

UNIVERSIDADE FUMEC

Programa de Pós-graduação em Direito

Daniel Mendes Barbosa

CLAUSULA COMPROMISSÓRIA E O ACIONISTA DISSIDENTE

Belo Horizonte

2018

UNIVERSIDADE FUMEC

Programa de Pós-graduação em Direito

Daniel Mendes Barbosa

CLAUSULA COMPROMISSÓRIA E O ACIONISTA DISSIDENTE

Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade FUMEC, como requisito à obtenção do título de mestre.

Linha de pesquisa: regulação e Autonomia Privada

Orientador: Professor Doutor Frederico de Andrade Gabrich

Belo Horizonte

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B238c Barbosa, Daniel Mendes, 1981 -
Clausula compromissória e o acionista dissidente / Daniel
Mendes Barbosa. – Belo Horizonte, 2018.
84f : il. ; 29,7 cm

Orientador: Frederico de Andrade Gabrich
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde,
Belo Horizonte, 2018.

1. Arbitragem (Direito administrativo) - Brasil. 2.
Sociedades por ações - Brasil. 3. Cláusulas (Direito) - Brasil. 4.
Acionistas - Brasil . I. Título. II. Gabrich, Frederico de
Andrade. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências
Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.72



UNIVERSIDADE
FUMEC

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

**AValiação Final da Defesa de Dissertação de
Mestrado**

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich

Prof. Dr. Sérgio Mendes Botrel Coutinho

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

MESTRANDO: DANIEL MENDES BARBOSA

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

“CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E O ACIONISTA DISSIDENTE”

RESULTADO FINAL:

Data da Defesa: 16/05/2018

REITORIA

Av. Afonso Pena, 3880 - Cruzeiro
30130-009 - Belo Horizonte, MG
Tel. 0800 0300 200
www.fumec.br

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel. (31) 3228-3000
www.fumec.br

RESUMO

A escolha da arbitragem como forma de solução de controvérsia apresenta como seu elemento principal a autonomia da vontade. Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal, ao definir pela constitucionalidade do art. 7º da Lei 9.307/96, entendeu que o caráter volitivo daquele que deseja renunciar ao direito de ação insculpido no art. 5º, XXXV da CR/88 é necessário, tendo em vista que a parte, ao discutir um direito disponível, poderia dispor, também do exercício da arbitragem obrigatória monopolizada pelo Estado. Todavia, a Lei 6.404/76, ao definir como possível a resolução de conflitos entre acionistas de uma sociedade anônima através da arbitragem não considerou o princípio do consentimento para fins de vinculação do acionista dissidente, que não concorda com a inserção da cláusula compromissória no estatuto social da companhia. Nesse caso, surge a dicotomia entre o princípio do consentimento – necessário para o surgimento do negócio jurídico que é a cláusula compromissória – e o princípio majoritário – norteador da tomada de decisões da companhia nas assembleias gerais.

Palavras-chave: Arbitragem; Consentimento; Cláusula Compromissória; Princípio Majoritário; Acionista Dissidente.

ABSTRACT

The choice of arbitration as a solution of controversy presents as its main element the autonomy of the will. In this scenario, the Federal Supreme Court, when defining by the constitution of art. 7 of Law 9.307/96, entered into force the voluntary law that applies to the right of unsafe action in art. 5, XXXV of CR / 88 is necessary, since a somewhat useful part could be made of the exercise of compulsory arbitration by the State. However, Law 6.404/76, when establishing a compromise resolution between the binding alliances, can not be considered as a principle of adherence to the declaration of commitment. company. In this case, there is a dichotomy between the principle of consent - necessary for the emergence of the legal market which is an arbitration clause - and the majority principle - the north of the company's decision-making in general assemblies.

Keywords: Arbitration; Consent; Commitment Clause; Majority principle; Dissident Shareholder.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO	9
2.1 Evolução Histórica das soluções de controvérsias	9
2.1.1 Autotutela	9
2.1.2 Autocomposição	10
2.1.3 Mediação	11
2.1.4 Arbitragem	11
2.1.5 Jurisdição	12
2.2 Acesso à Jurisdição	13
2.3 Meios Extrajudiciais de solução de controvérsias	16
2.4 Arbitragem como forma de solução extrajudicial de controvérsia	20
3 ARBITRAGEM E CONFLITOS SOCIETÁRIOS	33
3.1 Estatuto social e Clausula Compromissória.....	33
3.2 Princípio Majoritário nas sociedades	33
3.3 As decisões assembleares e sua natureza jurídica	37
3.4 Princípio do consentimento	44
4 SOCIEDADES ANÔNIMAS E CLÁUSULA ARBITRAL NO ESTATUTO SOCIAL	46
4.1 Renúncia ou submissão às decisões assembleares	46
4.2 Dicotomia entre princípio majoritário e do consentimento	48
4.3 Abuso do poder de controle	54
4.4 Vinculação dos acionistas à cláusula compromissória arbitral	60

4.5 Vinculação de diretores e conselheiros	71
5. CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

Conflitos de interesses são inevitáveis no meio social e são, em geral, solucionados pelos próprios envolvidos, por meio de atos que traduzem quase sempre atitudes unilaterais (renúncia, submissão desistência), bilatérias (transação), ou por intermédio de terceiros, que intercedem no conflito, resolvendo-o em lugar dos envolvidos.

São várias as maneiras de solução de controvérsias, sendo o mais prestigiado o da Jurisdição. Entretanto, paralelo a esse sistema, existem aqueles em que o Estado não age diretamente na solução do conflito, sendo que em alguns, não possuem caráter decisório e, em outro, no caso a arbitragem, que autoriza a um terceiro, mediante decisão com força de tutela estatal (sentença), resolver o conflito.

Nesse cenário, vários são os métodos “alternativos” de solução de controvérsias que visam encerra com o litígio. Neles, o Estado não atua. Ou as partes se acertam entre si, ou, utilizando-se de um terceiro, tentam por fim à disputa. Dentre os meios extrajudiciais de solução de controvérsias, encontra-se a arbitragem. Nela, as partes excluem da Função Judiciária a apreciação de seu litígio.

Numa democracia, onde se predomina a inafastabilidade da jurisdição, a despeito da existência do princípio da autonomia da vontade, pode-se dizer que o uso da arbitragem para solução das controvérsias poderia ser utilizado pelas partes, diante da liberdade individual do ser social.

A Arbitragem poderá ser instaurada somente quando se tratar de direitos disponíveis e transigíveis, ou seja, direitos que as partes podem validamente e legalmente dispor.

Por conseguinte, poderá a arbitragem ter como objeto tão somente direitos que possam ser alvo de negociação entre os envolvidos, ou seja, que são disponíveis

Inclusive, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o instituto da arbitragem é constitucional, pois a parte poderá dispor de seu direito de ação junto à Função Judiciária, para submeter a controvérsia ao juízo arbitral. Dessa forma, entende-se que a declaração de vontade da parte será necessária para a validade do negócio jurídico que é a cláusula compromissória.

A solução de conflito entre as partes por Arbitragem dar-se-á pela convenção de arbitragem, entendendo ser essa a cláusula compromissória e pelo compromisso arbitral, sendo este o meio pelos quais as partes submetem a solução de seus litígios ao órgão arbitral.

A cláusula compromissória é o acordo por meio do qual as partes, utilizando-se do instrumento contratual, obrigam-se a submeter os conflitos que possam existir entre as mesmas e que sejam referentes àquele referido contrato.

A partir da existência dos institutos acima elencados, a arbitragem poderá ser utilizada de acordo com as regras estabelecidas pelo órgão arbitral ou entidade especializada. Nesse caso, as partes se submeteram às regras criadas pelo órgão arbitral, ou até mesmo por suas próprias regras, sendo que todas essas regras devem preferencialmente constar na cláusula compromissória.

Escolhida pelas partes as regras, seja suas próprias ou de algum órgão, a convenção somente será normatizada por estas regras, não sendo permitindo as partes ou árbitros(s) considerarem outras *a posteriori*.

E, nas sociedades pluripessoais, por se tratarem de união de pessoas que se prestam a envidar esforços para a sua criação e consecução de seu objeto social os seus integrantes visam alcançar, ao final, seus interesses individuais.

Por isso, nas sociedades pluripessoais, por envolver um grupo de pessoas, existirá, por certo, insatisfação e conflitos. O direito foi construído pela humanidade pela sua necessidade em regular a vida social, uma vez que o homem isolado, desde o seu gênesis, é uma figura de ficção.

A partir dessa premissa, que por envolverem pessoas, num mesmo ambiente, haverá dissidência quanto aos seus interesses individuais. E, tais dissidências, para a manutenção da paz social, deverão ser resolvidas, solucionadas. A resolução do conflito passará, necessariamente, por um meio de solução de controvérsia, que poderão ser os alternativos – sem a participação da Função Judiciária – ou os tradicionais, por meio do processo judicial.

Caso a escolha dos membros da sociedade envolva a utilização da arbitragem, esta deverá pressupor a inclusão, no estatuto social da companhia, da cláusula compromissória. Todavia, a questão que se apresenta diz respeito à possibilidade de extensão dessa cláusula compromissória ao acionista que não concordou com sua inserção no estatuto social. Este, especificamente, é o problema desta pesquisa.

Tomando-se por marco inicial o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o caráter volitivo do negócio jurídico a ser celebrado – cláusula compromissória –, será objeto de estudo nesta dissertação, a vinculação ou não do acionista dissente à cláusula compromissória inserida no estatuto social, bem como dos administradores da companhia.

Nesse caso, há de ser analisada e considerada a dicotomia entre o princípio majoritário, que rege as deliberações assembleares e o do consentimento, necessário para a validade do negócio jurídico.

Por isso, a pesquisa promoverá a análise do princípio majoritário nas assembleias gerais, frente ao direito constitucional de movimentar a jurisdição, chamado por Eduardo Couture de direito de petição.

Imperioso destacar que este trabalho tem o objetivo de colaborar com as discussões sobre matéria que, em um primeiro momento, viu-se esgotada com a vigência da norma disposta no art. 136-A da Lei 6.404/76 (com a redação estabelecida pela Lei n. 13.129/2015), mas que ainda encontra espaço considerável para o debate jurídico.

Por isso justifica-se este trabalho e a exaltação da importante colaboração que estudiosos e doutrinadores podem oferecer sobre os temas enfrentados nesta pesquisa.

2 ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO

2.1 Evolução histórica das soluções de controvérsias

2.1.1 Autotutela

A autotutela é a forma mais primitiva de resolução de conflitos. Consiste na “justiça com as próprias mãos”, sem a intervenção de terceiros, ou mesmo de racionalidade.

A violência da autotutela não foi recebida por nosso ordenamento jurídico, pois a racionalidade na resolução dos conflitos impera no Estado brasileiro. Dessa forma, não se pode confundir a autotutela com a autodefesa. De fato, a autodefesa não traz qualquer relação com a autotutela, pois esta não se delega

Ao indivíduo a função jurisdicional tutelar que continua a se originar de lei prévia estatal. Não há, portanto, como muitos entendem, uma exceção ao monopólio jurisdicional, que o Estado abre à prática selvagem da autotutela, tal como concebida em épocas primeiras de sociedade. (LEAL, 2016, p.45).

A autotutela é uma forma de resolução de controvérsias que era usada diante da falta de ordenamento que regulasse a vida em sociedade, fato este que demandou a criação dos Estados Nacionais. Logo, ela tinha espaço em um ambiente de inexistência de regras que determinassem as formas de solução do conflito.

Nas fases primitivas da civilização dos povos, quando ainda inexistiam leis gerais e abstratas ou um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, quem pretendesse alguma coisa que

outrem o impedisse de obter haveria, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. Tratava-se da *autotutela*, naturalmente precária e aleatória, que não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, astuto ou ousado. (GRINOVER, 2007, p. 13)

Ainda com a autora

Hoje, se entre duas pessoas há um conflito, caracterizado por uma das causas de insatisfação descritas acima (resistência de outrem ou veto jurídico à satisfação voluntária), em princípio o direito impõe que, se se quiser pôr fim a essa situação, seja chamado o Estado-juiz, o qual virá dizer qual a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto (declaração) e, se for o caso, fazer com que as coisas se disponham, na realidade prática, conforme essa vontade (execução). (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2005, p. 13).

Portanto, a autotutela é um instituto não recepcionado pelo ordenamento jurídico vigente no Brasil, tendo em vista que, hodiernamente, a sociedade é organizada por um regramento impositivo, que poderá ser utilizado, racionalmente, para a solução da controvérsia.

2.1.2 Autocomposição

A autocomposição é uma das formas mais antigas de solução de controvérsias, na qual as partes solucionavam seus conflitos por intermédio de um acordo feito entre os envolvidos sem a chancela do Estado. Tal instituto existe desde os tempos mais primitivos, inclusive antes da existência do Estado.

A autocomposição se faz pela renúncia, submissão, desistência e transação. A primeira consistia em o que teve seu direito violado se calar perante o ocorrido, não se manifestando acerca do mesmo. A segunda consistia em aceitar condições alheias contrárias impostas por uma das partes. A terceira consistia no abandono da pretensão contrária a ofensa, sendo que esta já foi arguida, ou ainda, “o não exercício de um direito já iniciado” (LEAL, 2016, p. 46). A quarta consistia em um acordo entre as partes, no qual cada um dos envolvidos teria seus interesses respeitados, levando-se em conta perdas e ganhos para ambos.

Nesse sentido, também, vale transcrever o seguinte:

Além da autotutela, outra solução possível seria, nos sistemas primitivos, a autocomposição (a qual, de resto, perdura residualmente no direito moderno): uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele. São três as formas de autocomposição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis): a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais -

no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2005, p. 14-15).

O Estado, ao assumir o monopólio da jurisdição, encampou as formas de autocomposição, sendo estes, hoje, institutos jurídicos facultativos às partes, como se demonstrará adiante.

2.1.3 Mediação

Na mediação, as partes escolhem terceiros, consensualmente, para ajudar na solução dos conflitos entre si, sem que o mediador tome partido ou decida. Este funciona como um intermediário, que aconselha as partes para a solução pacífica do conflito.

O mediador não proclama decisão, apenas indica a solução para o consenso entre os envolvidos. Por isso, pode-se chamá-lo de conselheiro das partes.

Nesse caso, o Estado não participa da composição, não exercendo assim, função jurisdicional. Como se verá adiante, hodiernamente, a mediação tem sido incentivada com o intuito de se promover a resolução de controvérsias sem a necessidade de instauração de um procedimento judicial decisório.

Nesse sentido, vale também aqui a transcrição de alguns posicionamentos doutrinários acerca do tema, tais como os seguintes:

A mediação estabelece um diálogo, considerando a igualdade e liberdade das partes de acordo com a construção de solução consensual, pela seriedade e respeito, capazes de garantir uma convivência digna. (LIMA, 2017, p. 9).

Um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador - que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito -, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo. (Vasconcelos, 2012, p. 36).

Veja-se que a mediação, por não judicializar a controvérsia, busca, na interação entre as partes, alcançar o objetivo, qual seja, solucionar o conflito.

2.1.4 Arbitragem

A arbitragem iniciou o período de decisão no lineamento histórico das soluções extrajudiciais de conflito. Houve uma mudança significativa entre os modelos de solução de conflitos anteriores e este.

Com a arbitragem, as partes não mais decidem acerca de seus conflitos de interesses. Ao contrário do que ocorria, agora um terceiro, escolhido pelas partes livremente, é que decide, ou melhor, reconhece o direito de um envolvido em relação ao outro. Em virtude da ausência do Estado, não há previsão legal para escolha dos árbitros.

Na Grécia, em sua mitologia, em várias ocasiões de sua narrativa histórica, os deuses são mediadores entre contendores. Sobre esse tema, vale destacar, que:

Os próprios autores gregos referem ao fato de a arbitragem reportar-se aos tempos míticos, quando os litígios entre deuses e heróis eram resolvidos por um laudo arbitral, proferido por um dos pares: Zeus é eleito o juiz entre Atenê e Poseidon a propósito de Engina; Foronê exerceu mesmo papel entre Hera e Poseidon a propósito da Argólida.(LEMOS, 2003, p. 22).

Sucessivamente, na Grécia, diante do reconhecimento de similitude entre direitos intermunicipais (urbes), surgiu uma isopolitéia, que nada mais seria do que um tratado de igualdade de direitos civis. (SOARES, 1976, p. 165).

Mesmo nas relações particulares, existia a arbitragem para decidir as controvérsias.

A base jurídica da arbitragem entre particulares ou entre cidades gregas era um compromisso, contrato especial, ou uma cláusula compromissória inserta nos contratos ou tratados de comércio, de aliança ou de paz. O direito aplicado era o direito comum dos Helenos. Os juízes arbitrais eram escolhidos pelas partes e poderiam ser tanto um rei, um magistrado ou um homem público qualquer. (LEMOS, 2003, p. 22).

Após a dominação romana, e com o passar dos tempos (séc. VIII ao V a.C.), o Estado começa a encampar a função de decidir sobre o direito alheio. No período chamado de *legis actiones*, haviam duas fases, *in jure* e *apud iudice*, onde a primeira se realizava perante o magistrado e a segunda perante o árbitro particular escolhido pelas partes.

Nesse momento já havia previsão legal, onde o árbitro particular deveria, para resolver o conflito, obedecer às regras do magistrado.

Após esse período (séc. V a.C.), extingue-se o sistema das *legis actiones*, e com isso a função antes destinada aos árbitros particulares, passa a ser exercida por pessoas de notável saber jurídico. Surgem nessa fase os jurisconsultos (indicados pelo povo para deliberação das leis) e o pretor, nomeado pelo governo.

O pretor, através de éditos, fornecia a fórmula de julgamento ao árbitro, este ainda escolhido pelos demandantes. A fórmula consistia em um resumo da demanda, seu objeto e seus limites de resolução para o árbitro. Além disso, o árbitro assinava o compromisso, junto com os envolvidos, todos se comprometendo a seguirem os limites impostos pela fórmula e respeitar a decisão do árbitro.

O Estado começou, assim, a publicizar a arbitragem e, a partir do séc. II a.C., o pretor, servidor público, começou a indicar o árbitro e informando-o, através de fórmulas, como o mesmo deveria conduzir as demandas, encerrando-se assim o período da justiça privada, apesar de a nomeação de árbitros pelos particulares não ter sido proibida até o séc. III d.C..

Com o início da *cognitio extra ordinem*, o poder dos pretores é aumentado, devido ao fim do Império e a necessidade de o Estado se impor aos particulares para manter a unidade nacional. Nesse período, o próprio pretor conhecia das demandas e as julgava, sem a participação do árbitro. Com isso, o monopólio da atividade jurisdicional se dá ao Estado, extinguindo a figura da arbitragem naquele momento histórico (284 d.C-565 d.C).

2.1.5 Jurisdição

A evolução histórica da arbitragem, com a encampação do exercício pleno da atividade de julgar pelo Estado, sendo esta legalmente institucionalizada pelo mesmo, levou à Jurisdição, tendo assim que a jurisdição é “a estratificação histórica da figura da Arbitragem” (LEAL, 2016, p. 49).

Em Roma, o pretor exercia a jurisdição sem Processo, entendendo ser este a conquista histórica das garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, do devido processo legal. Nesse caso, exercia-se uma Arbitragem centrada no senso de justiça dos pretores e árbitros.

O exercício da Jurisdição, entendendo ser esta o exercício da arbitragem obrigatória monopolizada pelo Estado, não está diretamente relacionada com a figura do Processo. Em governos ditatoriais, o Estado se utiliza da Jurisdição para impor sua vontade, seu senso de justiça, não respeitando o Processo, este não como instrumento do Estado para o uso da Jurisdição, e sim como garantia constitucional. Nesse caso, não há respeito ao princípio da reserva legal.

Com isso, “a atividade jurisdicional vem empregada no sentido somente daquela que se opera por intermédio dos juízes e em que o Estado trata de um interesse público fundamental, que é o de assegurar a observância das leis” (LARA, CARVALHO, PENNA, 2004, p. 307).

O Processo não leva ao juiz o poder de julgar ao seu próprio alvedrio, criando regras e normas próprias, utilizando-se seus juízos de valores, pois a jurisdição (juicação), por si

mesma, não pressupõe critérios de julgar ou proceder, mas a atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do Processo (LEAL, 2016, p. 51).

2.2 Acesso à jurisdição

O art. 5º, XXXV da CR/88 dispõe que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nesse sentido, tem-se que a nenhuma norma legal poderá criar

obstáculos ilegítimos, indevidos ou antidemocráticos à efetiva tutela jurisdicional, permitindo aqueles legitimamente instituídos. Ele é a garantia do direito de acesso aos tribunais e do direito à prestação judiciária. (LEMOS, 2003, p. 75).

Isso quer dizer que a CR/88 não permite que a lei vede o acesso das partes à Função Judiciária, para que este resolva um conflito que àquelas desejam a ela submeter.

Com isso, tem-se que o direito de ação é público, autônomo e abstrato. É autônomo, pois a ação é concebida independentemente do direito material cuja parte entende ter sido lesado. Sobre a autonomia, leciona Rosemiro Pereira Leal:

Desse modo, adveio a ideia de direito à jurisdição interligado a um direito ao procedimento, significando, nessa escola, a ação como direito à jurisdição e ao procedimento que seriam de caráter público, porque devidos pelo Estado, e autônomo, porque desvinculado de outro direito que lhe pudesse retirar a ampla liberdade do respectivo exercício (LEAL, 2016, p. 217).

Além disso, o direito de ação é abstrato. Isso quer dizer que ele não está condicionado ao reconhecimento de um direito material arguido pela parte. Com isso, o direito de ação tem por objetivo assegurar que a pretensão¹ seja apreciada pelo magistrado. Ainda de acordo com o autor supramencionado:

Accentua-se a relevância da teoria da ação defendida por Pkelis que explicitamente afirmava que o direito de ação era o direito de fazer o Estado agir e não um direito de agir em juízo como se fora um direito ao procedimento ou a uma sentença justa, como queria Bülow. (LEAL, 2016, p. 218).

E, sobre esse direito de ação ser exercido apenas na Função Judiciária, é importante destacar as premissas utilizadas por Couture para determinar o seu direito de petição:

- a) no estado de direito, a violência provada é substituída pela petição à autoridade;
- b) Essa petição à autoridade constitui um poder jurídico do indivíduo, mas é o único meio idôneo para obter a prestação da jurisdição;

¹ Narrativa reivindicatória de direitos

c) O poder jurídico de requerer perante a autoridade não pode ser denegado a ninguém; proibida a justiça privada, é evidente que se deve dar todo sujeito de direitos a faculdade de obtê-la por intermédio da autoridade; privá-lo de uma e de outra seria denegar-lhe a própria justiça. (COUTURE, 2008, p. 34).

Sobre a primeira premissa, trata-se do fato de que, no Estado de Direito, a autotutela, ou violência privada, deu lugar à petição à autoridade. Logo, há o abandono do uso da força privada (individual) por um modelo de força coativa, a qual está submetida à Lei.

Já a segunda premissa dispõe que a petição à autoridade é um poder jurídico da pessoa, sendo exercido pela declaração de vontade do indivíduo. Essa petição é o meio adequado a movimentar a estrutura estatal que monopoliza o poder de coação.

E, por fim, a terceira premissa entrega a noção de que negar o direito de petição de alguém significaria negar a própria justiça. A negativa ao exercício desse direito privaria a pessoa daquilo que lhe seria devido.

Com isso, “o direito constitucional de petição não é outra coisa que o direito de comparecer perante a autoridade” (COUTURE, 2008, p. 36). Isso significa que o indivíduo tem o direito de pedir a tutela de seu direito à autoridade estatal.

E, como exposto anteriormente, o direito de petição perante a Função Judiciária – direito de ação – é autônomo, uma vez que

A ação é, portanto, um poder jurídico distinto do direito material e da demanda em sentido formal, destinado a obter a atividade estatal, por intermédio de seus órgãos competentes, para declaração coativa de um direito. (COUTURE, 2008, p. 41).

Nesse quadro, é de se destacar, rememorando o conceito de Jurisdição, que

A atividade jurisdicional exercida pelo Estado, como substitutiva da vingança privada – autotutela –, não lhe confere uma faculdade, mas um dever de solucionar uma controvérsia estabelecida pelas partes, pela aplicação e atuação da vontade da lei ao caso concreto. (CAMARA, MACIEL, JUNIOR, 2005, p. 201).

Sobre esse enfoque, no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº. 5.206-7, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual analisou a constitucionalidade da Lei 9.307/96, o Ministro Sepúlveda Pertence, ao explicar a *mens legis* do art. 5º, XXV, da CR/88, assim dispôs sobre o direito de ação:

O que a Constituição não permite à lei – já aduzira no voto primitivo – é vedar o acesso ao Judiciário da lide que uma das partes lhe quisesse submeter, forçando-a a trilhar a via alternativa da arbitragem (Hamilton de Moraes e Barros, Comentários ao C. Pr. Civil, Forense, v/d, IX/377).

.....

O direito de ação – afinal, em síntese, o objeto da proteção constitucional invocada –, nem por ser autônomo e abstrato, deixa de ser essencialmente instrumental: a garantia da ação – que é o direito à prestação jurisdicional – visa a assegurar a verificação pelo juiz da procedência ou não da pretensão material veiculada pela ação em cada caso e, se procedente, a sua efetivação, quando necessário, por meio da coação estatal (STF, 2004).

Portanto, o direito de ação deve ser entendido como um direito incondicional de movimentar a jurisdição, sendo esta o dever Estatal de decidir quando devidamente provocado pelo cidadão.

2.3 Meios extrajudiciais de solução de controvérsias

A intervenção em um conflito engloba a sua resolução, contudo sem necessariamente exaurir o mesmo. Mesmo na hipótese de não haver possibilidade de resolução do conflito, a intervenção poderá mitigar seus resultados danosos. E, as formas de intervenção podem ser nominadas de: evitação, gestão e resolução.

Sobre o primeiro (evitação), pode-se dizer que se trata, não de uma ação para eliminar o surgimento do conflito, “mas de evitação de seus aspectos destrutivos ou violentos” (ARLE, 2017, p. 126).

Em relação à gestão, esta ocorre em momento posterior em relação à evitação, pois esta tem caráter preventivo, com o escopo certo de impedir que os efeitos nocivos do conflito atinjam os envolvidos. Nesse sentido, gerir um conflito “é fazer com que ele deixe de ser apenas destrutivo para tentar torná-lo, também construtivo. E transformá-lo é fazer com que ele se mova do pólo destrutivo para o mais construtivo” (ARLE, 2017, p. 127).

E, por fim, a forma de intervenção mais comum nos conflitos é a resolução. Resolver, significa “decidir; dar solução a” (*Free Dictionary*, 2018, on line). Como já exposto anteriormente, a solução poderá se dar por alguém que não é um envolvido direto no conflito, como, por exemplo, na arbitragem ou na jurisdição. Nesses casos, então, tem-se a chamada resolução heterocompositiva.

Noutro norte, a resolução poderá se dar pelos próprios envolvidos no conflito, através de uma autocomposição, quando não há intervenção de terceiros, bem como na hipótese de envolvimento de um terceiro, tal como ocorre na conciliação e na mediação.

Tem-se, por conseguinte, que a forma de resolução heterocompositiva é uma hipótese de imposição e a autocompositiva uma hipótese voluntária.

Dito isso, tem-se os chamados métodos alternativos de resolução de conflitos. Tais métodos não objetivam o resultado obtido em resoluções litigiosas, onde a figura de disputa – vencedor e perdedor – é preponderante. Nesses casos,

Os resultados são elaborados, mesmo quando as formas de resolução se pautam em fatos, normas e provas. Estão voltados para a composição e mesmo à criação de direitos que atendam aos interesses de todos os lados. Não existe a preocupação do prêmio e do castigo, mas a resolução de uma questão que é entendida pelas partes como comum e como tal devendo ser resolvida (SERPA, 2012, p. 150).

Dentre as formas de resolução alternativa de conflitos, existem algumas mais utilizadas, cujos resultados são mais eficazes.

A negociação, forma mais básica de resolução de disputas, é o núcleo primário de todas as demais formas alternativas de resolução de conflitos. Trata-se de um método desenvolvido normalmente sem a intervenção de terceiros, na qual as partes, diretamente, buscam resolver os óbices, através de conversas e troca de informações. Em tal método, todas as ações são conduzidas direta e autonomamente pelos próprios envolvidos.

A negociação é o ato ou efeito de negociar, contrato, ajuste, discussão de um assunto de interesse comum entre agentes autorizados. Com base nos conhecimentos de administração, economia e filosofia, negociação apresenta-se como uma interação verbal em que as partes propõem, contrapõem e argumentam. Visa um resultado que é um acordo, uma determinada proposição prática que recebe o assentimento das partes envolvidas, enfim visa solucionar divergências. (BOEHS, 2002, p. 92)

Arlé, ao discorrer sobre a negociação como inerente à vida social, cita Fisher, Ury e Patton:

Tal como o Monsieur Jourdain de Molière, que se deleitou ao descobrir que vinha falando em prosa durante toda a sua vida, as pessoas negociam até mesmo quando não o pensam estar fazendo. (ARLE, 2017, p. 155).

Portanto, verifica-se que a negociação é da natureza da interação humana

A conciliação, por sua vez, é um método de resolução de conflitos onde um terceiro atua como “elo de comunicação entre partes em litígio” (SERPA, 2012, p. 151). Todavia, a expressão “conciliação” tem sido usada como forma de solução de controvérsia feita sob a tutela da Função Judiciária – através de seus componentes. Hodiernamente, não se pode entender dessa forma, posto que existe a conciliação judicial e a não judicial. A função do conciliador – terceiro que não faz parte do conflito – é harmonizar as partes com o objetivo de

obter a melhor solução. E o conciliador o faz atuando diretamente na interpretação dos fatos e apresentando sugestões para a solução do conflito.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes posicionamentos doutrinários:

A conciliação, *stricto sensu* é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém, neutra em relação ao conflito. É, portanto, um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação entre as partes. (FONSECA, 2017, p. 259).

Dessa forma, “a conciliação um método onde o intermediador toma uma posição mais ativa, sugerindo caminhos a serem seguidos.” (SANTOS, 2015, p. 937)

Outra forma de solução alternativa de controvérsia é a mediação. Nela, também há a presença de um terceiro interventor, mas que atua de forma neutra. O mediador possui a tarefa de

ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas (SERPA, 2012, p. 152).

O mediador não interfere no mérito ou nos conceitos envolvidos no problema, agindo apenas vinculado às informações que possui do caso e dos interesses de cada uma das partes.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes posicionamentos doutrinários:

[...] a mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, ela é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos por ser um procedimento estruturado, assim não tendo um prazo definido e podendo terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades. (FONSECA, 2017, p. 259).

Nota-se, num primeiro momento, certa semelhança da mediação com a conciliação. Contudo, existem diferenças entre os dois métodos, inclusive com o reconhecimento da existência delas pelo Código de Processo Civil, que assim prescreve nos §2º e §3º de seu art. 165:

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo

restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (BRASIL, Lei 13.105/15, 2015).

Dessa forma, nas lições de Danielle de Guimarães Germano Arlé, as diferenças entre a conciliação e a mediação são, basicamente, as seguintes:

- a) A conciliação costuma discutir o conflito em termos de direito e a mediação em termos de interesses;
- b) A conciliação costuma ser, na maioria das vezes, mais célere que a mediação;
- c) A conciliação é mais adequada para tratar de questões entre partes que não têm ou não terão um relacionamento continuado e a mediação para os casos em que há vínculo continuado entre elas;
- d) A conciliação prevê o poder do conciliador de sugerir às partes opções para soluções dos conflitos, enquanto na mediação isso não deve, em regra, acontecer. (ARLE, 2017, p. 146)

Outra forma de resolução de conflitos é a chamada *fact finding*, por meio da qual se utiliza um *expert*, sem qualquer vinculação com as partes, com o objetivo de esclarecer todas as questões de fato que estão envolvidas na controvérsia. Nesse caso, o perito é chamado a emitir parecer sobre o objeto do litígio, sendo que as partes poderão encarar tal conclusão técnica como decisão. Como se vê, tal método pode ser usado como forma auxiliar em outras formas de solução de controvérsias.

Já o *Ombudsman*, ou ouvidor, não tem sido encarado como um método de solução de controvérsia, não sendo “um processo propriamente dito”. (SERPA, 2012, p. 152). Mas, sim, uma pessoa indicada por uma instituição para receber reclamações ou denúncias, investigá-las para prevenir litígios ou facilitar a solução *interna corporis* dos conflitos e controvérsias.

Sobre o conceito e a finalidade do *Ombudsman*, destacam-se os seguintes posicionamentos doutrinários:

A Ouvidoria é um serviço ao qual pode recorrer o cidadão, a fim de encaminhar sugestões, reclamações e denúncias, no sentido de preservar os princípios que devem nortear a conduta da administração pública, quais sejam: a legalidade, a legitimidade, a impessoalidade, a moralidade, a economia e a publicidade.

É cada vez mais freqüente a instalação de ouvidorias em órgãos públicos, assim como é crescente, também, o surgimento da figura do *Ombudsman* em empresas privadas, no intuito de estreitar as relações que se estabelecem entre quem presta o serviço e aquele que o requisita, de tal forma que a figura do Ouvidor tem contribuído sobremaneira para minorar os níveis de insatisfação dos usuários.

.....
No cumprimento dos seus misteres, a Ouvidoria/*Ombudsman* tem por objetivo estabelecer o estreitamento de relações entre o cidadão usuário de um serviço e a administração, seja da empresa pública ou privada. Essa premissa permite-lhe fazer do usuário do serviço prestado pela Empresa onde atua um aliado e um forte colaborador nos processos de tomada de decisões e implementação de políticas norteadoras capazes de garantir o bom funcionamento da Instituição. (DE MORAIS SALES, 2006, p.155-156).

Sobre a origem do instituto, discorre César Cardoso:

O ombudsman é uma instituição cujo formato inicial foi desenhado na Suécia do século XVIII, quando o Rei Carlos XII, por estar comandando o seu exército em batalhas no exterior, designou funcionário de sua confiança para exercer, como seu “delegado”, o controle das atividades dos juizes, dos coletores de impostos e de outros funcionários da administração pública. Depois, a Constituição sueca de 1809 criou a figura do *Justitie ombudsman*, delegado vinculado ao Parlamento, visando a supervisionar a legalidade dos atos dos juizes e dos demais servidores públicos, bem como a sua imparcialidade e diligência (CARDOSO, 2015, p. 34).

E, sobre seu objetivo, arremata:

Conforme observa Celso Barroso Leite:

Em verdade, é esta uma das principais, se não a mais importante, entre as funções do Ombudsman: procurar fazer com que o cidadão receba do Estado, através do serviço público, a eficiente atenção a que tem direito, não sendo por outro motivo que vários autores e estudiosos o denominam ‘defensor’ ou ‘protetor’ do povo. (CARDOSO, 2015, p. 35).

Como se vê, todos os métodos extrajudiciais de solução de controvérsia possuem uma característica comum: a voluntariedade. Tal característica implica legitimidade das decisões, posto que há a participação das partes na produção dessa resolução (*lato sensu*). Sobre a legitimidade, é importante destacar que quem dirá o que é devido ou não são as partes envolvidas no conflito,

através de um procedimento baseado na principiologia constitucional, que construirá a tutela. Mormente, na hipótese da equidade substitutiva. Por isso, Habermas afirma que

nós devemos (sollen) obedecer a preceitos morais porque nós sabemos que eles são corretos, e não porque esperamos realizar certos fins agindo assim (...). Questões de justiça dizem respeito às pretensões controversas em conflitos interpessoais. Nós [só] podemos julgá-las imparcialmente à luz de normas válidas. (...) Por esta razão, justiça não é um valor no meio dos outros. Valores sempre disputam com outros valores. Eles dizem que bens específicos, pessoas ou coletividade buscam ou preferem sob circunstâncias específicas. Apenas da perspectiva delas podem os valores ser temporariamente apresentados em uma ordem hierárquica. Pois os valores pretendem uma validade relativa, enquanto a justiça pretende uma validade absoluta: preceitos morais pretendem ser válidos para toda e cada pessoa (BARBOSA. MENDONÇA, 2017, p. 7).

Portanto, independentemente do método de solução de controvérsia, a sua legitimidade está na participação dos envolvidos na formulação ou na construção de sua solução.

2.4 Arbitragem como forma de solução extrajudicial de controvérsia

Conflitos de interesses são inevitáveis no meio social e são, em regra, solucionados pelos próprios envolvidos, através de atos que traduzem atitudes unilaterais (renúncia,

submissão desistência) ou bilatérias (transação), ou por intermédio de terceiros, que intercedem no conflito, resolvendo-o em lugar dos envolvidos.

São várias, como mencionado anteriormente, as maneiras de solução de controvérsias, sendo o mais prestigiado o da Jurisdição, modelo já explanado. Mas, paralelo a este sistema, há aquele em que o Estado não age diretamente na solução do conflito, sendo autorizado a um terceiro, mediante a uma decisão com força de decisão estatal (sentença), resolva o conflito. Este é o caso da arbitragem.

Sobre o conceito e a finalidade da arbitragem, destacam-se os seguintes posicionamentos doutrinários:

A arbitragem é um método heterocompositivo e adversarial de resolução de conflitos. Difere do método judicial porque, na arbitragem, há menos formalidades de procedimento, que pode ter alguns aspectos decididos pelas partes e, além disso, o terceiro decisor é escolhido pelas partes em conflito. (ARLÉ, 2017, p. 147)

Arbitragem é uma forma extrajudicial de solução de conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis em que as partes, maiores e capazes, elegem um terceiro independentemente e imparcial para dirimir a controvérsia. (LEMES, 2011, p. 1069)

Em relação à arbitragem, especificamente, há controvérsias acerca desses terceiros, chamados de árbitros, se eles exercem a função jurisdicional, ou ainda se a arbitragem possui natureza jurisdicional.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes posicionamentos doutrinários:

Será assim tão nítida a distinção entre arbitragem e jurisdição?

Os doutrinadores – e especialmente os estudiosos do direito processual civil respondem afirmativamente à questão quase que em uníssono. Assim, se a jurisdição é a função, a atividade e o poder do Estado de aplicar as normas do ordenamento jurídico em relação ao caso concreto (seja expressando autoritativamente o preceito, seja realizando efetivamente o que o preceito estabelece), a arbitragem não pode ser considerada atividade jurisdicional. Diz-se, de fato, que o árbitro não atua a lei e nem a torna efetiva pela coerção, de tal sorte que sua decisão nenhum efeito gera se não for homologada pelo órgão jurisdicional estatal.

Desta maneira simplista, procuram alguns descartar a natureza jurisdicional da arbitragem. Talvez a questão mereça alguma reflexão. (CARMONA, 1990, p. 33).

O fato de encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do Estado não descaracteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem. Trata-se, evidentemente, de participação do povo na administração da justiça – o que não afronta o art. 153, § 4.º, da Constituição Federal e encontra respaldo no seu § 1.º do artigo 1.º. Basta lembrar, em reforço a tal argumentação, que a instituição do júri, mantida no mesmo artigo 153 da Constituição Federal, é baluarte da participação popular a nível jurisdicional. (CARMONA, 1990, p. 33)

Nesse mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior espousa o seguinte entendimento:

[...] fácil é concluir que a opção do legislador foi pela atribuição do caráter publicístico ao juízo arbitral, tornando-o um completo equivalente jurisdicional, por escolha das partes. Se a justificação de seu cabimento radica-se numa relação

negocial privada (a convenção arbitral), o certo é que, uma vez instituído o juízo arbitral, sua natureza é tão jurisdicional como a dos órgãos integrantes do Poder Judiciário. O que fez, pois, a Lei nº 9.307 foi instituir terminantemente "a jurisdicionalização da arbitragem no Brasil, à medida que lhe atribuiu natureza jurisdicional contratual decorrente do seu caráter volitivo privado. (THEODORO JUNIOR, 1999, p. 5)

Em uma democracia, onde predomina o princípio da autonomia da vontade, e impensável dizer que a arbitragem não pode ser utilizada. Não só ela, como também as outras formas de solução de conflitos. O presente trabalho não visa chegar à conclusão de que somente o Estado poderá solucionar os conflitos que surgem entre seus cidadãos, pelo contrário, busca-se demonstrar o respeito à liberdade individual do ser social.

O problema desta pesquisa diz respeito ao fato de eventualmente submeter um conflito societário à arbitragem, vinculando aquele que não deseja que seus litígios societários sejam resolvidos por meio dessa forma de solução de controvérsia.

De fato, como demonstrado acima e disposto expressamente no artigo 1º da Lei n. 9.307/1996², a Arbitragem poderá ser instaurada somente quando se tratar de direitos disponíveis e transigíveis, ou seja, direitos que as partes podem validamente e legalmente dispor.

Carreira Alvim afirma que a referência de

direitos disponíveis, pelo art. 331, deve ser entendida em termos, de forma a compreender aqueles aos quais a lei reconhece ao seu titular, ou alguém por ele, o poder de disposição, seja no campo do direito de família, patrimonial, obrigacional ou qualquer outro, o que se extrai da conjugação desse preceito com o disposto no art. 447, que admite, igualmente, a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei admite transação. Aliás, o art. 447 alude, no seu *caput*, a direitos patrimoniais de caráter privado, que abrangem direitos pessoais e direitos reais, estando aquela expressão em oposição a direitos *intransigíveis*, em relação aos quais não tem lugar a conciliação, como não tem também a transação (Código Civil, art. 1035) (CARREIRA ALVIM, 1995, p. 137-138).

Então poderá a arbitragem tratar tão somente de direitos que possam ser alvo de negociação entre os envolvidos, seja ela pela conciliação ou pela transação.

A solução de conflito entre as partes por Arbitragem dar-se-á pela convenção de arbitragem, entendendo ser esta a cláusula compromissória e pelo compromisso arbitral, entendendo ser este o meio dos quais as partes submetem a solução de seus litígios ao órgão arbitral.

² Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Cláusula compromissória é o acordo por meio do qual as partes, utilizando-se do instrumento contratual, obrigam-se a submeter os conflitos que possam decorrer e que sejam referentes àquele referido contrato. “É uma convenção pela qual as partes num contrato se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir em relação a esse contrato” (CARREIRA ALVIM, 1995, p. 52). Não é permitido a cláusula compromissória “solteira” (LACERDA, 1998, p. 48), ou seja, aquela instituída fora do contrato e que este não faça menção.

A arbitragem poderá ser utilizada de acordo com as regras estabelecidas pelo órgão arbitral ou entidade especializada. Nesse caso, as partes se submeteram às regras criadas pelo órgão arbitral, ou até mesmo por suas próprias regras, todas devendo constar na cláusula compromissória. Escolhida pelas partes as regras, seja suas próprias ou de algum órgão, a convenção somente será normatizada por estas regras, não permitindo outras *a posteriori*.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes posicionamentos doutrinários:

A arbitragem pode ser ajustada pelas partes através de metodologia própria, criada e adotada de acordo com as suas necessidades – procedimento *ad hoc* ou *avulso* –, ou submetida a regras preestabelecidas por uma organização privada que a administrará – arbitragem institucional. (ALVES, 2004, p. 4)

Além disso, poderá ser a arbitragem por equidade ou de Direito. Isso dá ao instituto maior flexibilidade para prover decisões, pois além de poder ser de acordo com a Lei (de direito), poderá ser de acordo com o senso de “justiça descompromissada” (LACERDA, 1998 p. 41) do árbitro.

Nesse sentido, Aristóteles assim definiu:

E essa é a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade. E, mesmo, é esse o motivo por que nem todas as coisas são determinadas pela lei: em torno de algumas é impossível legislar, de modo que se faz necessário um decreto. Com efeito, quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, coimo a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbicas: a régua adapta-se à formada pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos (BARBOSA, MENDONÇA, 2017, p. 3)

O julgamento por equidade é aquele em que o árbitro,

“abandonando a regra geral e abstrata, consagrada pela norma, busca formular e aplicar uma regra particular e própria para aquele determinado caso; regra que deverá elaborar de acordo com a própria consciência, observando determinados princípios sociais e morais em tudo análogos que inspiram o legislador quando elabora a regra abstrata ou norma legal. Este é no sentido de equidade enquanto justiça no caso concreto” (CARREIRA ALVIM, 2004, p. 37).

No mesmo sentido, destacam-se os seguintes posicionamentos doutrinários:

Ensina Couture que, por oposição ao direito estrito, decidem os juízes por equidade quando o sistema jurídico a tanto os autoriza, de modo que afasta-se do direito positivo que estimem injusto no caso particular, obedecendo os

ditames de seu *leal saber y entender*”, na saborosa e consagrada expressão castelhana. (CARMONA, 2009, p. 65) (grifos originais)

Essa arbitragem pode ser realizada segundo normas jurídicas estritas (aplicação do *ius strictum*) ou sem o emprego de formas e normas jurídicas positivadas, falando-se então, em arbitragem por equidade, isto é, aquela na qual a decisão se dará segundo critérios de justiça mais flexivelmente aplicados (“*ex bono et aequo*” ou, na terminologia inglesa, “*amiable composition*”, ou ainda, na tradução francesa, “*en amiable composition*”). (NETO, 2008, p. 340)

De fato, como se observa acima, o conceito de equidade mais difundido é aquele que, ao autorizar o árbitro a julgar de acordo com a equidade, a lei o autoriza a agir como se fosse, ao mesmo tempo, legislador e juiz. Nesse caso, ocorre a equidade substitutiva, que é identificada como “a justiça do caso singular, ainda que resulte em derrogação da justiça legal” (CARREIRA ALVIM, 2004, p. 38).

Já na arbitragem de Direito, o julgamento será feito de acordo com as regras de direito, mesmo que os árbitros sejam totalmente leigos em direito. Mesmo nessa hipótese, a Lei autoriza que as partes possam restringir as normas que desejam que sejam aplicadas na resolução do conflito.

No mesmo sentido, destacam-se os seguintes posicionamentos doutrinários:

A Lei de Arbitragem – à semelhança do que dispunha o Código de Processo Civil (art. 1.075, IV, revogado) – permite que o árbitro julgue por equidade, sem a adstrição às normas de direito positivo; permite ainda que os árbitros dirimam uma controvérsia segundo um determinado ordenamento jurídico, escolhido de antemão pelos litigantes, tudo sem prejuízo de preferirem as partes que os árbitros tomem por base princípios de direito, usos e costumes ou regras internacionais de comércio (CARMONA, 2009, p. 64)

Sobre essa possibilidade de escolha das normas que serão aplicadas na solução de controvérsia, Carlos Alberto Carmona cita voto proferido pela 7ª Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.111.659-0:

“Pela mesma razão não se vislumbra vício em haver previsão de que seja com base no direito francês que os árbitros venham a resolver a pendenga.

Embora o contrato de agência, ou representação comercial, seja regulado por lei especial, isso não significa que não pudesse a relação aqui questionada ser alvo de disposição pelas contratantes, uma vez que o direito ali agitado é disponível para ambas as partes e, portanto, não vem revestido da característica da irrenunciabilidade.

.....
De sorte, sobre ele incide naturalmente o princípio da autonomia da vontade, podendo, assim, as partes transigir livremente, inclusive no que concerne à forma de solução de suas diferenças.” (CARMONA, 2009, p. 75-76) (grifos originais)

Poderá ainda a arbitragem ser convencionada para que se realize com base nos princípios gerais de direito, bem como nos usos e costumes.

Os princípios gerais de direito são princípios que decorrem “do próprio fundamento da legislação positiva, que, embora não se mostrando expressos, constituem pressupostos lógicos necessários das normas legislativas” (CARREIRA ALVIM, 2004, p, 42). São princípios não expressos, mas que existem como manifestação da vontade da legislação. São exemplos de princípios gerais de direito o *neminem laedere* (a ninguém se deve lesar); *nemo ad factum praecise cogi potest* (ninguém pode ser constrangido a fazer alguma coisa).

Relativamente ao caráter normativo dos princípios jurídicos, segundo GABRICH:

Apesar de o legislador brasileiro misturar em um mesmo comando normativo, a analogia, que é método de utilização da lei em casos semelhantes, o costume, que é fonte formal do direito, e os princípios, que são espécies de normas jurídicas, é indiscutível a obrigatoriedade e o caráter impositivo-normativo dos princípios no sistema jurídico nacional. No Brasil, é a própria lei que estabelece, então, o caráter impositivo e normativo dos princípios. (GABRICH, 2007, p. 385)

Os usos e costumes, por sua vez, são práticas ou modos de agir que são praticados continuamente com espontaneidade, formando regras. Estas não possuem muita utilidade onde o Direito é muito positivado. Todavia, em muitos casos, como ocorre no Brasil, a própria legislação remete o intérprete à regulação determinada pelos usos e costumes. É o que se pode observar, apenas a título de exemplo, por meio dos seguintes artigos do Código Civil:

Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou **os usos o autorizarem**, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e **os usos do lugar de sua celebração**.

Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar **das circunstâncias ou dos usos**.

Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

§ 2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, **pelos usos locais**, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.

Art. 529. Na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e dos outros documentos exigidos pelo contrato **ou, no silêncio deste, pelos usos**.

Art. 628. O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade comercial ou se o depositário o praticar por profissão.

Parágrafo único. Se o depósito for oneroso e a retribuição do depositário não constar de lei, nem resultar de ajuste, **será determinada pelos usos do lugar**, e, na falta destes, por arbitramento.

Art. 658. O mandato presume-se gratuito quando não houver sido estipulada retribuição, exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa.

Parágrafo único. Se o mandato for oneroso, caberá ao mandatário a retribuição prevista em lei ou no contrato. Sendo estes omissos, **será ela determinada pelos usos do lugar**, ou, na falta destes, por arbitramento (BRASIL, Código Civil, 2002).

Todavia, nascido o contrato, e nele instituída a convenção arbitral, poderão as partes resolver os conflitos oriundos daquele acordo pela arbitragem. Caso as partes não acordem previamente sobre a maneira de instituir a arbitragem, a parte interessada notificará sua intenção de iniciar a arbitragem por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento da notificação (art. 6º da Lei 9.307/96)³. Na notificação, constará o dia e a hora e local certo para firmar o compromisso arbitral.

Esse procedimento é condição para um possível ajuizamento de demanda judicial para a instituição de arbitragem.

Caso a parte não compareça em virtude da convocação feita extrajudicialmente, poderá a parte requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo com o objetivo de lavrar o compromisso arbitral. O juiz então marcará data para a audiência para este fim (art. 7º da Lei 9.307/96)⁴.

Nesse requerimento, o autor deverá indicar o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória (art. 7º § 1º da Lei 9.307/96)⁵. O objeto da arbitragem é aquilo que vai constituir o pedido no juízo arbitral, assim que instituído.

O árbitro é juiz de fato e de Direito, e a sentença por ele proferida, não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Judiciário (art. 18 da Lei 9.307/96)⁶.

Nesse sentido, inclusive, vale transcrever os seguintes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais:

³ Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

⁴ Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

⁵ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

⁶ . 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Ora, ao árbitro eleito - cuja atividade substitui a dos particulares em litígio - é consagrado o poder de aplicar o Direito ao caso concreto, em lugar do juízes estatais, resolvendo conflito(s) daqueles que estão em litígio. No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade e independência (artigo 13, § 6º, da Lei nº 9.307/96), impossibilitado de atuar em várias hipóteses de impedimento, aplicáveis aos magistrados em geral, artigo 14. E no que couber, regido será pelos mesmos deveres e responsabilidades destes (artigo 14, caput). (DE ALMEIDA JUNIOR, 2005, p. 6)

[...] os árbitros são juízes de fato (privados), mas sua decisão produz a mesma eficácia da decisão estatal (daí serem também juízes de direito) [...] seja como for, resulta claro desta fórmula, verdadeiramente histórica, que o instituto da Lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito. (CARMONA, 2009, p. 269).

A jurisprudência endossa a tese:

PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. Correto o julgamento antecipado da lide. Necessidade apenas de prova documental, a qual foi produzida de forma farta. Preliminar rejeitada. ARBITRAGEM. Exceção ao princípio do livre acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição. Questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção da arbitragem e do contrato que possui a cláusula compromissória, bem como daqueles que serão atingidos pela sentença arbitral que se encontram sob a apreciação discricionária do árbitro. Regra do "kompetenz kompetenz". Fundo internacional que firma termo que previa expressamente ser aditivo de contrato que avençou a solução de conflitos pela arbitragem. Tentativa de utilizar-se do Poder Judiciário para se afastar da arbitragem e de seus efeitos. Impossibilidade. Conduta que configura ofensa ao princípio do "venire contra factum proprium". Sentença arbitral que não violou os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e que se encontra fundamentada de forma cuidadosa e dentro dos limites dos direitos disponíveis questionados pelas demandantes. Alegação de que a sentença arbitral não se vinculou aos regramentos jurídicos arguidos pelas partes. Juízo arbitral que, como sendo o juiz de fato e direito do caso concreto (art. 18 da Lei 9.307/96), deve estar adstritos aos fatos e aplicar o direito adequado ao conflito existente. Pacto arbitral que previu que a legislação aplicável seria a brasileira, permitindo, assim, ao árbitro decidir acordo com o direito positivo. Inexistência de violação ao art. 22 da Lei 9.307/96. Cláusula compromissória avençada regularmente. Arbitragem que produziu seus efeitos nos limites próprios e perante aqueles que se encontram envolvidos com o direito disponível controvertido. Sentença arbitral que preencheu os requisitos previstos no art. 26 da Lei 9.307/96. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO. REDUÇÃO. Redução da verba honorária, sem, contudo, afetar a necessidade de arbitramento que corresponda à justa remuneração do trabalho profissional. Recurso parcialmente provido. (TJSP, 2012, on line)

Mas embora reze na doutrina e na própria lei que o árbitro é juiz de fato e de direito, "ele não é uma coisa nem outra; no fundo, é um juiz *de fato*, cujo acerto lhe compete promover, e *do direito*, que, por convenção das partes, compete-lhe aplicar" (CARREIRA ALVIM, 2004, p. 112).

Comparecendo as partes em audiência, o juiz tentará uma conciliação acerca do próprio litígio (art. 7º § 2º da Lei 9.307/96)⁷, a qual ocorrendo determinará a perda do objeto da demanda, qual seja, a instituição da arbitragem.

Não havendo acordo entre as partes sobre os termos para a instituição da arbitragem, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo na própria audiência ou em até dez dias (art. 7º § 3º da Lei 9.307/96)⁸.

Caso na cláusula não dispuser sobre a nomeação dos árbitros, poderá o juiz nomear árbitro único para a solução do litígio (art. 7º § 3º da Lei 9.307/96), mas deverá respeitar os casos de suspeição ou impedimento do árbitro (art. 14 da Lei 9.307/96)⁹. Caso as partes já tenham convencionado sobre o assunto, não poderá o juiz convencionar o árbitro se não respeitando as normas expressas estatuídas pelas partes.

A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral (art. 7º §7º da Lei 9.307/96)¹⁰, alcançando o autor os mesmos resultados se o réu a tivesse cumprido.

A cláusula compromissória é autônoma, o que não implicará, necessariamente, nulidade da cláusula caso o contrato seja nulo (art. 8º da Lei 9.307/96)¹¹. Isso implica dizer que, mesmo o contrato sendo nulo, os litígios surgidos do contrato serão resolvidos pela arbitragem.

Após a instituição da arbitragem, caso o árbitro esteja sob suspeição ou impedimento, ou mesmo sobre sua competência, deverá a parte arguir na primeira oportunidade (art. 20 da Lei 9.307/96)¹².

De qualquer maneira, a arbitragem obedecerá às normas procedimentais estatuídas pelas partes, podendo estas determinar os atos a serem praticados e o número deles, podendo ainda reportar às regras de um órgão arbitral institucional (art. 21 da Lei 9.307/96)¹³, por meio

⁷ § 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

⁸ § 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

⁹ Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

¹⁰ § 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

¹¹ Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

¹² Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

¹³ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

de uma arbitragem institucional. Não havendo tal disposição, caberá ao árbitro ou ao tribunal disciplina-los, conforme previsto no art. 21 § 1º da Lei 9.307/96¹⁴.

Instaurada a arbitragem, o árbitro poderá tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas ou ordenar perícias ou outros meios de prova para a instrução do juízo arbitral (art. 22 da Lei 9.307/96)¹⁵, desde que não haja impedimentos legais para aos meios de prova escolhidos.

A sentença arbitral será proferida dentro do prazo estipulado pelas partes e, caso não haja estipulação de prazo, será de seis meses contados da instrução da arbitragem (art. 23 da Lei 9.307/96)¹⁶.

Em sede judicial, quando as partes são remetidas a outro processo e a questão prejudicial não é resolvida em um ano, retoma o juízo remetente a sua jurisdição (art. 313, §5º, CPC)¹⁷, o que não acontece em sede arbitral, em que, não resolvida judicialmente a questão prejudicial, inviabiliza a arbitragem, a qual se extingue.

Uma vez resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença judicial, terá seguimento normal a arbitragem, desde que compatível a decisão proferida pelo Judiciário com a questão que se pretende no juízo arbitral, pois, caso contrário, será extinta a arbitragem.

A sentença arbitral deve conter, obrigatoriamente, o relatório, onde constará o nome os nomes das partes e um resumo do litígio; os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo pra cumprimento da decisão; data e local em que foi proferida (art. 26 da Lei 9.307/96)¹⁸.

O relatório deverá, além do já explanado, “sumarizar os principais incidentes surgidos no curso do procedimento e a solução que lhes foi dada, porque, em alguns casos,

¹⁴ § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

¹⁵ Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

¹⁶ Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

¹⁷ § 5º O juiz determinará o prosseguimento do processo assim que esgotados os prazos previstos no § 4º.

¹⁸ Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

essas decisões serão objeto de reexame por ocasião da eventual ação de nulidade (art. 20, § 2º da Lei 9.307/96)¹⁹” (CARREIRA ALVIM, 2004, p, 139).

Na falta de fundamentação, a sentença arbitral será nula, pois terá descumprido o art. 93, IX, da Constituição Federal²⁰. Na falta do dispositivo, a sentença será nula pela própria falta de decisão, mas entendem alguns autores que consideram tal vício tão grave, que a hipótese seria de ato inexistente (CARREIRA ALVIM, 2004, p, 141). Já a falta do relatório, somente é considerada como nulidade se, ao não inserir os limites da controvérsia, os insira na fundamentação. O relatório teria, segundo a doutrina, a função de fazer o juiz, ou no caso o árbitro, a ler e tomar conhecimento de todos os fatos ocorridos nos autos.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes entendimentos doutrinários:

Cumpra o relatório dupla função: tecnicamente, serve para identificar o litígio que está sendo dirimido, estabelecendo os parâmetros e as balizas da sentença; psicologicamente mostra aos contendentes que suas razões foram levadas em conta e devidamente analisadas para chegar-se a uma decisão.

.....

Ao motivar a sentença, o julgador abandona o papel de mero relator imparcial e fiel aos acontecimentos, passando a analisá-los, estudá-los, adotando – nas palavras de Egas Moniz de Aragão – a postura do investigador.

.....

Encerrada a motivação, os árbitros decidem, residindo assim no dispositivo da sentença, a verdadeira sede de qualquer julgamento, ou na expressão feliz de Egas Moniz de Aragão, “a alma da sentença”. (CARMONA, 2009, p. 369-371)

A sentença arbitral deverá ser assinada pelo(s) árbitro(s), sob pena de ser considerado o ato inexistente (art. 26, § único da Lei 9.307/96)²¹ (CARREIRA ALVIM, 2004, p, 142).

O juízo arbitral é, como no juízo judicial, financiado pelas partes. Assim, a sentença arbitral deverá decidir sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem (art. 27 da Lei 9.307/96)²², mas se as partes já tiverem o feito no compromisso arbitral, caberá à sentença apenas formalizar aquilo que tiverem convencionado. Não

¹⁹ § 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

²⁰ Art. 93 [...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

²¹ Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

²² Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

obstante, “no silêncio do compromisso, deve-se aplicar o princípio resultante da sucumbência” (CARREIRA ALVIM, 2004, p, 142)

No caso de ocorrer litigância de má-fé, a sentença também definirá as verbas a serem pagas (art. 27 da Lei 9.307/96), embora o árbitro não possa efetivar medidas coercitivas ou cautelares. Todavia, o árbitro deverá reprimi-las, aplicando a quem cometer ato atentatório contra a função arbitral a pena correspondente.

Caso as partes chegarem a um acordo durante a arbitragem, o árbitro poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterà os requisitos impostos à sentença pelo art. 26 da Lei 9.307/96²³. Se houve acordo acerca do litígio que foi submetido à arbitragem, esta perdeu seu objeto, e ainda, a homologação é ato exclusivo do juiz, onde ele aprova a conciliação, que é considerada como sentença, reconhecendo-lhe sua eficácia de título executivo, nos termos do art. 515, VII do Código de Processo Civil²⁴.

Uma vez proferida a sentença, esta terá eficácia e, de imediato, produzirá todos seus efeitos, pois a lei não admite sua impugnação através de recurso. Com isso, logo que apresentada às partes, poderá a sentença ser executada, podendo o executado arguir a sua nulidade em Impugnação ao cumprimento de sentença (Art. 33, §3º Lei 9.307/96)²⁵, ou mesmo por ação de nulidade, sendo ambos os procedimentos autônomos, não afetando assim sua executividade.

A preferência pela instauração de um procedimento implicará a preclusão lógica o outro (*electa una via non datur regressus ad alteram*)²⁶.

A nulidade da sentença ocorrerá nas hipóteses dispostas no art. 32 da Lei 9.307/96.

São elas:

- nulidade do compromisso;
- emanada de quem não podia ser árbitro;
- não contiver os requisitos do art. 26;

²³ Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

²⁴ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

[...]

VII - a sentença arbitral;

²⁵ § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

²⁶ Escolhida uma via não se dá recurso à outra

- for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
- Comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- Proferida fora do prazo, respeitado o art. 12, III;
- Forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º.

Merece destaque que, a sentença arbitral possui toda sua base no compromisso arbitral. Sendo este nulo (o compromisso), por óbvio será nula a sentença. Ainda, caso o árbitro delegue suas atribuições, padecerá de nulidade a sentença, já que o *mínus* não pode ser delegado, como ocorre com o juiz. Ressalte-se que apenas o impedimento deflagra em nulidade; a suspeição, caso não alegada em tempo oportuno, não poderá ser alegada posteriormente.

As sentenças arbitrais *extra petita* e *citra petita* padecerão de nulidade, pois a primeira não julgou o litígio constante no compromisso arbitral (art. 32, IV da Lei 9.307/96)²⁷ e a segunda não decidiu todo litígio que foi submetido à arbitragem, pois a mesma não poderá ser modificada, salvo no caso de omissão (possibilidade de interposição de embargos declaratórios).

A sentença *ultra petita* não será nula, sendo apenas ineficaz na parte que sobejar o compromisso, “devendo o juiz da demanda de nulidade pô-la nos seus devidos limites” (CARREIRA ALVIM, 2004, p, 156)

No caso de nulidade, poderá ser instaurada no Poder Judiciário, ação de nulidade em face da sentença arbitral, sendo que esta ação seguirá no procedimento comum previsto no Código de Processo Civil, sendo seu prazo de proposição de noventa dias a contar a partir do recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento (art. 33, § 1º da Lei 9.307/96).

Sendo declarada procedente a ação de nulidade, por nulidade do compromisso, emanada por árbitro que não podia ser árbitro, proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, proferida fora do prazo e em desrespeito aos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, a arbitragem não se renovará, sendo necessário um novo compromisso (art. 33, § 2º, da Lei 9.307/96)²⁸. Sendo procedente o pedido nos demais casos, a sentença determinará que o árbitro ou tribunal profira novo julgamento.

²⁷ § 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral.

²⁸ § 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral.

3. ARBITRAGEM E CONFLITOS SOCIETÁRIOS

3.1 Estatuto social e Clausula Compromissória

O estatuto social é constitui um dos elementos principais do acordo de vontades plurilateral de uma sociedade. Trata-se de um dos negócios jurídicos de origem, posto que a constituição da companhia se materializa com a subscrição de seu capital e a sua aprovação. Nesse caso, a aprovação tem que ser por todos os subscritores, somente autorizando a sua modificação pela unanimidade dos acionistas reunidos em assembleia de constituição.

No estatuto se encontram as normas organizacionais que direcionam a sociedade desde a sua constituição.

Após a sua aprovação, com a conseqüente constituição da sociedade, o estatuto social passa a ser um instituto autônomo da sociedade. Dessa forma, o estatuto social possui dupla natureza, como bem explica Modesto Carvalhosa e Fernando Kuyven:

Na constituição da companhia ele constitui um contrato plurilateral que disciplina a relação entre os acionistas. Durante a vida da companhia, ele representa um ordenamento corporativo, integrante do sistema jurídico-societário das relações dos acionistas com a sociedade e com seus órgãos de administração. (CARVALHOSA, KUYVEN, 2016, p. 258)

Trata-se, portanto, de natureza semelhante a do direito objetivo, diante de ser o estatuto social um “sistema de normas jurídicas genéricas, obrigatórias e permanentes, que somente são modificadas, ou deixam de existir, com observância de outras normas jurídicas – que regulam a sua produção, vigência e eficácia.” (PEDREIRA, 2017, p. 121)

Nesse cenário contratual, as pessoas se vinculam a uma sociedade anônima, após a sua constituição, adquirindo ações e se desvinculam dela desfazendo-se das mesmas. Com isso, os direitos e obrigações dos acionistas, previstos no estatuto social se incorporam à ação. Por conseguinte, tais direitos e obrigações também circulam.

A clausula compromissória, diante da norma §3º do art. 109 da Lei 6.404/1976, foi introduzida a possibilidade de inserção de cláusula compromissória em estatutos sociais de sociedades anônimas.

Assim, a clausula compromissória estatutária

É a disposição, que pode ser inserida no estatuto social de companhia, segundo o qual os litígios, que venham a surgir entre a sociedade e os acionistas e entre os acionistas controlador e minoritários, serão resolvidos por arbitragem. A Clausula Compromissória Estatutária é modalidade de convenção de arbitragem e as arbitragens realizadas sob a sua égide submetem-se à Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) (LOBO, 2017, p. 1.549)

Verifica-se que a Cláusula Compromissória Estatutária possui natureza contratual e, por isso, ao ser inscrita no estatuto social cria direitos e deveres a ela inerentes, com as ressalvas que serão apresentadas adiante.

3.2 Princípio Majoritário nas sociedades

De acordo com a perspectiva contratualista (que prevalece na maioria dos casos), as sociedades se resumem à união de pessoas que se prestam a envidar esforços para a sua criação e consecução de seu objeto social. E, essa busca do seu objeto social visa alcançar, no final, os interesses individuais de cada acionista.

Por se tratar de uma união de pessoas (físicas ou jurídicas), as deliberações sociais devem ser tomadas, em regra, em assembleias gerais, pois estas garantem (teoricamente) a participação de todos aqueles que formaram o seu capital social nas decisões da sociedade. Lembrando-se, sempre, que as decisões proferidas nas assembleias gerais devem, primeiramente e no plano teórico, visar o alcance do interesse social da empresa.

E, como é do ordenamento brasileiro, as deliberações coletivas devem obedecer ao princípio majoritário, onde as decisões proferidas nas assembleias gerais devem exprimir a vontade da maioria dos que compõem o quadro social da empresa.

O processo decisório das sociedades por ações é governado pelo princípio majoritário já que evidentes os enormes embaraços que trariam para o funcionamento das companhias fossem exigida a unanimidade dos sócios para se adotar uma deliberação. Esse princípio fundamental ao funcionamento da sociedade anônima, veio se impondo à estrutura societária ao longo dos séculos, e, ainda hoje, não é absoluto, visto que comporta exceções (TEPEDINO, 2017, p. 692).

Hodiernamente, o conceito de maioria, nas sociedades empresárias, mormente nas sociedades anônimas, modificou. Não significa mais a maioria de pessoas, mas aquelas que possuem o poder de controle da sociedade, ou mesmo a maior capacidade de organização. Nesse cenário, é comum a celebração de acordos de acionistas de comando – que pode conter o chamado acordo de voto -, que visam agrupar os interesses de acionistas com o escopo certo de exercer o poder de controle da sociedade. Logo, serão os signatários dessa avença que determinarão quais serão as decisões proferidas nas assembleias gerais dos acionistas.

Dessa forma, em regra, para a formação de uma deliberação assemblear é necessária a apuração da vontade da maioria, a partir do quórum legalmente exigido para a matéria que esteja em pauta na assembleia geral.

Observa-se que as maiorias podem ser *absolutas* quando ultrapassam a metade do total de votos possíveis, ou *relativas*, que representam o maior número de votos

obtidos, ainda que em fração inferior à metade do todo; são, ainda, *simples*, que é aquela “constituída para os casos de expressão corrente e vulgar, a regra geral da maioria”, ou *qualificada*, que é “a maioria reforçada, excepcionalmente exigida em assuntos de maior importância e gravidade (TEPEDINO, 2017, p. 692).

No mesmo sentido, destacam-se as seguintes posições doutrinárias:

Entende-se como princípio majoritário na assembleia geral a decisão eficaz tomada pelos acionistas que aglutinam maior soma do capital votante e que, assim, representam a vontade social.

A adoção desse regime origina-se da impossibilidade teórica de a assembleia geral deliberar por unanimidade. A decisão unânime, de caráter eminentemente contratualista, não se coaduna com a estrutura da sociedade anônima. Por isso, a Lei sujeita os acionistas a regras de obediência e de vinculação, à vontade social manifestada pelos votos majoritários regularmente declarados em assembleia geral. (CARVALHOSA, 2014, p.1.056).

A Lei das S.A. consagrou o princípio majoritário ao estabelecer no *caput* que as deliberações serão tomadas por maioria absoluta de votos dos acionistas presentes, não se computando o voto em branco, ou seja, aqueles que não contêm qualquer declaração. Aplica-se a regra geral segundo a qual, em princípio, cada ação ordinária corresponde 1 (um) voto na assembleia geral (artigo 110, *caput*). (EIZIRIK, 2011a, p. 107).

A partir dessas premissas, tem-se que, como regra geral, a apuração do quórum deliberativo dar-se-á a partir da maioria absoluta de votos²⁹, cujo cálculo se dá, em regra, com base na quantidade de acionistas presentes à assembleia e não a totalidade de ações votantes que a companhia possui.

Nesse sentido, nas lições de Fábio Konder Comparato:

A sociedade existe no interesse dos sócios e, como ninguém, em princípio, está investido da prerrogativa de decidir pelos interesses alheios, prevalece sempre a vontade do maior número, julgando cada qual o seu interesse. (...) A ideia que está na base do princípio majoritário, observou Kelsen, é a de que o ordenamento social deve estar de acordo com o maior número possível de sujeitos, e em desacordo com o menor número possível. (COMPARATO, 2008, p. 60)

Seguindo essa teoria, a figura do grupo de controle tem papel decisivo na dinâmica da sociedade, pois é o titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral, nos termos do art. 116 da Lei 6.404/76, que estabelece o seguinte:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (BRASIL, Lei 6.404/1976, art. 116).

²⁹ Lei 6.404/76 - Art. 129. As deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco.

De fato, segundo as seguintes posições doutrinárias, o controle nas sociedades anônimas pode ser *nominal* (determinado pela titularidade da maioria das ações com direito a voto), *gerencial* (determinado quando nenhum acionista é titular da maioria das ações com direito a voto, pelo que o controle acaba sendo exercido pelos administradores eleitos pela assembleia geral), ou *efetivo* (quando o acionista controlador ou os acionistas controladores preenchem todos os requisitos previstos no artigo 116 da Lei n. 6.404/76). Nesse sentido, destaca-se o seguinte:

O presente artigo 116 define o controlador como aquele que é “titular de direitos de sócios que assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia.

.....

Essa maioria do capital outrossim, ao controlador o direito de, sempre, deliberar majoritariamente em matérias próprias das assembleias gerais. E reveste a maioria da administração, por ele eleita, do caráter de estabilidade, na medida em que a maioria dos seus membros somente poderá ser destituída por ele, controlador. (CARVALHOSA, 2014, p. 621).

O controle majoritário caracteriza-se quando um acionista pessoa física ou jurídica, ou uma família, detém a maioria das ações com direito de voto.

.....

Já o “controle compartilhado” é aquele exercido por várias pessoas em conjunto, usualmente como signatários do acordo de acionistas, que se obrigam a votar em bloco nas matérias atinentes ao exercício do poder de controle.

Já o controle minoritário caracteriza-se quando, dada a dispersão das ações da companhia no mercado, um acionista ou grupo de acionistas exerce o poder de controle com menos da metade do capital votante, uma vez que nenhum outro acionista ou grupo está organizado ou detém maior volume de ações com direito de voto.

.....

No modelo de “controle pulverizado”, a direção efetiva dos negócios sociais é realizada por administradores profissionais, membros do conselho de administração e da diretoria, no exercício de suas funções legais e estatutárias, sem que exista um bloco de ações que assegure o poder de controle. (EIRIZIK, 2011b, p. 671-672).

Logo, de acordo com a lógica estabelecida teoricamente pela Lei n. 6.404/76, nas sociedades anônimas, sempre há um acionista controlador e um grupo de acionistas não controladores, também conhecidos como acionistas minoritários. Nesse sentido, o acionista controlador possui posição de destaque, pois possui poderes para dirigir a empresa em busca de cumprir com o seu objeto social. E, como exposto alhures, essa direção é exercida nas assembleias gerais.

Nesse sentido, segundo José Luiz Bulhões Pereira e Alfredo Lamy Filho:

Segundo o modelo da lei brasileira, o poder político da companhia – no sentido do poder supremo de qualquer unidade de organização social, que compreende o de alocar e distribuir poder dentro dessa unidade – cabe à Assembleia Geral.

(...)

Valc destacar, além disso, que a legitimidade dos acionistas para exercerem o poder político na companhia funda-se no fato de que são os únicos que contribuem para a formação do capital social da companhia e, conseqüentemente, sofrem a perda desse

capital em caso de acumulação de prejuízo (LAMY FILHO; PEDREIRA, 2009, p. 806).

Assim, o fundamento do controle pela maioria se baseia, em regra, na questão puramente econômica da participação dos acionistas na formação do capital social.

A despeito da obediência à decisão majoritária, seja ela absoluta ou qualificada, esta “não prevalece, em se tratando de prerrogativas individuais de minoria e de classe de ações cujos respectivos direitos são inderrogáveis pelo estatuto ou pela assembleia geral, como no caso do art. 109 da Lei Societária” (CARVALHOSA. KUYVEN, 2016, p. 789).

Com isso, verifica-se, num primeiro momento, que o poder de controle da maioria é aplicado a todas as decisões assembleares. Todavia, como se verá adiante, a assembleia geral não poderá obstruir o exercício de direitos inderrogáveis do acionista minoritário, inclusive os individuais. E, tais direitos inderrogáveis não são apenas aqueles dispostos na Lei 6.404/76, mas também aqueles cujas garantias estão insculpidas na Constituição da República, como já se verifica em relação ao direito de ação.

3.3 As decisões assembleares e sua natureza jurídica

A assembleia geral é órgão social que convoca os iguais – no caso, acionistas, para deliberarem sobre matérias de interesse da sociedade. Ou seja, em princípio e teoricamente, é o órgão responsável pela expressão da vontade de uma sociedade.

Nesse sentido, segundo as lições de Rubens Requião,

Quando a sociedade anônima se libertou da tutela do Estado, por imperativo de interesses e também por imposição da ideologia liberal, as determinantes da vida societária passaram a ser objeto da ação da assembleia geral. Esta acolhia os acionistas, os quais direta e livremente elegiam seus dirigentes entre eles ou entre as pessoas estranhas, imprimindo à vontade social o interesse da maioria (REQUIÃO, 2012, p. 216).

Assim, a assembleia geral é o órgão que consiste na reunião de pessoas interessadas na solução de problemas que lhes são comuns. E, quando é dita solução de problemas, entende-se por busca do interesse comum, que, no caso das sociedades empresárias, geralmente é a geração de lucros, a partir da exploração do seu objeto social.

De acordo com Néelson Eizirik,

A assembleia constitui o órgão máximo da companhia, de caráter exclusivamente deliberativo, que reúne todos os acionistas, com ou sem direito de voto restrito. Trata-se, a assembleia, do *locus* no qual o acionista pode exercer o direito de voz e voto (EIZIRIK, 2011a, p. 14).

No mesmo sentido, é importante o estudo etimológico da palavra assembleia, trazida por Ricardo Tepedino, segundo o qual:

A etimologia confirma esse significado: do latim *simul* (ao mesmo tempo; igualmente), provem *similis* (semelhante; parecido) e deste último, o verbo francês *assembler* (juntar, reunir, congrega – em inglês o mesmo significado, *assemble*). Do participio passado de *assembler* – *assemblée* – vem o português assembleia, no sentido de convocação dos iguais. Convoca-se pessoas iguais, os acionistas, para deliberarem sobre matérias da sociedade (esta de *socius*, o que acompanha). (TEPEDINO, 2017, p. 633).

Por se tratar de órgão deliberativo, em que toda decisão ou resolução é adotada por um órgão colegiado, suas determinações são coletivas. E, quando a decisão é confiada a uma coletividade, são necessárias regras que devem ser seguidas para reunir todas as opiniões com o escopo certo de se chegar à decisão coletiva.

Sobre o tema, novamente socorre-se a Tepedino, segundo o qual:

Em obra de fôlego sobre o tema, PINTO FURTADO (1993, p. 49) procura uma definição ampla que tem o mérito de propiciar uma visão mais panorâmica – e afinada com a doutrina contemporânea – do tem, mas não o da concisão. Para ele, a deliberação deve ser entendida como “a declaração juridicamente imputável a uma pessoa coletiva ou simplesmente a um órgão seu, ou ainda, globalmente, a um grupo dotado de personalidade jurídica, formada mediante o concurso dos sujeitos de direito que compõem e moldada pela fusão das declarações individuais receptícias por ele emitidas (votos) que, no mínimo, integrem o núcleo numeroso de declarações em sentido idêntico” (TEPEDINO, 2017, p. 685).

Dessa forma a natureza jurídica da assembleia é de um colegiado que deliberará através do voto a sua vontade, ou seja, é um órgão cuja decisão é “*forjada a partir das emissões volitivas individuais dos acionistas, que se fundem em conformidade com o princípio majoritário*” (TEPEDINO, 2017, p. 685).

A despeito da direção da decisão a partir da maioria dos votos, os votos dissidentes integram a deliberação. Logo, não se trata de descarte dos votos vencidos.

Mas, essa decisão coletiva deve ter por objetivo alcançar o interesse social da empresa sem, contudo, desrespeitar os direitos das minorias. Isso quer dizer que existe um poder-dever do acionista controlador em conduzir a empresa para a realização dos interesses coletivos, e não apenas da maioria.

Nesse sentido, destacam-se as seguintes posições doutrinárias:

O poder de controle constitui com efeito, um poder vinculado ao objetivo de “*fazer a companhia realizar seu objeto e cumprir sua função social*”, tendo o controlador deveres e responsabilidades para com os demais acionistas, para com os empregados e para com a comunidade.

O interesse social não pode ser reduzido ao interesse de cada um dos acionistas, mas sim ao seu interesse comum de realização do escopo social. A especificidade da comunhão de interesses na sociedade anônima consiste no fato de ser ela uma comunhão voluntária de interesses. (EIZIRIK, 2011b, p. 678). (grifos originais)

O acionista controlador tem o dever legal de fazer com que a companhia, além de realizar seu objeto (que é explorar atividade de produção e venda de bens e serviços em o fim de obter resultados e distribuí-los aos acionistas), cumpra a sua função social (art.116, par. único). A companhia, como toda a sociedade empresária e todo empresário individual, exerce função de criar, expandir e dirigir empresa promover o capital de risco de que necessite, e a empresa é instituição fundamental na organização econômica e social das economias de mercado.

.....
O poder empresarial nas companhias não se exerce apenas *interna corporis*, as se projeta sobre a comunidade na qual vive a empresa. (LAMY FILHO, BULHÕES PEDREIRA, 2017, p. 607-608). (grifos originais)

O direito ao lucro ou a expansão da empresa não é garantido contra os interesses da comunidade local, regional e nacional em que ela se insere; interesses esses não só de ordem econômica (independência tecnológica ou economia cambial, por exemplo), como também de ordem social em sentido amplo (proteção ao meio ambiente, dos interesses dos consumidores, ou do patrimônio cultural).

No seio da empresa, a harmonia entre os diferentes interessados supõe, primeiramente, o respeito às normas-objetivo inscritas na Constituição, como busca da justiça social e a valorização do trabalho, condição da dignidade humana. (COMPARATO, 2008, p. 365).

Nessa seara, as decisões em assembleias gerais estão submetidas ao princípio da maioria, obrigando os que foram voto vencido na assembleia, bem como todos os demais sócios que não tenham participado da mesma. Portanto, “a minoria está submetida à decisão tomada pelos controladores, enquanto exercerem sua vontade no interesse social” (CARVALHOSA, 2014, p. 513).

Nesse caso, cada participação no capital social corresponde a um voto e a maioria dessa participação será quem ditará os caminhos da sociedade. “São os acionistas por quórum simples ou qualificado que, em assembleia, formulam a vontade da sociedade pela votação, na qual prevalece o desejo da maioria” (REQUIÃO, 2012, p. 214).

Todavia, tem-se que o conceito de maioria se alterou, pois hoje significa o maior grupo de controle, mesmo não sendo a maioria absoluta do capital social. E, nesse caso, surge o instituto do acordo de acionistas.

Nesse sentido, destacam-se as seguintes posições doutrinárias:

O acordo de acionista congrega os acionistas que, em conjunto, compõe o bloco de controle, ou seja, detêm a quantidade de ações que lhes asseguram o poder de eleger a maioria dos administradores e a preponderância nas deliberações da assembleia geral, bem como usam tal poder para dirigir os negócios sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

.....
Em companhias que apresentam tal modalidade de controle, usualmente a escolha dos membros do conselho de administração ou da diretoria não é decidida por maioria dos votos na reunião prévia, mas cada parte do acordo tem o poder de indicar um ou mais administradores, que serão eleitos pelo grupo controlador, como um bloco (EIRIRIK, 2011b, p. 709-710).

Em alguns casos, os acionistas, com o objetivo certo de unir seus interesses individuais, poderão se servir do acordo de acionistas para estabelecer “normas de atuação na sociedade, harmonizando seus interesses próprios ao interesse social” (EIZIRIK, 2011b, p. 702). Esse acordo possui natureza contratual e, por isso, sujeita-se ao princípio básico da Teoria Geral dos Contratos: a obrigatoriedade da convenção. Isso quer dizer que as partes devem cumprir fielmente o acordado.

Sobre o acordo de acionistas, o artigo 118 da Lei 6.404/76 instituiu as premissas que devem ser seguidas:

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. (BRASIL, Lei 6.404, 1976, art. 118)

Sobre o acordo de acionistas, contudo, destacam-se as seguintes posições doutrinárias:

[...] os acordos de acionistas adquiriram feição inédita no direito brasileiro, bastante assemelhada à dos acordos de voto em bloco, ou *pooling agreements*, conforme consagrados há mais de um século pela doutrina e jurisprudência norte-americanas. Por meio dessa modalidade de acordo, os acionistas signatários comprometem-se, enquanto estiver vigente o acordo, a instituir uma comunhão, para assim exercer o controle societário, razão pela qual convencionam realizar uma reunião prévia a cada deliberação dos órgãos sociais, onde será decidido, pelo critério de maioria absoluta dos acordantes, o rumo dos votos a serem proferidos pelos acionistas em assembleia geral, e pelos conselheiros e diretores representantes dos acionistas signatários nas reuniões do conselho de administração e diretoria, respectivamente. (CARVALHOSA, 2003, p. 528).

O acordo de acionistas constitui um contrato celebrado entre os acionistas de determinada companhia visando à composição de seus interesses individuais e ao estabelecimento de normas de atuação na sociedade, harmonizando seus interesses próprios ao interesse social (EIZIRIK, 2011b, p. 702)

Os objetos dos acordos de acionista são modos de exercer direitos e não o efetivo exercício de direitos; o art. 118, ao enunciar os objetos dos acordos de acionistas, refere-se ao exercício de direitos conferidos pela ação – o voto, o poder de controle e a faculdade de dela dispor. (LAMY FILHO, BULHÕES PEDREIRA, 2017, p. 322).

Esse acordo, a despeito de ser celebrado entre acionistas, poderá ser oponível a terceiros, desde que averbado nos livros de registro e nos certificados de ações (conforme §1º art. 118 da Lei 6.404/76)³⁰.

³⁰ 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.

§ 1º As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

O instituto do acordo de acionista, hodiernamente, tem sido usado, principalmente, para regular o exercício de direito de voto, do poder de controle, a compra e venda de ações e o direito de preferência. Mas, em tese, o acordo de acionistas pode tratar de qualquer tema de interesse dos acionistas e da companhia, desde que não proibidos na lei. Assim, de acordo com esse entendimento, a relação de matérias previstas no artigo 118 da Lei n. 6,40/76 tem natureza meramente exemplificativa.

Nesse sentido, destacam-se as seguintes posições doutrinárias:

Os acionistas são inteiramente livres para convencionar ou não o acordo, assim como para estabelecer o seu conteúdo, uma vez que a Lei das S.A. não esgota a relação de matérias que dele podem constar, os limites são apenas a licitude do objeto e a conformidade do interesse social. (EIZIRIK, 2011b, p. 703)

A Lei Societária, desse modo, expressa exaustivamente os três tipos de acordo de acionistas suscetíveis de vincular a sociedade, seja como titular de interesses (controle e, eventualmente, bloqueio), seja, meramente, como pessoa em cujo âmbito tais acordos são exercidos, mediante seu arquivamento.

Isso posto, não veda a lei a celebração de acordos atípicos, que incluam outros objetos que não apenas o exercício do poder de controle, o exercício do voto pelos minoritários ou a disponibilidade patrimonial de ações, como referido.

As três espécies de acordo de acionistas, exaustivamente nominadas no art. 118 da Lei Societária, não excluem, com efeito, a validade e eficácia entre as partes de outras avenças incluídas no próprio acordo, que, não obstante, são inoponíveis à companhia. (CARVALHOSA, KUYVEN, 2016, p. 613-614).

Não obstante, como explicitado na própria norma legal, o acordo de acionista poderá regular a forma do exercício de direito de voto. Nesse caso, tem-se o chamado acordo de voto, no qual os signatários do acordo de acionista estipulam a obrigação de como será exercido o direito a voto. Tem-se como exemplo de acordo de voto: (i) votação conjunta para eleger membros do conselho de administração (ii) cada parte terá direito de eleger alguns administradores, (iii) acordo firmado entre controlador e minoritários fixando poderes de veto destes últimos em determinadas matérias, (iv) acordo firmado entre minoritários visando o exercício conjunto de algum direito a eles atinentes (acordo de defesa).

Dentre essas hipóteses, a norma disposta no art. 118, caput, da Lei 6.404/76 insere a possibilidade de o acordo de acionistas ter por objeto o exercício do poder de controle.

Sobre o tema, leciona Nelson Eizirik o seguinte:

O acordo de acionista congrega os acionistas que, em conjunto, compõe o bloco de controle, ou seja, detêm a quantidade de ações que lhes asseguram o poder de eleger a maioria dos administradores e a preponderância nas deliberações da assembleia geral, bem como usam tal poder para dirigir os negócios sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

[...]

Em companhias que apresentam tal modalidade de controle, usualmente a escolha dos membros do conselho de administração ou da diretoria não é decidida por maioria dos votos na reunião prévia, mas cada parte do acordo tem o poder de

indicar um ou mais administradores, que serão eleitos pelo grupo controlador, como um bloco (EIZIRIK, 2011b, p. 709-710).

Nesse sentido, destacam-se também as seguintes posições doutrinárias:

O mais relevante tipo de acordo de acionistas no direito brasileiro é o que tem por objeto o exercício do poder de controle, do qual decorre não apenas a sua plena oponibilidade à companhia, como a vinculação desta aos seus termos, na medida em que é parte substancialmente interessada na sua execução. (CARVALHOSA, KUYVWEN, 2016, p. 619)

Acordo de controle é o acordo de acionistas que tem por objeto o exercício do poder de controle da companhia.

A fonte do poder de controle é a titularidade permanente da maioria dos votos nas deliberações da Assembleia Geral; o conjunto de ações que confere essa maioria de votos é referido como “bloco de controle”. Esse bloco é formado pela reunião das ações em um único patrimônio, de pessoa natural ou jurídica, ou, em se tratando de ações que integram o patrimônio de diversas pessoas, pela vinculação mediante acordo de voto.

.....
O acordo de controle é necessariamente um acordo de voto, mas deste se distingue porque o poder de controle não se exerce apenas através do direito de voto na Assembleia Geral, mas também sob a forma de atos do acionista controlador, que orienta o funcionamento dos órgãos sociais fora das reuniões da Assembleia Geral. (LAMY FILHO, BULHÕES PEDREIRA, 2017, p. 335).

A reunião prévia geralmente prevista nos acordos de acionistas, tem como objetivo determinar previamente as diretrizes dos votos a serem proferidos na assembleia. Ou seja, tem característica de uma “assembleia antecipada”, pelo menos em relação aos signatários do acordo de acionistas.

Modesto Carvalhosa assim leciona sobre a deliberação dos signatários do acordo de acionistas para exercício do poder de controle:

[...] os acordos de acionistas adquiriram feição inédita no direito brasileiro, bastante assemelhada à dos acordos de voto em bloco, ou *pooling agreements*, conforme consagrados há mais de um século pela doutrina e jurisprudência norte-americanas. Por meio dessa modalidade de acordo, os acionistas signatários comprometem-se, enquanto estiver vigente o acordo, a instituir uma comunhão, para assim exercer o controle societário, razão pela qual convencionam realizar uma reunião prévia a cada deliberação dos órgãos sociais, onde será decidido, pelo critério de maioria absoluta dos acordantes, o rumo dos votos a serem proferidos pelos acionistas em assembleia geral, e pelos conselheiros e diretores representantes dos acionistas signatários nas reuniões do conselho de administração e diretoria, respectivamente (CARVALHOSA, 2014, p. 528).

Nesse acordo de voto, normalmente não há restrições a quaisquer matérias que podem ser por ele reguladas, desde que expressamente constem no mesmo. Isso quer dizer que inviável a avença de voto em aberto, devendo constar no ajuste, geralmente, qual será a orientação do voto.

conteúdo e disciplina dos negócios que se resolvem entabular (FARIA, ROSENVALD, 2013, p. 602).

O elemento volitivo dos negócios jurídicos é tão central que existem vários institutos que invalidam aqueles na existência de vício de vontade, tais como: erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão.

Nesse sentido, destacam-se as seguintes posições doutrinárias:

Os vícios de consentimento dizem respeito a hipótese nas quais a manifestação da vontade do agente não corresponde ao íntimo e verdadeiro intento do agente. Ou seja, detecta-se mácula na vontade declarada, exteriorizando divergência entre a vontade que se percebe e o real desejo do declarante. São vícios de vontade o erro, o dolo, a coação a lesão e o estado de perigo.

.....
 Erro ou ignorância é o resultado de uma falsa percepção, noção, ou mesmo da falta (ausência) de percepção sobre a pessoa, o objeto ou o próprio negócio que se pratica. Dispara com percuciência, o mestre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede um erro.”

.....
 [...] *no erro, o agente se enganou sozinho; no dolo, foi induzido a erro, foi enganado.* Ou seja, o dolo, nada mais é, senão um erro provocado por terceiro.

.....
 Enquanto no erro o declarante se engana sozinho, espontaneamente, e no dolo é levado a se equivocar, por força de manobras ardilosas, na coação o agente sofre intimidação moral: ou pratica o ato ou sofrerá as consequências decorrentes da ameaça que lhe é imposta.

[...] se configura a lesão quando alguém obtém *lucro exagerado*, desproporcional, aproveitando-se da falta de malícia (inexperiência) ou da situação de necessidade do outro contratante. Prende-se, por conseguinte, à ideia de justiça contratual.

.....
 O estado de perigo ocorre no momento em que se declara a vontade, assumindo obrigação excessivamente onerosa, por conta da necessidade de salvar a si ou a alguém a quem se liga por vínculo afetivo. (FARIA, ROSENVALD, 2013, p. 651-668). (grifos originais)

Nessa linha, segundo Rodrigo Tellechea Silva:

Na teoria geral do direito civil a vontade é parte essencial e elemento nuclear do negócio jurídico, situada no plano de sua validade, de maneira que quando um indivíduo declara sua vontade negocialmente significa um comportamento “(...) exteriormente observado que cria a aparência de exteriorização de um conteúdo de vontade negocial com a intenção de realizar certos efeitos práticos, com ânimo de que sejam juridicamente tutelados e vinculantes (SILVA, 2015, p. 438).

Tem-se, por conseguinte, que o consentimento imaculado de vícios é necessário para a validade do negócio jurídico.

De qualquer maneira, novamente, socorre-se à Rodrigo Tellechea Silva, segundo o qual:

VICENTE RAO foi um dos civilistas de escol que se dedicou ao estudo das formas de declaração e dos efeitos jurídicos delas decorrentes. Ao tratar da declaração expressa, o autor refere que:

Quando se exterioriza através de meios sensíveis de uso comum na vida quotidiana, a declaração da vontade é dita expressa. Expressa é, pois, a declaração produzida pelos meios objetivos correntes no comércio jurídico. Desses meios, a palavra escrita ou falada é o mais comum, mas não o único, pois outros existem, criados pelos costumes e admitidos pelo Direito, consistentes, p. ex., em atitudes mínimas, como apresto de mão, a inclinação da cabeça, a votação simbólica (...). De um modo geral, considera-se expressa a declaração de vontade produzida com o propósito consciente de torna-la conhecida de outrem, ou, tal seja o caso, para que produza, pura e simplesmente, os efeitos que a lei lhe atribuiu.

Já a declaração tácita seria aquela

(...)resultante de certos atos, atitudes e comportamentos incompatíveis, segundo os casos, com certa concordância, ou com certa discordância. De um modo voluntário de proceder, revelado como fato exterior, a experiência infere (*facta concludentia*) que aquele que o pratica, ou mantém, assim manifesta ou declara uma vontade inconciliável, por força do princípio da contradição, com uma vontade oposta. Para a sua apuração (nos casos que a declaração tácita é admitida) basta observar-se a maneira comum e razoável de apreciação dos fatos humanos, de conformidade com o que, no respectivo ambiente, se considera ser de ordem normal das coisas, até se alcançar convicção honesta de que os fatos examinados equivalem, inequivocadamente, à revelação de certa vontade (SILVA, 2015, p. 439).

E, sua ausência, invalida qualquer negócio jurídico, não podendo produzir efeitos perante aquele que não consentiu com sua formação.

4. SOCIEDADES ANÔNIMAS E O COMPROMISSO ARBITRAL NO ESTATUTO SOCIAL

4.1 Renúncia ou submissão às decisões assembleares

A primeira abordagem sobre o tema se estrutura a partir dos paradigmas do interesse social da empresa, da autonomia da vontade e da arbitrabilidade no direito societário apresentado por Pedro A Batista Martins. Segundo o entendimento desse autor, na hipótese de inclusão da cláusula compromissória no estatuto social da empresa, os acionistas dissidentes ou ausentes se vinculam a ela, pois:

Não há *renúncia*, e sim, *sujeição*, vez que aquela pressupõe a desistência de um direito – relega-se; abandona-se um direito – enquanto esta exprime uma subordinação ou submissão à vontade alheia. (...) *Sujeição no sentido conferido por Carnelutti de “impotência da vontade para a tutela de um interesse”* (MARTINS, 2012, p. 104).

Mas, em se tratando de um direito fundamental (acesso à jurisdição) e da escolha pela arbitragem para dirimir controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, emerge a dicotomia entre a sujeição ao princípio majoritário e o elemento consensual, pois a

cláusula compromissória tem caráter personalíssimo. Ou seja, a inserção da cláusula arbitral no estatuto social da companhia, sem uma deliberação unânime, determinaria a ausência do consentimento absolutamente necessário para a validade da própria cláusula compromissória, em virtude dos termos expressos estabelecidos pelo artigo 4º da Lei 9.307/96, segundo o qual:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato (BRASIL, Lei 9.307, 1996, art. 4º).

A despeito do tema, Martins defende que a sujeição dos dissidentes às decisões assembleares em relação à inserção de cláusula compromissória em estatuto social, seria uma verdadeira renúncia. Senão vejamos:

Renúncia é a forma de manifestação de poder de disposição de um direito subjetivo. Efeito típico desse ato consiste em separar um direito da esfera jurídica do sujeito. A renúncia é, pois, típico direito potestativo. Trata-se, pois, de uma faculdade do titular do direito subjetivo que o exerce de forma espontânea e voluntária. Tem-se, assim, causa e efeito distintos daqueles atos praticados no interior de uma assembleia geral (MARTINS, 2012, p. 104).

Ora, como já visto, o direito de ação é um direito autônomo e abstrato. O próprio Supremo Tribunal Federal³¹, quando da declaração de constitucionalidade do art. 7º da Lei 9.307/1996, assim entendeu, a ponto de informar que apenas o seu titular poderia abrir mão do mesmo.

No mesmo sentido, Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik entendem como renúncia e não sujeição ao direito de acesso à jurisdição, por aquele acionista que não aprovar expressamente a inserção de cláusula arbitral no estatuto social. Segundo esses autores:

A arbitragem societária funda-se na autonomia da vontade das partes, ou seja, no seu direito subjetivo de livremente dispor e autodisciplinar seus interesses patrimoniais face à sociedade e aos demais acionistas, renunciando, inclusive ao direito constitucional de recorrer ao Poder Judiciário para a solução de conflitos que versem sobre tais interesses, visando uma solução mais célere e tecnicamente mais precisa. Ocorre que esta renúncia ao direito constitucional de recurso ao Judiciário, que é reforçada pela norma legal do art. 109, § 2º, da Lei das S/A (que proíbe que o estatuto ou a assembleia geral impeçam ou restrinjam o direito e as ações do acionista para a defesa de seus direitos), não pode ser presumida pelo simples ingresso do acionista na companhia, exigindo-se a sua expressa e inequívoca aprovação da cláusula arbitral estatutária, para que esta lhe seja oponível (CARVALHOSA. EIZIRIK, 2010, *on line*).

³¹ SE 5206 AgR / EP - ESPANHA AG.REG.NA SENTENÇA ESTRANGEIRA Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 12/12/2001 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958

Veja-se que, em se tratando da inclusão de cláusula compromissória no estatuto social, não se poderia confirmar de ser apenas ato de submissão à decisão da maioria, pois, além de ser direito fundamental, o direito de ação não é um direito social, mas, sim, parassocial.

E tal direito é parassocial, pois trata de assunto extra estatutário, já que regulará a relação entre os sócios ou destes perante a sociedade, nas situações de litígio. E, seu caráter extra estatutário pode ser devidamente demonstrado pela própria Lei 9.307/1996, quando em seu art. 8º dispõe sobre a sua autonomia:

A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória (BRASIL, Lei 9.307, 1996, art. 8º).

Seu caráter acessório e com total separação com o objeto do contrato – no caso estatuto social – depreende-se da *mens legis* do §1º do art. 4º da Lei de Arbitragem³², que consigna que a cláusula compromissória poderá ser estipulada em documento separado, desde que se referindo ao negócio jurídico principal, não sendo necessária a sua inserção no mesmo instrumento onde estão as obrigações e direitos.

Tal situação demonstra que os efeitos da cláusula compromissória apenas se produziram entre os seus acordantes. Por isso, por se tratar de pacto parassocial, não poderia ser enquadrado como submissão ao decidido pela maioria; mas, sim, de renúncia.

4.2 Dicotomia entre princípio majoritário e do consentimento

Pela teoria geral dos negócios jurídicos, para que o mesmo tenha validade é necessária a presença de três requisitos: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei³³. Tais requisitos são cumulativos e, por isso, devem todos estarem presentes para que surtam os efeitos jurídicos necessários a avença entre partes.

A capacidade para firmar negócios jurídicos diz respeito à condição cognitiva de conseguir emitir uma declaração de vontade. Isso quer dizer que para a formação do negócio

³² Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

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

³³ Código Civil. Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei.

jurídico é necessário que a pessoa que fará parte do mesmo demonstre a sua intenção em formular tal negócio.

Dessa forma, para que um contrato seja constituído, em sua fase pré-contratual, é necessária a existência dessa intenção da parte em firmá-lo.

Nesse cenário, tem-se que a convenção de arbitragem é “o ato jurídico privado cujo efeito é a instauração da arbitragem” (CÂMARA, 1997, p. 25), sendo que esta é instituída por acordo das partes, instrumentalizando-se na cláusula compromissória. A referida cláusula é regulara pelo art. 4º da Lei 9.307/96, que, vale repetir, assim dispõe expressamente:

Art.4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato (BRASIL, Lei 9.307, 1996, art. 4º).

Sobre o tema Arbitragem, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, em suas regras de arbitragem, também dispõe sobre o acordo entre as partes para a realização da cláusula compromissória:

Artigo 1

1. Quando as partes concordarem que as disputas entre elas em relação a uma relação jurídica definida, seja contratual ou não, serão submetidas à arbitragem sob as Regras de Arbitragem da UNCITRAL, então tais disputas serão resolvidas de acordo com estas Regras, sujeito a tal modificação conforme as partes. pode concordar.(UNCITRAL, 2013, p. 5).³⁴

A cláusula compromissória, portanto, é um negócio jurídico estipulado em determinado contrato, no qual as partes estabelecem as regras de direito material e processual que desejam submeter os litígios oriundos de um contrato celebrado entre elas.

Antes da Lei n. 9.307/96, existia a ideia de que a cláusula compromissória apenas criava uma obrigação de fazer, sendo, apenas, um pacto preliminar, que não teria efeito vinculativo. A jurisprudência era pacífica sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, no sentido de não conceder à cláusula compromissória o efeito de impedir aos seus signatários exercer o seu direito de petição perante a Função Judiciária. Nesse sentido, a doutrina da época assim preconizava:

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que a cláusula compromissória não obriga, havendo necessidade posterior de se firmar o compromisso, interpretação, aliás, que também desencoraja a utilização do instituto (GRECO FILHO, 1985, p. 258).

³⁴ Article 1

1. Where parties have agreed that disputes between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, shall be referred to arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, then such disputes shall be settled in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree

Após a edição da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória perdeu seu caráter de pré-contrato do compromisso, tornando-se um negócio jurídico contratual, que produz efeitos imediatos após ser firmado.

Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona assim leciona:

Pode-se hoje dizer, com tranquilidade, que a cláusula arbitral é um negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral (já que, coma cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros. Com efeito, após o advento da Lei, cláusula e compromisso podem, indistintamente, instituir a arbitragem, deixando a primeira de ser mera promessa de celebrar o segundo, de modo que uma e outro são acordos mediante os quais renuncia-se à solução estatal de conflitos, em prol da atuação do juiz escolhidos pelos litigantes: se na celebração do compromisso tem-se em mira um conflito atual, já existente, definido, na cláusula aponta-se para um litígio futuro, eventual, definível (CARMONA, 2009, p. 102).

Nesse mesmo sentido, o magistério de José Emilio Nunes Pinto, que elucidada esse ponto da autonomia e da natureza contratual da cláusula compromissória, nos seguintes termos:

Com a edição da Lei de Arbitragem, o quadro se modificou de forma substancial. Além de outorgar à cláusula compromissória execução específica (art.7º da Lei 9.307/96), atribui-se à ela, desde que possa interpretá-la como cláusula completa ou, ainda, na terminologia arbitral, “cláusula cheia”, o condão de ser suficiente e bastante para instituir a arbitragem. Por essa razão e nessas circunstâncias, o compromisso passa a desempenhar um papel secundário, já que por força do art. 5º da Lei 9.307/1996 e desde que aceita a designação pelo(s) árbitro(s), a arbitragem poderá ser instituída independentemente da celebração do compromisso (PINTO, 2011, p. 964).

Pode-se dizer, então, que a natureza jurídica da cláusula compromissória é a de um negócio jurídico, pois, como bem posicionado pela doutrina, firmada a cláusula compromissória esta produz efeitos desde a sua assinatura, independentemente da celebração do compromisso arbitral para que seja instaurado o juízo arbitral.

Nesse caso, não é despiciendo afirmar que, por se tratar de negócio jurídico, com natureza contratual, a declaração de vontade para sua formação é imprescindível, como bem disposto no art. 4º da Lei 9.307/1996, quando determina que se trata de *convenção* em um *contrato* na qual se comprometem a submeter à arbitragem seus litígios.

Em nosso Direito, o E. Supremo Tribunal já afirmou que o “pacto compromissório” é de natureza puramente consensual”, e mais, que a “cláusula compromissória (*pactum de comprometendo*) ainda não é o compromisso constitutivo do juízo arbitral, mas obrigação de o celebrar (BAPTISTA, 2011, p. 983) (grifos originais).

Verifica-se, portanto, que o consentimento para a formação do compromisso arbitral é requisito essencial, dada a renúncia ao direito de ação. Esse consentimento é emanado de

uma declaração de vontade. Reafirma-se, com isso, a necessidade de consentimento para a sua formação, conforme leciona Nilton César Antunes da Costa, segundo o qual:

A natureza jurídica da convenção de arbitragem, que vale tanto para a cláusula compromissória quanto para o compromisso, é puramente convencional, pois proveniente da manifestação da vontade das partes interessadas numa mesma direção, no sentido de instituir o juízo arbitral em caso de conflito (atual ou futuro) decorrente de uma determinada relação contratual ou extracontratual (COSTA, 2011, p. 1.033).

Inclusive, o consentimento é princípio basilar para a arbitragem, inclusive com reconhecimento pela doutrina estrangeira sobre o tema:

Arbitragem é consensual por natureza. De fato, a jurisdição dos árbitros deriva exclusivamente do acordo entre as partes de usar a arbitragem como meio de resolver suas disputas. Como corolário, a jurisdição dos árbitros só se estende àqueles que estão a par da convenção de arbitragem. (tradução livre) (STUCKI; SCHELLENBERG WITTMER, 2006, p. 2).³⁵

A questão do consentimento para a formação da cláusula compromissória restou devidamente sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal quando da declaração de constitucionalidade do art. 4º da Lei 9.307/96, nos seguintes termos:

O compromisso arbitral, contudo, funda-se no consentimento dos interessados e só pode ter por objeto a solução dos conflitos sobre direitos disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais as partes podem transigir.

[...]

A marca da consensualidade da instituição mediante compromisso do juízo arbitral é, assim, dado essencial à afirmação de sua legitimidade perante a Constituição. É o que fica meridianamente claro no parecer do lúcido Castro Nunes, acolhido como razão de decidir no ponto pelo acórdão do Tribunal Federal de Recursos, que o referido julgado do STF endossou – Ag. 52.181, cit, RTJ 68/382, 392:

“O caráter consensual do compromisso arbitral está mostrado que a ele não diz respeito a garantia do § 4º, que supõe, ao seu natural, o desacordo das partes, assegurando-lhes o acesso aos tribunais. O que se assegura é o direito à jurisdição, o acesso às Justiças regulares, a possibilidade ressalvada de poderem levar a juízo a sua pretensão ou de não responderem senão em juízo. Ao inverso, o Juízo Arbitral supõe, no ato da sua constituição, o acordo das partes que consentem em subtrair a causa às justiças regulares, estando pelo que decidirem os juizes-árbitros por eles escolhidos. Jamais se entendeu, aqui ou alhures, pudesse o compromisso arbitral constituir uma infração daquele princípio tradicional” (STF, 2004, *on line*).

Como se verifica, a questão da constitucionalidade da afastabilidade do direito de ação perante a Função Judiciária teve como norte a disponibilidade desse direito. E, para que ele seja disponibilizado, é necessário que a parte assim o faça. Ninguém pode disponibilizar direito alheio, mormente se tratando de garantia constitucional. Nesse mesmo sentido, uma

³⁵ Arbitration is consensual by nature. Indeed, the arbitrators' jurisdiction derives exclusively from the parties' agreement to use arbitration as a means to resolve their disputes. As a corollary, the jurisdiction of the arbitrators only extends to those that are privy to the arbitration agreement

decisão do Tribunal Federal Suíço entendeu pela não extensão da arbitragem ao terceiro que não “anuiu” com a cláusula compromissória:

E quanto à exigência do artigo 178 (1)³⁶, de que a convenção de arbitragem seja por escrito? Em uma decisão notável de 2003, o Tribunal Federal Suíço afirmou que a exigência por escrito se aplica somente ao próprio acordo de arbitragem, ou seja, o acordo pelo qual as partes originais consentiram a arbitragem, não à sua extensão a um terceiro (Tradução Livre) (STUCKI; SCHELLENBERG WITTMER, 2006, p. 6).³⁷

Nesse mesmo sentido, em relação ao consentimento para fins da arbitrabilidade subjetiva, Cardoso assim estabelece:

A arbitragem é um método consensual de resolução de controvérsias. Para que seja plenamente válida e vincule os contratantes, a convenção de arbitragem, deve decorrer da livre manifestação de vontade das partes. Na ausência de consentimento, esta deverá ser afastada, pois ninguém deve ser imposto o dever de arbitrar. A existência clara e inequívoca anuência das partes em submeter à arbitragem é indispensável, sob pena de a sentença arbitral não ser reconhecida pela justiça estatal brasileira, em decorrência da violação dos princípios constitucionais do acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição (CARDOSO, 2013, p. 13).

Sobre essa inequívocidade da vontade, Pierre Mayer informa o entendimento inglês sobre o tema, nos seguintes termos:

Os tribunais ingleses adotaram uma posição muito mais clássica: para que um não-signatário seja obrigado por uma cláusula compromissória, deve haver atos positivos que estabeleçam claramente a intenção do não-signatário de aderir ao contrato e também a aceitação original das partes àquela adesão. (tradução livre) (MAYER, 2011, p. 832).³⁸

Veja-se, então, que o consentimento deve existir, mesmo que implícito. A doutrina estrangeira reforça esse entendimento, especificamente quanto à necessidade de demonstração desse consentimento:

A jurisdição arbitral, com base no consentimento implícito, envolve um não-signatário que deve, razoavelmente, esperar estar vinculado por (ou beneficiar de) uma convenção de arbitragem assinada por outra pessoa. Em tais circunstâncias, nenhuma injustiça resulta quando os direitos e deveres de arbitragem são deduzidos do comportamento. O consentimento implícito converge nas verdadeiras intenções

³⁶ Article 178 III. Arbitration agreement 1 The arbitration agreement must be made in writing, by telegram, telex, telecopier or any other means of communication which permits it to be evidenced by a text. 2 Furthermore, an arbitration agreement is valid if it conforms either to the law chosen by the parties, or to the law governing the subject-matter of the dispute, in particular the main contract, or to Swiss law. 3 The arbitration agreement cannot be contested on the grounds that the main contract is not valid or that the arbitration agreement concerns a dispute which had not as yet arisen. (FEDERAL STATUTE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 1990, art. 178)

³⁷ What about the requirement in Article 178(1)³⁷ that the arbitration agreement be in writing? In a remarkable decision of 2003, the Swiss Federal Tribunal has held that the written requirement only applies to the arbitration agreement itself, i.e. the agreement whereby the *original* parties consented to arbitration, not to its extension to a third party. .

³⁸ English courts have adopted a much more classical position: for a non-signatory to be bound by an arbitration clause, there must be positive acts that clearly establish the non-signatory's intent to accede to the contract, and also the original parties' acceptance of that accession

das partes. Em outras palavras, acordos de todos os tipos podem ser inferidos a partir do comportamento da parte. (Tradução livre) (POCIÛTÊ, 2012, p. 15).³⁹

Sobre o consentimento implícito, Leonardo de Campos Melo, em dissertação de mestrado sobre a possibilidade ou não da extensão dos efeitos da cláusula arbitral nos estatutos sociais, apresentou análise sobre entendimento do Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema em questão, nos seguintes termos:

(...) o STJ confere *natureza ad probationem* à convenção arbitral escrita ou escrita e assinada. E essa constatação possui impacto direto na validade de uma arbitragem na qual tenha ocorrido a extensão da cláusula compromissória a um não signatário, pois que, segundo se pode depreender do entendimento do STJ acima exposto, elementos de prova que não a própria cláusula compromissória escrita e assinada poderão fundamentar o aumento da abrangência subjetiva da disputa submetida ao tribunal arbitral, para nela se incluir as partes não signatárias. Em outras palavras, para o STJ, o comportamento adotado pela parte no curso de determinada relação negocial, ou mesmo durante o próprio processo arbitral, poderá ser determinante para a validade da sentença arbitral contra ela proferida, ou na qual seja reputada pelo tribunal arbitral como vencedora (MELO, 2013, p. 29).

Nesse ponto, há uma dicotomia com o princípio majoritário que rege as decisões assembleares. Como já explanado, as decisões proferidas nas sociedades anônimas são proferidas, geralmente, através do interesse da maioria, que é externado pelo voto nas assembleias gerais. E, a vontade dessa maioria será aplicada àqueles que emanaram declaração de vontade diversa daquela aprovada em assembleia geral.

As decisões assembleares, em sua regra geral, mormente no que pertine às normas de direito societário, geram a submissão dos acionistas dissidentes. Mas, essa submissão se dá em relação ao cotidiano da companhia.

O direito de petição, como já demonstrado, é garantia constitucional de se movimentar a jurisdição. Trata-se de direito constitucional e que não é afeito às disciplinas ordinárias da vida social de uma companhia. E, por isso, não se pode utilizar a maioria, simplesmente, para revogar tal direito.

Nesse sentido, o texto constitucional é claro, em seu art. 5º, XXXV que nenhuma lei afastará da função judiciária a apreciação de algum direito. Ou seja, não se violará o direito de petição, salvo se o detentor desse direito renunciar ao mesmo. Não se pode olvidar da necessidade de respeitar o comando constitucional, como leciona Eduardo Cambi:

Em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não podem comprometer a realização dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos fundamentais *trunfos contra a maioria*, não poderia essa maioria, mas um órgão independente e

³⁹ Arbitral jurisdiction based on implied consent involves a non-signatory that should reasonably expect to be bound by (or benefit from) an arbitration agreement signed by someone else. In such circumstances, no unfairness results when arbitration rights and duties are inferred from behavior. Implied consent focuses on the parties' true intentions. In other words agreements of all sorts can be inferred from party's behavior.

especializado deveria ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. A jurisdição constitucional representa a *grande invenção contramajoritária*, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. Caso contrário, se a jurisdição constitucional não existisse ou não detivesse os poderes que tem, ficando a maioria democrática na incumbência de afirmar a prevalência concreta de direitos em colisão, ter-se-ia que negar a ideia de que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria e questionar a própria razão de ser dos mesmos direitos fundamentais (grifos originais) (CAMBI, 2009, p. 205).

Tem-se, por conseguinte, proposições contrárias entre o princípio do consentimento para fins de renúncia do direito de ação e o princípio majoritário para implementação dessa renúncia através da decisão assemblear de incluir, no estatuto social, uma cláusula compromissória.

Existe, por conseguinte, um conflito de princípios – majoritário/interesse social e acesso à jurisdição. E, nesse caso, os princípios devem ser aplicados nos limites da situação fática (adequabilidade), não sendo eles determinados por esta situação. “Eles funcionam como pressupostos que orientam os processos de aplicação das regras e dos próprios princípios jurídicos, que transferem correção a esses processos” (GALLUPO, 1999, p. 191).

4.3 Abuso do poder de controle

A Lei de Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) trouxe um marco para a regulação desse tipo de sociedade no país. Isso porque, antes dela, a figura do acionista controlador era identificada, apenas, no momento de instalação das assembleias. Nesse caso, essa identificação dependia da “formação do agregado de acionistas que, com seus votos convergentes e predominantes, constituíam e, assim, davam visibilidade à maioria.” (BLOK, 2012, p. 101).

Nesse cenário, o controle era expresso e implícito, pois se dava através do voto nas assembleias. Além disso, ao acionista minoritário era franqueado, basicamente, o poder de fiscalização, podendo indicar um conselheiro fiscal ou mesmo promover a análise dos livros sociais.

No regime da Lei n. 6.404/76, por outro lado, há o pressuposto da existência e da identificação prévia do acionista controlador, que acaba sendo o principal responsável pelas práticas sociais (lícitas e/ou ilícitas), ao lado dos administradores. E, para entender o controle e o exercício abusivo desse controle no regime da Lei n. 6.404/76, a análise dos dispositivos legais se faz necessária.

Nesse sentido, dispõe expressamente o artigo 116 da Lei 6.404/76:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (BRASIL, Lei 6.404, 1976, art. 116).

Diante dessa concepção legal, tem-se que

O conceito de “acionista controlador” compreende tanto uma pessoa singular, natural ou jurídica, quanto um grupo de pessoas; mas, quando nos referimos ao acionista controlador que é o grupo de pessoas, usamos a expressão “grupo controlador” (LAMY FILHO. BULHÕES PEDREIRA, 2017, p. 591).

Isso quer dizer que, conforme já apresentado, um grupo de pessoas poderá exercer esse controle através de um acordo de acionistas. Sobre esse enfoque, José Edwaldo Tavares Borba assim leciona, ao definir o acionista controlador:

Trata de uma definição eminentemente centrada na realidade material, porquanto apenas considera-se controlador quem tem a maioria dos votos nas assembleias e, ao mesmo tempo, usa essa matéria para comandar a sociedade (BORBA, 2004, 336).

Portanto, aquele que possui a maioria dos votos sem se utilizar de tal situação é, apenas, um acionista majoritário e não o controlador. Logo, nas sociedades anônimas, o controlador seria o destaque, pois possui poderes para dirigir a empresa em busca de cumprir com o seu objeto social. E, como exposto alhures, essa direção é exercida nas assembleias gerais. Assim, segundo José Luiz Bulhões Pereira e Alfredo Lamy Filho:

Segundo o modelo da lei brasileira, o poder político da companhia – no sentido do poder supremo de qualquer unidade de organização social, que compreende o de alocar e distribuir poder dentro dessa unidade – cabe à Assembleia Geral.

(...)

Vale destacar, além disso, que a legitimidade dos acionistas para exercerem o poder político na companhia funda-se no fato de que são os únicos que contribuem para a formação do capital social da companhia e, conseqüentemente, sofrem a perda desse capital em caso de acumulação de prejuízo (LAMY FILHO; PEREIRA, 2009, p. 806).

A partir dos conceitos supramencionados, é de se destacar a taxinomia trazida por Guilherme Döring Cunha Pereira, ao mencionar os sentidos de controle, citando Claude Champaud:

O controle é o direito de dispor dos bens de outrem como um proprietário.

Controlar uma empresa é deter o controle dos bens que lhe foram destinados (direito de dispor deles como um proprietário) de modo a ser senhor da direção de sua atividade econômica.

Controlar uma sociedade é deter o controle dos bens sociais (direito de dispor deles como um proprietário) de modo a ser senhor da atividade econômica da empresa social (PEREIRA, 1995, p. 11).

Nesse sentido, destacam-se as seguintes posições doutrinárias:

Controlar significa governar, dirigir ou pilotar, o que explica a designação do poder exercido pelo acionista controlador. (LAMY FILHO, BULHÕES PEDREIRA, 2017, p. 598)

A Lei das S.A. reconhece a existência do poder de controle acionário nas sociedades anônimas, definindo-o não em função da titularidade da maioria do capital votante, mas essencialmente em virtude do efetivo exercício da direção das atividades sociais.

Nos termos do *caput* deste artigo, a caracterização do acionista controlador requer a observância cumulativa dos 3 (três) requisitos mencionados nas alíneas "a" e "b": (i) a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral; (ii) o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (iii) o uso efetivo do poder de controle para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. (EIZIRIK, 2011b, p. 665-666)

O titular do poder de controle exerce, efetivamente, como sustentou Champaud, a imposição de bens alheios e por isso mesmo, essa "propriedade, sob a forma de empresa" não somente tem uma função social, mas é uma função social. (COMPARATO, 2008, p. 131).

Veja-se que em todas as definições, inclusive da norma, é marcante o entendimento de que o controle realmente é efetivo e existe quando ele é utilizado para dirigir a atividade empresarial, inclusive orientando o funcionamento dos órgãos sociais. Existem, por conseguinte, duas formas de controle: o interno e o externo

Em relação ao controle interno, como o próprio nome já diz, é oriundo da própria sociedade, conforme bem explica Marlon Tomazette:

O controle interno é aquele cujo titular atua no interior da própria sociedade, fundando-se primordialmente na propriedade acionária, isto é, o fator determinante é a detenção da maioria dos votos possíveis nas decisões da companhia (TOMAZETTE, 2017, p. 511).

Todavia, em algumas situações, a palavra final sobre a orientação social não provém de um acionista ou mesmo dos administradores da sociedade (controle gerencial). Nesse caso, o controle é exercido por meio distinto ao exercício do direito de voto. Para que este controle exista, tais condições devem estar presentes:

a) Que a influência seja de ordem econômica; b) que a influência se estenda a toda a atividade desenvolvida pela empresa controlada; c) que se trate de um estado de subordinação permanente ou, pelo menos, duradouro; e d) que haja impossibilidade para a controlada de subtrair-se à influência, sem séria ameaça de sofrer grave prejuízo econômico (PEREIRA, 1995, p. 14).

Tal exercício de controle poderá ocorrer quando credores, fornecedores ou outros se encontram em situação de definir as diretrizes da sociedade, como, por exemplo, na hipótese de endividamento ou na existência de contratos de exclusividade. Nesses casos, o andamento social depende das diretrizes desses terceiros.

Todavia, para o presente trabalho, o objeto de interesse são apenas as espécies de controle interno. A partir disso, depreende-se a existência de formas de controle, quais sejam, direto ou indireto; majoritário, minoritário e totalitário.

No controle direto não existe intermediário no exercício desse poder, sendo esse plenamente identificável. Já no indireto, o controle não é determinando de forma tão evidente.

No controle indireto, é aquele “quando esses direitos pertencem à controladora através de outras controladas” (BLOK, 2012, p. 113).

Nesse caso, o poder de controle é oriundo das relações societárias entre as sociedades, o qual é exercido pelos órgãos sociais de outra sociedade membro do grupo.

O controle majoritário é aquele exercido pelo acionista detentor de mais da metade do capital social com direito a voto de uma sociedade. E, que, efetivamente, como já exposto, exerça tal poder de modo efetivo e concreto.

Já o controle minoritário parte da premissa de ausência de um acionista ou grupo de acionistas com mais da metade dos votos da companhia. Sobre este tema, a corrente doutrinária mais significativa informa que sua ocorrência se dá quando o controle é detido por um acionista que possui menos da metade do capital social votante.

Nesse sentido, Marlon Tomazette assim explica:

Para a configuração do controle minoritário, é necessário que haja uma grande dispersão das ações no mercado, não se concentrando um grande quantidade de ações nas mãos de uma pessoa ou de um grupo. Há, nesses casos, um grande número de acionistas especuladores e rendeiros, que não se interessam pela gestão da companhia. Em função disso, uma minoria que se organiza e comparece às assembleias acaba assumindo o poder de controle da sociedade, pois nestas assembleias terá a maioria dos votos (TOMAZETTE, 2017, p. 511).

Mesmo nesse caso, o controle deve ser efetivo, com definição do destino da atividade empresarial.

O controle totalitário é aquele exercido pelo acionista que possui a totalidade ou quase a totalidade das ações com direito de voto. Verifica-se tal ocorrência nas hipóteses de subsidiárias integrais ou de sociedades unipessoais (sociedade anônima subsidiária integral – artigo 251 da Lei n. 6.404/76)⁴⁰.

De qualquer maneira, sobre a caracterização do controle nas sociedades anônimas, destacam-se também as seguintes posições doutrinárias:

⁴⁰ Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.

A Lei das S.A. considera acionista controlador aquele que, de fato, comanda os negócios sociais, fazendo prevalecer, de modo permanente, sua vontade nas deliberações assembleares, elegendo a maioria dos administradores da companhia e utilizando o seu poder para determinar, efetivamente, os rumos da sociedade.

[...]

A caracterização do poder de controle não prescinde da circunstância fática de que ele seja efetivamente exercido. Além de titular dos direitos de sócio que lhe permitam dirigir ou eleger quem dirigirá a companhia, o acionista controlador deve efetivamente dirigi-la e eleger a maioria dos administradores. (EIZIRIK, 2011b, p. 668)

A expressão “de modo permanente” contida no presente dispositivo quer significar que existe um acionista ou um grupo deles que, possuindo 50% mais uma das ações votantes, não poderá ser destituído do seu direito de eleger a maioria dos administradores por parte de qualquer outro grupo de acionistas e que, por isso mesmo, efetivamente, exerce, sempre, esse direito de comando. (CARVALHOSA, 2014, p. 621)

No vigente código acionário brasileiro, elas [funções vinculadas à pessoa do controlador] podem resumir-se no poder de orientar e dirigir, em última instância, as atividades sociais; ou, como se diz no art. 116, alínea *b*, da Lei 6.404/76, no poder de “dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos demais órgãos da companhia” (com o reconhecimento implícito de que o acionista controlador é um dos órgãos da companhia). Trata-se de um feixe de funções indispensáveis ao funcionamento de qualquer entidade coletiva – como assinalamos anteriormente – e, especialmente da sociedade anônima. Poderia, sem dúvida, o legislador manter essas prerrogativas funcionais diluídas no corpo acionário, tal como ocorria no passado. Preferiu, no entanto, desde a Lei 6.404/76, localizá-las na figura do acionista controlador (COMPARATO, 2008, p. 142)

Com os conceitos de poder de controle apresentados, surge a questão atinente à forma do exercício desse controle, no que pertine à sua legitimidade e retidão. Vale então analisar, as situações de exercício abusivo do poder de controle nas sociedades anônimas.

De fato, a Lei das Sociedades Anônimas pune expressamente o exercício abusivo do poder de controle, impondo ao controlador que abusa do seu poder, o dever de indenizar os danos causados por essa atuação abusiva.

Segundo Waldírio Bulgarelli, “o abuso do poder de controle caracteriza-se pela prática de uma infração no exercício da prerrogativa legal do controle acionário” (BULGARELLI, 1975, p. 95).

Realmente, três são os requisitos para que se caracterize o abuso do poder de controle: “(i) o exercício efetivo do poder de controle; (ii) a antijuridicidade de determinada conduta ou de atos de negócios jurídicos praticados no curso desse exercício; e, (iii) o prejuízo dele decorrente. A conjugação desses elementos é confirmada pelo Colegiado da CVM, PAS CVM 23/99, Rel. Diretor Joubert Rovai, j. em 26-10-2000”. (CARVALHOSA, 2014, p. 695)

Nesse mesmo sentido, destaca-se a posição doutrinária de Nelson Eiririk:

Para que fique caracterizada a atuação abusiva do acionista controlador, seja na esfera civil, seja na esfera administrativa, no curso de processo administrativo sancionador instaurado pela Comissão de Valores Mobiliários, deve haver a prova do efetivo dano efetivo por ele causado à sociedade ou a seus acionistas, devendo a lesão ser concreta e atual, não meramente possível ou hipotética. (EIZIRIK, 2011b, p. 685)

Nesse sentido, deve-se ter em mente que o abuso do poder de controle é oriundo da tomada de decisões, pelo controlador, com o escopo certo de prejudicar uma categoria ou um único acionista, bem como para satisfazer os seus interesses pessoais. Isso quer dizer que o controlador age contrariando o interesse de terceiro, cerceando o exercício, por parte deste, de seus direitos. O art. 117, em seu parágrafo primeiro, da Lei de Sociedades Anônimas assim enumera, exemplificadamente, as hipóteses de exercício abusivo do poder de controle:

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

- a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
- b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
- e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral;
- f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;
- g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.
- h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia (BRASIL, Lei 6.404, 1976, art. 117).

Na forma da lei, essas situações implicam a caracterização do exercício abusivo do poder de controle da na sociedade anônima. “Vale registrar que tal enumeração não é taxativa, podendo o juiz e as autoridades administrativas, como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), incluir outros atos lesivos na relação de abusos praticados pelo controlador” (TOMAZETTE, 2017, p. 515).

Nesse sentido, inclusive, destacam-se também as seguintes posições doutrinárias:

Discute-se, desde o tempo do anteprojeto de 1975, se a enumeração constante do §1º do artigo comentado é taxativa ou exemplificativa. É evidente que só se pode entendê-la como enunciativa.

A orientação da lei de 1976 sempre foi de adotar padrões amplos (*standards*). Esse critério normativo permite ao juiz e às autoridades administrativas (CVM) incluir,

nas enunciações que a lei traz, os atos lesivos efetivamente praticados pelos controladores. (CARVALHOSA, 2014, p. 683)

No §1º, a Lei das S.A. enumera, exemplificativamente, as seguintes modalidades de abuso do poder de controle acionário [...] (EIZIRIK, 2011b, p. 687)

Como se vê, o agir, ainda que legalmente autorizado, encontra-se limitação, diante da necessidade da observância de princípios norteadores de todo o ordenamento jurídico. Sobre o tema da legitimidade das decisões, Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, em epílogo da obra que tratam unicamente do poder de controle, arrematam:

O problema fundamental do poder de controle na sociedade anônima, segundo nos parece, não será, doravante o de sua legalidade que, bem ou mal, já foi reconhecida; mas, o de seu fundamento axiológico, isto é, o problema da legitimidade. Não basta, com efeito, verificar que o controle se funda na lei, que ele é, efetivamente, exercido na companhia. Ainda é mister pesquisar e defender a sua justificativa de valor, tal como organizado atualmente.

[...]

O poder ilegítimo, embora legal e efetivo, será sempre marcado de bastardia; para sua defesa em momentos de crise, só poderá contar com suas próprias forças e nunca com a adesão dos comandados. Sem dúvida, a transformação da força em direito é uma tendência insopitável de todo detentor do poder, não por razões de ordem ética, mas essencialmente prática (COMPARATO, 2008, p. 555-556).

E, sobre essa legitimidade do exercício do poder de controle, a própria Lei de Sociedades Anônimas impõe o dever do controlador de

usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender (BRASIL, Lei 6.404, 1976, art. 116, parágrafo único).

Portanto, no exercício do poder de controle de uma companhia, além dos interesses da própria sociedade, deve-se observar os interesses de todos os acionistas e também dos stakeholders da sociedade (pessoas relacionadas com a companhia, direta ou indiretamente, tais como empregados, fornecedores, consumidores, comunidade na qual a sociedade está inserida, dentre outras).

4.4 Vinculação dos acionistas à cláusula compromissória arbitral

A arbitragem, como já visto, é forma de solução de controvérsia sem o envolvimento da Função Judiciária. Para que a mesma seja utilizada, é necessário o consentimento das partes envolvidas no litígio surgido, tendo em vista a natureza contratual da cláusula compromissória.

O consentimento, princípio basilar para a realização de negócios jurídicos, foi reconhecido como elemento essencial, pelo Supremo Tribunal Federal, para a validade e eficácia da cláusula compromissória, por se tratar de disponibilidade do exercício de direito de petição junto Função Judiciária.

Assim, em um ambiente social no qual os acionistas são verdadeiros proprietários de uma sociedade, existe a possibilidade de inserção de cláusula compromissória no estatuto social da companhia para que os litígios que surjam da relação entre eles ou entre eles e a companhia sejam submetidos à decisão arbitral. Tal situação está assim descrita na Lei de Sociedades Anônimas:

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 arbitragem, nos termos em que especificar (BRASIL, Lei 6.404, 1976, art. 109 §3º).

Por isso, com a inserção da cláusula compromissória no estatuto social, ter-se-á que os conflitos que a mesma esteja envolvida sejam resolvidos por meio da arbitragem e não de um processo judicial. Como já visto anteriormente, tal cláusula além de ter natureza contratual e, portanto, personalíssima, possui plena característica de pacto parassocial.

Sobre ser personalíssimo e contratual, como já demonstrado anteriormente, trata-se de disposição do direito de ação. Logo,

o juízo arbitral advém de renúncia a direito essencial do pactuante, pelo que se trata de pacto personalíssimo que deve ser inquestionavelmente declarado em seu aspecto formal, e que não se transmite por sucessão ou cessão à pessoa do sucessor ou cessionário (CARVALHOSA, 2014, p. 381).

A arbitragem, por isso, é meio irrevogável de solução de controvérsias, após a submissão das partes à mesma.

Como já foi ressaltado acima, é pressuposto de validade e eficácia da cláusula compromissória a declaração de vontade das partes envolvidas. E, por isso, a validade e eficácia dessa cláusula dependerá de sua aprovação formal por todos os envolvidos por ela.

Assim, a aprovação da cláusula compromissória vincula os fundadores na constituição e aqueles acionistas que nas alterações estatutárias posteriores votaram pela aprovação inclusiva desse pacto parassocial de arbitragem do estatuto (CARVALHOSA, 2014, p. 385).

Partindo dessa premissa, ao contrário do apresentado por alguns doutrinadores, a inclusão da cláusula compromissória não vincularia a todos os acionistas, mormente os

dissidentes de tal mudança no estatuto social, Isso porque por não se tratar de submissão à decisão majoritária, bem como por se tratar de direito parassocial, o mesmo não se submete ao princípio majoritário. Vejamos primeiro, os argumentos contrários à natureza volitiva da cláusula compromissória, a qual se submeterá ao princípio majoritário.

Para Pedro A. Batista Martins, conforme já citado anteriormente, quando há inserção da cláusula compromissória no estatuto social, não há renúncia ao direito de ação, mas, sim, sujeição do acionista dissidente à decisão majoritária. Segundo Martins:

Nesse sentido, o acionista, ao se submeter à deliberação assemblear e, indiretamente, ao adquirir ações da companhia, não está renunciando aos seus direitos, mas, sim, sujeitando-se aos interesses maiores da sociedade.

Portanto, o acionista, ao adquirir a qualidade de sócio, passa a manter um vínculo de dependência com a maioria. A esta o acionista se sujeita. Com efeito, o acionista mantém com os sócios majoritários uma relação ou um liame jurídico de dependência. Há desse modo, uma subordinação legal de interesses, e não uma renúncia a direitos (MARTINS, 2012, p. 105).

Já Raquel Stein, ao enfrentar a possibilidade de extensão subjetiva da cláusula compromissória, defende a desnecessidade de aprovação unânime, nos seguintes termos:

A posição defendida pelos doutrinadores sobre a necessidade de concordância expressa e individual de cada sócio à cláusula compromissória (unanimidade) apresenta uma quebra de paradigma lógico do sistema societário, pois, como visto, o direito pátrio consagrou a regra da maioria em questões de deliberações sociais. Além do mais, conforme já discutido, predomina no direito brasileiro o consensualismo, motivo pelo qual a concordância de cada sócio dá-se com mero consentimento (ingresso na sociedade – com aceitação de todo o ordenamento societário), não sendo necessária a emissão de nova manifestação de vontade e assinatura de documento específico para tanto (STEIN, 2014, p. 131).

Verifica-se que os defensores da extensão da cláusula compromissória aos acionistas dissidentes não levam em consideração a necessidade de declaração da vontade individual definida na lei de arbitragem. Desconsideram, por conseguinte, a arbitrabilidade subjetiva, que exige a capacidade das partes para submeterem os litígios à arbitragem. E, por certo, a exigência de tal capacidade está umbilicalmente ligada à dependência da declaração de vontade, necessária para essa submissão.

Ao defenderem essa tese, esses autores desconsideram, inclusive, a determinação do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a constitucionalidade da cláusula compromissória, pois, em caso de direito patrimonial disponível da pessoa, esta pode livremente renunciar ao direito de ação e não movimentar a jurisdição para discussão do mesmo. Ou seja, o STF, por meio de sua jurisprudência dominante, reconhece o caráter volitivo do mesmo, o que pode ser observado por meio da seguinte ementa, do julgamento da SE 5.206, exhaustivamente citado e norteador da constitucionalidade da arbitragem:

1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, **que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.** Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecurribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (destaque)

Na doutrina, ao reconhecer esse caráter de direito subjetivo do direito de ação, Modesto Carvalhosa insiste que a "cláusula compromissória constitui matéria facultativa e, portanto, potestativa do estatuto social" (CARVALHOSA, 2014, p. 390).

Por isso, a matéria não seria afeita à organização da companhia, ao seu regular desenvolvimento e à exploração da atividade empresária. E assim, Carvalhosa arremata:

Não se confunde com as matérias que obrigatoriamente deverão dele [estatuto social] constar, que são específicas da Sociedade Anônima, ditadas pela lei. Distingue-se, dessa forma, a cláusula estatutária potestativa, que consubstancia o pacto compromissório, daquelas cláusulas mandatórias. Na primeira, o conteúdo é livre, desde que não seja vedado por lei ou que altere os dispositivos obrigatórios da lei e do próprio estatuto (CARVALHOSA, 2014, p. 390).

De fato, o que vincula o acionista, pelo princípio majoritário, são as matérias atinentes ao exercício da atividade empresária, relacionadas com o destino social da mesma. Qualquer outra matéria não submete o acionista, automaticamente, ao princípio majoritário das deliberações. Isso porque, no plano teórico, apenas as matérias essenciais ao exercício da atividade empresária possuem natureza associativa.

Dessa forma, a cláusula compromissória estatutária se trata de

Uma convenção entre a sociedade e determinados acionistas que manifestaram sua vontade, individualmente e da própria sociedade. Cuida-se de pacto parassocial entre a sociedade e esses acionistas individuais.

Não se confunda a cláusula compromissória estatutária com as normas estatutárias impostas a todos os acionistas, coletiva e individualmente, há como lembrar Oppo, com apoio de Vivante, clara distinção entre a livre declaração de vontade dos acionistas e a obrigação destes como membros da sociedade (CARVALHOSA, 2014, p. 396).

Por conseguinte, no caso da inserção da cláusula compromissória, não se trata de ajuste entre as partes que diga respeito ao direito às relações sociais, sendo um pacto acessório, individual e apartado ao estatuto social. Isso tudo diante da sua independência, como descrito anteriormente sobre a autonomia da cláusula compromissória com o contrato que a integra.⁴¹

A posição do acionista em relação ao estatuto social é semelhante ao contratante nos contratos de adesão. Ou seja, o acionista, ao ingressar nos quadros sociais, adere ao conteúdo já predisposto – *pacto ditatti* – em que falta, ao aderente, no caso o acionista, a liberdade de fixação de seus termos. Nesse caso, o que já está predisposto é válido, pois suas cláusulas estão diretamente ligadas ao objetivo do contrato/estatuto. Tanto é assim que a própria norma arbitral informa qual é o requisito para que a cláusula compromissória inserida nesse *pacto ditatti* seja válida: declaração expressa de anuência com a mesma.⁴²

A ausência dessa declaração expressa, por conseguinte, não lhe tornará oponente a cláusula compromissória ao que não declarou expressamente a sua vontade. Nesse caso, não apenas o acionista dissidente, mas o ausente à assembleia que deliberar pela inserção da cláusula compromissória também não poderá se vincular à mesma, pelo mesmo aspecto: a ausência de declaração expressa de vontade.

⁴¹ Lei 9.307/96 - Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

⁴² Lei 9.307/96 – 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.

O acionista ausente demonstra, como já visto, o desinteresse no conteúdo e nas diretrizes a serem aplicadas pelos órgãos sociais à companhia. De fato, no Brasil, quase sempre, e na grande maioria dos casos, ser acionista significa unicamente ter interesse econômico na companhia e não político ou estratégico. Ou seja, os interesses do acionista “comum” se limitam à obtenção de ganhos financeiros, quer pela valorização do valor de mercado das ações, quer por meio do recebimento de dividendos e juros sobre o capital próprio. Dessa forma, a vinculação do acionista à companhia, diante da sua ausência às assembleias gerais, será, tão somente, quanto às matérias referentes à forma de exploração da atividade empresária da companhia, cujo objetivo é o lucro e sua distribuição na forma de dividendos e de juros sobre o capital próprio.

Como já dito, a expressão da vontade dos acionistas nas assembleias gerais se dá, em regra, por meio do exercício do voto. A ausência do acionista, portanto, implica a ausência de declaração expressa sobre a matéria posta para deliberação.

Importante destacar que mesmo aqueles que possuem entendimento diverso sobre essa questão do acionista ausente às assembleias gerais, também defendem o elemento volitivo necessário para a submissão específica aos efeitos da cláusula compromissória.

Nesse sentido, Nelson Eizirik, mesmo possuindo entendimento mais moderado sobre o tema, entende que não se poderia estender os efeitos da cláusula compromissória àqueles que dissentiram quanto à mesma. Senão vejamos:

Tendo em vista que a legitimidade da arbitragem repousa no princípio fundamental da autonomia da vontade, não se pode obrigar os acionistas que expressamente votaram contra a inclusão de cláusula compromissória no estatuto. Com efeito, se o acionista manifesta-se no sentido de que não quer ter a solução de conflitos futuros submetidos à arbitragem, evidentemente não cabe a imposição do juízo arbitral, cujo principal fundamento de validade repousa na manifestação de vontade das partes. Estarão vinculados à cláusula compromissória todos os demais acionistas: os que votarem favoravelmente, os que se abstiveram e os que não compareceram à assembleia (EIZIRIK, 2011a, p. 617).

A despeito disso, a Lei n. 13.129/2015, em total dissonância com o direito de ação, e com a orientação do Supremo Tribunal Federal quanto ao caráter volitivo da cláusula compromissória, deu a seguinte redação ao artigo 136-A da Lei n. 6.404/76:

Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

§ 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou (BRASIL, Lei 6.404, 1976, art. 136-A).

Criou-se, com a referida lei, uma nova hipótese para o exercício do direito de retirada do acionista, mediante o reembolso do valor das ações do acionista dissidente da deliberação que autorizar a inclusão da convenção de arbitragem. Sobre esse direito, Luiz Eduardo Bulhões Pedreira assim o descreve:

O direito de retirada surgiu como contrapeso à competência, reconhecida à Assembleia Geral, de modificar bases essenciais do contrato da companhia.

[...]

O acionista, ao adquirir ações, leva em consideração as principais características da companhia; essas “bases essenciais” influem na sua decisão, e sua alteração pode motivá-lo a não querer continuar sócio (BULHÕES PEDREIRA, 2017, p. 241).

Sobre o mesmo tema, destacam-se também as seguintes manifestações doutrinárias:

A lei, de um lado, dá poderes à maioria para modificar as bases essenciais do contrato social e, de outro, garante ao acionista discordante dessas modificações a possibilidade de denunciar parcialmente o pacto social a que adriu. (CARVALHOSA, 2014, p. 1.237)

[...] o recesso não decorre de atos ilícitos praticados pelo controlador, mas tão somente de decisões válidas adotadas com o fim de atender o interesse social, as quais, por modificarem a estrutura da companhia ou os direitos conferidos pelas ações de sua emissão, a Lei das S.A. classifica como ensejadoras do direito de retirada. (EIZIRIK, 2011^a, p. 205-206)

Veja-se, assim, que o direito de recesso (ou de retirada) dá ao acionista dissidente da deliberação da assembleia geral o direito de reembolso quando se modificam as bases essenciais da companhia. E, por isso, o seu fundamento está no simples fato de o acionista não ter mais interesse em participar de uma companhia cujas diretrizes empresariais não concorda. Isso quer dizer que o acionista terá direito de resilir, unilateralmente, o seu “contrato”, já que seus interesses econômicos restarão objetados.

Quanto aos direitos essenciais da companhia, que justificam o investimento do acionista e a concessão do direito de recesso quando eles são alterados, vale conferir o entendimento de Carvalhosa, segundo o qual:

Na realidade, o direito de recesso origina-se do reconhecimento legal dos fundamentos essenciais (organizacionais) da companhia. Trata-se, portanto, de direito que visa a conciliar os interesses da companhia e dos acionistas.

A lei, de um lado, dá poderes à maioria para modificar as bases essenciais do contrato social e, de outro, garante ao acionista discordante dessas modificações a possibilidade de denunciar parcialmente o pacto social que aderiu (CARVALHOSA, 2014, p. 1.237).

Nesse mesmo sentido, Rubens Requião defende a mudança da estrutura da companhia como fundamento jurídico para o exercício do direito de recesso:

A alteração fundamental na estrutura da companhia, pela assembleia geral extraordinária, dá ao acionista o direito de retirada. Tendo ele ingressado na sociedade, pelo contrato, a modificação substancial de seus termos, vale dizer, da

estrutura da sociedade, dá-lhe o direito de, desinteressando-se pela empresa, dela retirar-se (REQUIÃO, 2012, p. 238).

O artigo 136-A da Lei de Sociedades Anônimas, dessa forma, na tentativa de legitimar a extensão subjetiva da cláusula compromissória ao acionista dissidente, criou mais uma hipótese de direito de retirada daquele acionista discordante. Todavia, sem se preocupar com a natureza jurídica do instituto da arbitragem e da cláusula compromissória.

E, mesmo assim, a lei em questão não deu solução para todas as situações. Isso porque, o parágrafo segundo do mesmo artigo 136 veda a aplicação do instituto do recesso nas seguintes hipóteses:

Art. 136-A. [...]

§ 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável:

I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe;

II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas "a" e "b" do inciso II do art. 137 desta Lei (BRASIL, Lei 6.404, 1976, art. 136-A §2º).

Portanto, nessas situações, nem mesmo o direito de retirada é garantido ao acionista dissidente, que não renunciou ao seu direito de ação. E, nesses casos, também a extensão subjetiva da cláusula compromissória teria plena eficácia, sem nenhum benefício ao acionista dissidente da deliberação assemblear.

Todavia, a hipótese disposta no art. 136-A, na linha dos doutrinadores que defendem a extensão subjetiva da cláusula compromissória, trouxe legalidade para tal situação.

Nesse sentido, apresentam os seguintes argumentos Francisco Antunes Maciel Müssnich e Fabio Henrique Peres:

A questão, portanto, não encontrava resposta inequívoca na legislação societária anteriormente à vigência da Lei 13.129/2015, em especial no tocante às companhias. Particularmente no âmbito das sociedades limitadas, porém, enfraqueciam-se os argumentos dos que se posicionaram de forma contrária à oponibilidade da cláusula compromissória aos sócios dissidentes, omissos ou ausentes. Isso porque, importando a deliberação que aprova a cláusula compromissória uma alteração no contrato social da sociedade limitada, os sócios que com ela não tenham concordado poderão, nos termos do art. 1.077 do Código Civil, retirar-se da sociedade nos trinta dias subsequentes a tal reunião. Trata-se precisamente de uma das hipóteses de relativização do princípio majoritário (MUSSNICH. PERES, 2016, p. 681).

Veja-se que, de acordo com esse entendimento doutrinário, a simples inserção de hipótese à norma legal traz legitimidade à renúncia ao direito de ação. Todavia, esses autores

olvidam que, mesmo considerando o disposto no texto expresso da norma legal, a mesma não engloba todas as situações.

Sobre o referido tema, Modesto Carvalhosa, no Seminário da *International Bar Association*, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 13 de novembro de 2015, apresentou seu douto entendimento sobre essa nova regra, nos seguintes termos:

E, com efeito, numa grande ironia, neste ano de 2015, de comemoração dos 8 séculos da Magna Carta, foi promulgada no Brasil a nova Lei de Arbitragem, n. 13.129, de 26 de maio último, que, dentre outras providências, acrescenta à Lei societária, ex vi do seu art. 3º, o art. 136-A, para o fim de submeter compulsoriamente todos os acionistas a arbitragem, na hipótese de a companhia colocar em seu estatuto uma cláusula arbitral.

Os princípios constitucionais feridos de morte por essa aberrante norma introduzida na Lei societária (110) são:

- (i) Nenhuma lei pode suprimir a jurisdição estatal, por ferir cláusula pétreca da Constituição: "A lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça de direito" (inciso XXXV, do art. 5º da CF);
- (ii) Nenhuma lei pode facultar que um jurisdicionado imponha a outro jurisdicionado a jurisdição privada: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito" (inciso XXXV, do art. 5º da CF);
- (iii) A jurisdição estatal nunca é suprimida pela jurisdição privada, mas apenas SUSPENSA no caso concreto;
- (iv) E no caso concreto nenhuma parte pode impor a outra a jurisdição privada; muito menos pode fazê-lo in abstracto;
- (v) A jurisdição privada tem por objeto determinado litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, atuais, específicos e identificados;
- (vi) Em matéria de suspensão da jurisdição estatal não há presunção de renúncia;
- (vii) Não pode haver renúncia universal da jurisdição estatal;
- (viii) Nunca poderá a jurisdição privada se impor sobre litígios futuros cujo objeto concreto se desconhece;
- (ix) A suspensão da jurisdição estatal é objetiva, face à negócio jurídico atual, não podendo ser subjetivamente pactuada no sentido que em qualquer litígio futuro, desconhecido e incerto quanto ao seu objeto, entre o jurisdicionado "A" e o jurisdicionado "B", prevaleceria a jurisdição privada;
- (x) Não pode haver, portanto, renúncia universal da jurisdição estatal para todos os conflitos que possam surgir em negócios jurídicos ainda desconhecidos quanto ao seu objeto;
- (xi) Inadmissível o ato de imposição derogatória do direito essencial de qualquer acionista de socorrer-se da jurisdição estatal pelo simples fato de estar inserida uma cláusula arbitral no estatuto da companhia;
- (xii) Se nem a lei estatal pode derogar a cláusula pétreca constitucional de acesso à jurisdição estatal, muito menos pode fazê-lo a lei interna da sociedade (CARVALHOSA, 2015, p. 12-14).

E, assim, Carvalhosa arremata, inclusive concluindo sobre a inconstitucionalidade do texto legal que alterou a Lei n. 6.404/76:

O artigo 3º da Lei nº 13.129 de 2015 não atende aos pressupostos constitucionais da validade e eficácia da jurisdição arbitral.

Não há presunção de renúncia e muito menos ato de imposição derogatória do direito essencial de qualquer acionista pelo simples fato de estar inserida no estatuto da companhia, que será parte em futuro conflito com seus acionistas.

Não pode o art. 3º da Lei de 2015, inquinado de flagrante inconstitucionalidade, instituir um compromisso arbitral unilateral, substitutivo da jurisdição estatal,

inserido no estatuto da companhia. “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (inciso XXXV, do art. 5º da CF). Não há renúncia implícita a direito essencial do acionista de, na qualidade de jurisdicionado, socorrer-se sempre da jurisdição estatal (CARVALHOSA, 2015, p. 18).

Ademais, é importante destacar que a inclusão do referido direito de retirada poderá gerar sérios danos à companhia. É o que pode ocorrer, por exemplo, na hipótese em que um grande número de acionistas dissidentes resolver exercer o direito de retirada. Nesse caso, a sociedade teria de voltar à trás (conforme previsto no artigo 137, §3º da Lei n. 6.404/76)⁴³, ou pagar o valor de reembolso que pode comprometer o patrimônio da sociedade, podendo gerar sérios prejuízos à vida social, diante do simples direito de retirada.

Sobre esse tema, inclusive, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão sobre a extensão da cláusula compromissória, entendeu que tal situação poderia gerar sérios prejuízos à sociedade, enquadrando-se em abuso do poder de controle, que foi assim comentado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - SOCIEDADE ANÔNIMA

Ação anulatória c.c. indenizatória Insurgência contra decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela, para suspender a validade e a eficácia da deliberação da assembleia geral extraordinária, no que tange à alteração do estatuto social da empresa, com estipulação de multa diária para o caso de descumprimento da ordem judicial Alteração do estatuto social da empresa para a inserção da convenção de arbitragem como meio de solução de conflitos oriundos do próprio estatuto e entre os acionistas e/ou administradores Situação descrita nos autos que indica grande dificuldade econômica da empresa Quadro que se afigura oposto à escolha de meio de solução de conflitos mais dispendioso Deliberação que aparenta contrariedade ao art. 116, parágrafo único, da Lei, 6.404/1976 Possibilidade de caracterização da conduta descrita no art. art. 117, §1º, “c” da Lei 6.404/1976 Existência de diversas ações em curso entre as mesmas partes, demonstrando grande conflito entre os acionistas Direito garantido pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal que deve ser preservado, até mesmo no interesse da boa administração da empresa Verossimilhança das alegações e risco de dano de difícil reparação que se fazem presentes. Decisão de concessão da antecipação da tutela mantida (TJSP, 2016, on line).

Nesse caso, o voto vencedor, da lavra do Desembargador Caio Marcelo Mendes de Oliveira, da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, no julgamento do Agravo de Instrumento supramencionado, assim consignou:

Isto porque, ao que consta dos autos, a empresa _____ passa por um momento de grande

⁴³ § 3º Nos 10 (dez) dias subsequentes ao término do prazo de que tratam os incisos IV e V do *caput* deste artigo, conforme o caso, contado da publicação da ata da assembleia-geral ou da assembleia especial que ratificar a deliberação, é facultado aos órgãos da administração convocar a assembleia-geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa.

dificuldade financeira, o que embasa, inclusive, a pretensão de aumento do capital social defendida por parcela dos acionistas.

De outra parte, parece contraditório estabelecer, justamente neste cenário, a arbitragem, procedimento sabidamente mais oneroso, como única forma de solucionar os conflitos oriundos ou relacionados ao próprio estatuto e à Companhia, entre seus acionistas e/ou administradores.

Neste ponto, ao menos, aparentemente, como afirma a decisão agravada, tal deliberação apresenta-se conflitante com a gestão voltada à realização do objeto e cumprimento da função social da empresa, e preocupada com os deveres e responsabilidades para com os demais acionistas, Instrumento nº 2031444-61.2016.8.26.0000 - Diadema -

De fato, a situação que se revela nos autos, em princípio, demonstra a verossimilhança das alegações dos autores.

Como bem acentuou a MM. Juíza, ainda que de forma indiciária, dado o juízo de cognição sumário, a modificação proposta no estatuto social pode expressar, de alguma forma, abuso do poder de controle dos acionistas controladores.

Isto porque, ao que consta dos autos, a empresa _____ passa por um momento de grande dificuldade financeira, o que embasa, inclusive, a pretensão de aumento do capital social defendida por parcela dos acionistas.

De outra parte, parece contraditório estabelecer, justamente neste cenário, a arbitragem, procedimento sabidamente mais oneroso, como única forma de solucionar os conflitos oriundos ou relacionados ao próprio estatuto e à Companhia, entre seus acionistas e/ou administradores.

Neste ponto, ao menos, aparentemente, como afirma a decisão agravada, tal deliberação apresenta-se conflitante com a gestão voltada à realização do objeto e cumprimento da função social da empresa, e preocupada com os deveres e responsabilidades para com os demais acionistas, Ressalve-se, ademais, que tal alteração está sendo proposta num momento em que pende grande divergência de interesses entre os acionistas, o que se retrata na existência de diversos processos tramitando entre as mesmas partes, de modo que tal alteração no estatuto social, obrigando os acionistas a se socorrer exclusivamente da arbitragem, como meio de solução de conflitos, poderia implicar em limitação de direitos de parcela dos acionistas, garantidos pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal. (TJSP, 2016, *on line*)

Veja-se que o voto vencedor acima apresenta fortes razões a determinar a não aplicação da cláusula compromissória, seja pela preexistência de conflitos, seja pelos danos financeiros que a sociedade poderá sofrer na hipótese de exercício do direito de recesso.

De qualquer maneira, o instituto do recesso, como já explanado, tem como sua *mens legis*, proteger o acionista minoritário de modificações na estrutura da companhia e, conseqüentemente, na forma que a companhia será conduzida.

Contudo, antes mesmo da proposta da Lei 13.129/15, já existiam críticas sobre a inclusão de nova hipótese ao rol do direito de retirada:

A inclusão da deliberação que inclui a Cláusula Compromissória Estatutária dentre os casos de recesso é questão de política legislativa. Em nossa opinião, andou bem a lei brasileira ao não conferir o direito de recesso ao acionista dissidente da introdução da Cláusula no estatuto. O direito de recesso – um temperamento do princípio majoritário – visa a proteger o minoritário dissidente em hipóteses especiais, quando os majoritários, por decisão legítima, resolvem introduzir modificações radicais na substância do contrato de sociedade, durante a vida da companhia.

Com efeito, a introdução da Cláusula no estatuto não altera substancialmente as condições essenciais do contrato de sociedade, nem restringe meios e processos de que o acionista carece para proteção de seus direitos (LOBO, 2009, p. 20-21).

Merece destaque que, como já visto, o acionista normalmente tem como interesse a permanência na sociedade, pois esta lhe trará os benefícios econômicos, uma vez que “a presunção de comercialidade é absoluta, no sentido que o fim da companhia é realizar e distribuir lucros” (CARVALHOSA, 2016, p. 120).

A alteração do estatuto social, com conseqüente inserção de cláusula compromissória não modificará, em princípio, a estrutura e diretrizes da companhia. Ou seja, se a mesma dá lucro, o acionista tem interesse em continuar como membro. E, por isso, o direito de recesso concedido a ele na hipótese de discordância da submissão dos litígios à arbitragem não socorre aos seus interesses.

4.5 Vinculação de diretores e conselheiros

Como já explanado, a arbitrabilidade subjetiva diz respeito, exclusivamente, à capacidade da parte em submeter os litígios oriundos de direitos patrimoniais disponíveis à arbitragem. É, portanto, necessária a declaração de vontade da parte envolvida para que esta se submeta livremente às regras arbitrais.

Em alguns casos, poderão surgir litígios entre a sociedade e os seus administradores, ou entre os acionistas e os administradores.

Especificamente sobre a natureza jurídica dos órgãos da administração social, Pedro.

A. Batista Martins estabelece o seguinte:

A teoria organizacionista, mais moderna, considera a administração como um órgão legal cuja autoridade deriva da lei e não de um mandato dos acionistas. Por ser a responsabilidade do administrador *ex lege* e, assim, não derivada do contrato de organização é que se realça a sua condição orgânica (MARTINS, 2012, p. 132).

Nesse caso, a teoria contratual perde relevância, em relação aos membros dos órgãos sociais de administração, pois se partiria da premissa de existência de dois contratantes. E, o autor supra, explica tal situação, citando Assis Tavares:

Por outro lado, o desenvolvimento da sociedade anônima moderna traz consigo uma evolução da natureza jurídica dos administradores que melhor passarão a ter um caráter mais de funcionários que de mandatários, que serão órgão de delegação sem poderes, pois têm poderes próprios. São, pois, órgãos legais da sociedade e o que antes era um mandato transformou-se, a pouco e pouco, numa função social sob a fiscalização do Estado, guardião do interesse público (MARTINS, 2012, p. 133-134).

Dessa forma, reforça-se a tese de que não se trata, única e exclusivamente de vinculação entre as partes. O agir do administrador produz efeitos para além das partes envolvidas. A função dos administradores é exteriorizar o pacto social, manifestando a vontade da sociedade como um todo. E, a vontade da sociedade é buscar “o atingimento dos fins lucrativos almejados por todas as anônimas” (MARTINS, 2012, p. 137).

Dessa forma, os deveres dos administradores estão insculpidos, além das regras legais relativas às suas responsabilidades, no estatuto social, pois este define as bases essenciais da companhia e o sistema de governança da sociedade.

Por isso, os acordos parassociais, diante do seu não enquadramento às bases essenciais da companhia, não vinculam terceiros. Isso porque não tratam de matérias relevantes às diretrizes da sociedade, ou seja, não se tratam de matérias ordinárias ao exercício social.

Mesmo diante da ausência de norma específica sobre o tema, ao contrário dos acionistas, cuja matéria foi exposta alhures, é importante destacar a questão da ausência de consentimento. Sobre o tema, Guilherme Recena Costa apresentou a existência do entendimento:

Autorizadíssima opinião entende ilegítima a vinculação dos administradores pela simples aceitação do encargo, sem adesão expressa à convenção de arbitragem. A hipótese acabaria por criar, segundo essa linha de raciocínio, uma arbitragem “obrigatória”, imposta por fonte heterônima (i.e. pela lei) e não por meio do exercício da autonomia privada. Ao contrário do acionista que sucede outrem ao adquirir superveniente participação societária, para quem a cláusula compromissória é uma regra interna, para o administrador trata-se de norma externa à relação que o ligará à sociedade e, assim, a ele é inaplicável (COSTA, 2015, p. 117).

Com isso, seguir-se-á a mesma lógica referente ao acionista dissidente relativamente à inserção da cláusula compromissória no estatuto social. Não se admitirá que um terceiro disponha do seu direito de ação. Trata-se de direito subjetivo da parte. Está é quem deve decidir sobre sua renúncia, como bem definiu o Supremo Tribunal Federal quando da declaração de constitucionalidade do compromisso arbitral no Agravo Regimental da Sentença Estrangeira nº 5.206-7, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 12-12-2001.

Sobre isso, Arnold Wald assim se posicionou:

A esse respeito, já tivemos a oportunidade de afirmar que: “[...] o argumento contrário à aplicação da arbitragem no direito societário, que foi suscitado com base no art. 5º, XXXV, da Constituição, submetendo toda lesão de direito ao Poder Judiciário, ficou ultrapassado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Reconheceu-se tratar-se de um direito da parte, que pode preferir a arbitragem, que é passível de controle, a posteriori, pela justiça, perante a qual podem ser apresentados, conforme o caso, a ação anulatória e os embargos do devedor (art. 33 da Lei de Arbitragem)” (WALD, 2011, p. 57).

Essa posição se coaduna com a natureza jurídica do direito de ação, como direito subjetivo e personalíssimo, pois reconhece que a possibilidade de renúncia ao direito incondicionado de movimentar a jurisdição é um direito da parte. Portanto, como bem reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, isso depende do elemento volitivo, qual seja, a declaração de vontade expressa de o acionista se submeter à arbitragem.

A sujeição dos administradores, também, por não se tratar de matéria afeita à condução ordinária da companhia, não se sujeitaria à “imposição” do direito da maioria.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente, para compreensão do objetivo do presente trabalho, é grande valia ressaltar o como ponto de partida o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o instituto da Arbitragem no Brasil, a partir do disposto na Lei n. 9.307/96. E, a partir dele, a sua aplicação no direito societário contemporâneo, mormente no que pertine à vontade social e a vontade do acionista, haja vista o disposto no artigo 136-A da Lei n. 6.404/76.

Referido estudo implica o encontro de diversas áreas do direito, pois percorre desde os institutos de direito civil sobre os negócios jurídicos, passando pelo direito processual e culminando com o direito empresarial. E, a situação posta no presente trabalho será cada vez mais presente, diante da “popularização” do uso da arbitragem para a solução de controvérsias, especialmente em âmbito societário.

Pela ótica do direito civil, o negócio jurídico, para ser válido e eficaz, dependerá da capacidade do agente, pois será necessária a declaração de vontade do mesmo em firmar tal negócio. Logo, por ter natureza contratual, a cláusula compromissória não foge dessa premissa de validade dos negócios jurídicos em geral.

Pela visão do direito processual, o direito de ação é um direito da parte, subjetivo, garantido pela Constituição da República de 1988. Logo, de acordo com essa perspectiva, se o destinatário da decisão renunciar ao seu direito de ação – direito incondicionado de movimentar a Jurisdição⁴⁴ - seus conflitos poderão ser solucionados utilizando-se o instituto da Arbitragem, devidamente regulamentado pela Lei 9.307/96.

Verifica-se que a arbitragem *moderna* foi criada a partir da noção de autonomia da vontade, na qual as partes têm o poder de estipular livremente, como lhes convierem, a disciplina dos seus interesses.

⁴⁴ Jurisdição entendida como exercício da arbitragem obrigatória monopolizada pelo Estado

Já no direito societário, vigora o princípio da maioria. O princípio majoritário é consagrado no direito empresarial societário brasileiro para fins de deliberação, quando esta dependa da vontade de várias pessoas (sócios, debenturistas, credores etc). Isso porque, exigir a unanimidade em tomada de decisões colegiadas impossibilitaria a deliberação, mormente quanto estas são tomadas em sociedades anônimas, onde podem existir centenas ou milhares de acionistas. Nesse caso, a unanimidade seria até mesmo impossível.

De fato, como restou demonstrado, tais deliberações devem ser tomadas em assembleia geral, que se constitui o órgão soberano da sociedade, no qual os acionistas buscam decidir os rumos da sociedade em busca de cumprir com o seu objeto social e, por consequência, o atingimento dos interesses individuais de cada acionista.

Todavia, a instituição da arbitragem, como forma de solução de controvérsias que surjam entre os acionistas entre si, ou entre eles e a sociedade, não se trata de matéria que defina os rumos sociais, ou mesmo, que trate das bases essenciais de uma sociedade. Tanto é assim que não é requisito obrigatório a sua inserção no Estatuto Social. Trata-se, portanto, de negócio parassocial, que não envolve os interesses diretos da sociedade ou que determine a exploração da atividade empresária constante de seu objeto social.

Dessa forma, ter-se-ia a questão da submissão do dissente em relação ao interesse da maioria. Todavia, a submissão à deliberação majoritária, que determinou a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social não superará a garantia constitucional ao direito de ação. Como bem exposto, para que o litígio seja submetido à arbitragem, é necessária a renúncia daquele direito de ação. E, a constitucionalidade da renúncia foi devidamente analisada pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu não ter qualquer tipo de violação constitucional o afastamento da Função Judiciária para o uso do procedimento arbitral.

Isso porque, pelo fato de a arbitrabilidade objetiva apenas permitir a discussão de direitos disponíveis, o direito de ação sobre tais temas também seria disponível. Ou seja, se o indivíduo deseja dispor daquele seu direito de ação, o mesmo poderá fazê-lo, pois assim foi a sua vontade.

Por isso, o direito de ação apenas poderá ser renunciado. E, em se tratando de renúncia, o seu detentor que terá a prerrogativa de assim a fazer. E, na deliberação assemblear majoritária sobre o tema, não seria aplicado o referido princípio, pois não haveria submissão do dissidente. Se assim o fosse, ocorreria um negócio jurídico sem um de seus requisitos de validade: a vontade.

Ao contrário, caso se determinasse a submissão sobre a disposição do direito de ação de terceiro, ter-se-ia a renúncia de um direito constitucional por um terceiro – aqui entendido

como a deliberação da maioria. E, tal situação, poder-se-á considerar um abuso do poder de controle por parte da maioria, pois, ao se justificar pelo princípio da maioria, afastar-se-ia, do dissidente, o seu direito incondicionado de movimentar a jurisdição.

Ora, o elemento volitivo, como já apresentando, permeia a arbitragem, sendo sua razão de existência. Inclusive, tal ponto foi curial para a constitucionalidade do instituto. Com isso, é no princípio jurídico da autonomia da vontade que se baseia a arbitragem, tendo em vista que, por se tratar de forma de solução de controvérsias, somente pode surgir como sucedâneo à via judicial, quando as partes envolvidas no negócio jurídico entabulado prevejam e, por consequência, aceitem a cláusula compromissória.

Portanto, haverá a limitação do exercício constitucional, rompendo-se com o entendimento do Supremo Tribunal Federal que garantiu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, qual seja, o elemento volitivo necessário para a renúncia ao direito de ação.

Mesmo que se pense que a inclusão do art. 136-A na Lei 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas – solucionou o tema, com a garantia do direito de recesso do acionista dissente, seu parágrafo segundo, na boa técnica legislativa, apresentou as exceções à aplicação da regra contida no *caput*. Dessa forma, apesar de se tratar de norma que vai de encontro ao entendimento que sedimentou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, não englobou todas as hipóteses de dissidência.

Destarte, a legalidade do direito de recesso, por si só, não garante a sua legitimidade, mormente pelo rompimento com a garantia constitucional do direito de ação, insculpido no art. 5º, XXXV da Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Eliana Calmon. *A arbitragem internacional*. 2004. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/48/6/Arbitragem_Internacional.pdf> Acesso em 12/04/2018.
- ANDRADE, Manuel Antônio Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: fato jurídico, em especial negócio jurídico*. V. 2. Coimbra: Almedina, 1992, p. 25.
- ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, negociação e práticas restaurativas no ministério público*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2017.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARBOSA, Daniel Mendes. MENDONÇA, Aline Lima Pessoa de. *Apontamentos Sobre A Ilegitimidade Das Decisões Por Equidade Na Arbitragem*. In Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Vol. 3. n. 1, Jan/Jun. 2017.
- LACERDA, Belizário Antônio de. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- BLOK, Marcella. *Abuso do poder de Controle do acionista controlador nas sociedades anônimas*. In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 15. Vol. 56 – abr-jun/2012.
- BOEHS, Astrid Eggert. *Análise dos conceitos de negociação/acomodação da teoria de M. Leininger*. Revista Latino-Americana de Enfermagem, v. 10, n. 1, p. 90-96, 2002. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rlae/article/view/1635/1680>> Acesso em 11/04/2018.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BRASIL, Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações,
- BRASIL, Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.
- BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.
- BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.
- BULGARELLI, Waldírio. *A proteção das minorias nas S.A.* São Paulo: Pioneira, 1975.
- BULHÕES PEDREIRA, Luiz Eduardo. *Acionistas*. In Direito das companhias. Coord. Alfredo Lamy Filho e José Bulhões Pedreira. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1997.
- CÂMARA, Bernardo Ribeiro. MACIEL, Gabriel de Jesus. JUNIOR, José Bernardo de Assis. JUNIOR, Marco Antônio Gonçalves da Silva. *Ação, jurisdição e processo em Couture*. In

Estudos continuados de Teoria do Processo. Coord. Rosemiro Pereira Leal. Vol. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARDOSO, César. *O ombudsman bancário: uma solução extrajudicial adequada de conflitos envolvendo bancos e clientes e seu impacto nos litígios judiciais*. 2015. Tese de Doutorado. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13854/O%20OMBUDSMAN%20BANC%c3%8IRIO%20Uma%20solu%c3%a7%c3%a3o%20adequada%2021.7.pdf?sequence=1&jsAllowed=y> Acesso em 11/04/2018.

CARDOSO, Paula Butti. *Limites subjetivos da convenção de arbitragem*. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tdc-23032017-145153/publico/VERSAO_PARCIAL_PAULA_BUTTI_CARDOSO.pdf Acesso em 02/04/2018.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário a Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e jurisdição*. In: *Revista de Processo*. 1990. p. 33-40. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/293080/mod_resource/content/0/CARMONA%20-%20Arbitragem%20e%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf Acesso em 12/04/2018.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Código de Processo Civil Reformado*, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Comentários à Lei de Arbitragem*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHOSA, Modesto. EIZIRIK, Nelson. *Arbitragem integra o estatuto social*. Disponível em: <http://www.alonso.com.br/img/velhas/simbolos/lcgislacao2.asp?informativo=296>. Acesso em: 30 dez. 2010.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. Seminário Da International Bar Association – *Celebrando a Carta Magna e o Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-modesto-carvalhosa-acesso.pdf> Acesso em 02/04/2018.

CARVALHOSA, Modesto. KUYVEN, Fernando. *Tratado de Direito de Empresa*. V. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. Malheiros editores, 2005. Disponível em https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/35770842/TGP_ADA_PELLEGRINI.

[pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1523497066&Signature=8cWJI3BN9%2FxAJSaFVrkPZUfNhK0%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filenamc%3DANTONIO_CARLOS_DE_ARAUJO_CINTRA.pdf](https://www.scribd.com/document/411111111/pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1523497066&Signature=8cWJI3BN9%2FxAJSaFVrkPZUfNhK0%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filenamc%3DANTONIO_CARLOS_DE_ARAUJO_CINTRA.pdf)
>. Acesso em 11/04/2018

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle da sociedade anônima*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf> Acesso em 02/04/2018.

COSTA, Nilton César Antunes da. *A convenção de arbitragem no contrato de adesão*. In Coleção Doutrinas Essenciais: Obrigações e contratos: serviços e circulação. Vol. 6. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011.

COSTA, Philomeno J. Da. *O silencio nos negócios jurídicos*. In Doutrinas Essenciais: Direito Civil: Parte Geral. Vol IV. Org. Gilmar Ferreira Mendes e Rui Stoco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. *Arbitragem: questões polêmicas*. 2005. Disponível em <<http://www.cgov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ancxos/29805-29821-1-PB.pdf>> . Acesso em 12/04/2018.

DE ANDRADE GABRICH, Frederico. *O caráter normativo dos princípios*. Meritum, revista de Direito da Universidade FUMEC, v. 2, n. 2, 2007. Disponível em <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/download/776/620>. Acesso em 12/04/2018.

DE MORAIS SALES, Lília Maria. *Ouvidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania*. Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, v. 11, n. 1, p. 154-167, 2010. Disponível em <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/787/1647>> Acesso em 11/04/2018.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei de S/A Comentada*. Vol. I e II. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FARIA, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito Civil*. Vol 1. 11a ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

FEDERAL STATUTE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Disponível em <https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG_english.pdf>. Acessado em 02/04/2018.

FONSECA, Gabriel; SOARES DA FONSECA, Reynaldo. *Conflitos, Humanismo e Jurisdição: A Conciliação Na Justiça Federal Da Primeira Região (Conflicts, Humanism and Jurisdiction: Conciliation in the First Region's Federal Judiciary)*. 2017. Disponível em ,

<https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3068539_code2650727.pdf?abstractid=3068539&mirid=1> Acesso em 11/04/2018.

GALLUPO, Marcelo. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre sua aplicação* in Revista de informação legislativa, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A inafastabilidade do Controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil)*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 10, n. 1, p. 13-19, 2007. Disponível em <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/200/194>> . Acesso em 11/04/2018.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Estrutura da Companhia*. In. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coord.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coord.). *Direito das companhias*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Órgãos Sociais*. In. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coord.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LARA, Leonardo Augusto Leão. CARVALHO, Newton Teixeira de. PENNA, Saulo Versinani. *Processo, ação e jurisdição em Fazzalari*. In Estudos Continuos de Teoria do Processo. Coord. Rosemiro Pereira Leal. Porto Alegre: Síntese, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do Processo: primeiros estudos*. 13ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2016.

LEMES, Selma. *Arbitragem e Seguro*. In Coleção Doutrinas Essenciais: Obrigações e contratos: serviços e circulação. Vol. 6. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011.

LEMOS, Luciano Braga. LEMOS, Rodrigo Braga. *A arbitragem e o Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

LIMA, Naiara Ferreira. *Instrumento da mediação como método adequado de solução de conflitos familiares*. 2017. Disponível em <<http://repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1872/Naiara%20Ferreira%20Lima%20-%20Instrumento%20da%20media%C3%A7%C3%A3o%20como%20m%C3%A9todo%20adequado%20de%20solu%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos%20familiares.pdf?sequence=1>> Acesso em 11/04/2018.

LOBO, Carlos Augusto Silveira. *A cláusula compromissória estatutária*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 22, ano 6, jul./set. 2009, p. 20-21.

LOBO, Carlos Augusto Silveira. *Cláusula Compromissória Estatutária*. In. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coord.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quatier Latin, 2012.

MAYER, Pierre. *The Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories-The Irreconcilable Positions of French and English Courts*. *Am. U. Int'l L. Rcv.*, v. 27, p. 831, 2011. Disponível em
<<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1786&context=auilr>>
Acesso em 02/04/2018.

MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. PERES, Fabio Henrique. *Arbitrabilidade subjetiva no direito societário*. In *A Reforma da Arbitragem*. Coord. Leonardo de Campos Melo e Renato Resende Beneduzi. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NETO, José Cretella. *Arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo relações jurídicas de caráter patrimonial*. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 8, n. 2, p. 337-359, 2008. Disponível em
<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/885/668>. Acesso em 12/04/2018.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Alienação do poder de controle acionário*. São Paulo: Saraiva, 1995.

PINTO, José Emilio Nunes. *A cláusula compromissória à luz do código civil*. In *Coleção Doutrinas Essenciais: Obrigações e contratos: serviços e circulação*. Vol. 6. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011.

POCIŪTĖ, Giedrė. *Arbitration agreement extension to non-signatories: rights and duties of the parties that have not submitted any dispute to arbitration*. 2012. Tese de Doutorado. Vytautas Magnus University. Disponível em
<<https://vb.vdu.lt/object/elaba:1809189/1809189.pdf>> Acesso em 02/04/2018.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Everton Balbo. *MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO MEIOS DE ACESSO À JUSTIÇA*. 2015. Disponível em
<<http://www.revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/download/1226/559/0>> Acesso em 11/04/2018.

SILVA, Rodrigo Tellechea. *Sociedades anônimas fechadas: direitos individuais dos acionistas e cláusula compromissória estatutária superveniente*. 2015. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-11122015-090418/publico/Rodrigo_Tellechea_Silva_Versao_Integral.pdf> Acesso em 03/04/2018.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Introdução histórica ao estudo das soluções pacíficas de litígios e das arbitragens comerciais internacionais*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 71, p. 163-208, 1976. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66778/69388> . Acesso em 11/04/2018.

STEIN, Raquel. *Arbitrabilidade no direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

STF. AG REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA SE 5.206-7. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 30-04-2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>> Acesso em 04/03/2018.

STUCKI, Blaise; SCHELLENBERG WITTMER, Geneva. Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories. In: *ASA Below 40 Conference*. 2006. p. 1-9. Disponível em <http://www.arbitration-ch.org/asset/872c9fd63995bfc437fb77490a820720/extension-of-arbitration-agreements-to-non%E2%80%93signatories-.pdf>> Acesso em 02/04/2018.

TJSP. Agravo de Instrumento nº2031444-61.2016.8.26.0000. Relator Desembargador Caio Marcelo Mendes de Oliveira. DJ 16/12/2016. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416054423/agravo-de-instrumento-ai-20314446120168260000-sp-2031444-6120168260000/inteiro-teor-416054446?ref=juris-tabs#>> Acesso em 02/04/2018.

TJSP. Apelação Cível nº 0214068-16.2010.8.26.0100. Relator Desembargador Roberto Mac Cracken. DJ 30/10/2012. Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=6300560&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_d7b53f850afc458eaca91fb2755c3787&vlCaptcha=svjj&novoVICaptcha=. Acesso em 12/04/2018.

TEPEDINO, Ricardo. *Órgãos Sociais*. In *Direito das Companhias*. 2ª cd. Coord. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JR, Humberto. *A arbitragem como meio de solução de controvérsias*. In *Revista Síntese de Direito Processual e Direito Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. Nov/Dez/99.

TOMAZETTE, Malon. *Curso de Direito Empresarial*. V. 1. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

UNCITRAL Arbitration Rules. Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-c.pdf>> Acesso em 02/04/2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

WALD, Arnold. *A arbitrabilidade dos conflitos societários: Contexto e prática*. In *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*. Coord. Arnoldo Wald, Fernando Gonçalves, Moema Augusta Soares de Castro. São Paulo: Quartin Latin, 2011.