

Atualidades

O USO DA CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS SOCIETÁRIOS*

FÁBIO BUCCIOLI

Recurso extraordinário n. 58.696 — Cláusula compromissória ainda não é compromisso constitutivo do juízo arbitral, mas obrigação de o celebrar.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, 3ª Turma.

Juízo arbitral — Contrato social — Instituição de conselho arbitral para dirimir divergências entre sócios — Simples cláusula compromissória. Acórdão da 6ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil. Processo de apelação n. 163.973 — Capital — Apelante: Manoel de Jesus Vieira. Apelado: João Feliciano de Souza (RT 434/159-160).

Juízo arbitral — Cláusula compromissória em contrato — Ingresso em juízo não obstante — Exceção não acolhida.

Acórdão da 4ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil. Processo de apelação n. 205.934 — Capital — Apelantes: Flávio Barone Pereira e outro. Apelado: Ernesto de Silva Santos (RT 470/150-152).

História da arbitragem comercial

A arbitragem é instituto antigo, anterior à estatização da administração da jus-

tiça. Como lembra Pontes de Miranda,¹ no direito romano as partes podiam renunciar à tutela jurídica estatal a respeito de questão pendente entre elas e pactuar a nomeação de árbitro que examinasse o caso e preferisse a decisão. Desenvolvia-se em duas fases: uma *in iure*, pela qual as partes interessadas acordavam em aceitar a decisão que viesse a ser proferida, obrigando-se por meio da *liticontestatio*; e outra *apud iudicem*, quando o terceiro livremente escolhido conhecia da controvérsia e decidia a questão.²

Note, entretanto, que o pronunciamento do árbitro não possuía força vinculante ou caráter jurisdicional. Revestido da natureza de negócio ou pacto entre as partes, com fulcro na *bonasfides*, a decisão não produzia *res iudicata* (*pactum nudum*).³

No período medieval era a arbitragem o instituto responsável pela composição das divergências entre comerciantes, com a adoção de usos e costumes que, posteriormente, originaram a *lex mercatoria*.⁴ É durante a Idade Média que a jurisdionali-

1. Cf. Miranda, Pontes, *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1971, p. 318.

2. Cf. Dinamarco, Cândido Rangel e Cintra, Antônio Carlos de Araújo & Grinover, Ada Pellegrini, *Teoria Geral do Processo*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, pp. 6 e ss.

3. Cf. Guerreiro, *Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional*, São Paulo, Ed. RT, pp. 6 e ss.

4. Cf. Strenger, Irineu, *Arbitragem Comercial Internacional*, São Paulo, LTr Editora, 1996, p. 23.

* Trabalho apresentado no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1997, na disciplina "Administração das Sociedades Mercantis em Direito Comercial Comparado II" (DCO 842), ministrada pelo prof. Mauro Rodrigues Penteado.

zação da arbitragem ganha relevo, como fonte de obrigações,⁵ e que a sentença arbitral ganha executoriedade.

Lembra Carmona que o fragmentado e pobre direito feudal, além do despreparo do aparato judicial do Estado para solucionar rápida e de maneira eficaz as controvérsias comerciais, favorecem o florescimento da arbitragem, incentivado inclusive pela grande variedade de ordenamentos jurídicos.⁶

Por sua vez, o Estado moderno, de poderes absolutos, desprestigiou o instituto, que novamente ganhará vigor após a Revolução Francesa, quando a arbitragem aparecerá como reação aos abusos da justiça estatal institucionalizada, ligada ao *Ancien Régime*.⁷

Desde os tempos da colonização, o instituto é conhecido pelo ordenamento jurídico pátrio. Inicialmente, são as Ordenações Filipinas que o prevêm, em seu Livro III, Título XVI, sob a rubrica Dos Juizes Árbitros. Depois o vetusto Código Comercial de 1850 e o regulamento n. 737 do mesmo ano, que o previam como forma obrigatória (necessária), para alguns assuntos comerciais, tais como pendências entre sócios de uma sociedade comercial.⁸

O juízo arbitral obrigatório foi, todavia, suprimido da legislação brasileira pela Lei n. 1.350,⁹ de 14 de setembro de 1886, e pelo Decreto n. 3.900, de 26 de junho de 1867, cabendo aos sócios de sociedades comerciais a opção de incluí-lo no contrato social para dirimir as pendências sociais.

5. Cf. Guerreiro, ob. cit. p. 14.

6. Cf. Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 42.

7. Cf. Guerreiro, ob. cit., p. 16, Carmona, ob. cit., p. 45.

8. Cf. Wigderowitz Neto, Walter, "A Cláusula Arbitral no Contrato Comercial", *Revista de Ciência Política* 3(33):106-119, maio/jul., 1990, p. 109.

9. Cf. Samtleben Jurgen, "Arbitragem Comercial no Direito Internacional Privado Brasileiro", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. especial: *Estudos em Homenagem ao Prof. Antonio de Arruda Ferrer Correia* 691-731, 1986, p. 720

Acha-se a matéria, presentemente, regulada no Código de Processo Civil, artigo 1.301 e seguintes.¹⁰

Cláusula compromissória e compromisso

A supressão do Juízo arbitral obrigatório provocou a decadência — ou podemos dizer a morte — do instituto. Os problemas criados pela interpretação jurisprudencial e doutrinária, a respeito do uso da cláusula arbitral, afastaram qualquer aplicação, ou tentativa de aplicação, da mesma.

A instituição da arbitragem pressupõe, obrigatoriamente, uma prévia convenção arbitral.¹¹ A Convenção Arbitral, por sua vez, manifesta-se de dois modos: através de uma cláusula compromissória, ou então, por meio de compromisso.

Antes da Lei 9.307/96, pela cláusula arbitral, consoante leciona Luiz Olavo Baptista,¹² as partes convencionavam resolver, por meio de arbitragem, as divergências que eventualmente iriam surgir entre elas, geralmente quanto à execução ou interpretação de um contrato. Já o compromisso arbitral apresentava-se como contrato perfeito, que tinha por objetivo instituir o juízo arbitral para solução de controvérsia determinada, específica, que constava mesmo do instrumento sob pena de nulidade deste.

Luise Schmalz, em dissertação de mestrado a respeito, esclarece ser a cláusula arbitral: "acordo de vontade entre as partes que se comprometem a submeter à arbitragem todo litígio eventual ou futuro decorrente de um contrato ou de uma operação comercial internacional, sendo que o compromisso traduz o contrato pelo qual as partes submetem uma controvérsia atual, já existente, à decisão dos árbitros; o seu objeto é determi-

10. O Egberto Lacerda Teixeira, *Sociedades por Quotas*, Max Limonad, São Paulo, 1956.

11. Nomenclatura adotada pela nova Lei de Arbitragem.

12. Cf. Baptista Luiz Olavo, *Arbitragem Comercial*, São Paulo, Freitas Bastos, 1986, p. 31.

nado no contrato, bem como a indicação dos árbitros e seus substitutos eventuais".¹³

É certo que a solução de lides e conflitos de interesses não se faz tão somente por intermédio do Poder Judiciário, pois que é também possível de forma privada, pela autocomposição através do Juiz Arbitral, tal como está previsto no art. 1.037 do CC.¹⁴

Conforme elucidava o ínclito Clóvis "muitas vezes, as partes incluem nos seus contratos uma cláusula comprometendo-se a submeter as controvérsias que surgirem entre elas, à decisão de árbitros. É a cláusula compromissória, que ainda não é compromisso, mas a obrigação de celebrar". Esclareceu mais o mestre que a cláusula compromissória no direito pátrio, cria apenas uma obrigação de fazer. É um pacto preliminar cujo objeto é a realização de um compromisso, em dada emergência.

Como pacto de ordem privada não torna incompetente o juiz natural das partes, se, por ventura, a ele tivessem recorrido, não obstante a cláusula de comprometendo. E, como obrigação de fazer, desde que *nemo potest precise cogi ad factum*, não obrigava as partes à celebração do contrato.¹⁵

Também Carvalho Santos, em seus comentários, notava que é preciso não confundir o compromisso com a cláusula compromissória, a qual tem por fim a renúncia à jurisdição ordinária em função de questões que podem surgir no futuro, enquanto que a idéia de compromisso implica aquela de uma questão já existente.¹⁶ Da mesma opinião o mestre Pontes de Miranda,

13. Cf. Schmalz, Luise Gisela Lydia, *A Convenção Arbitral nas Arbitragens entre Particulares Instituição do Tribunal Arbitral*, dissertação de Mestrado, USP, 1989.

14. Cf. R. Limongi França, *Jurisprudência das Sociedades Comerciais*, Ed. RT, São Paulo, 1980.

15. Código Civil, v. IV, p. 195, comentários ao art. 1.037 do CC em R. Limongi França, *Jurisprudência das Sociedades Comerciais*, Ed. RT, São Paulo, 1980.

16. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, edição 1936, v. XIV, p. 141.

o qual afirmava que "*pactum em compromittendo* não gera a *excetio em compromisso* ou a pretensa ao juízo arbitral".¹⁷

Como demonstrado, a cláusula compromissória inserida em contrato, na opinião da melhor doutrina, não era, antes da nova Lei, a instituição de Juízo Arbitral, mas a obrigação de o celebrar, não impedindo, portanto, que uma das partes fosse a Juízo. Não tornava incompetente o Juiz Natural enquanto ainda não era compromisso constitutivo do Juízo Arbitral, mas obrigação de o celebrar. Tratava-se de uma obrigação de fazer, que se resolvia em perdas e danos.

Cumpria, para tanto, distinguir o compromisso do Juízo Arbitral.¹⁸

"Compromisso é o ato pelo qual as partes em dissídio resolvem constituir o Juízo arbitral, fixando-lhe o objeto e escolhem o árbitro. Por ele as partes se comprometem a acatar o decidido. É o compromisso o ato constitutivo do Juízo Arbitral voluntário".¹⁹

Compromisso é de direito material. No fundo, lembra Pontes de Miranda, é a renúncia do Juízo Estatal, a processualidade estatal de relação jurídica entre as partes e a pessoa que tem, em virtude do seu estatuto, a cognição.²⁰

Precisava, ainda mais, Washington de Barros Monteiro, que tratava-se de uma estipulação, que, se incluída em um contrato social, correspondia a simples promessa, dependendo, ainda, de novo acordo dos contratantes. Simplesmente compromissória, não impedia que as partes pleiteassem seus direitos no Juízo comum. E, de acordo com jurisprudência que cita "ne-

17. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XVI, p. 339.

18. Ambos estão disciplinados nos arts. 1.037 e ss. do Código Civil e nos arts. 1.072 e ss. do Código de Processo Civil.

19. Hamilton de Moraes e Barros, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v. IX, n. 52, p. 381.

20. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XXV, p. 325.

nhum valor vinculativo tem entre nós o *pactum compromittendo*".²¹

Além das razões acima evidenciadas, outro motivo que prejudicou o uso da arbitragem foi determinado pelo artigo 1.097 do Código de Processo Civil,²² o qual estabelecia a obrigatoriedade da homologação do laudo arbitral para que a decisão produzisse os mesmos efeitos da sentença arbitral, reservando-se a competência ao juiz a que originariamente tocar o julgamento da causa (artigo 1.098 do Código de Processo Civil).

A necessidade de homologação, como veremos melhor mais adiante, do laudo arbitral destruiu definitivamente as vantagens da arbitragem: o custo do processo acabava acrescido das despesas carreadas com a demanda perante o Judiciário e a celeridade esperada para a solução do litígio ficava totalmente comprometida, pois apesar da simplicidade (aparente) do procedimento homologatório, a sentença proferida pelo juiz togado desafiava recurso de apelação que, por sua vez, poderia abrir as portas ao recurso especial e ao recurso extraordinário.²³

A nova Lei da Arbitragem: Lei 9.307/96

A nova Lei de Arbitragem veio contudo, equiparar, quanto aos efeitos a cláusula arbitral e o compromisso, aos quais chama, genericamente, de "convenção arbitral", seguindo as mais modernas orientações doutrinárias e legislativas nacionais, internacionais e supranacionais. Também aboliu a necessidade de homologação do laudo arbitral, dotando este, por si só, de força de título executivo extrajudicial.

21. *Curso de Direito Civil*, v. IV, pp. 352-353, R; Limongi França, *Jurisprudência das Sociedades Comerciais*, Ed. RT, São Paulo, 1980.

22. Art. 1.907 CC — O laudo arbitral, depois de homologado, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; e contendo condenação da parte, a homologação lhe confere eficácia de título executivo.

23. Carlos Alberto Carmona, "A Nova Lei da Arbitragem", em *Revista Consulex*, Ano I, n. 9, setembro 1997.

A nova Lei preocupou-se em conceituar a cláusula arbitral, bem como o compromisso, esclarecendo que A) a primeira é 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;²⁴ e B) O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.²⁵

Quanto à cláusula compromissória, determina a Lei de Arbitragem que deve ser estipulada por escrito, podendo ser inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Dá-se, portanto, a instituição do juízo arbitral consoante o convencionado pelas partes quando do *compromissum* ou, então, da contratação, se se trata de cláusula arbitral incerta no instrumento. Ou seja os litigantes eventuais ou futuros, devem previamente estabelecer o procedimento de constituição do juízo arbitral e processamento de arbitragem quando da interpelação de qualquer deles.

Devem as partes, então, quando da celebração do contrato e inserção da cláusula compromissória, minuciosamente estabelecer o procedimento de instituição do juízo arbitral, sob pena de, quando do surgimento de controvérsia, terem de recorrer ao Judiciário para fixação do procedimento a ser adotado. Reside, pois, na redação do instrumento contratual a base fundamental para sucesso na arbitragem.

Continua a Lei estabelecendo que não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir arbitragem, a parte interessada manifestará a sua intenção de dar início à arbitragem convocando-a para firmar o compromisso arbitral. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusando-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra propor demanda para, perante autoridade judiciária, estabelecê-lo (art. 7º, Lei 9.307/96).

24. Art. 4º, *caput*, Lei 9.307/96.

25. Art. 9º, *caput*, Lei 9.307/96.

Fundamental, na nova visão da Lei, é o já citado art. 7^o, o qual estatui que, existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. Deve aqui o autor indicar com precisão o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com documento que contiver a cláusula compromissória, ou seja, na grande maioria dos casos, o instrumento contratual no qual a cláusula acha-se inserta.²⁶

A parte recalcitrante, então, será jungida, compelida ao juízo arbitral pela cláusula inserta no contrato. Aplica-se na verdade o *pacta sunt servanda*, sendo o contratante responsável pelo que anteriormente, obrigou-se frente a outrem, e não mais somente pelas perdas e danos causados.

Desta forma, abre a Lei a possibilidade de que o Juízo arbitral seja instalado coercivamente, sem poder existir recusa por qualquer das partes.

A nova Lei de Arbitragem veio, entretanto, modificar substancialmente o tratamento da matéria, equiparando, quanto aos seus efeitos, compromisso e cláusula compromissória. Tanto um, quanto outro, desde que seja respeitado o ditado da Lei 9.307/96, bastam à instituição do juízo arbitral e extinção do processo sem julgamento de mérito, consoante estabelece o CPC. Pós-se, dessa maneira, ponto final ao maior entrave à difusão do instituto, a saber, os efeitos da cláusula compromissória, hoje, por si mesma, capaz de afastar a competência do Judiciário, tal qual do compromisso.

Homologação do laudo arbitral

No regime da legislação anterior, como já evidenciado, a homologação do

laudo arbitral apresentava-se como *conditio sine qua non* à sua execução, conforme estabelecia o CC em seu art. 1.045. Para que pudesse produzir os efeitos de sentença proferida pelo Judiciário, imprescindível tornava-se o procedimento de homologação.²⁷ Dedicava, ademais, o CPC em seus arts. 1.098 e ss., maior atenção ao procedimento de homologação do laudo.

Seria competente para a oficialização do laudo arbitral a autoridade judiciária a que originariamente tocasse o julgamento da causa,²⁸ permitindo-se, destarte, expressamente, apelação da sentença homologatória ou não de laudo arbitral.

Ocorre, entretanto, que a nova Lei de Arbitragem, seguindo moderna orientação do direito comparado, e mesmo de Convenções Internacionais que versam sobre a matéria, dispensou a homologação para executividade do laudo proferido, constituindo-se este, por si só, título executivo.

É o que estabelece o art. 18 da Lei 9.307/96, ao estatuir que o árbitro é Juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário. Mais adiante, enfatiza que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória constitui título executivo.²⁹

Independente, pois, o portador de laudo arbitral regularmente proferido, de homologação do Estado-Juiz, para que este possa constituir título executivo contra a parte contrária. *Ex vi* do disposto na Lei de Arbitragem, poderá o portador, prescindindo da homologação, promover a execução forçada do título, se frustrada a tentativa de cumprimento espontâneo.

27. O dispositivo preconizava, *in verbis*: "art. 1.045 - A sentença arbitral só se executará depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como árbitro nomeado pelas partes".

28. Art. 1.098, CPC.

29. Art. 31, Lei 9.307/96.

26. Art. 7^o, § 1^o, Lei 9.307/96.

Instituto da arbitragem

Não é tarefa fácil conceituar o instituto da arbitragem, mas podemos entendê-la como jurisdição privada, doméstica, fundada em acordo de vontades cuja finalidade é solucionar controvérsias, dúvidas, problemas, questões de ordem patrimonial. É, pois, instância jurisdicional oriunda de contrato (compromisso), ou pré-contrato (cláusula compromissória), pelo qual aqueles envolvidos e interessados em determinada situação litigiosa elegem árbitro em que louvam dirimi-la.

Irineu Strenger conceitua o instituto como: "instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público com procedimentos próprios e força perante tribunais estatais."³⁰

Por quanto supra, podem ser considerados como elementos fundamentais da arbitragem: a) um contrato (compromisso arbitral), ou pré-contrato (cláusula compromissória), no qual as partes acordem na submissão ou pronunciamento de um terceiro (árbitro) que decidirá acerca de controvérsia existente entre ambas, afastando a intervenção do Estado-Juiz; e b) um litígio que verse, obrigatoriamente, sobre questões de ordem patrimonial, concernentes direitos disponíveis, sobre os quais a lei admita transação.

O efeito mais marcante da arbitragem é portanto o afastamento do *ius imperii* do Estado-Juiz representado na atividade jurisdicional institucionalizada. Pontes de Miranda afirma mesmo que a instituição do juízo arbitral representaria "(...) *renúncia ao juízo estatal, à processualidade estatal*".³¹

30. Cf. Strenger, Irineu, *Arbitragem Comercial Internacional*, São Paulo, LTr Editora, 1996, p. 24.

31. Cf. Miranda, Pontes, *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1971, p. 325.

Quanto ao litígio a ser submetido ao juízo arbitral, imprescindível que verse sobre questões de ordem patrimonial, afastando-se do âmbito da arbitragem matérias atinentes a direitos que transcendam ao patrimônio das partes envolvidas, como nos casos de direitos da personalidade, questões de Estado, paternidade, filiação etc.

Arbitragem e sociedades comerciais

O instituto da arbitragem sempre foi presente nas leis e regulamentos das sociedades comerciais, não existindo, para tanto, nenhum problema legislativo ou jurídico à respeito da sua aplicação.

Por expressa remissão do Decreto n. 3.708 ao artigo 302 do Código Comercial deveria o título constitutivo da sociedade por quotas indicar obrigatoriamente "a forma de nomeação dos árbitros para juízes das dúvidas sociais".³² A exigência tornara-se necessária diante do que precedentemente estatuíra o Código, em seu artigo 294 *verbis*:

"Todas as questões sociais que se suscitarem entre os sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral".³³

Também a Lei 6.404/76 no seu artigo 129, § 2º, define que em caso de empate decisional entre os acionistas reunidos em Assembléia, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia, a não ser que o Estatuto, desde logo, ou a Assembléia Geral, convocada novamente com intervalo mínimo de dois meses, estabeleçam procedimento de arbitragem.

Não tendo nenhum entrave legislativo ao uso da cláusula arbitral nos contratos de

32. Art. 302 (...) CC - A escritura, deve conter: (...) 5. A forma de nomeação dos árbitros para juízes das dúvidas sociais. (...)

33. José Waldecy Lucena, *Das Sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, Ed. Renovar, p. 95.

sociedades comerciais, passamos a analisar a possibilidade de encontrar na doutrina ou jurisprudência o reconhecimento da existência dos elementos fundamentais necessários à instituição de um juízo arbitral: divergências de ordem patrimonial.

Ao enunciarmos o conceito de sociedade comercial, buscamos deixar claro que a sociedade resulta, invariavelmente, de um contrato. Este é o entendimento da chamada *teoria contratualista*, a qual adotamos. Antes de melhor nos expressarmos a respeito, vale mencionar que esta não é a única tese a respeito da constituição do ente social.

Autores de prestígio como Rocco e Messineo sustentam doutrinas diversas, que não vislumbram no contrato o elemento formador da sociedade. Anticontratualistas desenvolvem teorias próprias. Uma certa homogeneidade de conteúdo das declarações de vontade seria o elemento que descaracteriza o ato formador da sociedade como contrato. Não haveria divergência, contraposição nas manifestações de vontade: não dirigem-se umas às outras, mas visam, todas elas, a um mesmo efeito jurídico, a saber, a formação do ente coletivo.³⁴

No mesmo sentido, lembrou Waldirio Bugarelli, que: "Tendo em vista as características da sociedade, chegou-se a pôr em dúvida a sua natureza contratual, entendendo-se que, por lhe faltar a contradição de interesses que se reputa essencial para os contratos, já que na sociedade, ao contrário, há identidade de interesses, pois os sócios estão interessados no escopo comum, seria um ato complexo, com disciplina diversa da dos contratos."³⁵

Mas tal posição é alvo de críticas na doutrina pátria, principalmente pelo fato de que as manifestações de vontade nem sem-

pre se harmonizam, trazendo aquela homogeneidade preconizada. Na maioria das vezes, de fato, existe uma contrariedade de interesses na sociedade, não apenas quando de sua constituição, mas também durante toda a vida social.³⁶

Prevalece entre nós a chamada teoria contratualista, que se vale da noção de contrato para explicar a formação do ente social. Tal doutrina parte da noção de *contrato plurilateral*, desenvolvida principalmente pelo mestre Tullio Ascarelli, que seria, segundo bem o definiu o Código Italiano de 1942, *o contrato com mais de duas partes, cuja prestação de cada uma é dirigida à consecução de um fim comum*.³⁷

Vivante, em suas *Istituzioni di Diritto Commerciale*, afirma que: "(le società commerciali) Sono costituente mediante un contratto, nel quale due o più persone convengono di formare coi loro conferimenti un fondo di proprietà sociale al fine di dividere il guadagno che ne potrà derivare mercè l'esercizio dii uno o più atti di commercio"³⁸ (grifo nosso).

Na existência de atos de comércio, a doutrina pátria reconhece a distinção entre sociedade civil e sociedade comercial. Buscando a presença dos elementos fundamentais da arbitragem na sociedade comercial, encontramos as palavras de Waldemar Ferreira a qual anotou que, "se, por sua essência, nos termos legais, não se distancia a sociedade civil da comercial, confundem-se, por apresentarem as duas, muitas vezes, no mundo jurídico, com as mesmas vestes. De onde se infere somente poder-se encon-

36. Cf. Requião, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, v. I, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 273. E também Bulgarelli, Waldirio, *Sociedades Comerciais — Empresa e Estabelecimento*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1987, p. 94.

37. Vale citar o texto original, em seu artigo 2.247, *in verbis*: "Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili."

38. Vivante, Cesare, *Istituzioni di Diritto Commerciale*, Milano, Ulrico Hoepli, 1935, p. 75.

34. Cf. Requião, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, v. I, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 273.

35. Cf. Bulgarelli, Waldirio, *Sociedades Comerciais — Empresa e Estabelecimento*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1987, pp. 93 e ss.

trar no objeto, ou na natureza de suas operações, o critério distintivo: comercial é a que tem por objeto o exercício profissional de atos de comércio".³⁹

Encontramos o mesmo conceito no pensamento de Dionísio Gama, o qual leciona que a sociedade (limitada) é aquela em que duas ou mais pessoas, ainda que alguma ou algumas não sejam comerciantes, se reúnem, sob uma firma, ou denominação particular (...) para efetuarem em comum operações comerciais.⁴⁰

Por isso, comenta José Waldecy Lucena que correta entre-mostra-se a postura dos que vêm, no objeto ou na natureza dos atos praticados, os elementos ideais para a distinção entre sociedades civis e comerciais: a prática habitual de atos de mercancia, com a partilha de lucros e de perdas, faz a sociedade comercial.⁴¹

Entretanto, o relacionamento que intercorre entre os sócios é de cunho essencialmente comercial, excluindo-se para tanto a possibilidade de outros tipos de relacionamentos como aqueles mencionados no parágrafo anterior que poderiam anular a possibilidade de haver um juízo arbitral.

Ademais, o mestre Tullio Ascarelli reconhece a existência, em cada sócio, de dois tipos de direitos e obrigações: um primeiro tipo de ordem exclusivamente patrimonial — o qual poderá ser fonte de divergências somente patrimoniais — e um outro ligado à gestão e administração da sociedade. Também nesta segunda classe de direitos e obrigações podemos encontrar o elemento patrimonial necessário à aplicação de uma cláusula arbitral. Sempre se socorrendo das palavras de Tullio Ascarelli, a gestão e administração de uma sociedade correspon-

dem à existência de uma organização que visa uma finalidade comum a todos os participantes:⁴² a obtenção dos lucros pela sociedade, através da empresa, e sua distribuição.⁴³

É nossa opinião, por quanto suprademonstrado, que qualquer tipo de relacionamento ou desavença entre os sócios de sociedades comerciais contém a característica de ser de ordem patrimonial.

Conclusão

Poderíamos terminar a nossa análise com uma frase de Widgerowitz Neto o qual esclarece que:

"Não resta a menor dúvida de que, em todo mundo, a arbitragem tem se tornado indispensável, não como substituta da justiça comum, mas como um meio de solução de controvérsias mais competente para determinadas relações judiciais, com árbitros capazes e conhecedores da matéria submetida ao julgamento, permitindo a apreciação de disputas em caráter sigiloso e melhorando a imparcialidade das decisões."⁴⁴

Lembra também Guido Soares: "Na ordem dos direitos internos, as partes em conflito podem querer evitar recorrer ao poder judiciário, por vários motivos: podem querer preferir uma decisão rápida e que guarde o segredo inerente ao negócio litigioso ou, ainda, que a decisão seja tomada por árbitros altamente especializados e profundamente conhecedores das regras jurídicas atinentes à controvérsia."⁴⁵

42. Ascarelli, Tullio, *Corso di Diritto Commerciale Introduzione e Teoria dell'Impresa*, 3ª ed., Giuffré, Milano, 1962.

43. Bulgarelli, Waldirio, *Sociedades Comerciais*, Ed. Atlas, São Paulo, 1987.

44. Cf. Widgerowitz Neto, Walter, "A cláusula arbitral no Contrato Comercial", *Revista de Ciência Política* 3(33) maio/jul., 1990, p. 116.

45. Cf. Soares, Guido Fernando Silva, *Órgãos das Soluções Extrajudiciais de Litígios*, São Paulo, Ed. RT, p. 15.

39. Cf. Waldemar Ferreira, *Instituições de Direito Comercial*, Max Limonad, 1954, v. 1, p. 271.

40. Cf. Afonso Dionísio Gama, *Das Sociedades Civis e Comerciais*, São Paulo, n. 149, p. 160.

41. Cf. Lucena, José Waldecy, *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Renovar, Rio de Janeiro, 1996, p. 32.

Apesar do prof. Modesto Carvalhosa⁴⁶ comentar que “a solução estatutária de arbitragem cria um novo poder na companhia, que derroga inteiramente as prerrogativas da Assembléia geral como seu órgão” deliberativo e que, “uma vez adotada esta solução, a vontade social estará delegada a um ente estranho ao seu quadro social, e isto prolongará, em vez de obviar, o impasse social”; porquanto demonstrado no decorrer deste trabalho, achamos louvável a possibilidade de poder usar da cláusula arbitral e dos benefícios de um juízo arbitral, mais técnico e, com certeza, mais rápido de um processo judicial, também nos relacionamentos internos às sociedades comerciais.

Bibliografia

- Afonso Dionysio Gama, *Das Sociedades Civis e Comerciais*, São Paulo, n. 149.
- Ascarelli, Tullio, *Corso di Diritto Commerciale Introduzione e Teoria dell'Impresa*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1962.
- Baptista, Luiz Olavo, *Arbitragem Comercial*, São Paulo, Freitas Bastos, 1986.
- Bulgarelli, Waldirio, *Sociedades Comerciais*, Ed. Atlas, São Paulo, 1987.
- Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993.
- , “A Nova Lei da Arbitragem”, em *Revista Consulex*, Ano I, n. 9, setembro/1997.
- Carvalhosa, Modesto, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. II, Ed. Saraiva, São Paulo, 1997.
- Dinamarco, Cândido Rangel e Cintra, Antônio Carlos de Araújo & Grinover, Ada Pellegrini, *Teoria Geral do Processo*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT.
- Egberto Lacerda Teixeira, *Sociedades por Quotas*, Max Limonad, São Paulo, 1956.
- Guerreiro, José Alexander Tavares, *Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional*, São Paulo, Ed. RT.
- Hamilton de Moraes e Barros, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v. IX, n. 52.
- Lucena, José Waldecy, *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Renovar, Rio de Janeiro, 1996.
- Miranda, Pontes, *Tratado de Direito Privado*, t. XVI; XXV e XXVI, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1971.
- R. Limongi França, *Jurisprudência das Sociedades Comerciais*, Ed. RT, São Paulo, 1980.
- Requião, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, v. I, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993.
- Samleben Jurgen, “Arbitragem Comercial no Direito Internacional Privado Brasileiro”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. especial: *Estudos em Homenagem ao Prof. Antônio de Arruda Ferrer Correia* 691-731, 1986.
- Schmalz, Luise Gisela Lydia, *A Convenção Arbitral nas Arbitragens entre Particulares Instituição do Tribunal Arbitral*, dissertação de Mestrado, USP, 1989.
- Soares, Guido Fernando Silva, *Órgãos das Soluções Extrajudiciárias de Litígios*, São Paulo, Ed. RT.
- Strenger, Irineu, *Arbitragem Comercial Internacional*, São Paulo, LTr Editora, 1996.
- Vivante, Cesare, *Istituzioni di Diritto Commerciale*, Milano, Ulrico Hoepli, 1935.
- Waldemar Ferreira, *Instituições de Direito Comercial*, Max Limonad, 1954, v. 1.
- Widgerowitz Neto, Walter, “A cláusula arbitral no Contrato Comercial”, *Revista de Ciência Política* 3(33), maio/jul., 1990.
46. Carvalhosa, Modesto, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. II, Ed. Saraiva, São Paulo, 1997, p. 627.

Atualidades

SISTEMAS DE ADMINISTRAÇÃO DAS S/A NO DIREITO COMPARADO E NO DIREITO PÁTRIO*

RENATO LUIS BUELONI FERREIRA

I. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico e o capitalismo moderno exigiram uma transformação no perfil da empresa. A empresa deixou de ser um mero agente econômico e passou a ser uma instituição social, capaz de gerar mudanças sociais e transformar a sociedade contemporânea através do desenvolvimento de novas tecnologias.¹ A empresa responde por geração de riqueza, quer através dos bens produzidos, quer através dos empregos gerados, quer através do pagamento de tributos. Enfim, a empresa tem um fundamental papel social no desenvolvimento econômico.

A empresa é um fenômeno econômico que, na ordem jurídica,² organiza-se através do contrato de sociedade.

O dinamismo do direito comercial³ faz com que ressalvas sejam levantadas em re-

lação à tipicidade fechada aos tipos societários e à sua restrição da autonomia privada.⁴ As sociedades comerciais, porém, ainda estão restritas aos tipos previstos na legislação pátria.

A realidade comercial moderna revelou nas sociedades por ações a forma jurídica de organização da grande empresa. São, por natureza, sociedades de capitais, apesar da distinção entre as sociedades de pessoas e sociedades de capitais ser puramente doutrinária.

A necessidade de grandes somas de capital exigem a captação de poupança pública através do mercado de capitais.

Alfredo Lamy Filho entende que a grande empresa predomina na vida econômica moderna, recorrendo os empresários particulares e o próprio Estado a esta for-

siderações gerais a respeito das leis comerciais: (a) têm vida curta; (b) tendem à universalização, e (c) são leis da empresa mercantil, "que ascendeu à condição de instituição dominante da sociedade moderna" (Lamy Filho, Alfredo. "Considerações sobre a Elaboração da Lei das S.A. e de sua necessária atualização", in *RDM* 104, p. 86).

4. Sztajn, Rachel. *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*, São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 170-9. Entre as conclusões apresentadas por Rachel Sztajn está a obtida através da "análise tipológica, e que tem que ver com os anseios dos operadores econômicos, anseio antigo já, se refere à busca da limitação da responsabilidade com controle da empresa. A organização dos interesses privados tende, de modo absoluto e definitivo, para essa direção, como se comprova com a criação dos grupos de sociedades (af incluídos os contratos de franquia e concessão de

* Trabalho apresentado no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 1997, na disciplina "Administração das Sociedades Mercantis em Direito Comercial Comparado II" (DCO 842), ministrada pelo Prof. Mauro Rodrigues Penteado

1. Comparato, Fábio Konder. "A reforma da empresa", in *Direito Empresarial*, 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 3.

2. A necessidade da construção de uma teoria jurídica da empresa é objeto de discussão na doutrina italiana e em outros países, como lembrado por Waldírio Bulgarelli (*Tratado de Direito Empresarial*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1995, pp. 75-80).

3. As leis comerciais têm vida curta e devem sempre espelhar as constantes mudanças que ocorrem na realidade econômica. Lamy Filho faz 3 con-