

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

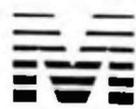
industrial, econômico  
e financeiro

---

129

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tullio Ascarelli  
do Departamento de Direito Comercial  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLII (Nova Série)  
janeiro-março/2003

 **MALHEIROS  
EDITORES**

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLII — n. 129 — janeiro-março de 2003

## FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)  
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,  
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,  
RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

### *REVISTA DE DIREITO MERCANTIL*

publicação trimestral de  
MALHEIROS EDITORES LTDA.  
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940  
São Paulo, SP - Brasil  
Tel. (011) 3078-7205  
Fax: (011) 3168-5495

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros  
Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Assinaturas e comercialização:  
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE  
LIVROS S.A.  
Rua Conselheiro Ramalho, 928  
CEP 01325-000  
São Paulo, SP - Brasil  
Tel. (011) 289-0811  
Fax: (011) 251-3756

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato  
Composição: *Scripta*

## SUMÁRIO

---

### **DOCTRINA**

#### **ALGUMAS INCIDÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA UNIÃO ECONÓMICA E MONETÁRIA**

— ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES ..... 7

### **ATUALIDADES**

#### **BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS — MEDIDAS LEGISLATIVAS EM PORTUGAL E NA EUROPA**

— A. SARAIVA MATIAS E CATARINA MARTINHO ..... 30

#### **VERDADEIRA PROJEÇÃO DA ARBITRAGEM — CONVENÇÃO DE NEW YORK DE 1958**

— IRINEU STRENGER ..... 40

#### **ACORDO DE ACIONISTAS — ARQUIVAMENTO NA SEDE SOCIAL — VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE CONTROLADA**

— NELSON EIZIRIK ..... 45

#### **CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL FRENTE AO NOVO CÓDIGO CIVIL**

— JAIRO SADDI ..... 54

#### **REGISTRO DO COMÉRCIO E OS LIMITES DE SUAS EXIGÊNCIAS**

— JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA ..... 69

#### **A LEI 10.303, DE 2001, E A INCLUSÃO DOS DERIVATIVOS NO ROL DOS VALORES MOBILIÁRIOS**

— DANIEL KREPEL GOLDBERG ..... 73

#### **PODE A SOCIEDADE LIMITADA TER CAPITAL AUTORIZADO?**

— OTÁVIO VIEIRA BARBI ..... 83

#### **LIMITES DE ATUAÇÃO DO CONSELHO FISCAL**

— RAUL DE ARAUJO FILHO E RODRIGO FERRAZ P. CUNHA ..... 96

#### **EXCLUSÃO DE SÓCIO EM SOCIEDADES LIMITADAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL**

— LEONARDO GUIMARÃES ..... 108

#### **O ISS NA CONSTRUÇÃO CIVIL**

— JOSÉ ALCIDES MONTES FILHO ..... 121

**ESPAÇO DISCENTE****A ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

— JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI ..... 136

**REFORMA REGULATÓRIA E SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL**

— MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO ..... 174

**ARBITRAGEM NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

— LIVIA ROSSI ..... 186

**OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE AÇÕES NA ALIENAÇÃO DE  
CONTROLE DE COMPANHIAS ABERTAS. Apontamentos sobre o  
art. 254-A da Lei das Sociedades Anônimas**

— JOSÉ ALBERTO CLEMENTE JÚNIOR ..... 206

**JURISPRUDÊNCIA COMENTADA****INDENIZATÓRIA MOVIDA POR FILHOS ALEGANDO MORTE DA MÃE  
POR CÂNCER DE PULMÃO DECORRENTE DE TABAGISMO**

— PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO ..... 220

**TEXTOS CLÁSSICOS****"LEX MERCATORIA"**— FRANCESCO GALGANO, item I da Introdução da obra *Lex Mercatoria*.  
Tradução de ERASMO VALLADÃO A. e N. FRANÇA ..... 224**PARECERES****LEGITIMAÇÃO DO SÓCIO DA SOCIEDADE CONTROLADORA  
PARA PLEITEAR A ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA DA CONTROLADA  
SUBSIDIÁRIA INTEGRAL**

— ERASMO VALLADÃO A. e N. FRANÇA ..... 229

**DEMANDA REPARATÓRIA AJUIZADA POR ACIONISTA EM VIRTUDE  
DE ADIMPLENTO IMPERFEITO. FUNÇÃO E NATUREZA JURÍDICA  
DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. CARÁTER CONSTITUTIVO  
DAS DECISÕES ASSEMBLEARES TOMADAS POR ÓRGÃOS DAS  
SOCIEDADES ANÔNIMAS. A AÇÃO REGULADORA E PRINCÍPIOS  
ESSENCIAIS VINCULADORES DE COMPANHIAS ABERTAS  
COM VALORES MOBILIÁRIOS NO MERCADO DE CAPITAIS.  
IMPOSIÇÕES DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA.  
PRAZOS DE PRESCRIÇÃO NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

— LEANDRO BITTENCOURT ADIERS ..... 234

## COLABORAM NESTE NÚMERO

---

ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra. Membro Correspondente da Academia Brasileira de Direito Constitucional

A. SARAIVA MATIAS

Professor de Direito. Advogado

CATARINA MARTINHO

Advogada Estagiária

DANIEL KREPEL GOLDBERG

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Professor-Doutor em Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

IRINEU STRENGER

Professor Titular de Direito Internacional Privado e de Direito do Comércio Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Professor da Academia de Direito Internacional de Haia (1991). Doutor *Honoris Causa* da Universidade Argentina John Fitzgerald Kennedy. Membro do *Institut du Droit et des Pratiques des Affaires Internationales*, da Câmara de Comércio Internacional de Paris. Árbitro no Brasil junto ao Mercosul e Árbitro da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

JAIRO SADDI

Doutor em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo — USP. Professor e Coordenador dos Cursos de Direito do Ibmec/SP. Diretor do Centro de Estudos de Direito do Ibmec — IbmecLAW.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Advogado

JOSÉ ALBERTO CLEMENTE JÚNIOR

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

JOSÉ ALCIDES MONTES FILHO

Advogado

JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

LEANDRO BITTENCOURT ADIERS

Advogado

LEONARDO GUIMARÃES

Professor na Faculdade de Ciências Econômicas da UFMG/FACE. Mestrando em Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Advogado

LIVIA ROSSI

Pós-Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO  
Mestrando em Direito na UNESP.  
Advogado

NELSON EIZIRIK  
Advogado no Rio de Janeiro e em São  
Paulo

OTÁVIO VIEIRA BARBI  
Mestrando em Direito Comercial pela  
Faculdade de Direito da Universidade  
Federal de Minas Gerais — UFMG.  
Advogado

PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO  
Advogado

RAUL DE ARAUJO FILHO  
Advogado

RODRIGO FERRAZ P. CUNHA  
Mestre em Direito pela Universidade de  
Bologna, Itália. Doutorando pela  
Universidade Federal de Minas Gerais —  
UFMG. Advogado

# Espaço Discente

## ARBITRAGEM NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

LIVIA ROSSI

*Introdução. Capítulo I — Evolução da arbitragem no Brasil. Capítulo II — 1. Noção de arbitragem e sua natureza jurídica; 2. Conceito de convenção de arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral; 3. Natureza jurídica da cláusula compromissória. Capítulo III — Requisitos de validade da cláusula compromissória no direito positivo brasileiro: uma análise dos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 9.307/1996. Capítulo IV — 1. Aplicabilidade da arbitragem nos conflitos societários, diante do § 3º do art. 109 da Lei das Sociedades Anônimas; 2. Inclusão da cláusula compromissória de arbitragem quando da constituição de sociedade anônima; 3. Inclusão de cláusula compromissória de arbitragem em sociedade anônima já constituída, através da reforma do estatuto social; 4. Aquisição de ação de sociedade anônima já constituída, na qual consta em seus estatutos cláusula compromissória arbitral. Conclusão. Bibliografia.*

### **Introdução**

O presente trabalho aborda o instituto da arbitragem no Brasil e sua aplicabilidade em relação às lides surgidas no âmbito das sociedades anônimas.

Com a promulgação da Lei 10.303, de 31.12.2001, que promoveu uma reforma na Lei das Sociedades Anônimas, procurou o legislador, por meio da inserção do § 3º ao art. 109 da LSA, realçar a possibilidade de utilização da arbitragem como instrumento de solução de litígios em matéria societária, o qual, como adiante se verificará, constitui-se em alternativa preferível, no mais das vezes, à tradicional jurisdição estatal.

O trabalho foi estruturado em Capítulos, sendo alguns divididos em itens, conforme o grau de afinidade entre os assuntos.

Deste modo, segue-se a essa Introdução o Capítulo I, no qual fez-se uma apreciação histórica da evolução da arbitragem no Brasil até o desenvolvimento alcançado nos dias atuais.

No Capítulo II, apresentou-se a noção de convenção arbitral, o conceito de compromisso e cláusula compromissória e sua natureza jurídica.

Já no Capítulo III, apreciou-se o tema da arbitragem no direito positivo brasileiro (Lei 9.307/1996), no tocante aos requisitos de validade da cláusula compromissória: a) as pessoas que podem instituir a convenção arbitral; b) o objeto litigioso do juízo arbitral; e c) as formalidades extrínsecas da cláusula compromissória.

Finalmente, no Capítulo IV, realizou-se um estudo sobre a aplicabilidade das disposições da Lei 9.307/1996 quanto aos conflitos surgidos no seio da sociedade anônima, no tocante aos pressupostos de eficácia da cláusula compromissória estatutária e as matérias societárias que dela podem ser objeto.

Ainda neste Capítulo, foram analisadas as polêmicas e divergências doutrinárias que poderão surgir quando da inclusão de cláusula compromissória em sociedade

anônima em processo de constituição, ou em sociedade anônima já constituída, esta última por meio de reforma do estatuto social. Além disso, mencionado capítulo aborda a controvérsia que poderá surgir no que diz respeito à submissão do acionista que ingressar na companhia, mediante aquisição de ações, à cláusula compromissória arbitral, diante da aceitação dos termos do estatuto social preexistente.

A Conclusão traz, resumidamente, ao leitor, o objetivo perseguido com a elaboração do presente trabalho monográfico, bem como a singela opinião da autora no tocante à importância da implementação e difusão da arbitragem como meio eficaz de solução de conflitos de ordem societária, em razão da falta de especialização do Poder Judiciário para julgar causas dessa natureza e da morosidade do aparelho jurisdicional estatal.

### *Capítulo I — Evolução da arbitragem no Brasil*

O instituto da arbitragem não é novidade no Direito brasileiro, estando presente desde a Constituição Imperial de 1824, que, no seu art. 160, assim já dispunha: “Art. 160. Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear árbitros. Suas sentenças são executadas sem recurso, se assim o convencionarem as partes”.

No tempo do Brasil Império, o Código Comercial brasileiro, de 1850, influenciado pelo Código Comercial francês, de 1807, instituiu o juízo arbitral obrigatório para a composição de determinadas causas, dentre as quais as surgidas no âmbito dos contratos comerciais (v. art. 245, que trata da “locação mercantil”), bem como as oriundas de conflitos entre os sócios de sociedades comerciais, durante a sua existência ou por ocasião da sua liquidação e partilha (v. arts. 294, 302, § 5º, e 348). Também o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, abordou o instituto da arbitragem, diferenciando as hipóteses de uso obrigatório e facultativo, reservando aque-

le para as causas comerciais e este para as demais causas.

A Constituição republicana de 1891 não reproduziu o preceito constante do art. 160 da Constituição do Império, mas nem por isso o direito pátrio ab-rogou a arbitragem, cuja prática foi mantida e autorizada por leis esparsas.

A Constituição Federal de 1934, retornando ao sistema da unidade processual, vetou o pluralismo processual voluntário e obrigatório, o que foi mantido pela Carta Magna de 1937.

Segundo os ilustres doutrinadores Mosto Carvalhosa e Nelson Eizirik: “o instituto da arbitragem vem sendo construído no direito brasileiro desde a Constituição de 1824, passando pela Constituição de 1934, de 1937, e como *norma de excepcional procedimento*, contemplada nos Códigos Civil e de Processo Civil” (Carvalhosa, 2002:179) (grifos nossos).

O Código de Processo Civil de 1973, em seus arts. 1.072 a 1.102, instituiu o chamado “Juízo Arbitral”, prevendo que o laudo arbitral deveria ser homologado pelo juízo competente para adquirir eficácia de título executivo entre as partes e seus sucessores.

A Constituição Federal de 1988, diferentemente de suas antecessoras, volta a tratar do instituto da arbitragem, consagrando-o expressamente como forma de solução de dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, consoante o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 114 (Seção V — Dos Tribunais e Juizes do Trabalho, do Capítulo III — Do Poder Judiciário, do Título IV — Da Organização dos Poderes).

Com a promulgação da Lei 9.307, de 23.9.1996, foi disciplinada, em nível infraconstitucional, a arbitragem, ficando derrogados os arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil de 1917 e os arts. 101 e 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil, de 1973.

No entanto, nas palavras do ilustre Dr. Marcelo M. Bertoldi e seus colaboradores: “a arbitragem, antes da edição da Lei 9.307, de 23.9.1996 — lei hoje vigente e que re-

gula o instituto da arbitragem entre nós, inclusive no âmbito das relações societárias, nunca chegou a se apresentar como um instrumento eficaz de solução de litígios. A razão para isto é muito simples, para que a sentença arbitral viesse a surtir efeito era necessária a homologação da mesma perante o Poder Judiciário, ocasião em que se iniciava um novo processo perante o juízo estatal, onde se analisava, inclusive, a justiça da decisão, abrindo-se então a possibilidade de se proferir outra que se entendesse mais adequada ao caso. Assim, as partes não viam utilidade em recorrer ao juízo arbitral, na medida em que o laudo arbitral, para tornar-se executável, deveria necessariamente passar pelo crivo do juízo estatal, fato este que minimizava sobremaneira as vantagens da arbitragem, especialmente no que se refere à celeridade inerente àquele procedimento" (Bertoldi, 2002:70-71).

Deste modo, a edição da Lei 9.307/1996 alterou substancialmente o tratamento dispensado à arbitragem no âmbito processual civil brasileiro. As novidades trazidas pela lei foram responsáveis pelo surgimento de um instrumento para a solução dos litígios, o qual conta com inegáveis vantagens quando comparado ao juízo estatal, dentre elas a rapidez, o sigilo e a especialização dos árbitros quanto à matéria em discussão. Além disso, a reforma da Lei das Sociedades Anônimas, com a promulgação da Lei 10.303/2001, que incluiu o § 3º no art. 109, veio ao encontro da revolução operada pela Lei 9.307/1996, ao assegurar expressamente a possibilidade de o estatuto da companhia vir a determinar que os conflitos de interesses entre os acionistas e a sociedade, ou entre aqueles e os detentores do poder de controle, possam ser solucionados através da arbitragem.

## Capítulo II

### 1. Noção de arbitragem e sua natureza jurídica

A arbitragem é um sistema antigo de solução de controvérsias, com exemplos

que remontam à antiguidade. O poeta grego Homero, tido como o autor da obra literária *Iliada*, que narra a Guerra de Tróia, cita a figura do árbitro Páris:

"Tudo teve início um certo dia, numa data muito especial, tanto para os habitantes da terra como do céu, pois era celebrado o casamento entre Tétis, ninfa do mar — muito querida e respeitada entre as divindades — e seu amado mortal, Pelcu.

"Todos os deuses haviam sido convidados para a festa, menos a deusa Êris (Discórdia), que, mesmo assim, acabou justificando o motivo de sua indesejável presença.

"Procurando vingar-se daqueles que a negligenciaram, Êris tratou de sequestrar a discórdia, razão de seu viver, entre os participantes da cerimônia de casamento. Para isso, atirou furtivamente um pomo dourado gravado com a inscrição 'à mais bela', fazendo-o cair propositadamente na frente de três vaidosas divindades: a rainha dos deuses, Hera (Juno); a sábia e guerreira Atena (Minerva); e a senhora do amor, Afrodite (Vênus).

"Como era esperado, as três deusas alegaram ser a verdadeira merecedora do fruto e seu título. Em vista disso, recorreram juntas a Zeus (Júpiter), deus dos deuses, para que ele decidisse o impasse.

"Como Zeus percebeu que corria o risco de indispor-se com duas deusas, as quais seriam obrigatoriamente preteridas na escolha, delegou a um mortal, o príncipe troiano Páris, a difícil tarefa de arbitrar a questão.

"O assim eleito juiz viu cada uma das deusas prometer-lhe um magnífico dom em troca de sua preferência. Diante dessa condição, Afrodite mostrou-se mais afortunada, sendo escolhida a mais bela entre todas e, portanto, merecedora do pomo dourado. Ela havia garantido a Páris o que ele mais desejava na vida: o amor da rainha Helena, esposa do rei de Esparta, Menelau, por quem Páris nutria um amor incondicional, mas não correspondido" (Mattiuzzi, 2000: 161-164). Assim, iniciou-se a guerra entre Esparta e Tróia.

Deixando de lado a mitologia, nas fases primitivas da civilização dos povos, não existia um órgão estatal soberano, dotado de autoridade suficiente, bem como de força para impor o direito acima da vontade dos particulares. Também sequer havia normas gerais e abstratas (leis) impostas aos particulares pelo Estado.

Assim, os conflitos de interesses entre as pessoas eram resolvidos particularmente, através da chamada autotutela (ou autodefesa) ou regime da vingança privada. Deste modo, "quem pretendesse alguma coisa ou que outrem impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão" (Cintra, 1994:21).

Nos sistemas primitivos, além da autotutela, outra solução possível era a auto-composição, onde uma das partes, ou ambas, abriam mão do interesse ou de parte dele, pela desistência, submissão ou transação.

A transposição dessa modalidade de justiça privada para a justiça pública foi produto de uma lenta e necessária evolução. O eminente José Carlos Moreira Alves, em sua obra, registra que tal evolução deu-se em quatro etapas:

"a) na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidos pela força (entre a vítima e o ofensor, ou entre os grupos de que cada um deles faz parte), mas o Estado — então incipiente — intervém em questões vinculadas à religião; e os costumes vão estabelecendo, paulatinamente, regras para distinguir a violência legítima da ilegítima;

"b) na segunda, surge o arbitramento facultativo: a vítima, em vez de usar a vingança individual ou coletiva contra o ofensor, prefere, de acordo com este, receber uma indenização que a ambos pareça justa, ou escolher um terceiro (o árbitro) para fixá-la;

"c) na terceira etapa, nasce o arbitramento obrigatório: o facultativo só era uti-

lizado quando os litigantes o desejassem e, como esse acordo nem sempre existia, daí resultava que, as mais das vezes, se continua a empregar a violência para a defesa do interesse violado; por isso o Estado não só passou a obrigar os litigantes a escolherem árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença se, porventura, o réu não quisesse cumpri-la; e

"d) finalmente, na quarta e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privada e, por meio de funcionários seus, resolve os conflitos de interesses surgidos entre os indivíduos, executando, à força se necessário, a decisão" (Moreira Alves, 1971:203-204).

Assim, com o fortalecimento do Estado, passou ele a impor, ainda que de forma autoritária, a solução para os conflitos de interesses, por meio da denominada jurisdição. Todavia, tal situação não significou o fim da arbitragem, uma vez que ela continuou representando, no sistema romano, medieval e até nos dias de hoje, um dos modos de pôr fim às contestações jurídicas, compreendendo um instrumento jurisdicional alternativo e, como tal, facultativo.

A expansão econômica nacional e mundial do comércio foi responsável pelo ressurgimento, prestígio e relevância do instituto da arbitragem nos dias atuais. Muitos países compreenderam a imperiosidade da criação de mecanismos mais eficazes de composição das desavenças como premissa para a integração ao processo de globalização econômica, em razão da necessidade de atrair negócios e investimentos nacionais e estrangeiros (Coutinho, 1999:17-18).

Desta forma, nos dizeres de Alexandre Lima Verde: "(...) as novas realidades econômicas dos últimos tempos que conformam um novo Direito Mercantil e Empresarial, quais sejam a abertura de mercados, desenvolvimento dos meios de comunicação, tendências para a integração europeia e interamericana, inovação das estratégias comerciais e o desenvolvimento

do tráfego de massa, assim como as lógicas preferências do comerciante moderno, pela rapidez, a economia de custos e a especialização, vão reforçar a virtualidade da instituição arbitral como meio idôneo de resolução de controvérsias” (Coutinho, 1999:18).

Após as considerações supra traçadas, é possível trazer o conceito de arbitragem, sendo escolhido aquele construído por um dos mais árduos defensores do desenvolvimento deste instituto, o ilustre Professor Carlos Alberto Carmona: “A arbitragem — meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão arbitral destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial — é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor” (Carmona, 1998:44).

Muito já se escreveu sobre a natureza jurídica da arbitragem. Apesar dessa matéria não ser o objeto principal do presente trabalho, a sua compreensão é necessária para o desenvolvimento do estudo a que se propõe elaborar. Assim, em breves linhas, explanar-se-ão as três principais correntes doutrinárias que procuram enquadrar a natureza jurídica da arbitragem:

a) *Natureza privatista*: para os defensores desta corrente, liderados por Chiovenda, a arbitragem seria puramente de natureza contratual, uma vez que as partes ao firmarem o compromisso se obrigam a cumprir o laudo, em virtude do princípio da obrigatoriedade dos contratos e a sentença proferida pelo Juízo Arbitral só se aperfeiçoaria quando recebesse a força e a autoridade do Estado. Portanto, ausente no árbitro o poder jurisdicional;

b) *Natureza publicista* (ou *processualista*): a segunda corrente, comandada por Ludovico Mortara e, no Brasil, por Carlos Alberto Carmona, vê na convenção arbitral

a fonte dos poderes dos árbitros. O Juízo Arbitral seria verdadeira jurisdição, em razão de ser atividade sucedânea e complementar do Poder Judiciário, tendo em vista que, antes da vontade das partes, é a vontade da lei que lhes permite celebrar a convenção arbitral;

c) *Natureza mista/intermediária ou conciliadora*: a última corrente, a qual tem como expoente Carnelutti, sustenta, de um lado, que a decisão do árbitro não é uma sentença, porquanto precisa do decreto de executoriedade; de outro, o árbitro e o juiz concorrem para o julgamento do litígio, o que evidencia que a sentença é constituída tanto pelo laudo como pelo decreto do juiz (Alvim, 2000:60).

Atualmente, o posicionamento dos doutrinadores brasileiros sobre a questão é muito bem retratado pelo eminente Professor mineiro Humberto Theodoro Júnior: “Se, no regime anterior à Lei n. 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística” (Theodoro Júnior, 1998:373).

## 2. *Conceito de convenção de arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral*

Para se obter a exata noção do que vem a ser convenção arbitral, tomar-se-á como parâmetro a Lei-Modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission for International Trade Law*), que, em seu art. 7º, assim define:

“1. ‘Convenção de arbitragem’ é uma convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todo ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode revestir a forma de uma cláusula compromissória num contrato ou a de uma convenção autônoma.

"2. A convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito. Considera-se que uma convenção tem forma escrita quando constar de um documento assinado pelas partes ou de uma troca de cartas, telex, telegramas ou qualquer outro meio de comunicação que prove a sua existência, ou ainda a troca de alegações referentes à petição e à contestação na qual a existência de uma tal convenção for alegada por uma parte e não seja contestada pela outra. A referência num contrato a um documento que contenha uma cláusula compromissória equivale a uma convenção de arbitragem, desde que o referido contrato revista a forma escrita e a referência seja feita de tal modo que faça da cláusula uma parte integrante do contrato."

Resumindo: a convenção arbitral, assim definida como o acordo escrito através do qual as partes se obrigam a submeter seus litígios civis, atuais ou futuros, ao juízo arbitral, assume duas formas: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral que serão a seguir estudados.

A definição de cada uma das formas de arbitragem pode parecer um pouco óbvia de início, principalmente quando apreciada de forma teórica e abstrata. No entanto, a prática coloca um espectro infinitamente variado de situações, o que exige do jurista a fixação de elementos mínimos que, se não estiverem simultaneamente presentes, implicam ausência de pactuação válida de arbitragem.

Para proceder a uma definição rápida, separaremos em duas partes os elementos a serem identificados: a) elementos da cláusula compromissória; e b) elementos do compromisso arbitral, que juntos compõem a convenção de arbitragem.

## 2.1 Elementos da cláusula compromissória

A cláusula compromissória, na visão geral da doutrina, pode ser assim definida: "ato mediante o qual as partes convencionam remeter a árbitros o conhecimento de todas ou de algumas questões que surjam,

*no futuro*, entre elas, relativas a matérias ou assuntos que assinalam, subtraindo-as dos tribunais de jurisdição ordinária" (Arredondo, 1969:102) (grifo nosso).

Assim, de forma geral, a cláusula compromissória, por ser um negócio jurídico, deve atender aos requisitos de (i) capacidade das partes, (ii) objeto lícito e (iii) forma prescrita ou não defesa em Lei, requisitos esses que adiante serão minuciosamente estudados à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

## 2.2 Elementos do compromisso arbitral

O compromisso arbitral, por sua vez, constitui espécie de convenção de arbitragem pela qual as partes submetem à via arbitral uma controvérsia já existente. Neste sentido: "Como vemos, do ponto de vista funcional, a diferença entre compromisso e cláusula compromissória é que a primeira se refere a conflito atual e a segunda a conflito futuro ou eventual, relacionado a contrato existente entre as partes" (Rocha, 1997:44).

Em regra, o funcionamento da arbitragem se opera pelo seguinte mecanismo. Primeiro, insere-se no contrato cláusula compromissória genérica prevendo a adoção do aludido instituto como forma de dissolução de disputas que possam surgir no futuro. Havendo, então, uma disputa concreta e presente, as partes se reúnem com o fim de elaborar o compromisso arbitral, que indicará a composição e o funcionamento do juízo específico que solucionará a questão.

Tal mecanismo, baseado nos momentos anterior e posterior ao início de uma disputa, visam permitir às partes, em princípio, prever abstratamente a arbitragem, dando a elas a oportunidade de, após o surgimento do litígio específico, indicar os árbitros que o dirimirão. A indicação dos árbitros posteriormente ao nascimento da lide se justifica na medida em que pode não ser possível às partes eleger previamente o Juízo Arbitral adequado para cada tipo de controvérsia que o contrato pode dar causa.

Há ainda certas cláusulas compromissórias, denominadas *cheias*, em oposição às chamadas *cláusulas vazias*, que já indicam, antes mesmo de configurada uma disputa concreta, as regras de um órgão arbitral ou entidade especializada responsável pela condução do Juízo Arbitral (Carmona, 1993:85).

Tais cláusulas cheias dispensariam a elaboração do compromisso arbitral, uma vez que trazem em si todos os elementos necessários à instauração do juízo, nos termos do Protocolo de Genebra de 1923. Ressalte-se que há doutrinadores, como César Fiúza, Alexandre Freitas, Celso Barbi Filho, Humberto Theodoro Júnior, que sustentam que a instalação do procedimento da arbitragem *não pode prescindir do compromisso arbitral, ou de decisão judicial que o supra* (Alvim, 2000:229).

### 3. Natureza jurídica da cláusula compromissória

Para os fins do estudo a respeito da aplicabilidade da cláusula compromissória arbitral na solução dos conflitos societários, a explanação restringir-se-á apenas à natureza jurídica de tal espécie de convenção arbitral, tendo em vista que ela é o foco do presente trabalho.

Primeiramente, faz-se necessário destacar que a cláusula compromissória, por ser uma espécie de convenção de arbitragem, não pode ter natureza jurídica diversa do juízo arbitral, porquanto a arbitragem nasce com a convenção; e a convenção de arbitragem, por sua vez, é que dá vida ao juízo arbitral. Assim, os argumentos expendidos acima acerca da teoria privatista e publicista sobre a natureza jurídica da arbitragem aplicam-se, *mutatis mutandis*, à cláusula compromissória.

Conforme já explicitado, a cláusula compromissória é o ato mediante o qual as partes convencionam remeter a árbitros o conhecimento de lides ainda por nascer, consubstanciando-se, portanto, em uma obrigação sujeita a condição, de que se produza, no futuro, controvérsia entre as partes.

Para Arredondo, o ato jurídico é o fato voluntário em que a vontade é dirigida à obtenção de um efeito jurídico determinado, sendo, portanto, um negócio jurídico bilateral (Arredondo, 1969:102).

Segundo o eminente José Eduardo Carneira Alvim: "admitir-se o caráter de negócio jurídico da cláusula compromissória e do compromisso arbitral não infirma sua natureza de pacto convencional, porquanto, na base de uma e outro está a vontade das partes, que, pela própria estrutura da arbitragem, se move em mais de uma direção, ora impulsionada por uma causa comum, imediata, cumprindo uma função processual, ora por causas opostas, mediante, de satisfação do próprio interesse, na busca da realização da pretensão material" (Alvim, 2000:213).

A doutrina nacional, antes da nova Lei de Arbitragem, via na cláusula compromissória um *pactum de comprometendo*, isto é, uma convenção celebrada entre os contratantes pela qual estipulava-se que as divergências surgidas entre eles sobre um dado negócio jurídico (geralmente acerca da execução ou interpretação de um contrato) seriam resolvidas por meio de arbitragem. No entanto, os tribunais, seguindo a doutrina civilista de Clóvis Bevilácqua, não reconheciam valor vinculativo a esse pacto preliminar, vendo nele uma simples obrigação de fazer (de celebrar o compromisso) que, descumprida, não comportava execução específica, rendendo apenas ensejo a perdas e danos (Alvim, 2000:215).

A Lei 9.307/1996 trouxe, em seu art. 4º, a conceituação de cláusula compromissória, definindo-a como "a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato". Trata-se, portanto, de autêntica obrigação de fazer relativamente a litígio futuro, que pode ou não ocorrer, mas ocorrendo, pode ser mantido na via arbitral por acordo espontâneo das partes ou judicialmente, se uma delas resistir em cumprir a cláusula compromissória (Alvim, 2000:213-214).

**Capítulo III — Requisitos de validade da cláusula compromissória no direito positivo brasileiro: uma análise dos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 9.307/1996**

Analisando a convenção de arbitragem sob o ângulo contratual, seus pressupostos de existência e validade são aqueles relacionados ao ato jurídico ou negócio jurídico, ao passo que, sob a ótica jurisdicional, tais pressupostos referem-se à relação jurídica processual.

Será deixado de lado no presente estudo o âmbito processual, tendo em vista não ser esse o escopo do trabalho, focando-se nos requisitos legais que devem ser observados quando da pactuação da cláusula compromissória. Ressalte-se, nesse passo, a necessidade de observância de tais requisitos, sob pena de invalidade da pactuação arbitral.

Assim, a cláusula compromissória, por ser um pacto convencional, deve atender aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, contemplados no art. 82 do Código Civil, quais sejam: (i) capacidade das partes, (ii) objeto lícito e (iii) forma prescrita ou não defesa em Lei, os quais estão presentes na Lei 9.307/1996.

**1. Art. 1º da Lei 9.307/1996: das pessoas que podem convencionar arbitragem**

A capacidade dos contratantes constitui condição *sine qua non* para a utilização da arbitragem, sem a qual não pode ser firmada a cláusula compromissória.

A capacidade jurídica consiste na aptidão de se tornar sujeito de direito e deveres. Esta aptidão está estampada no art. 2º do Código Civil brasileiro, sendo certo que a capacidade jurídica da pessoa natural pode ser limitada ou sofrer restrições, já que uma pessoa pode ter o gozo de um direito sem ter, necessariamente, o exercício, em razão da ocorrência de fatores físicos, de

idade ou psicológicos. Essas pessoas, denominadas de incapazes, a lei possibilita o exercício de direitos através da representação ou assistência, conforme o caso.

Deste modo, aqueles que não têm capacidade para dispor do direito, não podem contratar a arbitragem. Trazem-se como exemplos, o inventariante do espólio e o síndico do condomínio, os quais não podem, sem permissão judicial, submeter demanda a julgamento arbitral, sob pena de nulidade da cláusula ou compromisso arbitral.

Analisando o art. 1º da Lei de Arbitragem, o Professor Irineu Strenger sustenta, com muita propriedade, que: “só poderão valer-se da arbitragem as pessoas *sui juris*, isto é, que sejam maiores ou emancipadas, nos termos da lei interna vigente, podendo esse fato tornar-se, eventualmente, gerador de controvérsias no plano internacional, se ocorrerem conflitos na aplicação do direito, pois esse é o sentido da expressão ‘pessoas capazes de contratar’” (Strenger, 1998:17).

Continua o ilustre doutrinador: “No que concerne ao alcance da legitimação para figurar em uma arbitragem, interpretada a disposição com ortodoxia gramatical, chega-se à conclusão de que as pessoas jurídicas estão à margem dessa modalidade jurisdicional, mas, se admitirmos como propositada ou não a falta de explicitação podemos considerar que inclusive as pessoas jurídicas entram nesse permissivo, pois a generalidade do vocábulo ‘pessoas’ engloba esse raciocínio, o mesmo ocorrendo com o vocábulo ‘capazes’” (Strenger, 1998:18).

Conclui-se, portanto, que apesar de o texto legal não ser expresso em permitir que as pessoas jurídicas possam se valer da arbitragem para a solução de conflitos em que estejam envolvidas, por meio de uma interpretação sistemática do direito positivo brasileiro, a outra conclusão não se há que chegar senão a de que essas pessoas integram o permissivo legal.

2. *Art. 3º da Lei 9.307/1996:  
o objeto litigioso do Juízo Arbitral*

Não basta a capacidade para comprometer um litígio perante árbitros, é necessário, ainda, que a desavença diga respeito a direito patrimonial disponível, nos termos do art. 3º da Lei 9.307/1996.

Conforme definição proposta pelo Professor Carlos Alberto Carmona, “diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto” (Carmona, 1998:48).

Conclui o eminente Professor: “de maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família — e em especial ao estado das pessoas (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos) — aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes” (Carmona, 1998:48).

3. *Art. 4º da Lei 9.307/1996: do requisito formal da cláusula compromissória*

A cláusula compromissória no direito brasileiro não exige forma solene, contentando-se a lei que seja estipulada por escrito (art. 4º, § 1º da Lei 9.307/1996).

Segundo a grande maioria dos doutrinadores brasileiros, pode a cláusula compromissória ser avençada mediante troca de correspondência epistolar entre as partes, telex, telegrama, fac-símile, desde que comprovada a proposta de uma das partes e a

aceitação da outra (Alvim, 2000:217 e Carmona, 1998:84), sendo esta inclusive a redação do § 2º do art. 7º da Lei-Modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission for International Trade Law*), citado no Item 2, do Capítulo II, do presente trabalho.

Nas palavras esclarecedoras do Mestre mineiro José Eduardo Carreira Alvim: “*primo oculi*, a denominação ‘cláusula’ compromissória dá a impressão de só poder ela fazer parte de um contrato — por isso seria uma cláusula — e que sua função seria a de resolver controvérsias sobre as outras estipulações. Mas a cláusula compromissória não se atrela, necessariamente, a um contrato, posto que ela tem individualidade própria, preserva em relação a ele a sua independência e se incorpora no mesmo instrumento contratual por uma questão de mera comodidade prática; em geral, nem sofre as vicissitudes por que possa passar o próprio contrato, que não a atinge. A cláusula compromissória é, ela própria, um outro contrato, que serve de bússola aos contratantes relativamente a litígios futuros, nascidos ou não de um contrato, indicando-lhes o caminho para chegarem ao juízo arbitral” (Alvim, 2000:217).

Ultrapassados esses esclarecimentos preliminares e indispensáveis para a compreensão do instituto da arbitragem, passa-se a examinar o assunto sob o âmbito societário, mais precisamente, à luz do ordenamento jurídico regulador das sociedades anônimas que, com a reforma da Lei das Sociedades Anônimas em 2001, passou a contar com um permissivo legal para a utilização da arbitragem na solução de suas controvérsias.

## Capítulo IV

### 1. *Aplicabilidade da arbitragem nos conflitos societários, diante do § 3º do art. 109 da Lei das Sociedades Anônimas*

O § 3º do art. 109 da Lei das Sociedades Anônimas estabelece que as compa-

nhas poderão inserir em seus estatutos regra que submeta ao procedimento arbitral as controvérsias entre os acionistas e a sociedade, assim como as divergências entre os acionistas minoritários e os controladores, devendo o estatuto especificar os termos que devem vigorar durante a arbitragem.

Com muita propriedade foi salientado pelo ilustre Professor paranaense Marcelo M. Bertoldi e seus colaboradores que já era perfeitamente possível a utilização do instituto da arbitragem para a solução de conflitos de interesses no âmbito societário, mesmo antes da reforma da Lei das Sociedades Anônimas de 2001. A introdução do § 3º ao art. 109, que trata dos direitos essenciais dos acionistas, denotou a intenção do legislador em realçar ainda mais a possibilidade de utilização deste instrumento de solução de litígios, o qual constitui uma alternativa, na maioria das vezes, mais benéfica para assegurar, com maior agilidade, adequada proteção aos investidores (Bertoldi, 2002:73).

Aliás, algumas sociedades já vinham incluindo em seus estatutos norma prevenindo que a solução de tais conflitos seria submetida à arbitragem. Tal prática decorria das notórias dificuldades de o Poder Judiciário dirimir complexas divergências surgidas no âmbito das intrincadas relações entre os acionistas, a companhia e seus controladores, tendo em vista que os Magistrados, na maioria das vezes, ou estão sobrecarregados pelo acúmulo de processos ou não possuem conhecimentos específicos da matéria.

Outra entidade que vem se destacando no incentivo à utilização da arbitragem no Brasil é a Bolsa de Valores de São Paulo, pois, quando da instituição do Novo Mercado, estabeleceu que os conflitos surgidos no âmbito das sociedades listadas nos segmentos especiais da Bovespa (Novo Mercado e Nível 2 de Governança Corporativa) deveriam ser dirimidos por arbitragem. Além disso, foi organizada pela referida entidade a Câmara de Arbitragem do Mercado, em cuja composição encontram-

se especialistas de diversas formações, tais como advogados, contadores, empresários e auditores (Cantidiano, 2002:116).

Podemos citar, também, como grande incentivador da difusão da arbitragem e sua aplicabilidade no campo societário, notadamente quanto à amplitude dos sujeitos a ela submetidos, o ilustre Siegbert Rippe, Professor Catedrático de Direito Comercial da Universidade do Uruguai:

“No obstante, se advierte que el proceso arbitral tiene alta viabilidad de operar en la solución de conflictos que se plantean en el ámbito estrictamente interno de las sociedades: conflictos entre directores y administradores, conflictos entre accionistas, conflictos entre los órganos sociales entre sí, conflicto entre los órganos y los accionistas, incluso respecto de impugnaciones contra resoluciones de los directores y administradores o de las asambleas sociales.

“Tiene, incluso, idoneidad para funcionar como medio alternativo de solución de conflictos entre sociedades de un mismo grupo económico, así como en el contexto asociativo de empresas en conflicto agrupadas de una manera más o menos estable o temporal (grupos de interés económico o uniones transitorias de empresas, respectivamente), o en el marco de acuerdos parasocietarios como son, por ejemplo, los convenios de sindicación de acciones o accionistas, por lo pronto, en aquellas legislaciones que admiten la licitud de dichos pactos.

“La no obligatoriedad legal del arbitraje determina, en su caso, la necesidad de incorporar la cláusula compromisoria en los contratos sociales respectivos, se en el acto fundacional, se a través de una reforma o modificación de los mismos, y de vos o subjetivos, o si se limita a la resolución de sólo ciertas controversias o cuando sólo involucra a ciertas personas: por ejemplo, socios o accionistas” (Rippe, 2001:375).

Assim, após todas as considerações levantadas nos capítulos anteriores, no to-

cante aos requisitos de validade da cláusula compromissória arbitral no direito positivo brasileiro, é possível concluir-se que a posição adotada pelo legislador respeita o sistema vigente, na medida em que: (i) segundo a melhor doutrina, o estatuto social, como parte integrante do contrato plurilateral onde as partes convergem seus interesses na criação da sociedade, é instrumento apto para a instituição da arbitragem como modalidade de solução de divergências de natureza societária; (ii) a solução alternativa das divergências de que fala o § 3º, do art. 109, da LSA, decorre da liberdade das partes que lhes permite vincularem-se a um foro de eleição de natureza privada, ou seja, ao juízo arbitral, em substituição ao juízo estatal.

Os eminentes doutrinadores Modesto Carvalho e Nelson Eizirik relatam as características e o conteúdo que deve conter a cláusula compromissória estatutária, os quais, resumidamente, transcreve-se:

a) “a cláusula compromissória constante do estatuto social deve ser explícita quanto às partes e às relações societárias entre elas e sobre os limites da competência arbitral”;

b) “deve, assim, constar da cláusula compromissória a configuração dessas divergências que não poderão ser universais, restritas que estão à esfera dos direitos patrimoniais disponíveis, decorrentes dessas relações de natureza exclusivamente societária”;

c) “é prudente que a entidade arbitral seja desde logo indicada na cláusula arbitral estatutária para o efeito de tornar indiscutível a sua competência, na conformidade preestabelecida das suas regras e regulamentos, que regerão, o processamento da arbitragem” (Carvalho, 2002:186-187).

d) “no que respeita à cláusula compromissória estatutária, esta se aplica unicamente a controvérsias originadas da aplicação da Lei Societária e do estatuto social. Não pode haver extensão do objeto e das partes nas lides submetidas ao juízo arbitral.

Assim, as controvérsias e lides em que, além dos acionistas e da sociedade, haja o envolvimento de administradores, fiscais ou terceiros estão excluídas do juízo arbitral instituído pela cláusula compromissória estatutária. Ademais, não pode ser objeto do compromisso arbitral a discussão sobre as cláusulas organizativas da sociedade, pois estas interessam à coletividade dos acionistas como um todo e não podem, assim, ser objeto de decisão arbitral. As cláusulas organizativas da sociedade originam-se de normas imperativas do ordenamento e, por isso, são indisponíveis por parte de alguns acionistas compromissados ou mesmo pela totalidade deles, por se tratar de matéria de ordem pública. (...) Para a concreção do campo de aplicação da cláusula compromissória estatutária a fonte segura é o elenco de ações que estão previstas nos arts. 285 a 287 da Lei Societária” (Carvalho, 2002:201-202).

Em que pese a inovação legislativa, controvérsias poderão surgir com a instituição e utilização da convenção de arbitragem no estatuto social das sociedades anônimas, mormente no que tange aos efeitos relativos aos acionistas quando da inclusão de cláusula compromissória em companhia já existente. Outro ponto polêmico diz respeito à vinculação dos novos acionistas quando da aquisição de ação de sociedade, de capital aberto e/ou fechado, onde conste em seus estatutos cláusula compromissória arbitral.

Visando a melhor compreensão da matéria citada no presente item, preferiu-se dividi-la em segmentos, dentro dos quais é citada a opinião preciosa dos poucos doutrinadores que já trataram do assunto.

## 2. Inclusão de cláusula compromissória de arbitragem quando da constituição de sociedade anônima

### A — Por subscrição pública

Nos termos dos arts. 82 a 87 da Lei das Sociedades Anônimas, a constituição

por subscrição pública destina-se à criação de uma companhia aberta, apta a se capitalizar no mercado de capitais. A pessoa que toma a iniciativa de organizar a companhia é o fundador, o qual é, em geral, um empresário, que identifica uma oportunidade de negócio para cuja viabilização seria necessário um volume de recursos do qual não dispõe.

A constituição por subscrição pública compreende três fases:

a) registro de emissão na Comissão de Valores Mobiliários, cujo pedido deve ser instruído com o projeto do estatuto, o estudo de viabilidade econômica e financeira do empreendimento e a minuta do prospecto. Caso a CVM considere o empreendimento viável, os fundadores idôneos, e caso não identifique impropriedades no projeto do estatuto ou no prospecto, deferirá o pedido de emissão, permitindo o início da segunda fase;

b) colocação das ações junto aos investidores em geral, para fins de subscrição, por meio de instituição financeira intermediária e dos demais agentes do mercado de capitais envolvidos com a operação. Ao término dessa fase, todas as ações devem ter sido subscritas, sob pena de se frustrar a operação como um todo;

c) realização da assembléia para deliberação da fundação da sociedade, aprovação do estatuto, avaliação dos bens oferecidos à integralização do capital social, eleição dos administradores e fiscais, entre outras matérias (Coelho, 2001:178-185).

Ressalte-se que, na assembléia de constituição, cada ação, independentemente de sua espécie ou classe, dá direito a um voto, sendo que o projeto do estatuto social só poderá ser alterado por deliberação unânime dos subscritores (§ 2º do art. 87 da LSA).

Assim, caso o projeto do estatuto apresentado à CVM contenha previsão de cláusula compromissória arbitral, quando da realização da assembléia de constituição, a exclusão de tal convenção só poderá ser efe-

tivada através de decisão unânime dos subscritores. É de se observar que a própria norma estatutária constitui-se na cláusula compromissória que vincula, de um lado, a sociedade e, de outro, os acionistas que manifestam duplamente essa vontade, pela sociedade e por si mesmos (Carvalhosa, 2002:194).

Nessa hipótese de inclusão de cláusula compromissória arbitral, pode-se entender pela sua validade e eficácia perante todos os subscritores, sob o fundamento de que os acionistas tiveram prévio conhecimento do teor do projeto do estatuto social, o qual foi apresentado e aprovado pela CVM.

Desse modo, pode-se sustentar que os acionistas, ao subscreverem suas ações, teriam concordado com os termos e cláusulas do estatuto social, manifestando inequívoca, livre e expressamente sua intenção de se submeter individualmente ao juízo arbitral, nos conflitos societários que se envolverem.

Segundo os insignes doutrinadores Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik: "Assim, no momento da constituição da sociedade (arts. 80 e ss. da Lei 6.404/1976) estarão vinculados à cláusula compromissória todos os fundadores que subscreveram o capital social. São eles que fundam a sociedade e aprovam o seu estatuto. Pode-se dizer, portanto, que os fundadores-subscritores não aderem ao estatuto, mas efetivamente o aprovam. Fique bem clara aqui a distinção. No caso, os atos constitutivos e, dentre eles, a aprovação do estatuto, são *tractatus* entre os fundadores e não *dictatus*" (Carvalhosa, 2002:191).

Resumindo, pode-se sustentar, como é defeso alegar desconhecimento da lei, que os acionistas que subscreverem publicamente ações de companhia em constituição, em cujo projeto de estatuto social estava incluída cláusula compromissória arbitral, anuíram aos termos do estatuto, bem como ao referido pacto, tendo em vista que, por lei, a alteração estatutária para a exclusão

de referida cláusula só poderia ser realizada através do consenso de todos os sócios. Além disso, os acionistas, caso não concordassem com referida convenção arbitral, tinham a faculdade de não adquirir as ações e, portanto, não ingressar no quadro social.

Contudo, como melhor será explicitado no Item 4 abaixo, há doutrinadores que entendem que o acionista, ao subscrever publicamente ações de companhia, estaria "aderindo" ao projeto do estatuto social apresentado pelo fundador, ficando obrigado a acatar a decisão que viesse a ser proferida em juízo arbitral, o que poderia ser interpretado como uma "renúncia tácita à jurisdição estatal", que é proibida, por tratar-se de "um direito essencial que tem caráter personalíssimo". Para evitar a invalidade da cláusula compromissória, nesse caso, alguns doutrinadores advertem acerca da necessidade de os subscritores das ações assinarem "termo de adesão", nos termos do art. 4º, § 2º da Lei 9.307/1996.

#### B — Por subscrição particular

A constituição por subscrição particular destina-se à formação de sociedade anônima fechada, que não pretende a captação de recursos no mercado de capitais, pelo menos no seu início, sendo que o seu processo de constituição é mais simples que o das abertas.

Nos termos do art. 88 da Lei das Sociedades Anônimas, duas são as alternativas para a constituição por subscrição particular:

a) realização de uma assembléia de fundação dos subscritores, sujeita às mesmas regras supra referidas, devendo ser entregue à assembléia o projeto do estatuto, assinado por todos os subscritores do capital; ou

b) lavratura de escritura pública em cartório de notas, que deverá ser assinada por todos os subscritores.

Nessa hipótese, caso o projeto do estatuto contenha previsão de cláusula com-

promissória arbitral, não pode haver dúvida quanto à validade e eficácia de tal convenção em face de todos os sócios, tendo em vista que todos os subscritores assinaram o projeto do estatuto, e/ou a escritura pública de constituição da companhia, concordando, assim, expressamente com seus termos.

#### 3. Inclusão de cláusula compromissória de arbitragem em sociedade anônima já constituída, através da reforma do estatuto social

Polêmica pode surgir, quando da aprovação, por sociedade anônima já constituída, de alteração estatutária com a finalidade de incluir cláusula compromissória arbitral, quanto à abrangência dos efeitos desse pacto sobre os acionistas.

Em conformidade com o acima explicitado, "a sociedade é parte vinculante à cláusula compromissória, ao declarar em seu estatuto que as controvérsias surgidas entre a sociedade e seus acionistas serão deferidas à decisão do juízo arbitral. (...) Assim os acionistas, ao mesmo tempo, exprimem coletivamente a vontade compromissória da sociedade e individualmente a sua própria vontade compromissória. (...) Essa cláusula compromissória estatutária vincula, portanto, a sociedade e individualmente os acionistas que a instituíram nos atos de constituição da sociedade ou em alteração estatutária, seja para dirimir divergências e litígios entre eles, acionistas compromissados, e a sociedade, como também nas pendências entre eles, acionistas compromissados, surgirem no futuro" (Carvalho, 2002: 194).

A assembléia geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir sobre todos os negócios relativos ao objeto da companhia, inclusive para reformar o estatuto social (art. 122, I, LSA) com a finalidade de incluir cláusula estabelecendo que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os minoritá-

rios, devam ser solucionadas através da arbitragem. Ressalte-se que é importante que os titulares de ação sem direito a voto participem de referida assembléia, a fim de manifestar seu consentimento acerca da deliberação.

Sustentam os eminentes juristas Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik que:

“A cláusula compromissória não é norma organizativa da sociedade, não vinculando, portanto, a todos os seus acionistas. (...) A sociedade despe-se, portanto, do seu poder de impor a todos os acionistas a cláusula compromissória, na medida em que se coloca como parte no compromisso diante de outras partes, ou seja, os acionistas que individualmente aceitarem essa convenção arbitral para dirimir seus conflitos.

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

Na mesma linha de raciocínio, o notável advogado Luiz Leonardo Cantidiano:

“Cabe indagar se as pessoas já eram acionistas da companhia antes da realização da assembléia geral, e que se opuseram à referida alteração estatutária, estarão obrigados a submeter-se ao procedimento arbitral.

“A resposta a tal indagação me parece negativa; o acionista que vota contra não optou pela submissão de suas eventuais divergências à referida alteração estatutária, até mesmo porque inexistia previsão estatutária regulando a matéria.

“Considerando que ninguém pode ser obrigado a submeter-se, contra a sua vontade, ao processo arbitral, e tendo presente que o antigo acionista da companhia manifestou sua expressa divergência à reforma estatutária, entendendo que a decisão adotada pela maioria não obriga a aceitar a ar-

bitragem se requerida por terceiro (outro acionista ou a própria companhia)” (Cantidiano, 2002: 119-120).

Como se vê, tais autores entendem, resumidamente, que os acionistas que não comparecerem à assembléia que deliberar sobre a apontada modificação estatutária, assim como os acionistas que se absterem de votar, não estão obrigados a submeter-se à arbitragem, quando instituída por terceiro; enquanto que a sociedade, através da decisão da maioria dos acionistas votantes, bem como estes que votaram expressamente favoravelmente à inclusão da cláusula estão obrigados a cumpri-la.

Fundamenta, Cantidiano, seu ponto de vista: “penso que não pode haver renúncia tácita ao direito que é assegurado pelo art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, de submeter-se à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito. A arbitragem só pode ser instituída se houver manifestação formal e voluntária da pessoa (física ou jurídica) convencionando submeter-se à decisão arbitral” (Cantidiano, 2002: 120).

#### 4. Aquisição de ação de sociedade anônima já constituída, na qual consta em seus estatutos cláusula compromissória arbitral

Controvérsia, ainda, pode surgir no que diz respeito à submissão à cláusula compromissória arbitral de acionista que venha a ingressar na companhia mediante aquisição de ações, diante da aceitação dos termos do estatuto social preexistente.

Segundo Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik: “a instituição ou adesão do acionista à cláusula compromissória estatutária não se transmite aos seus sucessores *causa mortis* ou aos adquirentes de suas ações a qualquer título, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Ainda, não estarão vinculados os novos acionistas subscritores de aumentos de capital ou originados de conversão de debêntures, ou de opções” (Carvalhosa, 2002: 199).

Continuam os eminentes juristas: “As partes do pacto compromissório estatutário vinculam-se de diversas maneiras. Assim a sociedade vincula-se pela manifestação da vontade que em seu nome fazem os fundadores-subscritores e os acionistas majoritários em alteração do estatuto social. Essa inserção da cláusula compromissória, na constituição da sociedade ou posteriormente, inclui-se na categoria dos contratos *trattati*, ou seja, a manifestação da vontade é instituidora do juízo arbitral, vinculando-se desde logo a sociedade e todos os fundadores ou, então, os acionistas que individualmente votaram favoravelmente à criação dessa cláusula em assembléia geral instalada para a respectiva alteração societária. Para os demais acionistas aderentes, a cláusula compromissória estatutária constitui pacto *delattati*, formulado com conteúdo pre-disposto, em que falta, portanto, a liberdade de fixação do seu conteúdo, como ocorreu na sua aprovação pelos fundadores ou, posteriormente, pelos acionistas majoritários. Neste caso os aderentes passam a integrar o pacto compromissório. A forma de expressar essa adesão é a determinada pelo § 2º do art. 4º da Lei 9.307/1996” (Carvalhosa, 2002:197-198).

Justificam tal opinião, os ilustres juristas, no fato de que “a renúncia ao direito essencial de valer-se do Poder Judiciário para dirimir controvérsias e litígios de natureza societária é personalíssima, não podendo, sob nenhum pretexto, ainda que contratual, convencionar essa sucessão. Em hipótese alguma a cláusula compromissória pode impor-se aos novos sócios, ainda que herdeiros ou sucessores ou por aquisição de qualquer título” (Carvalhosa, 2002:199).

Resumindo, referidos doutrinadores entendem que, inserida no estatuto norma que estabeleça a submissão de eventuais conflitos à arbitragem, o acionista, ao tornar-se titular de ações de emissão da companhia, estaria aderindo ao “contrato”, pelo que ficaria obrigado a acatar a decisão que viesse a ser proferida em juízo arbitral, o que poderia ser interpretado como uma “re-

núncia tácita à jurisdição estatal”, que é proibida, por tratar-se de “um direito essencial que tem caráter personalíssimo”. Para evitar a invalidade da cláusula compromissória, tais doutrinadores militam a favor da observância, neste caso, das condições previstas no art. 4º, § 2º da Lei 9.307/1996, através da obtenção do chamado “*termo de adesão*”.

Referido dispositivo legal dispõe que: “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” (grifos nossos).

Para dar suporte a referido entendimento, é necessário aceitar como premissa que a aquisição de ações e o ingresso no quadro social de companhia configuram celebração de contrato de adesão, tendo em vista que o acionista, ao adquirir ações de emissão de determinada companhia, estaria “aderindo” às disposições estatutárias que foram aprovadas pela maioria dos seus acionistas, dentre elas a cláusula compromissória.

Sem o intuito de solucionar a questão, mas tão-somente no de levantar dúvidas ocorridas quando da análise de referida premissa, pedimos vênias para lançar a seguinte pergunta: será que tal premissa é verdadeira?

Contrato de adesão, como bem refere Lucy Toledo das Dores Niess, citada por Irineu Strenger, “é ilustrado de novas técnicas de troca surgidas com as transformações da sociedade (...). Tem o contrato de adesão como denominador o recuo da autonomia da vontade e mais precisamente da liberdade de contratar. O conceito se insere em um momento geral descrito, muitas vezes, como dirigismo contratual, que se manifesta não somente por atentar o contrato à liberdade de fixação do conteúdo, mais igualmente por atentar à liberdade de

conclusão: *as partes são obrigadas juridicamente a contratar*" (Strenger, 1998:50-51) (grifos nossos).

No direito brasileiro, o contrato de adesão está definido no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no *caput* do art. 54, que assim dispõe: "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 o seu conteúdo".

Vemos, pois, que a intenção do legislador, ao impor certas condições para a validade da cláusula compromissória nos contratos de adesão (art. 4º, § 2º da Lei 9.307/1996), foi proteger os aderentes considerados hipossuficientes — parte economicamente mais fraca — no sentido de evitar que os mesmos se vissem obrigados a resolver seus conflitos fora do Judiciário, sem que, entretanto, pudessem negociar tal pacto (Coutinho, 1999:58-59).

Outra conclusão que se pode tirar é o fato de que os contratos de adesão são contratos de consumo, onde os aderentes são consumidores e, na outra parte, temos fornecedores de bens ou serviços.

Por outro lado, é de amplo conhecimento de que as pessoas, físicas ou jurídicas, subscrevem ações, ingressando na companhia, motivadas por diferentes interesses; ou estão interessadas especificamente na realização do objeto social, porque sua implementação atenderá alguma necessidade preexistente; ou estão interessadas no lucro que a atividade industrial desenvolvida pela companhia possa gerar; ou ainda, estão interessadas em manter um fundo de pensão para manter seus ativos empregados em investimentos diversificados (Coeelho, 2001:111).

Assim, restam latentes outras questões: levando-se em consideração a definição lançada por Lucy Toledo das Dores Niess de contrato de adesão, as pessoas naturais ou jurídicas estão obrigadas juridicamente

a contratar com a sociedade — adquirir suas ações? É possível enquadrar os acionistas como aderentes, sujeitos às regras do Código de Defesa do Consumidor? Os acionistas podem ser considerados como parte hipossuficiente em relação à sociedade do qual fazem parte?

Além disso, quando as partes celebram a convenção arbitral estariam elas "*renunciando à jurisdição estatal*"?

Mais uma vez, sem a intenção de esgotar a matéria, mas sim trazer à tona outras posições concernentes à questão levantada no parágrafo anterior, transcreve-se abaixo a opinião dos respeitáveis juristas José Eduardo Carneira Alvim e Nelson Nery Júnior:

"Dizer-se que, ao se louvarem em árbitros, as partes renunciam à jurisdição estatal significa reconhecer, na arbitragem, um substitutivo da jurisdição, ou equivalente jurisdicional, o que tem sido uma constante na doutrina, tanto nacional quanto estrangeira. Tal enfoque tem sido tão frequente que vem adquirindo o foro de dogmatismo, dando-se por resolvido um problema que definitivamente não está.

"A renúncia ou revogação da jurisdição não esclarece, convincentemente, por que a jurisdição estatal cede diante do consenso das partes, em submeter o seu litígio ao julgamento de árbitros; e um consenso com tal força coercitiva, que, uma vez firmado, não admite que uma das partes rompa, unilateralmente, esse acordo, para dirigir-se ao Judiciário. Se o fizer, pode o juiz intervir, a pedido de uma delas (art. 7º, *caput*, LA), mas para garantir a supremacia da jurisdição arbitral sobre a sua própria jurisdição.

"Este poder quase absoluto que se conhece à autonomia da vontade das partes não pode ser explicado pela renúncia ou pela revogação da jurisdição estatal, o que nem lhes seria lícito fazer, dado a jurisdição não funcionar no interesse imediato das partes, senão no do próprio Estado, afinal o maior interessado na administração

da Justiça (de direito ou de equidade); independentemente da existência ou não do direito material invocado, a jurisdição é exercida, em qualquer caso, atuando uma vontade positiva ou uma vontade negativa de lei (Chiovenda). Tanto não se trata de uma renúncia ou de uma revogação da jurisdição que não pode ser declarada de ofício pelo juiz (*ope legis*), dependendo, necessariamente, da alegação da parte (*ope exceptiones*). Ademais, se de renúncia ou revogação se tratasse, não poderiam as partes recuperá-la, caso a arbitragem não chegasse ao bom termo, pois não se readquire aquilo a que se renuncia ou revoga.

“Para Nelson Nery Júnior, o objetivo do compromisso arbitral é excluir da cognição judicial a lide entre as partes ou, por outras palavras, excluir, fechar as portas à jurisdição estatal, tendo relevância publicística negativa, pelo que tem prevalecido na doutrina seu caráter de negócio jurídico processual (*Prozessvertrag*). Evita esse jurista o emprego das expressões ‘renúncia’ ou ‘revogação’ da jurisdição, de todo impróprio para traduzir o fenômeno que buscam exprimir.

“Por fim, admitir-se a renúncia ou a revogação da jurisdição estatal, pela arbitragem, estar-se-ia admitindo renúncia ou revogação de um direito fundamental (ou constitucional) absolutamente irrenunciável, da pessoa, o que, por si só, basta para afastar esta perspectiva doutrinária” (Alvim, 2000:144-145).

Influenciado por doutrinadores italianos (Massimo Zaccheo, Annibale Marini e Rileva Bianca), sustenta o notável Professor mineiro José Eduardo Carreira Alvim, grande estudioso do instituto da arbitragem, posição contrária a dos doutos doutrinadores Modesto Carvalhosa, Nelson Eizirik e Luiz Leonardo Cantidiano, no tocante à extensão subjetiva da cláusula compromissória na cessão de contrato:

“Problema de maior importância, na arbitragem, é a questão relativa à transferência do contrato a terceiros, devido ao

caráter vinculante da cláusula compromissória.

“A solução poderia pender no sentido negativo, não só por ser o terceiro estranho à estipulação da cláusula como, também, por inexistir expressa aceitação dela; mormente quando ela vem pactuada em instrumento em apartado. No entanto, a doutrina tende no sentido positivo, em vista da instrumentalidade da cláusula em relação ao contrato, sobretudo do seu caráter unitário, compreensivo da cláusula e do contrato cedido a terceiro.

“Sendo a cláusula compromissória um negócio jurídico distinto em relação ao contrato, ela confere ao contratante um direito próprio, embora acessório do próprio crédito (*Acessorium sequitur principale*).

“No que tange à existência de expressa aceitação pelo terceiro da cláusula compromissória, deve-se considerá-la absorvida pela relação (*per relacionem*) decorrente da aceitação do contrato pelo mesmo. Neste caso, a cláusula compromissória entra em linha de conta, não como um negócio jurídico independente do contrato que acede, senão como uma cláusula no sentido próprio ou parte de uma complexa regulamentação contratual. A cláusula compromissória se aplica aos comprometentes, e, conseqüentemente, a quem assume a posição jurídica de um deles, em razão da cessão do contrato, importando na transferência, pelo cedente ao cessionário, dos direitos e obrigações contratuais no seu complexo unitário” (Alvim, 2000:238-239).

Ainda sobre o assunto, é valiosa a opinião do insigne Siegbert Rippe, Professor Catedrático de Direito Comercial da Universidade do Uruguai:

“En los casos en que la cláusula compromissoria esté incluida en el propio contrato o estatuto social, se dan o pueden darse situaciones conflictivas tales como las relativas a la sociedad misma, los directores o administradores sociales, los sucesores de los socios o accionistas, los cesionarios a cualquier título de las partícipes sociales,

sean éstas partes de interés, cuotas sociales o acciones, incluso los adquirentes de nuevas partes de interés, cuotas sociales o acciones derivadas de un aumento de capital, cuando ello fuere legalmente admisible.

“(…)

“En el caso de los herderos de los socios o accionistas, asuman o no la posición de tales — ello dependerá de la ley o del contrato, según el tipo social, y la actitud que adopten en caso de requerirse o condicionarse a su decisión y voluntad — en la medida que la ley sucesoria determina que aquéllos quedan ubicados en la misma posición que tenía el causante, esto es, el socio o accionista, por lo que también se les impone el contrato, por ende, la propia cláusula arbitral.

“En el caso de los cesionarios o adquirentes de participaciones sociales a cualquier título, en la medida que los mismos ingresan en la sociedad, que conforme a su naturaleza 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 su aceptación de la calidad o *status* de socios o accionistas, la aceptación del contrato mismo y de sus cláusulas en su integridad, entre las que se incluyen las propias cláusulas compromisorias” (Rippe, 2001:376-377).

Concluindo, não existe consenso na doutrina a respeito da extensão dos efeitos da cláusula compromissória aos novos acionistas que ingressarem na companhia, seja através da cessão gratuita ou onerosa das ações, da sucessão *causa mortis*, da subscrição de aumentos de capital ou da conversão de debêntures e opções. Alguns juristas mais conservadores (dentre eles, Modesto Carvalhosa, Nelson Eizirik e Luiz Leonardo Cantidiano) entendem que se faz necessária a expressa adesão dos novos acionistas à cláusula compromissória arbitral; outros, mais liberais (dentre eles des-

taca-se José Eduardo Carreira Alvim, Siegbert Rippe, Massimo Zaccheo, Annibale Marini e Rileva Bianca), manifestam-se favoravelmente à absorção da cláusula compromissória, pela relação decorrente da aceitação do contrato plurilateral de sociedade.

Como tal discussão é bastante recente no direito brasileiro, e os argumentos das duas linhas de pensamento são bastante coerentes, porém, ao nosso ver, ainda incompletos, revela-se mais prudente aguardar um posicionamento definitivo e majoritário da doutrina e da jurisprudência que nascerá da solução imposta aos conflitos que emergirão das relações societárias.

### Conclusão

Este trabalho certamente não abrange todos os aspectos relacionados ao complexo tema da aplicação da arbitragem na solução das lides societárias. Seu objetivo foi bem mais simples: procurar identificar a origem, natureza jurídica do instituto da arbitragem, seus requisitos de validade diante do direito positivo brasileiro e descrever sucintamente as questões polêmicas que poderão surgir com a instituição e utilização da convenção de arbitragem nas sociedades anônimas. Além disso, objetivou-se retratar o pensamento das principais correntes doutrinárias que trataram acerca da extensão dos efeitos da cláusula compromissória em relação aos acionistas, e, por fim, levantar algumas questões que as posições doutrinárias abordadas ainda não responderam.

As correntes doutrinárias estudadas têm pontos relevantes e a opção por qualquer uma delas deverá levar em conta, sobretudo, a preservação e a estimulação da adoção de convenção de arbitragem no âmbito societário.

A arbitragem é reconhecidamente um dos principais remédios para solução dos males por que passa a prestação jurisdicional no país, vez que é capaz de dar rápida solução aos litígios e de proferir deci-

sões mais técnicas e especializadas nas matérias levadas à apreciação.

Desta forma, a segurança, celeridade, profundidade técnica e sigilo foram os fatores que levaram a arbitragem a ganhar espaço, internacionalmente, no âmbito comercial e societário, onde as empresas ou grupos econômicos não podem se submeter a processos longos, custosos e muitas vezes pouco efetivos para a solução de questões que demandam respostas rápidas e satisfatórias, sob pena de comprometimento de suas atividades e interesses, elevação de custos e o retardamento de projetos.

Assim, o rigor excessivo na estipulação da cláusula compromissória arbitral entre as partes de uma relação societária, preexistente ou futura, pode acabar acarretando a inviabilização da arbitragem na solução dos conflitos que emergirem dessa relação. Deve-se levar em conta que as ações emitidas por companhia de capital aberto têm alta circulação, e rápida mudança de titularidade, sendo que, se as formalidades para a convenção do pacto arbitral entre as partes forem exageradas, a sua celebração constituirá um encargo árduo e dispendioso para a companhia, e muitas vezes, desencorajador.

Ademais, a não unanimidade entre os acionistas acerca da pactuação da cláusula compromissória, na maioria das vezes, prejudicará a solução de litígios societários, uma vez que o interesse em conflito pode envolver toda a gama de acionistas titulares de ações de uma mesma espécie ou classe. Desta forma, caso alguns acionistas de determinada "classe" pactuem a cláusula arbitral e outros não, correr-se-á o risco de existir divergência e conflito entre os termos da sentença arbitral e a judicial, o que implicará violação ao tratamento igualitário dos sócios, além de tal situação tornar-se bastante custosa para a companhia, visto que terá de contratar advogados para atuar nas duas esferas.

No intuito de estimular os sócios a convencionarem, em unanimidade, a arbitragem, evitando-se, assim, os problemas

descritos no parágrafo anterior, o legislador pátrio poderia incluir a *discordância da disposição estatutária arbitral*, dentre as hipóteses autorizadoras do direito de retirada. Desse modo, aqueles que se opuserem à contratação de aludida fórmula alternativa de solução de lides poderão utilizar a via do recesso.

Sobre o assunto, interessantes são as informações trazidas pelo notável Professor Pedro A. Batista Martins, em seu artigo denominado "Tópicos relevantes na estipulação da arbitragem comercial": "Por certo que a espinha dorsal da arbitragem está ligada à cláusula compromissória: estipulação, amplitude dos meios de cumprimento da obrigação e eficácia. Quanto à estipulação, avançam as legislações e jurisprudências no sentido de se mitigarem as formalidades que lhe cercam, admitindo-se sua existência independentemente de assinatura das partes e, conseqüentemente, validando a estipulação compromissória por meio de telex, correio eletrônico, se constante de conhecimento de embarque (*bill of lading*), ordens e faturas comerciais (cf. Vincenzo Vigoriti, "Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e sua impugnação", in *Revista Forense*, v. 345, p. 156, e Nigel Blackaby e Alessandro Spinillo, "La nueva legislación sobre arbitraje de Inglaterra", in *Jurisprudência Argentina* 6.116, 18.11.1998). A convenção do Panamá, incorporada ao sistema legal brasileiro pelo Decreto 1.902, de 9.5.1996, registra em seu art. 1º que "(...) o acordo (de arbitragem) constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicação por telex" (Martins, 2001:299).

Desta feita, a derrocada do formalismo excessivo e a flexibilização da pactuação arbitral impulsionarão a utilização desse instituto no âmbito do direito societário, atendendo melhor às exigências das relações desenvolvidas *intra corporis*, em razão do caráter dinâmico e moderno do mundo econômico e empresarial dos nossos dias.

**Bibliografia**

- ALVIM, José E. Carreira. (2000) *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos.
- ARREDONDO, Leonardo Avarena. (1969) *Natureza Jurídica del Arbitrage*. Santiago do Chile: EJC.
- BERTOLDI, Marcelo M. e seus colaboradores: SOBRINHO, Carlos Augusto F. Alves; TOKARS, Fábio; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. (2002) *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas — Comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001*. São Paulo: Ed. RT.
- CANTIDIANO, Luiz Leonardo. (2002) *Reforma da Lei das SA Comentada*. Rio de Janeiro: Renovar.
- CARMONA, Carlos Alberto. (1993) *Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores.
- . (1998) *Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros Editores.
- CARVALHOSA, Modesto e EIZIRIK, Nelson. (2002) *A Nova Lei das SA*. São Paulo: Saraiva.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. (1994) *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores.
- COELHO, Fábio Ulhoa. (2001) *Curso de Direito Comercial*. v. 2. São Paulo: Saraiva.
- COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. (1999) *Arbitragem e a Lei 9.307/1996*. Rio de Janeiro: Forense.
- FIGUEIRA JR., Joel Dias. (1999) *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT.
- MARTINS, Pedro A. Batista. (2001) “Tópicos relevantes na estipulação da arbitragem comercial”, in *Aspectos Atuais da Arbitragem*, coord. Adriana Noemi Pucci, Rio de Janeiro: Forense.
- MATTIUZI, Alexandre A. (2000) *Mitologia ao Alcance de Todos*. São Paulo: Nova Alexandria.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. (1971) *Direito Romano*. v. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- RIPPE, Siegbert. (2001) “El arbitraje como médio alternativo de solución de controversias comerciales”, in *Aspectos Atuais da Arbitragem*, coord. Adriana Noemi Pucci, Rio de Janeiro: Forense.
- STRENGER, Irineu. (1998) *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr.
- THEODORO JR., Humberto. (1998) *Curso de Direito Processual Civil*. v. III. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense.