto ao amplo espectro protetor do acionista consubstanciado no parágrafo segundo. Por essa razão que a comparação feita pela autora não se presta a explicar a relação entre os dois dispositivos legais (o parágrafo segundo e o parágrafo terceiro), uma vez que a via arbitral estaria incluída entre os tais meios, processos e ações assegurados ao acionista.

127 MARTINS, Pedro A. Batista. "A arbitragem nas sociedades", p. 137 e no mesmo trabalho republicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002, p. 71. Nesse sentido, vide o que diz Olivier Caprasse: "Il ne peut plus, en effet, être question d'interprétation restrictive des conventions d'arbitrage au nom du caractère soi-disant exceptionnel de ce type de juridiction" (CAPRASSE, Olivier. Ob. cit., p. 402).

128 No Direito brasileiro, vide as ponderações de Marcelo Vilela: "A cláusula compromissória está mais presente nas sociedades de pequeno porte e médio porte, sendo menos utilizada nas grandes sociedades, estando mais ligada ao caráter fechado das companhias, ou ainda às sociedades *intuitu personae* (sociedade por quotas de responsabilidade limitada), em que a pessoa do sócio identifica-se com a própria existência da sociedade" (VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Ob. cit., p. 156).

José Maria Muñoz-Planas ensina que a previsão de arbitragem para dirimir controvérsias que podem se suscitar na esfera corporativa tem frequência muito acentuada, explicando como as sociedades com

caráter mais personalista a utilizam: "La cláusula relativa, aunque con variadas formulaciones, de hecho aparece incorporada a casi todas las escrituras de sociedades personalistas y a un alto porcentaje de estatutos de limitadas y de anónimas 'familiares'. Circunstancia que explica los numerosos arbitrajes que, con referencia a esa categoría de sociedades y para resolver los más variados conflictos, suelen efectuarse por vía de dicha cláusula" (MUÑOZ-PLANAS, José Maria. Ob. cit., p. 381).

O professor espanhol comenta que Jean Robert, célebre autor francês sobre arbitragem, pensa que quando se trata de sociedades de pessoas ou onde haja proximidade entre os sócios, inclusive quanto aos seus interesses, a arbitragem só resulta em benefícios. Entretanto, pondera o autor francês que as grandes sociedades anônimas não devem recorrer à arbitragem, ao menos que o façam muito conscientemente (J. Robert. *Arbitrage civil et commercial. Droit interne et droit international*, 4º. Ed., Paris-Dalloz, 1967, num. 105, pág. 140 *apud* MUÑOZ-PLANAS, José Maria. Ob. cit., p. 382, nota 3). Esse comentário demonstra como é particularmente relevante a abordagem dos problemas da adoção da arbitragem quanto às sociedades anônimas abertas.

Continua o professor espanhol em sua incursão pelo Direito Comparado. Menciona que na Suíça é freqüente em toda classe de sociedades o uso da arbitragem, mas ressalta que a maior parte das sociedades suíças é formada por pequenas sociedades anônimas familiares (MUÑOZ-PLANAS, José Maria. Ob. cit., p. 383, nota 3).

Na Alemanha, a arbitragem também se desenvolveu no âmbito das sociedades personalistas (MUÑOZ-PLANAS, José Maria. Ob. cit., p. 383, nota 3).

Quanto à matéria nos Estados Unidos, ressaltou José Maria Muñoz-Planas que A. Rocco, Así S. S. Jones e R. W. Olson recomendam que a arbitragem se torne obrigatória para as 'close corporations' (A. Rocco, Así S. S. Jones e R. W. Olson. *Mandatory arbitration as a remedy for intra-close corporation*, em Virginia Law Review, vol. 56 (1970), págs. 271-294 *apud* MUÑOZ-PLANAS, José Maria. Ob. cit., p. 383, nota 3). F. H. O'Neal, também citado pelo professor espanhol, dizia que em Nova York o uso de arbitragem para resolver a maior parte das controvérsias em sociedades fechadas ganhou a aprovação de instâncias judiciais e que os tribunais estatais estão ampliando, cada vez mais, as hipóteses que são suscetíveis de arbitragem (F. H. O'Neal. *Resolving disputes in closely held corporations: intrainstitutional arbitration*, em Harvard Law Review, vol. 67 (1954), págs. 786-822 *apud* MUÑOZ-PLANAS, José Maria. Ob. cit., p. 383, nota 3).

129 O título V (Dell'arbitrato) é composto pelos Arts. 34 a 37. O Art. 34 trata do objeto e efeito da cláusula compromissória estatutária. O Art. 35 trata da disciplina inderrogável do procedimento arbitral. O Art. 36 trata da decisão segundo o direito. O Art. 37 trata da resolução de controvérsias na gestão de sociedade. Alerta-se, no entanto, ao leitor que o Art. 37 não tem natureza de arbitragem, como ensina o Prof. Edoardo

Ricci: "Si deve compiere *in limine* una precisazione limitativa: con il vero e proprio arbitrato non ha niente a che vedere quella *"risoluzione di contrasti sulla gestione di società"*, della quale si occupa l'art. 37" (RICCI, Edoardo F. "Il nuovo arbitrato societario", http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, acessado em 29.05.2004; grifos do original).

130 Como explica Maurizio Villani: "Ai sensi dell'art. 34 del decreto cit., posso fare ricorso all'arbitrato tutte le società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, a norma dell'art. 2325-bis del codice civile, **cioè quelle che emettono azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante**" (VILLANI, Maurizio. "L'arbitrato in materia societaria", disponível http://www.commercialistatelematico.com/articolo.html?articolo_pubblico=villani/arbitrato.htm, acessado em 26.05.2004; grifou-se).

"L'art. 34, primo comma, esclude la possibilità che la clausola compromissoria possa essere inserita negli atti costitutivi di "società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile". Si tratta delle "società emittenti di azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico in misura rilevante". Ai sensi dell'art. 111-bis delle disposizioni di attuazione del c.c. (introdotta dall'art. 9 del d. lgs. 6/2003), la "misura rilevante" è quella stabilita a norma dell'art. 116 del d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), e risul-

tante alla data del 1° gennaio 2004. Il detto art. 116, a sua volta, rimette alla CONSOB il compito di stabilire, con un regolamento, i criteri per l'individuazione della diffusione tra il pubblico in misura rilevante: e l'art. 2 lettera e) della deliberazione CONSOB 14 maggio 1999 n. 11971, prevede che la misura rilevante sussista, quando vi è un patrimonio netto non inferiore a 10 miliardi di lire e un numero di azionisti o obbligazionisti superiore a duecento. Pertanto, per le società che presentino ambedue i criteri sopra indicati, **resta esclusa la possibilità che un arbitrato**, che abbia ad oggetto le controversie indicate nell'art. 34 (v. *infra* § 3), **si fondi su una clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo. La ratio** della disposizione verosimilmente trova il suo fondamento nella tipologia dei soci in quel tipo di società: essi sono, prevalentemente, **soggetti investitori, che non hanno interesse a partecipare all'amministrazione della società, e che presumibilmente neppure conoscono l'atto costitutivo o lo statuto.** La restrizione apportata dal legislatore quindi esclude che l'inserimento della clausola compromissoria nell'atto costitutivo possa sottrarre alla giurisdizione le controversie societarie in una ipotesi, **in cui la maggior parte dei soci svolge il semplice ruolo di investitori**" (LUISO, Francesco P., "Appunti sull'arbitrato societario", disponibile http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, accessed on 29.05.2004; grifou-se).

131 Interessante notar que a cláusula compromissória estatutária da nova lei italiana obriga a sociedade e todos os

sócios, como previsto no n. 3 do Art. 34: "La clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia". Ressalta-se, todavia, que prevê quorum qualificado para a deliberação sobre a inserção de cláusula compromissória, assim como o direito de recesso para o acionista insatisfeito com tal deliberação: "Art. 34, n. 6. Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso".

Dessa forma, diante de todas as peculiaridades da arbitragem de conflitos societários no direito italiano, esse talvez não seja o melhor exemplo no Direito Comparado para servir como base a uma tentativa de compreensão do ordenamento jurídico brasileiro quanto ao alcance subjetivo da cláusula compromissória. Se a maior polêmica existente no direito brasileiro (atualmente) é a eficácia subjetiva da cláusula arbitral, principalmente em razão das sociedades anônimas abertas, não se pode pretender usar a disposição legal italiana quanto a esse aspecto em específico como dogma comparativo. Há que se notar, no entanto, que a disposição italiana pode se prestar ao estudo do Direito Comparado como forma de demonstrar a dificuldade de se clausular arbitragem em sociedades anônimas abertas. A lei italiana pode, ainda, demonstrar como a reforma legislativa brasileira poderia ter procedido ou como uma nova reforma

poderia vir a proceder. Aos questionamentos relacionados à arbitralidade objetiva de conflitos societários, também poderá se prestar o estudo comparativo.

Nesse sentido, deve ser criticado qualquer entusiasmo precoce com a forma como a arbitragem societária é tratada na Itália. Afirmar que a arbitragem de conflitos societários na Itália vincula a todos os sócios – e, por isso, no Brasil, dever-se-ia transpor tal entendimento – pode ser extremamente arbitrário e impulsivo. Asseverar que a arbitragem é um benefício aos minoritários, a teor do exemplo da lei italiana que a permitiu, pode incorrer na mesma impulsividade. Por todo o exposto, critica-se o posicionamento adotado por Luiz Cláudio Aboim ao debater o assunto em palestra realizada em São Paulo (ABOIM, Luiz Cláudio. “Arbitragem nas S.A. e Ltda.”, palestra proferida no âmbito do Workshop Arbitragem e Mercado de Capitais, realizado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem e pela Bovespa, ocorrido no dia 07.04.2004). O palestrante iniciou sua intervenção ciente de todas as limitações apostas à arbitragem pela lei italiana, mas, ainda assim, comentou como ela seria positiva aos minoritários e que não via problema algum em arbitragem de conflitos societários em sociedades anônimas abertas, sempre baseando suas assertivas na nova legislação italiana. Ora, esse não parece ter sido o entendimento do legislador italiano, que, nesse particular, foi cauteloso (talvez excessivamente) ao vedar expressamente a possibilidade de aplicação da arbitragem societária, nos moldes propostos

pela nova lei, às sociedades anônimas abertas. Portanto, esse não é um bom exemplo de direito comparado.

132 Pedro Batista Martins, ao comentar a regra pertinente às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, explica: “Os atos constitutivos, certamente, e suas alterações, normalmente, refletem a manifestação individual de todos os quotistas, dada a expressa confirmação pela aposição da assinatura no instrumento correspondente” (MARTINS, Pedro A. Batista. “A arbitragem nas sociedades ..”, p. 126 e no mesmo trabalho republicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002, p. 63). Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, já quanto às sociedades anônimas, deixam claro o que se pretendeu afirmar acima: “no momento da constituição da sociedade (art. 80 e ss., Lei . 6.404/76) estão vinculados à cláusula compromissória todos os fundadores que subscreveram o capital social” (CARVALHOSA, Modesto, EIZIRIK, Nelson. Ob. cit., p. 191. O mesmo trecho pode ser encontrado em CARVALHOSA, Modesto. “Cláusula compromissória estatutária....”, p. 330). Nesse mesmo sentido, relevante a transcrição da lição colhida do Direito Comparado: “Si les status contiennent une convention d’arbitrage depuis la création de la société, il n’y a aucune difficulté pour affirmer que les associés qui ont créé la société sont liés par cette clause, pour ce qui est, bien sûr, des litiges qui les concernent et qu’envisage la clause”. Mais adiante, o mesmo autor ratifica: “Si l’unanimité des associés marque son accord sur une telle introducti-

on, il n'y a, bien entendu, aucune difficulté" (CAPRASSE, Olivier. Ob. cit., p. 374-375).

133 DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 206.

134 Diz-se validade e eficácia porque se cogitou da aplicação do art. 4º, 2º, Lei nº 9.307/96, como comentado no item III.2.. Em virtude desse posicionamento, o cumprimento desse requisito seria condição de validade da cláusula compromissória estatutária. Ocorre que, a se adotar outro posicionamento, como se verá adiante nesse estudo, não haverá nenhum outro requisito de validade à cláusula compromissória inserida no estatuto, a não ser a deliberação assemblear que a inclua. Dessa forma, o que se estará discutindo é somente o alcance subjetivo, ou seja, a eficácia da cláusula, pois válida ela já será.

135 Refere-se a Modesto Carvalhosa, Nelson Eizirik e Luiz Leonardo Cantidiano nas obras cujas referências bibliográficas completas vêm em seguida: CARVALHOSA, Modesto, EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 179-206. CARVALHOSA, Modesto. "Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral". In: LOBO, Jorge (Coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321-343. EIZIRIK, Nelson. "Arbitragem nas S.A. e Ltda.", palestra proferida no âmbito do Workshop Arbitragem e Mercado de Capitais, realizado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem e pela Bovespa, ocorrido no dia 07.04.2004. CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Refor-*

ma da lei das S.A. comentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 114-120.

Deve-se alertar que Luiz Leonardo Cantidiano não é peremptório em afirmar sua posição. Seu tom não permite afirmar que considere condição de validade da cláusula compromissória estatutária o cumprimento do requisito previsto no Art. 4º, §2º, Lei nº 9.307/96: "Considerando que o estatuto tem um conteúdo contratual, cujas provisões são estabelecidas pela vontade da maioria do capital social, e que o adquirente da ação adere ao que nele (estatuto) está regulado, **penso ser prudente fazer com que seja cumprido o ritual estabelecido no referido dispositivo** [Art. 4º, §2º, Lei nº 9.307/96], a fim de evitar discussões paralelas que possam colocar em risco a solução da controvérsia pela adoção do procedimento arbitral" (CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Ob. cit., p. 114-120).

136 "Há, com efeito, um requisito necessariamente de forma para a validade e eficácia da cláusula compromissória estatutária, que depende de sua específica e formal adoção por parte de todos os compromissados. Sem essa expressa aprovação, a cláusula compromissória é nula, por ferir o direito essencial do acionista de socorrer-se ao Judiciário" (CARVALHOSA, Modesto, EIZIRIK, Nelson. Ob. cit., p. 183. O mesmo trecho pode ser encontrado em CARVALHOSA, Modesto. "Cláusula compromissória estatutária....", p. 325).

137 "Trata-se de um requisito *ad solenitatem*, em que a validade da adesão à convenção compromissória depende não

apenas de sua forma escrita como também da formalidade registrária, ou seja, do seu arquivamento na sede social da sociedade. Esse arquivamento tem efeito de publicidade, de forma a permitir a oponibilidade do pacto” (CARVALHOSA, Modesto, EIZIRIK, Nelson. Ob. cit., p. 198. O mesmo trecho pode ser encontrado em CARVALHOSA, Modesto. “Cláusula compromissória estatutária...., p. 335).

138 CARVALHOSA, Modesto, EIZIRIK, Nelson. Ob. cit., p. 184. O mesmo trecho pode ser encontrado em CARVALHOSA, Modesto. “Cláusula compromissória estatutária...., p. 325.

139 “Trata-se de pacto parassocial entre a sociedade e esses acionistas individuais. Não se confunda a cláusula compromissória estatutária com as normas estatutárias impostas a todos os acionistas coletiva e individualmente” (CARVALHOSA, Modesto, EIZIRIK, Nelson. Ob. cit., p. 195. O mesmo trecho pode ser encontrado em CARVALHOSA, Modesto. “Cláusula compromissória estatutária...., p. 333).

140 “A cláusula compromissória estatutária é um negócio jurídico autônomo (art. 8º da Lei nº 9.307/96) que não se confunde com as cláusulas organizativas constantes do mesmo estatuto social” (CARVALHOSA, Modesto, EIZIRIK, Nelson. Ob. cit., p. 197. O mesmo trecho pode ser encontrado em CARVALHOSA, Modesto. “Cláusula compromissória estatutária...., p. 334).

141 “Ocorre que, não obstante o diverso direcionamento obrigacional dos con-

tratos associativos, os vários contratantes têm muitas vezes interesses contras-tantes. [...] Nessa diferenciação entre objetivo comum da pluralidade das partes e interesse individual de cada uma delas na realização desse mesmo objetivo é que reside a inclusão válida e eficaz no contrato plurilateral constitutivo da sociedade anônima da cláusula compromissória” (CARVALHOSA, Modesto, EIZIRIK, Nelson. Ob. cit., p. 192-193. O mesmo trecho pode ser encontrado em CARVALHOSA, Modesto. “Cláusula compromissória estatutária...., p. 331-332).

142 Refere-se a Pedro Batista Martins, Paulo Cezar Aragão, Luis Loria Flaks, Daniela Bessone Barbosa Moreira e José Virgílio Lopes Enei nas obras cujas referências bibliográficas completas vêm em seguida: MARTINS, Pedro A. Batista. “A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada”. In: GARCEZ, José Maria Rossani, MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: Ltr, 2002 e no mesmo trabalho republicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002. ARAGÃO, Paulo Cezar. “A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas”, palestra proferida no âmbito do I Ciclo de Palestras sobre arbitragem, realizada pela Escola de Direito da FGV-Rio e pela Câmara de Arbitragem da FGV, ocorrida no dia 20.08.2003. FLAKS, Luis Loria. “A arbitragem na reforma da lei das S.A.”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 131, abr./jun. 2003. MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. “A convenção arbi-

tral em estatutos e contratos sociais". In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. ENEI, José Virgílio Lopes. "A arbitragem nas sociedades anônimas". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 129, jan./mar. 2003.

Note-se, por oportuno, que Daniela Bessone Barbosa Moreira faz algumas ponderações em sua linha de pensamento, aproximando-se, em algumas opiniões, do posicionamento advogado por Carvalhosa e Eizirik. A autora, por exemplo, não vê "como se possa opor a cláusula compromissória ao acionista dissidente, assim entendido aquele que tenha manifestado expressamente discordância quanto à sua inclusão no contrato social" (MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. Ob. cit., p. 370).

143 "Conquanto as sociedades anônimas tenham sofrido ataques de representantes da teoria institucional que teimam em negar campo livre para a evolução da autonomia da vontade nesse tipo de sociedade, a verdade é que se verifica uma larga vantagem da corrente que reconhece a natureza contratual da S.A." (MARTINS, Pedro A. Batista. "A arbitragem nas sociedades", p. 134 e no mesmo trabalho republicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002, p. 69). No mesmo sentido, ENEI, José Virgílio Lopes. Ob. cit., p. 144-145.

144 "Essa posição legislativa não é novidade. Traduz, em verdade, certa tradição do legislador das Anônimas. A Lei

6.404, de 1976, em seu §2º, art. 129, já prevê o procedimento de arbitragem para os casos de empate de deliberação assemblear. Mais ainda: o referido dispositivo, como redigido, estimula em primeiro plano a solução convencional, deixando a via judicial como última opção para a quebra do impasse" (MARTINS, Pedro A. Batista. "A arbitragem nas sociedades", p. 137 e no mesmo trabalho republicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002, p. 70-71).

145 "O direito das companhias permite, regra geral, mudanças estatutárias por decisão majoritária sem que desse ato resulte quebra contratual ou direito a perdas e danos. A ingressar na companhia, o acionista conhece e reconhece o princípio legal majoritário. [...] Na esteira dessa política jurídico-societária, conclui-se, pois, que o princípio majoritário, mesmo quando confrontado com os direitos essenciais, há de preponderar e, assim, guiar os rumos sociais, temperado em momentos pontuais por um quorum qualificado" (MARTINS, Pedro A. Batista. "A arbitragem nas sociedades", p. 138 e no mesmo trabalho republicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002, p. 71-72).

No mesmo sentido, vide Luis Loria Flaks, que comenta ainda a existência de freios e contrapesos na lei de sociedades anônimas na tentativa de estabilização do poder da maioria numa companhia, citando também o quorum qualificado e, ainda, a assembléia especial e o direito de

recesso. Lembra também que esses mecanismos não se fazem presentes no caso da inserção de cláusula compromissória estatutária por força da ausência de previsão legal. FLAKS, Luis Loria. Ob. cit., p. 105 ;

Daniela Bessone Barbosa Moreira, por sua vez, como já se afirmou anteriormente, à nota 140 acima, não sustenta a viabilidade da regra da maioria aos acionistas dissidentes. Em verdade, ela não chega a se referir à regra da maioria quando impõe essa exceção. Mas, de certo, esse é o princípio que tinha em mente quando fez importante ponderação (MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. Ob. cit., p. 370).

Convém assinalar que Juliana Krueger Pela conclui seu estudo sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária consignando: "Por conta desses inconvenientes, a conclusão final do presente estudo é a de que **o legislador teria andado melhor se, juntamente com a inclusão do §3º, Art. 109 da Lei nº 6.404/76, houvesse ampliado as hipóteses de exercício do direito de recesso**, para o fim de incluir dentre elas o caso de adoção da cláusula compromissória. Essa solução, além de ser mais eficiente, por evitar os custos de administração de dois sistemas de resolução de litígios, mantém incólume a autonomia do acionista dissidente, em consonância com os ditames da Lei de Arbitragem" (PELA, Juliana Krueger. Ob. cit., p. 139; grifou-se).

146 "Em concreto, o estatuto social transcende as raízes dos chamados contratos de (por) adesão, pois situado em outra latitude jurídica, a dos vínculos plu-

rilaterais. Dita ele as relações entre sócios e entre estes e a companhia, onde não se eleva a unilateralidade, a fraqueza e a hipossuficiência registradas nos contratos típicos de adesão. Nas sociedades verificam-se relações complexas, multipartes onde o investidor tem o poder prévio de escolha da posição jurídica que pretende ocupar: rendeiro, especulador ou controlador" (MARTINS, Pedro A. Batista. "A arbitragem nas sociedades", p. 140 e no mesmo trabalho republicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002, p. 72). No mesmo sentido: FLAKS, Luis Loria. Ob. cit., p. 103-104, MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. Ob. cit., p. 374, ENEI, José Virgílio Lopes. Ob. cit., p. 151 e PELA, Juliana Krueger. Ob. cit., p. 138.

Georgiana Portella endossa o que foi esposado por Pedro Batista Martins: "Ao estatuto de uma sociedade se sujeita quem quer, visto que a condição de acionista não é imposta a ninguém. [...] Não há de se presumir a aplicação da regra contida na Lei de Arbitragem dirigida aos contratos de adesão aos contratos de sociedades, visto que possuem natureza diversa. Os contratos de sociedades se caracterizam pela convergência e não pela divergência de interesses, e no qual, a rigor, não há de se falar de parte hipossuficiente" (PORTELLA, Georgiana Alexandre. "Arbitragem e a lei das sociedades anônimas", disponível em http://www.humbertodalla.pro.br/colaboradores/artigo_69.htm, acessado em 30.05.2004).

147 Para informação do leitor, assume-

se que os dispositivos legais aludidos por Paulo Cezar Aragão sejam os Art. 54, Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e os Arts. 423 e 424, Lei nº 10.406/2002 (Código Civil): “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. § 5º (Vetado)”. “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

148 ARAGÃO, Paulo Cezar. “A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas”, palestra proferida no âmbito do I Ciclo de Palestras sobre arbitragem, realizada pela Escola de Direito da FGV-Rio e pela Câmara de Arbitragem da FGV,

ocorrida no dia 20.08.2003. José Virgílio Lopes Enei, de maneira menos irônica, consentiu com essa afirmativa: “Não se pode conceber que o novo acionista tenha o direito de escolher os direitos e as obrigações a que estará sujeito sob pena de inviabilizar por completo a condução dos negócios sociais” (ENEI, José Virgílio Lopes. Ob. cit., p. 150).

149 “Ocorre que o legislador não caracterizou a cláusula arbitral como um pacto parassocial — mas sim um pacto imposto à companhia e a todos os seus acionistas —, nem criou quaisquer formalidades adicionais para que essa cláusula arbitral vincule a todos. Chega-se a esse entendimento mediante interpretação sistemática da Lei das S.A. Em todas as vezes que a lei quis criar requisitos adicionais para que determinadas obrigações vinculem a todos os acionistas ou a companhia, ela o fez de forma expressa. Estes requisitos adicionais podem ser encontrados na Lei das S.A., por exemplo, no parágrafo único do seu artigo 36 e em seu artigo 118, que tratam, respectivamente, da limitação à circulação de ações nas companhias fechadas e dos acordos de acionistas” (FLAKS, Luis Loria. Ob. cit., p. 106 ; grifou-se).

“Também não nos parece convincente o argumento de que a cláusula compromissória seria um pacto parassocial [...] sendo tal conclusão supostamente corroborada pelo art. 8º da Lei nº 9.307/96. [...] Acreditamos que a cláusula compromissória constante do estatuto social esteja intimamente ligada às demais normas organizativas da sociedade”

(ENEI, José Virgílio Lopes. Ob. cit., p. 149).

150 FLAKS, Luis Loria. Ob. cit., p. 104. José Virgílio Lopes Enei também entende que se a Lei nº 10.303/01 foi clara ao inserir o parágrafo sem a imposição de nenhum requisito adicional, além da previsão estatutária, não há como considerar aplicável o Art. 4º, §2º, Lei nº 9.307/96. A única diferença que merece ser notada é justamente o argumento de direito intertemporal utilizado por Luis Loria Flaks, uma vez que José Virgílio Lopes Enei, ao fazer sua afirmativa, não se refere ao fato de a alteração da lei societária ter sido posterior e especial frente à lei de arbitragem (ENEI, José Virgílio Lopes. Ob. cit., p. 152-153).

151 Juliana Krueger Pela aponta todos os casos em que a regra da maioria é excepcionada pela necessidade da unanimidade dos acionistas: "a regra da maioria é excepcionada de forma expressa, exigindo a lei, nas deliberações sociais, a unanimidade. Trata-se, especificamente, das hipóteses previstas no art. 202, §3º da Lei nº 6.404/1976, que cuida da distribuição de dividendo inferior ao obrigatório, no art. 221, caput, referente à transformação da companhia em outros tipos societários, e no art. 72 do Decreto-lei 2.627, de 26.9.1940, mantido em vigor pelo art. 300, da Lei 6.404/76". Ressalva que, no caso do art. 202, §3º, não se utiliza a palavra "unanimidade", mas ela é imposta de forma indireta "ao condicionar a deliberação à ausência de 'oposição de qualquer acionista presente', vale dizer, à ausência de veto" (PE-

LA, Juliana Krueger. Ob. cit., p. 136). Deve ser notado também que a regra da unanimidade prevista no Art. 221, caput, permite a derrogação expressa no estatuto social, conforme o parágrafo único do mesmo artigo.

152 A controvérsia também é polarizada nesse sentido por Juliana Krueger Pela, que redigiu trabalho sobre a vinculação dos minoritários que expressamente dissentiram da deliberação de inclusão de cláusula compromissória: "Vislumbra-se, assim, uma tensão entre, de um lado, a regra da maioria, sobre a qual se organiza, em larga medida, a disciplina das sociedades e, de outro lado, um dos princípios basilares adotados pela Lei de Arbitragem, segundo o qual a cláusula compromissória é válida desde que voluntariamente aceita pelos que a ela se sujeitarão" (PELA, Juliana Krueger. Ob. cit., p. 131).

153 Alerta-se ao leitor que a razão pela qual não se definiu se a natureza jurídica seria a do ato constitutivo ou a do ente societário oriundo daquele ato é justamente a existência de controvérsia e obscuridade até quanto a esse ponto. Rubens Requião, que estudou a matéria profundamente por ocasião de tese de concurso, registrou que os franceses consideraram haver um duplo significado na palavra sociedade, referindo-se tanto a ato constitutivo, quanto à pessoa jurídica formada (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, vol. I, 22. ed.. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 265).

154 Rubens Requião elaborou uma exposição didática do tema em seu manual de direito comercial. Em tal exposição,

a fim de dar a noção exata do problema, expõe a existência das seguintes correntes: (i) teoria do ato coletivo; (ii) teoria do complexo; (iii) teoria do ato corporativo; (iv) teoria da instituição; (v) teoria do contrato bilateral; (vi) teoria do contrato plurilateral (REQUIÃO, Rubens. Ob. cit., p. 265-272).

155 Nesse sentido, curioso notar que os seguintes estudiosos do tema objeto desta monografia (efeitos subjetivos da cláusula compromissória estatutária) identificam a teoria do contrato plurilateral como a aplicável ao estatuto social das sociedades anônimas: (i) Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik (CARVALHOSA, Modesto, EIZIRIK, Nelson. Ob. cit., p. 191-193. O mesmo trecho pode ser encontrado em CARVALHOSA, Modesto. "Cláusula compromissória estatutária....", p. 330-332); (ii) Pedro Batista Martins (MARTINS, Pedro A. Batista. "A arbitragem nas sociedades", p. 134 e no mesmo trabalho republicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002, p. 69); (iii) Paulo Cezar Aragão comenta a natureza de contrato plurilateral, mas também reconhece as marcas de uma instituição, no que tange às sociedades anônimas. Parece o autor, portanto, fazer uma conciliação entre ambas as correntes, o que, como se verá adiante, é muito natural e, de certa maneira, corriqueiro (ARAGÃO, Paulo Cezar. "A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas", palestra proferida no âmbito do I Ciclo de Palestras sobre arbitragem, realizada pela Escola de Direito da FGV-Rio e pela Câmara de Arbitragem da FGV, ocorrida

no dia 20.08.2003); (iv) José Virgílio Lopes Enei (ENEI, José Virgílio Lopes. Ob. cit., p. 144-145); (v) Juliana Krueger Pela (PELA, Juliana Krueger. Ob. cit., p. 129, nota 2, e p. 137, nota 35, quando faz deferência a Rachel Sztajn comentando essa natureza de contrato plurilateral); (vi) Daniela Bessone Barbosa Moreira não examina a questão, mas, ao cotejar o contrato de sociedade com o contrato de adesão, refere-se à jurisprudência italiana da qual se pode inferir, pelos seus fundamentos, a adoção da teoria do contrato plurilateral de Ascarelli (MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. Ob. cit., p. 374-378); (vii) Luis Loria Flaks não se posiciona efetivamente sobre o assunto. Comenta a natureza jurídica das sociedades anônimas quando refuta o argumento relacionado ao requisito do Art. 4º, §2º, Lei nº 9.307/96, mas estritamente para esse objetivo. Nessa oportunidade, o autor comenta a posição de Tullio Ascarelli, que, segundo ele, foi seguida por José Luiz Bulhões Pedreira, Rubens Requião e Fábio Konder Comparato. Apresenta, como contraposição a essa corrente, aquela que fez preponderar o caráter institucional da sociedade anônima, capitaneada por Arnoldo Wald e Fábio Ulhoa Coelho. Entretanto, não conclui o assunto, nem emite sua opinião a respeito (FLAKS, Luis Loria. Ob. cit., p. 103).

156 A dificuldade da matéria já foi brevemente demonstrada no item II.1 acima: "O que é Governança Corporativa e Conselho de Administração Independente?".

157 Conforme: FRANÇA, Erasmo Val-

ladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 21-53; SALOMÃO FILHO. Calixto. Ob. cit., p. 25-51.

158 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Ob. cit., p. 22.

159 As considerações aqui trazidas baseiam-se nas seguintes obras: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Ob. cit., p. 21-53; SALOMÃO FILHO. Calixto. Ob. cit., p. 25-51; SIMÕES, Paulo César Gonçalves. Ob. cit., p. 33-61.

Adverte-se ao leitor que, em razão da diversidade de teorias, uma ou outra teoria institucional pode se inclinar a dar uma certa relevância à vontade individual dos sócios, tornando a literalidade da afirmativa feita neste parágrafo equivocada. Pelo contrário, uma teoria denominada contratualista pode dar uma certa relevância à organização formada, negando o que foi afirmado acima. Isso é próprio do fenômeno já apontado relativo ao surgimento de teorias que tentam coadunar características apontadas por ambas as duas grandes teorias. Exemplifica-se com a teoria do contrato organização. A teoria do contrato organização, segundo a explicação de Calixto Salomão Filho, utiliza a divisão entre contratos associativos e contratos de permuta proposta por Tullio Ascarelli e relê suas proposições, de forma a se estabelecer que o intuito dos contratos associativos é a formação de uma organização e o dos contratos de permuta a criação de direitos subjetivos entre as partes. Ultrapassa-se, assim, o conceito de

Ascarelli de que a distinção entre ambas as figuras era centrada na existência de uma finalidade comum no contrato associativo. Acrescenta Calixto: "Organização na acepção jurídica significa a coordenação da influência recíproca entre atos. Portanto, adotada a teoria do contrato organização, **é no valor organização e não mais na coincidência de interesses de uma pluralidade de partes** ou em um interesse específico à autopreservação que se passa a identificar o elemento diferencial do contrato social. [...] O interesse social passa, então, a ser identificado com a estruturação e organização mais apta a solucionar os conflitos entre esse feixe de contratos e relações jurídicas" (SALOMÃO FILHO. Calixto. Ob. cit., p. 42-45; grifou-se). Lendo tais considerações, nota-se que, apesar de trazer o nome de contrato-organização, sugerindo alinhamento às teorias contratualistas, a teoria traz cunho institucional forte, pois é condescendente com a força da organização, transcendendo o interesse individual dos sócios.

160 A Lei nº 10.303 alterou a redação do *caput* do Art. 4º da Lei nº 6.404/76, que traz a definição de sociedade anônima aberta e da fechada. Leia-se o texto do *caput* atualizado: "Art. 4º Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários".

161 José Edwaldo Tavares Borba, em tradicional manual de Direito societário, explica a diferença existente entre sociedades de pessoas e de capitais: "As so-

ciedades de pessoas têm no relacionamento entre os sócios a sua razão de existir. A vinculação entre os sócios funda-se no *intuitu personae*, ou seja, na confiança que cada um dos sócios deposita nos demais. [...] Nas sociedades de capitais inexistente esse personalismo. A cada um dos sócios é indiferente a pessoa dos demais. O que ganha relevância nessa categoria de sociedades é a aglutinação de capitais para um determinado empreendimento. Desse modo, enquanto na sociedade de pessoas o quadro social deve manter-se constante, na sociedade de capitais a mutabilidade dos sócios é a regra" (BORBA, José Edwaldo Tavares Borba. *Direito societário*, 6. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47-48). Quanto ao conceito de *affectio societatis*, recorre-se à lição de Fábio Ulhoa Coelho: "A *affectio societatis* é a disposição dos sócios em formar e manter a sociedade com os outros. Quando não existe ou desaparece esse ânimo, a sociedade não se constitui ou deve ser dissolvida" (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, vol. II. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 390).

162 O estatuto social da sociedade anônima fechada pode impor limitações à circulação das ações, na forma do Art. 36, Lei nº 6.404/76: "Art. 36. O estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas. Parágrafo único. A limitação à circulação criada por alteração estatutária somente se aplicará às ações cujos titulares com

ela expressamente concordarem, mediante pedido de averbação no livro de "Registro de Ações Nominativas".

Além deste dispositivo legal, há manifestações doutrinárias e jurisprudenciais reconhecendo aspectos personalistas na sociedade anônima fechada. Nesse sentido, confira-se: COMPARATO, Fábio Konder. "Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vetera*". In: _____. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 32-51 e acórdão com a seguinte ementa: "Direito comercial. Sociedade anônima. Grupo familiar. Inexistência de lucros e de distribuição de dividendos há vários anos. Dissolução parcial. Sócios minoritários. Possibilidade. Pelas peculiaridades da espécie, em que o elemento preponderante, quando do recrutamento dos sócios, para a constituição da sociedade anônima envolvendo pequeno grupo familiar, foi a afeição pessoal que reinava entre eles, a quebra da *affectio societatis* conjugada à inexistência de lucros e de distribuição de dividendos, por longos anos, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução parcial da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo, na expressão de Rubens Requião. O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima, conduzindo à dissolução parcial. Recurso parcialmente conhecido, mas improvido" (STJ, Resp 111.294/PR, 4º Turma, Rel. p/ Acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, v.m., 19.09.2000; grifou-se).

163 A atual sociedade limitada, regulada pelos Arts. 1.052 a 1.087 do Código Civil de 2002, equivale à antiga sociedade por quotas de responsabilidade limitada prevista no Dec. nº 3.708/19.

164 “A grosso modo, sociedades abertas e sociedades fechadas. As diferenças entre umas e outras são substanciais, ou seja, de qualidade. Reguladas embora pelo mesmo diploma, é certo que merecem bem diverso tratamento” (TEIXEIRA, Egberto Lacerda, GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, vol. I. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 97-98).

165 Tal princípio se consubstancia no Art. 129, Lei nº 6.404/76, aquele mesmo dispositivo que já previa a arbitragem para a solução de empate nas deliberações no seu parágrafo segundo. O leitor deve se lembrar que quoruns qualificados, em sociedades anônimas abertas, não podem ser estatutários, como dispõe o próprio Art. 129, §1º. Transcreve-se o dispositivo: “129. As deliberações da assembléia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco. § 1º O estatuto da companhia fechada pode aumentar o quorum exigido para certas deliberações, desde que especifique as matérias. § 2º No caso de empate, se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa, a assembléia será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a deliberação; se permanecer o empate e os acionistas não concordarem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder

Judiciário decidir, no interesse da companhia”.

Divergindo da maior parte da doutrina, como demonstrado no item III.3, e da opinião aqui exposta, Marcelo Vilela entende que o Art. 129, §2º, Lei nº 6.404/76 não se referia à arbitragem: “não se trata ali do instituto da arbitragem tratado neste trabalho, mas sim do arbitramento [...], pois não existe propriamente litígio. [...] O eventual empate quanto à deliberação de determinada matéria por uma assembléia geral de sociedade anônima não configura conflito a demandar a atividade jurisdicional. Não há qualquer descumprimento de obrigação legal ou contratual, mas apenas e tão-somente um impasse em momento anterior ao nascimento de determinada obrigação social, que se dará exatamente pela deliberação da assembléia geral de uma companhia” (VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Ob. cit., p. 158-160).

166 ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 335.

167 ASCARELLI, Tullio. Ob. cit., p. 335.

168 “Nas sociedades anônimas, em substância, o direito parte do conceito de que, em consequência do número dos acionistas e da variabilidade deles, o sócio, como tal, não pode administrar, direta e pessoalmente a sociedade. Daí a distinção entre sócios e diretores; entre um órgão deliberativo (assembléia) e um órgão que preside à gestão normal da

sociedade (diretores)” (ASCARELLI, Tullio. Ob. cit., p. 334).

169 ASCARELLI, Tullio. Ob. cit., p. 334.

170 “Por um lado, os poderes da maioria foram-se alargando para facilitar a gestão da sociedade e a adaptação de seus estatutos às diferentes exigências sociais. [...] Por outro lado, no entanto, foi diminuída a discricionariedade das partes no ato constitutivo. Foram-se, assim, identificando, cada vez mais precisamente, uma série de direitos que cabem a cada acionista ou a cada acionista ordinário, e são inderrogáveis até no estatuto originário e, *a fortiori*, com um deliberação por maioria” (ASCARELLI, Tullio. Ob. cit., p. 336-337).

171 ASCARELLI, Tullio. Ob. cit., p. 338; grifou-se.

172 ASCARELLI, Tullio. Ob. cit., p. 339.

173 Afirmando a importância e preponderância do princípio da deliberação majoritária: MARTINS, Pedro A. Batista. “A arbitragem nas sociedades”, p. 137-138 e no mesmo trabalho republicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002, p. 71; ENEI, José Virgílio Lopes. Ob. cit., p. 162-163; FLAKS, Luis Loria. Ob. cit., p. 105. Destaca-se, nesse sentido, o estudo feito por Juliana Krueger Pela. A estudante analisou a regra da deliberação majoritária visando responder ao problema da eficácia subjetiva da cláusula compromissória estatutária, como já comentado anteriormente. Em sua análise, comenta que

Carvalho de Mendonça vê na regra da maioria uma necessidade lógica. Continua referindo-se ao caráter instrumental de tal regra, com base nos ensinamentos de Galgano, que denomina o princípio da maioria como uma fórmula jurídica. Destaca-se trecho especialmente importante: “Note-se que a relativização referida por Galgano não busca contestar o princípio da maioria ou, sequer, negar sua utilidade. Ao contrário, visa apenas a evidenciar sua verdadeira dimensão, que é apenas e tão-somente instrumental. Realmente, não se ignora que sem a regra da maioria a condução dos negócios sociais restaria prejudicada ou até mesmo inviabilizada” (PELA, Juliana Krueger. Ob. cit., p. 133-134).

174 Art. 109, Lei nº 6.404/76. Sobre o assunto, vide: “Os direitos essenciais não podem ser suprimidos nem pelo estatuto, nem pela assembleia, e, por isso, estabilizam as relações de poder, em determinado grau. Mais do que tutela dos minoritários, os direitos essenciais representam garantias de manutenção da posição acionária” (COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit., vol. II, p. 288).

175 O Art. 136, Lei nº 6.404/76 arrola situações que demandam quorum qualificado. Deve-se ter em conta que a sociedade anônima aberta não admite quorum qualificado estatutário. Algumas das situações do Art. 136 poderão ensejar o direito de recesso previsto no Art. 137 da mesma lei.

176 Vide nota 149 acima.

177 O direito de recesso está previsto no Art. 137, nº 6.404/76 fazendo remissão

a alguma das hipóteses do Art. 136 da mesma lei. O Art. 223, §4º e o Art. 264, §3º, Lei nº 6.404/76, por exemplo, também estabelecem outras hipóteses de direito de recesso.

178 FLAKS, Luis Loria. Ob. cit., p. 105.

179 Lei nº 6.404/76, "Art. 135. A assembleia-geral extraordinária que tiver por objeto a reforma do estatuto somente se instalará em primeira convocação com a presença de acionistas que representem 2/3 (dois terços), no mínimo, do capital com direito a voto, mas poderá instalar-se em segunda com qualquer número".

180 ARAGÃO, Paulo Cezar. "A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas", palestra proferida no âmbito do I Ciclo de Palestras sobre arbitragem, realizada pela Escola de Direito da FGV-Rio e pela Câmara de Arbitragem da FGV, ocorrida no dia 20.08.2003.

181 O trecho a seguir é representativo de como Tullio Ascarelli tinha ciência da aludida contraposição de interesses, a qual, por certo, transcendia os limites da própria sociedade anônima: "Em relação a essa situação, apresentou-se, de um lado, a necessidade de tutelar a economia popular; de tutelar os subscritores e compradores de ações, disciplinando a colocação das ações entre o público, para evitar o que os norte-americanos chamam, significativamente, de 'venda do céu azul'; tutelar os economizadores para que a sociedade não seja fraudulentamente utilizada apenas no interesse pessoal dos 'grandes' acionistas, integrando,

às vezes, com uma tutela de direito público, a autotutela de direito privado do acionista ou do credor" (ASCARELLI, Tullio. Ob. cit., p. 347).

182 ASCARELLI, Tullio. Ob. cit., p. 349; grifou-se.

183 ASCARELLI, Tullio. Ob. cit., p. 351; grifou-se.

184 Como foi dito no início da exposição desse item, a se considerar a sociedade institucional, ignoram-se as manifestações dissidentes ou a ausência de manifestações. Não se deve ler essa assertiva de maneira literal sob pena de redundar numa incongruência sem explicação: Se o voto dissidente não gera efeito jurídico algum segundo a teoria institucional ou, em outras palavras, se ele pode ser ignorado, como explicar a concessão de direito de recesso ao acionista que tenha proferido voto dissidente?

185 ASCARELLI, Tullio. Ob. cit., p. 351; grifou-se.

186 TEIXEIRA, Egberto Lacerda, GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Ob. cit., p. 3; grifou-se.

187 TEIXEIRA, Egberto Lacerda, GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Ob. cit., p. 98.

188 "A lei sobre sociedades anônimas, *sub* comentário, não obstante mantinha quadros tradicionais do contratualismo, revela sensível tendência ao institucionalismo" (BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à lei das sociedades anônimas*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 56).

189 Para o texto do Art. 116, parágrafo único, Lei nº 6.404/76, e um breve comentário sobre o seu teor, remete-se o leitor à nota 62 acima.

190 BATALHA, Wilson de Souza Campos. Ob. cit., p. 56; grifou-se. No mesmo sentido: “São, assim, as sociedades anônimas institucionais ou normativas, cuja constituição e funcionamento dependem do cumprimento de regras escritas emanadas da lei, não tendo nas mesmas grande importância o número ou pessoas dos sócios” (MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 3). “A Lei nº 6.404/76, numa demonstração de que a sociedade anônima é uma verdadeira instituição” (BORBA, José Edwaldo Tavares Borba. Ob. cit., p. 105). “São contratuais as sociedades em nome coletivo, em comandita simples e limitada, e institucionais as sociedades anônima e em comandita por ações. [...] Se a sociedade é institucional, as respostas às mesmas questões são diferentes. O herdeiro da ação necessariamente passa a integrar o quadro de acionistas. Se não o deseja, pode negociar suas ações, vendendo-as a interessados no investimento. Mas para isso ele precisa tornar-se, ainda que por pouco tempo, um membro da sociedade. Em outras palavras, o vínculo societário não pode ser desfeito mediante o reembolso da participação societária, porque não tem a natureza de um contrato [...]” (COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit., vol. II, p. 26).

191 Contrariamente à posição aqui espousada, José Maria Muñoz-Planas enten-

de que a privação da tutela jurisdicional escapa ao poder decisório da maioria: “privar a los socios de la tutela jurisdiccional de sus derechos implicados en una controversia ya sea potencial o actual, y esa privación, a mi entender, escapa al poder decisorio de la mayoría” (MUÑOZ-PLANAS, José Maria. Ob. cit., p. 432-433). Entende que não se aplica o princípio da modificabilidade do contrato social pela maioria porque esse foi concebido como forma de permitir a adequação do ente social às necessidades de desenvolvimento da empresa e a cláusula arbitral não corresponde a essa função (MUÑOZ-PLANAS, José Maria. Ob. cit., p. 433). De todo o exposto, permite-se discordar do posicionamento do professor espanhol. Duas premissas, nas quais se baseiam seu posicionamento, encontram-se equivocadas: (i) não se está afastando a tutela jurisdicional, porque, como demonstrado, a arbitragem pode figurar como legítima forma de soluções de controvérsias com características jurisdicionais (mesmo sem considerar o caráter jurisdicional que a ela foi atribuído pela lei brasileira); (ii) a cláusula de arbitragem não se diferencia do restante das cláusulas estatutárias quanto ao aspecto do desenvolvimento da companhia, como será abordado mais adiante.

192 Ainda que se diga ser desnecessária a citada incursão, merece ser apontado o estudo feito por Teresa Negreiros sobre contrato de adesão quando da elaboração de sua tese de doutorado sobre os novos paradigmas contratuais. A autora explica que Orlando Gomes propôs um critério de classificação dos contratos de

adesão que transcendia a usual definição de que o contrato de adesão é aquele que não é negociado bilateralmente, quando uma das partes tem o poder de definir o conteúdo do contrato e à outra só resta se sujeitar. Demonstra que Orlando Gomes usa a qualificação “de adesão” somente para os contratos que não poderiam deixar de ser celebrados pelo aderente: “Para Orlando Gomes, portanto, o aderente não se definiria como o contratante que aceita como um todo o conjunto de condições preestipuladas pelo ofertante, mas, mais precisamente, aquele que **precisa fazê-lo**” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 366; grifou-se). Continua sua exposição aludindo à definição de Enzo Roppo, na qual consta o traço da necessidade de contratar, assim como também ocorre na *common law*. Entretanto, pondera que a definição legal não consagra tal elemento: “Não consta da definição legal o elemento **tão bem** salientado por Orlando Gomes, referente à necessidade de contratar” (NEGREIROS, Teresa. Ob. cit., p. 367; grifou-se). Pode ser afirmado que, a prevalecer tal critério da necessidade de contratar, não se poderia qualificar o estatuto social de sociedade anônima como contrato de adesão, ainda que está tenha seus títulos admitidos no mercado de valores mobiliários. Não resta a menor dúvida de que títulos negociados em bolsa não fazem parte da necessidade do ser humano. Esta conclusão acerca do contrato de adesão parece estar corroborada por um dos novos paradigmas do contrato propostos pela autora: o paradigma da essencialidade. A

incidência de tal paradigma na teoria geral dos contratos “resultará sempre de um exame que considere a destinação do bem submetido à classificação”. Sobre o paradigma da essencialidade, vide ainda o trecho transcrito: “Embora não conste expressamente dos esquemas classificatórios tradicionais no direito civil, a classificação dos bens em essenciais, úteis e supérfluos e sua utilização como fator diferenciação dos contratos que tenham por objeto a sua aquisição ou utilização são propostas interpretativas perfeitamente compatíveis com tais esquemas, desde que se lhes imprima uma nova luz: a da primazia das situações existenciais sobre as situações patrimoniais. [...] O paradigma da essencialidade constitui a base para uma tal diferenciação, e encontra fundamento na Constituição, na medida em que esta institui uma cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, impondo, desta forma, o reconhecimento da influência de interesses não-patrimoniais sobre a conformação jurídica das relações contratuais” (NEGREIROS, Teresa. Ob. cit., p. 449-450).

193 Esse argumento foi utilizado por Luis Loria Flaks, como demonstrado no item III.3.

194 Tais considerações foram objeto de apreciações no item III.2.

195 Conforme item I.3.2.

196 Conforme item II.4.

197 Conforme item III.2.

198 Nesse sentido, vide o trecho transcrito: “[...] não é possível tê-la como satis-

fatória ou até mesmo apropriada. É preciso lembrar, a esse respeito, que a convivência, dentro de uma mesma companhia, de acionistas sujeitos a um determinado juízo arbitral e acionistas não sujeitos a esse juízo arbitral pode engendrar situações ainda mais complexas e insolúveis" (PELA, Juliana Krueger. Ob. cit., p. 139).

199 CAPRASSE, Olivier. Ob. cit., p. 375.

200 Nesse sentido, leia-se: "En el caso de los cesionarios o adquirentes de participaciones sociales a cualquier título, en la medida que los mismos ingresan a la sociedad, que conforme a sua naturaleza ingresa en el marco de los contratos plurilaterales de organización, y se constituyen en causahabientes de los derechos y obligaciones de los cedentes o enajenantes de esas participaciones sociales, resultan sometidos a las mismas reglas contractuales que éstos, presuponiendo sua aceptación de la calidad o status de socios o accionistas, la aceptación del contrato mismo y de sus cláusulas en su integridad, entre elas que se incluyen las propias cláusulas compromisorias" (RIPPE, Siegbert. "El arbitraje como medio alternativo de solución de controversias comerciales". In: PUCCI, Adriana Noemi. *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 377). Ainda, Daniela Bessone Barbosa Moreira: "O adquirente de ações deve conhecer o estatuto social da companhia em que decidiu investir. A compra das ações importará na assunção dos direitos e obrigações dos demais sócios, nos termos do estatuto. O pacto arbitral,

nesse ponto, não difere das outras regras ali contidas" (MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. Ob. cit., p. 382). José Maria Muñoz-Planas também se alinha a esse pensamento quanto aos novos sócios, independente de se tratar dos que tenham adquirido o *status socii* por motivo *mortis causa* ou *inter vivos*. Complementa sua opinião sobre o tema com elucidativo argumento: "nuevos socios éstos quedan sometidos automáticamente a la normativa estatutaria y, en concreto, a la cláusula compromissoria en ella incluida y cuya ignorancia no cabe alegar ante la eficacia positiva de la publicidad registral" (MUÑOZ-PLANAS, José Maria. Ob. cit., p. 418; grifou-se).

201 ARAGÃO, Paulo Cezar. "A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas", palestra proferida no âmbito do I Ciclo de Palestras sobre arbitragem, realizada pela Escola de Direito da FGV-Rio e pela Câmara de Arbitragem da FGV, ocorrida no dia 20.08.2003.

202 "A natureza aberta da sociedade anônima [...] é na verdade decorrência da natureza plurilateral ínsita à sociedade anônima, a qual exige uma uniformidade de direitos e obrigações por parte de cada acionista sob pena de inviabilidade da sociedade" (ENEI, José Virgílio Lopes. Ob. cit., p. 152; grifou-se).

203 Não é demais lembrar que a vinculação dos acionistas dar-se-á na condição de acionistas. Quando figurarem como terceiros, como quando contratam com a sociedade, não estarão vinculados à arbitragem por força da cláusula compromissória estatutária. Essa é a lição

de José Maria Muñoz-Planas: "Mas apenas es necesario decir que esa eficacia vinculante de la cláusula sólo afecta, tanto a la sociedad como a los socios, si la controversia o diferencia surgida dimana o trae su causa del contrato de sociedad, de las relaciones jurídicas intersocietarias [...] De suerte que si, por ejemplo, en un litigio con la sociedad no actúa el socio como tal, sino como tercero, parte en una relación jurídica extracorporativa, la cláusula estatutaria es inoperante" (MUÑOZ-PLANAS, José Maria. Ob. cit., p. 415).

204 Os membros da diretoria não precisam ser acionistas, mas os conselheiros de administração precisam deter participação acionária, a teor da Lei nº 6.404/1976, "Art. 146. Poderão ser eleitos para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, devendo os membros do conselho de administração ser acionistas e os diretores residentes no País, acionistas ou não". Faz-se necessária essa explicação em razão da diferenciação que deve ocorrer quanto à natureza do litígio em voga. Se o litígio disser respeito à condição de acionista, não há dúvida de que o conselheiro-acionista estará vinculado à arbitragem na exata medida de sua condição como acionista. Se, no entanto, o litígio disser respeito à condição de administrador, não há como asseverar a vinculação

205 "A cláusula compromissória não é oponível fora das relações estabelecidas nesse sentido entre as partes, que são a sociedade e aqueles acionistas convenientes, ou seja, não é oponível aos demais acionistas e nem a terceiros. Não é,

outrossim, oponível aos administradores e fiscais da sociedade" (CARVALHOSA, Modesto, EIZIRIK, Nelson. Ob. cit., p. 197. O mesmo trecho pode ser encontrado em CARVALHOSA, Modesto. "Cláusula compromissória estatutária....", p. 334). Mais adiante, voltam a consignar: "E, conforme já aventado, os administradores da sociedade não são partes na cláusula compromissória estatutária, adstrita que está à sociedade e àqueles acionistas que a instituam ou aderiram" (CARVALHOSA, Modesto, EIZIRIK, Nelson. Ob. cit., p. 201. O mesmo trecho pode ser encontrado em CARVALHOSA, Modesto. "Cláusula compromissória estatutária....", p. 337). Ainda: "Parece-nos mais acertado, entretanto, o entendimento de que o administrador não se vincula automaticamente à cláusula compromissória estatutária já que ele não é parte do contrato plurilateral em que consiste a sociedade" (ENEI, José Virgílio Lopes. Ob. cit., p. 167). E, no mesmo sentido, Luis Loria Flaks explica o que aqui se propôs, ou seja, em razão de a lei não ter se referido expressamente aos administradores, a vontade da maioria não poderá vinculá-los à cláusula compromissória: "No que se refere ao alcance subjetivo da arbitragem prevista nos estatutos das companhias, deve-se examinar, também, a possibilidade ou não de se vincular partes em conflitos que não os previstos no artigo 109, §3º, da Lei das S.A., a exemplo daqueles que envolvam apenas acionistas minoritários, apenas acionistas controladores ou, ainda, os conflitos entre a companhia ou os acionistas, de um lado, e os administradores ou qualquer

terceiro, de outro. É certo que a Lei das S.A. prevê, expressamente, apenas duas espécies de conflitos suscetíveis de serem dirimidos por arbitragem: (i) entre acionistas e a companhia, ou (ii) entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários. Trata-se, portanto, do chamado silêncio eloquente. Certo ou errado, não importa, **entendeu o legislador que somente naquelas duas hipóteses poderia a vontade da maioria vincular os acionistas**, pois apenas nesses casos, segundo o seu entendimento, haveria necessariamente um legítimo interesse social” (FLAKS, Luis Loria. Ob. cit., p. 112 ; grifou-se).

206 ENEL, José Virgílio Lopes. Ob. cit., p. 167.

207 Deve-se ter em mente que, a teor do Art. 140, IV, Lei nº 6.404/76, as deliberações do Conselho de administração serão tomadas pela maioria de votos, assim como o faz para a assembléia geral (Art. 129, Lei nº 6.404/76). Leia-se, por oportuno, o texto do dispositivo: “Art. 140. O conselho de administração será composto por, no mínimo, 3 (três) membros, eleitos pela assembléia-geral e por ela destituíveis a qualquer tempo, devendo o estatuto estabelecer: [...] IV - as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho, que deliberará por maioria de votos, podendo o estatuto estabelecer quorum qualificado para certas deliberações, desde que especifique as matérias”.

208 Interessante notar que a ata de reunião do conselho deve ser lavrada no livro próprio da companhia, previsto no Art. 100, VI, Lei nº 6.404/76. Entretanto,

só produz efeitos perante terceiros caso seja arquivada no registro competente, na forma do Art. 142, §1º, Lei nº 6.404/76: “Art. 142. Compete ao conselho de administração: [...] § 1º Serão arquivadas no registro do comércio e publicadas as atas das reuniões do conselho de administração que contiverem deliberação destinada a produzir efeitos perante terceiros”.

209 Refere-se ao já comentado Art. 129, §2º, que, antes mesmo da reforma da lei das sociedades anônimas, empreendida em 2001, já previa a solução pela via arbitral. Transcreve-se novamente a disposição: “Art. 129. As deliberações da assembléia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco. [...] § 2º No caso de empate, **se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa**, a assembléia será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a deliberação; se permanecer o empate e os acionistas **não concordarem em cometer a decisão a um terceiro**, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia” (grifou-se).

210 Veja o que escreve sobre o assunto Marta Llaveró Rodríguez-Porrero: “¿Cabe el arbitraje para superar el empate de votos del consejo? [...] La resolución de la DGRN de 27 de abril de 1989, **declara que no es admisible el arbitraje para diferir a un tercero la superación del empate de votos**, lo hacen en su calidad de miembros del órgano social” (RODRÍGUEZ-PORRERO, Marta Llaveró).

ro. *El consejo de administracion de la sociedad anonima*. Valencia: CISS, 1999, p. 70; grifou-se). Continua a autora aduzindo que não atuam os membros do conselho de administração por sua própria vontade, em prol de seus próprios interesses (RODRÍGUEZ-PORRERO, Marta Llaveró. Ob. cit., p. 70). Nessa mesma linha, Olivier Caprasse reflete sobre a indelegabilidade das decisões administrativas no seio de uma companhia e sobre como essa regra pode ou não se aplicar à decisão cominada a um árbitro: “les différends relatifs à la bonne gestions de la société posent de difficiles questions au regard de l’intervention des arbitres. [...] si l’arbitre accepte sa mission, il se substitue, pour un acte déterminé, au gestionnaire de la société. [...] L’arbitre est un juge. Quel que soit le degré de réglementation de la société dans laquelle il est amené à intervenir, il ne pourra donc, pas plus que le juge étatique, être investi de pouvoirs de gestion. Ceuz-ci ne rentrent pas dans sa mission juridictionnelle” (CAPRASSE, Olivier. Ob. cit., p. 170-174; grifou-se).

211 Como afirmado no Capítulo I, item I.1.

212 Inst. CVM nº 391, de 16.07.2003, “2º O Fundo de Investimento em Participações (fundo), constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinados à aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, participando do

processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração. [...] § 4º As companhias fechadas referidas no *caput* deverão seguir as seguintes práticas de governança: [...] IV – adesão a câmara de arbitragem para resolução de conflitos societários”.

213 As debêntures oriundas das escrituras de emissão uniformizadas chamam-se debêntures padronizadas, por força do Art. 2º, I, Inst. CVM nº 404, de 13.02.2004.

214 A cláusula 9.3 é a cláusula compromissória propriamente dita. A cláusula 9.4 é uma cláusula de eleição de foro residual, restringindo-se às hipóteses em que os árbitros não terão poderes para decidir: “9.3. Resolução de Conflitos. Todas e quaisquer dúvidas e controvérsias que porventura vierem a surgir em relação aos termos e condições da ESCRITURA serão resolvidas por arbitragem, de acordo com o previsto na Lei nº 9.307/96, cuja decisão será imediatamente acatada pela EMISSORA e Debenturistas, estes representados pelo AGENTE FIDUCIÁRIO. 9.3.1. Modalidade de Arbitragem. Aplicar-se-ão à arbitragem a legislação substantiva nacional e as regras constantes do Regulamento da [denominação da Câmara de Mediação e Arbitragem escolhida pela bolsa de valores ou entidade do mercado de balcão organizado em que forem negociadas as debêntures]. 9.4. Foro. Fica eleito o Foro da Cidade de [sede da bolsa de valores ou da entidade do mer-

cado de balcão organizado em que forem negociadas as debêntures ou a localidade onde tenha domicílio parcela relevante do público investidor alvo da distribuição], Estado de para o exercício do direito de ação previsto no artigo 33 da Lei n.º 9.307/96 e para a execução de sentença arbitral e das obrigações de pagamento previstas nesta ESCRITURA, com renúncia a qualquer outro, por mais privilegiado que seja”.

215 Até mesmo porque há o princípio que diz que o árbitro é o primeiro juiz de sua própria competência: “Para que se analise o poder dos árbitros é fundamental que se comente o princípio da competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência, erroneamente chamado pela doutrina por sua denominação alemã *Kompetenz-Kompetenz*. A expressão alemã significa que o poder do árbitro de determinar sobre a sua própria competência é exclusivo, ao passo que o princípio que está sendo comentado significa que o árbitro irá examiná-lo em primeiro lugar, podendo essa questão ser reexaminada posteriormente pelo Judiciário” (DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 247).

216 Conforme Art. 422, CC/2002.

217 O Código civil vigente prevê expressamente o abuso de direito, diversamente do que ocorria com o anterior, no Art. 187, CC/2002.

218 Luis Loria Flaks comenta o parâmetro do abuso de direito sob a ótica societária, conforme a previsão expressa do Art. 117, Lei n.º 6.404/76, relacionada

ao abuso do poder de controle. Considera que a cláusula que venha a ferir o princípio da igualdade processual das partes seria consequência do exercício do abuso do poder de controle (FLAKS, Luis Loria. Ob. cit., p. 115-116). É também o que parece admitir José Virgílio Lopes Enei ao comentar: “A conclusão deste trabalho no sentido de que a cláusula compromissória estatutária seria vinculante a todos os acionistas (inclusive dissidentes, ausentes, acionistas sem direito de voto e novos acionistas), não significa que não se reconheça a possibilidade de eventuais abusos por parte dos acionistas controladores com eventual prejuízo aos minoritários” (ENEI, José Virgílio Lopes. Ob. cit., p. 171).

219 Luis Loria Flaks dá exemplo semelhante a este, mas pondera suas conclusões com a capacidade financeira do acionista, afirmando que “em se tratando de um acionista minoritário sem muitos recursos, a arbitragem em Paris impediria, na prática, o seu acesso à câmara arbitral [...] Isso não ocorreria, entretanto, se o acionista minoritário tivesse recursos suficientes para instaurar ou se defender em qualquer procedimento arbitral, não importa onde” (FLAKS, Luis Loria. Ob. cit., p. 116).

220 Como se pode ver, deve-se concordar com Luis Loria Flaks quanto à ponderação da capacidade financeira do acionista.

221 Essas assertivas foram cogitadas com base na lição de Pedro Batista Martins: “Importante é a transparência da deliberação. Deve constar com clareza da ordem do dia. Deve ser dada publicidade.

Preferencialmente, a existência da cláusula compromissória deveria, também, ser informada nas demonstrações financeiras e nos certificados de ações e publicizada junto à CVM e às Bolsas de Valores” (MARTINS, Pedro A. Batista. “A arbitragem nas sociedades ..”, p. 140-141 e no mesmo trabalho republicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002, p. 73). É também nesse sentido que caminha o posicionamento que José Virgílio Lopes Enei: “No âmbito da bolsa de valores ou mercado de balcão organizado, seria prudente introduzir um sinal ou referência que pudesse distinguir as sociedades sujeitas a arbitragem estatutária” (ENEI, José Virgílio Lopes. Ob. cit., p. 171).

222 Para maiores informações sobre a empresa, vide o seu site: www.petrobras.com.br. Relevante ainda a menção à monografia de final de curso apresentada no curso de administração da Universidade Estácio de Sá em que, sob a ótica do administrador, foram analisadas questões relativas à governança corporativa na empresa: SETUBAL JUNIOR, Waldemiro. *Governança corporativa: foco Petrobras*. Monografia de conclusão de curso de bacharelado apresentada à faculdade de administração da Universidade Estácio de Sá, Prof. Alberto do Vale Almeida (Orientador), 2002. Sobre a mudança do objeto social da empresa, permitindo expressamente as atividades relacionadas à energia, vide a Lei nº 10.438/02.

223 Remete-se o leitor à nota 46 acima para referências bibliográficas e citações que comprovem essa afirmativa.

224 Conforme noticiado pela Agência Estado: “Petrobras acerta detalhes para aderir ao selo nível 2”, em 11.01.2002, disponível em <http://txt.estado.com.br/editorias/2002/01/11/eco022.html>, acessado em 21.01.2004.

225 A ata mencionada consta do site de Relações com Investidores da Petrobras: www.petrobras.com.br/ri.

226 Quanto à divulgação pela imprensa, vide, a título de exemplo: Agência Estado. “Petrobras fica fora do Nível 2 da Bovespa”, em 31.12.2002, disponível em <http://txt.estado.com.br/editorias/2002/12/31/eco032.html>, acessado em 21.01.2004. Quanto à publicação de fato relevante, vide fato relevante publicado em 30.12.2002, também disponível no site de Relações com Investidores da Petrobras (<http://www.petrobras.com.br/ri>).

227 Informação também obtida no site de Relações com Investidores da Petrobras (<http://www.petrobras.com.br/ri>), mediante a análise das atas de assembleia geral extraordinárias ocorridas após aquela que acarretou a inclusão da cláusula compromissória.

228 Como observado na introdução deste trabalho, não constituem objeto deste estudo as questões relativas à arbitralidade objetiva dos litígios societários. No caso da cláusula compromissória da Petrobras, inúmeras discussões poderiam ser travadas acerca do parágrafo único desta cláusula, que abre espaço para os mais variados tipos de abusos por parte do controlador, o governo federal, quando não lhe convier a arbitragem.

Nesse sentido, bastará a arguição dessa duvidosa excludente para se esvaziar a cláusula compromissória e retirar toda a garantia dada aos investidores. Toda a idéia subjacente à adoção da arbitragem, ou seja, aquela de comprometimento com a solução rápida e eficaz dos conflitos, resta inócua diante desse dispositivo.

Repita-se que não cabe aqui fazer maiores ilações quanto ao tema, mas, deve-se concordar que ou a Petrobras e seu acionista controlador se submetem à arbitragem ou não se submetem. Essa situação de deixar ao alvedrio do controlador as ocasiões em que se submeterá à arbitragem por ser necessária a análise das matérias que digam respeito ao exercício do poder de controle deve ser fortemente repelida. Por esse motivo, quando se comenta a boa-fé da companhia e de seu controlador ao incluir a cláusula compromissória estatutária, ressalvas merecem ser feitas quanto ao fatídico texto da cláusula efetivamente inserida. O que se pretende afirmar é que as circunstâncias da inclusão demonstram a boa-fé, mas a cláusula por si própria é de contestável boa-fé.

A ressalva contida na cláusula compromissória, sob determinado aspecto, pode, até mesmo, ser considerada como condição potestativa, pois sujeita todos os acionistas que não detenham o poder de controle “ao puro arbítrio de uma das partes” (Art. 122, CC/2002 e Art. 115, CC/1916), pois o governo federal goza de uma prerrogativa odiosa, qual seja, a de escolher os tipos de litígios que quer ver solucionados pela arbitragem.

Sobre o assunto, vide: PINTO JUNIOR, Mario Engler. “O Novo Mercado da Bovespa e o compromisso da sociedade de economia mista com práticas de boa governança corporativa”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 128, out./dez. 2002.

229 Exemplificadamente: 1) BATISTA, João P. Nogueira [Diretor de Relações com Investidores da Petrobras]. “Alinhamento de Interesses: minoritários e controladores”, palestra proferida no Congresso do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, ocorrida em 11.11.2002, disponível em <http://www.ibgc.org.br/>, acessada em 28.01.2003. 2) Petrobras. “A Petrobras e a Governança Corporativa”, comunicação institucional, disponível em www.petrobras.com.br/ri, acessado em 25.03.2003, 21.01.2004 e 29.05.2004. 3) Petrobras, Gerência de Relacionamento com investidores. Jornal “Petrobras em Ações” nº 4/mar. 2002, disponível em www.petrobras.com.br/ri, acessado em 25.03.2003 e 21.01.2004. Estes três veículos são importantes formas de divulgação, mas, exceto pelo folder, men.

7. Bibliografia e Fontes da Internet

ABOIM, Luiz Cláudio. “Arbitragem nas S.A. e Ltdas.”, palestra proferida no âmbito do Workshop Arbitragem e Mercado de Capitais, realizado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem e pela Bovespa, ocorrido no dia 07.04.2004.

Agência Estado, “BC quer que grandes empresas fechadas publiquem

balanços”, em 19.01.2001, disponível em www.estadado.com.br/ageestado/noticias/2001/abr/19/121.htm, acessado em 21.01.2004.

_____. “Petrobras acerta detalhes para aderir ao selo nível 2”, em 11.01.2002, disponível em <http://txt.estado.com.br/editorias/2002/01/11/eco022.html>, acessado em 21.01.2004.

_____. “Petrobras fica fora do Nível 2 da Bovespa”, em 31.12.2002, disponível em <http://txt.estado.com.br/editorias/2002/12/31/eco032.html>, acessado em 21.01.2004.

ALVIM, J.E. Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ARAGÃO, Paulo Cezar. “Conselheiros e acordos de acionistas”, em 07.10.2001, disponível em www.estado.estadado.com.br/editorias/2001/10/07/eco036.html, acessado em 25.04.2003.

_____. “A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas”, palestra proferida no âmbito do I Ciclo de Palestras sobre arbitragem, realizada pela Escola de Direito da FGV-Rio e pela Câmara de Arbitragem da FGV, ocorrida no dia 20.08.2003.

ARAUJO, Nadia. *Contratos internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. “Contratos interna-

cionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro”. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos internacionais*, 3. ed.. São Paulo: RT, 2002.

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

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à lei das sociedades anônimas*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BATISTA, João P. Nogueira. “Alinhamento de Interesses: minoritários e controladores”, palestra proferida no Congresso do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, ocorrida em 11.11.2002, disponível em <http://www.ibgc.org.br/>, acessada em 28.01.2003.

BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. Rio de Janeiro: Lucerna, 2003.

BLACK, Bernard S.. “Strengthening Brazil’s securities markets”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 120, out./dez. 2000.

BNDES, “Programa de Apoio às Novas Sociedades Anônimas”, disponível em <http://www.bndes.gov.br/produtos/estruturados/novasa.asp>, acessado em 24.01.2004.

BORBA, José Edwaldo Tavares Borba.

- Direito societário*, 6. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BUCHÉB, José Alberto. *A arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- BUCCIOLI, Fábio. "O uso da cláusula arbitral nos contratos societários". In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 108, out./dez. 1997.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: Lei nº 9.307/96, 3. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CAMARGO, João Laudo de, BOCATER, Maria Isabel do Prado. "Conselho de Administração: seu funcionamento e participação de membros indicados por acionistas minoritários e preferencialistas" In: LOBO, Jorge (Coord.). *Reforma da lei de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da lei das S.A. comentada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CAPRASSE, Olivier. *Les sociétés et arbitrage*. Paris: L.G.D.J., 2002.
- CARLINO, Bernardo. *Mediación y arbitraje em sociedades comerciales*. Buenos Aires: Osmar D. Buyatti, 1998.
- CARMONA, Carlos Alberto. "A arbitragem no terceiro ano de vigência da lei nº 9.307/96". In: PUCCI, Adriana Noemi. *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. "Árbitros e juízes: guerra ou paz?". In: MARTINS, Pedro A. Batista Martins, LEMES, Selma M. Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CARVALHO, Antonio Gledson de. "Efeitos da migração para os níveis de governança da Bovespa", janeiro de 2003, disponível em www.bovespa.com.br/pdf/usp niveis.pdf, acessado em 21.01.2004.
- CARVALHOSA, Modesto. "Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral". In: LOBO, Jorge (Coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CARVALHOSA, Modesto, EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- Centrais Elétricas de Santa Catarina S. A. – CELESC, "Estatuto social", disponível em <http://www.celesc.com.br/publicacoes/estatuto.php>, acessado em 27.05.2004.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo,

- DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, vol. I e II. São Paulo: Saraiva, 2002.
- Companhia de saneamento básico do estado de São Paulo - SABESP, "Estatuto social", disponível em www.sabesp.com.br, acessado em 27.05.2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. "Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vetera*". In: _____. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*, 6. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. "Direito Internacional Privado – O princípio da proximidade e o futuro da humanidade", aula inaugural pronunciada em 24 de outubro de 2002 na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, mimeo.
- EIZIRIK, Nelson. "Arbitragem nas S.A. e Ltda.", palestra proferida no âmbito do Workshop Arbitragem e Mercado de Capitais, realizado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem e pela Bovespa, ocorrido no dia 07.04.2004.
- ENEL, José Virgílio Lopes. "A arbitragem nas sociedades anônimas". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 129, jan./mar. 2003.
- FERREIRA, Waldemar Martins. "Sociedade commercial. Dissolução. Como deve ser feito o balanço final. A clausula compromissoria". In: _____. *Questões de direito commercial*. [S.l.]: [S.n.], [19--].
- FLAKS, Luis Loria. "A arbitragem na reforma da lei das S.A.". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 131, abr./jun. 2003.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. "A Lei e o Foro de Eleição em tema de Contratos Internacionais". In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*, 3. ed.. São Paulo: RT, 2002.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembléias de S.A.*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de negociação. Resolução alternativa de conflitos: ADRS, mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- GONÇALVES, Eduardo Damião. "Breves considerações sobre as rela-

- ções do poder judiciário com a arbitragem (a propósito da participação dos tribunais estatais na fase de constituição do tribunal arbitral)". In: GARCEZ, José Maria Rossani, MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: Ltr, 2002.
- GRIFFITHS, Terri Truitt, TYLER, Timothy J.. *Arbitrating International Oil and Gas Disputes: Practical Considerations*. Disponível em: www.interarbitration.net, acessado em 06.02.2003.
- GUYÉNOT, Jean. *Cours de droit commercial*. Paris: Librairie du journal des notaires et des avocats, 1977.
- GUYON, Yves. "La corporate governance em droit français". In : *Rivista delle Società* v. 44, n. 1, genn./febb. 1999.
- HWANG Michael, MUTTATH, Rajesh C. "Arbitration in company matters". In: *International Business Law Journal* nº 5, 2001. [Publicação bilingue que também pode ser referenciada da seguinte forma em francês : HWANG Michael, MUTTATH, Rajesh C. "Arbitrage et questions relative aux sociétés". In: *Revue de droit des affaires internationales* nº 5, 2001].
- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, "Relatório Cadbury – Código de Práticas Recomendáveis", disponível em www.ibgc.org.br/ibConteudo.asp?IDp=263&IDArea=321, acessado em 21.01.2004.
- _____. "Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa", 3º edição, disponível em <http://www.ibgc.org.br/imagens/StConteudoArquivos/Codigo%20IBGC%203o%20versao.pdf>, acessado em 20.06.2004.
- Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- International Chamber of Commerce, "What is ICC?", disponível em http://www.iccwbo.org/home/menu_what_is_icc.asp, acessado em 13.06.2004.
- _____. "International Court of Arbitration", disponível em http://www.iccwbo.org/index_court.asp, acessado em 13.06.2004.
- KEUTGEN, Guy. "Introduction Générale". In: BENOIT-MOURY, Anne et al.. *L'arbitrage dans la vie des sociétés*, Bruxelas: Cepani, 1999.
- LA PORTA, Rafael et al. "Law and Finance". In: *Journal of Political Economy* vol. 106, n. 6, 1998.
- LAMEIRA, Valdir de Jesus. *Governança Corporativa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- LEE, João Bosco. "A Lei nº 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do

- litígio na arbitragem comercial internacional". In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* n. 11, jan./mar. 2001.
- LEMES, Selma M. Ferreira. "Os princípios jurídicos da lei de arbitragem". In: MARTINS, Pedro A. Batista Martins, LEMES, Selma M. Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- LODI, João Bosco. *Governança corporativa*, 3. ed.. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- London Court of International Arbitration. "Introductory Brochure", disponível em <http://www.lcia-arbitration.com/lcia/#19>, acessado em 13.06.2004.
- LUCENA, Waldecy. *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LUISO, Francesco P.. "Appunti sull'arbitrato societario", disponível http://www.judiciium.it/focus/focus_glo.html, acessado em 29.05.2004.
- MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- MARTINS, Pedro A. Batista. "A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada". In: GARCEZ, José Maria Rossani, MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: Ltr, 2002.
- _____. "A Arbitragem nas Sociedades de Responsabilidade Limitada", *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002.
- _____. "O poder judiciário e a arbitragem. Quatro anos da Lei nº 9.307/96 (1ª parte)". In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* n. 9, jul./set. 2000.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. "Regulação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil". In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.
- MB Associados, "Desafios e Oportunidades para o Mercado de Capitais Brasileiro", junho de 2000, disponível em www.bovespa.com.br/pdf/mercado_capitais_desafios.pdf, acessado em 21.01.2004.
- MEDEIROS, Suzana Domingues. *Arbitragem entre o Estado brasileiro e empresas privadas*. Monografia de conclusão de curso de bacharelado apresentada à faculdade de direito da UERJ, Prof. Jacob Dolinger (Orientador), Prof. Carmen Tiburcio (Co-orientadora), 2002.

- MELLO, Marcelo de Oliveira, ANDRADE, Carlos César Borromeu de. "A arbitragem nos contratos comerciais e petrolíferos internacionais". In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. "A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais". In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- Natura Cosméticos S.A., "Estatuto social", disponível em http://www.natura.net/port/site.asp?link=/portal_ri/index.asp, acessado em 28.05.2004.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NEGREIROS, Teresa, LAMAS, Natália Mizrahi. "Arbitragem: notícias e perspectivas". In: *BM&A Review* [Publicação bimestral do Escritório BARBOSA MÜSSNICH & ARAGÃO ADVOGADOS] n. 2, nov./dez. 2003.
- NEGRI, Juan Javier. "Aplicação da arbitragem nos conflitos societários no mercado internacional", palestra proferida no âmbito do Seminário Arbitragem nas Sociedades anônimas, realizado pela Abrasca [Associação Brasileira das Companhias Abertas], ocorrido no dia 28.11.2001.
- Net Serviços de Comunicações S.A., "Estatuto social", disponível em www.globocabo.com.br, acessado em 28.05.2004.
- PARENTE, Norma. "Governança Corporativa – A Cartilha da CVM", palestra proferida na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em 14.08.2002, disponível em www.cvm.gov.br, acessada em 28.01.2003.
- _____. "Principais inovações introduzidas pela lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, à lei de sociedades por ações". In: LOBO, Jorge (Coord.). *Reforma da lei de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PELA, Juliana Krueger. "Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 126, abr./jun. 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PETROBRAS. "A Petrobras e a Governança Corporativa", comunicação institucional, disponível em www.petrobras.com.br/ri, acessado em 25.03.2003, 21.01.2004 e 29.05.2004.
- _____. "Códigos de Boas Práticas da Petrobras", disponível

em www.petrobras.com.br/ri, acessado em 25.03.2003, 21.01.2004 e 29.05.2004.

_____. "Diretrizes de Governança Corporativa da Petrobras", disponível em www.petrobras.com.br/ri, acessado em 25.03.2003, 21.01.2004 e 29.05.2004.

_____. Gerência de Relacionamento com investidores. Jornal "Petrobras em Ações" nº 4/mar. 2002, disponível em www.petrobras.com.br/ri, acessado em 25.03.2003 e 21.01.2004.

_____. "História e Objetivos da Governança Corporativa", disponível em http://www2.petrobras.com.br/portal/frame_ri.asp?pagina=/ri/port/GovernancaCorporativa/GovernancaCorporativaHistoria.asp, acessado em 29.05.2004.

www.petrobras.com.br/ri

PINTO JUNIOR, Mario Engler. "O Novo Mercado da Bovespa e o compromisso da sociedade de economia mista com práticas de boa governança corporativa". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 128, out./dez. 2002.

PLANAS, José Maria Muñoz. "Problemas de Arbitraje en Materia de Sociedades Mercantiles". In: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid: Civitas, 1978.

PORTELLA, Georgiana Alexandre. "Arbitragem e a lei das sociedades anônimas", disponível em http://www.humbertodalila.pro.br/colaboradores/artigo_69.htm, acessado em 30.05.2004.

PUCCI, Adriana Noemi. "Juiz e árbitro". In: PUCCI, Adriana Noemi. *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RAU, Alan Scott, PÉDAMON, Catherine. "La contractualisation de l'arbitrage: le modèle américain", disponível em <http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=22649>, acessado em 09.09.2003. Publicado originalmente na *Revue de l'Arbitrage* em 2001.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, vol. I, 22. ed.. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Curso de direito comercial*, vol. II, 22. ed.. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*, 2º ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBEIRO, Milton Nassau. "Fundamentos e efeitos jurídicos da governança corporativa no Brasil". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 127, jul./set. 2002.

- RICCI, Edoardo F. "Il nuovo arbitrato societario", http://www.judici-um.it/focus/focus_glo.html, acessado em 29.05.2004.
- RIPPE, Siegbert. "El arbitraje como medio alternativo de solución de controversias comerciales". In: PUCCI, Adriana Noemi. *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RODRIGUEZ, Gregorio Mancebo. "Petrobras: política econômica versus acionistas minoritários", em 28.05.2004, publicada no Jornal Valor Econômico, recebida por e-mail.
- RODRÍGUEZ-PORRERO, Marta Llavero. *El consejo de administración de la sociedad anonima*. Valencia: CISS, 1999.
- ROSSI, Livia. "A arbitragem na lei das sociedades anônimas". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* n. 129, jan./mar. 2003.
- SALOMÃO FILHO. Calixto. *O novo direito societário*, 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SEIXAS, Olga V.. "Should brazilian corporations adopt charter arbitration provisions?". In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SETUBAL JUNIOR, Waldemiro. *Governança corporativa: foco Petrobras*. Monografia de conclusão de curso de bacharelado apresentada à faculdade de administração da Universidade Estácio de Sá, Prof. Alberto do Vale Almeida (Orientador), 2002.
- SHAYER, Fernando. "Governança corporativa e as ações preferências – dilema do legislador brasileiro". In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 126, abr./jun. 2002.
- SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa*. São Paulo: RT, 2003.
- SIMÕES, Paulo César Gonçalves. *A Governança corporativa e o exercício do voto nas S.A.*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Concessões de Exploração de Petróleo e Arbitragens Internacionais*. São Paulo: Buchatsky, 1977.
- _____. "A arbitragem e sua conaturalidade com o comércio internacional". In: PUCCI, Adriana Noemi. *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 122-123
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda, GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, vol. I. São Paulo: Bushatsky, 1979.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. "Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral".