Atualidades

A ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

PEDRO A. BATISTA MARTINS

1. Introdução. 2. As recentes propostas de Reforma das Leis das Sociedades de Responsabilidade Limitada. 3. Arbitragem necessária: ainda um tabu. 4. A eficácia da cláusula compromissória no contrato social de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. 5. A eficácia da cláusula compromissória no estatuto da sociedade anônima. 6. Conclusão.

1. Introdução

A disposição sobre juízo arbitral em sede societária é quase tão antiga quanto o registro do instituto em nosso direito positivo.

Conquanto permitida a arbitragem por previsão expressa na Constituição Política do Império, de 1824, essa via de solução alternativa foi introduzida no seio das sociedades através das edições, em 1850, dos Códigos Comercial (Lei 556, de 25 de junho) e de Processo Comercial (Decreto 737, de 25 de novembro).

Tínhamos, então, dois tipos de arbitragem: a *obrigatória* ou *necessária* e a *voluntária*.

Por força do contido no art. 294 do Código Comercial,¹ o item 5 do seu art. 302 impunha aos sócios o dever de constar da escritura de constituição da sociedade a forma da nomeação dos árbitros para juízes das dúvidas sociais.

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

Era, assim, *necessária* a solução por arbitragem nas questões sociais existentes entre os sócios e nas relativas à liquidação da sociedade e à partilha de seu acervo.

Para disputas envolvendo essas matérias, impunha-se forçosamente decisão por juízo arbitral. Era o que também determinava o Decreto 737, em seu Título VIII (art. 411, § 2º e ss.) ao dispor sobre as regras processuais do juízo arbitral.

Todos os demais conflitos sociais, inclusive os resultantes da relação sócio/empresa, *poderiam* ser resolvidos por arbitragem, se assim dispusesse o contrato. Tratava-se de *condição contratual facultativa* a depender da manifestação da vontade legítima das partes.

Enquanto algumas questões sociais revertiam, compulsoriamente, para a solução arbitral, outras tantas poderiam ser resolvidas nessa instância se assim acordassem livremente as partes.

A autonomia era o divisor de águas. A plenitude desse preceito imperava no juízo arbitral voluntário, mas encontrava-se absolutamente renegado nas causas de *competência necessária* do juízo arbitral.

Enquanto este encerrava a vontade isolada do legislador, aquele se prendia ao interesse exclusivo das partes.

Mas esse sistema duplo de submissão de jurisdição, sabe-se lá o porquê, não prosperou. Menos de duas décadas após a vigência do Código Comercial, foi abolido o juízo arbitral obrigatório, por obra do então Ministro da Justiça, integrante do Gabinete de Olinda, José Thomaz Nabuco de Araújo.

Em 1866, a Lei 1.350, de autoria do pai de Joaquim Nabuco, retira do sistema legal brasileiro o juízo arbitral necessário e, no ano seguinte — 1867 — o Decreto 3.900, também de iniciativa de José Thomaz, disciplina o juízo arbitral facultativo (Waldecy Lucena, p. 95).

Por certo o mais pernicioso para o instituto da arbitragem foi o Decreto 3.900, cujo art. 9º acabou por impor à cláusula arbitral o viés meramente compromissório, restando sua obrigatoriedade e eficácia, singelamente, no plano da moral das partes.

Foi esse malfadado artigo o estopim da cultura da invalidez da cláusula compromissória que se arraigou por décadas na doutrina e na jurisprudência nacional e que banuiu a via arbitral para a solução de qualquer controvérsia, inclusive das causas fundadas no direito societário.

2. As recentes propostas de Reforma das Leis das Sociedades de Responsabilidade Limitada

É justamente pela valia na adoção desse sistema de resolução de conflitos que os recentes estudos elaborados em forma de anteprojeto e projeto de lei de modificação do sistema legal que congrega as sociedades de responsabilidade limitada (sociedades por quotas e anônimas) buscam reintroduzir a arbitragem como saída célere e especializada às demandas surgidas entre sócios e entre estes e a sociedade.²

O dinamismo empresarial e a amplitude dos mercados aliados à criatividade e à agilidade de seus agentes — afora a alta competitividade — impõem solução rápida a questões que possam afetar, direta ou indiretamente, a sociedade empresarial.

A desavença sem reposta, ou a solução tardiamente posta, pode impiedosamente alijar a empresa da concorrência.

Ademais, por força da sofisticação das relações societárias, a tecnologia jurídica que as cerca reclama grau aprimorado de especialização geralmente encontrado nos profissionais que usualmente convivem e se aprofundam no exame do tema.

Razoável, nesses casos, a escolha de árbitros com o perfil e a experiência que a matéria requer.

Comissão nomeada pela Portaria 145, de 30.3.1999, do Ministério da Justiça, constituída pelos Drs. Arnoldo Wald, Jorge Lobo, César Asfor Rocha, Alfredo Lamy Filho, Egberto Lacerda Teixeira e Waldirio Bulgarelli, prevê: "(...) Art. 4º. O contrato social poderá: (...) II — prever: (...) 'g' a solução por arbitragem dos conflitos entre a sociedade e os sócios ou entre estes, com indicação da forma pela qual deverá ser realizada".

"Art. 46. O contrato social poderá submeter à arbitragem as divergências entre a sociedade e os sócios ou entre estes, especificando as regras aplicáveis."

O Projeto de Lei 3.115, de 1997, que altera e acrescenta dispositivos na Lei do Anonimato, já aprovado na Câmara dos Deputados, estabelece: "Art. 109. (...) § 3º. O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitramento, nos termos em que especificar. (...) Art. 115. (...) § 10. A assembléia especificada no parágrafo anterior poderá delegar, com a concordância das partes, à arbitragem a solução do conflito [de interesses]. (...) Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede. (...) § 3º. Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas e a sentença judicial, uma vez transitada em julgado, ou a decisão proferida por juízo arbitral, que condenarem o acionista a proferir voto nos termos de acordo de acionistas, produzirá todos os efeitos do voto não proferido".

2. O anteprojeto de Lei de Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, elaborado pela

Alie a esse dado a confidencialidade e teremos elemento catalisador da vitalidade da arbitragem em sede societária.

Mas, talvez, a *vantagem das vantagens* na adoção do juízo arbitral nas questões internas que envolvem as pessoas empresariais e seus sócios seja a rapidez na solução dos problemas.

Sabe-se que um *sem número* de conflitos societários resultam do descumprimento de obrigações de fazer ou não-fazer.

Como todas as outras de natureza não societária, ditas obrigações (não raro voltadas à prestação de declaração de vontade) dependem, para sua efetividade, de uma sentença que lhe assegure, após o transcurso do processo de conhecimento, a chamada execução específica.

É o que impõe a sistemática processual, nos termos do art. 461 do CPC, direcionado ao processo de conhecimento, e dos arts. 632 e 642 do CPC, voltados à concretização de sentenças condenatórias emanadas de processos originados de descumprimento de obrigações de fazer ou não-fazer.

“Conceder tutela específica em sentença significa constituir ou desconstituir uma situação jurídica, segundo os desígnios do direito material, ou condenar o demandado ao fazer ou ao não-fazer a que estava obrigado (segundo os critérios acima: violação a proibições ou a comandos positivos)” (Dinamarco, p. 155).

Dado que a tutela de urgência, nesses casos, depende da relevância do fundamento da demanda e (cumulativamente) de receio justificado da ineficácia do provimento final, é mais comum a substituição da tutela pretendida — que normalmente é aquela objeto do pedido a ser confirmado em sentença — por outra de cunho instrumental que garanta, transversalmente, a prestação jurisdicional ao final pretendida.

Destarte, excetuadas as oportunidades em que a obrigação contratada comporte, *ab initio*, execução específica, à solução do

litígio societário antecederá um processo de conhecimento cuja efetividade do provimento final estará na capacidade de se obter tutela de urgência adequada à proteção do resultado prático almejado e que, regra geral, recai em medidas preventivas e laterais ao pleito principal, muitas delas envolvendo, aliás, a própria sociedade.

Mutatis mutandis, a mesma prática processual acaba por se impor à arbitragem; mas dela o juízo arbitral não é de todo refém. A autonomia da vontade na escolha de regulamento de Câmara arbitral ou a própria manufatura de regras procedimentais *ad hoc* — cláusula compromissória auto-regulada — proporcionam a oportunidade de mitigar a rigidez às vezes imposta pelo rito estatal. Não só isso: é a celeridade no julgamento arbitral, implicitamente impulsionada pela especialização dos árbitros, a *mais valia* na utilização desse mecanismo legal para a solução dos conflitos atinentes às relações societárias.

É esse *plus* que salta aos olhos daqueles que militam nessa área do direito a ponto de se introduzir nas propostas de modificação legislativa a opção pela solução arbitral.

A bem da verdade, esses dispositivos constantes do Anteprojeto de Sociedades por Quotas e do Projeto de Modificação da Lei das Companhias (cf. nota 2) funcionam como um *indutor* na manifestação da vontade e não como uma norma autorizadora a validar a eficácia da convenção de arbitragem nos contratos de sociedade e instrumentos conexos.

Encerrando a matéria direitos de cunho patrimonial e disponível, regra geral, nada há que impeça os interessados de reverter à jurisdição arbitral os atuais ou os futuros conflitos societários.

3. Arbitragem necessária: *ainda um tabu*

Se a arbitragem facultativa ainda hoje é contestada por alguns (poucos, com cer-

teza), dada a estreita interpretação que buscam conferir ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o que se falar da arbitragem necessária? No mínimo, um absoluto tabu!

Nos termos literais da Constituição, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Essa regra foi suficiente *per se* a que oponentes da arbitragem voluntária encarassem a cláusula compromissória como de pouca valia legal. Continha a arbitragem, conquanto fundada na cláusula compromissória, vício irremediável de inconstitucionalidade. Modifique-se a Constituição ou enterrem de vez o juízo arbitral, vaticinaram, por décadas perdidas, os pretensos escudeiros de nossa Carta Maior.

Nenhum dos dois presságios aconteceu. Destronadas e destruídas tais pretensões, restaram os argumentos ideológicos de oposição ao instituto.

Mas e a arbitragem necessária que sequer é debatida pelos arbitralistas ou, quando abordada, é enfrentada com surpresa como se tratasse de matéria exótica e de nenhuma possibilidade de penetração em nosso sistema legal? É com base naqueles mesmos argumentos, já mitigados, que novamente reagem, e com maior ênfase, aqueles que a renegam.

Essa rejeição *a priori* à arbitragem obrigatória sob certo aspecto é reflexo de uma reação autômata de um processo subliminar desencadeado na cultura jurídica e que nela se aloja há muito tempo sem que a massa formadora dessa rejeição tenha tido a oportunidade de refletir e repensar a questão, confrontando-a com o cenário passado e o atual.

Sinteticamente, a inserção constitucional do contido no art. 5º, XXXV, sucedeu ao período ditatorial de Vargas, onde tribunais à margem do Estado eram autorizados a proferir decisões sobre determinadas questões de direito.

Além de autorizados, eram esses tribunais os únicos que tinham competência

para examinar os casos discriminados nos atos baixados pela ditadura.

Não só isso: suas decisões eram irrecorríveis. Irrecorríveis sob qualquer hipótese, pois sequer existiam situações jurídicas passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.

Pior ainda: os tribunais de exceção da época, com certa constância, faziam letra morta do princípio universal do devido processo legal.

Foram esses, sucintamente, os pressupostos que impulsionaram os constituintes de 1946 a introduzir, pela primeira vez, norma assecuratória da intervenção judicial que restou por deixar claro algo implícito no inconsciente coletivo de qualquer nação que propugna pelo Estado de Direito.

No momento em que o Estado retorna às suas atividades e obrigações básicas e, assim, libera um espaço para a atuação dos indivíduos; no momento em que estes reclamam da inatividade do Estado e de maior efetividade em suas ações; e no momento em que o Estado, em contrapartida, autoriza e conclama a comunidade a cooperar nas ações administrativas, políticas e legais do Estado, a mim parece oportuno o debate sobre o tema da arbitragem necessária.

Nesse diapasão, qualquer reflexão que se proponha há de traçar contatos com os princípios que cercam o instituto e que reforçam a legitimidade desse tipo de arbitragem.

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.

“Essa expressiva aproximação entre o processo arbitral e o estatal é suficiente para abrigá-lo sob o manto do *direito processual constitucional*, o que importa considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçadas pela Constituição da República aos institutos processuais. (...)”

“O primeiro pilar do presente estudo é portanto representado pela afirmação da plena incidência, sobre o processo arbitral, dos princípios e garantias constitucionais inerentes à *tutela constitucional do processo*. Quando se pensa no *acesso à justiça*, que é a magna condensação de todas as garantias constitucionais do processo, hoje é imperioso incluir nesse pensamento as aberturas para a tutela jurisdicional pela via da arbitragem, como alternativa às vias estatais. Quando se pensa no contraditório e na ampla defesa, deve-se pensar na participação dos sujeitos processuais no processo estatal e no arbitral também. Quando enfim se pensa no *due process of law* como princípio tutelar da observância de todos os demais princípios, não se pode excluir o devido processo legal *arbitral*, como fonte de tutelas jurisdicionais justas e instrumento institucionalizado de pacificação social.”³

É o que ocorre em Portugal, cuja Lei 31/1986 admite a arbitragem *necessária e*, ao que parece, também na Inglaterra e nos Estados Unidos (Batista Martins, p. 24).

Percebam, contudo, que o Brasil não teme essa novidade. De manso, o tabu da arbitragem necessária caminha para o amplo debate dado que a Medida Provisória 2.221, de 4.9.2001, que altera a Lei 4.591/1964 para instituir o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, determina a solução por arbitragem obrigatória dos conflitos relativos à vinculação de obrigações decorrentes de contratos de incorporação imobiliária (art. 30-F).

3. Cândido Rangel Dinamarco, “Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional”, artigo que consta da presente coletânea em Homenagem ao Des. Claudio Vianna de Lima.

4. A eficácia da cláusula compromissória no contrato social de sociedade por quotas de responsabilidade limitada

Tanto o Código Civil quanto o Comercial são uníssonos em afirmar o pressuposto contratual das sociedades.

Reza o art. 1.363 do Código Civil que “celebram *contrato* de sociedade as pessoas, que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns”.

Por sua vez o Código Comercial, em várias passagens, registra essa natureza própria da sociedade mercantil. Assim, “o *contrato* de qualquer sociedade comercial (...)” (art. 300); “o teor do *contrato* deve ser lançado no Registro do Comércio (...)” (art. 301); “a *escritura*, seja pública ou particular, deve conter (...)” (art. 302).

Por seu turno, o Decreto 3.708/1919, que dispõe sobre as sociedades por quotas de responsabilidade limitada (“Limitada”) remete aos arts. 300, 301 e 302 do Código Comercial a regulação do título constitutivo desse tipo de sociedade.

Seja qual o caminho por onde trafegue o intérprete, todos eles o levam a concluir pela natureza eminentemente contratual da Limitada.

Não importa que a prova da existência da sociedade independa de contrato escrito,⁴ sua natureza não se altera: será e permanecerá sendo contratual, posto que os contratos não se desnaturam pela ausência da forma escrita, podendo ser comprovados por outros meios permitidos em lei.

4. “Art. 304. São, porém, admissíveis, sem dependência da apresentação do dito instrumento, as ações que terceiros possam intentar contra a sociedade em comum ou contra qualquer dos sócios em particular. A existência da sociedade, quando por parte dos sócios se não apresenta instrumento, pode provar-se por todos os gêneros de prova admitidos em comércio (art. 122), e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu sociedade.”

“Art. 1.366. Nas questões entre os sócios, a sociedade só se provará por escrito; mas os estranhos poderão prová-la de qualquer modo.”

Tal assertiva trasladada para a seara arbitral me conduz a duas conclusões categóricas. A essência contratual (convencional em alguns casos) que identifica a natureza da Limitada encontra-se refletida, *mutatis mutandis*, na própria cláusula compromissória que é convenção e, por isso, deve vir estipulada em contrato. Mas, ao contrário do que ocorre nas sociedades, a existência da cláusula compromissória provar-se-á, unicamente, se estampada *por escrito* no contrato ou em documento apartado que a ele se refira, por força do art. 4º, § 1º, da Lei Marco Maciel.⁵ Precisa constar, *preto no branco*, para que seus efeitos positivo e negativo possam produzir-se em benefício da segurança das relações refletidas no contrato social.

Assim como não se admite nas chamadas sociedades de fato a limitação de responsabilidade própria das Limitadas, o mesmo se pode dizer da cláusula compromissória, vez que ambas as estipulações devem ser pactuadas por escrito para que produzam os efeitos de direito almejados.

Mas esse não é um empecilho que comprometa a disseminação da arbitragem como solução para os conflitos inerentes aos contratos de Limitada.

Regra geral as Limitadas têm suas condições e termos constitutivos acordados por escrito pela totalidade dos sócios e arquivados no Registro de Comércio, daí que na grande maioria dos casos não se discute a existência da sociedade.

Essa realidade também conduz o intérprete a desconsiderar, *ab initio*, possíveis reações quanto à validade do pacto arbitral lançado no contrato social.

E é esse cenário positivo que se quer inserir a arbitragem, como se vê da proposta contida no Anteprojeto (cf. nota 2), em glamuroso e eficiente *revival* da legislação pretérita esnobada ao longo de décadas.

5. "Art. 4º. (...) § 1º. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira."

Mas esse *revival* não precisaria vir contido em proposta legislativa, haja visto a roupagem jurídica dada ao instituto pela Lei 9.307/1996. Mas tampouco há de ser desprezada essa iniciativa, pois funciona como mola propulsora, e mesmo indutora, da arbitragem em sede societária. Demonstra, sobretudo, o apoio e o interesse do Estado na difusão do instituto em campo relevante da economia nacional.

E essa manifestação explícita do legislador há de repercutir na interpretação dos tribunais judiciais ao se defrontarem com as questões relativas ao conteúdo, extensão e efeito da cláusula compromissória e à arbitrabilidade das controvérsias de origem societária.

A vontade expressa do legislador é corolário do favor arbitral. Dele não deverá afastar-se o Judiciário sob pena de indesejável desprezo ao espírito norteador da lei.

Mas, na verdade, me parece que esse princípio arbitral será abordado em situações extraordinárias, dada a condição genuinamente contratual e o caráter essencialmente pessoal que geralmente se extrai das Limitadas. A autonomia da vontade aliada ao conhecimento e à qualificação pessoal da figura dos sócios são as fontes geradoras dessas sociedades.

Por força desses elementos constitutivos, a estipulação do pacto arbitral não deverá, no mais das vezes, enfrentar maiores percalços.

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. O mesmo se afirma quanto aos acordos de quotistas.

Destarte, a par das controvérsias existentes entre a sociedade e os quotistas, até mesmo aquelas que afetem a relação entre os sócios (com ou sem impacto na empresa) deverão perseguir, sem delongas, a solução arbitral.

Nesses casos, não se discutirá a validade da cláusula compromissória dada a manifestação expressa da vontade dos sócios, por si e pela sociedade.

A problemática despontará no momento em que a maioria, valendo-se do controle e de permissivo contratual, decidir introduzir no contrato social a convenção de arbitragem.

A repercussão dos efeitos desse ato jurídico poderá ser objeto de contestação pelo quotista que nele não interveio. A validade da convenção estará posta à prova.

Várias questões extravasarão dessa relação jurídica que se pretenderá concretizar. Conquanto ciente, a meu conhecimento, da inexistência de qualquer estudo entre nós a esse respeito, buscarei expor em benefício do debate algumas considerações sobre a questão levantada.

De antemão, parece-me que a estipulação da cláusula compromissória em alteração do contrato social de Limitada, por votação majoritária, para se fixar a via arbitral para a solução de disputas sócio/sócio, poderá, em princípio, não vincular aqueles sócios que não assentiram com a modificação, porque, nesse particular, a relação jurídica pode reduzir-se a uma essência estritamente pessoal onde a repercussão patrimonial afete única e exclusivamente os bens, direitos e obrigações individuais do quotista sem qualquer reflexo na organização social. A causa subjacente será sempre social, mas a relação controversa atingiria, diretamente, o patrimônio individual do sócio, sem efeitos sociais perniciosos.⁶

6. Esse posicionamento, contudo, não se aplicaria aos conflitos sócio/sócio que produzam efeito negativo ou tenham qualquer tipo de reflexo na estrutura da organização social. Nesses casos, a solução arbitral célere e técnica aliviaria os impactos negativos causados à sociedade pelos efeitos da tensão entre os sócios. A estipulação da cláusula compromissória estaria, assim, em linha com o interesse social e com o próprio desejo do legislador e o sentido da lei.

A vinculação a uma estipulação do gênero pressupõe, forçosamente, sinalagma. A situação jurídica em jogo (repercussão exclusiva no patrimônio do sócio) reclama uma contraposição objetiva e direta de interesses, substrato natural dos acordos bilaterais. A unilateralidade da decisão majoritária, nesse caso, não compõe qualquer outro interesse que não aquele estritamente pessoal. O que está em jogo é o interesse patrimonial exclusivo do sócio sem qualquer reflexo na sociedade. Não importa se é ele o majoritário; a polarização é a tônica.

O mesmo já não se configura nas situações em que a cláusula compromissória é fixada com o desejo de resolver as pendências porventura existentes entre sócios e sociedade.

Mesmo acordada por voto e firma da maioria, parece-me que o argumento da validade desse pacto merece reflexão.

A repercussão jurídica que jaz é de outra natureza. Seus efeitos, conseqüentemente, trafegam em outro ambiente onde os interesses são mais abrangentes. Permeiam, sobremaneira, o campo dos interesses da sociedade. O bem jurídico a proteger é a coletividade.

“Como observa Vivante, o contrato de sociedade transforma os interesses individuais e divididos dos sócios em interesse coletivo” (Cunha Peixoto, p. 63).

Daí por que a convenção de arbitragem inserida em alteração de contrato social aprovada por maioria comporta nuances jurídicas.

A deliberação social pressupõe atender a finalidade da pessoa jurídica. A pluralidade da vontade, que enfrenta provável contraposição no momento da constituição da empresa e em outras ocasiões específicas (v.g., aporte de bens ao capital social), determina que a conveniência da deliberação espelhe escopo comum.

O fim social é o desiderato a perseguir. A sociedade e a comunidade de sócios dele não podem afastar-se, devendo as decisões deliberativas convergir nesse propósito.

Destarte, não vejo, *a priori*, violação ao princípio do interesse comum a deliberação que importe em fixação, por maioria, de cláusula compromissória para afastar o Poder Judiciário das controvérsias que surjam entre os sócios e a Limitada.

Não há nessa alteração societária ato que comporte dano patrimonial ou político aos envolvidos. Ao contrário, o que se quer é dar velocidade e segurança à solução das questões controversas, para o próprio bem da organização social.

Do mesmo modo, essa deliberação, sob seus ângulos intrínsecos e extrínsecos, se alinha, à primeira vista, com os elementos essenciais do ato jurídico: trata-se de uma prestação passível de realização, lícita e determinada ou determinável; não viola os bons costumes; segue a forma contratual prevista em lei; os agentes são capazes.

A questão, contudo, torna-se complexa quando defrontamos essa deliberação social majoritária com o contido no art. 4º, § 2º, da Lei Marco Maciel⁷ e no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.⁸ Afinal, será nulo o ato jurídico quando a lei taxativamente o declarar ou lhe negar efeito (art. 145, V, do Código Civil).

Dentre essas duas regras legais, quero crer que a eficácia da cláusula arbitral sofrerá maior oposição por força da norma constitucional e não do preceito infraconstitucional gerado no âmbito da própria Lei de Arbitragem.

Esse dispositivo da Lei Marco Maciel merece ser lapidado frente à realidade societária. Trata-se de regra de exceção e por esse prisma genuíno deve ser encarada.

7. "Art. 4º. (...) § 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."

8. "Art. 5º. (...) XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

Nos termos do dispositivo legal, a eficácia da cláusula compromissória depende da vontade manifestada, *a posteriori*, pelo aderente. A cláusula é válida de antemão, restando suspensos seus efeitos. A eficácia somente se produzirá caso o oblato tome a iniciativa de instituir a arbitragem ou concorde com sua instituição.

Ressalte-se, pois, que a validade da cláusula não se discute. Em jogo, seus efeitos de direito. A eficácia do pacto arbitral fica a depender da manifestação unilateral de vontade, pelo aderente, após a existência do conflito.

No âmbito da convenção de arbitragem, é regra única de exceção, pois, com a Lei 9.307/1996, a questão da eficácia da cláusula compromissória virou de ponta-cabeça. Se antes nada valia, era *caput mortuum*, com a introdução da lei o ajuste arbitral transforma-se, revitaliza-se, restando-lhe, somente, uma única exceção à regra da vitalidade e da plenitude de sua eficácia legal: quando inserida nos contratos de massa.

Foi esse, justamente, o modelo que a reforma do instituto buscou implementar através da Lei Marco Maciel: fortalecer a cláusula compromissória já que fonte direta da arbitragem. Uma vez estipulada, dela não podem mais afastar-se os convenientes. O instrumental jurídico que a cerca proporciona a concretização de seus efeitos. Seja de caráter positivo ou negativo. Esse fortalecimento legal de sua eficácia não encontra precedente no direito positivo nacional e contempla uma exceção. E essa excepcionalidade deve ser aplicada restritivamente aos específicos casos que a eles a norma se dirige.

E esses casos dizem respeito aos típicos contratos de adesão atinentes, basicamente, às relações de consumo onde figure o hipossuficiente ou a parte fraca.

Essa foi a inclinação do legislador em nítido alinhamento com o ordenamento do Código do Consumidor.

É nas relações de consumo onde se aperfeiçoam os contratos de adesão. Con-

tratos estes que divergem conceitual e instrumentalmente dos contratos de sociedade.

O contrato de adesão, longe de ser um tipo contratual, exterioriza um *estado de espírito* frente à nova realidade dos negócios comerciais e dos avanços técnicos e econômicos que colocam as sociedades industriais em um patamar superior frente ao adquirente de produto ou serviço. Diz respeito à relação fornecedor/adquirente.

Esse *estado de espírito* gerou os formulários-padrão e as cláusulas uniformes. Gerou a predeterminação do conteúdo dos contratos firmados em abundância. Elaborado para contratação em massa, inviável, conseqüentemente, qualquer negociação. Daí a unilateralidade e a indiscutibilidade desses instrumentos legais, sejam eles *de adesão* ou *por adesão*.⁹

Tais contratos têm por objeto a prestação de serviço ou o fornecimento de produto. Bens tipicamente existentes no comércio cotidiano, onde as características de contratação são a impessoalidade e a inferioridade de uma das partes, dada a massificação e, conseqüentemente, à unilateralidade na predeterminação de suas cláusulas

9. A doutrina faz distinção entre os contratos *de adesão* e *por adesão*. Aqueles seriam forma de contratar onde o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do poder público (v.g., cláusulas gerais para o fortalecimento de energia elétrica). Seriam contratos por adesão aqueles fundados em cláusulas estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita.

O Código de Defesa do Consumidor fundiu essas duas situações estabelecendo um conceito único de contrato de adesão. Assim, tanto as estipulações unilaterais do poder público ("aprovadas pela autoridade competente", art. 54, *caput*, CDC), como as cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por uma das partes, estão incluídas no conceito legal de contrato de adesão (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover *et al.*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 383).

Parece-me que a diferença apontada pelo autor centra-se, em verdade, na imprescindibilidade ou não dos serviços ou produtos.

e condições. O escopo é individual. Prepondera o egoísmo na relação.

Diferentemente se posta o contrato de sociedade. Por obra do clássico estudo de Tullio Ascarelli, a relação jurídico-societária não se explica pelos preceitos tradicionais do direito comercial contratual. Neles se inspira, mas deles se distingue.

O contrato de sociedade não é de índole comum, onde são próprios o antagonismo e a repartição de bens e onde se encaixa a comercialização de produtos e serviços. O contrato social não se forma pela bilateralidade ou pela oposição de interesses. Não é sinalagmático o contrato de organização conquanto não há reciprocidade de obrigações.

Ao reverso, no contrato de sociedade cada parte tem obrigação não para com "uma" outra, mas para com "todas" as outras; adquire direitos não para com "uma" outra, mas para com "todas" as outras (Ascarelli, p. 287). É típico contrato plurilateral onde o objeto é comum a todas as partes e, por isso, sobreleva a cooperação.

Verdadeiros contratos de organização apresentam sempre uma função instrumental, não terminando com o cumprimento das obrigações básicas das partes (Tavares Borba, p. 37).

Buscam ajustar o uso e gozo dos bens detidos pela sociedade. Visam "organizar" a relação de interesses e a administração desses bens jungidos sempre ao interesse social e ao pleno exercício do seu objeto.

Por essa razão, a função do contrato plurilateral não termina quando executadas as obrigações das partes (como acontece, ao contrário, nos demais contratos); a execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior (Ascarelli, p. 291).

A verificação da natureza jurídica do contrato de sociedade leva o intérprete a

cogitar das nuances que distinguem o chamado contrato de adesão, onde se insere a exceção à regra de eficácia da cláusula compromissória, do contrato — plurilateral — em que se moldam às relações societárias.

A adesão, por seu turno, apesar de não ser tipo contratual, também não se deveria prestar a explicar a formação do contrato social e suas alterações, ao menos no que toca, em princípio, ao art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem.

Isso porque, como dito, as sociedades de responsabilidade limitada são movidas pela comunhão de interesses. O fim comum prende-se ao fim social.

A forma de organização da Limitada dirá sobre os princípios das deliberações. Regra geral, prevalecerá o critério da maioria das quotas. É esse o modelo que informa as sociedades comerciais. É princípio aceito universalmente.

Salvo estipulação em contrário, o detentor de 50% das quotas, mais uma, tem autonomia no manejo do contrato social. Detendo o controle, dita ele as regras sociais.

A manifestação da vontade majoritária sobrepõe-se à opinião minoritária, pois, *por suposto legal*, se confunde com o próprio interesse social, ressalvada violação dos deveres e obrigações no exercício do poder de controle.

Ao sócio dissidente resta o direito de se retirar da sociedade: a qualquer tempo por mera discordância de deliberação social, se indeterminado o prazo da sociedade; se determinado, caso a alteração do contrato social gere dano patrimonial ou violação a direito político do minoritário ou conflito com os legítimos interesses sociais.¹⁰

Salvo essas hipóteses, em todos os demais casos a minoria deve respeito e se

10. Outrossim, afora tais circunstâncias também pode o quotista desligar-se da sociedade pela pura intenção de não mais se manter associado, caso em que a predeterminação do prazo societário merecerá ponderação quanto às perdas e danos.

sujeita à vontade majoritária. Em outras palavras, a oposição de caráter pontual e passageira conforma-se com a vontade majoritária, e com ela integra-se em verdadeiro amálgama do superior interesse social. É o controlador, regra geral, titular do direito de condução da sociedade e da solução dos interesses e questões a ela vinculadas.

Mas o controlador não deve, e não pode, usar de seu poder decisório para fins outros que não aqueles estabelecidos no contrato social ou na legislação aplicável. No exercício desse poder lhe é defesa conduta abusiva ou com desvio de finalidade. Vedado lhe é exercê-lo em causa própria. Em outras palavras, o exercício do poder de controle não se pode descolar da finalidade e do interesse social.

O exercício desse poder — legítimo e ao qual a minoria deve sujeição — com o fim de introduzir a arbitragem no cenário dos conflitos sociais alinha-se com a finalidade e o interesse social.

Por certo, a dinâmica dos negócios implica na condução ágil e otimizada dos interesses sociais. E a solução dos conflitos sociais, internos e externos, traduz-se, por isso, em regra de boa governança, em linha com o próprio fim da sociedade: a realização lucrativa do objeto social.

Nesse diapasão, ao que parece, pode-se concluir pela licitude de uma deliberação majoritária que introduz no contrato social a estipulação da arbitragem como meio de solução dos conflitos entre a sociedade e os sócios, seja pelos fins que justificam a arbitragem, seja pela inaplicabilidade, ao caso, do contido no art. 4º, § 2º, da Lei Marco Maciel. Mesmo porque, neste último caso se conceituado o contrato social como tipicamente de adesão, nos moldes do que a regra da Lei de Arbitragem tenciona atingir, a mesma proteção deveria ser aplicada às demais cláusulas e condições plurilaterais, o que me parece em franco descompasso com o sistema legal societário.

Como se vê, a validade e a eficácia da cláusula compromissória inserta em contra-

to social por deliberação majoritária não têm seus pilares abalados pelo confronto com o contido no art. 4º, § 2º, da Lei Marco Maciel, dado que com ele não é a convenção incompatível.

O calcanhar de Aquiles está na eficácia dessa previsão face à indagação da conformação da vontade do sócio vencido ou ausente da deliberação que aprovou a introdução da cláusula compromissória como condição para o aperfeiçoamento da convenção de arbitragem. Encontra-se o estudioso frente à indagação de como se legitimará esse aperfeiçoamento diante da questão da concordância dos demais sócios à luz do preceito de direito natural estampado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A esse respeito algumas considerações merecem ser ponderadas.

O singelo fato de o sistema contratual societário distinguir-se dos demais por sua especificidade, por força de sua natureza plurilateral e do poder legal conferido à maioria para o discernimento quanto às modificações de suas cláusulas e condições parece suficiente a introduzir, logo de início, o alerta de que o tema deverá ser enfrentado à luz das particularidades que norteiam o direito societário.

Como dito e repetido, o sistema deliberatório é o da maioria; maioria essa que se transforma, com o voto decisório, em manifestação do interesse comum social.

Conflitante ou não com o ponto-de-vista de algum minoritário, é aquela decisão que prevalecerá. E prevalecerá porque advém de poder legítimo e porque exercido em proveito e na conveniência da sociedade.

Tal como tantas outras deliberações majoritárias de maior ou menor impacto societário, o mesmo princípio se impõe àquela deliberação que redunde na inclusão de cláusula arbitral em contrato social.

A concordância do minoritário depreende-se da exteriorização do seu comportamento, pois sabe-se que a “vontade

também pode exteriorizar-se através de sinais mímicos ou atitudes e comportamentos voluntários externos, ativos ou omissivos, de modo tácito e, mesmo, através do silêncio cercado de determinadas circunstâncias, bem assim de modo implícito quando uma declaração de outra resulta” (Ráo, p. 147).

No caso, o desejo da sociedade é a solução dos conflitos pela via arbitral. Mesmo insatisfeito, com ela há de aceder o minoritário, sob pena de subversão dos princípios societários e do próprio interesse maior social.

Na verdade, detendo o quotista insatisfeito o direito de se desligar da sociedade, depreende-se de sua imobilidade, aliada à publicidade do ato decisório resultante do arquivamento da alteração contratual no Registro de Comércio, uma atitude que indica assimilação e concordância com a introdução da arbitragem no contexto societário.

Esse fato, *per se*, assume no mundo jurídico efeitos práticos tutelados pelo direito. É esse, inclusive, o entendimento da doutrina citada e compartilhada por Vicente Ráo.

Cariota Ferrara adota, com acerto, a opinião dos que se satisfazem com a exigência de uma vontade que possua *de modo geral* o valor de uma declaração negociável... Outros, ainda, como Enneccerus, por *declaração* entendem, tão-somente, a exteriorização da *vontade negocial*, esclarecendo, porém, que a declaração não se compõe, tão-só, de palavras, ou outros sinais comuns e convencionais, senão, também, com estes sinais ou sem eles, de uma *conduta total* apta a servir, em certas circunstâncias, como meio de declaração (Raó, p. 115).

Nada mais natural e justo que a fixação da arbitragem por modificação contratual legitimamente aprovada pela maioria, de boa-fé e no interesse social gere a expectativa na sociedade e nos demais sócios, diante da conduta do minoritário, da vali-

dade e eficácia da condição contratada. Ainda mais quando notamos que a Lei de Arbitragem, em momento algum, determina expressamente a assinatura da parte como requisito formal de validade da estipulação; ao contrário, o que exige é a forma escrita.

A confiança e a segurança que devem guardar as relações jurídicas, notadamente as de cunho societário, são preceitos por demais importantes a emprestar guarida a esse entendimento que, a seu turno, se encontra nitidamente em linha com a sistemática e a dinâmica do direito societário.

5. A eficácia da cláusula compromissória no estatuto da sociedade anônima

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 das S/A.

“Não se conhece até hoje a formulação de regime jurídico, a partir da análise sociológica, econômica e política das grandes empresas, que substitua a conceituação da companhia como contrato” (Bulhões Pedreira, p. 113).

Prepondera na doutrina, pois, a classificação introduzida por Tullio Ascarelli quanto à natureza de contrato plurilateral da companhia, assentada em critério formal, em contraponto ao aspecto meramente econômico da sociedade.

“Nesse particular, inobstante a ‘correspondência e o significado’ que ambos os critérios encontram e a natural influência do aspecto econômico sobre o formal, são porém os critérios ‘estruturais’ que devem prevalecer na classificação jurídica [dada a segurança jurídica que assegura]” (Ascarelli, p. 275).

Dessa conclusão pode-se inferir pela validade do ajuste arbitral fixado no esta-

tuto das Anônimas e instrumentos correlatos (v.g., ata de constituição; acordo de acionista), nos moldes das observações expendidas no item 4 acima.

Por sinal, parece-me que os comentários e reflexões formuladas às Limitadas se aplicam, regra geral, às Anônimas e, em especial, às companhias fechadas.

Esses dois tipos societários — Limitada e Anônima Fechada — a meu ver, por suas próprias peculiaridades e pontos de contacto, devem servir-se com maior intensidade do sistema arbitral de solução de conflitos e por ele tráfegar com menos turbulência do que as Anônimas Abertas.

Após as Limitadas, são as Anônimas Fechadas o tipo societário da preferência dos empresários. Sua atividade social volta-se a negócios mais restritos em ordem de grandeza. Seus ativos contam-se em menor monta. Registram número reduzido de sócios que, normalmente, compõem a administração da empresa. Não raro estabelecem restrições quanto à transferência da participação acionária e acordam regras quanto ao exercício de voto. Muitas são empresas familiares onde o sócio, indiretamente, abre mão da limitação de responsabilidade dadas as exigências de crédito. Enfim, a relação sócio/sociedade é direta, visceral e cotidiana, ao contrário do que tende a ocorrer nas Anônimas Abertas, onde o investidor busca retorno ao investimento, sem maiores inter-relações com a administração, dada a existência do mercado de capitais, que age como termômetro de seus interesses.

O pacto arbitral para esse tipo societário é perfeitamente válido. Se assinado por todos os acionistas, então nenhum questionamento advirá e seus efeitos acabarão por produzir-se na plenitude.

A eficácia da cláusula compromissória também atinge aquele investidor que adquire o *status socii* por força da transferência de ações. Mesmo não havendo manifestação expressa, o pacto arbitral lhe é vinculante, pois os efeitos da cláusula com-

promissória atingem os sucessores a título universal e singular. É essa a rigorosa inclinação da doutrina arbitral, que se alinha, por sinal, com o instituto da circulabilidade das ações.

Como demonstra Bulhões Pedreira (pp. 110-111), "A companhia é hoje classificada como contrato tipo associativo, plurilateral (...) e como todo negócio associativo, é contrato aberto, no sentido de que permite, mesmo após conclusão pelos contratantes originais, a agregação de novas partes sem dissolução das relações jurídicas preexistentes sem necessidade de novo contrato entre antigos e novos associados. A agregação de novos sócios dá-se mediante aquisição de ações em circulação ou criadas em aumento do capital social, e o adquirente da ação assume posição jurídica da parte contratual do negócio original".

Nesse sentido, forçoso admitir que ao adquirente de participação societária impõe-se, naturalmente, o conteúdo e os efeitos da cláusula compromissória já contida no estatuto social.

Em seqüência, parece-me também correto afirmar que as mesmas ponderações que fiz para as Limitadas quanto à inserção, por maioria, da cláusula compromissória, visando a solução dos conflitos sócio/sócio e sócio/sociedade, aplicam-se, *in totum*, às Anônimas Fechadas.

Por certo muitas das reações a essa proposição trarão argumentos jurídicos não sustentáveis por mascararem puro misoneísmo.¹¹

11. "In summary, after nearly seventy years of legal evolution, arbitration is now utilized in New York as a close corporation remedy for virtually every kind of corporate dispute. Indeed, detailed case administration statistics compiled by the American Arbitration Association reveal that between 1984 and August 1988 the AAA received over one thousand claims and counterclaims worth over \$ 118,000,000 under its case administration category dealing with close corporation disputes. These claims include disputes regarding stock valuation and appraisal, allegations of breach of contract mismanagement, misrepresentation, wrongful discharge, and breach of fiduciary duty. (...) Legal developments over the

E o mesmo podemos dizer da arbitragem em sede de Anônimas Abertas, guardadas, com certeza, as diferenças estruturais que refletirão nuances jurídicas a serem sopesadas pelos estudiosos e arbitralistas.

Mas nessas companhias também há de prosperar o instituto da arbitragem.

Por sinal, tal já se faz sentir em suas relações exógenas, onde se registra enorme incremento. Disputas envolvendo competidores e parceiros comerciais têm sido objeto de solução pela via arbitral.

Registra-se, também, a adoção desse mecanismo nos dissídios individuais trabalhistas e nas controvérsias vinculadas a acordos de acionistas.

Com certeza, tornar-se-á costume a inserção de cláusula compromissória nos contratos firmados com os altos executivos da administração empresarial.

No mesmo sentido, veremos frutificar, proximamente, a estipulação do pacto arbitral para a resolução dos conflitos sócio/sócio e sócio/companhia.

Aliás, é esse o desejo e a intenção esboçada pelo legislador das Anônimas. Referentemente ao Projeto de Reforma da Lei do Anonimato (PL 3.115/1997), mencionado no item 2 deste trabalho, propugna-se, claramente, pelo caminho da via arbitral nas controvérsias objeto de conflito de interesses e oriundas de acordos de acionistas. E, ainda, sugestivamente, o Projeto insere o dispositivo legal relativo à arbitragem na seção dos direitos essenciais do acionista, em nítida demonstração da inclinação do legislador.

Essa posição legislativa não é novidade. Traduz, em verdade, certa tradição do legislador das Anônimas. A Lei 6.404, de

past four decades have transformed arbitration of close corporation disputes from a hotly contested issue into a matter of everyday practice. With the Supreme Court's decisions in Southland, Perry, and McMahon, shareholders in public corporations stand at the threshold of a similar legal revolution" (Richard Shell, *ob. cit.*, p. 9).

1976, em seu § 2º, art. 129, já prevê o procedimento de arbitragem para os casos de empate de deliberação assemblear.¹² 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.

Note-se que essa flagrante e reiterada disposição legislativa não se traduz em autorização legal. Em hipótese alguma. Não estamos trafegando na seara do direito administrativo, onde, aliás, ao que parece, a discussão quanto à prévia autorização para a validade da convenção da arbitragem já consta ultrapassada.

A expressa manifestação do legislador quanto à utilização da arbitragem, ao revés, *consolida o favorecimento* dessa via alternativa para a resolução de conflitos societários.

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.

É também por esse prisma que deverão ser encaradas as questões que se originarão da inserção de cláusula compromissória deliberada por maioria assemblear. A vontade legislativa há de refrear os argumentos que lhe serão opostos.

Os demais consectários dessa deliberação assemblear deverão ser enfrentados pelo operador com base nos princípios que cercam e conduzem o direito societário.

Consta assentado nesse ramo do direito o critério objetivo do poder majoritário.

12. "Art. 129. (...) § 2º. No caso de empate, se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e 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."

As ações sem direito a voto são exemplo da magnitude desse pressuposto jurídico. Salvo exceção legal ou contratual, as regras sociais e o rumo da companhia são ditados pelo interesse da maioria, quando em harmonia com o interesse social.

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.

Ao ingressar na companhia, o acionista conhece e reconhece o princípio legal majoritário que dita curso às relações societárias. Contra ele nada há a fazer, exceto nos casos de prática ilícita no exercício do direito de voto.

Atingindo a modificação estatutária direito essencial do acionista tal como elencado taxativamente na Lei das Anônimas, deterá o interessado, *quando muito*, a oportunidade de se retirar da companhia mediante reembolso do valor de sua participação.

Destarte, falece o acionista do direito de vetar ou obstaculizar dita modificação, mesmo quando a aprovação redunde em alteração de direito consagrado legalmente como de cunho fundamental.

Em verdade, o que se tem visto aqui e em outras jurisdições é a diminuição das matérias passíveis de exercício do direito de retirada e a necessidade de fundamentação para algumas dessas hipóteses.

"Uma conclusão primeira parece autorizada do quanto se expôs: é a de que o direito de recesso, recebido com encômios universais, quando introduzido no direito italiano, está sendo repensado, e é objeto de críticas e restrições, que resultaram na redução das hipóteses em que é admitido, mas não levaram à sua abolição, nas várias legislações" (Lamy, p. 347).

Na esteira dessa política jurídico-societária, conclui-se, pois, que o princípio majoritário, mesmo quando confrontado com os direitos essenciais, há de pre-

ponderar e, assim, guiar os rumos sociais, temperado em momentos pontuais por um *quorum* qualificado.

Repita-se, então: é com base nessa premissa maior que devem ser analisadas a validade e a eficácia da cláusula compromissória inserida em estatuto social por força da vontade legítima da maioria.

Voltada tal decisão para o interesse da companhia, será difícil o combate minoritário à eficácia dessa deliberação. Reação haverá e, por certo, tráfegar com intensidade na *seara do misonéismo*. Mas o acionista não poderá alegar o desconhecimento das regras societárias. O estatuto não é imutável; ao contrário, o princípio é o da alteração a qualquer tempo.

Casos de reorganização societária podem levar à divisão de ativos, à modificação do objeto social e à frustração na expectativa dos acionistas da consumação em dividendos das reservas de lucro a realizar. O próprio direito ao dividendo, eminentemente patrimonial e extensão do direito constitucional de propriedade, pode sofrer reverses e ser, até mesmo, reduzido por manifestação da vontade majoritária.

O que falar de mera alteração que vise a introduzir no cenário da companhia instrumento da boa governança que busca solução mais ágil e especializada aos conflitos sócio/sócio e sócio/sociedade!?

Não será o caráter de adesão empecilho para a validade e a eficácia da introdução majoritária da arbitragem, pois o contido no art. 4º, § 2º, da Lei Marco Maciel não se estende a tais situações.

“In addition, disparities in bargaining power are not favored as grounds for refusing to enforce contracts, and shareholders do not present the most sympathetic case for an exception to this rule. Unconscionability is most often found in the consumer context and operates to relieve unwary, disadvantaged consumers from onerous contract terms imposed by more powerful business parties. People who have

sufficient funds and sophistication to invest in the equity securities of individual corporations do not fit this mold comfortably and may, in many cases, be quite wealthy. Thus, although such investors may not have bargaining power equal to their corporations’, they are probably sophisticated enough to bear the risk of being bound by otherwise legal provisions in a corporate charter.

“Finally, a ruling that a corporate charter arbitration clause is unenforceable as an adhesive provision would set an alarming precedent in the area of corporate governance. (...).

“Although shareholders may not see or inquire about an arbitration provision in the corporation’s charter prior or subsequent to purchasing their shares, they are likely to be equally ignorant of every other provision in the charter. Unless a court is willing to strike down an arbitration clause on the broad ground that all charter provisions are ‘adhesive’ and subject to claims by shareholders for special exemptions, no part of the charter should be subject to challenge on this basis. The Supreme Court has made clear that ‘special’ rules discriminating against arbitration clauses are preempted by the FAA” (Shell, pp. 16 e 17).

Em concreto, o estatuto social transcende as raiais dos chamadas contratos de (por) adesão, pois situado em outra latitude jurídica, a dos vínculos plurilaterais.

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*.

Introduzida a cláusula compromissória por modificação estatutária, aos acionistas

descontentes cabe alienar suas participações acionárias.¹³

Afinal, é essa a conclusão que se extrai do sistema legal, inclusive nas hipóteses de modificações que causam maior impacto para o acionista. É esse o funcionamento da engrenagem do ordenamento societário.

Esse entendimento está em linha com a reforma das Anônimas referidas no item 2 supra, pois a introdução de arbitragem não pressupõe *quorum* extravagante da unanimidade como no caso de transformação da sociedade. Tampouco há exigência de condição prévia ou qualquer contrapartida. Basta a manifestação da vontade expressa em assembléia geral.

Aprovada a deliberação introdutória da arbitragem, arquivada e publicada a ata, a decisão assemblear deverá produzir os efeitos de direito e atingir a comunidade dos acionistas.

Com certeza, a regra contida no *Corporate Act* inglês, de 1985, encontra eco no nosso sistema do anonimato: "The (...) articles shall, when registered, bind the Company and the members thereof to the same extent as if they respectively had been signed and sealed by each member, and contained covenants on the part of each members to observe all the provisions of the (...) articles".¹⁴ Afinal o estatuto traduz-se na carta magna da sociedade, por isso, é lei entres as partes.

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.

A publicidade, aliada à manutenção pelos investidores do *status socii*, conduz à assertiva da convolação da ciência em anuência, no benefício da segurança jurídica.

6. Conclusão

Até onde tenho conhecimento, o presente estudo exercita o pensamento sobre tema inédito em nossa jurisdição. Daí por que contém observações e deduções jurídicas preliminares e não contempla a intenção de esgotar os argumentos e os complexos aspectos que o envolvem.

Entretanto, não poderiam passar *in albis* certas ilações que por sua contundência, com certeza, confrontarão reações de alguns estudiosos.

Mas, ao caminhar por esses trilhos, pretendo, sim, acelerar o debate que a matéria há de merecer de modo a encurtar o longo e indesejável tempo enfrentado pela questão em outros países.

Não obstante, um dado é certo: o rigor com que tratarão o instituto da arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada será tanto ameno quanto mais arrear-se entre nós a cultura arbitral.

Quanto menor aversão conceitual-ideológica tanto mais se afirmará a jurisdição do instituto no seio das Limitadas e das Anônimas.

Sem dúvida, algumas observações conterão implícita reação ao próprio sistema extrajudicial de solução. Foi assim em vários países¹⁵ e não me parece será muito diferente em nossa jurisdição.

No fundo a impressão é a de que a arbitragem conduz a algo arbitrário e pernicioso

13. "A party who agrees to abide by the rules of an organization [The New York Stock Exchange] is bound by its subsequently adapted rule calling for arbitration (Fox vs. Merrill Lynch & Co)" (cf. Richard Shell, ob. cit., nota 188, p. 55).

14. Chapter 6, Section 14, Richard Shell, ob. cit., nota 215, p. 58.

15. "The unstated premise behind such claims, after all, is that there is something unfair or inferior about arbitration as a means of resolving commercial disputes. The Supreme Court has stated in the strongest possible terms that it believes this premise to be false" (cf. Richard Shell, ob. cit., p. 16 e decisões da Suprema Corte Americana na nota 208).

so. A algo injusto e violador dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Quando, na verdade, é exatamente o oposto. Calca-se no consenso e preserva o garantismo e o direito de ação. Outrossim, concretiza o direito ao amplo acesso à justiça.

Acredito que na discussão que a matéria imporá a questão da pretensa exclusão do Poder Judiciário será outra vez abordada, com grande ênfase, quando nos Estados Unidos esse tópico restou superado na década de 1920.¹⁶

O debate será acirrado, também, no campo da arbitrabilidade das controvérsias

societárias que não mereceram nenhuma abordagem neste artigo. Aquelas disputas de cunho eminentemente patrimonial não deverão enfrentar questionamentos. Mas, ao contrário, aquelas ligadas à administração e à gestão social carecerão de harmonia na interpretação dos operadores do direito.

Será arbitrável a questão que implique na expulsão de sócio da sociedade? E aquela que conclui pela dissolução da empresa?

Enfim, que o debate prospere no proveito das sociedades de responsabilidade limitada.

16. Cf. Richard Shell, *ob. cit.*, p. 7.