

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CAROLINE SAMPAIO DE ALMEIDA

**GOVERNANÇA CORPORATIVA: ARBITRAGEM, ADMINISTRAÇÃO DE
CONFLITOS SOCIETÁRIOS E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E
SOCIAL**

**CURITIBA
2007**

CAROLINE SAMPAIO DE ALMEIDA

**GOVERNANÇA CORPORATIVA: ARBITRAGEM, ADMINISTRAÇÃO DE
CONFLITOS SOCIETÁRIOS E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E
SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

ORIENTADORA:
Prof. Doutora Márcia Carla Pereira Ribeiro

**CURITIBA
2007**

Caroline Sampaio de Almeida

**Governança corporativa: arbitragem, administração de conflitos
societários e desenvolvimento econômico e social**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Social pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Professora Doutora Márcia Carla Pereira Ribeiro

Orientadora

Professor Doutor João Bosco Lee

Convidado

Professor Doutor Osmar Brina Corrêa-Lima

Convidado

Professora Doutora Márcia Carla Pereira Ribeiro

Coordenadora da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Econômico e Social
da PUC-PR

Curitiba, 14 de fevereiro de 2008.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Caroline Sampaio de Almeida

Graduada em Bacharelado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 2006.

Almeida, Caroline Sampaio.

Governança corporativa: arbitragem, administração de conflitos societários e desenvolvimento econômico e social / Caroline Sampaio de Almeida; orientadora: Márcia Carla Pereira Ribeiro – 2008.

195 f.; 30cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2008

Inclui bibliografia

1. Arbitragem. 2. Governança corporativa. 3. Desenvolvimento econômico e sustentável. I. Ribeiro, Márcia Carla Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

A transição para o capitalismo sustentável será uma das mais complexas revoluções que a nossa espécie já vivenciou. Estamos embarcando em uma revolução cultural global, que tem como epicentro a sustentabilidade. Ela tem a ver com valores, mercado, transparência, ciclos de vida de tecnologias e produtos e tensões entre o longo e o curto prazo. E as empresas, mais que os governos ou outras organizações, estarão no comando destas revoluções. Um comando que se exercerá pelos princípios da governança corporativa (John Elkington).

Dedico este trabalho aos meus pais Fernando e Rosane, por todo sacrifício dispendido para a minha formação acadêmica e pela confiança em mim depositada, aos meus irmãos, Fernando e Cristiane, pelo carinho e respeito a mim dedicados, ao Fabiano, eterno amigo que tanto me auxiliou, e a todas as pessoas que contribuíram direta e indiretamente para a concretização desse meu sonho de ser Mestre em Direito.

*Agradeço à erudita Orientadora,
Professora Doutora Marcia Carla
Pereira Ribeiro, pela lhanza no trato,
pela motivação, pelas provocações
teóricas, pelo incondicional e diuturno
apoio ao fornecer o norte deste
trabalho, no caminho da mais lúdima
sabedoria.*

RESUMO

Diversas são as dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário brasileiro principalmente por conta de sua estrutura deficitária e da morosidade processual provocada por múltiplos fatores, que impedem a adequada satisfação do direito constitucional de acesso à justiça. O fenômeno da globalização e da dinamização das relações empresariais reclama meios ágeis, respostas imediatas e não se coaduna com litígios judiciais que perduram longos anos até sua efetiva resolução. Dentro desse contexto social, a maioria das proteções legais conferidas às empresas torna-se inócua diante da impossibilidade de se obter uma tutela jurisdicional adequada à luz da ordem constitucional vigente. Assim, a arbitragem mostra-se como alternativa vantajosa às empresas e aos seus integrantes, os quais podem solucionar conflitos de uma forma mais célere, justa, confidencial e econômica, superando os entraves do processo judicial típico. Em especial, a cláusula compromissória que, inserta nos estatutos sociais das sociedades anônimas, como regulação jurídica própria da empresa, privilegia a autonomia da vontade dos sócios e a perenidade das relações sociais, na medida em que reduz a animosidade entre os diversos agentes econômicos. Diante disso, vários são os benefícios econômicos gerados em decorrência da adoção da arbitragem, a qual é vista, atualmente, como um instrumento de fomento da Governança Corporativa e, por consequência, da responsabilidade social corporativa. A importância da arbitragem se traduz com a higidez das relações sociais, que resultam na atração de mais investimentos estrangeiros e proporcionam o desenvolvimento econômico e social do país.

Palavras-chaves: governança corporativa – arbitragem – desenvolvimento econômico e social – sociedades anônimas – conflitos societário.

ABSTRACT

Many are the difficulties faced by the Brazilian Judicial Power, mainly because of its deficient structure and because of the processual sluggishness originated by multiple factors, which hinder the adequate satisfaction of the constitutional right of access to justice. The phenomena of globalization and of the increased dynamism of the relationship between companies demand agile means, immediate responses, and they do not coadunate with judicial litigations which endure for long years till their effective resolution. Within this social context, most of the legal protections awarded to the companies become innocuous before the impossibility of an adequate jurisdictional tutelage based on the current constitutional order. Within this principle, arbitration shows itself as a favorable alternative to the companies and their members, who can solve conflicts in a swifter, fairer, more confidential and inexpensive way, overcoming the hindrances of the typical judicial process. In special, the arbitration clause inserted into the social statutes of the business corporations as a company's self juridical regulation, privileges the partners' will autonomy and the perennality of the social relationships, as it reduces the animosity between the various economic agents. In face of that, several are the economic benefits generated due to the adoption of arbitration, which is considered, nowadays, instrumental in the fomentation of Corporate Governance and, as a result, of the corporate social responsibility. The importance of arbitration can be identified with the soundness of the social relationships, which result in the tendency for more foreign investments and proportionate the social and economical development of the country.

Keywords: corporate governance – arbitration – social and economical development – business corporation – societary conflict.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 ARBITRAGEM COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS	15
2.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS NO BRASIL	15
2.2 A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM À LUZ DA LEI Nº 9.307/96	24
2.2.1 Conceito e modalidades	24
2.2.2 Natureza jurídica da arbitragem	33
2.2.3 Vantagens da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias	36
2.2.4 Alguns aspectos do processo arbitral	39
2.3 A ORDEM JURÍDICA SOCIETÁRIA E A ARBITRAGEM	43
2.3.1 Natureza jurídica do contrato de sociedade empresária	43
2.3.2 Possibilidade de inserção da cláusula compromissória nos contratos de sociedade	46
2.4 A ARBITRAGEM NO DIREITO COMPARADO	48
2.4.1 Estados Unidos	48
2.4.2 França	49
2.4.3 Itália	50
2.4.4 Espanha	50
2.4.5 Peru	51
3 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA COMO ESTRUTURA DE CONSERVAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIETÁRIAS	56
3.1 FUNDAMENTOS PRIVADOS DA ARBITRAGEM: AUTONOMIA NEGOCIAL E FORÇA NORMATIVA DAS CONVENÇÕES PRIVADAS	56
3.1.1 A autonomia negocial como fundamento privado da cláusula compromissória	57
3.1.2 A cláusula compromissória como negócio jurídico	61
3.2 CARACTERÍSTICAS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E A SUA IMPLEMENTAÇÃO NA PRÁTICA	65
3.2.1 Elementos, conteúdo e efeitos	66
3.3 PERENIDADE DA EMPRESA PELA PREVENÇÃO A SITUAÇÕES DE RISCO	69
3.3.1 Garantia de acesso à justiça, desempenho do Poder Judiciário e formas de prestação jurisdicional: a cláusula compromissória como instrumento eficácia de preservação das relações negociais	70
3.3.2 Técnicas de inserção e redação da cláusula compromissória	75
4 LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E SUA EXTENSÃO NO ÂMBITO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS	78
4.1 TESES OPOSICIONISTAS	78
4.1.1 A vinculação dos novos acionistas à cláusula compromissória estatutária	86
4.1.2 A vinculação dos acionistas ausentes e dissidentes à cláusula compromissória estatutária	95
4.1.3 A vinculação de administradores sócios ou não-sócios à cláusula compromissória estatutária	99
4.1.4 A arbitragem nos grupos societários e contratos conexos	103

4.1.5 A cláusula compromissória nos contratos que envolvam a Administração Pública ou interesse público	109
4.2 COMPETÊNCIA DOS DIRETORES DA SOCIEDADE ANÔNIMA PARA CELEBRAR A CONVENÇÃO ARBITRAL	118
4.3 A EFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO DIREITO ITALIANO E O DECRETO Nº5, DE 17 DE JANEIRO DE 2003	123
4.3.1 Os limites objetivos da cláusula compromissória arbitral	125
4.3.2 Os limites subjetivos da cláusula compromissória arbitral.....	127
4.3.3 A exclusão de sociedades que recorrem ao mercado de capitais.....	128
4.3.4 A intervenção de terceiros.....	130
5 A CONVENÇÃO ARBITRAL COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA E SEUS IMPACTOS	132
5.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA.....	132
5.1.1 Precedentes histórico-legislativos no Brasil	137
5.1.2 O Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) como um dos principais fomentos à governança corporativa no Brasil.....	139
5.1.3 Princípios do código de melhores práticas de governança corporativa.....	141
5.2 CONCEITO E ABRANGÊNCIA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA.....	142
5.2.1 A teoria da separação entre a propriedade e o controle e seus reflexos na sociedade anônima	143
5.2.2 Estrutura organizacional da sociedade anônima e sua função social.....	146
5.2.3 Conceito de governança corporativa.....	151
5.2.4 Principais modelos de governança corporativa	155
5.2.5 Questões centrais da governança corporativa	157
5.3 A ARBITRAGEM COMO UMA DAS QUESTÕES CENTRAIS DA GOVERNANÇA CORPORATIVA NO BRASIL	161
5.4.1 A sustentabilidade como pilar fundamental da governança corporativa.....	167
6 CONCLUSÃO	179
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	183

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o congestionamento do Poder Judiciário tem afetado sensivelmente a sociedade brasileira, a qual não tem obtido uma adequada prestação jurisdicional. Embora composto por valorosos juízes, estes, por força da prática generalista, no mais das vezes, pouco conhecem das realidades societárias e das questões complexas a elas atinentes.

De outro lado, os fenômenos da globalização e da dinamização das relações empresariais reclamam meios ágeis, respostas imediatas às divergências, tornando inadmissíveis demandas judiciais que se estendam por anos, sem perspectivas concretas e razoáveis de solução, no Poder Judiciário.

Dentro desse contexto, significativa parcela da proteção legal conferida às empresas torna-se inócua, impossibilitando-se a tutela jurisdicional célere e efetiva, à luz do que dispõe o inciso LXXVIII, artigo 5º, da Constituição Federal. Isso acarreta prejuízos claros ao desenvolvimento do mercado brasileiro, sobretudo, à responsabilidade social das empresas, representada pela governança corporativa. As empresas e grupos econômicos não podem submeter-se a processos longos, custosos e normalmente pouco efetivos para a solução de questões que demandam respostas rápidas e satisfatórias. A morosidade da solução judicial compromete as atividades empresariais e, conseqüentemente, a economia do país, por conta do caráter institucional destas sociedades, prejudicando geração de empregos, tecnologia, tributos etc.

Assim, a arbitragem, juntamente com outros meios extrajudiciais de solução de controvérsias, apresenta-se como alternativa extremamente vantajosa às empresas e aos seus integrantes. Por meio dela é possível solucionar conflitos empresariais complexos ou simples de uma forma mais célere, justa, confidencial e econômica, superando-se os entraves do processo judicial típico. Essas características arbitrais, em especial na modalidade de cláusula compromissória, propiciam a perenidade das relações sociais no âmbito societário, bem como fomentam a prática da boa governança corporativa, ensejando o desenvolvimento econômico e social do país, por meio da atração de novos investimentos estrangeiros e do fortalecimento do mercado de capitais.

Como instrumento de pacificação de conflitos societários, ademais, a arbitragem traz os princípios da autonomia da vontade (art. 5º, inc. II, CF) e da duração razoável da solução dos conflitos (art. 5º, inc. LXXVIII, CF c/c art. 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, recepcionado pelo Brasil por meio do Decreto nº 678/92), uma vez que viabiliza a proteção do direito fundamental à célere resolução das controvérsias emanadas da vida em sociedade, com a obtenção de uma resposta justa, eficaz e dignificada (art. 1º, inc. III, CF).

O presente trabalho não visa ao exame completo e exaustivo do instituto da arbitragem, tampouco do tema das sociedades empresárias. Por meio de um corte metodológico, serão examinados os limites de aplicação e os reflexos sociais das cláusulas compromissórias insertas nos estatutos sociais, ou seja, somente no âmbito das sociedades anônimas no contexto nacional, por serem o tipo societário mais utilizado pelas grandes corporações que comumente adotam a arbitragem e ofertam suas ações no mercado de capitais, foco das boas práticas de governança corporativa.

Para tanto, serão abordados, inicialmente, os precedentes históricos da arbitragem no Brasil, bem como as principais características, as vantagens, alguns aspectos processuais e a natureza jurídica do instituto, com ênfase na cláusula compromissória. Em seguida, será realizada uma breve análise do direito comparado, com referências meramente legislativas, limitadas aos seguintes países, por conta da disponibilidade de material: Estados Unidos, França, Itália, Espanha e Peru.

Por derradeiro, um breve estudo sobre o caráter negocial da cláusula compromissória, como fonte de produção de normas pelos sujeitos privados. Para tanto, examinar-se-ão fundamentos da cláusula compromissória como expressão da faceta privada da arbitragem e a sua natureza de negócio jurídico, bem como as consequências concretas desta natureza.

Adentrando no tema específico, serão analisadas de forma isolada as seguintes hipóteses de vinculação subjetiva da cláusula compromissória: acionistas ingressantes, dissidentes e ausentes; diretores não-acionistas; grupos societários e contratos conexos; e contratos que envolvam a Administração Pública. Na sequência, uma análise geral da cláusula compromissória no direito italiano, de acordo com suas recentes alterações legislativas no âmbito societário que superam diversos questionamentos antes

existentes na doutrina e na jurisprudência italiana, bem como representam um grande avanço na área, o que servirá como inspiração aos nossos operadores do direito.

Por fim, serão traçadas considerações sobre a governança corporativa e a sustentabilidade, desde a sua origem até suas principais características, cujas idéias estimulam a adoção da arbitragem como forma de harmonização de interesses das empresas e desenvolvimento econômico e social, na medida em que atrai mais investimentos estrangeiros ao país diante da credibilidade destes na resolução de controvérsias que, *a priori*, poderiam comprometer o sucesso e desempenho do empreendimento empresarial se submetidas ao Poder Judiciário.

2 ARBITRAGEM COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

2.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS NO BRASIL

Sob o ponto de vista histórico, a arbitragem está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o século XIX, com as Ordenações Filipinas de Portugal (Livro Terceiro, Títulos XVI e XVII)¹ que se aplicavam no Brasil mesmo após sua independência.

Em seguida, o instituto foi previsto no artigo 160 da Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março 1824² e em diversos dispositivos do Código Comercial de 1850³, que, influenciado pelo Código Comercial francês, instituiu a arbitragem obrigatória para a composição de determinadas causas, dentre as quais, as controvérsias surgidas no âmbito dos contratos comerciais (artigo 245), bem como aquelas oriundas das relações entre sócios e destes com a sociedade (artigos 294, 302, § 5º, e 348).

No mesmo ano do advento do Código Comercial, foi aprovado o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, que “abordou o instituto da arbitragem, diferenciando as hipóteses de uso obrigatório e facultativo, reservando aquele para as causas comerciais e este para as demais causas”⁴. Após diversas críticas, a arbitragem obrigatória foi revogada pelo artigo 3º da Lei nº 1.350, de 14.09.1866, subsistindo tão-somente a arbitragem voluntária⁵.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891⁶, por sua vez, não repetiu o preceito constante do artigo 160 da Constituição antecessora, sem que isso deixasse de corresponder à ab-rogação da arbitragem no direito pátrio, cuja prática foi mantida e autorizada por leis esparsas.

¹ Disponível no site <http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3ind.htm> em 15SET07.

² Disponível no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm em 15SET07.

³ Disponível no site <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L0556-1850.htm> em 15SET07.

⁴ ROSSI, Lívia. **Arbitragem na lei das sociedades anônimas**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 129, jan-mar 2003, p. 187.

⁵ BRAGHETTA, Adriana. **Cláusula compromissória: auto-suficiência da cláusula cheia**. Revista dos Tribunais, ano 91, vol. 800, junho 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 138.

⁶ Disponível no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm em 16SET07.

Em virtude do retorno ao sistema de unidade processual, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934⁷, vetou o pluralismo processual voluntário e obrigatório, o qual FOI mantido pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937⁸.

Embora não existisse previsão no plano constitucional no final do século XIX e início do século XX, a arbitragem foi introduzida no Código Civil de 1916, nos seus artigos 1.037 a 1.048 (Livro das Obrigações), regulando expressamente o compromisso arbitral⁹, silenciando-se, porém, quanto à cláusula compromissória. Esses dispositivos sofreram algumas alterações realizadas pelo Código de Processo Civil de 1973, vigorando até o advento da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, sendo por esta revogados.

A disciplina do Código Civil de 1916 se manteve no Código de Processo Civil de 1939 (artigos 1.031 a 1.046 – Livro do Juízo Arbitral), no qual se previa a possibilidade de arbitragem, desde que houvesse o compromisso e a respectiva homologação judicial, omitindo-se em relação à modalidade de cláusula compromissória.

O diploma legal que passou a tratar de forma mais detalhada o assunto foi o Código de Processo Civil de 1973, no qual se reservaram no Livro de Procedimentos Especiais quatro seções, “Do Compromisso”, “Dos Árbitros”, “Do Procedimento” e “Da Homologação” (artigos 1.072 a 1.102), também revogadas pela Lei nº 9.307/96. Esse Código de Processo Civil desconsiderou o que havia de mais moderno previsto na Convenção de Nova Iorque de 1958 e no já ratificado Protocolo de Genebra de 1923, fazendo prevalecer o entendimento de que apenas o compromisso arbitral seria vinculante e passível de execução, desde que devidamente homologado pelo juiz competente para adquirir eficácia de título executivo. A cláusula arbitral, por sua vez, seria mera

⁷ Disponível no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm em 16 SET07.

⁸ Disponível no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm em 16 SET07.

⁹ A convenção de arbitragem possui duas modalidades (artigo 3º da Lei nº 9.307/96): a cláusula compromissória que se destina a futuros e eventuais conflitos que possam surgir entre as partes (artigo 4º da Lei nº 9.307/96); e o compromisso arbitral, instituído quando já existem controvérsias entre as partes (artigo 9º da Lei nº 9.307/96).

promessa de contratar, cuja inobservância ensejaria apenas perdas e danos, sem comportar execução específica¹⁰. Em outras palavras,

Receoso, preferiu o legislador de 1973 (arts 1.072 a 1.102) manter um regime ortodoxo e de pouquíssimo efeito pragmático em sede de arbitragem, cujos pecados capitais eram representados, em síntese, pela não vinculação e obrigatoriedade da cláusula compromissória e pela não atribuição de verdadeira jurisdição privada aos árbitros, à medida que os 'laudos' ficavam na dependência de apreciação e homologação pelo Poder Judiciário, sem contar que da sentença que homologava ou não o laudo admitia-se a interposição do recurso de apelação, enquanto a sentença arbitral estrangeira ficava na dependência de preencher requisito da chamada 'dupla homologação' (no país de origem e perante o STF)¹¹.

Diante disso, visando compatibilizar o tratamento pátrio sobre a arbitragem aos ordenamentos estrangeiros mais modernos, foram criados, respectivamente, três anteprojetos, datados de 1981 (composto por 28 artigos e publicado no *DOU* de 17.05.1981), 1987 (composto por 37 artigos e publicado no *DOU* de 27.02.1987) e 1988 (composto por 10 artigos e publicado no *DOU* de 14.07.1988)¹². Os dois primeiros propunham um diploma específico sobre a matéria e o terceiro apresentava apenas uma nova disciplina por meio de reforma do Código de Processo Civil, sendo todos, porém, esquecidos.

A previsão constitucional da arbitragem, por sua vez, foi retomada pela Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988¹³, ora vigente, que a consagrou expressamente como forma de dissolução de dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, consoante o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 114 (Título IV – Da Organização dos Poderes).

Apesar das previsões legais esparsas e do preceito constitucional, ainda havia muita resistência na utilização da arbitragem, o que acarretou diversas críticas por parte da doutrina, já que a impossibilidade de execução

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.13.

¹¹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**. 2ª., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 99.

¹² FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Idem*, p. 100.

¹³ Disponível no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm em 16SET07.

específica da cláusula compromissória e a necessidade de dupla homologação para as arbitragens realizadas no exterior representavam obstáculos insuperáveis ao desenvolvimento do instituto no país. Pode-se dizer que

[...] a arbitragem, antes da edição da Lei 9.307, de 23.9.1996 – lei hoje vigente e que regula o instituto da arbitragem entre nós, inclusive no âmbito das relações societárias, nunca chegou a se apresentar como um instrumento eficaz de solução de litígios. A razão para isto é muito simples, para que a sentença arbitral viesse a surtir efeito era necessária a homologação da mesma perante o Poder Judiciário, ocasião em que se iniciava um novo processo perante o juízo estatal, onde se analisava, inclusive, a justiça da decisão, abrindo-se então a possibilidade proferir outra que se entendesse mais adequada ao caso. Assim, as partes não viam utilidade em recorrer ao juízo arbitral, na medida em que o laudo arbitral, para tornar-se exequível, deveria necessariamente passar pelo crivo do juiz estatal, fato este que minimizava sobremaneira as vantagens da arbitragem, especialmente no que se refere à celeridade inerente àquele procedimento¹⁴.

Em 1990, o Superior Tribunal de Justiça, no RESp 616/RJ, de Relatoria do Ministro Gueiros Leite¹⁵, contribuiu significativamente para a evolução da arbitragem, ao considerar a cláusula arbitral inserida nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo de Genebra de 1923 apta a instituir o juízo arbitral.

Finalmente, em novembro de 1991, lançou-se, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, a “Operação Arbiter”, na qual coube à comissão relatora, composta por Selma Maria Ferreira Lemes, Pedro Antonio Batista Martins e Carlos Alberto Carmona, extrair dos anteprojetos anteriores o que havia de mais interessante a fim de concluir pela apresentação de um novo

¹⁴ BERTOLDI, Marcelo M.; SOBRINHO, Carlos Augusto F. Alves; TOKARS, Fábio; OLIVEIRA, Fernando A.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Reforma da lei das sociedades anônimas: comentários à lei 10.303, de 31.10.2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 70-71.

¹⁵ Disponível no site <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28616%29+E+%28%22%20GUEIROS+LEITE%22%29.min.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3> em 13SET07.

projeto idôneo para atender às expectativas nacionais e internacionais¹⁶. Esse projeto de lei foi de iniciativa do Senador Marcos Maciel, identificado no Senado pelo n. 78/92 e na Câmara de Deputados pelo n. 4.018/93, que originou a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996¹⁷, colocando o Brasil, no que concerne ao seu direito positivo, na vanguarda mundial em matéria de arbitragem.

Em linhas gerais, prestigiaram-se os seguintes temas: o princípio da autonomia da vontade, fortalecimento da arbitragem institucional, tratamento conferido de forma conjunta à cláusula e ao compromisso arbitral (espécies do gênero “convenção de arbitragem”), equiparação do laudo à sentença arbitral e, por fim, superação da questão da homologação da decisão arbitral e do respectivo recurso de apelação¹⁸.

A lei de arbitragem, portanto, representou uma conquista para o direito brasileiro na moderna ciência processual¹⁹ ao quebrar paradigmas e acentuar a autonomia da vontade das partes, permitindo-se aos indivíduos, por meio da arbitragem (compromisso e cláusula arbitral), confiarem a terceiro(s) a composição de suas controvérsias²⁰ com inúmeras vantagens em relação ao

¹⁶ ENEI, José Virgílio Lopes. **A arbitragem nas sociedades anônimas**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 129, jan-mar 2003, São Paulo: Malheiros Editores, p. 140.

¹⁷ Disponível no site <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9307.htm> em 12SET07.

¹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 134-137.

¹⁹ Sob a ótica atual da Lei nº 9.307/96, constata-se que os autores do anteprojeto optaram por uma posição mais ortodoxa, compatível com o estágio de desenvolvimento do instituto da arbitragem àquela época, visto que poderiam ter adotado um tratamento mais moderno, tal como a Lei Espanhola nº 36, de 1998, na qual se utiliza, por exemplo, a expressão “convenção arbitral”, sem fazer qualquer distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (vide PINTO, José Emílio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do código civil**. Disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6025> em 15SET07).

²⁰ Ao longo do trabalho, os termos “controvérsias”, “litígios” e “conflitos” serão utilizados como sinônimos, embora haja diferenciação entre os mesmos, bem destacada por SILVA: “Controvérsias, litígios e conflitos são todas circunstâncias que podem determinar o epílogo de um contrato ou negócio jurídico, e, por consequência, dos relacionamentos que são embutido. Entretanto, há que se insistir em sua diferenciação prática. O conflito é o fenômeno maior, ocorrido no mundo amplo dos fatos e representa um choque de interesses diversos. O litígio é um extrato dele, uma especificação, poder-se-ia qualificá-lo ainda como uma *determinação* dos limites e contornos do conflito. A controvérsia, por sua vez, é uma dúvida, uma pendência, uma polêmica ou um debate. Se no conflito puro e no litígio se induz ao rompimento, na controvérsia se procura o esclarecimento, a aclaração ou elucidação de determinada questão. A distinção, notadamente, entre *litígio* e *controvérsia* se dará pela postura que os envolvidos assumam diante do conflito, fenômeno humano e social, de certa forma inevitável” (SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 199 - grifos do autor).

Poder Judiciário, tais como celeridade, sigilo e especialização dos julgadores. Aliás,

As estatísticas são eloquentes. Do número insignificante de processos arbitrais em 96, ano de promulgação da nova lei, passou-se para cerca de 4.000 arbitragens anuais, das quais, aproximadamente 90% realizadas nos campos trabalhistas e do direito do consumidor, e as demais em questões comerciais, internacionais e domésticas²¹.

Não apenas a edição da lei foi determinante para o desenvolvimento efetivo da arbitragem, mas também o posicionamento dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, na SE nº 5206 AgR, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em que se reconheceu a constitucionalidade dos artigos 18 (irrecorribilidade da sentença arbitral) e 31 (efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral) da Lei nº 9.307/96 em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal e demais corolários, tais como os princípios do juiz natural e devido processo legal, todos previstos no artigo 5º, respectivamente nos incisos XXXV, XXXVII e LIV, da Constituição Federal²².

Dentre os principais fundamentos da constitucionalidade da arbitragem, estão

[...] a) desmistificação do monopólio estatal da jurisdição, que também se estende ao(s) árbitro(s); b) autonomia da vontade para acionar ou renunciar a jurisdição estatal (opção do jurisdicionado); c) as partes podem dispor livremente dos bens patrimoniais; d) a própria lei da arbitragem admite em seu bojo mecanismos de intervenção do Poder Judiciário em determinadas circunstâncias, v.g., nulidades, execução forçada, direitos indisponíveis, efetivação das tutelas de urgência (arts. 22, §§ 2º e 4º, 32, 33 e parágrafos, todos da Lei 9.307/96); e) em caso de recalcitrância por parte daquele que

²¹ WALD, Arnold; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Dez anos da lei de arbitragem**. Revista Jurídica Consulex, ano X, n. 234, 15 de outubro de 2006, Brasília: Editora Consulex, p. 43.

²² Disponível no site http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?PROCESSO=5206&CLASSE=SE%2DAgR&cod_classe=544&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M em 13SET07.

contratou a cláusula compromissória, o compromisso da arbitragem deve ser realizado judicialmente (art. 7º)²³.

Em prol da constitucionalidade da arbitragem TEIXEIRA aduz seis argumentos, quais sejam: o acesso ao Poder Judiciário é expressamente ressalvado pela Lei nº 9.307/96, nos casos por ela previstos; a possibilidade de se argüir a nulidade da arbitragem em embargos à execução (artigo 33, §3º, da Lei nº 9.307/96 c/c artigo 741 do Código de Processo Civil); a exeqüibilidade da decisão arbitral, bem como a coerção de qualquer medida se opera somente mediante o Poder Judiciário; a sentença arbitral estrangeira está sujeita à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (artigo 33 da Lei nº 9.307/96); a controvérsia em torno de direitos indisponíveis, inclusive em caráter prejudicial, conduz o procedimento ao Poder Judiciário (artigo 25 e §1º, da Lei nº 9.307/96)²⁴; a efetivação da arbitragem pelo Poder Judiciário (artigo 7º da Lei nº 9.307/96), no caso de resistência de uma das partes à sua instituição²⁵.

A extensão de forma absoluta do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário significaria a própria supressão do princípio da autonomia da vontade. O princípio da inafastabilidade garante o direito de ação, mas não o impõe, ou seja, não estabelece que as partes devam se submeter obrigatoriamente à apreciação judicial seus conflitos, sendo, inclusive, admissível e lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide. Assim, não somente é constitucional, mas também recomendável às partes que sujeitem suas controvérsias ao juízo arbitral, ao versarem sobre direitos patrimoniais, cuja decisão tem efeitos idênticos àqueles produzidos por uma sentença judicial.

No âmbito societário, há a possibilidade de arbitragem estatutária nas sociedades anônimas, nos termos do artigo 129, §2º da Lei n.º 6.404/76 (LSA), cuja faculdade foi reforçada pela Lei n.º 10.303, de 31 de outubro de 2001, que incluiu o §3º no artigo 109 da Lei n.º 6.404/76, em que se assegura

²³ COSTA, Nilton César Antunes. **Poderes do árbitro: de acordo com a lei 9.307/96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

²⁴ Vale lembrar que antes da Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, que incluiu a alínea "i", no inciso I, do artigo 105, da Constituição Federal, a competência para homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* às cartas rogatórias era do Supremo Tribunal Federal.

²⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, n.735, jan. 1997, p. 39-48.

expressamente a possibilidade de o estatuto da companhia submeter ao juízo arbitral controvérsias societárias²⁶.

Nesse aspecto, VILELA discorda do entendimento de que o artigo 129, §2º, da Lei n.º 6.404/76, referencia a arbitragem, sustentando que se trata, na verdade, de arbitramento diante da ausência de litígio propriamente dito, visto que eventual empate quanto à deliberação de determinada matéria por uma assembléia geral de sociedade anônima não configura conflito a demandar a atividade jurisdicional, tampouco há qualquer descumprimento de obrigação legal ou contratual²⁷. Para respaldar sua posição, o autor pontifica a diferença existente entre arbitramento e arbitragem:

A simples interveniência de um terceiro visando à harmonização de um entendimento, ou mesmo a fixação de determinada obrigação, não se confunde com a arbitragem. O arbitramento coloca-se antes da eclosão do litígio, já que comparece na formação da vontade das partes para a criação de determinada obrigação. No §2º do art. 129 da Lei n.º 6.404/76 [...] Está-se diante de um procedimento de aperfeiçoamento do ato jurídico em seu nascedouro, e não diante de um conflito decorrente do descumprimento desta mesma obrigação ou de outra. Naquele, a intervenção de um terceiro não é indispensável, mas a verdadeira opção das partes. Já na atividade jurisdicional, como já se afirmou, a atividade de substituição da vontade das partes – portanto, com a obrigatoriedade de intervenção de um terceiro com poder de pacificar o conflito – é traço caracterizador²⁸.

No mesmo sentido, CARVALHOSA sustenta que a sociedade, ao se valer de terceiro (um arbitrador), ou ainda do Poder Judiciário, está permitindo uma indevida ingerência na vontade social. A melhor alternativa, segundo o autor, seria a previsão nos estatutos sociais das sociedades anônimas de instrumentos como a *golden share* (voto qualificado) ou, ainda, quando

²⁶ ENEL, José Virgílio Lopes. **A arbitragem...**, p. 137, nota de rodapé.

²⁷ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no Direito Societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pp. 159-160.

²⁸ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Idem*, p.159

possível, a presunção de que o empate equivale à desaprovação de determinada matéria submetida à assembléia geral²⁹.

Não obstante o respeitável entendimento dos autores, a posição mais adequada é de que referido dispositivo prevê a típica arbitragem, na medida em que não se presta apenas aos litígios, mas também a impasses societários, cujo caráter jurisdicional, tal como a jurisdição voluntária (artigos 1.103 e seguintes do Código de Processo Civil)³⁰, não afasta a aplicação do instituto.

Outrossim, a criação do Novo Mercado pela Bolsa de Valores do Estado de São Paulo e do Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado³¹, calcados no princípio de governança corporativa, atribuíram à arbitragem especial importância, uma vez que os investidores, sobretudo os acionistas minoritários que atuam no mercado acionário, buscam garantias para optar por tal tipo de investimento.

Por fim, oportuno citar, também, os artigos 851 a 853 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que dispõem sobre o compromisso e a cláusula arbitral nos contratos, bem como a publicação do Decreto Legislativo n.º 52, de 25 de abril de 2002, que ratificou a adesão do Brasil à Convenção de Nova Iorque, grande marco do desenvolvimento nacional da arbitragem³².

²⁹ CARVALHOSA, Modesto; LATORRACA, Nilton. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. Vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 617-627.

³⁰ Ao tratar da jurisdição voluntária, NERY afirma que “[...] tem-se entendido, conforme a doutrina dominante, ser ela atividade judiciária de administração pública de interesses privados [...] que, em virtude de opção legislativa, comportam fiscalização pelo poder público, tendo em vista a relevância que representam para a sociedade [...] nos procedimentos de jurisdição voluntária não há lide, mas simples controvérsia, não há partes, mas interessados [...] já que inexistente lide” (NERY JUNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 1224-1225)

³¹ Disponível no site <http://www.bovespa.com.br/pdf/regulamentonov07012002.pdf> em 30AGO07.

³² O artigo 34 da Lei n.º 9.304/96 estabelece que a execução de laudos estrangeiros no Brasil seguirá primordialmente as convenções e tratados internacionais em vigor, submetendo-se ao procedimento estabelecido na referida lei apenas na ausência ou no silêncio de tais tratados e convenções. Nesse contexto, vale lembrar que os tratados e convenções internacionais têm eficácia de lei federal quando aderidos pelo Brasil, sendo passíveis, no entanto, de equiparação a emendas constitucionais se aprovados “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”, conforme dispõe o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.

2.2 A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM À LUZ DA LEI Nº 9.307/96

Realizado o breve histórico da arbitragem no Brasil, torna-se relevante fazer algumas abordagens específicas deste instituto à luz da Lei nº 9.307/96, que doravante serão individualmente analisadas.

2.2.1 Conceito e modalidades

De acordo com o sistema jurídico brasileiro, define-se a arbitragem como um meio alternativo de solução de controvérsias, com regulamento próprio previsto na Lei nº 9.307/96 e força executória perante tribunais estatais, cujas partes contratantes, capazes, escolhem um terceiro, árbitro, para dirimir o conflito que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º, da Lei nº 9.307/96)³³. Nas palavras de CARMONA:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão arbitral destinada a assumir a mesma eficácia de sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor³⁴.

Dos conceitos ora apresentados, é possível extrair os requisitos básicos para a instituição do juízo arbitral³⁵, bem como as suas modalidades.

³³ A Lei Modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission for International Trade Law*), no parágrafo primeiro, de seu artigo 7º, do Capítulo II, assim conceitua: “1. ‘Convenção de arbitragem’ é uma convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todo ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode revestir a forma de uma cláusula compromissória num contrato ou a de uma convenção autônoma”. Disponível no site http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-english_revised%2006.pdf em 17SET07.

³⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, São Paulo: Malheiros, 1998, p.44.

³⁵ KINTZEL sustenta que a capacidade das partes refere-se a um pressuposto processual de validade da arbitragem, assim como o juízo competente em razão da matéria, o compromisso arbitral válido e o árbitro imparcial e desimpedido. Por outro lado, tanto a convenção de arbitragem quanto a aceitação da nomeação pelo(s) árbitro(s) corresponderiam aos pressupostos de existência do juízo arbitral [KINTZEL, Juliano

No que tange aos requisitos, destacam-se dois, aplicáveis à arbitragem nacional e internacional, a saber: capacidade para celebrar a convenção de arbitragem e direitos disponíveis patrimoniais. Esses requisitos são também denominados pela doutrina brasileira como arbitralidade subjetiva (*ratione personae*)³⁶ e objetiva (*ratione materiae*), respectivamente.

Com relação ao primeiro requisito, somente as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem, isto é, de serem partes e estarem em juízo (artigo 851 do Código Civil), o que corresponde à capacidade civil tanto da pessoa natural no âmbito civil (artigos 1º e seguintes do Código Civil), assim definida como a aptidão de se tornar sujeito de direitos e deveres (maioridade civil e inexistência de qualquer restrição de direito que lhe reduza o pleno exercício da vontade), quanto da pessoa jurídica³⁷.

O segundo requisito, por sua vez, aduz que a arbitralidade só poderá ser instituída se o litígio versar sobre direitos patrimoniais e disponíveis, ou seja, aqueles, respectivamente, que tenham valor econômico e sejam passíveis

Woellner. **Condições de admissibilidade do juízo arbitral**. Monografia do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), 2001].

³⁶ Segundo FINKELSTEIN “arbitralidade é uma condição pela qual determinado caso se enquadra ou não aos fatos de uma certa disputa para determinar se a controvérsia é ou não sujeita à resolução pela via arbitral” (FINKELSTEIN, Cláudio. **A questão da arbitralidade**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 13, jan-mar 2007, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p.24). LEE, por sua vez, concebe a arbitralidade “de duas formas: *lato sensu* ou *stricto sensu*. A primeira consiste em determinar preliminarmente o campo de aplicação da cláusula compromissória, para, em seguida, examinar se o litígio é suscetível de ser resolvido pela arbitragem. Esta interpretação é utilizada principalmente pelos tribunais norte-americanos. A arbitralidade *stricto sensu* se limita à análise da condição de validade da convenção de arbitragem. Este conceito é utilizado amplamente pelo direito comparado [...] a arbitralidade *stricto sensu* pode ser qualificada de subjetiva ou de objetiva. A arbitralidade subjetiva ou *ratione personae*, refere-se à atitude do Estado, estabelecimento ou órgão público de concluir uma convenção arbitral. A arbitralidade objetiva ou *ratione materiae* analisa o objeto do litígio” (LEE, João Bosco. **O conceito de arbitralidade nos países do Mercosul**. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 8, ano 3, abr-jun 2000, p. 348). Por questões didáticas, abordaremos somente a questão da capacidade das partes, sem adentrar no tema da sujeição do Estado e suas entidades públicas à arbitragem, que será objeto de breve estudo no Capítulo IV.

³⁷ A título elucidativo, a capacidade civil divide-se em dois tipos: a) capacidade de direito: em que a pessoa adquire direitos, podendo ou não exercê-los, e b) capacidade de exercício ou de fato: em que a pessoa exerce seu próprio direito. Em outras palavras, a capacidade jurídica pode ser limitada ou sofrer restrições, já que uma pessoa pode estar no gozo de um direito, sem que tenha, necessariamente, o exercício, em razão da ocorrência de fatores físicos, de idade ou psicológicos. Trata-se de pessoas incapazes, para as quais a lei possibilita o exercício de direitos por meio da representação ou assistência, não se sujeitando, porém, ao juízo arbitral diante da intervenção obrigatória do Ministério Público (artigo 82 do Código de Processo Civil). Com isso, pode-se concluir que todas as pessoas possuem capacidade de direito, mas nem todas possuem a capacidade de exercício do direito.

de serem cedidos, alienados, onerados, transacionados e renunciados. Para PARIZATTO

Direitos patrimoniais devem ser entendidos como aqueles que possuem por objeto um determinado bem, inerente ao patrimônio de alguém, tratando-se de bem que possa ser apropriado ou alienado. Patrimônio indica o complexo de bens materiais ou não, direitos, ações, posse e tudo o mais que pertença a uma pessoa ou empresa e seja suscetível de apreciação econômica [...] Os direitos a serem objeto de arbitragem devem ser aqueles tidos como disponíveis, ou sejam, suscetíveis de livre disposição. Os direitos tidos indisponíveis, ou sejam, impossíveis de serem vendidos, doados, cedidos, negociados, serão assim insuscetíveis de arbitragem³⁸.

Nesse contexto, oportuno ressaltar que em todos os sistemas legais há uma ampla gama de direitos indisponíveis por força de lei, com caráter de ordem pública, sujeitos apenas à justiça estatal. Dentre essas matérias, destacam-se

[...] as que digam respeito ao estado e capacidade das pessoas, ou as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal, de interesse da Fazenda Pública, relativas a acidentes de trabalho, ou a resíduos, conforme dispõem o inc. II do art. 92 do CPC e o § 1º do art. 3º da Lei 7.244 que criou Juizados de Pequenas Causas. Igualmente são indisponíveis entre nós, por força de lei, os direitos relacionados a ações que exigem a intervenção do Ministério Público, como as ações que envolvam bens de ausentes ou incapazes, ou de herança jacente, ou testamento, o inventário ou o arrolamento, ou, ainda a ações coletivas que sejam de iniciativa do Ministério Público, como a ação civil pública³⁹.

LEE critica o termo “disponibilidade de direitos” diante da impossibilidade de defini-lo com exatidão, invocando, para tanto, o artigo 1º da Lei nº 9.307/96, que faz referência a outro critério, de caráter patrimonial dos

³⁸ PARIZATTO, João Roberto. **Arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.1996 (doutrina e prática forense)**. São Paulo: LED, 1997, p. 16.

³⁹ GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 4, nº 12, abril-junho de 2001, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 339.

direitos, sendo este o responsável pela delimitação da disponibilidade do direito na relação litigiosa. Em face disso, pontifica o autor que

A ordem pública e o caráter patrimonial da matéria litigiosa são critérios secundários para a determinação da arbitrabilidade objetiva. A livre disponibilidade de direitos se destaca como principal fator para definir a arbitrabilidade. Mas, diante da ausência de definição da livre disponibilidade de direitos, preferimos um critério mais objetivo, como aquele consagrado pelo art. 177, inc. 1 da Lei de Direito Internacional Privado Suíço, que recorreu à noção de causa de natureza patrimonial, o que gera uma certeza maior na delimitação do campo de aplicação da arbitrabilidade⁴⁰.

A arbitragem é constituída pela vontade expressa das partes na convenção arbitral, da qual são espécies (modalidades) a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (artigo 3º da Lei nº 9.307/96). A primeira é estipulada por escrito⁴¹, inserta no contrato ou em documento apartado a este vinculado, com o objetivo de submeter ao processo arbitral⁴² os litígios futuros advindos da relação contratual (artigo 4º, da Lei nº 9.307/96), podendo ser cheia (auto-suficiente) ou vazia (patológica), de acordo com o grau de completude das determinações contratuais.

⁴⁰ LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 65.

⁴¹ Sobre a forma da cláusula arbitral, ROSSI afirma que “segundo a grande maioria dos doutrinadores brasileiros, pode a cláusula compromissória ser avençada mediante troca de correspondência epistolar entre as partes, telex, telegrama, fac-símile, desde que comprovada a proposta de uma das partes e a aceitação da outra [...] sendo esta inclusive a redação do §2º do art. 7º da Lei-Modelo UNCITRAL (*United Nations Commission for International Trade Law*) [...]” (ROSSI, Lívia. **Arbitragem na...**, p. 194). Vale destacar também que a Lei de Arbitragem Alemã, de 22 de dezembro de 1997 – que modificou o Livro X do Código de Processo Civil Alemão – possui disposição expressa nesse sentido, no seu §1.031, *in verbis*; “1. A convenção arbitral deve ser indicada em um documento firmado pelas partes ou em um intercâmbio de cartas, de telex, de telegramas, ou de qualquer outro meio de telecomunicação suscetível de comprovar sua existência [...] 6. A ausência de forma se garante com a defesa sobre o fundo” (LÓPEZ, Carlos Alberto Matheus. **El convenio arbitral en el derecho peruano**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 4, out-dez 2004, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 87).

⁴² Embora seja conteúdo do próximo tópico, importante esclarecer que a Lei nº 9.307/96, nos seus artigos 18 e 31, atribuiu à natureza jurídica da arbitragem um caráter jurisdicional, motivo pelo qual o termo utilizado sempre será “processo” e não “procedimento” arbitral. Nesse sentido, CARMONA pontifica que há “perfeita equivalência entre arbitragem (mecanismo jurisdicional) e o processo estatal (mecanismo também jurisdicional): em outras palavras, o árbitro faz, efetivamente, o papel de juiz, de fato e de direito, e por isso a própria natureza jurídica do instituto responde a esta idéia de jurisdicionalidade” (CARMONA, Carlos Alberto. **Processo arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 1, n. 1, jan-abr 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.22).

Com relação ao compromisso arbitral, trata-se de uma convenção judicial ou extrajudicial que dispõe sobre a arbitragem após o surgimento do conflito (artigo 9º da Lei nº 9.307/96). Desse compromisso deverão constar, obrigatoriamente, além dos requisitos previstos nos parágrafos do artigo 9º da Lei nº 9.307/96, a qualificação do(s) árbitro(s) ou do órgão arbitral, a matéria objeto da arbitragem e o lugar no qual será proferida a sentença arbitral (artigo 10 da Lei nº 9.307/96).

A cláusula compromissória, em especial, possui algumas peculiaridades que merecem ser apontadas. Primeiramente, é de uma cláusula dotada de autonomia, conforme dispõe o artigo 8º da Lei nº 9.307/96, por se tratar de “um subcontrato ou contrato acessório que se reveste de autonomia em relação ao vínculo principal, de forma que a nulidade deste não significa, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”⁴³. Há países que a denominam como princípio da autonomia (Estados Unidos⁴⁴ e Brasil, por exemplo) ou separabilidade da cláusula arbitral (Inglaterra⁴⁵ e Peru⁴⁶, por exemplo)⁴⁷.

⁴³ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição...**, p. 184.

⁴⁴ No direito norte-americano, o princípio da autonomia da cláusula compromissória encontra-se positivado na Seção II, do Capítulo I, da *The Federal Arbitration Act*, que assim dispõe: “Seção 2. Validade, irrevogabilidade e execução dos acordos arbitrais. A cláusula escrita em qualquer transação marítima ou contrato que evidencie o envolvimento de uma transação comercial, para solucionar pela arbitragem as controvérsias que surjam do dito contrato ou transação, ou a recusa em executar o todo ou parte destes, ou um acordo escrito para submeter a arbitragem a uma controvérsia existente decorrente do contrato, da transação ou da recusa, deverá ser válida, irrevogável e exequível, salvo dispositivo contido na lei ou derivado da equidade que imponha a revogação do contrato” (tradução livre). Antes disso, porém, referido princípio foi reconhecido na decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, nº 388 *United States Report* 395 (1967), ao determinar que ele “só seria aplicável às alegações em que o contrato que contivesse a cláusula compromissória fosse anulável [...]” (ROONEY, John. **Corte Suprema dos Estados Unidos confirma a aplicação da autonomia da cláusula compromissória como lei federal substantiva de arbitragem**. Tradução de Rafael Augusto Firakowski Cruz. Revista de Brasileira de Arbitragem, n. 10, abr-jun 2006, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 165).

⁴⁵ Na Inglaterra, referido princípio encontra-se previsto no *Arbitration Act 1996 (the Act)*, *Chapter 23, Section 7*: “A menos que as partes tenham convencionado de outra forma, uma convenção arbitral que forma ou pretendia formar parte de outro acordo (escrito ou não) não deve ser declarada como inválida, inexistente ou ineficaz porque o outro acordo é inválido, ou não se tornou existente ou se tornou ineficaz, e deve por isso ser tratada como um acordo distinto” (tradução livre). Um dos maiores passos para a adoção desse princípio na Inglaterra, antes mesmo de sua codificação, foi o caso *Harbour Assurance Co (UK) Ltd v Kansa General International Insurance Co Ltd and others* (disponível no site <http://www.swarb.co.uk/lisc/Arbit19931993.php> em 08SET07).

⁴⁶ O Peru também possui previsão expressa desse princípio, no seu artigo 16, da Lei nº 26.572/96, a saber: “Separabilidade do ajuste arbitral. A inexistência, rescisão, resolução, nulidade ou anulabilidade total ou parcial de um contrato ou outro ato jurídico que contenha

Outrossim, como já referido anteriormente, a cláusula arbitral pode ser cheia (auto-suficiente) ou vazia (patológica). A cláusula cheia está prevista no artigo 5º da Lei nº 9.307/96, segundo o qual cabe às partes optarem pela arbitragem institucional (quando bastará reportar-se a cláusula ao regulamento de um órgão arbitral)⁴⁸ ou, então, estabelecerem, na própria cláusula ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem (arbitragem *ad hoc*). Neste tipo de arbitragem, as partes devem convencionar “[...] em primeiro lugar, como deve ser escolhido ou indicado o árbitro, estipulando, depois, que normas deve o árbitro aplicar (ou se pode julgar por equidade), o local onde os atos deverão ser praticados, a remuneração dos árbitros, etc.”⁴⁹.

Sobre o tema, LEMES assim apregoa:

A lei determina que a arbitragem está instituída quando os árbitros aceitam a nomeação (art. 19). Esta inovação da lei é importantíssima ante a legislação anterior, que considerava a arbitragem instituída quando o compromisso era firmado. Como consequência da nova disposição a teor do disposto nos arts. 3º e 5º que esclarecem que a convenção de arbitragem é tanto a cláusula compromissória como o compromisso, e que sendo a arbitragem institucional reger-se-á por regras específicas, pode-se concluir que a lei não exige compromisso

um ajuste arbitral, não implica necessariamente a inexistência, ineficácia ou invalidez deste. Em consequência, os árbitros poderão decidir livremente sobre a controvérsia submetida ao seu pronunciamento, que poderá versar, inclusive, sobre a inexistência, ineficácia ou invalidez do contrato ou ato jurídico que contenha o ajuste arbitral. É nula a estipulação contida no ajuste arbitral que coloca uma das partes em situação de privilégio sobre a outra em relação à designação dos árbitros, à determinação do número destes, da matéria controvertida ou das regras de procedimento” (tradução livre).

⁴⁷ A previsão legal princípio da autonomia ou separabilidade da cláusula arbitral encontra-se nas principais regras de arbitragem, a saber: item “23.1”, do artigo 23, da *The London Court of International Arbitration* (LCIA); item “4” do artigo 6º, da *International Court of Arbitration* (ICC); e item “2” do artigo 21 da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL). Disponível nos sites <http://www.lcia-arbitration.com/> e <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf> em 08SET07.

⁴⁸ Cumpre observar os apontamentos de STRENGER: “As instituições arbitrais providenciam cláusula-modelo geralmente em diversas línguas e, o que é mais importante, regras de arbitragem prontas, elaboradas por expertos e, em muitos casos, continuamente revisadas segundo a experiência de décadas. Além disso, a instituição ajuda com a seleção do lugar da arbitragem, a indicação e, se necessário, substituição de árbitros, além de inúmeras formas de assistência com procedimentos como fixação dos honorários dos árbitros ou a administração dos prazos. Finalmente, várias instituições também prestam amparo logístico, como a transmissão das petições escritas e documentos, ou a seleção e reserva das salas de audiência” (STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998, p. 53).

⁴⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Processo arbitral...**, p.24.

posterior para instaurar a arbitragem. Esta premissa é aplicada se estivermos diante de cláusula arbitral cheia, isto é, a cláusula que possua os requisitos necessários para instar o procedimento arbitral, tal como forma de escolha de árbitros, lei aplicável, local da arbitragem, prazo para a sentença arbitral, etc⁵⁰.

Quanto à cláusula vazia ou patológica (artigo 6º da Lei n.º 9.307/96), caracterizar-se-á quando nem sequer houver a indicação da forma de nomeação do árbitro, cabendo à parte interessada manifestar à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, convocando-a para firmar o compromisso arbitral. No caso de resistência à submissão ao juízo arbitral, caberá à parte interessada promover demanda judicial com o objetivo único de vê-lo instituído⁵¹, ou seja, pleitear o cumprimento específico da cláusula vazia (artigo 7º da Lei nº 9.307/96), cuja sentença judicial instituirá “a arbitragem, completando a vontade das partes que, por não ter sido manifestada, impedia o início da arbitragem”⁵².

A doutrina brasileira tem incentivado e sugerido a utilização de cláusulas cheias (em especial, aquelas que se reportem a determinado órgão arbitral institucional), que ensejam a instituição da arbitragem independentemente de compromisso arbitral, visto que as cláusulas vazias, destinadas apenas para casos excepcionais⁵³, necessitam de concordância

⁵⁰ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Mercosul – proposta de regulamentação quanto à solução de controvérsias privadas: conciliação e arbitragem**. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 535.

⁵¹ Para se requerer a intervenção do Poder Judiciário para a instituição da arbitragem, é necessário que tenha ocorrido a resistência da parte demandada, manifestada pelo não atendimento à intimação da parte demandante para celebração do compromisso arbitral (artigo 6º da Lei nº 9.307/96). Nesse contexto, a prévia notificação da parte contrária para a instituição do juízo arbitral configura condição de admissibilidade da ação prevista no artigo 7º da Lei nº 9.307/96, cuja ausência enseja a extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de interesse processual (artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil) (ALVIM, Arruda. **Exegese dos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307/96, de 1996**. In: MARTINS, Pedro A. Batista; ROSSANI GARCEZ, José Maria. **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo: LTr, 2002, p.169).

⁵² CARMONA, Carlos Alberto. **Processo arbitral...**, p.24.

⁵³ A indicação dos árbitros posteriormente ao nascimento da lide, tal como ocorre na cláusula vazia, justifica-se nas hipóteses em que não é possível às partes elegerem previamente o juízo arbitral adequado para cada tipo de controvérsia que o contrato possa ensejar.

das partes, sem a qual deverá a parte interessada recorrer ao Poder Judiciário para promover a execução específica da cláusula⁵⁴.

Nesse contexto, PINTO ressalta a necessidade de se interpretar as cláusulas arbitrais à luz do princípio da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil), ao qual as partes devem estar alinhadas, numa posição de colaboração mútua, que

No campo arbitral, diríamos que o sigilo sobre o procedimento arbitral, dados e informações trazidas à discussão, e o teor mesmo da sentença arbitral é manifestação inequívoca de alinhamento com o princípio da boa-fé, expresso na confiança que deve prevalecer na relação entre partes⁵⁵.

Portanto, o princípio da boa-fé objetiva, aplicável a todas as relações contratuais, está intimamente ligado aos conceitos e à prática da Lei n.º 9.307/96, objetivando assegurar as relações jurídicas. Esse princípio, aliás, adquire relevância nas cláusulas vazias ou patológicas, uma vez que a recalcitrância da parte em comparecer ou, no caso de comparecimento, sua recusa em instaurar a arbitragem, afeta o equilíbrio da equação econômica e acarreta prejuízos à parte que requereu a instituição do juízo arbitral e deseja ver a controvérsia solucionada. Em face disso, para PINTO

Certo é que a ação ou omissão voluntária estará caracterizada, respectivamente, na recusa ou na revelia. Dano surgirá fatalmente para a parte que requereu a instauração da arbitragem, na medida em que terá visto afetado um dos elementos integrantes da equação econômica do negócio jurídico, desequilibrando-a. Caracterizado o ato ilícito, na forma prevista no art. 186 antes mencionado, surgirá para essa parte revel ou que se recusou a instaurar a arbitragem, na forma convencionada, a obrigação de indenizar por perdas e danos⁵⁶.

⁵⁴ Por tratar-se de autêntica obrigação de fazer, aplicar-se-á o disposto no artigo 461-A do Código de Processo Civil.

⁵⁵ PINTO, José Emílio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do Código Civil**. Disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6025> em 15SET07.

⁵⁶ PINTO, José Emílio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do Código Civil**. Disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6025> em 15SET07.

A parte que teve frustrada a sua intenção de instaurar a arbitragem e foi obrigada a recorrer ao contencioso (execução específica da cláusula vazia), ainda que obtenha êxito judicialmente, fará jus à indenização por perdas e danos, tanto de ordem material, se comprovado o prejuízo efetivo, quanto de ordem moral, decorrente da quebra de confiança e sigilo, inerente ao instituto da arbitragem. Essa questão de perdas e danos será de competência do árbitro ou tribunal arbitral, que apreciará a prática do ilícito, a obrigação de indenizar e o respectivo montante.

Apenas a título elucidativo, à época da vigência do Código Civil de 1916, BEVILÁQUA firmou o entendimento de que, embora a cláusula compromissória não tivesse o condão de afastar a jurisdição estatal, seu descumprimento correspondia à violação de obrigação de fazer, com a decorrente responsabilização civil, no caso de indenização por perdas e danos⁵⁷.

No campo processual, por fim, vale ressaltar que, da interpretação sistemática do artigo 301, inciso IX e § 4º, do Código de Processo Civil c/c artigo 3º da Lei nº 9.307/96, o juiz pode conhecer de ofício a existência da cláusula compromissória, o que levará à extinção do processo sem resolução do mérito, mas jamais o compromisso arbitral, considerado como matéria de exceção processual. O legislador, na realidade, “valorizou a cláusula compromissória, permitindo ao juiz que se afaste do processo (extinguindo-o, em verdade) diante da vontade manifestada pelas partes de resolver futuras controvérsias através do julgamento arbitral”⁵⁸.

Ao lado disso, vale lembrar que a celebração da cláusula compromissória acarreta efeitos de duas espécies, a saber: eficácia negativa, que exclui da competência da jurisdição estatal a composição de conflitos oriundos da relação jurídica contratual na qual se inseriu a cláusula compromissória; e eficácia positiva, na medida em que potencializa a instituição do juízo arbitral, cuja competência é absoluta, não se admitindo prorrogação (artigo 113 do Código de Processo Civil).

⁵⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Vol. 4, 6ª. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943, pp. 188-201.

⁵⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Processo arbitral...**, p.25.

2.2.2 Natureza jurídica da arbitragem

Entende-se por natureza jurídica, segundo SILVA, a “essência, a substância ou a compleição das coisas”⁵⁹. A natureza jurídica da arbitragem, em especial, como não é objeto principal do presente trabalho e sendo um tema complexo, limitar-se-á a discorrer sobre as três principais correntes doutrinárias, quais sejam: privatista (enfoque contratual), publicista (ou processualista, com enfoque jurisdicional) e a mista (intermediária ou conciliadora).

A primeira, liderada por CHIOVENDA⁶⁰, nega jurisdicionalidade à arbitragem, sob o argumento de que o poder jurisdicional só pode ser conferido pelo Estado, jamais pelas partes. Defende-se a natureza puramente contratual da arbitragem, cuja competência dos árbitros deriva da vontade das partes e não do Estado, motivo pelo qual está desprovida do poder jurisdicional⁶¹.

CÂMARA também adota essa corrente ao negar o caráter jurisdicional da arbitragem, a qual não seria “um processo jurisdicional, pois a jurisdição é monopólio do Estado, não podendo ser exercida pelo árbitro, o qual é um ente privado”⁶².

Para COSTA, pode-se, assim, sintetizar os principais pontos dessa teoria:

a) se é a manifestação de vontade que institui a arbitragem é ela tão-somente sua essência, que tem base puramente contratual; b) se o árbitro não detém o poder de execução, logo não se vê a natureza jurisdicional na sua decisão; e c) se o monopólio da jurisdição é do Estado, falta investidura ao árbitro para tal fim⁶³.

A posição defendida por essa primeira corrente, todavia, era mais consistente antes da Lei 9.307/1996, pois se reconhecia exeqüibilidade somente à sentença judicial que homologava o laudo arbitral, mas não a este

⁵⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Forense: Rio de Janeiro, 2006, p. 944.

⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale, vol. II, 3ª ed., Saraiva: São Paulo, 1969, pp. 46-47.

⁶¹ ENEI, José Virgílio Lopes. **A arbitragem...**, p. 142.

⁶² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 11.

⁶³ COSTA, Nilton César Antunes. **Poderes do...**, p. 56.

propriamente dito, nos termos do Código Civil de 1916 e dos artigos 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil, já revogados.

Nesse contexto, urge salientar que as dificuldades na aceitação da arbitragem provêm da “disponibilidade léxica somente da palavra jurisdição, termo a que indissolavelmente ligada à idéia de decisão judiciária estatal, inexistente outra palavra para significar coisa diversa, isto é, a decisão por intermédio de órgão não-estatal”⁶⁴. Embora a jurisdição estatal seja o meio de solução de controvérsias mais evidente e o mais eficaz por conta de sua instrumentalização e coatividade, não é o único, haja vista a existência de numerosos meios alternativos a essa jurisdição decorrentes da autonomia de vontade das partes interessadas, sem excluir, conseqüentemente, o monopólio da jurisdição pelo Estado.

Conforme já exposto, o princípio da inafastabilidade da jurisdição do Poder Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, preconiza o “acesso à justiça”, cujo significado do princípio consiste não só no acesso ao processo jurisdicional estatal, mas, sobretudo, no acesso à ordem jurídica justa, isto é, garantia de ingressar com o processo em juízo e obter num tempo razoável⁶⁵ a manifestação jurisdicional solucionando o conflito.

Por essas e outras razões, que a Lei n.º 9.307/96, especialmente nos seus artigos 18 e 31, reconheceu a verdadeira natureza jurisdicional da arbitragem, atribuindo-se ao laudo arbitral os efeitos próprios de uma sentença, sendo esta a essência da segunda corrente publicista, comandada por CARMONA. Para eles, a arbitragem caracteriza-se como uma verdadeira jurisdição, já que antes da vontade das partes, é a vontade da lei que lhes permite celebrar a convenção arbitral⁶⁶.

No mesmo sentido, ALVIM afirma que a arbitragem caracteriza-se como uma jurisdição privada por corresponder a “um regime substitutivo da

⁶⁴ BENETI, Sidnei Agostinho. **Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17. jan-jun 2006, p. 105.

⁶⁵ Artigo 5º, inciso LXXXVIII da Constituição Federal (inciso inserido pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004).

⁶⁶ ROSSI, Lívia. **Arbitragem na...**, p. 190.

jurisdição que, apesar de não ser exercida pelo Estado visa à obtenção do mesmo fim, a pacificação social”⁶⁷.

DINAMARCO, por sua vez, sustenta que a arbitragem possui uma natureza parajurisdicional, na medida em que, embora o árbitro não exerça suas funções com o escopo jurídico de atuar a vontade da lei, na convergência em torno da finalidade social pacificadora reside algo muito forte que aproxima a arbitragem da jurisdição estatal⁶⁸.

No entanto, ainda que a Lei nº 9.307/96 aponte como jurisdicional a natureza jurídica da arbitragem⁶⁹, há uma terceira corrente, a mista ou intermediária, capitaneada por MAGALHÃES, para o qual “se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios”⁷⁰.

Defendendo a mesma posição, CRETELLA NETO pontifica que “a arbitragem tem natureza mista, *sui generis*, contratual em seu fundamento, e jurisdicional na forma da solução de litígios e nas conseqüências que provoca no mundo do Direito”⁷¹.

A teoria mista concilia, portanto, as outras duas anteriores, ao considerar a natureza *sui generis* do instituto da arbitragem, o qual nasce da vontade das partes (caráter obrigacional, privado) e ao mesmo tempo regula determinada relação de direito processual (caráter público). Não obstante ser a mais adequada à verdadeira natureza jurídica da arbitragem, ainda prevalece no Brasil a corrente publicista, por conta da Lei nº 9.307/96.

⁶⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 56-57.

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional**. Revista Ciência Jurídica, v. 16, n. 108, nov-dez 2002, Salvador: Jurisbras Edições Jurídicas Ltda., p. 23.

⁶⁹ O atual sistema de arbitragem brasileiro “por natureza e por definição, tem indiscutível caráter *jurisdicional*, não cabendo mais, depois da Lei nº 9.307/96, fala-se em contratualidade, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes” (*Apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. **Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e imperium. Medidas cautelares e antecipatórias. Civil law e common law. Incompetência da justiça estatal**. Revista dos Tribunais, v. 94, n. 839, São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2005, p. 132).

⁷⁰ MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 21.

⁷¹ CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 15-16.

2.2.3 Vantagens da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias

A crescente demanda pelos serviços do Poder Judiciário (população mais informada sobre seus direitos), a retomada do crescimento da economia (estabilidade econômica nacional), da globalização dos mercados (agilidade e complexidade das operações de natureza comercial e financeira), a privatização de diversas atividades econômicas (retração estatal em vários setores), a dificuldade do Estado em modernizar e administrar a Justiça, enfim, todas estas circunstâncias tornaram as decisões judiciais exageradamente morosas e, conseqüentemente, imprevisíveis, o que tem causado a descrença por parte da população no Poder Judiciário⁷².

Essas dificuldades enfrentadas pela jurisdição estatal foram determinantes para a crescente institucionalização de meios alternativos de composição de litígios, especialmente, da arbitragem, os quais se revelaram com grande utilidade e eficácia, principalmente no que atina com a possibilidade de reduzir os males que se evidenciam ao se optar pela tutela jurídica estatal, como morosidade, julgamentos injustos e inconsistentes (sobretudo quando se trata de conflitos de jurisdição no âmbito internacional), hostilidade entre as partes, custos elevados e linguagem técnica inacessível a determinadas partes.

Nas palavras de VICENTE

A preferência das partes pelos meios extrajudiciais de resolução de litígios explica-se ainda por outros factores, entre os quais sobressaem: a possibilidade de as partes *escolherem os árbitros, mediadores e demais terceiros* que neles intervêm; a *confidencialidade* dos procedimentos extrajudiciais (de crucial importância para a preservação da imagem de muitas empresas); e a *preservação de relações comerciais preexistentes* entre as partes desavindas, que tais procedimentos geralmente favorecem⁷³.

⁷² BARROSO, Felipe. **Considerando ADR**. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis-SC, ano XXIII, 4º trimestre 1998, nº 80, pp. 23-24.

⁷³ VICENTE, Dário Moura. **Meios Extrajudiciais de Composição de Litígios Emergentes do Comércio Electrónico**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 5, jan-mar 2005, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 69.

A arbitragem, portanto, não só proporciona às partes uma composição de litígios num lapso de tempo razoável e em termos economicamente eficientes, como também descongestiona os tribunais judiciais e reduz a parcela de custos decorrentes da administração da justiça. Além disso, sua utilização também se justifica

[...] com a *internacionalização crescente* das relações jurídicas, propiciada pela disseminação de redes mundiais de transmissão electrónica de dados, como a Internet, e pelo fenómeno a que se chama «globalização» da economia. É, com efeito, o carácter internacional da relação material litigada que frequentemente leva as partes a atribuírem competência a instâncias extrajudiciais, não só pela *certeza* que essa estipulação confere ao modo pelo qual os seus litígios serão resolvidos, mas também pelas maiores *garantias de neutralidade* que tais instâncias oferecem⁷⁴.

Ademais, torna-se pertinente mencionar as vantagens da arbitragem, dentre as quais estão a flexibilidade, informalidade, especialidade, celeridade, confidencialidade, preservação de relações comerciais preexistentes e o baixo-custo⁷⁵.

A flexibilidade e a informalidade decorrem da ampla liberdade das partes para escolher o árbitro, o número de árbitros, o local onde se realizarão as reuniões prévias e audiências, o prazo de duração, o procedimento e a lei aplicáveis à disputa (artigo 2º da Lei nº 9.307/96), enfim, mecanismos que tornem a solução do litígio mais adequada possível sob o ponto de vista das partes.

A título elucidativo, a flexibilidade do processo arbitral, ao permitir a escolha de um número coletivo de árbitros (artigo 13, §1º, da Lei nº 9.307/96), torna a decisão arbitral mais eficaz. Isto porque, conforme a complexidade da controvérsia, os árbitros escolhidos são geralmente de áreas distintas, porém conexas em relação a uma controvérsia específica; vale dizer, para composição de um determinado litígio haverá um árbitro com conhecimentos

⁷⁴ VICENTE, Dário Moura. **Meios Extrajudiciais...**, p. 69.

⁷⁵ BARROSO, Felipe. **Considerando ADR...**, pp. 28-30.

econômicos (técnico) e um profissional da área de direito, a fim de auxiliar nos aspectos jurídicos pertinentes, por exemplo.

Quanto à especialidade, decorre da oportunidade de se indicar um árbitro especialista de confiança das partes⁷⁶, com conhecimento técnico em relação à contenda em análise, evitando-se delongadas explicações e óbices processuais, o que não é possível na via judicial, em que os embargos ao salutar andamento processual são inevitáveis e, ainda, os juízes têm especialização somente em matéria processual e de direito. Essa característica adquire mais importância quando os conflitos envolvem complexas relações societárias, cujo conhecimento sobre conceitos e sobre a operacionalização de grandes empreendimentos, específicos de cada causa, pode ser essencial para uma decisão adequada.

A celeridade do processo arbitral é consequência da flexibilidade e objetividade do mecanismo adotado, proporcionando efetiva tutela jurisdicional almejada dentro de um lapso temporal razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal).

Com relação à confidencialidade, revela-se de crucial importância para a preservação da imagem e dos segredos industriais de muitas empresas, ao possibilitar às partes a realização confidencial de reuniões prévias, audiências e acordos, sem que haja a publicidade de tais atos, evitando-se, assim, a publicidade negativa com divulgação indesejada de informações de mercado.

Outra vantagem da arbitragem consiste na preservação do relacionamento de negócios preexistentes, evitando-se o confronto, a animosidade entre as partes e, conseqüentemente, o desgaste das relações negociais. Essa característica se mostra bastante atraente para empresários e executivos que pretendem preservar uma parceria de negócios sólida e duradoura, a qual, no entanto, encontra-se ameaçada em face de disputas de caráter unicamente técnico-jurídico de interpretação e cumprimento de contratos.

Por fim, torna-se vantajoso o recurso ao processo arbitral em virtude do baixo custo, não só no que se refere a honorários advocatícios e diligências,

⁷⁶ Como o árbitro responsável pelo procedimento é escolhido conforme o seu conhecimento e a confiabilidade das partes, elimina-se, *a priori*, o laudo pericial adotado pelo Poder Judiciário, no qual o *expert* nomeado é da "confiança" do juiz e não, necessariamente, das partes interessadas, às quais se oportuniza, no máximo, a indicação de assistentes técnicos.

mas, especialmente, no que tange ao desperdício de tempo que atinge insofismavelmente todos os profissionais.

Assim, a arbitragem se revela como o mecanismo alternativo mais adequado a ser aplicado em negócios que envolvam complexas questões societárias, não só em razão da grande flexibilidade oferecida pelo seu procedimento, afastando-se as barreiras geográficas e regulamentações distintas, como também pela dinamicidade das relações negociais no âmbito empresarial, para a qual não é possível editar um regramento que atenda em sua plenitude as necessidades e urgências do setor.

2.2.4 Alguns aspectos do processo arbitral

Como forma alternativa de composição de conflitos e instrumento democrático de direito, o processo arbitral adotou providências tendentes à realização de uma justiça mais célere e de rápida eficácia, cujos principais aspectos serão abordados doravante.

O primeiro aspecto diz respeito à faculdade de as partes escolherem seu(s) árbitro(s) ou órgão arbitral institucional, competente para julgar os conflitos oriundos de suas relações. Se optarem por um órgão arbitral institucional, deverão as partes avaliar o quadro de árbitros e a experiência do referido órgão na solução de eventuais e futuros problemas que possam emanar da convenção de arbitragem. Em outras palavras, as partes devem conhecer a especialidade, a capacidade, as instalações e a experiência do órgão arbitral que pretendam indicar.

Além disso, cabe às partes também averiguar o custo da arbitragem, fazendo desde logo uma estimativa sobre a conveniência ou não de ter um colégio arbitral ou um árbitro único de acordo com a complexidade da matéria objeto do juízo arbitral.

Por conseguinte, nomeado(s) o(s) árbitro(s) e aceito por ele(s) tal nomeação, inicia-se a arbitragem propriamente dita (artigo 19 da Lei nº 9.307/96), que seguirá as normas procedimentais, sejam aquelas estipuladas pelas partes ou previstas pelo respectivo órgão arbitral. Se árbitro único, caberá a este estabelecer as regras que pretende seguir se as partes nada avançarem sobre procedimento. Nesse contexto, vale destacar que:

Diversos órgãos arbitrais optaram por um procedimento já testado que vem funcionando bem: as partes são chamadas para uma audiência inicial, a fim de firmarem o termo de arbitragem; após, as duas deverão apresentar, no mesmo prazo, suas razões iniciais; em seguida, em prazo comum, deverão manifestar-se sobre as razões do adversário; ato contínuo, os árbitros reúnem-se com as partes (ou apenas com seus advogados) para tratar da instrução processual, quando for necessária a produção de outras provas além daquelas já produzidas [...] as partes fixam o objeto da controvérsia e formulam livremente seus pedidos em torno do objeto litigioso⁷⁷.

A instrução processual em sede arbitral, aliás, é bastante flexível, na medida em que o juízo arbitral não está adstrito às normas do Código de Processo Civil, sendo-lhe facultada a utilização de mecanismos diversos que proporcionem um julgamento de qualidade.

No caso de medidas coercitivas ou cautelares se fizerem necessárias, caberá ao juízo arbitral solicitar ao Poder Judiciário, tendo em vista que o juízo arbitral só detém a *jurisdictio*, que importa no poder de conhecer (*cognitio*) e julgar (*iudicium*), enquanto o juízo estatal detém, também, o *imperium*, do que resulta seu poder de executar a sentença, que lhe permite fazer efetivos atos constitutivos da liberdade individual no caso concreto⁷⁸. Isto, porém,

nada impede que o árbitro, com poderes para decidir sobre o mérito da causa, *possa fazê-lo igualmente quanto às medidas cautelares* que se façam necessárias nos termos do art. 798 do CPC; então, se a parte não cumprir voluntariamente a determinação do juízo arbitral, este solicitará ao juízo togado o cumprimento das determinações que impliquem o exercício do *imperium*⁷⁹. (grifos do autor)

Nesse sentido, afirma BERMUDEZ que o §4º do artigo 22 da Lei nº 9.307/96

⁷⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Processo arbitral...**, p.27.

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Arbitragem e terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – Outras intervenções de terceiros**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, vol. 14, p. 373.

⁷⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Arbitragem. Cláusula compromissória...**, p. 238.

[...] mostra que aos árbitros, ou árbitro, falta apenas a competência para a efetivação da medida coercitiva, quando ela depender do uso da força. Neste caso só resta ao tribunal arbitral pedir ao juiz togado a providência que assegure o efeito prático da medida determinada. A lei, portanto, é peremptória ao proibir a execução de medidas coercitivas de força pelo tribunal arbitral; não, porém, a decretação delas. O Juiz arbitral as decreta. O togado as executa mediante a solicitação daquele⁸⁰.

Essa prerrogativa dos árbitros, aliás, guarda relação com o que dispõe o §1º do artigo 23 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) *in verbis*:

A menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes, o Tribunal Arbitral poderá, tão logo esteja de posse dos autos, e a pedido de uma das partes, ordenar a execução de qualquer medida cautelar ou provisória que julgar apropriada.

No caso de a medida cautelar ser concedida por juiz estatal, quando na verdade a competência era do juízo arbitral, há quem entenda que seria defeso a este revogá-la diante da soberania das decisões do Poder Judiciário sobre a jurisdição paraestatal⁸¹.

Defendendo posicionamento contrário, FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, afirmam categoricamente que a natureza precária das medidas cautelares permite aos árbitros rever decisões judiciais⁸². Em face disso, na hipótese de se instaurar um conflito entre as medidas decretadas pelo Judiciário e as que o juízo arbitral entender cabíveis, prevalecerá o entendimento dos árbitros, haja vista que somente estes detêm jurisdição para deliberar sobre o mérito da causa. Trata-se do princípio da “competência-competência”, previsto no artigo 8º, parágrafo único, da Lei n.º 9.307/96, que se refere

⁸⁰ BERMUDEZ, Sérgio. **Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral**. In: MARTINS, Pedro A. Batista; ROSSANI GARCEZ, José Maria. **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo: LTr, 2002, p. 279.

⁸¹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição...**, p. 224.

⁸² FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **On international arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, n. 1.330, p. 723,

[...] à transposição, em matéria arbitral, caro a qualquer jurisdição, de acordo com o qual todo juiz é juiz da própria competência [...] Dessa forma, questões tais como a arbitralidade *ratione personae* e *ratione materiae*, escopo da convenção de arbitragem, imparcialidade do árbitro em relação ao litígio e sua independência em relação às partes e à própria regularidade da instauração da instância arbitral, devem ser primeiramente examinadas pelo árbitro, antes que possam, por qualquer motivo, ser submetidas ao juiz estatal. Neste mesmo sentido, toda discussão acerca de eventual renúncia da cláusula compromissória deve ser primeiramente analisada pelo árbitro⁸³.

Portanto, a possibilidade de o juízo arbitral revogar medidas cautelares concedidas pelo Judiciário decorre das próprias características de provisoriedade e instrumentalidade de tais medidas, bem como da competência da tutela cautelar do árbitro⁸⁴.

Quanto à sentença arbitral, registre-se que deve conter além dos requisitos previstos no artigo 458 do Código de Processo Civil, o lugar e a data em que a decisão foi proferida, a fim de qualificar a arbitragem como nacional ou estrangeira, nos termos do artigo 34 da Lei nº 9.307/96.

Com relação aos efeitos, a sentença arbitral é passível de execução como título executivo judicial no caso de descumprimento (artigo 31 da Lei nº 9.307/96 c/c artigo 475-N, inciso IV do Código de Processo Civil), independentemente de homologação judicial. Não se admite a interposição de recurso (artigo 18 da Lei nº 9.307/96), mas apenas o manejo de remédio semelhante aos embargos de declaração, no prazo de cinco dias, nos casos de erro material, obscuridade, omissão, dúvida e contradição (artigo 30 da Lei nº 9.307/96). Se for proferida no estrangeiro, pode ser reconhecida ou executada no Brasil (artigos 34 a 40, da Lei nº 9.307/96).

⁸³ LEE, João Bosco. **Parecer: eficácia da cláusula arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem o tempo. Transmissão da cláusula compromissória** *Anti-suit Injunction*. Revista Brasileira de Arbitragem, n.11, jul-set 2006, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, pp. 34-35.

⁸⁴ LOBO, Carlos Augusto da Silveira; e NEY, Rafael de Moura Rangel. **Revogação da medida liminar judicial pelo juízo arbitral**. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 4, n. 12, abr-jun 2001, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 359.

Por fim, insta destacar a possibilidade de impugnação da sentença arbitral perante o Poder Judiciário, ao qual caberá revisar tão-somente questões relativas à forma (artigos 32 e 33, da Lei nº 9.307/96), jamais quanto ao mérito.

2.3 A ORDEM JURÍDICA SOCIETÁRIA E A ARBITRAGEM

As vantagens, ora apresentadas, do processo arbitral se coadunam perfeitamente com a dinamicidade das relações empresariais, que exigem uma resposta célere e eficaz para as suas controvérsias. Nesse contexto, torna-se imperioso abordar algumas questões relacionadas à ordem jurídica societária, como a natureza jurídica do contrato de sociedade empresária (em especial da sociedade anônima) e a possibilidade de inserção de cláusula compromissória neste instrumento social.

2.3.1 *Natureza jurídica do contrato de sociedade empresária*

Com o advento do Código Civil de 2002, as sociedades, antes classificadas em razão do objeto, civil ou comercial⁸⁵, passaram a ser distinguidas em empresárias e simples, cuja referência é o conceito de empresário previsto no artigo 966, do referido diploma legal. Nesse sentido, conceitua-se empresa como

“[...] a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança

⁸⁵ Elucidando melhor essa classificação quanto ao objeto, MARCONDES destaca que “sociedades modeladas sob a forma civil e destinadas a objeto civil são irrestritamente, sociedades civis; de igual modo, sociedades de forma comercial, com finalidade comercial, são sociedades comerciais. Ao lado delas, porém, a conexão entre a *forma* e o *objeto*, em razão da preponderância legal, ora do elemento formal, ora do elemento substancial, estabelece certo hibridismo, ensejando no direito vigente três situações particulares. a) sociedade qualificada de *comercial*, por força exclusiva da *forma*, seja qual fôr seu objeto; b) sociedade qualificada de civil, *pela conjugação* de forma commercial e objeto civil; c) sociedade qualificada de *civil* por força exclusiva da *forma*, seja qual fôr seu objeto” (grifos do autor) (MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 166). Exemplos dessas situações particulares seriam, respectivamente, as sociedades anônimas, as sociedades civis sob a forma comercial e as sociedades cooperativas.

de realizar lucros, correndo os riscos por conta do *empresário*, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige êsses elementos sob sua responsabilidade⁸⁶ (grifos do autor).

No que tange às sociedades empresárias, são “organizações econômicas, dotadas de personalidade jurídica e patrimônio próprio, constituídas ordinariamente por mais de uma pessoa, que têm como objetivo a produção ou a troca de bens ou serviços com fins lucrativos”⁸⁷. As simples, por sua vez, são aquelas que não se enquadram neste conceito.

Apenas para elucidar a atual classificação, as sociedades estão assim divididas:

1) personificadas, e 2) não-personificadas. Dentre as não-personificadas encontramos: a) as em comum, e b) as em conta de participação. As personificadas, por sua vez, são divididas em: a) simples e, b) empresárias. Por fim, as sociedades empresárias poderão adotar os seguintes tipos: a) em nome coletivo; b) em comandita simples; c) limitada; d) anônima; e) comandita por ações⁸⁸.

As sociedades anônimas, em especial, são sociedades empresárias “[...] com capital social dividido em ações, espécie de valor mobiliário, na qual os sócios, chamados *acionistas*, respondem pelas obrigações sociais até o limite do preço de emissão das ações que possuem”⁸⁹. Constituem-se por meio de um instrumento denominado estatuto social, no qual constam regras básicas de funcionamento e estrutura organizacional da sociedade, tais como o montante do capital social, objeto social, o prazo de sua duração, a forma de administração da sociedade e composição dos conflitos dela decorrentes. Essas disposições estatutárias são determinantes para o sucesso do empreendimento, merecendo atenção redobrada dos empresários e operadores do direito, na medida em que, ao regularem quase todas as

⁸⁶ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Vol. 1, 5 ed., Rio de Janeiro: F. Bastos, 1953, p. 492.

⁸⁷ BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial: teoria geral do direito comercial, direito societário**. Vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 164.

⁸⁸ BERTOLDI, Marcelo M. *Idem*, p. 164.

⁸⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Vol. II, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63.

situações possíveis de forma clara e objetiva, evitam desgastes futuros oriundos de conflitos societários.

Além disso, as características peculiares dos atos constitutivos desencadearam diversas discussões sobre a sua natureza jurídica, expressas em duas correntes: as teorias anticontratualistas e as teorias contratualistas.

As primeiras negam “a contratualidade na constituição de uma sociedade (civil e, mais ainda, comercial) vendo nela, ao contrário, um ato complexo”⁹⁰. Para esta corrente, o contrato tem como pressuposto básico a bilateralidade, traduzida no antagonismo de vontades das partes contratantes, as quais se harmonizam por meio do instrumento contratual. Referido antagonismo, porém, não há na sociedade em que está presente a conjugação de esforços comuns a um mesmo objetivo. Por esta razão, a sociedade seria um ato complexo, no qual todas as vontades se fundiriam numa só vontade unitária⁹¹.

A maior crítica a essa corrente consiste no fato da inegável existência de interesses antagônicos das várias partes tanto na constituição quanto durante a vida da sociedade, como, por exemplo, avaliação das respectivas contribuições e distribuição de lucros e perdas.

As teorias contratualistas, em contrapartida, sustentam a natureza contratual da constituição da sociedade, subdividindo-se em: bilateral, diante da existência de contraposição de ideais e vontades dentro da sociedade, não sendo incomum os conflitos entre sócios; e plurilateral (atualmente adotada pelo Brasil), defendida por ASCARELLI, para quem o ato constitutivo da sociedade é um contrato plurilateral, com partes detentoras de direitos e obrigações recíprocas e também em relação à própria sociedade, tendo todos um objetivo comum. Em outras palavras, nesta última há a participação de mais de duas partes, as quais assumem obrigações e direitos convergentes, visando alcançar a uma finalidade social⁹².

A teoria do contrato plurilateral é a mais adequada para atender ao princípio constitucional da livre associação (artigo 5º, inciso XX, da Constituição

⁹⁰ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Bookseller, p. 374.

⁹¹ São defensores dessa corrente Gierke, Duguit e Messineo (BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado...**, p. 163).

⁹² ASCARELLI, Tullio. **Problemas das...**, pp. 367-424.

Federal), na medida em que se trata de um contrato “aberto”, do qual as partes podem dele retirar-se seja por meio de alienação da participação societária, seja mediante liquidação desta. O Código Civil, no seu artigo 981, reafirmou essa natureza contratual ao dispor que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Nesse contexto, vale ressaltar também o entendimento de SALOMÃO FILHO, para quem “o caráter associativo de todo contrato de sociedade [...] revela-se exatamente através da comunhão de interesses entre os sócios. É esse o objetivo comum que os leva e deve levar à cooperação”⁹³.

Embora seja objeto do próximo capítulo, insta salientar que a inaplicabilidade da teoria geral dos contratos à constituição e à dissolução total das sociedades anônimas não se estende à cláusula compromissória, típico negócio jurídico no qual há ampla autonomia negocial, sujeita à referida teoria contratual.

2.3.2 Possibilidade de inserção da cláusula compromissória nos contratos de sociedade

Toda a sociedade, independentemente da natureza ou da forma que assuma (simples ou empresária, limitada ou por ações), bem como da preponderância dos interesses que movam sua constituição (caráter pessoal ou capitalista), tem sua formação determinada pela reunião de vontades, instrumentalizada no contrato ou estatuto social. É neste instrumento social, como destacado anteriormente, que as partes avençam livremente, dentro dos limites da lei, o funcionamento, as instâncias deliberativas e administrativas da sociedade, a consecução de seu objeto social e, sobretudo, a forma de composição de conflitos.

A sociedade, portanto, poderá disciplinar que todos os conflitos oriundos das relações entre sócios, e entre estes e a sociedade, sejam submetidos ao juízo arbitral, tornando-o obrigatório. Diante disso, tornar-se-ão

⁹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 55.

fundamentais os limites e a extensão da adoção da arbitragem traçados na solução das controvérsias sociais.

É nesse contexto que se vislumbra a possibilidade de inserção da cláusula compromissória nos atos constitutivos da sociedade, a qual se sujeita a um tratamento legal e doutrinário diferenciado em virtude do momento em que isso ocorre, se no ato da constituição ou por alteração contratual. Essas questões, porém, serão abordadas com mais profundidade no terceiro capítulo.

Ademais, vale destacar que nas sociedades anônimas, diante de seu caráter institucional e, geralmente, do elevado número de acionistas, a adoção da arbitragem transmuda-se de uma cláusula estatutária para concentrar-se nas convenções extra-estatutárias, notadamente, acordos de acionistas.

No Brasil, a previsão de cláusula compromissória arbitral nos estatutos das sociedades anônimas representa grande avanço no âmbito empresarial diante da celeridade que ela proporciona à solução de controvérsias, sendo bastante positivo sob o ponto de vista de investimentos nacionais e estrangeiros. Isto se deve, principalmente, ao fato de a arbitragem induzir segurança ao investidor (novo acionista), pois diante de eventuais conflitos societários, estes certamente serão resolvidos de forma imediata e eficaz por árbitros especializados, eleitos pelas partes. O investidor estrangeiro, em especial, é atraído por essa modalidade de arbitragem, uma vez que, por desconhecer a estrutura do Poder Judiciário do país no qual está estabelecida a companhia cujas ações está adquirindo, a existência de cláusula compromissória arbitral revela menor risco e, conseqüentemente, a valorização de ações.

Em suma, no ambiente societário, a arbitragem encontra campo fértil para seu desenvolvimento, sendo um instrumento importante de resolução de conflitos. Contribui, inegavelmente, para o dinamismo da atividade empresarial, além de caracterizar um diferencial de valorização de determinada empresa em relação a outra, que não elegeu o juízo arbitral como competente para a resolução de seus conflitos.

2.4 A ARBITRAGEM NO DIREITO COMPARADO

Neste tópico serão abordadas apenas algumas referências legislativas existentes nos países em que a arbitragem é tradicionalmente utilizada.

2.4.1 Estados Unidos

O sistema jurídico norte-americano é caracterizado pela *common law*, segundo a qual as regras jurídicas fundamentais não necessitam ser fixadas previamente e por escrito, sendo normalmente construídas, paulatinamente, a partir da decisão de um caso e dos seus sucessores similares.

Apesar disso, há diversas normas positivadas nos Estados Unidos sobre o instituto da arbitragem, dentre as quais estão: *The Federal Arbitration Act*, composta por três capítulos assim denominados, respectivamente, “Disposições Gerais”, “Acordo sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras” e “Convenção Inter-Americana sobre Arbitragem Comercial Internacional”, que revelam o foco precípua na arbitragem internacional; a *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*⁹⁴ e a *International Dispute Resolution Procedures*⁹⁵, que estabelecem regras processuais aplicáveis à arbitragem internacional.

A instituição arbitral mais conhecida dos Estados Unidos é a *American Arbitration Association* (AAA), criada em 1906, por iniciativa privada de negociantes descontentes com a falta de praticidade dos conflitos que envolviam pessoas de nacionalidades distintas.

Embora existam várias outras leis federais e estaduais que tratam do processo arbitral, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem se manifestado por meio de importantes decisões favorecendo a uniformidade da arbitragem, como no caso *Southland Corp. v. Richard D. Keating*, 465 U.S. 1, 104 S. Ct 852 (23 de janeiro 1984)⁹⁶, no qual se reconheceu *The Federal Arbitration Act* como lei substantiva, aplicável tanto aos tribunais federais quanto aos estaduais.

⁹⁴ Disponível no site <http://www.adr.org/sp.asp?id=22440> em 25SET07.

⁹⁵ Disponível no site <http://www.adr.org/sp.asp?id=28144> em 25SET07.

⁹⁶ Disponível no site <http://vlex.com/vid/19977938> em 23SET07.

As características da arbitragem, bem como de seu procedimento são bastante similares às do direito brasileiro, sendo importante destacar apenas que conquanto o direito norte-americano utilize de forma distinta as expressões cláusula e compromisso arbitral, não se atribui a elas nenhum sentido técnico ou prático diferenciados⁹⁷.

2.4.2 França

Na França, o *Nouveau Code de Procédure Civile*⁹⁸ destinou o Livro IV exclusivamente à arbitragem, interna e internacional, no qual as características e o processamento deste instituto são também similares, exceto no que tange à necessidade de homologação da sentença arbitral (artigos 1.477 e 1.478), bem como no que se refere à sua recorribilidade a um tribunal arbitral de segunda instância (*Titre IV – Les Voies de Recours*).

Por conseguinte, no direito francês, só se admite a execução específica da cláusula compromissória vazia quando as partes estipularem, alternativamente, a indicação dos árbitros, a delegação a terceiro ou ao juiz para nomeação de árbitro(s) ou a forma de sua designação, ou a opção pelo regime de determinado órgão arbitral (artigos 1.443 e 1.444 do *Nouveau Code de Procédure Civile*). Se, porventura, a cláusula arbitral deixar de estipular quaisquer dessas hipóteses, a arbitragem não será instituída por falta de elementos mínimos para sua realização.

Com relação às questões subsumíveis ao juízo arbitral, podem ser todas aquelas de natureza contratual, previstas nos artigos 6º e 1.128 do *Code Civil*⁹⁹, salvo as de caráter trabalhista, estado e capacidade de pessoas, separação, divórcio, ordem pública, marcas e patentes.

⁹⁷ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição...**, p. 88.

⁹⁸ Disponível no site <http://www.lexinter.net/NCPD/index.htm> em 23SET07.

⁹⁹ Disponível no site <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?code=CCIVILL0.rcv> em 23SET07.

2.4.3 Itália

Na Itália, a arbitragem é disciplinada no Título VIII, Livro IV do *Código de Procedura Civile*¹⁰⁰, com várias alterações posteriores, das quais se destacam a Lei nº 28, de 09 de fevereiro de 1983, que introduziu a possibilidade de nomeação de árbitros estrangeiros e o caráter vinculante da sentença arbitral, e a Lei nº 25, de 05 de janeiro de 1994 que regulou de forma específica a arbitragem internacional e atribuiu maior autonomia ao instituto jurídico¹⁰¹.

Foi com a edição da Lei nº 366, de 03 de outubro de 2001¹⁰², porém, que se conferiu uma atenção especial à arbitragem societária, ao se delegar competência para o Governo emanar normas sobre direito societário, inclusive sobre controvérsias relativas à transferência de participações sociais e ao pacto social (artigo 12, parágrafo 1º, “a”). Em face disso, utilizando-se dessas prerrogativas, o Governo aprovou o Decreto Legislativo nº 5, de 17 de janeiro de 2003¹⁰³, denominado *la riforma del diritto societario* (Título V – Da Arbitragem).

Oportuno ressaltar, ainda, a recente edição do Decreto Legislativo nº 2, de fevereiro de 2006¹⁰⁴, que alterou os artigos 806 e 808 do Código de Processo Civil Italiano, adequando-se às normas do Decreto Legislativo nº 5, de 17 de janeiro de 2003.

2.4.4 Espanha

Na Espanha, a Lei nº 36, de 05 de dezembro de 1988 (*Ley de Arbitraje*) promoveu alterações substanciais e significativas na área da arbitragem comercial internacional, ao criar ambiente propício para o desenvolvimento deste instituto, incrementando as relações comerciais internacionais. Das alterações, destacam-se: a eliminação da distinção entre compromisso e

¹⁰⁰ Disponível no site http://studiocelentano.it/codici/cpc/codicedpc004_2.htm em 12SET07.

¹⁰¹ MAKANT, Bárbara; QUEIROZ, Samantha Longo. **Comentários à nova lei sobre a arbitragem societária italiana: Dec. 5, de 17.01.2003**. Revista de Arbitragem e Mediação n. 3, set-dez 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 296.

¹⁰² Disponível no site <http://www.camera.it/parlam/leggi/01366l.htm> em 12SET07.

¹⁰³ Disponível no site <http://www.parlamento.it/leggi/deleghe/03005dl.htm> em 12SET07.

¹⁰⁴ Disponível no site <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10205> em 13SET07.

cláusula arbitral, a dispensa da lavratura de escritura pública para a convenção arbitral e a possibilidade apenas de recurso de anulação da decisão arbitral, a qual passou a ter eficácia imediata de título executivo.

Recentemente, entretanto, foi aprovada a Lei nº 60, de 23 de dezembro de 2003 (*Ley de Arbitraje*), em substituição à anterior, reforçando alguns instrumentos da arbitragem, em especial no âmbito societário, com ênfase na autonomia das partes.

2.4.5 Peru

A arbitragem no direito peruano passou a ser positivada a partir do Código de Ajuizamientos Civis de 1852 e, em seguida, pelo Código de Procedimientos Civis de 1912, nos seus artigos 548 a 582, ambos já revogados. Dentre os artigos do Código de Procedimientos Civis de 1912, vale destacar o seu artigo 549, segundo o qual não poderiam ser objeto de arbitragem as questões: 1) de Estado e capacidade das pessoas; 2) referentes a bens do Estado, municipalidades e demais instituições de caráter oficial; 3) nas quais há interesse moral e de bons costumes.

O Código Civil Peruano de 1984 e o Código de Processo Civil de 1993 possuíam alguns dispositivos relativos à arbitragem que, porém, foram revogados pelo Decreto-Lei nº 25.935 de 1992, o qual superou

*la vieja y problemática dualidad conceptual entre “cláusula compromisoria” y “compromiso arbitral” recogida en el Código Civil de 1984, la cual generaba muchas veces la inoperatividad del arbitraje, dada la eficacia mediática que poseía la **cláusula compromisoria** para originar a este último, resultando sólo el **compromiso arbitral** idóneo para iniciar el proceso arbitral¹⁰⁵. (grifos do autor)*

¹⁰⁵ “a velha e problemática dualidade entre ‘cláusula compromissória’ e ‘compromisso arbitral’ prevista pelo Código Civil de 1984, a qual gerava muitas vezes a inoperatividade da arbitragem, dada a eficácia medíocre que possuía a cláusula compromissória para originar esta última, resultando apenas o compromisso arbitral idóneo para iniciar o processo arbitral” (tradução livre). LÓPEZ, Carlos Alberto Matheus. *El convenio...*, p. 86.

O Decreto-Lei nº 25.935 de 1992, por sua vez, deixou de vigorar com a edição do Decreto-Lei nº 26.572, publicada em 05 de janeiro de 1996¹⁰⁶, denominada “*Ley General de Arbitraje*” (LGA), ora vigente, da qual se extraem três modalidades de convenção arbitral, a saber: por referência, formalizada por uma cláusula geral de contratação ou não, incorporada a um contrato de adesão (artigo 11 LGA); unidocumental, formalizada num único documento, como acordo independente ou na forma de cláusula incorporada ao contrato principal (artigo 10 LGA); e pluridocumental, cuja formalização ocorreu por meio de um intercâmbio de cartas ou de qualquer outro meio de comunicação que comprove a vontade de as partes se submeterem à arbitragem (artigo 10 LGA).

Para a Lei Geral de Arbitragem, podem expressamente submeter-se à arbitragem controvérsias determinadas ou determináveis sobre as quais as partes têm faculdade de livre disposição, excluindo-se aquelas previstas no seu artigo 1º¹⁰⁷. Nesse sentido, vale transcrever referido dispositivo que estabelece os limites objetivos da convenção arbitral:

Artículo 1o.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

- 1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.*
- 2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.*
- 3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, si podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.*

¹⁰⁶ Disponível no site <http://www.justiciaviva.org.pe/normas/nac01.pdf> em 15SET07.

¹⁰⁷ GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitrabilidade no...**, p. 343.

4. *Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público*¹⁰⁸.

As matérias sujeitas à arbitragem no direito peruano, portanto, são aquelas passíveis de disposição pelas partes, tal como previsto no direito brasileiro.

Com relação aos limites subjetivos, o artigo 12 da Lei Geral de Arbitragem prevê a figura da arbitragem estatutária, que se refere à cláusula compromissória, indicando quais sujeitos estariam a ela vinculados, a saber:

*Artículo 12o.- Arbitraje Estatutario.-Constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; lãs que surjan entre éstos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social*¹⁰⁹.

No âmbito societário, esse dispositivo legal deve ser interpretado à luz do artigo 48 da “Ley General de Sociedades” (Lei nº 26.887, de 01 de janeiro de 1998), *in verbis*:

¹⁰⁸ “Artigo 1º. – Disposição Geral – Podem se submeter à arbitragem as controvérsias determinadas ou determináveis sobre as quais as partes tenham faculdade de livre disposição, assim como aquelas relativas à matéria ambiental, podendo extinguir o processo judicial existente ou evitar que ele seja proposto, salvo: 1. As que versem sobre o estado ou capacidade civil das pessoas, bem como as relativas a bens ou direitos de incapazes sem a prévia autorização judicial; 2. Aquelas sobre as quais tenha recaído uma resolução judicial irrecorrível, salvo as consequências patrimoniais que surjam de sua execução, desde que se refiram exclusivamente às partes do processo. 3. As que interessem à ordem pública ou versem sobre delitos ou contravenções penais. Sem embargo, é possível arbitrar sobre a quantia da responsabilidade civil, acaso ela não tenha sido fixada por resolução judicial irrecorrível; 4. As diretamente concernentes às atribuições ou funções de império do Estado, ou de pessoas ou entidades de direito público” (tradução livre).

¹⁰⁹ “Artigo 12º - Arbitragem Estatutária – Constituem a convenção arbitral válida as estipulações contidas nos estatutos ou normas equivalentes de sociedades civis ou mercantis, associações civis e demais pessoas jurídicas, que estabelecem arbitragem obrigatória para as controvérsias que possam surgir com seus membros, sócios ou associados; as que surjam entre estes a respeito de seus direitos; aquelas relativas ao cumprimento dos estatutos ou validez dos acordos, e para as demais que versem sobre matéria relacionada com as correspondentes atividades, fim ou objeto social” (tradução livre).

Artículo 48º.- Arbitraje. Conciliación. No procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley o en las de aplicación supletoria a esta cuando exista convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten. Esta norma es de aplicación, a la sociedad, a los socios o administradores aun cuando al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo y a los terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la cláusula arbitral. El estatuto también puede contemplar el uso de mecanismos de conciliación extrajudicial con arreglo a la ley de la materia¹¹⁰.

Como *quorum* de deliberação para inserção ou supressão da cláusula compromissória, salvo previsto de forma diversa no estatuto, exige-se a maioria absoluta das ações subscritas com direito a voto, haja vista inexistir disposição específica sobre a matéria, aplicando-se o *quorum* fixado na lei para modificação do estatuto, nos termos dos artigos 115, 2, e 127 da Lei Geral de Sociedades.

Os efeitos da convenção arbitral no direito peruano são também de duas ordens: positiva, que consiste na obrigação de as partes submeterem à arbitragem as controvérsias que surjam ou possam surgir de uma determinada relação jurídica, bem como na obrigação de cumprir a decisão arbitral; e negativa, que se traduz na proibição de os órgãos da jurisdição estatal conhecerem tais questões submetidas ao juízo arbitral¹¹¹.

Outrossim, oportuno destacar, também, que a arbitragem tem previsão no artigo 62 da Constituição Política Peruana de 1993¹¹² e, no âmbito societário, possui a “*Ley General de Sociedades*” (Lei nº 26.887, de 01 de janeiro de 1998)¹¹³ que traz dispositivos relativos à arbitragem e conciliação.

¹¹⁰ “Artigo 48º - Arbitragem. Conciliação. Não procede propor ações judiciais contempladas nesta lei ou nas de aplicação supletiva a esta quando existe uma convenção arbitral obrigatória contida no pacto social ou no estatuto que submeta a esta jurisdição resolver as controvérsias que sejam suscitadas. Esta norma aplica-se à sociedade, aos sócios ou administradores, ainda que no momento da suscitação da controvérsia não mais tenham essa condição, e aos terceiros que ao contratar com a sociedade se submetam à cláusula arbitral. O estatuto também pode contemplar o uso de mecanismos de conciliação extrajudicial de acordo com a lei da matéria” (tradução).

¹¹¹ LÓPEZ, Carlos Alberto Matheus. *El convenio...*, p. 97.

¹¹² Disponível no site <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucioncompleta.html> em 15SET07.

¹¹³ Disponível no site <http://www.abogadoperu.com/ley-general-sociedades-26887-abogado-ley.php> em 15SET07.

Da análise conjunta dos dispositivos legais, verifica-se que o direito peruano assemelha-se muito ao direito brasileiro no que tange ao seu desenvolvimento na área de arbitragem societária. Não obstante isso, a tendência é de que, em razão da freqüente utilização da cláusula compromissória nos estatutos, venha a ser melhor disciplinada legalmente, a fim de evitar eventuais discussões.

3 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA COMO ESTRUTURA DE CONSERVAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIETÁRIAS

3.1 FUNDAMENTOS PRIVADOS DA ARBITRAGEM: AUTONOMIA NEGOCIAL E FORÇA NORMATIVA DAS CONVENÇÕES PRIVADAS

Primeiramente, cabe ressaltar a natureza jurídica mista ou híbrida da arbitragem, antes de destacar a sua feição privada e sua natureza de negócio jurídico, bem como as consequências concretas desta natureza.

Conforme já abordado anteriormente, há quem defenda o caráter publicista da natureza jurídica da arbitragem e quem sustente a sua feição privatista. Todavia, o entendimento mais adequado, capitaneado por MAGALHÃES, é o de atribuir à natureza jurídica da arbitragem caráter misto ou híbrido, abrangendo simultaneamente o fundamento conferido a uma convenção privada (cláusula ou compromisso arbitral) e seus efeitos jurisdicionais (pacificação social)¹¹⁴.

Há, na verdade, uma equivalência entre composição processual e a composição contratual da lide. As partes, por força de sua autonomia negocial e, em especial, por meio da cláusula compromissória, exercem a faculdade de se submeterem ao processo, desenhando os contornos do instituto, fixando prazos, estabelecendo formas, nomeando árbitros ou tribunais e, até, determinando os critérios de julgamento (artigo 2º, da Lei nº 9.307/96).

A feição privatista da arbitragem encontra-se expressa pela cláusula compromissória, a qual decorre de um ato de autonomia negocial e se constitui em uma convenção privada genérica, isto é, em negócio jurídico, independente e autônomo em relação ao contrato que o contém. Logo, a cláusula arbitral está vinculada aos conceitos de autonomia negocial e negócio jurídico, doravante analisados, sendo estes de fundamental importância para compreender a força normativa da convenção privada e suas consequências.

¹¹⁴ MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial...**, p. 21.

3.1.1 A autonomia negocial como fundamento privado da cláusula compromissória

A cláusula compromissória, como qualquer disposição negocial, emana de um ato de vontade e liberdade das partes, assim entendido como autonomia de negociar, inerente a cada sujeito de direito.

Essa autonomia negocial perpassa os conceitos de autonomia da vontade¹¹⁵ e autonomia privada¹¹⁶, não abordados no presente trabalho por questões metódicas, chegando-se à doutrina mais recente, que:

[...] em paralela simetria a praxe dos que operam no campo da livre iniciativa econômica, passa a valer-se da expressão de *autonomia* ou *poder negocial*, para designar o fundamento específico dos negócios jurídicos concebidos, sobretudo no campo do direito [...] da empresa, pela necessidade ainda mais contínua de produção de novas formas jurídicas e negociais a fim de atender às necessidades sempre novas do comércio, com feição cada vez mais internacional¹¹⁷.

E acrescenta, mais adiante:

[...] a autonomia negocial não é apenas um princípio jurídico do Direito Privado ou um poder-faculdade, trata-se, repito, de uma órbita de auto-regulação dos interesses privados, posta ao lado de outras esferas de juridicidade, tais como a órbita pública ou social. A expressão *autonomia negocial*, derivação e especificação do conceito e autonomia privada, consistiria assim em uma *síntese*: princípio jurídico, esfera de regulação e poder normativo dado aos particulares¹¹⁸.

¹¹⁵ Entende-se por autonomia da vontade como um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares consiste em traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei (GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22).

¹¹⁶ A autonomia privada como extrato diferenciado da vasta idéia de autonomia da vontade é o resultado de um gradual processo de objetivação da vontade, até então rarefeita, que se coloca como substrato genérico de atos e negócios jurídicos (SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e...**, p. 64).

¹¹⁷ SILVA, Eduardo Silva da. *Idem*, p. 72.

¹¹⁸ SILVA, Eduardo Silva da. *Idem*, p. 75.

Corroborando esse conceito, REALE refere-se ao poder negocial para designar, dentro da variedade de focos geradores de entes jurídicos ou dos centros de positividade, aqueles que os próprios particulares estabelecem¹¹⁹. No mesmo sentido, BOBBIO o concebe como a possibilidade de os particulares disciplinarem certas competências delegadas pelo Estado¹²⁰.

A autonomia negocial apresenta contornos próprios, dos quais se destacam as liberdades contratuais¹²¹ que a compõem e a sua projeção ao longo do desenvolvimento do relacionamento negocial, conformadas por restrições objetivas, pela boa-fé objetiva e por valores ou diretrizes emanados da ordem constitucional e infraconstitucional.

Referida projeção das liberdades contratuais ocorre não apenas no momento da formação inicial do negócio jurídico, mas também após a sua conclusão (por exemplo, revisão contratual, distrato e rescisão), o que permite a intervenção da arbitragem como meio de conservação do pacto propriamente dito, dos relacionamentos e das perspectivas empresariais nele inserida. Isto se deve, principalmente, diante da possibilidade de as partes efetivarem um regramento próprio, com força vinculativa ao seu negócio, não apenas no instante da pactuação, mas também ao longo do desenvolvimento da relação negocial¹²².

No que tange aos fatores que delimitam a autonomia negocial, apontam-se as limitações objetivas que, segundo GALGANO, correspondem: aos contratos de série, típicos contratos de adesão oriundos da massificação das relações jurídicas, cujo conteúdo é determinado apenas por uma parte; à obrigatoriedade de contratação, como no caso de atividades empresariais em condição de monopólios legais, aos quais é proibido fazer acepções entre seus contratantes; e aos contratos normatizados, nos quais se reduz a autonomia contratual dos particulares diante da prevalência do interesse estatal, pois há a

¹¹⁹ REALE, Miguel. **O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p.169.

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi e outro. Coleção elementos do direito, São Paulo: Ícone, 1995, p. 165.

¹²¹ SILVA aponta como liberdades contratuais, aquelas referentes à escolha do tipo contratual, à determinação do conteúdo do contrato ou das cláusulas, à conclusão dos contratos atípicos ou inominados e à utilização de contratos típicos para alcançar finalidades atípicas (SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e...**, pp. 76-78).

¹²² É o caso dos contratos de transferência de tecnologia, nos quais geralmente há cláusula de assistência técnica, gerando um vínculo quase que permanente entre o fornecedor do produto e o adquirente.

substituição automática das disposições privadas por aquelas impostas pelo Estado¹²³.

Ao lado dessas limitações, tem-se a boa-fé objetiva, prevista no artigo 422 do Código Civil¹²⁴, que impõe às partes o dever de resguardar os princípios da probidade e da boa-fé, tanto na conclusão quanto na execução do contrato¹²⁵. Trata-se da boa fé-objetiva, definida por NERY como cláusula geral dos contratos que “impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade”¹²⁶.

No mesmo sentido, WALD pontifica:

A regra da boa-fé objetiva configura-se como cláusula geral e, portanto, corresponde a uma técnica legislativa que busca garantir a relação entre o direito e a realidade social, possibilitando a existência de um sistema jurídico aberto com constantes adaptações das normas legais às exigências do mundo de relações e da alteração dos seus valores com o tempo. Assim, a cláusula geral fornece um ponto de partida para se alcançar resultados justos e adequados¹²⁷.

Outra definição que merece destaque é a de NADER, para o quem a boa-fé objetiva corresponde à exigência de que as partes convençionem entre si conforme os princípios da lealdade e as regras de Direito¹²⁸.

Sob a ótica do direito do consumidor, MARQUES assevera que a boa-fé objetiva consiste em uma

atuação “refletida” [...] pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando os seus interesses legítimos, suas

¹²³ GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 1992, pp. 69-78.

¹²⁴ Referido dispositivo é aplicável em conjunto com o parágrafo único do artigo 2.035 do mesmo diploma legal, segundo o qual nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos pelo Código Civil para assegurar a função social do contrato. O princípio da boa-fé objetiva pode ser reconhecido de ofício pelo julgador por se tratar de matéria de ordem pública.

¹²⁵ Importante citar também o artigo 113 do Código Civil, segundo o qual os negócios jurídicos deverão ser interpretados à luz da boa-fé e dos usos do lugar de sua celebração.

¹²⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 414.

¹²⁷ WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 192.

¹²⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 330.

expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, informando-o, aconselhando-o, cuidando, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes¹²⁹.

Assim, a decisão arbitral, mesmo se fosse desprovida dos efeitos de uma sentença judicial previstos no artigo 31 da Lei nº 9.307/96, detém o caráter de negócio jurídico e, conseqüentemente, é dotada de normatividade própria em relação à controvérsia enfocada, vinculando as partes pela incidência do princípio da boa-fé objetiva, uma vez que, de comum acordo, deram causa à arbitragem. A não-observância do que foi determinado na sentença arbitral, rompendo a confiança recíproca que as partes manifestaram ao optarem pela arbitragem, enseja a execução forçada pela ordem estatal ou a sanção natural e espontânea do meio empresarial.

Traçadas essas considerações, pode-se inferir que se constituem atos de autonomia negocial a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, verdadeiros atos de disposição da instância jurídica estatal e de criação de um novo âmbito jurisdicional, que se encontram norteados pelos mesmos valores e princípios arraigados na conclusão do negócio ou contrato, sobre o qual pairam as controvérsias.

Em outras palavras, a autonomia negocial consiste num âmbito de auto-regulação dos indivíduos, que, por força da cláusula compromissória, estende-se ao desenvolvimento e manutenção das relações contratuais, revelando sua capacidade na preservação dos vínculos pela intervenção da arbitragem, ao solucionar controvérsias que possam ocorrer na execução e interpretação contratual. É na própria autonomia negocial, aliás, que os particulares encontram instrumentos idôneos não apenas para organizar e dispor dos próprios interesses, mas também para superar e compor controvérsias.

Os efeitos concretos dessa perspectiva privada consistem no fato de a cláusula compromissória constituir um microssistema de pacificação de

¹²⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o código de defesa do consumidor: informação, cooperação e renegociação?** Revista de Direito do Consumidor, n. 43, ano 11, jul-set 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 218-219.

controvérsias que se circunscreve entre os limites estabelecidos pela autonomia negocial e pela boa-fé objetiva, além de servir como instrumental ao direito empresarial, especialmente ao comércio internacional, diante da flexibilidade dos negócios jurídicos¹³⁰.

Desse microssistema decorre também a identificação da arbitragem como pacto essencialmente fiduciário, firmado na confiança das partes envolvidas, o que lhe confere uma leitura capaz de assegurar sua permanente higidez em face das tentativas sempre correntes de desvirtuamento a que estão sujeitas as instituições humanas.

Por fim, ao ser inserida nos contratos, a cláusula compromissória caracteriza um negócio jurídico dispositivo e constitutivo *per se* dirigido à criação de vínculos nos quais há uma verdadeira convergência de vontades para a solução de controvérsias. É justamente por meio do negócio jurídico que a autonomia negocial é instrumentalizada e se manifesta no campo dos operadores jurídicos.

3.1.2 A cláusula compromissória como negócio jurídico

Os negócios jurídicos são convenções privadas por excelência, que se destinam a criar, constituir, modificar e extinguir direitos, cujos efeitos atingidos não estão previamente previstos na lei, mas são pretendidos e construídos pelas partes. Nas palavras de VENCELAU

[...] são atos em que o elemento volitivo possui uma direção certa, a dos efeitos jurídicos reconhecidos pelo ordenamento, mas cujo conteúdo tem um âmbito de livre disposição [...] O termo *negócio jurídico*, produto da doutrina pandectística alemã, representa o ponto alto da autonomia privada. É por meio do negócio jurídico que se

¹³⁰ O processo jurisdicional clássico constitui-se no eixo central de um amplo sistema de solução de controvérsias que passa a agregar microssistemas em torno de si, por uma relação de subsidiariedade. Acima de todos os microssistemas e do processo jurisdicional, representado pelo Código de Processo Civil, encontram-se os valores eleitos pela comunidade política e estabelecidos na Constituição Federal, que garantem o caráter instrumental tanto ao sistema como aos microssistemas, em relação à Lei Maior.

manifesta a maior expressão da vontade, como auto-regulamentação dos próprios interesses¹³¹. (grifos da autora)

No mesmo sentido, RODRIGUES assevera que:

O negócio jurídico representa uma prerrogativa que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo capaz de, por sua vontade, criar relações a que o direito empresta validade, uma vez que se conformem com a ordem social. A vontade procura um fim que não destoa da lei e que, por esse motivo, obtém dela a eficácia necessária¹³².

ORLANDO GOMES, por sua vez, assim aduz:

Os negócios jurídicos constituem a mais abundante fonte de obrigações [...] Na constituição das obrigações oriundas desses *negócios*, a capacidade do obrigado tem a marca de um traço distintivo da categoria, mas a singularidade propriamente dita dessa fonte de obrigações reside no caráter eminentemente voluntarista dos atos que compreende. A obrigação proveniente de *negócio jurídico* é querida pelo obrigado. Ele a contrai intencionalmente, agindo na esfera de sua *autonomia privada*. Ao provocá-la, escolhe livremente o tipo que a lei lhe oferece para obter a tutela do seu interesse. Pelos negócios jurídicos não se criam apenas *direitos*, mas, também, *obrigações*¹³³. (grifos do autor)

A peculiaridade e a importância do negócio jurídico, portanto, residem justamente na possibilidade de os particulares regularem autonomamente suas relações por meio de disposições privadas com força normativa.

O caráter normativo que se reconhece ao negócio jurídico advém da constatação de que não só a lei produz norma. Isto porque o direito se apresenta como uma estrutura escalonada de normas, composta por fontes superiores ou de qualificação jurídica, que servem como parâmetro de validação das normas apresentadas pelo sistema jurídico, e por fontes

¹³¹ VENCELAU, Rose Melo. **O negócio jurídico e suas modalidades**. In “A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional” (Coord. Gustavo Tepedino). 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 184-185.

¹³² RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. Vol. I, 34ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 170.

¹³³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39.

subordinadas ou de conhecimento jurídico, que não se prestam a isso. Ambas as fontes são aptas a produzir normas¹³⁴.

Nessa classificação, o negócio jurídico é qualificado como norma negocial oriunda da fonte subordinada, dotada de plena juridicidade como as demais fontes (leis, jurisdição, usos e costumes), sendo autêntico e legítimo o seu modo de produção ou manifestação de normas jurídicas. Consideram-se normas negociais aquelas “juridicamente vinculantes estabelecidas pelos cidadãos para regularem os seus interesses privados por meio de contratos e negócios jurídicos em geral”¹³⁵.

Tal entendimento não visa equiparar ou colocar as normas decorrentes de lei juntamente com aquelas oriundas de acordos privados; estas, porém, no seu âmbito de abrangência, comportam os mesmos elementos e estruturas das normas genéricas (decorrem de lei e se destinam a todos), variando apenas a função. Por esta razão, há possibilidade de enquadrá-las na categoria de normas¹³⁶.

Em outras palavras, o poder atribuído aos particulares de regular, mediante atos voluntários, os próprios interesses, isto é, o poder de negociação, constitui uma das fontes de normas de um ordenamento jurídico. Destaca-se a autonomia privada, assim

[...] entendida como capacidade dos particulares de dar normas a si próprios numa certa esfera de interesses [...] constituintes de um ordenamento jurídico menor, absorvido pelo ordenamento estatal, esta vasta fonte de normas jurídicas é concebida de preferência como produtora independente de regras de conduta, que são aceitas pelo Estado¹³⁷.

¹³⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo...**, p. 165.

¹³⁵ BOBBIO, Norberto. *Idem*, p. 161.

¹³⁶ “Norma dá entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer, desde que a palavra ‘norma’ indique uma prescrição, um mandamento. Sua expressão lingüística é um imperativo ou uma proposição de dever-ser. O ato, cujo sentido é que alguma coisa ordenada, prescrita, constitui um ato de vontade. Aquilo que se torna ordenado, prescrito, representa, *prima facie*, uma conduta humana definida. Quem ordena algo, prescreve, quer que algo ‘deva’ acontecer” (KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p. 2).

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos e outro, 10ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 40.

Diante disso, não há dúvidas de que o negócio jurídico é fonte de norma (forma de produção de um ordenamento jurídico próprio), cujo perfil dogmático é de categoria geral, aplicando-se aos contratos e aos atos negociais não-contratuais, destinado a criar, modificar ou extinguir direitos¹³⁸.

Tanto a atualidade, quanto a instrumentalidade dessa categoria são reforçadas com a apreensão e regramento de determinadas disposições que adquirem crescente importância nas novas modalidades de estipulações privadas, em especial na ordem jurídica internacional e societária, por não se enquadrarem nas dimensões de espécie contratual.

É dentro desse contexto que a cláusula compromissória adquire grande relevância, ao se caracterizar como negócio jurídico autônomo e independente em relação ao contrato que o contém, dotado de objeto, conteúdo e perfil dogmático próprios, que tem por finalidade gerar uma nova esfera de regulação dos interesses privados, com juridicidade e integrante do quadro das fontes jurídicas¹³⁹. Nas palavras de SILVA,

[...] mediante a cláusula compromissória, que consiste em um negócio jurídico, as partes optam por ingressar em uma *esfera de regulação própria e legítima* (fonte negocial) na qual há criação de uma instância jurídica distinta da pública, constituída com o fim de identificar a solução para a controvérsia (arbitragem) e que deverá ser implementada de forma a inserir-se no *modelo jurídico do tipo negocial* (no qual as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos não são lidas isoladamente, de contrato em contrato, mas de forma a compor uma *estrutura* ou *esquema*, mediante o qual se ordena de forma completa o conteúdo das fontes negociais,

¹³⁸ Em síntese “tem-se que as cláusulas dos acordos privados geram aos participantes normas, que são fontes de Direito, e, como tal (a partir daí) são normas do tipo *jurídicas*. No mais, e como não são normas genéricas (embora sejam jurídicas) mas sim individualizadas – portanto inferiores numa escala hierárquica – devem àquelas observância, sob pena de ferirem a hierarquia e assim terem sua validade e eficácia questionados” (RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **A empresa no direito e sua função normativa**. Tese de Doutorado da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 107).

¹³⁹ Esse enfoque da cláusula compromissória e da sua caracterização como negócio jurídico acarreta duas consequências mínimas: a aquisição de um caráter instrumental à arbitragem, disposta como um processo destinado à pacificação social e que serve como ponte entre a realidade sócio-econômica e o direito; e a atribuição de um *status* próprio do instituto que decorre da força vinculativa oriunda do pacto firmado, na medida em que as partes se submeterão ao processo arbitral instituído pela cláusula compromissória e aos novos contornos do contrato, restabelecido pela sentença arbitral, que tem sua origem na própria autonomia negocial das partes.

destinando-se a instrumentalizar a conservação das relações contratuais)¹⁴⁰. (grifos do autor)

A título elucidativo, o modelo jurídico do tipo negocial mencionado refere-se a um dos modelos jurídicos da “teoria dos modelos de direito”, que segundo REALE, leva em conta a totalidade dos elementos factuais, axiológicos e normativos¹⁴¹. Esse tipo negocial decorre das iniciativas individuais, pois representa a exteriorização ou a atualização da liberdade como valor supremo do indivíduo, seja como cidadão ou como produtor. Atualmente, é visto sob o prisma constitucional, uma vez que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência estão previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso IV, *in fine*, e 170, inciso IV, da Constituição Federal.

Em síntese, a vinculação das partes à cláusula compromissória, com a conseqüente instauração da arbitragem, deriva não apenas da observância ao pactuado (princípio da boa-fé objetiva) e às normas jurídicas, mas também da realidade fática imposta àqueles que operam no âmbito do comércio e da empresa. Isso se deve ao fato de a cláusula compromissória decorrer de um ato de autonomia negocial e de se constituir em uma convenção privada genérica (negócio jurídico), independente e autônoma em relação ao contrato que a transporta (princípio da autonomia ou separabilidade), dotada de plena juridicidade, que se enquadra entre as fontes jurídicas.

3.2 CARACTERÍSTICAS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E A SUA IMPLEMENTAÇÃO NA PRÁTICA

Conforme já exposto anteriormente, a cláusula compromissória se destina a solucionar futuros e eventuais conflitos que decorram da interpretação e execução do contrato no qual está inserida. Trata-se de um instituto que não se resume a uma promessa de contratar, mas, ao contrário, vincula imediatamente as partes e o próprio contrato à arbitragem, prescindindo inclusive do compromisso arbitral quando contém todos os elementos necessários à pronta instauração do processo arbitral.

¹⁴⁰ SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e...**, p. 46.

¹⁴¹ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, prefácio.

Embora gerada pela mesma autonomia negocial que produziu o contrato e todos os seus demais efeitos, por fatores de ordem cultural e jurídica, houve forte resistência à aceitação da efetividade das cláusulas compromissórias inseridas nos contratos. Imprimiu-se ao compromisso arbitral papel fundamental e condição *sine qua non* para a instauração da arbitragem, quando deveria ser uma providência meramente supletiva.

Com o advento da Lei nº 9.307/96, a doutrina e a jurisprudência, após alguns anos de resistência, passaram a atribuir eficácia à cláusula compromissória, tornando-se esta um poderoso instrumento de conservação das relações sociais, especialmente no âmbito societário.

3.2.1 Elementos, conteúdo e efeitos

A lei de arbitragem fomentou uma mudança de perfil doutrinário e jurisprudencial que passou a privilegiar, sobretudo, a arbitragem institucional, ou seja, aquela em que a cláusula compromissória (cheia) está apta a instituir a arbitragem por estar vinculada a uma instituição em condições de fornecer às partes todo o aparato jurídico e logístico necessário à composição da controvérsia. Neste caso, a arbitragem se serve de regulamentos e procedimentos estabelecidos por instituições arbitrais¹⁴², tais como Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial (CBMAE)¹⁴³, do Brasil, e *International Chamber of Commerce* (ICC)¹⁴⁴, da França, sendo prontamente instalada a partir da cláusula compromissória que se reporta a uma corte arbitral, para determinar os elementos indispensáveis à respectiva instalação.

Dentre esses elementos, destacam-se a assunção do encargo pelo(s) árbitro(s) e a determinação do objeto da controvérsia, além daqueles previstos no artigo 104 do Código Civil, inerentes ao *status* de negócio jurídico da cláusula compromissória. O primeiro define o momento da instauração da arbitragem, nos termos do artigo 19 da Lei nº 9.307/96, já abordado

¹⁴² Estes regulamentos dedicam-se a pormenorizar todo o processo arbitral, passo a passo, além de preverem a maior parte de questões que se desencadeiam no seu desenvolvimento.

¹⁴³ Disponível no site <http://www.cbmae.com.br> em 05OUT07.

¹⁴⁴ Disponível no site <http://www.iccwbo.org/court/> em 05OUT07.

anteriormente¹⁴⁵. Com relação ao objeto da controvérsia, caberá à cláusula compromissória mencionar a forma pela qual será integrada, isto é, qual a manifestação que completará seu conteúdo, se por escrito ou verbal, mediante a intermediação de um órgão arbitral ou não, etc.

Conquanto não haja forma prescrita em lei, na prática, a especificação do objeto da controvérsia ocorre, geralmente, por meio de comunicação escrita de uma parte à outra, que tem contornos de uma petição inicial (pedido e causa de pedir), noticia a controvérsia e solicita a instauração do juízo arbitral para dirimi-la. No caso de intermediação de um órgão institucional, a parte prejudicada dirigir-se-á à secretaria deste para apresentar a sua petição inicial, tal como na jurisdição estatal. Ato contínuo, a secretaria dará ciência do pedido à parte adversa e nomeará o(s) árbitro(s) dentre os que compõem o quadro de árbitros da instituição. Na hipótese de se nomearem três árbitros, em geral, o terceiro é escolhido pelos dois indicados pela secretaria do órgão institucional¹⁴⁶.

Nesse aspecto, importante reforçar novamente que aos operadores do direito incumbe o dever de priorizar a utilização de cláusulas compromissórias cheias, isto é, aquelas que contêm todos os elementos indispensáveis à pronta instauração da arbitragem, seja por meio de convenção das próprias partes (arbitragem *ad-hoc*), seja delegando a determinação destes a uma instituição arbitral (arbitragem institucional). Diante disso, tornar-se-á prescindível o compromisso arbitral, o qual passa a ser um mero ato de organização jurídica, pois será firmado somente para complementar a cláusula arbitral, no caso de obscuridade não esclarecida pelos regulamentos da instituição arbitral¹⁴⁷. Cumpre esclarecer, porém, que a referida situação só é possível antes da assunção do encargo pelos árbitros, tendo em vista que, após isto, eles adquirem poder normativo integralizador do restante do processo arbitral, incumbindo-lhes o dever de sanar quaisquer dúvidas decorrentes do desenvolvimento deste.

¹⁴⁵ Oportuno lembrar, porém, que o artigo 7º, *caput*, da Lei nº 9.307/96, induz à interpretação equivocada de que a arbitragem só poderia ser instaurada a partir do momento em que firmado o compromisso arbitral.

¹⁴⁶ Vide “Regulamento para solução de controvérsias da CBMAE – Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial”, disponível no site http://www.cbmae.com.br/CACB_Site/regulamento_proc_edim_entos.htm em 17OUT07.

¹⁴⁷ SILVA, Clovis do Couto e. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. XI, t. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 559.

Vale lembrar que “o mercado funciona, pois, através de um sistema de relações sociais onde é relevante a dimensão interpessoal (e interempresarial) assente na confiança, nas expectativas recíprocas, na proximidade social, na reputação”¹⁴⁸. A cláusula compromissória igualmente pressupõe uma relação fiduciária entre as partes¹⁴⁹, que permeia o próprio processo arbitral, estabelecendo e ditando regras de condutas de todos os envolvidos, correspondentes ao próprio conteúdo da arbitragem. Sendo este instituto negócio jurídico, seu conteúdo é constituído por deveres principais (núcleo)¹⁵⁰, que modelam o próprio tipo, e deveres acessórios, tais como informação, cooperação e prestação de contas¹⁵¹.

Na cláusula compromissória, o dever principal consiste em “vincular os sujeitos do processo arbitral em torno do escopo da pacificação de controvérsias por sua própria diligência”¹⁵², cujo descumprimento acarreta não apenas o rompimento do liame de confiança, mas também sanções de ordem moral (senso comum dos operadores econômicos)¹⁵³. Logo, como possui um fundo ético que reforça o seu caráter vinculativo perante as partes que a inseriram, mesmo que a lei não previsse mecanismos de coerção para impor a arbitragem, a regra privada se sustentaria com caráter vinculante, no âmbito normativo social, por conta da boa-fé, ungida de sanções de caráter moral, tal como perda de crédito e reprovação social. Essas sanções, portanto, fornecem à cláusula compromissória um acervo de segurança jurídica, necessário à sua implementação.

¹⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Da microeconomia à microssociologia da tutela judicial**. Revista Justiça e Democracia, n. 1, primeiro semestre de 1996, p. 181.

¹⁴⁹ O artigo 13, *caput*, da Lei nº 9.307/96 acentua a importância da relação fiduciária ao dispor que “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.

¹⁵⁰ O conteúdo do negócio jurídico, segundo DINIZ, corresponde aos elementos estruturais ou constitutivos que abrangem: elementos essenciais (formam a substância do ato negocial), elementos naturais (efeitos decorrentes do negócio jurídico) e elementos acidentais (estipulações ou cláusulas acessórias adicionadas aos negócios para modificar uma ou algumas de suas consequências naturais) (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1, 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 379)

¹⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 438-439.

¹⁵² SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e...**, p. 155.

¹⁵³ O fundamento do poder dos árbitros decorre da credibilidade que estes recebem das partes, de justamente atuarem com imparcialidade e isenção de ânimos na condução do processo arbitral. Se, porventura, um árbitro receber valores, além daqueles ajustados, de uma das partes para decidir em favor desta, sua conduta, vindo à tona, frustrará a legítima expectativa de sua clientela, sendo ele e a respectiva instituição que o credenciou banidos do meio com a maior desonra possível.

Ademais, consoante apontado no segundo capítulo, a celebração da cláusula compromissória acarreta efeitos de ordem negativa, ao excluir da competência da jurisdição estatal a composição de conflitos oriundos da relação jurídica contratual na qual se inseriu a referida cláusula, e de ordem positiva, por potencializar a instituição do juízo arbitral, cuja competência é absoluta, não se admitindo prorrogação (artigo 113 do Código de Processo Civil).

O processo arbitral, então, deve ser escolhido e implementado como convicção das partes envolvidas oriundo do amadurecimento das relações negociais, em benefício da harmonização entre as empresas e da formação de uma instância técnica de resolução de controvérsias que privilegie princípios e valores específicos do âmbito empresarial.

Todas essas características ora abordadas proporcionam a valorização e a implementação da cláusula compromissória na prática contratual, sendo imprescindível, porém, a identificação e difusão por parte dos operadores jurídicos de sua função como estrutura de conservação dos vínculos contratuais e, especialmente, dos relacionamentos empresariais.

3.3 PERENIDADE DA EMPRESA PELA PREVENÇÃO A SITUAÇÕES DE RISCO

Os conflitos comerciais que envolvem direitos disponíveis sempre se apresentaram como o campo mais adequado e fértil para o desenvolvimento, da arbitragem. A dinâmica avassaladora das relações empresariais, inclusive com as transações via internet, exige um procedimento de soluções de controvérsias célere para que os agentes econômicos possam ter respostas seguras e eficazes.

A agilidade, especialização do árbitro, sigilo e informalidade, próprios do procedimento arbitral, são também características da dinâmica vida empresarial. A rapidez da realização das transações comerciais, da circulação das mercadorias e da transferência da riqueza entre os diversos agentes econômicos demandam, igualmente, que eventuais conflitos originados destas relações sejam solucionados de forma eficaz e imediata.

Além de se apresentar como um instrumento em consonância com o dinamismo do mercado, a arbitragem mostra-se igualmente útil e eficaz para compor os conflitos societários internos, originados do relacionamento entre os sócios ou acionistas, e destes com a própria sociedade, especialmente na sua modalidade de cláusula compromissória inserta nos atos constitutivos das empresas.

Nesse contexto, surge a discussão acerca do papel da cláusula compromissória e seu perfil dogmático, paralela às questões relacionadas à garantia de acesso à justiça e ao desempenho do Poder Judiciário e às formas de prestação jurisdicional. Esses fatores refletem diretamente na perenidade da empresa que necessita de mecanismos hábeis e idôneos para a prevenção de situações de risco no desempenho de suas finalidades.

3.3.1 Garantia de acesso à justiça, desempenho do Poder Judiciário e formas de prestação jurisdicional: a cláusula compromissória como instrumento de eficácia de preservação das relações negociais

Um estímulo à utilização do processo arbitral decorre, em especial, das dificuldades enfrentadas pela justiça estatal e da longa duração da prestação jurisdicional clássica. Este, conforme abordado no primeiro capítulo, tem enfrentado inúmeras dificuldades diante da crescente demanda pelos serviços do Poder Judiciário e de outras circunstâncias que tornaram as decisões judiciais exageradamente morosas¹⁵⁴ e, conseqüentemente, imprevisíveis¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Em entrevista concedida ao Consultor Jurídico (ConJur), RIBEIRO destacou que em 2005, realizou uma pesquisa com dados de 2004, e chegou a um tempo aproximado de duração do processo judicial “Em média, um processo demora cinco anos para ser resolvido em primeira e segunda instâncias no estado de São Paulo. No Ceará, chega a durar 18 anos. No Rio de Janeiro, um” (disponível no site <http://conjur.estadao.com.br/static/text/58460,1> em 05OUT07). Essa morosidade processual do Judiciário também se verifica em outros países como Estados Unidos, França, Itália e Espanha (BENETI, Sidnei Agostinho. Demora judiciária e acesso à justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 715, mai-1995, p. 377).

¹⁵⁵ “[...] a consagração de inúmeras declarações de direitos nas Constituições e sua conseqüente juridicidade, o aumento da expectativa de atuação do Poder Judiciário no Estado-providência, a substituição passo a passo de conflitos individuais para conflitos metaindividuais, difusos, coletivos ou homogêneos, são fenômenos que vêm transformando o papel tradicionalmente estabelecido pelo Poder Judiciário na sociedade [...] A essa demanda não correspondeu ainda uma resposta efetiva de mesma intensidade, o que vem agravando os conflitos existentes, minando a confiança que a sociedade tem no Poder Judiciário e que se constitui em um dos mais importantes pilares do Estado Democrático de Direito” [BARBOSA, Claudia Maria. **A necessidade da formulação de indicadores próprios para avaliar a atividade jurisdicional.** In: SILVA, Letícia Borges

Ao lado disso, os tribunais pátrios tendem a favorecer aqueles que se encontram numa condição mais favorecida (pessoa física ou jurídica), o que reforça a descrença da sociedade no Poder Judiciário. Nesse aspecto, oportuno ressaltar os trabalhos de RIBEIRO e FERRÃO que estudaram amostras de 181 decisões judiciais de São Paulo e outras 84 de 16 estados em 2005, visando refutar a teoria segundo a qual o Poder Judiciário está entre os produtores de uma "incerteza jurisdicional" que favorece o andar de baixo, inibe o crédito e o funcionamento do capitalismo empresarial¹⁵⁶.

Como resultado, concluíram que se dois litigantes buscam a proteção de uma mesma lei, aquele que está numa condição mais favorecida tem até 45% mais chances de sair vitorioso. A esse fenômeno atribuíram a denominação de "subversão paroquial da justiça", que privilegia os mais favorecidos (sobretudo, grandes empreendimentos em detrimento de pequenas empresas), refutando-se a idéia de que uma incerteza jurisdicional resultante de um favorecimento do andar de baixo inibiria o progresso econômico e social¹⁵⁷.

No âmbito empresarial e internacional, em especial, o processo judicial tem demonstrado pouca vocação no sentido de atender às demandas típicas destes meios, que exigem resolução célere (diante da dinamicidade da atividade econômica), discricção e sigilo dos trâmites e decisões (em virtude dos valores patrimoniais envolvidos e da indesejável circulação de informações

da; e OLIVEIRA, Paulo Celso de (Coord.). **Socioambientalismo uma realidade: homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 79].

¹⁵⁶ FERRÃO, Brisa Lopez de Mello. RIBEIRO, Ivan César. **Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca?** Disponível no site <http://repositories.cdlib.org/bple/alcde/26/> em 06OUT07. RIBEIRO, Ivan César. **Robin Hood versus King John: como os juízes locais decidem casos no Brasil**. Disponível no site http://getinternet.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/lpeaCaixa2006_Profissional_01lugar_tema01.pdf em 06OUT07.

¹⁵⁷ Em contrapartida, segundo pesquisa realizada por PINHEIRO sobre a "politização" das decisões, cerca de 73,1% dos juízes tomariam decisões que violassem os contratos na busca da justiça social (PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, Judiciário e economia no Brasil**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio, SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 2265). Como visto, a intenção dos juízes não se consolida no aspecto prático, sendo "indispensável ter em consideração que as instituições reconhecem funções 'manifestas' e 'latentes', ou seja, funções que são anunciadas no discurso oficial e funções que realmente são cumpridas na sociedade. A disparidade entre ambas é inevitável, mas quando a distância entre o que se 'diz' e o que 'se faz' chega a ser paradoxal, essa disparidade transforma-se em *disparate*, ou seja, dispara contra a própria instituição, desbaratando-a" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 22).

estratégicas do ponto de vista econômico ou científico). Acrescente-se, ainda, que o método estatal prescinde de um órgão julgador que se sobreponha às nacionalidades e aos ordenamentos jurídicos relacionados (operacionalização do raciocínio jurídico desde princípios gerais do comércio internacional como a *lex mercatoria*), bem como de especialistas com conhecimento aprofundado, para o julgamento de controvérsias de caráter eminentemente técnico.

A consequência mais negativa ao litigar em um processo judicial comum, todavia, é o enfraquecimento da empresa, na sua capacidade de estabelecer vínculos com empresas congêneres, além dos traumas e rompimentos gerados pelo referido método estatal, ao atribuir vitória, ainda que parcial, a um dos litigantes. Sempre haverá, portanto, um vencedor e um derrotado. Isso, notadamente, não é nada interessante para parceiros comerciais que estabeleceram, durante anos, profícuos relacionamentos e que, diante da superveniência de uma controvérsia contratual, perdem parcela efetiva de seu patrimônio.

O litígio e seu método clássico de prestação jurisdicional, por conseguinte, são componentes econômicos a serem levados cada vez mais em conta nos levantamentos financeiros das empresas. São fatores que oneram a atividade empresarial, denominados por SANTOS como custos de litigação, e compreendem os custos econômicos (custas judiciais, honorários dos advogados, peritos e especialistas), os custos de transação ou oportunidade (tempo perdido com tribunais, visitas a advogados, dias de trabalho...) e os custos não-econômicos (atrasos e adiamentos, tensão e perturbação)¹⁵⁸. Esses ônus são repassados ao custo da produção e encarecem o produto, bem como o serviço a ser prestado, o que dificulta a competitividade das empresas no mercado globalizado. Diante disso, os operadores econômicos sensibilizaram-se em relação a esses valores patrimoniais embutidos nos relacionamentos negociais, o que fomentou uma mentalidade destinada à preservação destes vínculos.

Em outras palavras,

[...] o hiato entre o desempenho teórico do Judiciário e aquele observado na prática é uma das razões por que a atividade

¹⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Da microeconomia...**, pp. 65-92.

econômica, por vezes, se organiza de formas não-canônicas, buscando reduzir custos de transação e preservar relações que envolvam investimentos específicos. Em especial, a impossibilidade de elaborar contratos, suficientemente completos, a dificuldade de garantir a sua aplicação nos tribunais e o interesse das empresas de uma demorada e imprevisível disputa judicial fazem com que a própria atividade econômica se organize de forma a evitar conflitos e permitir adaptação dos contratos¹⁵⁹.

Tais assertivas, obviamente, não desconhecem a imprescindibilidade do Poder Judiciário forte para julgar as lides que envolvam questões de direito público e de direito indisponível, tampouco se pretende a substituição de tarefas da jurisdição estatal por um modelo privado. Torna-se imperioso, porém, o reconhecimento da adequação de outros meios que, em função da afinidade entre direito e instrumento, logram ser os mais próprios para resolução de determinadas controvérsias, notadamente no ramo empresarial e internacional, garantindo-se, assim, o acesso à justiça. Neste contexto, importante citar CAPELETTI para o qual a expressão “acesso à justiça” define duas finalidades básicas: o acesso a todos e a produção de resultados individual e socialmente justos¹⁶⁰.

As dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário foram determinantes para a crescente institucionalização de meios alternativos de composição de litígios¹⁶¹, especialmente da arbitragem, que atendem às duas finalidades do acesso à justiça. Além disso, vale registrar que a conservação pelos próprios particulares dos negócios jurídicos estabelecidos ocorre mediante o exercício de sua autonomia negocial, expressa na arbitragem, em especial, por meio da cláusula compromissória inserta nos atos constitutivos da sociedade.

Em outras palavras, a arbitragem se apresenta como método de manutenção dos vínculos jurídicos e econômicos embutidos no contrato e ameaçados pelo advento de controvérsias sobre a interpretação e execução

¹⁵⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, Judiciário...**, p. 245.

¹⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p.8.

¹⁶¹ Os Estados Unidos foi o berço de inúmeros mecanismos alternativos de solução de conflitos, em que utilizam em grande escala institutos como a arbitragem e mediação, além de outros meios não convencionais de solução de litígios (MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de controvérsias: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 42).

contratual. Considerando que o instituto é constituído pela mesma autonomia negocial que originou o contrato firmado entre os particulares, ele também detém as condições para restaurá-lo de forma a preservar a incolumidade dos vínculos nele embutidos, por meio de uma atuação de baixa litigiosidade no interesse de ambas as partes. Abre-se, assim,

um novo campo de atuação para o particular, que, na medida em que conquista maiores direitos, com a valorização da autonomia da vontade relativamente aos direitos disponíveis de que é titular, assume também responsabilidades diretas pela solução de seus conflitos.

Por essa razão que, ao destacar a perspectiva privada da arbitragem, SILVA aduz a necessidade e importância de as empresas estabelecerem em seus contratos (inclusive atos constitutivos) cláusulas compromissórias, que instrumentalizem as denominadas “estruturas de conservação”¹⁶². Estas remetem, quando da eventual ocorrência de alguma controvérsia acerca da interpretação ou execução contratual, a uma atuação pacificadora de baixa litigiosidade, por meio do processo arbitral, preservando-se e atualizando-se os valores, intenções e escopos inicialmente perseguidos pelos contratantes.

Nos contratos firmados entre as empresas que pretendam fixar relacionamentos perenes, aliás, tem sido freqüente a inserção de referidas “estruturas de conservação”, as quais se projetam indeterminadamente no tempo diante da natureza da atividade dos contratantes, como, por exemplo, o do empresário com o seu principal fornecedor de matéria-prima. Estes relacionamentos têm profundo caráter econômico, financeiro e estratégico e proporcionam, além da relação primordial do empresário e de seus fornecedores principais, diversos outros relacionamentos entre as empresas, necessários à sua subsistência em uma economia de mercado.

A mesma situação se verifica nas relações intra-societárias, seja entre os sócios ou entre estes e a sociedade, cujo vínculo se protraí no tempo e demanda, amiúde, revisão dos seus termos para atualização perante as diversas alterações fáticas do mundo dos negócios.

¹⁶² SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e...**, p. 42.

É dessa prática do mundo negocial que emerge a realidade fática da busca de coexistência pacífica entre os indivíduos e, especificamente, entre as empresas que, por força da intensa massificação das relações, precisam firmar negócios com um grau mínimo de litigiosidade nas circunstâncias em que ocorrer qualquer controvérsia de interpretação ou aplicação contratual. Nesse sentido, SANTOS assevera que:

Em caso de litígio, torna-se mais importante manter a relação ou então manter a reputação no mercado onde se atua, sendo que qualquer destes dois objetivos pode ser prejudicado de forma irreparável pelo envolvimento numa ação judicial, com a demora e a publicidade que isto acarreta¹⁶³.

Para atingir esse escopo, portanto, não há instrumento mais idôneo e eficaz que a cláusula compromissória, como garantia de cooperação e auxílio recíproco, à luz dos interesses precípuos dos agentes econômicos de congregar, fortalecer e ampliar espaço no mercado.

3.3.2 Técnicas de inserção e redação da cláusula compromissória

Para que a cláusula compromissória atenda à sua função de preservar relacionamentos de negócios preexistentes, evitando-se a animosidade entre as partes e o desgaste das relações negociais, faz mister observar algumas técnicas de sua inserção e redação.

Primeiramente, torna-se fundamental verificar se o contrato possui um equilíbrio entre as partes contratantes. No caso específico das sociedades anônimas, o estatuto social, a despeito das espécies e classes de ações existentes, contém o equilíbrio necessário entre seus acionistas signatários ao garantir os direitos essenciais e irrenunciáveis previstos no artigo 109 da Lei nº. 6.404/76.

Em seguida, deve-se privilegiar ao máximo a utilização de cláusulas compromissórias cheias, com todas as especificações necessárias à instituição do juízo arbitral ou, então, delegando a uma instituição arbitral a determinação

¹⁶³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Da microeconomia...**, p. 85.

de tais especificações, por meio de regulamentos próprios. Deve-se, evitar, portanto, a premência da assinatura do compromisso arbitral (imprescindível no caso de cláusulas arbitrais vazias), firmado em um momento no qual o relacionamento entre as partes já se encontra conturbado pelo advento de alguma controvérsia.

Ato contínuo, a inserção de cláusulas compromissórias deve estar assimilada como mecanismo instaurador da arbitragem, privilegiando a boa técnica a recomendar a sua instituição com redação clara e com conteúdo efetivo. As referidas cláusulas não podem suscitar ambigüidade ou dúvidas, sob pena de serem protagonistas de novas discussões ao invés de servir com instrumento de pacificação social. Logo, precisam ser cristalinas, de fácil redação e interpretação.

A cláusula compromissória, na verdade, constitui a primeira manifestação das partes em relação à arbitragem, e as intenções nela expressas disseminar-se-ão no curso de todo o processo arbitral. Essas intenções prevalecem inclusive sobre as disposições do regulamento institucional ao qual a cláusula se reporta, por melhor traduzir a vontade das partes. Por esta razão, há necessidade de se atentar à adequada elaboração da cláusula compromissória, cuja redação é de bom alvitre que contenha: a identificação da instituição arbitral à qual se vinculará a cláusula; o direito substancial aplicável à espécie, optando por regras de direito ou regras de equidade ou ambas; a forma de processamento da arbitragem; o número e a composição do juízo arbitral; o local onde será instituída a arbitragem; e, se necessário, a(s) língua(s) oficial(is) a ser(em) utilizada(s) no processo arbitral¹⁶⁴.

No caso de utilização de cláusulas vazias, se porventura diante das circunstâncias do caso concreto elas forem necessárias, faz mister, no mínimo, a fixação de pesada pena convencional, ou seja, cláusula penal (artigo 408 do Código Civil), capaz de garantir o cumprimento da cláusula compromissória e a respectiva assinatura do compromisso arbitral ou, então, de sancionar o seu descumprimento. Frise-se, mais uma vez, porém, que o uso de tais cláusulas não é recomendável, sobretudo, em razão do instrumental previsto no artigo 7º,

¹⁶⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **O processo...**, pp. 22-23.

da Lei nº 9.307/96 para forçar o estabelecimento do compromisso arbitral, que além de remeter a controvérsia à jurisdição estatal, tende a agravar a litigiosidade já instaurada entre as partes.

Por derradeiro, a elaboração da minuta contratual na qual se insere a cláusula compromissória deve ser amplamente discutida desde o início das tratativas, a fim de identificar a instituição arbitral à qual as partes se vincularão e analisar pormenorizadamente os estatutos, regimentos e honorários devidos aos árbitros.

Oportuno destacar que o papel das instituições arbitrais é tão-somente encaminhar e administrar a decisão arbitral a ser proferida pelo(s) árbitro(s) designado(s), oferecendo apoio logístico à operação. A solução da controvérsia depende, portanto, da própria atuação dos particulares que devem traçar um regramento próprio a ser observado pelo(s) árbitro(s) designados, no exercício de sua autonomia negocial e no interesse de sua atividade.

Em suma, a cláusula compromissória, como negócio jurídico independente inserto no contrato, preconiza a preservação das relações negociais e intra-societárias, na medida em que previne riscos decorrentes do exercício da atividade empresarial e da diversidade de interesses envolvidos na sociedade. As características inerentes à arbitragem, tais como grande flexibilidade e confidencialidade oferecidas pelo seu procedimento, fortalecem o instituto no âmbito empresarial, no qual nem sempre é possível editar um regramento que atenda em sua plenitude as necessidades e urgências do setor.

4 LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E SUA EXTENSÃO NO ÂMBITO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

4.1 TESES OPOSICIONISTAS

Retomando alguns conceitos já abordados nos capítulos anteriores, a cláusula compromissória (espécie) é integrante da convenção de arbitragem (gênero), instituída e inserida pelas partes em um determinado contrato ou estatuto, no qual se comprometem a submeter à arbitragem, futuras e eventuais controvérsias atinentes a tal relação jurídica (artigo 4º, *caput*, da Lei n.º 9.307/96). Trata-se, conseqüentemente, de uma convenção privada instauradora da arbitragem que tem por objetivo a preservação contratual diante da atuação pacificadora de baixa litigiosidade do processo arbitral.

A cláusula compromissória, assim como o compromisso arbitral, contém parâmetros da atuação do poder decisório do árbitro, que devem observar as normas gerais, especialmente princípios informadores do direito societário, arbitral e processual, dentre os quais estão o do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da CF), da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CF), da razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF), da igualdade (artigo 5º, *caput*, da CF), da imparcialidade (artigo 13, §6º, do CPC) e do livre convencimento (artigo 131 do CPC).

Em atendimento aos referidos princípios, surgem teses oposicionistas à adoção da cláusula compromissória para determinadas situações, que podem ser assim resumidas: 1) renúncia antecipada à jurisdição estatal que se opõe à ordem pública; 2) vinculação dos novos acionistas à cláusula compromissória estatutária; 3) vinculação dos ausentes e dissidentes à cláusula compromissória estatutária; 4) vinculação dos administradores sócios ou não-sócios à cláusula compromissória estatutária; 5) a arbitragem nos grupos societários e contratos conexos; 6) a cláusula compromissória em contratos que envolvam Administração Pública ou interesse público, com enfoque na sociedade de economia mista¹⁶⁵.

¹⁶⁵ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no...**, p.183.

Quanto à primeira tese oposicionista, já se encontra superada no presente trabalho, diante da constitucionalidade da arbitragem perante o ordenamento jurídico brasileiro, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental em Homologação de Sentença Estrangeira n.º 5.206-7, Reino da Espanha, DJ de 19.2.2001, do Tribunal Pleno, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence¹⁶⁶.

Vale, no entanto, destacar a problemática do termo “ordem pública”, sobretudo no plano internacional, conforme pontifica FOUCHARD, para o qual

As dificuldades começam pela definição de ordem pública. Limitar o âmbito, em nossa matéria, à ordem pública internacional, a exemplo do direito francês, não basta conhecimento do seu conteúdo concreto. Dizer que abarca tanto os princípios fundamentais comuns a toda a civilização, como as regras imperativas que cada Estado entenda essencial à salvaguarda de sua ordem jurídica, também não nos ajuda bastante. Na verdade, todos sentem a necessidade de deixar ao juiz de cada Estado um certo poder de apreciação para rejeitar sentenças que lhe pareçam inaceitáveis. Logo percebem, contudo, que esta via também serve ao arbítrio. O desafio, aqui, é lançado aos juízes, em cada caso. Cabe a eles superá-lo¹⁶⁷.

Antes de abordar as demais teses, faz mister traçar algumas considerações acerca dos limites objetivos e subjetivos à adoção da cláusula compromissória no âmbito societário. Isto porque a conjugação desses limites, bem como dos princípios e normas gerais da arbitragem, determinam de forma precisa a extensão da convenção arbitral inserida no instrumento social da empresa.

Com relação aos limites objetivos (arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae*), insta ressaltar que não é toda e qualquer questão que cause conflito entre associados de determinada sociedade que ensejará a submissão ao juízo arbitral diante da presença de cláusula compromissória. Isso se deve ao

¹⁶⁶ Disponível no site <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp> em 17AGO07.

¹⁶⁷ FOUCHARD, Philippe. **Os desafios da arbitragem internacional**. Tradução de Maria Helena Japiassú Marinho de Macedo e revisão de Clávio Valença Filho. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 1, jan-mar 2004, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, pp. 65-66.

princípio da necessária incidência da controvérsia instaurada entre as partes sobre o pacto social (societário), assim entendido como

[...] engajamento dos sócios, sendo que pode se refletir por meio de diversos documentos que não sejam o próprio instrumento constitutivo da sociedade, como regimentos internos, avisos, decisões administrativas e, ainda, a definição da “missão” da pessoa jurídica, ente outras. Aproxima-se o *affectio societatis* sem com ele se confundir, já que enquanto este se refere à relação dos sócios para a constituição e manutenção da pessoa jurídica, o pacto social refere-se à participação dos associados na própria vida da sociedade, no desenvolvimento dos objetivos sociais desta, influenciando em suas atividades sociais¹⁶⁸.

Para melhor elucidar, tem-se a seguinte situação hipotética: dois acionistas de uma mesma companhia se envolvem num litígio de acidente de trânsito, sem guardar qualquer relação com objeto social da empresa. O fato de a companhia possuir em seus estatutos a previsão de utilização da arbitragem para dirimir conflitos entre acionistas não significa que tal litígio de trânsito, completamente estranho ao objeto social da empresa, sujeite-se ao juízo arbitral em razão da condição comum de acionistas na hipótese mencionada.

Destarte, a cláusula compromissória estatutária se aplica unicamente a controvérsias originadas da aplicação da lei societária e do estatuto social da sociedade, no desenvolvimento de seus objetivos sociais.

Nesse aspecto, insta destacar também o aspecto temporal do princípio da necessária incidência sobre o pacto social, o qual também alcança ex-acionistas, não mais pertencentes ao quadro social, se existia cláusula compromissória válida e se a controvérsia teve origem quando ainda eram acionistas, pouco importando o momento da instauração do juízo arbitral, ainda que não mais prevista no âmbito daquela sociedade¹⁶⁹.

Outra limitação baseia-se no objeto de controvérsia passível de ser levado ao juízo arbitral, que consiste nos direitos patrimoniais disponíveis e transacionáveis (artigo 1º, *in fine*, da Lei n.º 9.307/96 e artigos 840, 841 e 852, do Código Civil), sem ofensa à ordem pública interna ou internacional.

¹⁶⁸ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no...**, p.188.

¹⁶⁹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Idem**, p. 189.

Entende-se por direito patrimonial disponível aquele que

[...] pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto... de maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família – e em especial ao estado das pessoas (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos) – aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia dos contendentes... São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem [...]¹⁷⁰.

Além desses limites objetivos, CARVALHOSA e EIZIRIK também sustentam que as cláusulas organizativas da sociedade, de natureza institucional, não podem ser objeto de convenção arbitral, por interessarem à coletividade dos acionistas e emanarem de normas imperativas do ordenamento, sendo indisponíveis ante o caráter de ordem pública¹⁷¹.

Em que pese o respeitável entendimento desses autores, importa registrar que toda e qualquer atividade exercida pela empresa na execução de seus objetivos sociais deve interessar à coletividade dos acionistas. A exclusão de matérias de interesse coletivo da convenção arbitral inviabilizaria, portanto, a utilização desta nas relações societárias, em prejuízo da própria companhia.

Desde que não haja ofensa à ordem pública e resguardados os interesses fundamentais da coletividade, não há qualquer óbice legal na

¹⁷⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e...**, p.48.

¹⁷¹ CARVALHOSA, Modesto; e EIZIRIK, Nelson. **A nova lei das S/A**. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 201-202.

instauração da arbitragem que verse sobre cláusulas organizativas da sociedade.

Embora não seja possível esgotar todas as matérias societárias sujeitas à arbitragem, apenas para exemplificar, ENEI cita algumas delas, a saber:

[...] (i) a interpretação do estatuto social e demais documentos societários, (ii) a interpretação de lei societária, exceto quanto às matérias de ordem pública ou direito indisponível, (iii) abusos por parte dos controladores, (iv) o exercício do direito de voto, (v) a distribuição de dividendos, (vi) o exercício do direito de retirada, inclusive no que diz respeito à aferição do valor econômico da sociedade, (vii) ofertas públicas, (viii) responsabilidade dos administradores e controladores etc¹⁷².

Acrescentem-se, ainda, os conflitos envolvendo deliberações da assembléia

[...] dada a possibilidade de convalidação das deliberações da assembléia, mesmo daquelas inquinadas de vício de nulidade (o que faz transparecer uma certa idéia de disponibilidade dos direitos envolvidos) [...] Não obstante, caberá obviamente um exame da questão de mérito que suscitou a nulidade, pois esta sim poderá envolver direito claramente indisponível e portanto não passível de arbitragem¹⁷³.

Como os vícios que atingem a deliberação assemblear nas sociedades anônimas não estão sujeitos à teoria geral de nulidades¹⁷⁴, sendo passível de prescrição o direito de impugná-los (286 da Lei n.º 6.404/76), não há óbice para que eventual conflito sobre o tema submeta-se ao juízo arbitral, observados os demais limites objetivos.

Nesse contexto,

¹⁷² ENEI, José Virgílio Lopes. **A arbitragem...**, p. 168.

¹⁷³ ENEI, José Virgílio Lopes. *Idem*, pp. 169-170.

¹⁷⁴ O Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 35.230-0, de Relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo, decidiu pela inaplicabilidade da teoria geral das nulidades no âmbito do direito societário. Disponível no site <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28ociedade+an%C3%B4nima+e+teoria+geral+das+nulidades+%29+E+%28%22S%C3%93CULO+DE+FIGUEIREDO+TEIXEIRA%22%29.min.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1> em 26AGO07.

[...] diante de eventual litígio instaurado em face, exatamente, da deliberação social que instituiu a cláusula arbitral (por exemplo, a alegação de falta de *quorum* necessário), a solução da controvérsia estará submetida à jurisdição arbitral, já que o juízo arbitral é competente para deliberar acerca da validade da sua própria instituição. Ressalte-se que parte da doutrina sustenta que a competência, nesta hipótese, seria da jurisdição estatal, já que o objeto da lide seria a deliberação que deu origem à constituição da cláusula compromissória societária. Mas, diante da norma prevista no art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 9.307/96, não há como se negar a competência do juízo arbitral¹⁷⁵.

As demandas referentes à dissolução ou declaração de nulidade da sociedade, que envolvam sócios ou a própria sociedade, também podem ser objeto de cláusula compromissória, a qual terá vigência até o trânsito em julgado da sentença arbitral que dissolver ou anular a sociedade, diante da natureza constitutiva da decisão¹⁷⁶. FIUZA, a respeito, enfatiza que

a cláusula compromissória, segundo a qual os sócios submetem à arbitragem toda questão social, é aplicável não somente a controvérsias que nasçam entre elas no transcorrer da vida societária, mas também a qualquer ação de extinção e liquidação da sociedade¹⁷⁷.

Por fim, citam-se as controvérsias decorrentes de cessão de direitos sociais, cuja matéria será objeto de cláusula compromissória estatutária, a qual abrange tanto a sociedade quanto seus associados, pois qualquer mutação da composição do capital social importa incidência sobre o pacto social¹⁷⁸.

No que tange aos limites subjetivos (arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*), destaca-se, inicialmente, a capacidade de celebrar convenção arbitral, isto é, de ser parte e estar em juízo (artigos 1º, 1ª parte, e 38, inciso I, da Lei n.º 9.307/96 c/c artigo 851 do Código Civil), que corresponde à

¹⁷⁵ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no...**, pp. 205-206.

¹⁷⁶ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Idem*, p. 220-222.

¹⁷⁷ FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 112.

¹⁷⁸ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no...**, p. 209.

capacidade jurídica da pessoa natural no âmbito civil (artigo 1º do Código Civil), assim definida como a aptidão de se tornar sujeito de direitos e deveres (maioridade civil e inexistência de qualquer restrição de direito que lhe reduza o pleno exercício da vontade). Tal capacidade é passível de limitação, na medida em que uma pessoa pode ter o gozo de um direito sem ter, necessariamente, o exercício, em virtude de fatores físicos, de idade ou psicológicos.

Ao analisar o artigo 1º da Lei n.º 9.307/96, STRENGER ressalta que

Só poderão valer-se da arbitragem as pessoas *sui juris*, isto é, que sejam maiores ou emancipadas, nos termos da lei interna vigente, podendo esse fato tornar-se, eventualmente, gerador de controvérsias no plano internacional, se ocorrerem conflitos na aplicação do direito, pois esse é o sentido da expressão ‘pessoas capazes de contratar’¹⁷⁹.

A controvérsia que pode surgir no plano internacional diz respeito à homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, que poderá ser negada se for demonstrado pelo réu que as partes na convenção de arbitragem eram incapazes (artigo 38, inciso I, da Lei nº 9.307/96). Todavia, vale destacar que tanto a capacidade ou incapacidade das partes será ditada pelo regime jurídico que tutela cada uma das partes. Trata-se do disposto no artigo 7º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), segundo o qual “a lei do país em que é domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”. Se uma delas, portanto, for capaz ou incapaz

[...] segundo sua *lex domicilli*, estará validada ou invalidada a convenção arbitral genericamente; deve-se deixar ao Estado que acolha a sentença o cuidado de determinar a lei pessoal segundo suas próprias concepções. Por outro lado, a lei que rege o fundo da convenção da arbitragem deve ser determinada pela aplicação da regra de conflito fixada pela convenção da mesma. Isto consagra a título principal a lei de autonomia, o que é sustentado amplamente pelo direito comparado¹⁸⁰.

¹⁷⁹ STRENGER, Irineu. **Comentários à...**, p. 17.

¹⁸⁰ STRENGER, Irineu. **Idem**, p. 193.

O artigo 7º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) corresponde, na verdade, a uma regra de conflito de leis de caráter bilateral, assim denominada pelo direito internacional privado, visto que determina o campo de atuação da norma interna e da norma internacional, por meio da qual se identifica a lei aplicável ao conflito instaurado na relação jurídica internacional.

No caso de incapazes no âmbito do direito interno brasileiro, ainda que representados por seus tutores, curadores ou responsáveis legais, eles não têm capacidade para celebrar uma convenção arbitral, tendo em vista que seus interesses são compulsoriamente submetidos à tutela jurisdicional do poder estatal, sob pena de ineficácia da decisão arbitral¹⁸¹.

Na mesma situação encontram-se os entes despersonalizados que têm apenas poderes de administração, como o inventariante de espólio e o síndico do condomínio, os quais não podem celebrar a convenção arbitral sem prévia autorização judicial ou da assembléia de condôminos, respectivamente, sob pena de nulidade da cláusula ou compromisso arbitral¹⁸².

Com relação à possibilidade de as pessoas jurídicas firmarem convenção arbitral, embora o texto legal não seja expresso nesse sentido, cumpre destacar que também integram o permissivo legal do artigo 1º da Lei nº 9.307/96, por meio de uma interpretação sistemática do direito positivo brasileiro. Assim:

No que concerne ao alcance da legitimação para figurar em uma arbitragem, interpretada a disposição com ortodoxia gramatical, chega-se à conclusão de que as pessoas jurídicas estão à margem dessa modalidade jurisdicional, mas, se admitirmos como propositada ou não a falta de explicitação podemos considerar inclusive que as pessoas jurídicas entram nesse permissivo, pois a generalidade do vocábulo 'pessoas' engloba esse raciocínio, o mesmo ocorrendo com o vocábulo 'capazes'¹⁸³.

¹⁸¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e...**, p.47.

¹⁸² CARMONA, Carlos Alberto. *Idem*, p.47.

¹⁸³ CARMONA, Carlos Alberto. **Idem**, p. 18.

Ao lado da questão da capacidade das partes, tem-se a manifestação de vontade destas, cujo ato é imprescindível à submissão de eventual disputa ao juízo arbitral, segundo dispõem os artigos 4º, 5º e 6º, da Lei nº 9.307/96. Nesse contexto, surgem diversos aspectos polêmicos, doravante abordados.

4.1.1 A vinculação dos novos acionistas à cláusula compromissória estatutária

No âmbito das sociedades anônimas, entende-se por novo acionista aquele que as integra em momento posterior à sua instituição, geralmente pela aquisição de ações. Essa operação é realizada, na maioria das vezes, sem maiores formalidades, diante da rapidez de negócios dessa natureza, sendo possível que o novo acionista não tenha conhecimento algum acerca do estatuto social da companhia que poderá conter cláusula compromissória.

Desse modo, questiona-se a possibilidade ou não de vinculação do novo acionista diante de seu alegado desconhecimento do estatuto social.

Para CARVALHOSA e EIZIRIK, o ingresso de novo acionista deve estar acompanhado de uma aderência específica e posterior à cláusula arbitral, expressa em documento apartado, encaminhado pela companhia logo após a venda das ações. Isto porque:

O pressuposto de validade e eficácia da decisão arbitral depende de expressa declaração de vontade das partes envolvidas, seja na cláusula compromissória, seja no compromisso propriamente dito. Há, com efeito, um requisito necessariamente de forma para a validade e eficácia da cláusula compromissória estatutária que depende de sua específica adoção por parte de todos os compromissados. Sem essa expressa aprovação a cláusula compromissória é nula, por ferir o direito essencial do acionista de socorrer-se ao Poder Judiciário. E essa aprovação vincula os fundadores na constituição e os acionistas que, nas alterações estatutárias posteriores, tiverem expressamente renunciado ao direito essencial prescrito no § 2º do artigo 109, da Lei nº 6.404/76, para a inclusão desse pacto parassocial no estatuto¹⁸⁴.

¹⁸⁴ CARVALHOSA, Modesto; e EIZIRIK, Nelson. **A nova...**, pp. 183-184.

Segundo esses autores, por se tratar de um direito essencial e personalíssimo dos acionistas, o acesso ao Poder Judiciário não pode ser restringido, salvo renúncia expressa e específica nesse sentido. A eficácia da cláusula compromissória inserta em determinado estatuto social, deve estar restrita aos acionistas que a ela tenham expressamente se vinculado, não se estende àqueles que não subscreveram o pacto (ausentes e dissidentes), tampouco àqueles que ingressaram posteriormente na sociedade sem aderir-lhe expressamente, visto que não há presunção de renúncia a direito essencial de qualquer acionista¹⁸⁵.

Ao tratar sobre o tema, YONEKURA pontifica que:

A cláusula compromissória estatutária [...] não afeta o direito dos acionistas não pactuantes. Não se verifica em oposição aos direitos essenciais dos acionistas não vinculados aos seus termos por expressa manifestação individual de vontade [...] Deste modo, estarão vinculados à cláusula compromissória estatutária os acionistas fundadores da sociedade, desde que tal cláusula seja integrante do ato constitutivo, ou os demais sócios que integrarem o corpo societário posteriormente e que tenham expressamente manifestado sua vontade de aderir à tal cláusula¹⁸⁶.

Em relação ao novo acionista, assevera CANTIDIANO¹⁸⁷, no mesmo sentido de CARVALHOSA e EIZIRIK¹⁸⁸, que em virtude de o estatuto social ter um conteúdo contratual e de o novo acionista simplesmente aderir-lhe, deve-se aplicar, por equiparação, o §2º do artigo 4º da Lei nº 9.307/96, que estabelece condições especiais para a validade da cláusula arbitral nos contratos de adesão. Por esta razão, a submissão do novo acionista ao juízo arbitral estaria condicionada à sua iniciativa de instituir a arbitragem, ou concordar, expressamente, com sua instituição, desde que, por escrito, em documento anexo ou negrito, com a assinatura ou visto especialmente para ela.

Embora o estatuto social apresente semelhanças com o contrato de adesão, aquele é um contrato plurilateral, no qual as partes são detentoras de

¹⁸⁵ CARVALHOSA, Modesto; e EIZIRIK, Nelson. A nova..., pp. 183-184.

¹⁸⁶ YONEKURA, Sandra Yuri. **A arbitragem e a lei das sociedades anônimas**. Revista de Direito Empresarial, n. 2, jul-dez 2004, Curitiba: Juruá, p. 84.

¹⁸⁷ CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Idem, p. 119.

¹⁸⁸ CARVALHOSA, Modesto; e EIZIRIK, Nelson. A nova..., p. 183.

direitos e obrigações em relação a todos os demais sócios e à sociedade, tendo todos um objetivo comum, conforme analisado anteriormente no item 1.3.1 do Capítulo I. Ora, não se pode comparar

um estatuto aos contratos, os quais o §2º do art. 4º da Lei de Arbitragem procurou atingir, como, por exemplo, os de fornecimento de água, luz ou gás, ou de consumo em massa em geral, no qual o aderente pode não ter opção de contratar, e muito menos de negociar as cláusulas do contrato [...] o poder de alterar uma cláusula estatutária nas associações está sujeito ao princípio majoritário, em razão de que qualquer negociação levará em conta os interesses dos demais membros, reunidos em deliberação do órgão societário competente¹⁸⁹.

E mesmo que fosse atribuída à companhia natureza de contrato de adesão, não se sujeitaria à previsão do §2º do artigo 4º da Lei nº 9.307/96, diante da existência de norma específica e posterior sobre a arbitragem na sociedade anônima, nos termos do §3º do artigo 109 da Lei nº 6.404/76, sem qualquer exigência do gênero.

O Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado¹⁹⁰, que visa compor conflitos que possam surgir nos segmentos especiais de listagem da BOVESPA, segue essa posição. De acordo com o referido regulamento, toda a companhia (acionistas, administradores e fiscais) deve aderir ao se registrar em determinados segmentos especiais, por meio da assinatura de um termo de anuência perante a Secretaria Geral da Câmara ou em sociedade corretora (item 5 “Anuência dos Participantes ao Regulamento” do Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado). A adesão do investidor (feita uma única vez) torna obrigatória a arbitragem para a solução de conflitos com qualquer uma das companhias participantes dos segmentos especiais de listagem da BOVESPA, seus administradores e controladores (item 5.4.3., “ii”, do Regulamento).

¹⁸⁹ ABOIM, Luiz Cláudio. **Walpires v. BOVESPA: percalços da arbitragem de disputas societárias**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 8, out-dez 2006, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 174.

¹⁹⁰ Disponível no site <http://www.bovespa.com.br/pdf/regulamentonv07012002.pdf> em 30AGO07.

Em defesa dessa posição, sob o fundamento de o direito de acesso ao judiciário ser um interesse tutelado inerente à personalidade, manifesta-se também FINKELSTEIN, assim aduzindo:

[...] uma arbitragem, ao impor a uma sucessora da obrigação principal ou uma parte que não se sujeitou a um procedimento arbitral uma decadência ao “direito de acesso ao poder Judiciário”, fere a Constituição Federal, que elenca tal direito como fundamental, e conseqüente cláusula pétrea da ordem jurídica brasileira¹⁹¹.

E, mais adiante, conclui:

[...] não sendo a parte aquela que negociou a arbitragem como forma para a solução de disputas, ou que a tenha incontrovertidamente aceito ou anuído a *posteriori*, não será ela parte legítima para figurar em procedimento arbitral, pois ela não se submeteu diretamente a uma forma de resolução de controvérsias pela via arbitral [...] obrigações assumidas em virtude da incorporação empresarial, assunção ou cessão de direitos [...] deverão ser aferidas pela forma correta, que é a via judicial, reservando a instância arbitral para aqueles que optaram por tal forma para solucionar suas controvérsias¹⁹².

No entanto, não merece prevalecer a referida posição, haja vista as características peculiares dos negócios no setor empresarial, senão veja-se.

Primeiramente, com relação ao direito essencial dos acionistas de acesso ao Poder Judiciário, consoante já abordado no item 1.1 do Capítulo I, vale destacar o § 2º do artigo 109, da Lei nº 6.404/76: “os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou assembléia geral”. Extrai-se do referido dispositivo que a garantia não se refere exclusivamente ao Poder Judiciário, mas à jurisdição em geral, inclusive o juízo arbitral, para o qual o acionista pode deduzir a sua pretensão, pois

¹⁹¹ FINKELSTEIN, Cláudio. **A questão...**, p. 27.

¹⁹² FINKELSTEIN, Cláudio. **A questão...**, pp. 27-28.

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial (CPC 584 III)¹⁹³, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal [...]¹⁹⁴.

No mesmo sentido, CARMONA sustenta que

[...] a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da *jurisdicionalidade da arbitragem*, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fato de emperramento da arbitragem¹⁹⁵.

Atentando-se para a natureza jurisdicional da arbitragem, a pretensão deduzida perante o juízo arbitral apresenta todas as características do direito de ação, entendido como

[...] o direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste – favorável ou desfavorável, justo ou injusto – e, portanto, direito de natureza *abstrata*. É ainda um direito *autônomo* (que independe da existência do direito subjetivo material) e *instrumental*, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Nesse sentido, é *conexo a uma situação jurídica concreta*¹⁹⁶.

¹⁹³ O artigo 584 do Código de Processo Civil foi inteiramente revogado pela Lei nº 11.232/2005, cujas disposições relativas aos títulos executivos judiciais encontram-se previstas atualmente no artigo 475-N, do mesmo diploma legal, *in verbis*: Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; IV – a sentença arbitral; V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal. Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandato inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.

¹⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de...**, p. 1467.

¹⁹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e...**, p. 38.

¹⁹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, pp. 263-264.

Desse modo, tanto o processo quanto o direito de ação estão assegurados por meio do processo arbitral, no qual o acionista tem a garantia do direito de deduzir suas pretensões (direito de ação), observando-se um conjunto coordenado de atos (direito ao processo), com vistas à obtenção de um provimento jurisdicional (a sentença arbitral é título executivo judicial, nos termos do artigo 475-N, inciso IV, do CPC). Assim, o juízo arbitral nada mais é que o exercício do direito de opção de um meio alternativo de solução de controvérsias, mediante o qual os instrumentos, processos e ações são assegurados tal como no Poder Judiciário, com todos os princípios basilares inerentes ao processo, consoante dispõe o artigo 21, §2º, da Lei nº 9.307/96.

Acrescente-se, ainda, que apesar de o juízo arbitral suprimir do Poder Judiciário a apreciação do mérito da demanda, este sempre poderá ser acionado no caso de o processo arbitral violar garantias processuais das partes, em prejuízo do direito de ação, como, por exemplo, a vedação imposta aos acionistas minoritários de participar da indicação dos árbitros quando da instauração do juízo arbitral. Nas palavras de LEE,

A Lei modelo UNCITRAL determina que, na constituição do tribunal arbitral, deve-se respeitar a regra de que as partes devem estar em pé de igualdade. A lei brasileira de 1996 parece ter adotado a mesma regra, já que nos termos de seu art. 21, o procedimento deve ser guiado pelo princípio da igualdade entre as partes. A vedação desta condição quando da constituição de um tribunal arbitral importa na nulidade do procedimento arbitral¹⁹⁷.

Apesar de existirem autores que defendem a natureza privada da arbitragem, reservando a jurisdição unicamente ao Estado, dentre os quais GRECO FILHO¹⁹⁸ e NEVES¹⁹⁹, deve-se compreender que

a escolha do foro arbitral em substituição ao Poder Judiciário em nada prejudica o direito essencial do acionista às proteções que a lei lhe confere, inclusive quanto aos meios, processos e ações

¹⁹⁷ LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial...**, pp. 136-137.

¹⁹⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 3, 12ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p.335.

¹⁹⁹ NEVES, Celso. **Estrutura Fundamental do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 19

necessários para concretizar e dar efetividade a tais proteções [...] Se o acesso ao Poder Judiciário fosse um direito essencial em si mesmo, seria ele irrenunciável, ainda que os acionistas quisessem excluí-lo expressamente no estatuto social ou em documento apartado, assim como é irrenunciável, independentemente da forma com que o ato de renúncia se revista, o direito à participação nos lucros sociais (art. 109, I), ou no acervo da companhia em caso de liquidação (art. 109, II)²⁰⁰.

Em suma, conclui-se que, quando se trata da aplicabilidade do direito, nada justifica o monopólio estatal exclusivo para tal fim, sendo plenamente possível a adoção da convenção arbitral, como forma jurisdicional de composição de conflitos.

Com relação à natureza da cláusula arbitral, CARVALHOSA e EIZIRIK atribuem-lhe o caráter de pacto parassocial, ante a ausência de unidade jurídica entre a referida cláusula e as normas organizativas constantes do estatuto social, ao teor do artigo 8º da Lei nº 9.307/96. Todavia, o referido dispositivo legal preconiza o princípio da autonomia ou separabilidade, segundo o qual a cláusula arbitral é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, tão-somente para resguardar a validade do processo arbitral instituído no caso de eventual decretação de nulidade do contrato.

Diante disso, *data venia* o entendimento de CARVALHOSA e EIZIRIK sobre a natureza de pacto parassocial da cláusula compromissória, não há como negar que esta, a partir de sua previsão, fica intimamente vinculada a todas as outras normas organizativas da sociedade anônima. Sobre esse assunto, VILELA assim ponderou:

A convenção arbitral (cláusula compromissória) integra-se ao próprio estatuto ou contrato social e independentiza-se da vontade dos sócios fundadores ou instituidores para se tornar uma 'vontade' (norma) social, que vincula as relações entre todos os associados. Na verdade, a cláusula compromissória societária não é uma regra para-estatutária (parassocial), mas se coloca como uma regra orgânica da sociedade²⁰¹.

²⁰⁰ ENEI, José Virgílio Lopes. **Arbitragem nas...**, pp. 148-149.

²⁰¹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no...**, p. 192.

O princípio da autonomia ou separabilidade da cláusula arbitral, portanto, não pretende negar o vínculo e a unidade entre a cláusula arbitral e o contrato do qual ela faz parte, mas propor uma independência limitada exclusivamente para preservar a cláusula arbitral de eventual nulidade do contrato.

Traçadas essas considerações, vale ressaltar que ao ingressar na sociedade, presume-se que o novo adquirente avaliou e acatou voluntariamente as disposições estatutárias, as quais gozam de publicidade por se encontrarem devidamente arquivadas na sede da empresa e na Junta Comercial ou inscritas na Bolsa de Valores ou no Mercado de Balcão. Não se aplica tal presunção, porém, se a cláusula compromissória estiver inserida numa convenção extra-estatutária, como um acordo de acionistas, não arquivada na sede da empresa (artigo 118, *caput*, da Lei n.º 6.404/76) ou em qualquer desses órgãos, o que desobriga o novo acionista a se submeter ao juízo arbitral para a resolução de conflitos que o envolvam, pois a falta de publicidade conduz à ausência de manifestação de vontade.

Ademais, quando o novo acionista integra a sociedade anônima, assume voluntariamente direitos e obrigações atribuíveis a todos os demais acionistas por meio do estatuto social, ressalvadas as diferenças decorrentes de classe e espécie de ações adquiridas, a exemplo das ações preferenciais que conferem vantagens de natureza empresarial restringindo o direito de voto²⁰².

Impõem-se ao novo acionista, assim, o conteúdo e os efeitos da cláusula compromissória já inserida no estatuto social, tendo em vista que a exigência de aceitação expressa e específica da arbitragem não encontra respaldo legal, não cabendo ao intérprete fazer tal distinção (*ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet* - onde a lei não distingue, nem o

²⁰² VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Arbitragem nas sociedades anônimas: aspectos polêmicos da vinculação dos acionistas novos, ausentes, dissidentes e administradores à cláusula compromissória estatutária, após a inclusão do §3º ao art. 109 da lei 6.404/76 pela lei 10.303/2001.** Disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7191&p=1> em 08SET07.

intérprete deve distinguir).²⁰³ Ora, “a lei de arbitragem, em momento algum, determina expressamente a assinatura da parte como requisito formal de validade da estipulação; ao contrário, o que exige é a forma escrita”²⁰⁴.

MARTINS, nesse sentido, pontifica que

A eficácia da cláusula compromissória também atinge aquele investidor que adquire o *status socii* por força da transferência de ações. Mesmo não havendo manifestação expressa, o pacto arbitral lhe é vinculante, pois os efeitos da cláusula compromissória atingem os sucessores a título universal e singular. É essa a rigorosa inclinação da doutrina arbitral, que se alinha, por sinal, com o instituto da circulabilidade das ações²⁰⁵.

Corroborando esse entendimento, ALVIM assevera:

No que tange à exigência de expressa aceitação pelo terceiro da cláusula compromissória, deve-se considerá-la absorvida pela relação (*per relacionem*) decorrente da aceitação do contrato pelo mesmo. Neste caso, a cláusula compromissória entra em linha de conta, não como um negócio jurídico independente do contrato a que acede, senão como uma cláusula no sentido próprio ou parte de uma complexa regulamentação contratual. A cláusula compromissória se aplica aos compromitentes, e, conseqüentemente, a quem assume a posição jurídica de um deles, em razão da cessão do contrato, importando na transferência, pelo cedente ao cessionário, dos direitos e obrigações contratuais no seu complexo unitário²⁰⁶.

Se porventura o novo acionista ingressou na sociedade sem tomar conhecimento prévio das cláusulas estatutárias, inclusive da convenção arbitral, deve assumir as conseqüências dessa desídia. Admitir o contrário equivale a dizer que uma eventual limitação do direito de voto ou à circulação

²⁰³ Termo em latim disponível no site <http://www.buenoecostanze.adv.br/utilidades/dicionario-de-latin/dicionario-de-latim-20060909160/33/> em 17AGO07.

²⁰⁴ MARTINS, Pedro A. Batista; FERREIRA, Selma M.; e CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 135.

²⁰⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. **A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada**, *In: Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002, p.135.

²⁰⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 238.

das ações adquiridas não seria oponível ao novo sócio que ingressou na sociedade sem tomar conhecimento dessas restrições constantes do estatuto social.

Por fim, não cabe ao novo acionista optar por quais direitos e obrigações pretende estar sujeito, sob pena de inviabilizar a condução das relações internas da sociedade anônima, pois para alguns acionistas as normas estatutárias seriam válidas e para outros não.

4.1.2 A vinculação dos acionistas ausentes e dissidentes à cláusula compromissória estatutária

O debate mais acirrado, todavia, consiste na oponibilidade da cláusula compromissória aos acionistas ausentes e dissidentes da assembleia geral que deliberou sua inserção. O entendimento que prevalece na doutrina brasileira, capitaneado por CARVALHOSA e EIZIRIK, é o da não-vinculação dos acionistas dissidentes e ausentes à cláusula compromissória diante da recusa e falta, respectivamente, do necessário requisito volitivo para a instauração da arbitragem.

CANTIDIANO não destoa dessa posição:

Considerando que ninguém pode ser obrigado a submeter-se, contra sua vontade, ao processo arbitral, e tendo presente que o antigo acionista da companhia manifestou sua expressa divergência à reforma estatutária, entendo que a decisão adotada pela maioria não o obriga a aceitar a arbitragem, se requerida por terceiro (outro acionista ou a própria companhia) [...] Os acionistas que não comparecerem à assembleia que deliberar sobre a apontada modificação estatutária, assim como os acionistas que se abstiverem de votar, devem firmar termo de adesão, como é requerido pela Lei 9.307/1996, sem o quê entendo não estarem eles obrigados a submeter-se à arbitragem, quando instituída por terceiro²⁰⁷.

No mesmo sentido, PELA assevera

²⁰⁷ CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Reforma da...**, pp. 119-120.

[...] que a regra da maioria, nada obstante seja o mecanismo de apuração dos votos em assembléia geral extraordinária, não tem aptidão para estender os efeitos da deliberação aos acionistas minoritários que dela divergiram. Assim, em que pese ser possível a alteração do estatuto social para o fim de incluir a cláusula compromissória, estar-se-á diante de uma situação de inoponibilidade dessa cláusula aos acionistas que se manifestaram expressamente contrários à sua adoção²⁰⁸.

Referida doutrina, no entanto, não é inconteste. Para elucidar essa questão, é necessário antes retomar alguns conceitos sobre a assembléia geral e sua representatividade.

A assembléia geral é o órgão máximo da companhia que, se regularmente convocada e instalada, tem competência para decidir sobre as matérias elencadas no artigo 122 da Lei nº 6.404/76, dentre as quais está a reforma do estatuto social para incluir cláusula compromissória destinada a solucionar divergências sociais por meio da arbitragem (inciso I, do artigo 122, da Lei nº 6.404/76. Conforme os ensinamentos de GONÇALVES NETO, trata-se de um

conclave que reúne os acionistas para determinar, segundo a lei, a vontade da sociedade por ações. É um órgão típico [...] que tem por função sintetizar a vontade dos acionistas, gerando uma declaração regulamentar imputável à sociedade com efeitos internos (entre a sociedade e seus acionistas) e externos (entre a sociedade e terceiros)²⁰⁹.

Por ser a assembléia geral um órgão pelo qual se manifesta a vontade social, não se admite a prevalência de vontade unilateral de um único acionista em detrimento da sociedade, sob pena de agir com abuso de poder, ato proibido pela lei societária. Em outras palavras, esse órgão representativo manifesta por via indireta a vontade dos acionistas, tal como o poder legislativo representa o povo que o legitimou, cuja decisão assemblear

²⁰⁸ PELA, Juliana Krueger. **Nota sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 126, abr-jun 2002, p. 138.

²⁰⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: sociedade anônima.** Vol. II, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 157.

não se dá à revelia do acionista dissidente, mas decorre de sua prévia e voluntária submissão às regras do jogo. É essa sua prévia e voluntária aceitação das regras corporativas que dá legitimidade à assembléia, conferindo-lhes poderes para deliberar em nome de todos os acionistas, e a todos vincular, ainda que por maioria de votos²¹⁰.

Nesse contexto, insta ressaltar que “as deliberações da assembléia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco” (artigo 129 da Lei nº 6.404/76). Como no caso específico de alteração estatutária para inserção de cláusula arbitral o legislador não impôs qualquer condição ou impedimento à aprovação assemblear, a matéria poderá ser aprovada por acionistas representando a maioria do capital social votante, presentes na assembléia, salvo se previsto *quorum* qualificado no estatuto social²¹¹.

Após a deliberação da assembléia geral, não há que se falar em vontade de cada acionista, mas tão-somente na norma social que retrata a “vontade da companhia”. A manifestação de cada acionista, vista isoladamente, será apenas considerada para fins de exercício do direito de recesso (quando cabível) ou para fundamentar a anulação da decisão por abuso da maioria.

Conclui-se, portanto, que

Em todas as vezes que a lei quis criar requisitos adicionais para que determinadas obrigações vinculem a todos os acionistas ou à companhia, ela o fez de forma expressa. Estes requisitos adicionais podem ser encontrados na Lei das S/A, por exemplo, no parágrafo único do seu art. 36 e em seu art. 118, que tratam, respectivamente, da limitação à circulação de ações nas companhias fechadas e dos acordos de acionistas. Para inserção de cláusula arbitral no estatuto social, diferentemente das hipóteses antes citadas, a lei simplesmente é omissa a respeito de qualquer requisito adicional, o

²¹⁰ ENEI, José Virgílio Lopes. **Arbitragem nas...**, p.163.

²¹¹ A reforma de estatuto social visando à inserção de cláusula compromissória é competência privativa da assembléia geral extraordinária (artigos 122, inciso I, c/c 131, *in fine*, da Lei nº 6.404/76), a ser instalada em primeira convocação com o *quorum* de 2/3 (dois terços), no mínimo, o capital com direito a voto, mas poderá ser instalada em segunda convocação com qualquer número (artigo 135, *caput*, da Lei nº 6.404/76).

que nos faz concluir que, nesse caso, não há necessidade de uma concordância expressa dos acionistas para estarem a ela vinculados²¹².

Esse *quorum* de deliberação, porém, é distinto no caso de constituição de sociedade anônima por subscrição pública, na qual o projeto do estatuto social exige, para qualquer alteração, deliberação unânime dos subscritores (§2º do artigo 87 da Lei nº 6.404/76) – seja para incluir ou excluir cláusula compromissória estatutária – que não o aderem, mas efetivamente o aprovam. A mesma situação ocorre na constituição de sociedade anônima por subscrição particular, pois todos os subscritores assinam o projeto do estatuto ou escritura pública, em concordância expressa com seus termos²¹³.

Importante registrar também que, embora a alteração estatutária para inserção de cláusula compromissória não autorize o direito de recesso de qualquer acionista mediante reembolso do valor de suas ações – visto que não se inclui nas hipóteses taxativamente previstas no artigo 137 da Lei nº 6.404/76 – há a possibilidade de o referido rol ser ampliado pelo estatuto social ou pela assembléia geral “porque seu fundamento está na proteção ao acionista minoritário, nada impedindo que a sociedade estenda essa proteção a outros casos não contemplados na enumeração mínima fixada pela lei”²¹⁴.

Ainda que não previsto pelo estatuto social ou deliberado em assembléia geral o exercício do direito de retirada no caso de inserção de cláusula compromissória²¹⁵, poderá o acionista dissidente ou ausente alienar

²¹² FLAKS, Luís Loria. **A arbitragem na reforma da Lei das S/A**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 131, jul-set 2003, pp. 106-107.

²¹³ ROSSI, Livia. **Arbitragem na...**, pp. 197-198.

²¹⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de...**, p. 133.

²¹⁵ Tratamento legislativo diferenciado, porém, foi conferido às sociedades limitadas, para as quais basta a modificação do contrato por qualquer motivo, para ensejar o direito de recesso do sócio dissidente, nos termos do artigo 1.077 do Código Civil. BERTOLDI, ao tratar sobre esse tema, pontifica que “como única mudança efetiva, temos a inclusão dentre as causas ensejadoras do recesso, além da alteração do contrato social, a operação de fusão da sociedade, ou de incorporação nos casos em que a sociedade seja incorporada ou incorporadora, mudança esta de pouquíssimo valor, pois para que se realizem as operações descritas (fusão e incorporação e também a transformação e cisão) é necessária a alteração do contrato social, bastando, então a previsão desta hipótese para que se tenha a abrangência das demais acima descritas” (BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado...**, p. 175). Sobre essa questão, ainda, o artigo 1.029, *caput*, do mesmo diploma legal aduz que “além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa”. Vale destacar o entendimento de BALTAZAR, para o qual: “A retirada

sua participação acionária, uma vez que ninguém é obrigado a se associar, nem a permanecer associado a uma companhia (artigo 5º, inciso XX, da CF). Por mais esta razão, o acionista dissidente ou ausente que continua compondo o quadro social da companhia, após deliberação assemblear legítima que decidiu pela inclusão de cláusula compromissória, a ela se vincula.

Apenas a título elucidativo, os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito ou com voto restrito²¹⁶ também estarão vinculados à cláusula compromissória arbitral, na hipótese de o estatuto ser alterado por acionistas representantes de ações com direito a voto.²¹⁷

4.1.3 A vinculação de administradores sócios ou não-sócios à cláusula compromissória estatutária

No que tange à vinculação de administradores, CARVALHOSA e EIZIRIK sustentam que as controvérsias e lides em que, além dos acionistas e da sociedade, haja o envolvimento de administradores, fiscais e terceiros, estão excluídas do juízo arbitral instituído pela cláusula compromissória²¹⁸.

Os administradores, em especial, estão envolvidos em muitas das controvérsias geradas no âmbito societário, cuja participação não só decorre da vontade das partes, mas também de hipótese de litisconsórcio necessário²¹⁹

imotivada pode gerar uma série de abusos. A empresa tem uma função social a cumprir, de modo que os interesses particulares dos sócios não devem ser sobrepostos aos interesses sociais. Isso justifica a imposição de limites à rescisão unilateral para conter os abusos gerados pela ampla autonomia de vontade. A limitação encontra seu fundamento legal por aplicação do art. 743 do CC/2002. Assim, se, dada a natureza da atividade exercida pela sociedade, uma das partes houver feito investimentos consideráveis, o direito de retirada somente poderá produzir efeitos depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos” (BALTAZAR, Dayse Mara Silveira. **O recesso e a exclusão de sócio nas sociedades limitadas: análise dos ordenamentos brasileiro, italiano e português**. Revista de Direito Empresarial, n.3, jan-jun 2005, Curitiba: Juruá Editora, p. 132).

²¹⁶ Ações preferenciais são “aquelas que outorgam ao seu titular determinadas vantagens se comparadas com as ações ordinárias. No entanto, o estatuto da companhia poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições (art. 111 da Lei 6.404/76)” (BERTOLDI, Marcelo M.; e RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 240).

²¹⁷ FLAKS, Luís Loria. **A arbitragem...**, pp. 111-112.

²¹⁸ CARVALHOSA, Modesto; e EIZIRIK, Nelson. **A nova...**, p. 202.

²¹⁹ O litisconsórcio é a possibilidade de mais de um litigante figurar em um ou em ambos os pólos da relação processual, o que caracteriza a pluralidade subjetiva da lide, isto é, a cumulação subjetiva de ações. Classifica-se: quanto ao momento de formação, em inicial ou ulterior; quanto à obrigatoriedade de formação, em necessário ou facultativo; quanto ao pólo

(artigo 47 do CPC), segundo o qual é imprescindível a defesa de seus interesses, em atendimento ao contraditório.

A doutrina brasileira tem interpretado o tema à luz do direito processual civil, aplicável ao processo arbitral, para o qual a inserção, no processo, de terceiro que não firmou ajuste somente será admissível se ele consentir em aderir, caso contrário o árbitro não terá força para submetê-lo à relação processual, tampouco para ampliar a sua competência para negócio diverso daquele previsto no compromisso²²⁰.

Com isso, se, porventura, o terceiro acionista (administrador ou não) recusa a adesão ao compromisso arbitral e for caso de litisconsórcio facultativo, o processo arbitral terá prosseguimento só com as partes vinculadas à convenção arbitral, devendo em seguida percorrer a via judicial para alcançá-lo. Se for litisconsórcio necessário, todavia, não restará outra alternativa ao árbitro senão encerrar o processo arbitral sem resolução do mérito, por falta de integração da convenção de arbitragem, a fim de que a controvérsia seja submetida ao Poder Judiciário (artigo 21, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96)²²¹.

ALVIM também defende esse entendimento ao aduzir que se todos participaram do negócio jurídico e firmaram o compromisso, são considerados partes necessárias no juízo arbitral, cuja ausência de citação torna a sentença proferida *inutiliter data*²²².

CARREIRA ALVIM reforça que:

Na prática, cumpre distinguir as diversas espécies de litisconsórcios e a potencialidade que tem a sentença arbitral de afetar, ou não, direitos de terceiros, fora da convenção de arbitragem. Se o litisconsórcio for do tipo necessário-unitário – aquele que impõe a participação de todos os litigantes, com sentença uniforme para todos

da relação processual, em ativo, passivo ou misto; e quanto ao destino dos litisconsortes no plano do direito material pode ser unitário ou simples (NERY JUNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de...**, p. 346).

²²⁰ No direito francês há uma corrente minoritária na doutrina e jurisprudência que admite o alcance da decisão arbitral ao litisconsorte obrigatório ausente, desde que não crie obrigações a este, trazendo-lhe apenas benefícios (*Apud* VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no...**, p. 226).

²²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Arbitragem e...**, pp. 378-379.

²²² ALVIM, Arruda. **Cláusula compromissória e compromisso arbitral: efeitos**. Revista de Processo, n. 101, ano 26, jan-mar 2001, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 209.

–, ou o terceiro aceita integrar o processo, possibilitando a sentença, sujeitando-se aos seus efeitos, ou não aceita e permanece fora dele, inviabilizando com a sua ausência o processo arbitral. É o caso do compromitente casado, a respeito de direitos sobre bens imóveis de propriedade de ambos os cônjuges²²³.

Essa interpretação de recorrer à via judicial para alcançar, em especial, administradores não vinculados à convenção arbitral, porém, enseja evidente desperdício de tempo e dinheiro, além de viabilizar decisões conflitantes e incerteza jurídica acerca do envolvimento necessário ou facultativo dos administradores. Excluir os administradores do juízo arbitral, pura e simplesmente, também não seria a solução mais adequada.

Nesse aspecto, ENEI sustenta que os administradores, diversamente dos acionistas, não são numerosos, tampouco cambiantes, sendo prudente exigir a sua vinculação por meio de uma adesão específica à arbitragem em documento apartado, inclusive como condição à contratação ou permanência no cargo²²⁴.

Defendendo posicionamento diverso, VALÉRIO aduz que o mais correto seria a vinculação automática à cláusula arbitral do administrador, cuja permanência no cargo pode ser interpretada como uma concordância tácita ao estatuto social. Justifica seu entendimento com base no dinamismo das relações empresariais, nas quais há um elevado índice de demissões de presidentes de empresa, revelando o caráter cambiante do cargo, o que poderia comprometer a eficácia do juízo arbitral ante o freqüente envolvimento dos administradores nas relações societárias²²⁵.

No mesmo sentido, sustenta VILELA, contudo, utilizando-se de fundamento distinto, qual seja, princípio da necessária incidência do pacto social, já referido anteriormente. Para o autor

[...] eventual conflito decorrente da prática dos atos da má-administração do dirigente associado deve estar submetido ao juízo

²²³ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral...**, p. 463.

²²⁴ ENEI, José Virgílio Lopes. **Arbitragem nas...**, p.167.

²²⁵ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Arbitragem nas sociedades anônimas: vinculação dos acionistas novos, ausentes, dissidentes e administradores à cláusula compromissória estatutária**. Disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7191&p=1> em 08SET07.

arbitral, em decorrência da previsão da cláusula compromissória societária. Inegável, neste ponto, o atendimento aos limites de ordem subjetiva, já que o administrador integra o quadro societário, e de ordem objetiva, uma vez que a gestão fraudulenta ou incompetente tem impacto direto nos interesses sociais, interferindo na ordem jurídica societária. Quanto aos conflitos referentes aos direitos rescisórios do dirigente associado (quotista ou acionista) que se afasta da sociedade, mesmo que não contratado pelo regime celetista, não se aplica à cláusula compromissória prevista nos estatutos ou contrato social, por não se tratar de questão incidente sobre o pacto social²²⁶.

Para constatar a vinculação ou não de administrador à cláusula arbitral, no entanto, faz-se necessário esclarecer que

tanto os membros do conselho de administração quanto os diretores da sociedade anônima são considerados seus administradores e, como tais, estão submetidos a uma série de normas comuns, relativas a requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidades²²⁷.

Assim, com relação aos conselheiros e diretores acionistas, não restam dúvidas quanto à sua vinculação à cláusula compromissória arbitral (artigo 146, *caput*, da Lei nº 6.404/76), haja vista participarem do quadro societário, ensejando o mesmo tratamento dispendido aos acionistas ingressantes, dissidentes e ausentes.

A problemática encontra-se na vinculação de diretores não-acionistas justamente por não comporem o quadro societário. Nesse contexto, importante conjugar o princípio da necessária incidência do pacto social com a permanência voluntária no cargo de diretor, para que a cláusula compromissória arbitral seja eficaz. Isto porque, embora não componha o quadro societário, o diretor não acionista tem livre acesso aos atos constitutivos da companhia, que inclusive delimitam seus poderes, não podendo alegar desconhecimento do estatuto social visando a se escusar do juízo arbitral, cuja

²²⁶ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no...**, p. 216.

²²⁷ BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado...**, p. 368.

permanência no cargo de administração corresponde à aceitação tácita da cláusula compromissória arbitral.

4.1.4 A arbitragem nos grupos societários e contratos conexos

Os grupos societários correspondem a uma reunião de duas ou mais pessoas jurídicas que visam à participação conjunta em empreendimentos comuns²²⁸. Atualmente, encontram-se disciplinados nos artigos 265 a 277 da Lei nº 6.404/76 e artigos 1.097 a 1.101 do Código Civil.

Diante da manutenção da independência jurídica de cada empresa agrupada nessa espécie de reunião e do traço da voluntariedade para submissão da controvérsia ao juízo arbitral predominante na doutrina nacional, não se tem admitido no Brasil a extensão dos efeitos da cláusula compromissória às empresas não-signatárias da convenção arbitral, que integram o mesmo grupo de sociedades, no qual foi firmada referida convenção.

No direito arbitral internacional, a discussão acerca da extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes que não assinaram o contrato nos casos de cadeias ou grupos de contratos ou, ainda, grupos societários, não é recente, ao contrário do direito brasileiro, no qual a polêmica ainda é pouco debatida.

Para os tribunais internacionais, notadamente a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e a Corte de Apelações de Paris, deve-se conciliar a extensão dos efeitos da cláusula compromissória com a vontade das partes e o respeito à noção de personalidade jurídica, mas também com a realidade econômica.

Alguns julgados proferidos em arbitragens regidas pelo Regulamento da CCI admitiram excepcionalmente a extensão da competência do Juízo Arbitral a empresas que não tinham assinado a cláusula compromissória. O argumento utilizado foi a identificação dessas empresas com uma das partes que subscrevera a cláusula arbitral, bem como por pertencerem ao mesmo grupo societário e terem participado efetivamente, de alguma forma, da

²²⁸ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no...**, p. 236.

negociação, execução ou rescisão do negócio jurídico que ensejou o conflito de interesses submetidos aos árbitros²²⁹.

Em outras palavras, embora se reconheça que a arbitragem deve decorrer da vontade das partes quando da celebração da cláusula compromissória, admite-se que esta estenda seus efeitos à sociedade que faça parte do mesmo grupo e que tenha efetivamente participado do negócio jurídico.

Dentre os diversos julgados estrangeiros, oportuno destacar o caso paradigmático CCI4131 *Isover Saint-Gobain vs. Dow Chemical*, citado por CAIVANO²³⁰, em cuja decisão foi adotada a teoria dos grupos societários, segundo a qual

*[...] la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron*²³¹.

Nesse caso, com base no Regulamento da CCI, concluiu-se que a lei eleita pelas partes para dirimir o conflito não era aplicável no tocante à interpretação da competência dos árbitros, os quais deveriam interpretar a matéria independentemente do que dispusesse a lei estatal aplicável ao litígio. A partir dessa premissa, a interpretação da cláusula compromissória passou a ser definida pela *lex mercatoria*, desde que não conflitante com a ordem pública internacional do país no qual seria aplicada a decisão arbitral.

²²⁹ WALD, Arnold. **A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos**. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 2, mai-ago 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.31.

²³⁰ Apud CAIVANO, Roque J. **Arbitraje y grupos de sociedades: extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario**. Disponível no site http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf em 20NOV07.

²³¹ “[...] a cláusula compromissória expressamente aceita por determinadas sociedades do grupo deve vincular as outras sociedades que, em virtude do papel que tiveram na conclusão, na execução ou resilição dos contratos contendo as referidas cláusulas e, de acordo com a vontade comum de todas as partes do procedimento, aparentam terem sido verdadeiras partes nos contratos, ou terem sido consideravelmente envolvidas por eles e pelos litígios que deles resultar” (tradução livre).

Ao comentar o referido julgamento, ARNALDEZ²³² destacou que

*Cette jurisprudence arbitrale s'est développée au cours des vingt dernières années au fur et à mesure que se développait un vaste mouvement de concentrations d'entreprises provoquées par une mondialisation des échanges. Elle a eu le mérite de dégager progressivement des critères permettant aux arbitres de s'affranchir d'un formalisme lié à la signature du contrat tout en respectant la sécurité des transactions, et de statuer à l'égard de tous ceux qui par leur participation ou leur comportement lors de la conclusion du contrat ou son exécution sont liés par la convention d'arbitrage sans l'avoir signée*²³³.

Da teoria dos grupos societários é possível extrair, portanto, três requisitos não cumulativos, sendo que, presente um deles, ampliar-se-ão os efeitos da cláusula compromissória, a saber: a) a sociedade não-signatária deve ter desempenhado um papel ativo nas negociações das quais decorreu o acordo que contém a cláusula compromissória; b) a sociedade não-signatária deve estar envolvida ativa ou passivamente na execução do contrato, no qual consta a cláusula compromissória; c) a sociedade não-signatária deve ter sido representada efetiva ou implicitamente no negócio jurídico²³⁴.

No Brasil, como já destacado no tópico anterior, a tendência dos tribunais com relação à extensão de cláusula compromissória a partes não-signatárias é de sua completa inadmissibilidade, diante da exigência de celebração por escrito da referida cláusula, consoante disposto nos artigos 4º e

²³² ARNALDEZ, J.-J.; Derains, Y.; e Hascher, D. **Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000**. n. 553, Vol.4, The Hague; London; Boston: Kluwer Law International, 2003.

²³³ “Essa jurisprudência arbitral se desenvolveu ao longo dos vinte últimos anos na medida em que se desenvolvia um vasto movimento de concentração de empresas provocadas por uma globalização dos intercâmbios. Ela teve o mérito de afastar, progressivamente, os critérios [nacionais], permitindo aos árbitros que se libertassem de um formalismo relacionado à assinatura do contrato, garantindo ao mesmo tempo, a segurança das transações e decidindo com relação a todos aqueles que, em virtude de sua participação ou comportamento quando da conclusão do contrato ou sua execução, estão vinculados pela convenção de arbitragem sem tê-la subscrito” (tradução livre).

²³⁴ Vale ressaltar que a aplicação da referida teoria nos contratos administrativos firmados com órgão governamentais é uma questão bastante polêmica, haja vista os interesses públicos envolvidos. A doutrina e jurisprudência arbitral internacional têm reconhecido a possibilidade de extensão da cláusula compromissória a um Estado não-signatário da convenção de arbitragem apenas quando presentes provas inequívocas do seu envolvimento na negociação, celebração ou execução do contrato litigioso, da sua aceitação tácita ou representação pelo órgão signatário.

37, inciso II, da Lei nº 9.307/96. O Supremo Tribunal Federal (STF), aliás, já se pronunciou acerca do assunto, na SEC 6.753-7, DJ 04.10.2002, de Relatoria do Ministro Maurício Corrêa, cujo trecho do voto ora se transcreve:

A convenção de arbitragem é a fonte ordinária do direito processual arbitral, espécie destinada à solução privada dos conflitos de interesses e que tem por fundamento maior a autonomia da vontade das partes. Estas, espontaneamente optam em submeter os litígios existentes ou que venham a surgir nas relações negociais à decisão de um árbitro, dispondo da jurisdição estatal comum. Tal possibilidade, aplicável aos conflitos envolvendo interesses disponíveis, traduz-se, na realidade, em exclusão da jurisdição estatal. Deve, por isso mesmo, diante de sua excepcionalidade e importância, revestir-se de expressa e manifesta vontade dos contratantes, na forma do que estabelecem os arts. 4º, 5º e 6º da Lei de Arbitragem [...] Não se admite, em consequência, até pela sua excepcionalidade, convenção de arbitragem tácita, implícita e remissiva, como se pretende²³⁵.

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, no caso SEC 856²³⁶, entendeu pela extensão dos efeitos da cláusula compromissória, constante de contrato não assinado, diante da efetiva participação de terceiro não-signatário no procedimento arbitral e da ausência de impugnação à referida cláusula arbitral. Em comentários sobre a decisão SEC 856, BRAGHETTA pontificou que uma vez configurada a participação no procedimento arbitral, sem qualquer impugnação ao juízo arbitral, a questão da não-assinatura do contrato resta superada, invocando, para tanto, o artigo 7º, item “2”, da Lei Modelo UNCITRAL²³⁷.

²³⁵ Disponível no site <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp> em 17AGO07.

²³⁶ Disponível no site <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=sec+856&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6> em 20NOV07.

²³⁷ Artigo 7. Definição e Forma da Convenção de Arbitragem [...] 2 – A convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito. Considera-se que uma convenção tem forma escrita quando constar de um documento assinado pelas partes ou de uma troca de cartas, telex, telegramas ou qualquer outro meio de telecomunicação que prove a sua existência, ou ainda da troca de alegações referentes à petição e à contestação, na qual a existência de uma tal convenção for alegada por uma parte e não seja contestada pela outra. A referência num contrato a um documento que contenha uma cláusula compromissória equivale a uma convenção de arbitragem, desde que o referido contrato revista a forma escrita e a referência seja feita de tal modo que faça da cláusula uma parte integrante do

A doutrina brasileira não destoia desse entendimento, conforme exposto anteriormente, preconizando a inserção de terceiro, no processo arbitral, somente mediante seu consentimento em aderir a este, caso contrário, não restará outra alternativa ao árbitro senão encerrar o processo arbitral sem resolução do mérito, por falta de integração da convenção de arbitragem, no caso de litisconsórcio necessário. Se, porventura, o terceiro for litisconsorte facultativo, caberá à sociedade ingressar com ação judicial específica para alcançar o terceiro envolvido, que não aderiu à convenção arbitral²³⁸.

Não obstante a discussão acerca do tema no direito brasileiro seja incipiente, faz mister reconhecer a tendência atual, especialmente nas relações internacionais, no sentido de uma interpretação ampla e flexível da cláusula compromissória, sem prejuízo da manutenção da autonomia da vontade, como princípio básico da liberdade que se exerce no comércio.

O exemplo clássico de grupos societários que adotam a cláusula compromissória arbitral são as *joint ventures* ou contratos de colaboração empresarial, que se caracterizam como acordo *sui generis*, cujo vínculo firmado entre dois ou mais partícipes, denominados *co-ventures*, é destinado à consecução de um projeto comum²³⁹. Nas palavras de BASSO, *joint venture* “corresponde a uma forma ou método de cooperação entre empresas independentes, denominado em outros países de *sociedade de sociedades*, *filial comum*, *associação de empresas* etc”²⁴⁰ (grifos da autora).

LE PERA²⁴¹, por sua vez, aduz que: “La expresión ***joint venture*** es usada en el habla comercial para aludir a todo acuerdo empresario para la realización de um proyecto específico, com independência de la forma jurídica que se adopte”²⁴² (grifos do autor).

contrato. Disponível no site http://direito.administrativo.com.br/pdf/arbitragem_lei_modelo_uncitral.pdf em 20NOV07.

²³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Arbitragem e...**, pp. 378-379 em 20NOV07.

²³⁹ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Cláusula compromissória nos contratos de *joint venture***. Disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4175> em 10SET07.

²⁴⁰ BASSO, Maristela. ***Joint Ventures: manual prático das associações empresariais***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

²⁴¹ PERA, Sergio Le. ***Joint Venture y soiedad: acuerdos de coparticipación empresarial***. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984, p. 83.

²⁴² “A expressão *joint venture* é usada na linguagem comercial para aludir a qualquer acordo empresarial, para a realização de um projeto específico, independentemente da forma jurídica adotada” (tradução livre).

A origem das *joint ventures* remonta à segunda metade do século XIX, quando foram constituídas, em regra, sob a forma societária, no setor ferroviário, passando a ser largamente difundidas na indústria petrolífera, no início do século XX, cujo objetivo particular era a pesquisa e o desenvolvimento conjunto²⁴³.

Em razão de sua flexibilidade e facilidade de constituição, as *joint ventures* são bastante utilizadas pelas empresas, especialmente no âmbito internacional. Nas economias de países desenvolvidos, corresponde a um instrumento de concentração aberta aos investidores, e nas economias de países em desenvolvimento, constitui um instrumento de cooperação industrial para realizar finalidades econômicas relevantes, bem como uma forma de regulamentação dos investidores estrangeiros com o objetivo de favorecer a participação local na sua gestão, garantindo-se constante presença no plano do desenvolvimento nacional²⁴⁴.

No campo internacional, as *joint ventures* são instrumentos fundamentais para a realização de negócios empresariais, cuja importância é indiscutível em face de sua utilização como estratégia para alcançar mercados externos, transferência de tecnologia, aporte de capital, e uso de franquias.

É nesse contexto que se destaca a relevância da adoção de procedimentos rápidos visando a solucionar controvérsias que decorram das relações negociais firmadas ou, ainda, evitá-las, no intuito de se preservar o empreendimento conjunto. O principal meio de composição dessas controvérsias é a cláusula compromissória arbitral, normalmente inserida nos acordos da *joint venture*, estabelecendo a instauração de processo arbitral por determinadas pessoas ou instituições.

Com relação à eficácia da cláusula compromissória nos contratos *joint ventures*, por se tratar de um grupo societário, são válidos os mesmos requisitos ora expostos, para averiguar se determinada empresa não-signatária da convenção arbitral, porém integrante da *joint venture*, submeter-se-á ao juízo arbitral.

²⁴³ MIRANDA, Maria Bernadete; MALUF, Clovis Antonio. **O contrato de *joint venture* como instrumento jurídico de internacionalização das empresas.** Disponível em <http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/artigo18.pdf> em 08SET07.

²⁴⁴ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Cláusula compromissória nos contratos de *joint venture*.** Disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4175> em 10SET07.

4.1.5 A cláusula compromissória nos contratos que envolvam a Administração Pública ou interesse público, com enfoque na sociedade de economia mista

Nos contratos administrativos²⁴⁵, a questão da arbitralidade ainda não está pacificada na doutrina brasileira. Há autores que defendem a impossibilidade de sujeição do Estado ao juízo arbitral²⁴⁶, por lhe faltar capacidade, posto que desprovido de vontade, discernimento ou mecanismo de defesa, diante do interesse público envolvido²⁴⁷. Outro argumento que fundamenta a inarbitrabilidade consiste na contrariedade aos princípios básicos de direito público (em especial o princípio da indisponibilidade do serviço público) e na ausência de expressa autorização legal²⁴⁸.

A maior parte da doutrina²⁴⁹, entretanto, tem se manifestado a favor da arbitrabilidade nos contratos administrativos, segregando os atos praticados pelo Estado como de gestão ou de negócio, de um lado, e os atos de autoridade ou de império, de outro²⁵⁰. Segundo esse entendimento doutrinário, há duas categorias de interesses públicos:

²⁴⁵ Oportuno destacar o conceito de contrato administrativo que, segundo MELLO, “é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a variáveis imposições do interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 569-570).

²⁴⁶ Sobre o tema, GRAU aduz o seguinte: “[...] é evidente que quando se afirma que a arbitragem se presta a ‘dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis’, isso não significa que não possa a Administração socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público” (GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 32, São Paulo; Malheiros Editores, 2000, p. 20).

²⁴⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 101.

²⁴⁸ FERREIRA, Sérgio de Andréa. **A arbitragem e a disponibilidade do *jus publicum* interno**. In: Reflexões sobre arbitragem: *in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, p.39.

²⁴⁹ São favoráveis a essa corrente, os seguintes doutrinadores: “Adilson Abreu Dallari, Arnoldo Wald, Caio Tácito, Carlos Alberto Carmona, Carlos Pinto Coelho Mota, Celso Antônio Bandeira de Melo, Cláudio Vianna de Lima, Diogo Moreira de Figueiredo Neto, Eros Roberto Grau, José Carlos de Magalhães, Leon Frejda Sklarowsky, Selma Ferreira Lemes, Pedro A. Batista Martins, Sérgio de Andréa Ferreira, Toshio Mukai, entre outros” (GREBLER, Eduardo. **A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, mai-ago 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 63).

²⁵⁰ DI PIETRO assim distingue os atos de império dos atos de gestão: “os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização

[...] os primários e os secundários (ou derivados), sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tornaram-se indisponíveis na forma da lei, não importando sob que regime ²⁵¹.

Assim, não se pode confiar a árbitros matérias ou atribuições que importem atos de império, próprios e privativos do Estado no exercício da soberania, na garantia da inviolabilidade dos direitos essenciais do cidadão, no exercício do poder de polícia ou na arrecadação tributária. Em contrapartida, quando o Estado atuar na posição típica de ente privado ou, então, praticar atos de interesse público secundário, a Administração Pública estará praticando atos de negócio ou de gestão ²⁵².

São duas as espécies de contratos administrativos, a saber, contrato de concessão de serviço público e contrato de concessão de obra pública, cujas modalidades não alteram a natureza patrimonial da avença ²⁵³. Nos contratos de concessão de serviços públicos, em especial, há uma peculiaridade, qual seja

[...] a submissão da empresa concessionária a um regime jurídico híbrido. Como empresa privada, ela atua, em regra, segundo as normas do direito privado, no que diz respeito à sua organização, à sua estrutura, às suas relações com terceiros [...] como prestadora de

judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, pp. 525-526).

²⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, n. 209, jul-set 1997, Rio de Janeiro: Renovar, p. 84.

²⁵² GREBLER, Eduardo. **A solução...**, p. 63.

²⁵³ Nos termos dos artigos 2º, inciso II e 4º, da Lei n.º 8.987/95, entende-se por contrato de concessão de serviço público aquele pelo qual a administração pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário, ou outra forma de remuneração. O contrato de concessão de obra pública, por sua vez, tem previsão legal no artigo 2º, inciso III da Lei nº 8.987/95 e define-se como aquele pelo qual o poder público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a proporciona (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, pp. 75 e 127).

um serviço público, suas relações com a Administração concedente se rege inteiramente pelo direito público, já que a concessão é um contrato tipicamente administrativo [...] ²⁵⁴.

Apesar da submissão às regras do direito público, esses contratos não estão impedidos, pelo contrário, estão autorizados a se utilizarem

da arbitragem para solucionar os diferendos oriundos do contrato e que digam respeito aos interesses públicos derivados com repercussões patrimoniais, que nos contratos de concessão encontram guarida nas cláusulas financeiras e econômicas (repercussões técnicas e econômicas) [...] Neste sentido pode-se dizer que todas as questões disciplinadas no contrato de concessão que gravitam em torno dos interesses patrimoniais do contrato são suscetíveis de solução arbitral [...] Assim, nos contratos de concessão de serviço público, tudo que [...] tenha reflexo patrimonial e esteja relacionado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato será suscetível de ser dirimido por arbitragem. Seja quando o objeto do contrato de concessão referir-se a obras de construção civil ou à prestação de serviços públicos (efeitos patrimoniais). Por outro lado, as disposições classificadas como regulamentares e atinentes à Administração, previstas no contrato, estariam fora da zona de direito disponível e, portanto, sujeitas à dirimência da jurisdição estatal ²⁵⁵.

Apenas como referência, no direito comparado destaca-se a Resolução nº 175, de 28 de dezembro de 2001, do Conselho de Ministros de Portugal, que dispõe sobre o firme propósito do Governo em progredir na construção de um sistema de administração da justiça caracterizado por maior acessibilidade, proximidade, celeridade, economia, multiplicidade, diversidade, proporcionalidade, informalidade, oportunidade, visibilidade, comunicabilidade, inteligibilidade, equidade, participação, legitimidade, responsabilidade e reparação efetiva. Com base no artigo 199, alínea “g”, da Constituição da

²⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na...**, p. 74.

²⁵⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?** Disponível no site http://www.cacb.org.br/mediacao_arbitragem/artigos/Arbitragem%20nas%20Concess%F5es%20de%20Servi%20E7os%20P%20Fablicos%20-%20Por%20Selma%20Lemes.pdf em 10SET07.

República Portuguesa²⁵⁶, a Resolução estabelece, dentre as várias diretivas, “o firme propósito de promover e incentivar a resolução de litígios por meio alternativos, como a mediação ou a arbitragem, enquanto formas céleres, informais, económicas e justas de administração e realização da justiça”²⁵⁷.

O Brasil, atento a essas vantagens proporcionadas pela convenção arbitral, incluiu no artigo 23, inciso XV, da Lei nº 8.987/95²⁵⁸, na categoria de cláusula essencial (assim entendida como obrigatória) dos contratos de concessão, a eleição de foro e o modo amigável de solução de divergências, o que representou importante mudança de paradigma do direito administrativo brasileiro, diante das novas formas de gestão pública que melhor se coadunam com os atuais papéis atribuídos ao Estado.

Sobre a referida inserção legislativa, MOREIRA NETO apregoa que

[...] o importante é ter-se patenteado um reconhecimento inequívoco da Lei, este sim, bem definido, de que há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem não é apenas aceitável, porém, mais que isso, recomendável como alternativa ao litígio judicial. E neste ponto reside a inovação oportuna e modernizadora introduzida pelo legislador brasileiro²⁵⁹.

Seguindo o mesmo entendimento MUKAI, destaca que:

A possibilidade da previsão contratual de modo amigável é a maior inovação do inciso XV do art. 23, pois permite que a Administração negocie, que abra mão de certos interesses em favor de outros mais relevantes. É possível também a arbitragem²⁶⁰.

Com o advento da Lei n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005, foi incluído na Lei n.º 8.987/95 o artigo 23-A, que prevê expressamente a possibilidade de o contrato de concessão utilizar mecanismos privados para

²⁵⁶ Disponível no site http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/ em 10SET07.

²⁵⁷ Disponível no site http://www.imap.pt/docs/legisla_arbitragem/promove_determina_recomenda_resolucaodelitigios_meios_alternativos.pdf em 10SET07.

²⁵⁸ “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...] XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”.

²⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos...**, p. 88.

²⁶⁰ MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 460.

resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem.

Desde então, o instituto da arbitragem passou a ser incluído nas legislações posteriores, aprimorando-se a sua aplicação no contexto do Poder Público, dentre as quais se destacam as seguintes:

No âmbito dos contratos de concessão firmados pela ANATEL, estabeleceu a Lei nº 9.472/97, no art. 93, XV que esses contratos disporão sobre o foro e o modo extrajudicial de divergências contratuais. No mesmo sentido a Lei nº 9.478/97, art. 43, X, para os contratos de concessão firmados pela Agência Nacional de Petróleo-ANP estabelecerão as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional. A Lei nº 10.233/01, no art. 35, inciso XVI, estabelece que, nos contratos de concessão de transporte aquaviário, haverá cláusula que disponha sobre as controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, estipulando a conciliação e arbitragem, etc. Impende observar que, no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, o denominado Mercado Atacadista de Energia - MAE, dispõe como cláusula obrigatória dos contratos a solução de controvérsias por arbitragem, a teor do disposto na Lei nº 10.233, de 24.04.02, art. 2º, §§ 3º a 5º e na Resolução da ANEEL nº 102, de 01.03.02, que institui a Convenção do Mercado Atacadista de Energia e a forma de funcionamento do MAE²⁶¹.

Merece destaque também a Lei n.º 11.079/04 (Lei de Parceria Público-Privada), que no seu artigo 11, inciso III, prevê expressamente a possibilidade de adoção da arbitragem para solução de controvérsias relacionadas ao contrato de parceria público-privada.

²⁶¹ LEMES, Selma Maria. Ferreira. **Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?** Disponível no site http://www.cacb.org.br/mediacao_arbitragem/artigos/Arbitragem%20nas%20Concess%C3%B5es%20de%20Servi%C7os%20P%C3%ABlicos%20-%20Por%20Selma%20Lemes.pdf em 10SET07.

O entendimento jurisprudencial pátrio tem referendado a adoção do juízo arbitral para dirimir questões decorrentes de contratos administrativos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis²⁶².

²⁶² “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – PÓLO PASSIVO – TEMPESTIVIDADE - LICITAÇÃO – INTERESSE PÚBLICO INDISPONÍVEL - JUÍZO ARBITRAL – DECRETO-LEI 2.300 E LEI 8.666 – POSSIBILIDADE. I - Só tem legitimidade para figurar no pólo passivo a autoridade responsável pelo ato apontado como coator. II - Se o pedido de reconsideração é considerado como recurso, então é a partir da ciência de sua decisão que se deve contar o prazo de impetração do *writ*. III - Pelo art. 54, da Lei nº 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelas suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, o que vem reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questões contratuais. IV - Cabe à Administração Pública cumprir as normas e condições constantes do Edital de Concorrência, ao qual está vinculada. V - Os Tribunais de Contas não possuem função jurisdicional pois não julgam. Sua função é fiscalizadora e, por isso, suas decisões não são sentenças, mas pareceres ou deliberações sujeitas ao crivo do judiciário. VI – Segurança concedida” (TJDF – MS 1998.002003066-9 – Órgão Especial – Rel. Des. Nancy Andrighi – julg. 18.05.1999); “EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. 1. Mandado de segurança impetrado contrato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que anuiu com a rescisão contratual procedida pela empresa NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS S/A - NUCLEP, com a ora impetrante, empresa TMC – TERMINAL MULTIMODAL DE COROA GRANDE -SPE - S/A. (...) 3. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis. 4. O STF, sustenta a legalidade do juízo arbitral em sede do Poder Público, consoante precedente daquela corte acerca do tema, in “Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória”, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, e de autoria do Ministro Eros Grau, esclarece às páginas 398/399, in litteris: “Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração.” Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como ‘caso Lage’, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem à navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente ‘a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.’ Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min. Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público, (...) (grifou-se) 5. Contudo, naturalmente, não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como “disponíveis”, porquanto de natureza contratual ou privada. 6. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 7. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido

Nos contratos que têm como uma das partes a sociedade de economia mista, também há debates acerca da aplicabilidade ou não da convenção arbitral, por ser uma pessoa jurídica de direito privado com participação do Poder Público e de particulares no seu capital social e na sua administração. Trata-se, na verdade, de uma empresa destinada à realização de atividade econômica ou serviço público outorgado pelo Estado, que admite lucros e rege-se pelas normas de sociedades empresárias, em especial pela Lei n.º 6.404/76.

Consoante Emenda Constitucional n.º 19/98, o estatuto jurídico das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica²⁶³ deve ser editado por lei, com vistas a assegurar sua fiscalização pelo Estado e pela sociedade, bem como sua sujeição aos princípios norteadores da Administração Pública.

Em face dessas restrições impostas às sociedades de economia mista, decorrentes do regime jurídico administrativo – observância dos princípios constitucionais indeclináveis (artigo 37, da Constituição Federal), da Lei n.º 8.666/93 e Lei n.º 8.429/92 – GALATTI sustentou em parecer ministerial, nos autos do recurso de agravo de instrumento n.º 142.683-1, do Tribunal de Justiça do Paraná, a ineficácia de cláusula compromissória perante as sociedades de economia mista. Dentre os argumentos, destacou que o princípio da autonomia da vontade não tem integral aplicação no âmbito das empresas estatais prestadoras de serviço público, por força da supremacia do interesse público sobre o privado e do princípio da indisponibilidade do interesse público, para o qual a Administração Pública não pode dispor do interesse geral, tampouco

interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 8. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. 9. Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo [...] 12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais" 19. Agravo Regimental desprovido" (STJ - AgRg no MS 11308/DF – Primeira Seção – Rel. Min. Luiz Fux – julg 28.06.2006).

²⁶³ Apenas a título elucidativo, a instituição das sociedades de economia mista é autorizada por lei, nos termos do artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal. Como são empresas que visam à exploração da atividade econômica possuem regime jurídico privado.

renunciar a poderes outorgados pela lei para tal tutela, justamente por não lhe pertencer²⁶⁴.

A posição dominante, porém, tem sido em sentido oposto, pois o fato de as sociedades de economia mista se sujeitarem ao regime jurídico administrativo não as impede de utilizarem os mecanismos de gerência e administração próprios da iniciativa privada, direcionados ao pleno desenvolvimento de suas atividades empresariais. A Constituição Federal dispõe, no seu artigo 173, §1º, inciso I, que a sociedade de economia mista e suas subsidiárias sujeitam-se 'ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias', ratificando o contido no artigo 235 da Lei n.º 6.404/76.

Desse modo, considerando a sujeição da sociedade de economia mista ao regime jurídico de direito privado e a celebração de contratos situados neste contexto, não restam dúvidas quanto à validade de cláusula compromissória por ela convencionada, sendo despicienda a necessidade de autorização do Poder Legislativo a referendar tal procedimento.

Em outras palavras, quando os contratos celebrados pela sociedade de economia mista versarem sobre atividade econômica em sentido estrito (serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro), os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis e disponíveis, portanto, sujeitos à arbitragem. Por sua vez, quando as atividades desenvolvidas pela sociedade de economia mista decorrerem do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário²⁶⁵, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, por conseguinte, não sujeitos à arbitragem.

Oportuno ressaltar, ainda, que

²⁶⁴ GALATTI, Bruno Sérgio. **Cláusula compromissória. Contrato com sociedade de economia mista. Indisponibilidade dos direitos. Nulidade da cláusula.** Revista de Arbitragem e Mediação, nº 4, ano 2, jan-mar 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 199-208.

²⁶⁵ Conceitua-se interesse público primário como aquele "que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos" (MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de...**, p. 57-58).

[...] ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça²⁶⁶.

Tem sido esse o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme REsp 612439/RS, de Relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 25.10.2005, que validou o juízo arbitral para compor controvérsias decorrentes de contratos de natureza econômica que envolvam sociedades de economia mista, diante do seu caráter puramente comercial²⁶⁷.

Logo, estando o objeto do contrato de serviço público prestado pela entidade estatal estritamente vinculado ao desenvolvimento de sua atividade econômica, não há óbice que seja pactuada a respectiva cláusula compromissória na hipótese de descumprimento da avença. A admissão dessa convenção arbitral nada mais é que uma garantia às empresas que desenvolvem atividade econômica, sejam elas privadas ou estatais, por ser um mecanismo ágil, seguro e eficiente na gestão de negócios, que possam, efetivamente, contribuir para o aprimoramento desses serviços, com reflexos positivos aos *stakeholders*.

²⁶⁶ WALD, Arnold; CARNEIRO, Atílios Gusmão; ALENCAR, Miguel Tostes de; e DOUTRADO, Ruy Janoni. **Da validade de convenção de arbitragem pactuada por sociedade de economia mista**. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, out-dez 2002, p. 418.

²⁶⁷ EMENTA: PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial parcialmente provido (STJ – REsp 612439/RS – Segunda Turma – Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – julg. 25.10.2005).

Por fim, em virtude de disposição legal expressa, o mesmo tratamento é conferido aos contratos de parcerias público-privadas, nova modalidade de ajuste entre o particular e a Administração Pública destinado a permitir a colaboração recíproca na execução de empreendimentos de infra-estrutura para cuja realização o Estado não dispõe dos recursos necessários (artigo 11, inciso III, da Lei nº 11.079/2004)²⁶⁸.

Em suma, a adoção do mecanismo de arbitragem nos contratos que envolvam o Poder Público proporciona maior segurança jurídica quanto ao cumprimento das regras contratuais visando à celeridade e justa solução das controvérsias no âmbito da Administração Pública.

4.2 COMPETÊNCIA DOS DIRETORES DA SOCIEDADE ANÔNIMA PARA CELEBRAR A CONVENÇÃO ARBITRAL

Conforme exposto anteriormente, como a lei não estabeleceu um *quorum* diferenciado para a deliberação da celebração de convenção arbitral (cláusula compromissória e compromisso arbitral), incide neste caso específico a regra geral prevista no artigo 129 da Lei nº 6.404/76, segundo o qual a referida convenção poderá ser instituída por acionistas representando a maioria do capital social votante, presentes na assembléia, salvo se previsto *quorum* qualificado no estatuto social.

A questão que tem gerado discussões, entretanto, diz respeito à competência dos diretores para instaurar arbitragem, a despeito de não existir disposição estatutária ou deliberação assemblear, ou mesmo decisão do conselho de administração autorizando a adoção de tal modalidade de solução de controvérsias.

Faz-se necessário, primeiramente, compreender a capacidade e o objeto de uma pessoa jurídica, para, então, adentrar no tema propriamente dito.

Diferentemente das pessoas físicas que possuem na sua capacidade jurídica a expressão plena do seu poder de ação, ressalvadas as restrições legais impostas à capacidade de exercício, as pessoas jurídicas por sua própria

²⁶⁸ GREBLER, Eduardo. **A solução...**, p. 72.

natureza têm a sua capacidade jurídica limitada, por lhes faltar a titularidade daqueles direitos que as transcendem, como, por exemplo, os de família, sucessão legítima, dentre outros inerentes à pessoa humana.

Essa capacidade das pessoas jurídicas está restrita às delimitações de sua atividade própria, fixadas nos atos constitutivos. Tratando especificamente das sociedades, ao serem constituídas para uma determinada finalidade, descrita no seu objeto social de forma clara e precisa (artigo 2º, § 2º, da Lei nº 6.404/76), suas atividades empresariais não podem ultrapassar os limites do fim que lhe foi atribuído no ato constitutivo. Os atos estranhos ao objeto social, realizados ao arrepio dos limites neste fixados, não vinculam as sociedades a terceiros, mas tão-somente àquele que praticou o ato, consoante o disposto no artigo 1.015, parágrafo único, inciso III, do Código Civil (*ultra vires societatis* no caso das sociedades simples) e artigo 158 da Lei nº 6.404/76 (responsabilidade pessoal do administrador nas sociedades anônimas).

Pode-se conceituar objeto social como

elemento essencial da atividade econômica da sociedade empresarial, através do qual as suas atividades se estruturam e desenvolvem amparadas numa atividade singular ou conjunto de atividades econômicas afins, para consecução do fim lucrativo. Em consonância com o sentido subjetivo (atividade do empresário que almeja fim lucrativo) e objetivo da empresa (conjunto patrimonial organizado pelo empresário a serviço da atividade empreendedora), o objeto social da empresa não pode ser contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes²⁶⁹.

Desse modo, para que a vontade da sociedade seja destacada da vontade individual dos sócios, não basta a aglomeração de pessoas ou a dotação dos bens a uma determinada finalidade, sendo necessária também uma vinculação jurídica duradoura que lhe imprima unidade orgânica.

Nas sociedades anônimas, no entanto, há uma distribuição de poderes por meio de órgãos sociais, cuja organização da companhia deve respeitar esta

²⁶⁹ VERSOLA, Humberto Luis. **A responsabilidade dos administradores das sociedades por ações perante a teoria *ultra vires societatis***. Disponível no site <http://www.franca.unesp.br/RESPONSABILIDADE%20ADMINISTRADORES.pdf> em 08SET07.

estrutura básica, a saber: órgão de deliberação, que retrata a vontade social internamente (assembléia geral, prevista nos artigos 121 e ss. da Lei nº 6.404/76); órgão de gestão, que executa a vontade social, representando a sociedade externamente, além de gerir suas atividades (conselho de administração e diretoria, previstos nos artigos 138 e ss. da Lei nº 6.404/76); e órgão sindicante, que fiscaliza a execução da vontade social (conselho fiscal, previsto nos artigos 16 e ss. da Lei nº 6.404/76).

Todos esses órgãos sociais possuem poderes limitados à esfera de competência do próprio organismo societário do qual são integrantes, definida no objeto social fixado no estatuto social. Nas palavras de LEÃES

O objeto social estatutário delimita, assim, o raio de atuação da entidade, ou seja, a capacidade (*capacity*) e, conseqüentemente, a autoridade ou o poder (*authority*) dos órgãos que a compõem. Daí a importância da definição *precisa e completa* do objeto social (ou seja, da atividade empresarial a que a sociedade se dispõe a desenvolver), constante do estatuto da companhia por determinação imperativa da lei (Lei 6.404, art. 2º, §2º)²⁷⁰.

Dessa forma, ainda que a assembléia geral seja considerada um órgão soberano da companhia, com poderes para decidir todos os negócios da sociedade (artigo 121 da Lei nº 6.404/76) – inclusive para promover a mudança do objeto da companhia (artigo 136, inciso VI, da Lei nº 6.404/76) – não está livre da limitação imposta pelo objeto estatutário, sendo-lhe vedada, por exemplo, a ratificação de atos estanhos a este (alteração posterior), sem a observância das formalidades legais (artigo 137, *caput*, c/c artigo 57, §2º, da Lei nº 6.404/76)²⁷¹.

Nesse contexto, vale ressaltar a importância conferida ao objeto social da companhia pela Exposição de Motivos CDE nº 196, de 24 de junho de 1976,

²⁷⁰ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Arbitrabilidade subjetiva: a competência da administração para a celebração de convenção arbitral**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 134, abr-jun 2004, São Paulo: Malheiros Editores, p. 213.

²⁷¹ BULGARELLI, Waldirio. **A teoria *ultra vires societatis* perante a lei das sociedades por ações**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 39, jul-set 1980, São Paulo: Malheiros Editores, p. 123.

do Projeto de Lei das Sociedades por Ações²⁷², ao prescrever que o referido objeto deve ser

definido de modo preciso e completo (art.2º, § 2º), o que constitui providência fundamental para defesa da maioria, pois limita a área de discricionariedade de administradores e acionistas majoritários e possibilita a caracterização de modalidades de abuso de poder.

Embora caiba ao objeto estatutário definir atividade empresarial da companhia, e não atos e negócios jurídicos individualmente considerados, cumpre observar a existência de uma margem de flexibilidade no que atina à inerência ou não de certo ato ao referido objeto. Por mais díspares que sejam esses atos singulares, serão admissíveis quando revelarem pertinência com o objeto social da companhia, isto é, quando orientados com a finalidade de exercer a atividade social.

No caso específico da administração da companhia, os poderes que lhe são atribuídos pelos artigos 142 e 144 da Lei nº 6.404/76 estão limitados ao âmbito do objeto social, isto é, circunscritos à capacidade jurídica da companhia. Aos administradores “[...] é atribuído o poder de representar a sociedade em todos os atos que se liguem à atividade empresarial objeto da companhia, salvo as restrições que decorram do estatuto, ficando-lhe interdito atuar fora desse campo específico”²⁷³. No exercício desses poderes, considerados atos regulares de gestão, o administrador não será pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade, conforme dispõe o artigo 158, *caput*, 1ª parte, da Lei nº 6.404/76.

Ao comentar referido dispositivo, CARVALHOSA acentua que

Serão ordinários os atos previstos no estatuto como de competência originária da diretoria (art. 143) ou do conselho de administração (art. 142). No que respeita à diretoria, será ordinária a administração que abrange os negócios jurídicos que podem ser celebrados pelos diretores independentemente de qualquer deliberação do conselho ou da assembléia geral. A administração extraordinária verifica-se quando os negócios jurídicos, para serem celebrados pelos diretores,

²⁷² Disponível no site http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp em 10SET2007.

²⁷³ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Arbitrabilidade subjetiva...**, p. 215.

dependem da aprovação do conselho de administração ou da assembléia geral para sua eficácia²⁷⁴.

Assim, para distinguir se os atos estão ou não no âmbito da representatividade da diretoria, basta verificar, conforme exposto anteriormente, se há compatibilidade entre o ato a ser praticado com o objeto social da companhia. Se, porventura, o ato extrapolar o objeto social ou as restrições estatutárias, importará na responsabilidade pessoal do administrador, não sendo oponível, porém, a terceiros de boa-fé, vincula necessariamente a sociedade ao ato.

Adentrando na questão de competência ou não dos administradores para instaurar um processo arbitral visando à solução das controvérsias societárias (arbitrabilidade subjetiva), importa observar a extensão e a limitação dos poderes de representação substancial que a eles são atribuídos pela lei e pelo estatuto, cujo objeto social serve como principal limitador.

Em face disso, embora sejam atribuídos aos administradores poderes de representação da sociedade para realizar todos os atos que se relacionem, direta ou indiretamente, com a realização do objeto estatutário, eles não detêm competência para celebrar convenção arbitral, assim entendido como negócio extraordinário, visto que escapa das matérias de gestão ordinária e regular da atividade social, para as quais é permitida a atuação do administrador. Somente no caso de o estatuto autorizar a celebração de convenção arbitral, por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, é que se estará ampliando a abrangência do objeto social e, assim, atribuindo competência aos administradores para tanto.

Nesse sentido, LEÃES pontifica

É verdade que, pela lei, ao conselho de administração, se existente, compete eleger e destituir os diretores da companhia, fixando-lhes as atribuições, mas sempre “observado o que a respeito dispuser o estatuto” (Lei 6.404/76, art. 142, II). Também ao conselho de administração pode-se exigir que se manifeste previamente sobre atos e contratos, como a convenção arbitral, mas sempre “quando o estatuto o exigir” (idem, art. 142, VI). Ao estatuto da companhia,

²⁷⁴ CARVALHOSA, Modesto; LATORRACA, Nilton. **Comentários à...**, p. 354.

portanto, cabe, em primeira instância, definir se os diretores podem ou não comprometer a companhia, firmando convenção arbitral para o desate de controvérsias desse naipe. Sendo o estatuto omissivo, o poder dos diretores de firmar convenção arbitral se reduz às demandas relativas aos negócios de gestão, delimitados pelo objeto social.²⁷⁵

Não obstante a ausência de competência da administração em celebrar convenção arbitral não autorizada pelo estatuto social, isso não impede o reconhecimento de eventual e futura submissão da companhia ao juízo arbitral, por integrar grupos societários, se presentes um dos três requisitos, já abordados anteriormente.

4.3 A EFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO DIREITO ITALIANO E O DECRETO Nº5, DE 17 DE JANEIRO DE 2003

O Governo Italiano, utilizando-se das prerrogativas conferidas pela Lei nº 366, de 03 de outubro de 2001, aprovou o Decreto Legislativo nº 5, de 17 de janeiro de 2003, denominado *la riforma del diritto societario* (Título V – Da Arbitragem), que dedica três artigos à arbitragem societária, a saber: a) o artigo 34 se ocupa do objeto e dos efeitos das cláusulas compromissórias estatutárias²⁷⁶; b) o artigo 35 consiste na disciplina inderrogável do procedimento arbitral; c) e o artigo 36 que diz respeito às decisões segundo o direito. Na presente seção, limitar-se-á o estudo ao artigo 34, cujo tema é cláusula compromissória arbitral.

²⁷⁵ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Arbitrabilidade subjetiva...**, p. 218.

²⁷⁶ SANGIOVANNI esclarece que na rubrica do artigo 34 o legislador utilizou “cláusula compromissória estatutária”, enquanto no texto do mesmo dispositivo faz referência aos atos constitutivos. Limitando-se às sociedades por ações (art. 2328 c.c.), ressalta-se que o ato constitutivo deve indicar os elementos essenciais da sociedade, enquanto o estatuto contém as normas relativas ao seu funcionamento. O estatuto, ainda que estabelecido em ato separado, constitui parte integrante do ato constitutivo. A cláusula compromissória pode estar contida em qualquer desses dois documentos. No caso de a arbitragem societária ser regulada em ambos os documentos com conteúdo contraditório, as cláusulas do estatuto prevalecem sobre aquelas previstas no ato constitutivo (SANGIOVANNI, Valério. **Le clause compromissoire statutaire nel nuovo diritto societario italiano**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 9, jan-mar 2006, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p.185). No presente trabalho, todavia, será utilizada de forma genérica a expressão “cláusula compromissória arbitral” para ambos os casos.

Antes dessa recente reforma, porém, há muito tempo se discutia na doutrina e na jurisprudência a aplicabilidade ou não da arbitragem em determinadas controvérsias societárias, cujos principais temas são, assim, sintetizados: 1) os limites objetivos da cláusula compromissória arbitral, sendo que o posicionamento jurisprudencial era no sentido de inaplicabilidade do instrumento arbitral a controvérsias que envolviam interesses de terceiros ou da sociedade enquanto ente distinto dos sócios, como no caso de impugnação da deliberação que aprovou balanços contábeis ou de dissolução da sociedade; 2) os limites subjetivos da convenção arbitral societária e, em especial, da cláusula compromissória estatutária, diante das constantes mudanças de sócios que viabilizam o envolvimento de indivíduos que não participaram de modo formal da vontade compromissória; 3) a complexidade decorrente da constituição de colégio arbitral e o alto risco da pluralidade de partes diante da estrutura das grandes empresas; e 4) a intervenção de terceiros²⁷⁷.

Para abordar individualmente os pontos supracitados, vale transcrever o artigo 34, do Decreto Legislativo nº 5/2003:

Art. 34. *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie*

- 1. Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale*
- 2. La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale.*
- 3. La clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia.*
- 4. Gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci*

²⁷⁷ FONSECA, Elena Zucconi Galli. **La convenzione arbitrale nelle società dopo il decreto delegato di riforma.** Disponível no site <http://www.bo.camcom.it/REGISTRO-I/IL-REGISTR/Atti-del-Convegno-avv.-Zucconi.doc> em 12SET07.

ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, e' vincolante per costoro.

5. Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero.

6. Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso²⁷⁸.

4.3.1 Os limites objetivos da cláusula compromissória arbitral

O primeiro ponto a ser abordado consiste nos limites objetivos da cláusula compromissória, que está diretamente relacionado ao parágrafo primeiro do dispositivo supramencionado, o qual, não obstante fazer uma referência genérica quanto ao objeto das controvérsias societárias (“direitos disponíveis relativos às relações sociais”), deve ser interpretado à luz do artigo 12, parágrafos 1º e 3º, da Lei nº 366, de 03 de outubro de 2001, *in verbis*:

Art. 12. (Nuove norme di procedura)

1. Il Governo è inoltre delegato ad emanare norme che, senza modifiche della competenza per territorio e per materia, siano dirette ad assicurare una più rapida ed efficace definizione di procedimenti nelle seguenti materie:

²⁷⁸ “**Art. 34.** Objeto e efeitos da cláusula compromissória estatutária: **1.** Os atos constitutivos da sociedade, à exceção daqueles que recorrem ao mercado de capitais de risco nos termos do artigo 2325-bis do Código Civil, podem, mediante cláusula compromissória, prever a submissão ao juízo arbitral de alguns ou de todas as controvérsias que surgirem entre os sócios, ou mesmo, entre os sócios e a sociedade, e que tenham por objeto direitos disponíveis atinentes à relação social. **2.** A cláusula deve prever o número e a modalidade de nomeação dos árbitros, em todos os casos, sob pena de nulidade, o poder de nomeação de todos os árbitros a um sujeito estranho à sociedade. Quando o sujeito designado não prover, a nomeação será requerida ao Presidente do Tribunal do lugar onde a sociedade tenha a sua sede legal. **3.** A cláusula é vinculante para a sociedade e para todos os sócios, inclusive para aqueles cuja qualidade de sócio seja objeto de controvérsia. **4.** Os atos constitutivos podem prever que a cláusula tenha como objeto controvérsias promovidas por administradores, liquidantes e síndicos ou nos seus confrontos e, em tal caso, a cláusula, seguida da aceitação do encargo, é vinculante para estes. **5.** Não podem ser objeto de cláusula compromissória as controvérsias para as quais a lei preveja a intervenção obrigatória do Ministério Público. **6.** As modificações do ato constitutivo, que introduzem ou suprimem cláusulas compromissórias, devem ser aprovadas por sócios que representem ao menos dois terços do capital social. Os sócios ausentes ou dissidentes podem, dentro dos noventa dias seguintes, exercer o direito de recesso” (tradução livre).

a) diritto societario, comprese le controversie relative al trasferimento delle partecipazioni sociali ed ai patti parasociali;

[...]

3. Il Governo può altresì prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli articoli 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1. Nel caso che la controversia concerna questioni che non possono formare oggetto di transazione, la clausola compromissoria dovrà riferirsi ad un arbitrato secondo diritto, restando escluso il giudizio di equità, ed il lodo sarà impugnabile anche per violazione di legge²⁷⁹.

Os dispositivos legais em comento, analisados conjuntamente, permitem uma ampla abrangência do objeto da arbitragem societária, o qual poderá versar inclusive sobre direitos indisponíveis, desde que se refira a uma arbitragem de direito e se sujeite a uma eventual impugnação no caso de violação à lei. Nas palavras de FONSECA²⁸⁰,

“La previsione, oltre a segnare i confini della operatività della riforma, ha un prezioso valore interpretativo nei casi in cui il tenore concreto del patto compromissorio sia generico o i suoi confini siano difficilmente individuabili. Lo spirito della norma potrebbe anche orientare l'interprete verso un generalizzato in dubio pro arbitrato, in casi che restino incerti anche dopo la novella”²⁸¹.

²⁷⁹ “Art. 12. (Novas normas de procedimento) 1. Ao Governo é delegado emanar normas que, sem modificações da competência em razão do território e da matéria, sejam destinadas a assegurar uma mais rápida e eficaz definição dos procedimentos nas seguintes matérias: a) direito societário, compreendidas as controvérsias relativas à transferência das participações sociais e aos pactos parassociais; [...] 3. O Governo pode ainda prever a possibilidade de os estatutos das sociedades comerciais conterem cláusulas compromissórias, à exceção dos artigos 806 e 808 do código de processo civil, para todas ou algumas controvérsias societárias de acordo com o parágrafo primeiro. Em se tratando de controvérsias sobre questões que não possam formar objeto de transação, a cláusula compromissória deverá se referir a uma arbitragem segundo o direito, restando excluído o direito de equidade, e o laudo será impugnável também por violação à lei” (tradução livre).

²⁸⁰ FONSECA, Elena Zucconi Galli. **La convenzione arbitrale nelle società dopo il decreto delegato di riforma**. Disponível no site <http://www.bo.camcom.it/REGISTRO-I/IL-REGISTR/Atti-del-Convegno-avv.-Zucconi.doc> em 12SET07.

²⁸¹ “As previsões, além de assinares os limites da operatividade da reforma, têm um precioso valor interpretativo nos casos cujo teor concreto do pacto compromissório seja genérico ou os seus limites sejam dificilmente individualizados. O espírito da norma poderia também orientar o intérprete para um geral *in dubio pro arbitrato* nos casos em que perdurem incertezas mesmo depois da reforma”.

Oportuno destacar, ainda, que a reforma do direito societário motivou a alteração dos artigos 806 e 808 do Código de Processo Civil²⁸², por meio do Decreto Legislativo nº 40 de fevereiro de 2006, que reforçou e estimulou a utilização da arbitragem no âmbito societário ao ampliar limites deste instituto.

Outro limite objetivo trazido pela lei diz respeito às causas nas quais há intervenção obrigatória do Ministério Público, cuja interpretação da doutrina italiana majoritária é no sentido de aplicar referida regra àquelas causas que tenham por objeto direitos disponíveis²⁸³.

4.3.2 Os limites subjetivos da cláusula compromissória arbitral

Com relação à arbitrabilidade subjetiva, o parágrafo 3º do artigo 34, do Decreto Legislativo nº 5/2003, inclui no rol de sujeitos vinculados à cláusula compromissória não só a sociedade e seus sócios, mas também aqueles cuja qualidade de sócio é objeto de controvérsia.

Possíveis questionamentos podem surgir com relação à parte final do referido dispositivo, tendo em vista que

[...] poderá o sujeito se recusar a qualquer vínculo às regras da sociedade por entender que dela não faz parte e, portanto, não admitir a aplicação da cláusula compromissória estatutária ao litígio no qual figura como parte. E assim, admite-se que estaria impedida a realização da arbitragem, uma vez que o consentimento das partes é elemento indispensável à convenção arbitral²⁸⁴.

²⁸² Das alterações realizadas no artigo 806 do Código de Processo Civil, destaca-se a supressão da referência à transigibilidade da controvérsia, bem como a fixação do mesmo parâmetro de disponibilidade do direito para todas as arbitragens, ao qual já se referia o artigo 34 do Decreto Legislativo nº 5/2003. O novo texto do artigo 808, por sua vez, cria uma nova figura de acordo compromissório que pode se constituir numa terceira espécie, diversa do compromisso e da cláusula arbitral. Trata-se da convenção de arbitragem em matéria não-contratual, que permite estabelecer *a priori* o compromisso de submeter à arbitragem controvérsias futuras relativas a relações unilaterais, desde que especificamente determinada na convenção (RICCI, Gian Franco. **La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma**. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 3, anno LXI, set. 2007, Madri: Giuffrè Editore, pp. 765-769).

²⁸³ FONSECA, Elena Zucconi Galli. **La convenzione arbitrale nelle società dopo il decreto delegato di riforma**. Disponível no site <http://www.bo.camcom.it/REGISTRO-I/IL-REGISTR/Atti-del-Convegno-avv.-Zucconi.doc> em 12SET07.

²⁸⁴ MAKANT, Bárbara; QUEIROZ, Samantha Longo. **Comentários à...**, p. 299.

Na categoria de sócios que se vinculam cláusula compromissória arbitral, incluem-se os ausentes e dissidentes, desde que introduzida no ato constitutivo da sociedade ou aprovada a modificação estatutária para a sua inclusão, por sócios que representem no mínimo 2/3 do capital social. O dispositivo legal prevê expressamente a possibilidade de os sócios ausentes ou dissidentes exercerem o direito de recesso em 90 (noventa) dias, cuja permanência na sociedade implica a aceitação da cláusula compromissória com a conseqüente sujeição ao juízo arbitral (artigo 34, parágrafo 4º, do Decreto Legislativo nº 5/2003).

NOVIELLO critica a nova normativa societária, por entender que se atribui aos majoritários o poder de estabelecer as modalidades de exercício de ações, com eficácia vinculante também nas controvérsias dos sócios minoritários, subtraindo destes o poder de dispor individualmente do próprio direito de ação²⁸⁵.

No que tange às controvérsias existentes com os administradores, liquidantes e síndicos, previstas no parágrafo 4º do artigo 34, do Decreto Legislativo nº 5/2003, a cláusula compromissória prevista no estatuto torna-se a eles vinculante, haja vista que a aceitação de mandatos implica a sua aceitação.

4.3.3 A exclusão de sociedades que recorrem ao mercado de capitais

Conforme o parágrafo 1º do artigo 34, do Decreto Legislativo nº 5/2003, excluiu-se expressamente as sociedades de capital de risco do âmbito das controvérsias societárias subsumíveis à arbitragem²⁸⁶, a fim de evitar a formação de contendas demasiadamente complexas, diante de um excessivo número de partes, que acarretam várias dificuldades²⁸⁷.

²⁸⁵ NOVIELLO, Daniela. *I limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari*. Rivista dell'arbitrato, ano XV, n. 1/2005, Madri: Giuffrè Editore, p. 62.

²⁸⁶ “Trata-se das sociedades que possuem ações cotadas nos mercados regulamentados ou difusos entre o público em quantidade relevante (art. 2325-bis c.1 c.c.). Quantidade relevante é aquela estabelecida na norma do art. 116 Lei Draghi, de 1º de janeiro de 2004 (art. 111-bis c.1. das disposições de atuação do c.c.” (SANGIOVANNI, Valério. *Le clausole...*, p.187).

²⁸⁷ Nesse sentido, MARTINS assevera que os “[...] dois tipos societários – Limitada e Anônima Fechadas – [...], por suas próprias peculiaridades e pontos de contacto, devem servir-se com maior intensidade do sistema arbitral de solução de conflitos e por ele trafegar com

Para BELLA, a norma se justifica pelo fato de

[...] que a arbitragem “reformada” não foi idealizada para sanar controvérsias surgidas no âmbito de uma extrema difusão do capital acionário, no qual se determina um forte desequilíbrio entre a posição da sociedade e do acionista minoritário, mas como forma de justiça de grupo social que deve ser coeso e organizado²⁸⁸.

Todavia, tal exclusão não segue a tendência mundial, para a qual se admitem arbitragens multipartes. Nesse sentido

[...] a natureza do capital não deve influir sobre o modo de composição de litígios entre os sócios e entre estes e uma sociedade de capital de risco, razão pela qual a simples possibilidade de várias partes participarem de uma arbitragem não deve ser motivo de recusa deste instituto, ainda mais porque já foram inúmeras as arbitragens realizadas entre múltiplas partes até a presente data²⁸⁹.

Aliás, são as empresas de capital de risco²⁹⁰ que mais necessitam de um instrumento eficaz e célere para a resolução de suas controvérsias no âmbito societário, cuja exclusão pura e simples dessa modalidade de sociedade do juízo arbitral não foi a melhor técnica legislativa. Nesse sentido, SANGIOVANNI²⁹¹ assevera:

Paradossalmente avrebbe avuto più senso effettuare l'operazione inversa, vale a dire favorire l'arbitrato societario nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. I titoli posseduti in società quotate sono infatti più facilmente cedibili di quanto avvenga nelle non quotate. Inoltre nel primo caso, diversamente dal secondo, il pubblico degli investitori riceve tutela tramite l'apparato d'informazione societaria predisposto dal legislatore. Sotto questi profili, la clausola

menos turbulência do que as Anônimas Abertas” (MARTINS, Pedro A. Batista. **A arbitragem...**, p. 135.

²⁸⁸ BELLA, Enrico. **A arbitragem societária italiana**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 14, abr-jun 2007, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 82.

²⁸⁹ MAKANT, Bárbara; QUEIROZ, Samantha Longo. **Comentários à...**, p. 302.

²⁹⁰ Trata-se das companhias abertas, assim denominadas no Brasil, cujos recursos são captados junto ao público em geral, ofertando valores mobiliários de sua emissão a qualquer pessoa, indistintamente.

²⁹¹ SANGIOVANNI, Valério. **Le clausole...**, p.189.

*compromissoria statutaria è più rischiosa nelle società senza azioni quotate o ampiamente diffuse*²⁹².

4.3.4 A intervenção de terceiros

No direito italiano, há três espécies de intervenção voluntária de terceiros: intervenção principal, intervenção adesiva autônoma e intervenção adesiva dependente. As duas primeiras estão previstas no parágrafo 1º, do artigo 105 do Código de Processo Civil e são hipóteses em que o interveniente faz valer um direito próprio, no confronto de todos ou de algumas das partes originárias. Com relação à terceira espécie, constante do parágrafo 2º, do artigo 105 do Código de Processo Civil, o interveniente visa defender um interesse próprio e não um direito próprio, cuja vitória ou derrota da parte assistida se traduz em uma vantagem ou em uma desvantagem²⁹³.

No que tange à fase processual, BELLA pontifica que

A possibilidade de intervenção voluntária de terceiros, nos termos do art. 105 do CPC (para fazer valer o próprio direito correlato ao título ou ao objeto da decisão em relação a todas ou algumas das partes); a intervenção dos outros sócios por meio de requerimento de uma parte, nos termos do artigo 106 do CPC (simplesmente *ad adiuvandum*); ou mesmo a intervenção determinada de ofício pelo árbitro, nos termos do artigo 107 do CPC (quando o mesmo considere que o procedimento deva se desenvolver em relação a outro sócio cuja causa lhe é comum), são admitidas até a primeira audiência de conciliação [...] ²⁹⁴.

²⁹² “Paradoxalmente teria sido mais sensato efetuar a operação inversa, vale dizer, favorecer a arbitragem societária nas sociedades que recorrem ao mercado de capitais de risco. Os títulos adquiridos nas sociedades cotadas são de fato mais facilmente cedidas do que aquelas adquiridas nas sociedades não cotadas. Ademais, no primeiro caso, diversamente do segundo, o público de investidores recebe tutela, que tramita como instrumento de informações societárias predisposto ao legislador. Sob este ponto de vista, a cláusula compromissória estatutária oferece mais risco nas sociedades sem ações cotadas ou amplamente difundidas” (tradução livre).

²⁹³ MAZZONETTO, Nathália. **Uma análise comparativa da intervenção de terceiros na arbitragem sob a ótica dos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 14, abr-jun 2007, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 45.

²⁹⁴ BELLA, Enrico. **A arbitragem...**, p. 90.

Com o advento do Decreto Legislativo nº 40 de fevereiro de 2006, será sempre admissível a intervenção de interveniente adesivo no procedimento arbitral. A nova redação do artigo 816, *quinquies*, do Código de Processo Civil ampliou o campo de intervenção de terceiros ao aduzir expressamente a possibilidade de o interveniente adesivo ingressar no procedimento arbitral, sempre que apresentar interesse, independentemente do consenso das partes e dos árbitros.

Na arbitragem societária italiana, portanto, não só as partes do pacto compromissório podem limitar as controvérsias a serem submetidas à arbitragem, como também terceiros para os quais a lei estende excepcionalmente os efeitos do referido pacto. Trata-se do princípio segundo o qual a convenção arbitral pode ter efeitos unicamente em relação a quem tenha manifestado expressa vontade negociável de aceitação ou de quem, apresentando determinados requisitos, enquadra-se na categoria de terceiros.

Em suma, as inovações trazidas pelo Decreto Legislativo nº 5, de 17 de janeiro de 2003, corroboradas pelo Decreto Legislativo nº 40 de fevereiro de 2006, devem servir de parâmetros a serem seguidos pelo direito brasileiro na área da arbitragem societária, por demonstrar reais avanços no tratamento da matéria.

5 A CONVENÇÃO ARBITRAL COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA E SEUS IMPACTOS

5.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

A governança corporativa está relacionada à gestão de uma organização, sua relação com os acionistas (*shareholders*) e demais partes interessadas (*stakeholders*), tais como clientes, fornecedores, governo, comunidade, dentre outros. Sua essência tem como fundamento os mecanismos de solução para o conflito de agência²⁹⁵, decorrente da assimetria informacional e do conflito de interesses entre as partes envolvidas.

As origens dessa idéia²⁹⁶ remontam a uma história secular, com as denominadas “companhias licenciadas”²⁹⁷, em especial, a Companhia Holandesa. Elas criaram a idéia de governança corporativa, ao unirem investidores e administradores num sistema colegiado para controlar a alocação de capitais e a distribuição de lucros obtidos com o comércio das especiarias transportadas, geralmente com grandes riscos, pelos navios vindos do Oriente²⁹⁸.

No entanto, o movimento pela governança corporativa, tal como conhecida atualmente, iniciou-se em meados da década de 80 do século XX²⁹⁹, dentro de um contexto no qual o mundo corporativo passava por inusitadas mudanças em todos os níveis (tecnológico, produtivo e organizacional)

²⁹⁵ Para melhor elucidar, conflitos de agência referem-se aos conflitos de interesse entre quem tem propriedade (acionista) e quem tem controle da organização. A denominada teoria da agência estuda as controvérsias provocadas pela dissociação entre propriedade e gestão empresarial.

²⁹⁶ SANTOS entende por governança corporativa como uma nova forma de reflexão jurídico-filosófica (SANTOS, Aline de Menezes. **Reflexões sobre governança corporativa no Brasil**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 130, abr-jun 2003, São Paulo: Malheiros Editores, p. 181).

²⁹⁷ São sociedades por ações que monopolizavam o grande comércio internacional, com apoio dos governos, em troca de impostos, tal como as companhias das Índias Orientais, Moscóvia, França, Baía de Hudson, África, Virgínia, etc. [SECURATO, José Cláudio (coord.). **Uma década de governança corporativa: história do IBGC, marcos e lições de experiência**. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), São Paulo: co-edição Saint Paul Institute of Finance e Editora Saraiva, 2006, p.93].

²⁹⁸ SECURATO, José Cláudio (coord.). **Idem**, p.93.

²⁹⁹ “As raízes desse movimento se encontram na iniciativa do *American Law Institute* (ALI), adotada em 1978, de estímulo à discussão sobre a maneira mais adequada de gerir negócios explorados em sociedade. Uma série de eventos e estudos foi desenvolvida em decorrência dela, que motivou e mobilizou diversos juristas, advogados e entidades profissionais estadunienses” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de...**, vol. II, p. 319).

decorrentes, sobretudo, do desenvolvimento da tecnologia e das telecomunicações e que conduziu à globalização dos mercados. É nesse período que o conceito de “governança corporativa” se difundiu. Os debates sobre sua evolução intensificaram-se na última década devido à globalização e aos reflexos de diferentes políticas legais³⁰⁰.

Os referidos acontecimentos econômicos e sociais, aliás, fizeram com que o ambiente organizacional necessitasse de reestruturação, visto que novas formas de organização do trabalho colocaram em questionamento os tradicionais métodos de administração. O desenvolvimento e a evolução, sejam estruturais ou tecnológicos, criaram novos paradigmas que estimularam a adoção de um novo estilo de gerenciar as organizações.

Em outras palavras, havia a necessidade de superar um grande desafio, qual seja, a capacidade e a competência de as organizações se adaptarem e disseminarem, por todos os níveis hierárquicos, a incorporação de novos modelos, técnicas, instrumentos, atitudes e comportamentos necessários para perceber e implementar mudanças, inovações e, principalmente, sobreviver à competição de mercado³⁰¹. Nesse sentido, RODRIGUEZ assevera que

[...] as empresas do século XXI devem estar sintonizadas com as mudanças que ocorrem nos mercados consumidores, internos ou externos; estar aptas a colocar seus produtos junto ao público consumidor, no menor espaço de tempo possível, na quantidade e com a qualidade desejadas, e com os menores custos de produção; concorrer com vários participantes dos mais diversos países que disputam os mesmos mercados. Não basta se é eficiente e lucrativa, a empresa passa a ser julgada, também, por outros ângulos, tais como os da Governança Corporativa e da responsabilidade ambiental e social³⁰².

³⁰⁰ LODI, João Bosco. **Governança corporativa: o governo da empresa e o conselho de administração**. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 18.

³⁰¹ CORDEIRO, José Vicente B. de Mello; RIBEIRO, Renato Vieira. **Gestão da empresa**. Coleção gestão empresarial FAE, vol. 2, Curitiba: Gazeta do Povo, 2002, p. 2.

³⁰² RODRIGUEZ, Gregório Mancebo. **A lei das S/A frente às boas práticas de governança corporativa**. Revista Relações com Investidores (RI), n. 89, julho de 2005, Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Relações com Investidores (IBRI), p. 10.

A governança corporativa volta-se inicialmente às soluções para os conflitos existentes entre executivos e acionistas, oriundos da separação entre propriedade e controle, mais adiante analisada.

Com o aumento de agentes envolvidos com as empresas, denominados *stakeholders*, intensificaram-se também os conflitos, o que fez surgir outro desafio à governança corporativa: o de minimizar os possíveis conflitos de interesses entre os diversos agentes que influenciam a organização visando maximizar o valor da empresa e o aumento do retorno aos acionistas³⁰³. Corroborando essa idéia, RAPPORT pontifica que

[...] avaliar a empresa com o intuito de gerenciá-la com base na evolução do seu valor é preocupação atual de praticamente todos os principais executivos, fazendo com que nos próximos anos a criação de valor para o acionista provavelmente se torne o padrão global para mensuração do desempenho do negócio³⁰⁴.

Foram os grandes escândalos financeiros envolvendo diversas corporações nos Estados Unidos (EUA)³⁰⁵, porém, que despertaram a atenção da sociedade em geral para a relevância do tema governança corporativa. Os acionistas, em especial, passaram a reivindicar novas regras que os protegessem dos abusos da diretoria executiva, da inércia de conselhos inoperantes e das omissões das auditorias externas. Amplas discussões sobre as melhores práticas contábeis e utilização de controles internos mais rigorosos foram suscitadas, no intuito de destacar a importância da governança corporativa na construção do novo arcabouço financeiro internacional.

Como resposta aos escândalos, o governo americano aprovou em 2002 a Lei Sarbanes-Oxley³⁰⁶ com a finalidade de proteger o mercado de

³⁰³ ALMEIDA, Flávia Gabriel de; ALMEIDA, Leandro C. de. **A governança corporativa no Brasil: um estudo de caso no setor de telecomunicações**. Revista da CVM, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em www.cvm.gov.br em 20OUT07.

³⁰⁴ GARCIA, Félix Arthur. **Governança corporativa**. Revista da CVM, Monografia do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2005, p. 4. Disponível em www.cvm.gov.br em 20OUT07.

³⁰⁵ Escândalos que envolveram renomadas empresas tais como Enron, Global Crossing, Tyco, Adelphia, Ahold, Health South, Xerox, Parmalat e WorldCom. Disponível no site <http://www.answers.com/topic/accounting-scandals> em 20NOV07.

³⁰⁶ A Lei Sarbanes-Oxley regulamentou de forma rigorosa a vida corporativa, imprimindo nova coerência às regras da governança corporativa que deixaram de ser apenas produto de boas intenções e passaram a ser uma exigência legal. Os focos da referida lei são quatro

capitais e minimizar os riscos de ocorrência de fraudes, de forma a estancar o processo generalizado de incerteza e desconfiança que passou a existir no mercado norte-americano. As rigorosas exigências da Sarbanes-Oxley obrigaram as empresas norte-americanas a promoverem revisões de processos, mudanças na estrutura organizacional e, principalmente, adaptação dos controles internos aos requisitos legais³⁰⁷.

Essas exigências legais representam uma manifestação evidente da governança corporativa, a qual não se concentra apenas em disciplinar as relações entre as diversas áreas de uma organização ou com partes externas, mas também em enaltecer a importância do conselho de administração, enquanto órgão independente e responsável pela definição dos objetivos a serem implementados pela administração executiva e fiscalização da gestão.

Na Itália, a governança corporativa está relacionada à batalha da compra da Telecom Itália pela Olivetti, cuja oferta desta pequena empresa quebrou um tabu nacional, vencendo poderosos lobbies e alterando a opinião do governo e, principalmente, o modelo anglo-saxão de governança. Outro fato consiste na proposta de privatização e modernização da Bolsa de Milão feita pelo Comitê Draghi, com apresentação de balanços transparentes de acordo com a lei, relatórios financeiros semestrais, divulgação da remuneração dos conselheiros e investigação rigorosa no uso de informações privilegiadas em operações comerciais e financeiras (*insider trading*)³⁰⁸.

Quanto à Inglaterra, tem-se o Relatório Cadbury, o primeiro dos Códigos de Boas Práticas de Governança Corporativa, elaborado em 1992, numa época de discussões por maior independência dos Conselhos de Administração. Dentre as recomendações desse relatório, está a de incluir um número maior de Diretores realmente independentes, nomeados

valores: conformidade legal (*compliance*), prestação responsável de contas (*accountability*), transparência (*disclosure*), e senso de justiça (*fairness*). Um dos pontos mais relevantes da nova legislação é a exigência de que o principal executivo e o diretor-financeiro tornem-se responsáveis pelas informações que divulgam, atestando também a veracidade de seus relatórios financeiros [SECURATO, José Cláudio (coord.). **Uma década...**, pp. 75-76].

³⁰⁷ Dentre os impactos da Sarbanes-Oxley está o “ágio de governança” que corresponde a um valor mais alto que os investidores estão dispostos a atribuir e a pagar pelas ações das companhias que possuem um sistema de governança corporativa de alta qualidade. Em sentido oposto, há “os deságios de governança” que se referem às baixas cotações que não sobem pela ausência percebida de adesão aos valores e às práticas da boa governança.

³⁰⁸ LODI, João Bosco. **Governança corporativa...**, p.20.

colegiadamente pelo Conselho de Administração, o qual deveria manter um controle total e efetivo sobre a companhia, eliminando a situação na qual um só indivíduo detém plenos poderes de decisão.

Na França, por sua vez, a consagração da governança corporativa ocorreu com a publicação do Relatório Vienot, em 1995, que recomendava a transparência pública para a remuneração dos diretores e conselheiros, a maximização do ganho dos acionistas, a criação de comitês de auditoria e remuneração e a eleição de conselheiros independentes³⁰⁹.

Na Alemanha, foi na Bolsa de Frankfurt que ocorreu maior transparência, quando as empresas listadas na NASDAQ tiveram que se adaptar ao estilo norte-americano de governança³¹⁰.

Já o Brasil, passou a tratar recentemente do tema governança corporativa, o que somente em 1995 tornou-se mais difundido com o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), quando os gestores brasileiros começaram a discutir formalmente a importância das diretrizes da boa governança na gestão das empresas. Com a internacionalização do mercado de capitais no Brasil, aumento da participação das empresas brasileiras no mercado externo, maior fluxo de investimentos de fundos estrangeiros no país e a abertura financeira para o controle estrangeiro, tornou-se necessária a uniformização das práticas da governança corporativa nas empresas brasileiras³¹¹.

Essa uniformização, aliada à importância das práticas de governança corporativa, foi incentivada pelo governo federal que concedeu um financiamento especial, por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, às empresas brasileiras que se enquadravam em alguns critérios de governança corporativa.

³⁰⁹ LODI, João Bosco. **Governança corporativa...**, p. 21.

³¹⁰ LODI, João Bosco. *Idem*, p. 21.

³¹¹ SOUZA, Hamilton Ernandes de. **Governança corporativa: a concepção dos controles internos no âmbito da lei SARBANES-OXLEY e seus impactos nas empresas brasileiras**. Monografia do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, 2006, p. 25-26.

5.1.1 Precedentes histórico-legislativos no Brasil

Inicialmente, tem-se a Lei n.º 6.404/1976 (LSA), que foi estruturada com base em um paradigma altamente concentrador, sob os auspícios dos Planos Nacionais de Desenvolvimento que buscavam fortalecer a grande empresa nacional (por exemplo, a estrutura tríplice orgânica da sociedade anônima, o predomínio da figura do controlador, a disciplina dos grupos de sociedade, etc).

Posteriormente, foi promulgada a Lei n.º 9.457/97, cujo objetivo era facilitar o processo de privatizações e o ajuste na estrutura acionária das empresas do sistema financeiro, o que implica também o fortalecimento do papel do acionista controlador e novas formas de concentração empresarial.

Foram as Resoluções n.ºs 264 e 265, de 1º de dezembro de 2000, baixadas pelo Conselho de Administração da Bolsa de Valores do Estado de São Paulo (BOVESPA), todavia, que criaram o “Novo Mercado”, influenciado pelo modelo alemão *Neuer Market*, e os “Níveis Diferenciados de Governança corporativa I e II”³¹². Nesses novos segmentos de negociação de ações, as empresas participantes devem seguir determinadas regras preestabelecidas – tais como possuir apenas ações ordinárias, garantir o *tag along*³¹³ aos minoritários no caso de alienação do poder de controle da empresa, apresentar demonstrativos financeiros em padrões internacionais, dentre outros – para receberem o selo de transparência concedido pela Bolsa de Valores do Estado de São Paulo (BOVESPA).

Outro estímulo à prática da governança corporativa no Brasil é a Resolução BACEN n.º 3.121, de 25 de dezembro de 2003, baixada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN)³¹⁴, que passou a estabelecer níveis de boa governança corporativa para empresas que possuíssem ações listadas em Bolsa de Valores.

³¹² RODRIGUEZ, Gregório Mancebo. **A lei...**, p. 8.

³¹³ O *tag along* tem previsão legal no artigo 254-A, da Lei nº 6.404/76 (LSA), segundo o qual o acionista que não faz parte do bloco de controle tem direito a vender suas ações pelo valor igual ou superior a 80% (oitenta por cento) daquele pago por ação com direito a voto, quando da alienação do controle da companhia.

³¹⁴ Disponível no site <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/72/BACEN/2003/3121.htm> em 20NOV07.

Além disso, vale citar as alterações introduzidas pela Lei n.º 10.303, de 31 de outubro de 2001, nas Leis n.ºs 6.404/76 e 6.385/76, tiveram como principal objetivo fortalecer o mercado de capitais brasileiro, com a intenção de impor padrões mais elevados de governança corporativa às empresas brasileiras e de fomentar o desenvolvimento do mercado de capitais nacional. Das alterações realizadas na Lei n.º 6.385/76, destacam-se as linhas de crédito especiais oferecidas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), as novas regras de investimentos por parte dos fundos de pensão e o projeto de reformas das demonstrações contábeis³¹⁵.

Por fim, existe o Projeto-Lei n.º 3.741/2000³¹⁶, de iniciativa do Poder Executivo, que tem como enfoque principal a modernização dos princípios da Lei Societária com os princípios fundamentais e melhores práticas contábeis internacionais, buscando corrigir impropriedades e erros nela remanescentes. Busca também adaptar a Lei n.º 6.404/76 às mudanças sociais e econômicas decorrentes da evolução dos usos e costumes mercantis, mediante a implementação de princípios, normas e padrões de contabilidade reconhecidos internacionalmente. A edição tardia de leis que tratam de temas relacionados à governança corporativa se deve, principalmente, à intensificação de seu debate somente na última década. As relações entre acionistas e administradores, entre acionistas majoritários e minoritários mudaram a estrutura societária, por força das privatizações e pela entrada de novos sócios nas empresas do setor privado, principalmente estrangeiros e investidores institucionais.

Portanto, a abertura da economia brasileira, o aumento dos investimentos estrangeiros no País, o processo de privatização de empresas estatais e o crescente número de empresas brasileiras com acesso aos mercados internacionais têm estimulado e tornado essencial o esforço em busca das boas práticas de governança corporativa. Entre as principais iniciativas de estímulo e aperfeiçoamento do modelo de governança das empresas no País destacam-se, além daquelas já mencionadas: criação do Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA); a regulamentação dos fundos de pensão (Resolução CMN 2.829/01); a atuação

³¹⁵ Disponível no site www.ibgc.org.br em 20OUT07.

³¹⁶ Disponível no site http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=20141 em 22OUT07.

do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) no mercado de capitais; o Código de Boas Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC); e as recomendações da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) sobre o assunto.

No âmbito internacional, destacam-se as normas da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), uma instituição internacional e intergovernamental que agrupa os países mais industrializados da economia do mercado³¹⁷. Sediada em Paris, na França, a OCDE define políticas com o objetivo de maximizar o crescimento econômico e o desenvolvimento dos países participantes, dentre as quais está a promoção de boas práticas de governança corporativa. O Brasil ainda não integra essa organização, porém, isso não o impede de se utilizar das normas da OCDE que representam um grande avanço na área de governança corporativa.

5.1.2 O Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) como um dos principais fomentos à governança corporativa no Brasil

Entre as relevantes iniciativas de estímulo e aperfeiçoamento ao modelo de governança das empresas no país destaca-se a criação do Novo Mercado pela Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), em dezembro de 2000. O Novo Mercado foi instituído com o objetivo de fortalecer o mercado de capitais nacional e atender aos anseios dos investidores por maior transparência e informações com relação aos atos praticados pelos controladores e administradores da companhia. Em outras palavras, buscou-se dar maior transparência ao mercado de capitais como forma de atrair mais investidores e, por conseguinte, aumentar o volume de transações. Particularmente, para empresas que se adaptassem às novas regras, havia expectativa de melhores preços por suas ações e, como consequência, maior

³¹⁷ Os países que integram a OCDE são Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Coréia do Sul, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Polônia, Portugal, República Tcheca, Reino Unido, Suécia, Suíça e Turquia (disponível no site <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u117179.shtml> em 20NOV07).

retorno sobre o patrimônio líquido: além de, ao longo do tempo, custos de captação reduzidos.

Inspirado no *Neuer Markt* Alemão, criado em 1997, o Novo Mercado é um segmento da BOVESPA, com regras de listagem diferenciadas, destinado à negociação de ações emitidas por empresas que se comprometem, voluntariamente, a adotar práticas de governança corporativa e *disclosure* adicionais e de vanguarda em relação ao que é exigido pela legislação.

Registre-se, ainda, que esse segmento constitui fator determinante para avaliação do grau de proteção do investidor, que influencia sua percepção de risco e o custo de capital das empresas. Com isso, pretende-se conferir maior credibilidade aos investimentos realizados em Bolsa, pois reúne ações de companhias que, em princípio, oferecem um nível de risco inferior ao das demais.

Ao lado das listadas no Novo Mercado, considerado nível máximo da boa governança corporativa segundo os critérios da BOVESPA, as companhias podem ser classificadas em Nível 1 e Nível 2, de acordo com o grau de compromisso assumido em relação às práticas de boa governança. São os chamados "Níveis Diferenciados de Governança Corporativa" da BOVESPA, criados com a finalidade de incentivar e preparar gradativamente as companhias a aderirem ao Novo Mercado, e que proporcionam maior destaque aos esforços da empresa na melhoria da relação com investidores, elevando o potencial de valorização dos seus ativos. Além disso, cada nível diferenciado de governança corporativa possui um regulamento próprio, a saber: Regulamento de Listagem (Novo Mercado)³¹⁸, Regulamento do Nível 1 (Nível 1) e Regulamento do Nível 2 (Nível 2).

³¹⁸ Resumidamente, a companhia aberta participante do Novo Mercado tem como obrigações: a) Emissão exclusivamente de ações ordinárias, tendo todos os acionistas o direito ao voto; b) Realização de ofertas públicas de colocação de ações por meio de mecanismos que favoreçam a dispersão do capital; c) Manutenção em circulação de uma parcela mínima de ações representando 25% do capital; d) Extensão para todos os acionistas das mesmas condições obtidas pelos controladores quando da venda do controle da companhia; e) Estabelecimento de um mandato unificado de um ano para todo o Conselho de Administração; f) Disponibilização de balanço anual seguindo as normas US GAAP ou do IASB; g) Introdução de melhorias nas informações prestadas trimestralmente, entre as quais a exigência de consolidação e de apresentação do fluxo de caixa; h) Obrigatoriedade de realização de oferta de compra de todas as ações em circulação, pelo valor econômico, nas hipóteses de fechamento do capital ou cancelamento do registro de negociação no Novo Mercado; i) Divulgação de negociações envolvendo ativos de emissão da companhia por parte de acionistas controladores ou

De forma resumida, os benefícios que a implementação do Novo Mercado e dos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa podem proporcionar às empresas e aos investidores são: a) para as empresas, melhoria da imagem institucional, maior visibilidade, maior demanda pelas ações, valorização das ações e menor custo de capital; b) para os investidores, maior precisão na precificação das ações, melhoria do processo de acompanhamento e fiscalização, maior segurança quanto aos seus direitos societários, redução de risco para o país, canalização de mais poupança para a capitalização das companhias, investimentos mais seguros e diversificados, empresas mais fortes e competitivas e dinamização da economia³¹⁹.

5.1.3 Princípios do código de melhores práticas de governança corporativa

São quatro os princípios apresentados pelo Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, a saber: *disclosure*, tratamento eqüitativo aos acionistas, *compliance* e *accountability*³²⁰.

O primeiro, *disclosure*, significa transparência e divulgação de informações. Com a reforma da Lei n.º 6.404/76 em 2001, houve um aumento substancial na quantidade de informações a serem prestadas pelo controlador e administradores, quais sejam: a) informação das alterações das participações acionárias dos controladores de companhias abertas, bem como dos acionistas ou grupo de acionistas que elegeram membro para o Conselho de Administração (artigo 116-A da Lei n.º 6.404/76); b) informações sobre os documentos apresentados pela administração em assembléia (artigo 133 da Lei n.º 6.404/76); c) declarações dos administradores sobre os valores mobiliários de que são titulares (artigo 157, §6º, da Lei n.º 6.404/76)³²¹.

Quanto ao segundo, tratamento eqüitativo aos acionistas, as recentes alterações da lei do anonimato tiveram como escopo a proteção ao acionista minoritário, das quais se destacam: a) modificação na proporção do capital

administradores da empresa; j) A companhia não deve ter Partes Beneficiárias em circulação, vedando expressamente a sua emissão.

³¹⁹ AGUIAR, Andson Braga de; CORRAR, Luiz João; BATISTELLA, Flávio Donizete. **Adoção de práticas de governança corporativa e o comportamento das ações na BOVESPA: evidências empíricas.** Revista de Administração de Empresas (RAE), vol. 39, n. 4, out-nov-dez 2004, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, p. 340.

³²⁰ Disponível no site www.ibgc.org.br em 20OUT07.

³²¹ SANTOS, Aline de Menezes. **Reflexões sobre...**, p. 195.

social (artigo 15 da Lei n.º 6.404/76), proibindo que o número de ações preferenciais ultrapasse 50% do total das ações emitidas; b) modificação das vantagens das ações preferenciais (artigo 17, da Lei n.º 6.404/76); c) direitos patrimoniais de proteção à saída do minoritário, tais como direito de recesso (artigo 137, da Lei n.º 6.404/76), oferta pública de aquisição de ações (artigo 254-A, da Lei n.º 6.404/76), fechamento do capital social (artigo 4º, da Lei n.º 6.404/76) e mudanças na composição do Conselho (artigos 140 e seguintes c/c 160 e seguintes, da Lei n.º 6.404/76)³²².

O terceiro, por sua vez, *compliance*, significa estar “em conformidade no cumprimento de normas reguladoras, expressas nos estatutos sociais, nos regimentos internos e nas instituições legais do país”³²³. A tipificação de condutas antes tidas como ilícitos administrativos é medida de fortalecimento do *compliance*. Nesse sentido, a reforma da Lei n.º 6.404/76 trouxe mais três crimes contra o mercado financeiro, a saber: crime de manipulação do mercado, crime de uso indevido de informações privilegiadas e crime de exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função.

Por fim, tem-se a *accountability*, entendida como prestação responsável de contas por parte dos administradores, membros do Conselho Fiscal e auditores, aos acionistas que os elegeram, à luz das melhores práticas contábeis e de auditoria³²⁴.

5.2 CONCEITO E ABRANGÊNCIA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

Antes de adentrar no tema específico, faz mister abordar brevemente a estrutura organizacional das sociedades anônimas, destacando-se a importância e o papel do conselho de administração para a governança corporativa, à luz da teoria da separação entre a propriedade e o poder de controle da sociedade anônima. Esta teoria fomentou o surgimento de vários instrumentos de gestão voltados à transparência da relação empresa e investidores, bem como a participação efetiva destes na gestão corporativa.

³²² SANTOS, Aline de Menezes. **Reflexões sobre...**, p. 195.

³²³ ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 27.

³²⁴ SANTOS, Aline de Menezes. **Reflexões sobre...**, p. 196.

Em seguida, far-se-á um estudo sobre o conceito de governança corporativa, suas questões centrais e os modelos efetivamente praticados.

5.2.1 A teoria da separação entre a propriedade e o controle e seus reflexos na sociedade anônima

A constituição de uma companhia visa albergar os grandes empreendimentos em torno dos quais pode se reunir um número expressivo de acionistas com os mais variados interesses que influenciam diretamente a atividade empresarial. Dentre os diversos motivos que levam uma pessoa a destinar parcela de seu patrimônio a uma sociedade, estão: o interesse na condução do negócio (empreendedor); a possibilidade de investimento a longo prazo (rendeiro); e o interesse momentâneo, desvinculado de qualquer participação nos negócios (especulador)³²⁵.

Essa classificação é relevante para compreender a teoria da separação entre a propriedade das ações e o controle da empresa, da qual é possível extrair-se quatro espécies de controle, consoante COMPARATO: a) totalitário, quando nenhum acionista é excluído do poder de dominação na sociedade; b) majoritário, exercido por quem detém a maioria das ações com direito a voto; c) minoritário, quando detém menos da metade das ações com direito a voto diante da grande dispersão acionária; e d) gerencial, cujo controle interno é totalmente desvinculado da titularidade das ações da companhia, assumindo os administradores o controle empresarial de fato, enquanto que os acionistas exercem a função de meros prestadores de capital³²⁶.

O direito brasileiro contemplou no artigo 116 da Lei nº 6.404/76 todas essas espécies de controle da companhia, ora apresentadas. Em comentários sobre o referido dispositivo legal, BERTOLDI pontifica que é necessária a presença de dois elementos a fim de que o poder de controle efetivamente se faça presente, além da simples maioria de votos na Assembléia, quais sejam: a) o controle deve ser exercido de modo permanente e estável; b) a pessoa ou o grupo de pessoas que detém o poder de controle deve utilizá-lo com o

³²⁵ BERTOLDI, Marcelo M. **Curso Avançado...**, p. 339.

³²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp. 36-67.

objetivo de imprimir à sociedade a marca de sua atuação, ou seja, só há poder de controle se efetivamente utilizado³²⁷.

No modelo de gestão das grandes corporações do moderno capitalismo, encontrado nos países com avançado desenvolvimento econômico e social, enquanto os acionistas (proprietários e outorgantes) estão focados, sobretudo, em decisões financeiras e alocação eficaz de recursos, os gestores (executores e outorgados) estão centrados, especialmente, em decisões estratégicas e empresariais. Trata-se de uma

managerial revolution led to a separation of ownership and control in most large corporations, where control of the firm shifted from entrepreneurs to professional managers while ownership became dispersed among thousands of unorganized stockholders who were removed from the day-to-day management of the firm [...] More recently, a parallel shift has occurred as ownership of the corporation has become concentrated in the hands of institutional investors rather than individual stockholders. Where corporate managers once faced a dispersed and relatively powerless set of stockholders, they now confront an increasingly organized social movement of fund trustees and advisors that share a common ideology of shareholder activism as well as the power to vote a substantial chunk of the largest firms' equity. Moreover, activist shareholders have expanded their demands from the circumscribed realm of shareholder rights to issues of how successors to the chief executive officer (CEO) are chosen, how much executives are paid, and even which compensation consultant is used, and they have influenced sympathetic regulators in Washington to increase the legitimate scope of their authority in corporate governance. Where shareholders were once disenfranchised outsiders in corporate governance, institutional investors are now members of the polity, and their concerns are routinely taken into account in decision-making processes in firms and in governmental policy making³²⁸.

³²⁷ BERTOLDI, Marcelo M. **O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 118, abr-jun 2000, São Paulo: Malheiros Editores, p. 65.

³²⁸ “revolução gerencial resultante da separação da propriedade e do controle das grandes corporações, em que o controle da companhia foi transferido dos empreendedores para os gerentes profissionais, enquanto a propriedade tornou-se dispersa entre milhares de *stakeholders* desorganizados que foram removidos da administração diária da companhia. Mais recentemente, a propriedade da corporação tornou-se concentrada nas mãos de

Em outras palavras, desenvolveu-se um novo comportamento no mercado de capitais: os acionistas tornaram-se especialistas em avaliar resultados comparativos das corporações e em aplicar os seus recursos nas que proporcionam os melhores retornos, enquanto os gestores se tornaram especialistas nos negócios que lhes foram confiados, para maximizar os lucros das corporações e assim manter os acionistas permanentemente interessados em financiar as operações e os propósitos de expansão. Não há dúvidas de que esse novo comportamento das empresas é preferível justamente por contribuir para a democracia acionária e social.

Nesse sentido, CARVALHAL assevera que maiores direitos sobre fluxo de caixa estão geralmente associados à melhor avaliação das companhias e, em contrapartida, a concentração de direitos de controle e a separação dos direitos de voto do fluxo de caixa têm normalmente efeito negativo no valor das sociedades³²⁹. A razão desses reflexos se deve ao fato de a concentração do direito de voto dos acionistas controladores estar associada ao maior grau de expropriação dos minoritários, uma vez que grandes acionistas preferem auferir benefícios privados do controle, que não são compartilhados com os minoritários. A referida expropriação é facilmente perceptível no Brasil, onde

a concentração de poderes nas mãos dos acionistas (e, conseqüentemente, nas do controlador, que para fazer valer suas

investidores institucionais ao invés de se concentrar na titularidade de *stakeholders* individuais. Os gerentes corporativos, certa vez, enfrentaram a ineficácia dispersa e relativa dos acionistas e deparam-se agora com um movimento social cada vez mais organizado dos administradores e dos conselheiros que compartilham uma ideologia comum do ativismo *shareholder*, bem como do poder votar com uma representatividade substancialmente maior e igualitária na companhia. Além disso, o ativismo *shareholder* expandiu de um campo circunscrito aos direitos dos *shareholders* para assuntos como a forma de escolha dos sucessores do CEO, a remuneração dos executivos, e até mesmo como a compensação ao consultor é usada, e eles têm influenciado reguladores compreensivos em Washington para aumentar o âmbito de legitimidade de sua autoridade na governança corporativa. Os *shareholders* eram *outsiders* na governança corporativa e os investidores institucionais são agora membros da política, e seus interesses são rotineiramente avaliados em processos de tomada de decisão nas companhias e na política governamental” (tradução livre) (DAVIS, Gerald. F.; THOMPSON, Tracy A. **A social movement perspective on corporate control**. Administrative Science Quarterly, March, 1994. Disponível no site http://findarticles.com/p/articles/mi_m4035/is_n1_v39/ai_16074752/pg_1 em 25OUT2007).

³²⁹ SILVA, Luiz Carvalhal da. **Governança Corporativa, valor, alavancagem e política de dividendos das empresas brasileiras**. Revista de Administração, vol. 39, n. 4, out-nov-dez 2004, São Paulo: FEA-USP, pp. 349-350.

decisões não precisa sequer superar os obstáculos, ainda que meramente formais e procedimentais, consistentes em divisões de competência com a administração) não é acompanhada por uma proteção efetiva dos demais sócios e dos demais interessados envolvidos pela sociedade³³⁰.

Todas essas variáveis analisadas no âmbito da teoria da separação entre propriedade e controle são relevantes para o estudo da governança corporativa, que também sofre forte influência da estrutura organizacional da empresa, em especial, do conselho de administração.

5.2.2 Estrutura organizacional da sociedade anônima e sua função social

Ao tratar do poder de controle da sociedade anônima, torna-se relevante destacar a sua organização interna para a promoção de seus objetivos sociais, sobretudo, para a implementação da governança corporativa, composta pelos seguintes órgãos nos termos da Lei nº 6.404/76: assembleia geral, conselho de administração, diretoria e conselho fiscal.

A assembleia geral (artigos 121 e seguintes, da Lei nº 6.404/76) é o órgão deliberativo de mais alto grau na sociedade anônima, cabendo-lhe deliberar sobre todos os assuntos da companhia.

O conselho de administração (artigos 138 e seguintes, da Lei nº 6.404/76), por sua vez, é um órgão de deliberação colegiada, obrigatório para as companhias de capital aberto ou autorizado e facultativo para as companhias fechadas, cuja competência é ampla para deliberar sobre todas as questões de interesse da sociedade, salvo aquelas privativas da assembleia geral. Dentre as suas competências previstas no artigo 142, da Lei nº 6.404/76, destacam-se as seguintes: fixar a orientação geral dos negócios da companhia; eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto; fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e

³³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo...**, p. 54.

quaisquer outros atos; escolher e destituir os auditores independentes, se houver.

Já a diretoria (artigos 143 e seguintes, da Lei nº 6.404/76) é um órgão executivo obrigatório da companhia, encarregado da administração direta da sociedade, cabendo-lhe realizar em concreto os objetivos sociais e metas traçadas pela assembléia geral, bem como pelo conselho de administração.

Por fim, tem-se o conselho fiscal (artigos 161 e seguintes, Lei nº 6.404/76), órgão de controle e fiscalização da atuação dos administradores da companhia, cabendo-lhe, dentre outras competências, fiscalizar por qualquer de seus membros os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários.

Desses órgãos que compõem a estrutura organizacional de uma determinada companhia, o conselho de administração é referência central da governança corporativa, a qual também é composta por executivos da empresa³³¹, auditoria independente e *stakeholders* (associações, sindicatos, fornecedores, funcionários e outros grupos que influenciam a gestão da empresa).

A governança é de fato exercida pelo conselho de administração e pela diretoria executiva, nos quais os acionistas, os *stakeholders*, o controle corporativo do mercado e as regulações nacionais e internacionais interagem para afetar as ações das empresas e o monitoramento dos gerentes³³². Serve, em outras palavras, como um filtro entre os interesses dos acionistas (outorgantes) e dos gestores (outorgados) ao recordar a estes o que aqueles querem e ao minimizar a ingerência do acionista no negócio³³³.

Em face disso, o conselho de administração se tornou o foco das reformas de governança corporativa, dentre as quais estão: a separação das funções de presidente executivo e presidente do conselho de administração³³⁴;

³³¹ Apenas a título elucidativo, o conceito “administrador” compreende os membros tanto da diretoria (nos Estados Unidos são os executivos) quanto do conselho de administração, e ambos são definidos normalmente como “órgãos da administração”. Aos diretores e conselheiros aplicam-se as normas comuns sobre requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidades (artigos 138 e ss. da Lei nº 6.404/76).

³³² ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa...**, p. 239.

³³³ STEINBERG, Herbert. **A dimensão humana da governança corporativa: pessoas criam as melhores e piores práticas**. São Paulo: Editora Gente, 2003, p. 84.

³³⁴ Uma das principais razões para a separação das funções desses cargos deve-se ao fato de “que a escolha, a admissão, a fixação da remuneração e dos benefícios, a avaliação e o encaminhamento da sucessão do principal executivo incluem-se entre as mais importantes

o aumento da independência e da cota de responsabilidade do conselho de administração³³⁵ e o controle da remuneração dos altos executivos³³⁶.

Ademais, a concentração de propriedade nas mãos de relativamente poucas instituições intermediárias e financeiras alavanca a influência dos conselhos sobre os diretores e gerentes. A introdução de numerosos códigos de conduta e melhores práticas também trouxe reformas à estrutura dos conselhos e à sua composição.

De um lado, pode-se afirmar que os conselhos de administração possuem três papéis-chave. O primeiro relacionado à estratégia, com responsabilidades por monitorá-la e influenciá-la. Já o segundo refere-se ao controle sobre gerentes, diretores e os recursos da empresa. Quanto ao terceiro, diz respeito aos serviços ou ao papel institucional exercido, aconselhando gestores e provendo uma face institucional para a organização em sua comunidade³³⁷.

De outro lado, por sua vez, há quatro atribuições principais na formação e no trabalho dos conselhos que afetam seus papéis e sua atuação, contribuindo indiretamente para o desempenho da firma: composição dos conselhos de administração, suas características, estrutura e processo de atuação.

A composição se refere especificamente ao número de membros existentes no conselho de administração da empresa (incluindo-se a

responsabilidades do conselho" (ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa...**, p. 187).

³³⁵ Uma das maiores preocupações no âmbito corporativo norte-americano é o insucesso do empreendimento por razões egoísticas dos administradores ou executivos (não são membros do conselho de administração, órgão este responsável apenas por sua nomeação para compor a diretoria). São profissionais que possuem sua remuneração atrelada à lucratividade, o que reflete diretamente nos lucros imediatos de determinada empresa, sobre a qual eles detêm um controle ilimitado: as assembleias de acionistas e os conselhos administrativos tornaram-se, na prática, instâncias meramente decorativas, sem influência maior sobre o cotidiano do empreendimento (GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo**. Tradução de Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004). No Brasil, em cuja economia emergente prevalece o controle totalitário (os proprietários detêm o poder na sociedade anônima), ainda não há maiores preocupações sobre tema.

³³⁶ QUATERLY, McKinsey. **3 reformas para a governança**. Revista HSM Management, n. 47, nov-dez 2004, São Paulo: Savana, p. 50-58.

³³⁷ MARTINS, Henrique Cordeiro; e RODRIGUES, Suzana Braga. **Atributos e papéis dos conselhos de administração das empresas brasileiras**. Revista de Administração de Empresas (RAE), vol. 45, edição especial, dez 2005, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, p. 24.

participação e representação das minorias) e à reconhecida dicotomia³³⁸ existente entre os conselheiros internos – que possuem algum papel executivo na empresa – e os externos à organização – que não possuem ações da empresa ou das subsidiárias e não trabalharam diretamente com o executivo principal em outras companhias³³⁹. Frise-se que a Lei n.º 6.404/76, no seu artigo 146, *caput*, exige que os membros do conselho de administração sejam acionistas³⁴⁰ e os diretores, acionistas ou não, sejam residentes no País.

As características do conselho consistem na experiência e formação dos conselheiros (idade, formação acadêmica e valores, que influenciarão diretamente suas escolhas), na independência para o trabalho nos conselhos (detentores ou não de ações da empresa), dentre outras variáveis que influenciam os interesses e desempenho dos conselheiros em suas atividades e tarefas.

Com relação ao atributo estrutura, refere-se à organização do conselho, divisão do trabalho, formação de comitês e eficiência de suas operações. Já o processo de atuação diz respeito principalmente às atividades de tomada de decisão, a partir de cinco elementos: a frequência e a duração das reuniões; a interface do conselho com o principal executivo da empresa; o nível de consenso entre os conselheiros; a formalidade dos procedimentos; e a preocupação e o envolvimento do conselho com sua auto-avaliação³⁴¹.

Traçadas essas considerações, cumpre destacar a função social da empresa, a qual, na perspectiva da estrutura organizacional, está fundada eminentemente na governança corporativa.

³³⁸ ANDRADE e ROSSETTI destacam, não dois, mas três tipos de conselheiros, quais sejam: *insiders*, que são gerentes de alto nível que têm assento no conselho, geralmente denominados conselheiros-executivos; *outsiders* relacionados, que têm alguma forma de relação com a corporação, mas não participam do quadro executivo; e *outsiders*, denominados conselheiros independentes (ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa...**, p. 184).

³³⁹ MARTINS, Henrique Cordeiro; e RODRIGUES, Suzana Braga. **Atributos e...**, p. 24.

³⁴⁰ Na prática, as empresas têm concedido em comodato (empréstimo gratuito) uma ação ao pretendo conselheiro, o qual se torna um acionista “de fato”. Esse dispositivo que exige a condição de acionista é criticável, pois nas grandes corporações o conselho de administração é composto por profissionais idôneos e capacitados para o exercício da função, mas que, geralmente, não têm interesse em se tornarem acionistas. Além disso, muitas vezes o profissional recusa o cargo de conselheiro de determinada empresa por temer que esta tenha sua personalidade jurídica afastada (teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no artigo 50 do Código Civil e em outras legislações esparsas) e atinja o seu patrimônio pessoal, já que também é acionista.

³⁴¹ MARTINS, Henrique Cordeiro; e RODRIGUES, Suzana Braga. **Atributos e...**, p. 25.

Vale ressaltar, primeiramente, que a função social da empresa está interligada à função social da propriedade (artigos 5º, inciso XXIII, c/c 170, *caput*, e inciso III, da Constituição Federal) e dos contratos (artigo 421 do Código Civil e artigo 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76), eis que a empresa, como atividade econômica, interage com estes dois institutos.

No caso concreto, a função social da empresa “deve ser considerada um dos **parâmetros legais na hermenêutica e aplicação das normas** que se relacionam com a empresa [...]” (grifos da autora)³⁴², a fim de verificar a legalidade ou ilegalidade do ato questionado. Nas palavras de CAVALLI:

[...] a função social do contrato e, por consequência, da empresa, enquanto centro de confluência de contratos, consiste na busca da preservação de interesses de determinado sujeito (sujeito “a”) na sua relação havida com outro sujeito (relação entre sujeito “a” e sujeito “b”), os quais, para serem preservados, são oponíveis a relações nas quais não é parte (relação entre sujeito “b” e sujeito “c”, na qual não é parte o sujeito “a”, p. ex.), mas que possuem em comum o fato de serem direcionadas ao mesmo sujeito (sujeito “b”) com a mesma função econômica (atender a necessidades alheias mediante a produção de bens ou serviços). Decorre dessa intercomunicação entre relações aparentemente isoladas uma gama de deveres de abstenção ou, até mesmo, de ação³⁴³.

Em relação à organização societária, particularmente, os princípios da governança corporativa expressam a mais lúdima adoção da função social da empresa. Para tanto, analisar-se-ão doravante as principais características da governança corporativa, dentre as quais a diversidade de conceitos e as questões centrais do instituto.

³⁴² MELO, Giselle Luciane de Oliveira Lopes. **A função social da empresa como parâmetro de legalidade**. Revista de Direito Empresarial n. 4, jul-dez 2005, Curitiba: Juruá, pp. 288-289.

³⁴³ CAVALLI, Cássio. **Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno direito privado**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 138, abr-jun 2005, p. 212.

5.2.3 Conceito de governança corporativa

A idéia de governança corporativa – governo da empresa na tradução mais literal – é muita antiga, conforme exposto anteriormente, pois a empresa, como qualquer instituição social ou econômica, tem um governo, em latim *ergo*, que significa ser comandada de uma determinada forma.

Entretanto, o termo governança corporativa é recente e foi criado para definir as regras que regem o relacionamento dentro de uma companhia. Em outras palavras, constitui um conjunto de mecanismos que alinham os interesses dos acionistas aos dos administradores das corporações diante da separação do controle e da propriedade, com vistas a incentivar a maximização do retorno aos investimentos realizados na empresa³⁴⁴.

Com o desenvolvimento dos mercados ao longo do tempo, este conceito foi ampliado, na medida em que as relações entre os diversos agentes interessados (*stakeholders*) das firmas tornaram-se mais complexas, gerando outros tipos de conflitos de interesses. Espalhou-se por todos os países do mundo, preconizando sua cartilha de preceitos, denominada “boas práticas de governança corporativa”, com a recomendação de sua adoção pelos países que desejem alcançar o nível de pujança econômica dos Estados Unidos e de outros países desenvolvidos.

Várias definições, porém, foram atribuídas ao termo governança corporativa, cujo conteúdo é fruto de enormes controvérsias.

Para WALD, a expressão correta é “governo das empresas”, que

[...] significa o estabelecimento do Estado de Direito na sociedade anônima, ou seja, refere-se à organização e à dinâmica dos poderes, ao estabelecimento da adequada definição dos órgãos sociais e das respectivas competências, assim como dos direitos e deveres de vários acionistas³⁴⁵.

³⁴⁴ BRIDGER, Graciela V. **Governança corporativa e os efeitos da adesão a níveis diferenciados de governança sobre o valor no mercado de capitais brasileiro**. Dissertação de Mestrado de Finanças da FGV/EPGE, 2006, p. 7. Disponível no site <http://epge.fgv.br/portal/arquivo/2185.pdf> em 20OUT07

³⁴⁵ WALD, Arnold. **O governo das empresas**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, vol. 15, ano 5, jul-set 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 55.

E assevera ainda que

[...] os adjetivos corporativo e corporativista têm sentido pejorativo, dando idéia de prevalência de interesses de um grupo ou de uma classe. Ao contrário desta noção, o termo governança das empresas pretende denominar a renovação da entidade, atendendo aos interesses de todos aqueles que a integram ou com ela colaboram³⁴⁶.

COELHO, por sua vez, define governança corporativa como “[...] o movimento, nascido nos Estados Unidos e no Reino Unido, em meados dos anos 1990, com o objetivo de identificar e sistematizar as melhores práticas de gestão da empresa e relacionamento com os acionistas”³⁴⁷.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) aduz um conceito bastante abrangente e estabelece suas finalidades, a saber:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre Acionistas/Cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade³⁴⁸.

Já LODI sustenta que a governança corporativa “é um novo nome para o sistema de relacionamento entre acionistas, auditores independentes e executivos da empresa, liderado pelo Conselho de Administração”³⁴⁹.

No seu item “2.5”, o Relatório de Cadbury conceitua a idéia de governança como “o sistema e a estrutura do poder que regem os mecanismos através dos quais as companhias são dirigidas e controladas”³⁵⁰.

Para a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, governança corporativa é o sistema pelo qual os negócios da empresa devem ser direcionados e controlados³⁵¹.

³⁴⁶ WALD, Arnold. Idem, p. 56.

³⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de...**, vol. II, p. 320.

³⁴⁸ Disponível no site www.ibgc.org.br em 20OUT2007.

³⁴⁹ LODI, João Bosco. **Governança corporativa...**, p. 9.

³⁵⁰ Disponível no site <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf> em 20OUT2007.

³⁵¹ Os princípios da OECD encontram-se disponíveis no site <http://usinfo.state.gov/journals/ites/0205/ijep/oecd.htm> em 20OUT2007.

RODRIGUEZ afirma que governança corporativa “diz respeito à forma como uma empresa está sendo administrada; tem a ver com liderança, estratégia e política empresarial. Estuda os relacionamentos de poder dentro da companhia e trata das melhores práticas que devem norteá-los”³⁵².

Essas definições ora apresentadas têm como base uma visão contratualista das companhias que considera apenas os interesses do grupo de sócios das empresas, o modelo *shareholder*, que vigora principalmente nos Estados Unidos e no Reino Unido.

Uma visão mais abrangente, entretanto, dentro da linha institucionalista, deve incluir outros grupos sociais que também têm interesse na preservação da companhia e que são igualmente afetados pelas decisões tomadas por seus administradores, tais como: credores em geral, fornecedores, trabalhadores, consumidores e a comunidade em geral, dando origem ao modelo *stakeholders*, preponderante nos países da Europa Ocidental.

Sob essa perspectiva, WITHERELL sustenta que a governança corporativa

é o sistema pelo qual as empresas são dirigidas e controladas. Sua estrutura especifica a distribuição de direitos e responsabilidades entre os diferentes participantes da empresa, tais como conselho de administração, diretoria, proprietários e outros *stakeholders*, entre eles, empregados, fornecedores, clientes e a comunidade em geral³⁵³.

No mesmo sentido, a Comissão de Valores Mobiliários define governança corporativa como

conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao

³⁵² RODRIGUEZ, Gregório Mancebo. **A lei...**, p. 8.

³⁵³ WITHERELL, William. **The OECD and corporate governance**. Financial Reporting, 1999.

mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas³⁵⁴.

Logo, o conceito de governança corporativa pela ótica dos *stakeholders* tem mais abrangência quando identifica não apenas o acionista minoritário, mas também outros grupos que podem ser afetados pela atuação da companhia. Nesse contexto, vale frisar a definição de ANDRADE e ROSSETTI, para os quais:

Amplamente difundidas e internalizadas no mundo corporativo, as práticas de governança abrangem grande elenco de partes interessadas. Tratam, em essência, dos interesses dos acionistas, em suas relações com os conselhos de administração e com a direção executiva das corporações. Mas podem alcançar outras partes, internas e externas, interessadas nas ações e os resultados corporativos. Entre as internas, os empregados e os terceirizados. Entre as externas, os credores, os fornecedores, os clientes, os consumidores finais, o governo, a sociedade e o meio ambiente³⁵⁵.

A Lei nº 6.404/76 (LSA) reconhece a importância do atendimento aos interesses dos *stakeholders* em diversos de seus dispositivos. O parágrafo único do artigo 116, assim dispõe:

o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

O artigo 117 do mesmo diploma legal, ao prever as hipóteses de modalidades de abuso de poder, inclui entre elas a orientação da companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional.

No *caput* do artigo 154, também há previsão de que o administrador “deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da

³⁵⁴ Disponível no site www.cvm.gov.br em 20OUT2007.

³⁵⁵ ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa...**, p. 52.

função social da empresa”. O mesmo dispositivo, no seu parágrafo 4º, dispõe sobre a possibilidade de o conselho de administração ou a diretoria autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

Não obstante a diversidade de conceitos ora apresentados, pode-se concluir que

[...] há um conjunto bem definido de expressões-chaves, ligadas aos princípios, aos modelos, às práticas, aos mecanismos de regulação e aos propósitos da governança corporativa. Eles estão presentes na maior parte das definições. Os principais são: direitos dos acionistas (*shareholders*), direitos de outras partes interessadas (*stakeholders*), conflitos de agência, sistema de relações, sistema de valores, sistema de governo, estrutura de poder, estrutura de regulação e padrões de comportamento³⁵⁶.

5.2.4 Principais modelos de governança corporativa

Na década de 1970, como já abordado neste trabalho, um somatório de fatores estimulou o movimento da governança corporativa, dentre os quais: a) a globalização financeira, com livre e rápida circulação de capitais entre fronteiras; b) a diminuição das barreiras comerciais entre os países que levam as empresas a enfrentar competição em nível global, aumentando suas necessidades de financiamento e capitalização; c) falhas e escândalos em grandes empresas que expuseram a necessidade de se aperfeiçoar os mecanismos de monitoramento e despertaram atenção para quem controla a empresa³⁵⁷; d) o movimento de privatizações em massa ao redor do mundo,

³⁵⁶ ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa...**, p. 23.

³⁵⁷ Dentre os escândalos financeiros que mais tiveram repercussão mundial, está o caso da WorldCom, em que os seus dois executivos, o ex-diretor financeiro e o ex-controller, foram presos. Scott Sullivan e David Myers foram tidos como principais responsáveis pelo rombo contábil de US\$ 3,85 bilhões que agravou ainda mais a crise de confiança nas empresas dos Estados Unidos. Outro caso que causou grande repulsa popular é o da Enron, em que dívidas milionárias estavam escondidas em contas de empresas associadas e não haviam sido incluídas no balanço, o que ajudou a engordar o contracheque dos executivos da Enron. Quando o ajuste foi feito no balanço da empresa, em novembro de 2001, houve uma redução de US\$ 591 milhões nos lucros acumulados de 1997 a 2000 e um aumento de US\$ 628 milhões nas dívidas. A empresa era cliente da auditoria Andersen, julgada culpada

com os Estados minimizando sua atuação diretamente na economia, como agentes econômicos; e) a ascensão dos investidores empreendedores cada vez mais preocupados com retornos sobre seus investimentos.

Com a noção de governança corporativa, cinco modelos básicos passaram a existir: anglo-saxão (*shareholder*), alemão (*stakeholder*), japonês, latino-europeu e latino-americano³⁵⁸. Cada um desses modelos possui peculiaridades, a seguir apresentadas, considerando que o sistema da governança corporativa é composto pelo conjunto de instituições, leis, regulamentos e costumes do país, o qual está associado às condições econômicas, históricas e ao estágio de desenvolvimento de determinado país, o que reflete suas particularidades e prioridades.

O primeiro é amplamente encontrado nos Estados Unidos e na Inglaterra e caracteriza-se pela pulverização do controle acionário, bem como pela separação da propriedade e da gestão. Com enfoque na governança corporativa, esse modelo visa à elaboração de regras e incentivos (contratos) para alinhar efetivamente o comportamento do gestor (outorgados) às aspirações dos proprietários (outorgantes), bem como garantir o retorno dos investimentos efetuados por estes e a maximização do valor da corporação.

O modelo alemão, por sua vez, considera os interesses de todos os envolvidos com a constituição – a comunidade, os funcionários, os governos, o meio ambiente, os fornecedores e os clientes – não somente os dos acionistas. A estrutura patrimonial é concentrada; porém, a sua gestão é coletiva, exercida não apenas por acionistas, mas também por uma expressiva liderança de empregados, sindicatos e bancos nas estruturas de governança.

No terceiro modelo, praticado pelas empresas japonesas, há algumas semelhanças com o modelo alemão, tais como a orientação *stakeholder*, a gestão consensual e a forte presença dos bancos nas corporações em virtude da origem predominantemente capital (propriedade concentrada). A gestão, contudo, sobrepõe-se à propriedade. Além disso, a propriedade cruzada entre as companhias e um amplo relacionamento entre as empresas e setores do governo propiciam um clima de corrupção latente. A lei japonesa estabelece

por obstrução da Justiça ao destruir documentos sobre a falência de uma das maiores companhias de energia do mundo.

³⁵⁸ ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa...**, p. 146.

um conselho unitário, internamente recrutado que inclui cinco ou mais membros, tendo também na figura do presidente o homem forte da corporação. O conselho serve apenas para cumprir uma determinação legal³⁵⁹.

Com relação ao modelo latino-europeu, a propriedade é concentrada e há um expressivo número de grandes corporações familiares ou controladas por consórcios. Ocorrência freqüente de conflitos de agenciamento em face da fraca proteção aos minoritários. As forças externas de controle neste modelo são geralmente menos atuantes.

Por fim, tem-se o modelo latino-americano, fortemente influenciado pelos seguintes fatores históricos do ambiente empresarial: concentração patrimonial, sociedade patriarcal representada por oligarquias, grandes grupos privados e familiares, baixa expressão do mercado de capitais, privatizações e recente abertura de mercados. O Brasil se enquadra neste modelo, cujas características dizem respeito a uma forte concentração da propriedade nas mãos de poucos acionistas e numa alta concentração de poder nas mãos de um líder ou de uma instituição específica. O Estado também tem participação nas empresas, seja como proprietário ou como regulador das atividades produtivas³⁶⁰.

5.2.5 Questões centrais da governança corporativa

Como visto, não há um modelo único de governança corporativa, pois esta é fruto de valores moldados sob a influência dos traços culturais e institucionais das nações, em especial, do estágio de desenvolvimento econômico e social de determinado país, o que implica propósitos corporativos de diferentes amplitudes. Apesar disso, todos os modelos gravitam em torno de cinco questões centrais da governança corporativa, a saber: conflitos de agência, custos de agência, direitos assimétricos, equilíbrio de interesses de *stakeholders* e forças de controle.

Os conflitos e os custos de agência decorrem da separação entre propriedade e gestão, com a outorga da direção das corporações pelos acionistas investidores (outorgantes) a executivos contratados (outorgados).

³⁵⁹ MARTINS, Henrique Cordeiro; e RODRIGUES, Suzana Braga. **Atributos e...**, p. 25-26.

³⁶⁰ MARTINS, Henrique Cordeiro; RODRIGUES, Suzana Braga. **Atributos e...**, p. 26.

Aqueles têm interesse na maximização do retorno de seus investimentos e estes, em contrapartida, buscam geralmente *status*, altas remunerações e preferência por crescimento em detrimento, ainda que temporário, das margens operacionais e dos resultados de balanço.

Em virtude das divergências de interesses, denominadas “conflitos de agência”, os acionistas e os executivos irão incorrer em custos de monitoramento e de vínculos, assim entendidos como custos de agência, que podem ser de duas categorias: os custos atribuíveis às ações discricionárias dos gestores e à aplicação do juízo gerencial que lhe é outorgado para decisões que o beneficiem, em detrimento das mais diversas formas de expropriação da riqueza dos acionistas; e os custos incorridos pelos acionistas para o melhor direcionamento e controle das ações gerenciais³⁶¹.

No que tange à terceira questão central, a existência de acionistas com direitos assimétricos, resultantes do lançamento de classes de ações com direitos diferenciados, pode conduzir à expropriação de minoritários. O exemplo clássico é a emissão de ações com direito a voto e sem direito a voto, o que permite aos titulares daquelas controlarem a companhia com menos da metade do capital acionário. Essa situação deve-se à combinação de dois fatores: dispersa concentração da propriedade e a alta concentração de votos (pequena posse do capital viabiliza a detenção de alto, senão de pleno poder de controle).

Oportuno ressaltar que essa assimetria de direitos entre os acionistas, evidente na forma de relacionamento promovida pela Lei nº 6.404/76 entre majoritário e minoritário, é reflexo da falta de aplicação do princípio cooperativo no direito societário³⁶².

Nos termos da lei do anonimato, os direitos dos minoritários podem ser agrupados em dois grandes grupos. De um lado, os direitos de informação (dentre os quais estão os direitos de acesso aos dados constantes nos livros sociais e aos documentos da administração referentes ao último exercício social, previsto, respectivamente, nos artigos 100, § 1º, e 133; de acompanhamento da gestão dos negócios sociais, sob a forma de fiscalização, ao teor do artigo 109, inciso III; de solicitação de informações aos

³⁶¹ ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa...**, pp. 98-107.

³⁶² SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo...**, p. 56.

administradores, consoante disposto no artigo 157, dentre outros), e de outro, os direitos patrimoniais de saída. Estes últimos outorgam aos acionistas especiais garantias patrimoniais no momento de sua retirada da sociedade, tais como direitos de recesso amplo, garantias no fechamento de capitais e até mesmo extensão da oferta feita ao controlador na aquisição do controle.

Embora as reformas societárias tenham como foco esses dois grandes grupos, constata-se que a tendência legal é no sentido de no máximo um incentivo de liquidez ao minoritário no momento de sua retirada (como, por exemplo, o *tag along* previsto no artigo 254-A, da Lei nº 6.404/76, inserido pela Lei nº 10.303/01³⁶³), sem qualquer garantia de solidez do investimento durante sua permanência.

COELHO destaca que, na prática, algumas companhias, ao tentarem captar recursos, seja no mercado de capitais, seja junto a investidores privados, não conseguem encontrar investidores que atribuam valor ao investimento agregado especificamente em razão da outorga do direito ao tratamento eqüitativo em hipotética futura venda do controle³⁶⁴. É raro encontrar um investidor disposto a investir mais em razão da *tag along*.

SALOMÃO assevera que:

A conjunção desses problemas e sua contínua não solução por sucessivas mudanças nas leis societárias motivaram a busca de soluções não institucionais. Em um movimento interessante [...] a mudança foi de uma solução institucional para a contratual. O movimento em sentido inverso é clara demonstração da captura dos órgãos legislativos pelos grupos mais influentes e poderosos. Paralisadas as instâncias institucionais, sobra aos particulares, convencidos da necessidade da ética e da aplicação de princípios cooperativos para sobreviver, implementá-los por via contratual³⁶⁵.

Essa solução contratual a que se refere o autor consiste na proposta do Novo Mercado e repousa sobre três bases principais. A primeira base é a

³⁶³ Vide NOTA 282. Vale ressaltar que uma das recomendações da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para a governança corporativa nos países latino-americanos é a adoção de *tag along* universalmente garantido.

³⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **O direito de saída conjunta ("tag along")**. In: LOBO, Jorge (coord.). Reforma da Lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n.º 10.303, de 31.10.2001. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 484.

³⁶⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo...**, p. 58.

informação completa destinada aos acionistas, cuja previsão no Regulamento do Novo Mercado (Seção VI - “Informações periódicas e eventuais que devem ser prestadas”)³⁶⁶ supera aquela constante da lei societária³⁶⁷. Com relação à segunda, diz respeito ao reforço das garantias patrimoniais dos minoritários no momento de sua saída da sociedade. E a terceira, por sua vez, consiste nas proteções estruturais que reforçam o princípio cooperativo ao enfraquecer o poder do controlador e apresentam-se de duas formas: a previsão da existência apenas de ações ordinárias, o que dificulta a sociedade de fato unipessoal³⁶⁸ (embora formalmente a sociedade seja composta por mais de um sócio, na prática é conduzida apenas pelo majoritário); e a previsão de resolução de todos os conflitos oriundos do Novo Mercado por arbitragem, diante da especialidade das cortes arbitrais, as quais têm condições e competência suficiente para analisar o mérito de decisões assembleares, a fim de eliminar, senão evitar, os conflitos societários³⁶⁹.

Diante dessa proposta do Novo Mercado, no sentido de fixar critérios de governança corporativa, CORRÊA-LIMA destaca que “os próprios agentes do mercado parecem ter se conscientizado da importância e da força do

³⁶⁶ Dentre as previsões, encontra-se a obrigação de a companhia: a) apresentar, após o término de cada trimestre e de cada exercício social, em suas demonstrações financeiras e consolidadas, demonstração dos fluxos de caixa (artigo 6.1); b) realizar reuniões públicas com analistas e interessados para divulgação de informações quanto à sua situação econômico-financeira, projetos e perspectivas (artigo 6.6); c) divulgar informações de todo e qualquer contrato celebrado entre a companhia e suas controladas e coligadas, seus administradores, seu acionista controlador, e, ainda, entre a companhia e sociedades controladas e coligadas dos administradores e do acionista controlador, sendo esta norma válida para grupos de fato ou de direito (artigo 6.8).

³⁶⁷ Embora a BOVESPA não tenha poder para regulamentar as sociedades anônimas, consoante a Resolução CMN n.º 2.690, de 28.01.2000, as regras foram estabelecidas por regulamento, ao qual se adere mediante contrato.

³⁶⁸ Nesse sentido, o “Guia de governança corporativa para investidores: como a boa gestão da companhia pode valorizar seus investimentos em ações”, publicado pela Revista Capital Aberto em 2005, recomenda como princípio básico verificar se a companhia na qual se pretende investir adota as boas práticas de governança corporativa, em especial, se o direito de voto é assegurado a todos os sócios, independentemente do tipo de ação que detêm. Essa recomendação deve-se, sobretudo, à Seção III do Regulamento do Novo Mercado, que no seu artigo 3.1, exige da companhia capital dividido exclusivamente em ações ordinárias para autorizá-la negociar no Novo Mercado, salvo nos casos de desestatização, em se tratando de “ações preferenciais de classe especial que tenham por fim garantir direitos públicos diferenciados, sejam intransferíveis e de propriedade exclusiva do ente desestatizante, devendo referidos direitos terem sido objeto de análise prévia pela Bovespa”.

³⁶⁹ A Seção XIII do Regulamento do Novo Mercado assim prevê no seu artigo 13.1: “A Bovespa, a companhia, o acionista controlador, os administradores e os membros do conselho fiscal da companhia comprometem-se a resolver toda e qualquer disputa ou controvérsia relacionada a este regulamento de listagem por meio de arbitragem, nos termos do regulamento de arbitragem”.

acionista minoritário (não-controlador) para o desenvolvimento da economia nacional”³⁷⁰.

Outrossim, a quarta questão central refere-se ao alinhamento de interesses dos acionistas majoritários e minoritários (*shareholders*) com os de outras partes interessadas (*stakeholders*) – empregados, fundações de seguridade, credores, fornecedores, clientes, consumidores, meio ambiente, governo, comunidade – que traduz uma responsabilidade corporativa e o aumento da reputação das empresas que adotam a orientação ampliada.

Por fim, a quinta é decorrente das anteriores e diz respeito às forças de controle que harmonizam os interesses das partes envolvidas com as operações do mundo corporativo e sintetizam os resultados de todas as formas de ativismo por boas práticas de governança. Essas forças podem ser: externas, tais como mecanismos regulatórios (por exemplo, regras da Comissão de Valores Mobiliários que visam proteger investidores), padrões contábeis exigidos das companhias e ativismo de investidores; e internas, que correspondem à constituição de conselhos fiscalizatórios, aos modelos de remuneração de gestores, ao monitoramento compartilhado, etc.

5.3 A ARBITRAGEM COMO UMA DAS QUESTÕES CENTRAIS DA GOVERNANÇA CORPORATIVA NO BRASIL

As boas práticas de governança corporativa nada mais são do que um conjunto de regras societárias mais rígidas que as que existem na atual legislação brasileira, tendo em vista que estas nem sempre satisfazem às necessidades dos investidores.

As principais regras societárias encontram-se consolidadas nos Regulamentos dos "Níveis Diferenciados de Governança Corporativa" da BOVESPA (Nível 1, Nível 2 e Novo Mercado), que visam ampliar os direitos dos acionistas e o fornecimento de informação de melhor qualidade em comparação com aquelas usualmente prestadas. Os três níveis de governança corporativa apresentados pela BOVESPA se distinguem pelas práticas de governança adotadas, definidas como “um conjunto de normas de conduta

³⁷⁰ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 2ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 506.

para empresas, administradores e controladores consideradas importantes para uma boa valorização das ações e outros ativos emitidos pela companhia”³⁷¹.

Dentre essas regras, destaca-se a obrigatoriedade de

adesão à Câmara de Arbitragem, à qual serão submetidos todos os conflitos que possam surgir da aplicação de disposições legais, dos compromissos adicionais para a listagem nos segmentos diferenciados de mercado, das normas de órgãos reguladores e das relações acionistas-conselhos-direção³⁷².

A referida adesão, porém, passa a ser obrigatória para empresas que pretendem negociar suas ações no Nível 2³⁷³ e no Novo Mercado³⁷⁴ da BOVESPA, já que o Nível 1 contém exigências mais amenas³⁷⁵, tais como dispersão acionária e redução do impacto sobre os investidores decorrente da assimetria informacional, a fim de introduzir as empresas no âmbito das boas práticas de governança corporativa.

³⁷¹ Disponível no site www.bovespa.com.br em 25OUT07.

³⁷² ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa...**, p. 298.

³⁷³ Para as empresas enquadradas no Nível 2, por sua vez, além das normas de conduta exigidas para o Nível 1, devem apresentar: a) mandato unificado de um ano para todo o Conselho de Administração; b) disponibilização de balanço anual seguindo as normas do *Generally Accepted Accounting Principles* (US-GAAP) ou *International Accounting Standards* (IAS); c) extensão, para todos os acionistas detentores de ações ordinárias, das mesmas condições obtidas pelos controladores quando da venda do controle da companhia e de 70% desse valor para os detentores de ações preferenciais; d) direito de voto às ações preferenciais em algumas matérias como transformação, incorporação, cisão e fusão da companhia, aprovação de contrato entre a companhia e empresas do mesmo grupo e outros assuntos em que possa haver conflito de interesse entre o controlador e a companhia; e) obrigatoriedade de realização de uma oferta de compra de todas as ações em circulação, pelo valor econômico, nas hipóteses de fechamento do capital ou cancelamento do registro nesse Nível 2; f) adesão Câmara de Arbitragem para resolução de conflitos societários. Disponível no site www.bovespa.com.br em 25OUT07.

³⁷⁴ Além das práticas necessárias ao Nível 2, para o enquadramento das empresas no Novo Mercado faz-se necessária a apresentação de seu capital social dividido exclusivamente em ações ordinárias, ou seja, ações com direito a voto exceto em alguns casos de desestatização.

³⁷⁵ As principais normas de conduta exigidas pela Bovespa são: a) manutenção em circulação de uma parcela mínima de ações representando 25% do capital; b) realização de ofertas públicas de colocação de ações através de mecanismo que favorecem a dispersão do capital; c) melhoria nas informações prestadas trimestralmente, entre as quais a exigência de consolidação e revisão especial; d) cumprimento de regras de *disclosure* em operações envolvendo ativos de emissão da companhia por parte de acionistas controladores ou administradores da empresa; e) divulgação de acordos de acionistas e programa de *stock options*; f) disponibilização de um calendário anual de eventos corporativo. Disponível no site www.bovespa.com.br em 25OUT07.

Como consequência da criação desses segmentos especiais pela BOVESPA, foi instituída uma Câmara Arbitragem do Mercado (CAM)³⁷⁶, que tem por finalidade precípua atuar na solução de conflitos que possam surgir no âmbito do Nível 2 e do Novo Mercado, sendo provável a sua futura extensão aos demais segmentos da BOVESPA.

A adesão à CAM, mediante a assinatura de um termo de anuência, implica a submissão obrigatória da empresa, dos seus controladores e administradores (membros do conselho de administração, conselho fiscal e diretoria) e da própria BOVESPA ao juízo arbitral. A este caberá, então, solucionar todos os conflitos que possam surgir decorrentes da aplicação das disposições contidas: na Lei de Sociedades Anônimas; no estatuto social da companhia; nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários; nas normas constantes do Regulamento de Listagem do Novo Mercado, do regulamento de práticas diferenciadas de governança corporativa e dos contratos firmados pelas companhias listadas nos segmentos especiais de listagem da BOVESPA; e demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral.

Nesse sentido, ao defenderem a adoção da arbitragem, considerada um procedimento salutar para as relações entre acionistas e companhias, os administradores de fundos de investimentos, por meio da Carta *Dynamo* Administração de Recursos Ltda. nº 34 de 2002³⁷⁷, pontificam que:

³⁷⁶ Estão previstos três procedimentos arbitrais distintos: a) a arbitragem ordinária, destinada a questões mais complexas, para as quais são nomeados três árbitros, dois indicados por cada uma das partes e um terceiro indicado por comum acordo ou pelo presidente da CAM se não houver consenso; b) a arbitragem sumária, que se trata de um procedimento simplificado, é recomendada para questões de natureza mais simples, sendo nomeado um único árbitro, indicado por sorteio; c) a arbitragem *ad hoc*, na qual as partes propõem um desenho alternativo ou informal para solução de uma determinada disputa. Disponível no site <http://www.camaradomercado.com.br/InstDownload/regulamentonv07012002.pdf> em 25OUT07.

³⁷⁷ A *Dynamo Administração de Recursos Ltda.* é uma empresa criada 1993, com o objetivo de administrar recursos em renda variável no mercado brasileiro. Atualmente, administra um patrimônio de aproximadamente R\$ 1,8 bilhão, sendo um dos maiores gestores de recursos em ações no Brasil. A **Carta Dynamo** é uma publicação trimestral, em que a empresa procura analisar criticamente temas relevantes da atualidade do mercado de capitais, além de apresentar comentários sobre desempenho da empresa em determinado período, destacando os eventos mais significativos relativos aos seus investimentos (disponível no site <http://www.dynamo.com.br/cartas/carta34.pdf> em 28OUT07).

A criação da CAM pela BOVESPA é um episódio nobre e admirável no progresso da governança corporativa de empresas brasileiras [...] O uso da arbitragem deve ser uma das prioridades mais imediatas dos grandes investidores – institucionais ou não – na seleção das companhias investidas. Não há nenhuma razão plausível para que uma companhia não adira ao procedimento arbitral tão logo a BOVESPA estenda os serviços da CAM para todas as companhias negociadas naquela bolsa de valores. Aquelas que se recusarem a fazê-lo, estarão emitindo um dúvida sinal com relação a seu projeto de governança corporativa [...] Os investidores poderão escolher as empresas em que investem levando em consideração seu contrato societário (seu estatuto social) sabendo que o que lá se estabelece será respeitado ou as dúvidas surgidas serão dirimidas com eficiência e competência. Com isso, ao invés de se buscar melhorar a governança corporativa com cada vez mais regulamentação (muitas das quais são editadas para corrigir interpretações criativas de regulamentações já existentes), tal resultado poderá ser alcançado natural e diretamente no mercado: caberá aos estatutos sociais das companhias – dada a qualidade de seu negócio, premissa óbvia – consignar o que os investidores desejam obter para terem segurança de investir, pois *compliance* fica por conta do tribunal arbitral.

O uso da arbitragem no âmbito das sociedades é plenamente justificável na atual economia globalizada, que prima pela estabilidade das relações jurídicas firmadas entre seus agentes, por ser capaz de preservar o desenvolvimento das atividades econômicas da sociedade ao evitar as prolongadas contendas entre os sócios ou entre estes e a própria companhia.

A cláusula compromissória, em especial, concretiza-se como uma estrutura de conservação das relações societárias, cujas controvérsias serão norteadas pelos mesmos valores, princípios e intenções inicialmente manifestados quando da constituição da sociedade ou adesão a seu estatuto social. Em face disso, pode-se afirmar que a cláusula arbitral contribui para a melhor realização e execução do objeto social da sociedade, à luz da função social da empresa, “pois trata-se de alteração do estatuto social que visa à

inclusão de instrumento da boa governança, que busca solução mais ágil e especializada aos conflitos entre sócios e entre estes e a sociedade”³⁷⁸.

Dentro de um contexto mais amplo, o Novo Mercado e os Níveis Diferenciados de Governança Corporativa da BOVESPA têm por escopo contribuir para o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro, bem como estimular o crescimento econômico do país, tendo em vista os diversos estudos sobre a existência de forte relacionamento entre o desenvolvimento do mercado financeiro e de capitais e o crescimento econômico de um país³⁷⁹.

A própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) corroborou esse entendimento de adesão à arbitragem como um importante instrumento às boas práticas de governança corporativa, por meio das “Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa”³⁸⁰ (item 6 do Capítulo III – “Proteção a Acionistas Minoritários”).

5.4 ALGUMAS CONSEQÜÊNCIAS DA IMPLEMENTAÇÃO DAS BOAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA

A adoção da governança corporativa pode produzir relevantes conseqüências para determinado país, dentre as quais se destacam a possibilidade de atração de investimentos, o acesso a capitais mais baratos e o desenvolvimento econômico e social.

A capacidade de um país atrair investimentos está associada às estruturas de governança corporativa por ele consagradas. Das diversas pesquisas que demonstram a vinculação da qualidade do mercado de capitais às suas regras de governança corporativa (sobretudo no tocante à proteção de investidores e acionistas minoritários), vale ressaltar a “*Investors Opinion Survey*”, da McKinsey&Company, realizada no mês de julho de 2002, cujo objetivo era detectar e medir eventuais acréscimos de valor às companhias que adotassem boas práticas de governança corporativa. Apurou-se que os

³⁷⁸ MAKANT, Bárbara. **A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, n. 4, jan-mar 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 102.

³⁷⁹ AGUIAR, Andson Braga de; CORRAR, Luiz João; BATISTELLA, Flávio Donizete. **Adoção de...**, p. 339.

³⁸⁰ Disponível no site <http://www.ecgi.org/codes/documents/cartilha.pdf> em 29OUT07.

investidores pagariam entre 12% e 30% a mais por ações de empresas que adotam melhores práticas de administração e transparência³⁸¹.

Com relação à segunda consequência, é cediço que atualmente os empréstimos bancários comportam juros altíssimos, o que muitas vezes inviabiliza a continuidade das atividades de uma determinada empresa, sobretudo, de pequeno porte. Pesquisa realizada no ano de 2005 pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) apontou que o índice de mortalidade entre as empresas no primeiro ano de constituição chega a 22%, sendo o principal motivo de fechamento dessas empresas a falta de capital de giro (37%)³⁸². Com a adoção da governança corporativa, a empresa passa a ter acesso a capitais mais baratos, tendo em vista a atração de maior número de investimentos em suas atividades, capitalizando-se, sem que para isso precise pagar altíssimos juros normalmente cobrados por instituições financeiras (taxa média de 35,5% a.a. em SET2007)³⁸³.

Por fim, a implementação das boas práticas de governança corporativa também proporciona crescimento econômico e social do país, na medida em que atrai investimentos externos proporcionando a continuidade de várias empresas que dependem do mercado de capitais para se capitalizar e se consolidar. Com a perenidade de mais empresas, o país passa a garantir também mais empregos diretos e indiretos, tributação, tecnologia, enfim, um emergente desenvolvimento econômico e social.

Frise-se, ainda, que as normas de governança corporativa aplicam-se indistintamente a todas as empresas, ainda que não tenham suas ações cotadas no mercado de capitais, visto que a rede de relacionamentos supera o âmbito deste, cuja limitação poderia comprometer a própria idéia de governança. Pondera-se, no entanto, a forma de adequação às referidas normas, ou seja, as microempresas e empresas de pequeno porte, por possuírem recursos limitados, devem observá-las gradativamente, de forma a integrá-las nesse meio corporativo; já as grandes corporações têm condições financeiras suficientes para implementá-las de imediato.

³⁸¹ Disponível no site <http://www.mckinsey.com/client-service/organization-leadership/service/corp-governance/pdf/GlobalInvestorOpinionSurvey2002.pdf> em 25OUT2007.

³⁸² Disponível no site [http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/D69C58A809DEF79F832573460064EBF4/\\$File/NT00036036.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/D69C58A809DEF79F832573460064EBF4/$File/NT00036036.pdf) em 25OUT2007.

³⁸³ Disponível no site <http://www.iedi.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=73&inford=3204> em 25OUT07.

É nesse contexto, portanto, que a governança corporativa impõe às empresas um desenvolvimento sustentável, com respeito à limitação de recursos naturais, ao meio ambiente, aos consumidores, à comunidade na qual estão inseridas, etc. Diante da relevância do tema, dedicar-se-á o próximo tópico à sustentabilidade.

5.4.1 A sustentabilidade como pilar fundamental da governança corporativa

A sustentabilidade tem como marco histórico o informe “Os limites do crescimento” – publicado em 1972 pelo Clube de Roma³⁸⁴ – que colocou em pauta o descompasso e os riscos da acelerada utilização dos recursos ambientais, e alavancou os debates travados meses depois na primeira conferência da ONU tratando da questão ambiental - a Conferência sobre o Meio Ambiente e o Homem, realizada em Estocolmo (1972) - da qual resultou, por sua vez, o relatório “Nosso Futuro Comum” (1987), que inseriu o meio ambiente entre os grandes temas internacionais.

Vinte anos depois, o debate internacional é retomado na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro, em 1992³⁸⁵, que gerou a Declaração do Rio/1992. A partir dos princípios 3 e 4 da referida declaração, o termo desenvolvimento sustentável é adotado pela primeira vez, referindo-se, em síntese, à forma de desenvolvimento que responde às necessidades do presente de forma igualitária, mas sem comprometer as possibilidades de sobrevivência e prosperidade das gerações futuras³⁸⁶.

No contexto globalizado contemporâneo, a empresa tem o dever de adotar uma postura responsável, em consonância com os valores socialmente

³⁸⁴ Trata-se de uma associação livre de cientistas, executivos e políticos nascida na década de 60 e que ocupava-se das questões ambientais relacionadas ao crescimento econômico e que, sob a coordenação de Dennis Meadows, publicou o informe que teve grande importância e estímulo aos debates havidos, meses depois, na Conferência de Estocolmo (<http://clubofrome.org>).

³⁸⁵ BESSA, Fabiane L. B. Netto. **Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.66.

³⁸⁶ Disponível no site <http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=576> em 20NOV07.

consagrados, a fim de promover a função social que lhe incumbe. Tal responsabilidade, que varia de ações centralmente planejadas por associações empresariais – como o incentivo ao voluntariado – a programas focalizados de cunho filantrópico, resulta da avaliação de que as organizações operam em um ambiente social que exige mais do que somente as obrigações legais e financeiras³⁸⁷. Este compromisso social da empresa no sentido de contribuir para a construção de uma sociedade mais justa, social, economicamente responsável e sustentável, é o que freqüentemente denomina-se responsabilidade social das empresas, fruto da crescente importância das atividades empresariais no contexto social, diante de suas interferências no meio ambiente, infra-estrutura urbana, relacionamento humano e mudanças de valores culturais nas comunidades.

Dentre as diversas definições de responsabilidade social, está a do Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável (CEBDS) – criado em 1997, como resultado de uma coalizão de empresas unidas pelo compromisso comum em torno de um modelo de desenvolvimento capaz de aliar crescimento econômico, equilíbrio ecológico e progresso social – para o qual a:

Responsabilidade Social Corporativa representa o compromisso contínuo da empresa com seu comportamento ético e com o desenvolvimento econômico, promovendo ao mesmo tempo a melhoria da qualidade de vida de sua força de trabalho e de suas famílias, da comunidade local e da sociedade como um todo³⁸⁸.

Outra definição importante é a do Instituto Ethos de Responsabilidade Social – uma organização não-governamental criada em 1998, com a missão de mobilizar, sensibilizar e ajudar as empresas a gerir seus negócios de forma socialmente responsável – segundo o qual a:

Responsabilidade social empresarial é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os

³⁸⁷ MCINTOSH, M. e outros. **Cidadania corporativa – estratégias bem-sucedidas para empresas responsáveis**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001, p. 08.

³⁸⁸ Disponível no site <http://www.cebds.org.br/cebds/resp-introducao.asp?bc=2&bsc1=responsabilidade+social+corporativa>, em 25OUT07.

públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais³⁸⁹.

CARROLL define a responsabilidade social das corporações como um conjunto de deveres para com a sociedade, distribuídos em quatro categorias: *responsabilidade econômica*, associada aos valores de produção de bens e serviços que a sociedade almeja; *responsabilidade legal*, consistente no respeito às leis; *responsabilidade ética*, atinente ao respeito a padrões éticos; e *responsabilidade discricionária*, concernente ao fortalecimento de trabalhos voluntários. O autor propõe um modelo de desempenho social das corporações no qual, além da dimensão responsabilidade social, estão presentes a responsividade social (processos gerenciais de resposta às demandas sociais) e as áreas sociais de envolvimento corporativo (consumidor, meio ambiente, segurança do produto). Esse modelo tridimensional proposto por CARROLL requer que a dimensão responsabilidade social seja primeiramente definida pela corporação, seguida da identificação da área social, para, finalmente, a corporação qualificar a filosofia de resposta ou responsividade social³⁹⁰.

CLEMENT-JONES, outrossim, define a responsabilidade social sob três perspectivas: a cética, a utópica e a realista. A visão cética, cujo principal representante é o economicista FRIEDMAN, seria aquela em que a responsabilidade social das empresas frustraria os negócios e limitaria a criação de riqueza. No que atina à visão utópica, as companhias têm um compromisso maior do que a finalidade lucrativa, com especial atenção aos menos privilegiados, que são constantemente explorados pelas atividades das grandes companhias. Por fim, a visão realista, considerada mais adequada pelo autor, preconiza a responsabilidade social da empresa como sendo um ideal de integridade que por si só governa a empresa, fazendo com que

³⁸⁹ Disponível no site <http://www.ethos.org.br/DesktopDefault.aspx?TabID=3344&Alias=Ethos&Lang=pt-BR>, em 25OUT07.

³⁹⁰ CARROLL, A. **Three-dimensional conceptual model of corporate performance**. *Academy of Management Review*, v. 4, n. 4, 1979, pp. 497-505.

cumpra suas missões à luz de valores previamente definidos, mensurando o impacto de sua atividade dentro da sociedade³⁹¹.

O conceito de CLEMENT-JONES pressupõe um conjunto de ações, dentre as quais estão a preocupação com o meio ambiente, a adoção de atividades transparentes, a instituição de diálogo com consumidores e o cumprimento de obrigações trabalhistas juntamente com a busca de melhores condições aos empregados. Ou seja, as empresas devem atender precipuamente o bem comum, procurando agregar ao seu crescimento o desenvolvimento social, político, econômico da comunidade na qual estão inseridas. A responsabilidade social da empresa nada mais é que uma forma de conduzir os negócios corriqueiros da empresa à luz dos objetivos do desenvolvimento sustentável³⁹².

O Livro Verde, que busca promover um padrão europeu para a responsabilidade social das empresas, assim define o aludido conjunto de ações:

Ser socialmente responsável não se restringe ao cumprimento de todas as obrigações legais – implica ir mais além através de um ‘maior’ investimento em capital humano, no ambiente e nas relações com outras partes interessadas e comunidades locais. A experiência adquirida como o investimento em tecnologias e práticas empresariais ambientalmente responsáveis sugere que ir para além do simples cumprimento da lei pode aumentar a competitividade da empresa. Assim, o facto de se transcender as obrigações legais elementares no domínio social – por exemplo, em termos de formação, condições de trabalho ou das relações administração-trabalhadores – é passível de ter também um efeito directo sobre a produtividade. Possibilita igualmente uma melhor gestão da mudança

³⁹¹ CLEMENT-JONES, Tim. **Corporate Social Responsibility – bottom-line issue or public relations exercise?** Investing in corporate social responsibility: a guide to best practice, business planning and the UK's leading companies. London/Sterling: Kogan Page Limited, 2005, pp. 07-08.

³⁹² BARRINGTON, Robert; ABBOTT, Coralie. **What makes a multinational company a global citizen? Sustainable development challenges for companies operating internationally.** HANCOCK, J. Investing in corporate social responsibility: a guide to best practice, business planning and the UK's leading companies. London/Sterling: Kogan Page Limited, 2005, p. 59.

e conciliação entre desenvolvimento social e uma competitividade reforçada³⁹³.

Em face das vicissitudes do ambiente corporativo, a questão da responsabilidade social tornou-se um dos grandes desafios estratégicos de companhias de todo o mundo. A atual discussão vai muito além do papel das empresas em relação às pessoas que vivem próximas às suas operações, bem como de quanto elas podem contribuir para a melhoria das condições sociais de uma cidade, região ou país. Ficou evidente que a forma como as empresas se colocam diante dos *stakeholders* será decisiva para sua perenidade. Responsabilidade social tornou-se, então, sustentabilidade. E sustentabilidade tornou-se o pilar fundamental da governança corporativa, estratégia de negócios e de conquista de confiança e resultados. Logo, não se trata de voluntarismo, mas de imposição do próprio mercado.

Empresas brasileiras, nos últimos anos, conscientizaram-se de que não se pode operar sem que se considerem os impactos de sua atividade³⁹⁴. Vários fatores – como apagões de energia, protestos das ONGs ou mesmo a extinção anunciada de algumas espécies de peixes – estão levando algumas companhias a reconsiderar seu modelo de negócios para evitar crises maiores e garantir sua atuação no futuro, pois

[...] à medida que a pressão da opinião pública aumenta, as práticas empresariais ficam mais expostas e, portanto, a imagem da empresa começa a correr riscos que antes não existiam. Um dos riscos mais visíveis é aquele referente ao comportamento das empresas em relação ao meio ambiente³⁹⁵.

³⁹³ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **LIVRO VERDE – Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas**, item 21, p. 07.

³⁹⁴ Vale ressaltar, como exemplo, as práticas implementadas pela: 1) SNR Rolamentos do Brasil Ltda., que criou um Código de Conduta destinado aos colaboradores que pretendem se relacionar com a empresa, cujos benefícios econômicos, dentre outros, consistem na baixa rotatividade e no maior comprometimento dos funcionários, bem como na redução de custos judiciais, em especial os trabalhistas; 2) Saint Germain Panificadora e Confeitaria, cuja empresa tem como foco a responsabilidade social interna, por meio de práticas que visam à preservação do meio ambiente (economia de água e luz) e à satisfação de seus funcionários (cursos de profissionalização e de estímulo à cultura).

³⁹⁵ KARKOTLI, Gilson. **Responsabilidade social empresarial**. Rio de Janeiro: Vozes, 2006, p. 71.

É complexa a tarefa de descobrir uma maneira de manter ou melhorar os resultados ao tratar dos impactos econômicos, ambientais e sociais da atividade empresarial. Todavia, deve-se iniciar por meio de diagnósticos e fixação de metas e prioridades.

O contexto atual – marcado pela urgência de temas como a degradação ambiental e a exclusão social e pela emergência dos movimentos sociais e de novas potências globais, entre outros aspectos – conduz as companhias a reavaliar suas responsabilidades e seus impactos na sociedade. O resultado é que as questões ambientais e sociais, que sempre foram marginais aos negócios, estão finalmente no cerne da estratégia. Em todos os setores, executivos e especialistas discutem como transformar a sustentabilidade numa oportunidade e num negócio lucrativo.

Muitas empresas ainda desperdiçam uma energia preciosa implementando um grande número de ações socioambientais sem nenhuma conexão com os efeitos provocados por suas atividades. Por isso, essas ações acabam tendo um resultado limitado. Para administrar os impactos é necessário passar por algumas etapas e avaliar a estratégia e a operação com uma nova perspectiva. É preciso compreender os desafios do setor e identificar as expectativas mais relevantes dos públicos afetados pelo negócio³⁹⁶.

Nesse sentido, questiona-se: Será que no setor financeiro, por exemplo, o trabalho infantil na cadeia produtiva deve ser tratado no mesmo patamar que a questão dos juros e do *spread* bancário? Os bancos afetam mais a sociedade por meio de sua política de juros e do *spread*. Em razão das taxas atuais, aliás, as microempresas podem ceder à tentação de adotar práticas trabalhistas inadequadas, como o trabalho infantil, para reduzir seus custos e conseguir honrar suas dívidas. Ao tratar do impacto diretamente vinculado ao seu negócio, as empresas atuam também na resolução de questões que afetam a sociedade de maneira mais ampla e de forma mais

³⁹⁶ MENU, Vicent. **Questão de sobrevivência: para garantir o próprio futuro e o desenvolvimento da sociedade, as empresas devem aprender a administrar os impactos de suas atividades.** Guia Exame 2006, Boa Cidadania Corporativa, São Paulo: Editora Abril, p. 29.

consistente, já que combatem a causa do problema, e não apenas os seus efeitos³⁹⁷.

Uma vez identificados os impactos mais relevantes, a companhia deve, então, disseminar internamente o entendimento sobre eles. Ao promover uma reflexão em todas as áreas, é possível buscar-se uma visão objetiva das questões, baseada em fatos concretos, e não somente na opinião de algumas pessoas. Esse entendimento pode ser também validado por meio de consultas aos públicos de interesse, incluindo especialistas setoriais, fornecedores e clientes.

O setor de bebidas, por exemplo, só reconheceu recentemente a questão da água como uma de suas grandes prioridades ao aprofundar a interação com especialistas e *stakeholders*. O mesmo acontece com o setor alimentício em relação à obesidade ou com o de agronegócios em relação ao aquecimento global.

Com a interação mais próxima, torna-se possível identificar prioridades de forma criteriosa, implementar ações e mudanças efetivas e estabelecer um processo relevante e transparente de prestação de contas.

Assim, pode-se concluir que a prática da responsabilidade social corresponde à perpetuidade das organizações na medida em que as relações travadas com suas contrapartes representam, indubitavelmente, relações de força e de poder. Em outras palavras

parece inescapável reconhecer que, ao lado da função econômica, as empresas desempenham uma função ética. Os empresários terão de admiti-lo, não por altruísmo nem por repentino *insight* democrático, mas, pela imposição das relações de poder presentes. Agir eticamente, então, converte-se em questão de bom senso e em estratégia de sobrevivência. Cabe aqui ler o conceito de responsabilidade social como orientação para os outros, não por mera deliberação pessoal, mas como contingência dos interesses em jogo³⁹⁸.

³⁹⁷ Um exemplo clássico é o da empresa “O Boticário” que implementou práticas de responsabilidade social visando reduzir o impacto ambiental de seus produtos, junto aos seus fornecedores e franqueados.

³⁹⁸ SROUR, Robert Henry. **Ética empresarial sem moralismo**. Revista de Administração, São Paulo, v. 29, n. 3, 1994, p.10.

O comportamento das corporações que na realidade se encerra nas relações de poder que envolvem grupos de pressão na sociedade, é traduzido pela visão hegemônica da gerência. Com isso, a pressão dos influenciadores externos sobre a organização é importante não apenas para a rediscussão da governança corporativa, mas também para compensar o poder resultante das prerrogativas de natureza gerencial.

Ademais, infere-se que a evocação voluntária da responsabilidade social pelos homens de negócios representa uma alternativa possível para evitar maior controle da economia pelo Estado. Por meio do fundamento econômico e da gestão profissional, as empresas procuram obter o retorno do empreendimento enfatizando relações internas e externas, bem como otimizando o gerenciamento a partir da mudança de valores da cultura organizacional. Diante isso, os administradores são incitados a romper com a opinião tradicional de que só importa o acionista para sobreviver num mundo mais democrático e restritivo das ações empresariais³⁹⁹.

A partir desses preceitos, é possível compreender como as corporações trabalham os valores da responsabilidade social no universo da estratégia organizacional, o que resulta em ações orientadas para o *marketing*, seja na construção de parcerias intituladas de desenvolvimento local ou por meio de atividades filantrópicas, com destaque para o incentivo ao voluntariado⁴⁰⁰.

GARAY desenvolveu pesquisas buscando compreender as principais razões do crescimento do voluntariado empresarial. Segundo o autor, o voluntariado possibilita – além da consolidação de uma imagem corporativa favorável – o aumento do nível de identidade dos voluntários com a empresa, o estímulo ao desenvolvimento do papel institucional do executivo, o fortalecimento da cultura corporativa e maiores oportunidades para o desenvolvimento de competências funcionais⁴⁰¹.

³⁹⁹ ALVES, Elvisney Aparecido. **Dimensões da responsabilidade social da empresa: uma abordagem desenvolvida a partir da visão de Bowen**. Revista de Administração, São Paulo, v. 38, n. 1, 2003, pp. 37-45.

⁴⁰⁰ BITTENCOURT, Epaminondas; CARRIERI, Alexandre de Pádua. **Responsabilidade social: ideologia, poder e discurso na lógica empresarial**. Revista de Administração de Empresas, ed. especial MG, vol. 45, 2005, p. 16.

⁴⁰¹ GARAY, Ângela, Beatriz. **Programa de voluntariado empresarial: modismo ou elemento estratégico para as organizações?** Revista de Administração, São Paulo, v. 36, n. 3, 2001, pp. 6-14.

O papel das empresas não é inconteste. LEVITT, por sua vez, aduz que cabe às corporações reconhecer as funções do governo de modo a permitir o zelo deste pelo bem-estar social, a fim de que possam zelar pelos aspectos materiais do bem-estar. Segundo a concepção desse autor, a função do negócio é gerar um alto nível sustentável de lucro. Isto porque a existência do capitalismo só é possível em um ambiente de democracia política e liberdade pessoal, o que requer uma sociedade pluralista, em que exista divisão e não centralização de poder⁴⁰².

Entretanto, FRIEDMAN é contrário a qualquer ação empresarial que não destinada a atender os interesses econômicos da própria empresa. Ao desviar-se do seu objetivo de gerar lucro, o executivo estará disponibilizando recursos da empresa que resultarão na redução do lucro. Assim, para o autor, o papel social da empresa deve se restringir a gerar empregos, pagar salários justos e recolher regularmente seus impostos, pois, agindo dessa forma, já estará contribuindo para o bem-estar público. Ou seja, as obrigações das empresas se restringem a gerar lucros e cumprir a lei.

Esse argumento é fundado no fato de as empresas não serem seres humanos, motivo pelo qual não lhes pode atribuir nenhum tipo de responsabilidade, que é uma função imanente a pessoas. Por esta razão, cabe apenas aos seres humanos a posse de responsabilidades, e se desejam agir em prol do bem-estar coletivo, devem fazê-lo de forma individual, sem comprometer os objetivos e o capital das empresas, quando da condição de gerentes e diretores destas. Eis um trecho da obra do autor⁴⁰³:

The discussions of the social responsibility of the “social responsibilities of business” are notable for their analytical looseness and lack of rigor. What does it mean to say that ‘business’ has responsibilities? Only people can have responsibilities. A corporation is an artificial person and in this sense may have artificial

⁴⁰² LEVITT, Theodoro. **The dangers of social responsibility**. Harvard Business Review, sept-oct, 1958, pp.41-50.

⁴⁰³ FRIEDMAN, M. **The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits**. The New York Times Magazine, New York, sept., 1970, p. 1.

*responsibilities, but 'business' as a whole cannot be said to have responsibilities, even in this vague sense*⁴⁰⁴.

Destarte, a visão de FRIEDMAN vincula a empresa apenas à sua função financeira. Sob a sua ótica, a responsabilidade social da empresa consiste única e exclusivamente em aumentar seu lucro, maximizar os seus retornos. Nesse contexto, tudo o que se faz na empresa e nos negócios tem por objetivo o cumprimento desta responsabilidade. Já a preocupação com os empregados, com a qualidade, com o bem-estar social, enfim, tudo o que se faz por terceiros, só se justifica acaso a ação resulte na maximização dos resultados econômicos da empresa.

Portanto, a responsabilidade social deve ser incorporada às atividades empresariais como um diferencial que incrementa a qualidade de seus produtos ou serviços e qualifica a reputação da empresa perante toda a coletividade. Diante disso, deve-se refutar a idéia de que a responsabilidade social será algo oneroso para a cadeia produtiva empresarial.

CLEMENT-JONES reforça que atualmente muitas companhias organizam programas referentes ao “*not-for-profit sector*”, sob o fundamento de que a adoção de práticas socialmente responsáveis contribuirá para o desenvolvimento de seus negócios a médio e longo prazo⁴⁰⁵.

Para endossar essa idéia, o autor aduz que a responsabilidade social das empresas auxilia no tratamento dos efeitos da globalização, gerando o aumento da produtividade e, concomitantemente, a redução, senão a eliminação do dano ambiental. Acrescente-se, ainda, que um programa de responsabilidade social tem o condão de consolidar a lealdade junto aos consumidores, bem como oferecer vantagens competitivas em um mercado em que há demandas por produtos e serviços eticamente concebidos⁴⁰⁶.

Sob a égide da mesma lógica que preconiza a responsabilidade social das empresas e como resultado direto da adesão de inúmeras empresas a

⁴⁰⁴ “As discussões da responsabilidade social das ‘responsabilidades sociais dos negócios’ são notáveis para as suas políticas fracassadas e sem rigor. O que significa dizer que negócios têm responsabilidades? Somente pessoas podem ter responsabilidades. Uma corporação é uma pessoa artificial e neste sentido pode ter responsabilidades artificiais, mas “negócios” como um todo não podem ter responsabilidades, mesmo neste vago sentido” (FRIEDMAN, M. *The Social...*, p. 1).

⁴⁰⁵ CLEMENT-JONES, Tim. *Corporate Social...*, p. 06.

⁴⁰⁶ CLEMENT-JONES, Tim. *Corporate Social...*, p. 13.

estas práticas, surgiram os denominados “investimentos socialmente responsáveis” (*socially responsible investment*), que adicionam ao crescimento econômico empresarial uma dimensão moral, a qual busca avaliar o impacto ético e ambiental, sua sustentabilidade e governabilidade de seu negócio⁴⁰⁷.

Todavia, ainda há grupos que alegam empecilhos na adoção de práticas socialmente responsáveis, quais sejam: o primeiro aduz a desvantagem da prática; o segundo, embora visualize vantagens, não as considera suficientes para direcionar a empresa neste sentido; e o terceiro, no qual o corpo diretivo vislumbra vantagens, estas se destoam de suas intenções. Essa resistência à responsabilidade social da empresa, deriva essencialmente de três fatores: falta de visão empreendedora do empresário; dificuldades financeiras na implementação; e dificuldade de identificar os interesses da empresa com os interesses sociais, em virtude da possível complexidade da responsabilidade social⁴⁰⁸.

O grande desafio encontrado pelas empresas no estudo de sua responsabilidade social consiste na escolha do modelo de desenvolvimento sustentável a ser adotado, bem como da estratégia a ser praticada, no sentido de conciliar com as necessidades locais, globais e, especialmente, da própria empresa. Numa perspectiva global, deve-se adotar as melhores práticas internacionais de seu segmento profissional; numa perspectiva local, por sua vez, deve-se encontrar o modelo que melhor atenda às necessidades da comunidade na qual está inserida a empresa⁴⁰⁹.

Na realidade, será a personalidade ou cultura corporativa de cada empresa que determinará em que segmento de sua atividade a responsabilidade social é possível de ser implementada, mesmo que os seus competidores aí não reconheçam uma oportunidade de seus negócios prosperarem⁴¹⁰.

Oportuno destacar que, apesar dos diversos entendimentos em sentido contrário, a responsabilidade social não se caracteriza como assistencialismo

⁴⁰⁷ OULTON, Will; HANCOCK, John. ***Measuring corporate social responsibility***, HANCOCK, J. ***Investing in corporate social responsibility: a guide to best practice, business planning and the UK's leading companies***. London/Sterling: Kogan Page Limited, 2005 p. 40.

⁴⁰⁸ BARRINGTON, Robert; ABBOTT, Coralie. ***What makes...***, p. 57.

⁴⁰⁹ BARRINGTON, Robert; ABBOTT, Coralie. *Idem*, p. 52.

⁴¹⁰ BARRINGTON, Robert; ABBOTT, Coralie. *Idem*, p. 57.

ou voluntarismo, mas sim como uma estratégia empresarial, por meio da qual há um planejamento de redução de custos (ambientais, tributários, trabalhistas, etc.) e impactos da própria atividade no meio social.

Não obstante os inegáveis avanços obtidos pela temática da responsabilidade social das empresas, futuramente será exigida uma ampliação de sua agenda, bem como uma constante renovação de seus conceitos que estabelecem os critérios julgadores da atuação socialmente responsável de uma determinada empresa⁴¹¹.

⁴¹¹ OULTON, Will; HANCOCK, John. *Measuring corporate...*, p. 45.

6 CONCLUSÃO

As empresas, em especial as sociedades anônimas, são caracterizadas como uma unidade de produção e de organização econômica que exerce amplamente a autonomia conferida pelo ordenamento jurídico para estabelecer a circulação de riquezas. Essa autonomia corresponde à unificação das obrigações comerciais e civis com a figura do empresário, denominada por REALE como “autonomia negocial”, por meio da qual se conservam e mantêm-se as relações estabelecidas por meio da adoção da arbitragem, sobretudo, da cláusula compromissória.

Nesse contexto, as relações entre arbitragem e Direito Empresarial se impõem pela necessidade de manutenção, hodiernamente, da perenidade das relações sociais estabelecidas entre os operadores econômicos. Em face disso, os estatutos jurídicos reconhecem as referidas relações como uma esfera de regulação jurídica própria, nas quais se insere a cláusula compromissória, como negócio jurídico, constituindo autêntica e legítima fonte de direito.

O Direito Empresarial abrange, portanto, em sua integralidade não só a capacidade de exercício da autonomia negocial, mas, sobretudo, a possibilidade de administrar as inevitáveis controvérsias oriundas de atos jurídicos negociais firmados. Neste aspecto, emerge a arbitragem, cuja utilização nos contratos empresariais se apresenta como alternativa de maior consensualidade e, concomitantemente, garantia de que a decisão adotará critérios minimamente funcionais aos interesses dos envolvidos. No contrato que contenha cláusula compromissória cheia e adequadamente redigida, as relações jurídicas que ele transporta estarão resguardadas de um rompimento absoluto e de um longo e desgastante litígio judicial.

A inserção de cláusula compromissória nos estatutos sociais revela-se como o mecanismo alternativo mais adequado a ser aplicado em negócios que envolvam complexas questões societárias, não só em razão da grande flexibilidade oferecida pelo seu procedimento – afastando-se as barreiras geográficas e regulamentações distintas –, como também pela dinamicidade das relações negociais no âmbito empresarial, para a qual não é possível editar

um regramento que atenda em sua plenitude as necessidades e urgências do setor.

Em face da ampla utilização da cláusula compromissória, desencadearam-se diversos questionamentos sobre a extensão de seus efeitos. No que se refere aos limites objetivos, a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas. O entendimento mais plausível consiste na utilização dos critérios secundários de ordem pública e de caráter patrimonial da matéria litigiosa para a determinação da arbitrabilidade objetiva. Assim, é possível extraem-se duas conclusões:

- 1) Desde que não haja ofensa à ordem pública e resguardados os interesses fundamentais da coletividade, não há qualquer óbice legal na instauração da arbitragem que verse sobre cláusulas organizativas da sociedade;
- 2) As demandas referentes à dissolução ou declaração de nulidade da sociedade, que envolvam sócios ou a própria sociedade, também podem ser objeto de cláusula compromissória, a qual terá vigência até o trânsito em julgado da sentença arbitral que dissolver ou anular a sociedade, diante da natureza constitutiva da decisão.

Os limites subjetivos, por sua vez, foram analisados isolada e pormenorizadamente, cujas conclusões são as seguintes:

- 1) A cláusula compromissória inserta nos estatutos sociais vincula todos os acionistas (ingressantes, ausentes e dissidentes), independentemente de consentimento expresso, sob pena de se inviabilizar o próprio instituto, tendo em vista o grande número de acionistas e a pulverização de ações. Com relação aos novos acionistas (fundadores ou não), presume-se que tiveram ciência prévia do conteúdo do estatuto social antes de ingressar na empresa. Quanto aos acionistas ausentes e dissidentes, prevalece a vontade da companhia, representada pela maioria do capital social votante, presentes na assembléia, salvo se previsto *quorum* qualificado no estatuto social;

2) No caso de administradores, conselheiros e diretores acionistas ou não-acionistas, a aceitação do cargo corresponde à aceitação tácita da cláusula compromissória arbitral;

3) A extensão dos efeitos da cláusula compromissória aos grupos societários e contratos conexos é possível desde que presentes três requisitos, não cumulativos, a saber: a) a sociedade não-signatária deve ter desempenhado um papel ativo nas negociações das quais decorreu o acordo que contém a cláusula compromissória; b) a sociedade não-signatária deve estar envolvida ativa ou passivamente na execução do contrato, no qual consta a cláusula compromissória; c) a sociedade não-signatária deve ter sido representada efetiva ou implicitamente no negócio jurídico;

4) A inserção de cláusula compromissória nos contratos que envolvam a Administração Pública ou interesse público é eficaz, desde que não decorram do poder de império e que sua consecução não esteja diretamente relacionada ao interesse público primário (interesse da coletividade), pois neste caso estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não sujeitos à arbitragem.

A maior parte dessas questões foi superada pelo ordenamento jurídico italiano, com o advento do Decreto Legislativo nº 5, de 17 de janeiro de 2003, denominado *la riforma del diritto societário*, cujas normativas poderão ser aproveitadas pelos operadores do direito brasileiro, ressalvadas as peculiaridades do país.

Por fim, destacou-se a importância da arbitragem no contexto das boas práticas de governança corporativa, inclusive da sustentabilidade, as quais se aplicam indistintamente a todas as empresas, sem se limitar às empresas participantes do mercado de capitais, visto que se trata de uma estratégia empresarial não assistencialista. Pode-se afirmar, ainda, que a empresa que não se adequar às boas práticas de governança corporativa, adotando, sobretudo, uma postura responsável, será marginalizada e excluída automaticamente da competitividade do mercado.

As boas práticas de governança corporativa visam, dentre outros objetivos, à harmonização de interesses entre os diversos agentes

econômicos, concretizada pela adoção da arbitragem que propicia a perenidade dos relacionamentos negociais e a redução significativa de custos judiciais. A inserção de cláusula compromissória nos diversos contratos, portanto, concretiza-se como uma estrutura de conservação dos relacionamentos empresariais que possuem forte conotação econômica e posição estratégica num mercado competitivo e acirrado, pois evita o acréscimo de litigiosidade comum no processo judicial operado perante o Estado. Essa vantagem é perceptível nos relacionamentos contínuos e duradouros de determinada empresa com o seu fornecedor de matéria-prima ou prestador de serviços de informática, por exemplo.

Ao preservarem as relações societárias, as empresas atraem maiores investimentos estrangeiros ao país por conta da credibilidade que oferecem na solução imediata e eficaz de eventuais e futuras controvérsias, passíveis de comprometer o sucesso do empreendimento empresarial se submetidas ao Poder Judiciário.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABOIM, Luiz Cláudio. **Walpires v. BOVESPA: percalços da arbitragem de disputas societárias**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 8, out-dez 2006, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

AGUIAR, Andson Braga de; CORRAR, Luiz João; BATISTELLA, Flávio Donizete. **Adoção de práticas de governança corporativa e o comportamento das ações na BOVESPA: evidências empíricas**. Revista de Administração de Empresas (RAE), vol. 39, n. 4, out-nov-dez 2004, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas.

ALMEIDA, Flávia Gabriel de; ALMEIDA, Leandro C. de. **A governança corporativa no Brasil: um estudo de caso no setor de telecomunicações**. Revista da CVM, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em www.cvm.gov.br em 20OUT07.

ALVES, Elvisney Aparecido. **Dimensões da responsabilidade social da empresa: uma abordagem desenvolvida a partir da visão de Bowen**. Revista de Administração, São Paulo, v. 38, n. 1, 2003.

ALVIM, Arruda. **Exegese dos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307/96, de 1996**. In: MARTINS, Pedro A. Batista; ROSSANI GARCEZ, José Maria. **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Cláusula compromissória e compromisso arbitral: efeitos**. Revista de Processo, n. 101, ano 26, jan-mar 2001, São Paulo: Revista dos Tribunais.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. São Paulo: Atlas, 2004.

ARNALDEZ, J-J.; Derains, Y.; e Hascher, D. **Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000**. n. 553, Vol.4, The Hague; London; Boston: Kluwer Law International, 2003.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Bookseller.

BALTAZAR, Dayse Mara Silveira. **O recesso e a exclusão de sócio nas sociedades limitadas: análise dos ordenamentos brasileiro, italiano e português**. Revista de Direito Empresarial, n.3, jan-jun 2005, Curitiba: Juruá Editora.

BARBOSA, Claudia Maria. **A necessidade da formulação de indicadores próprios para avaliar a atividade jurisdicional**. In: SILVA, Letícia Borges da; e OLIVEIRA, Paulo Celso de (Coord.). **Socioambientalismo uma realidade: homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho**. Curitiba: Juruá, 2007.

BARRINGTON, Robert; ABBOTT, Coralie. ***What makes a multinational company a global citizen? Sustainable development challenges for companies operating internationally.*** HANCOCK, J. Investing in corporate social responsibility: a guide to best practice, business planning and the UK's leading companies. London/Sterling: Kogan Page Limited, 2005.

BARROSO, Felipe. **Considerando ADR.** Jurisprudência Catarinense, Florianópolis-SC, ano XXIII, 4º trimestre 1998, nº 80.

BASSO, Maristela. **Joint Ventures: manual prático das associações empresariais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BELLA, Enrico. **A arbitragem societária italiana.** Revista Brasileira de Arbitragem, n. 14, abr-jun 2007, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17. jan-jun 2006.

_____. **Demora judiciária e acesso à justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 715, mai-1995.

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial: teoria geral do direito comercial, direito societário.** Vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 118, abr-jun 2000, São Paulo: Malheiros Editores.

BERTOLDI, Marcelo M.; e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial.** 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BERTOLDI, Marcelo M.; SOBRINHO, Carlos Augusto F. Alves; TOKARS, Fábio; OLIVEIRA, Fernando A.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Reforma da lei das sociedades anônimas: comentários à lei 10.303, de 31.10.2001.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BERMUDES, Sérgio. **Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral.** In: MARTINS, Pedro A. Batista; ROSSANI GARCEZ, José Maria. **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima.** São Paulo: LTr, 2002.

BESSA, Fabiane L. B. Netto. **Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** Vol. 4, 6ª. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943.

BITTENCOURT, Epaminondas; CARRIERI, Alexandre de Pádua. **Responsabilidade social: ideologia, poder e discurso na lógica empresarial.** Revista de Administração de Empresas, ed. especial MG, vol. 45, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi e outro. Coleção elementos do direito, São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos e outro, 10ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRAGHETTA, Adriana. **Cláusula compromissória: auto-suficiência da cláusula cheia**. Revista dos Tribunais, ano 91, vol. 800, junho 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais.

BRIDGER, Graciela V. **Governança corporativa e os efeitos da adesão a níveis diferenciados de governança sobre o valor no mercado de capitais brasileiro**. Dissertação de Mestrado de Finanças da FGV/EPGE, 2006, p. 7. Disponível no site <http://epge.fgv.br/portal/arquivo/2185.pdf> em 20OUT07.

BULGARELLI, Waldirio. **A teoria ultra vires societatis perante a lei das sociedades por ações**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 39, jul-set 1980, São Paulo: Malheiros Editores.

CAIVANO, Roque J. **Arbitraje y grupos de sociedades: extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario**. Disponível no site http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf em 20NOV07.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Processo arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 1, n. 1, jan-abr 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e imperium. Medidas cautelares e antecipatórias. Civil law e common law. Incompetência da justiça estatal**. Revista dos Tribunais, v. 94, n. 839, São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2005.

CARROL, A. **Three-dimensional conceptual model of corporate performance**. Academy of Management Review, v. 4, n. 4, 1979.

CARVALHOSA, Modesto; LATORRACA, Nilton. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. Vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHOSA, Modesto; e EIZIRIK, Nelson. **A nova lei das S/A**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAVALLI, Cássio. **Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno direito privado**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 138, abr-jun 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale, vol. II, 3ª ed., Saraiva: São Paulo, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21ª ed., São Paulo: Malheiros Editores.

CLEMENT-JONES, Tim. **Corporate Social Responsibility – bottom-line issue or public relations exercise?** Investing in corporate social responsibility: a guide to best practice, business planning and the UK's leading companies. London/Sterling: Kogan Page Limited, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Vol. II, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O direito de saída conjunta (“tag along”)**. In: LOBO, Jorge (coord.). Reforma da Lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n.º 10.303, de 31.10.2001. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **LIVRO VERDE – Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas**, item 21.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORDEIRO, José Vicente B. de Mello; RIBEIRO, Renato Vieira. **Gestão da empresa**. Coleção gestão empresarial FAE, vol. 2, Curitiba: Gazeta do Povo, 2002.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 2ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSTA, Nilton César Antunes. **Poderes do árbitro: de acordo com a lei 9.307/96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

_____. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 4º ed., São Paulo: Atlas, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional**. Revista Ciência Jurídica, v. 16, n. 108, nov-dez 2002, Salvador: Jurisbras Edições Jurídicas Ltda.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1, 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

ENEI, José Virgílio Lopes. **A arbitragem nas sociedades anônimas**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 129, jan-mar 2003, São Paulo: Malheiros Editores.

FERRÃO, Brisa Lopez de Mello. RIBEIRO, Ivan César. **Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca?** Disponível no site <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/26/> em 06OUT07.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **A arbitragem e a disponibilidade do jus publicum interno**. In: Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996.** 2ª., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 99.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de Direito Administrativo.** 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

FINKELSTEIN, Cláudio. **A questão da arbitrabilidade.** Revista Brasileira de Arbitragem, n. 13, jan-mar 2007, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FLAKS, Luís Loria. **A arbitragem na reforma da Lei das S/A.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 131, jul-set 2003.

FONSECA, Elena Zucconi Galli. **La convenzione arbitrale nelle società dopo il decreto delegato di riforma.** Disponível no site <http://www.bo.camcom.it/REGISTRO-I/IL-REGISTR/Atti-del-Convegno-avv.-Zucconi.doc> em 12SET07.

FOUCHARD, Phillipe. **Os desafios da arbitragem internacional.** Tradução de Maria Helena Japiassú Marinho de Macedo e revisão de Cláudio Valença Filho. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 1, jan-mar 2004, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **On international arbitration.** The Hague: Kluwer Law International, 1999, n. 1.330.

FRIEDMAN, M. **The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits.** The New York Times Magazine, New York, sept., 1970.

GALATTI, Bruno Sérgio. **Cláusula compromissória. Contrato com sociedade de economia mista. Indisponibilidade dos direitos. Nulidade da cláusula.** Revista de Arbitragem e Mediação, nº 4, ano 2, jan-mar 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais.

GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo.** Tradução de Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GALGANO, Francesco. **El negocio jurídico.** Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 1992.

GARAY, Ângela, Beatriz. **Programa de voluntariado empresarial: modismo ou elemento estratégico para as organizações?** Revista de Administração, São Paulo, v. 36, n. 3, 2001, pp. 6-14.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional.** Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 4, nº 12, abril-junho de 2001, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GARCIA, Félix Arthur. **Governança corporativa.** Revista da CVM, Monografia do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2005, p. 4. Disponível em www.cvm.gov.br em 20OUT07.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: sociedade anônima**. Vol. II, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 32, São Paulo; Malheiros Editores, 2000.

GREBLER, Eduardo. **A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, mai-ago 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 3, 12^a. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

KARKOTLI, Gilson. **Responsabilidade social empresarial**. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

KINTZEL, Juliano Woellner. **Condições de admissibilidade do juízo arbitral**. Monografia do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), 2001.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Arbitrabilidade subjetiva: a competência da administração para a celebração de convenção arbitral**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 134, abr-jun 2004, São Paulo: Malheiros Editores.

LEE, João Bosco. **O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul**. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 8, ano 3, abr-jun, 2000.

_____. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Parecer: eficácia da cláusula arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem o tempo. Transmissão da cláusula compromissória *Anti-suit Injunction***. Revista Brasileira de Arbitragem, n.11, jul-set 2006, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Mercosul – proposta de regulamentação quanto à solução de controvérsias privadas: conciliação e arbitragem**. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. 2^a ed., São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Arbitragem na concessão de serviços públicos:arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?** Disponível no site http://www.cacb.org.br/mediacao_arbitragem/artigos/Arbitragem%20nas%20Concess%F5es%20de%20Servi%E7os%20P%FAblicos%20-%20Por%20S elma%20Lemes.pdf em 10SET07.

LEVITT, Theodoro. ***The dangers of social responsibility***. Harvard Business Review, sep-oct, 1958.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira; e NEY, Rafael de Moura Rangel. **Revogação da medida liminar judicial pelo juízo arbitral**. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 4, n. 12, abr-jun 2001, São Paulo: Revista dos Tribunais.

LODI, João Bosco. **Governança corporativa: o governo da empresa e o conselho de administração.** Rio de Janeiro: Campus, 2000.

LÓPEZ, Carlos Alberto Matheus. ***El convenio arbitral en el derecho peruano.*** Revista Brasileira de Arbitragem, n. 4, out-dez 2004, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MAKANT, Bárbara. **A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas.** Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, n. 4, jan-mar 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MAKANT, Bárbara; QUEIROZ, Samantha Longo. **Comentários à nova lei sobre a arbitragem societária italiana: Dec. 5, de 17.01.2003.** Revista de Arbitragem e Mediação n. 3, set-dez 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil.** São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARQUES, Claudia Lima. **Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o código de defesa do consumidor: informação, cooperação e renegociação?** Revista de Direito do Consumidor, n. 43, ano 11, jul-set 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARTINS, Henrique Cordeiro; e RODRIGUES, Suzana Braga. **Atributos e papéis dos conselhos de administração das empresas brasileiras.** Revista de Administração de Empresas (RAE), vol. 45, edição especial, dez 2005, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas.

MARTINS, Pedro A. Batista. **A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada, In: Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima.** São Paulo: LTr, 2002.

MARTINS, Pedro A. Batista; FERREIRA, Selma M.; e CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAZZONETTO, Nathália. **Uma análise comparativa da intervenção de terceiros na arbitragem sob a ótica dos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro.** Revista Brasileira de Arbitragem, n. 14, abr-jun 2007, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

MCINTOSH, M. e outros. **Cidadania corporativa – estratégias bem-sucedidas para empresas responsáveis.** Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de controvérsias: o cidadão na administração da justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 15^a ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MELO, Giselle Luciane de Oliveira Lopes. **A função social da empresa como parâmetro de legalidade**. Revista de Direito Empresarial n. 4, jul-dez 2005, Curitiba: Juruá.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Vol. 1, 5 ed., Rio de Janeiro: F. Bastos, 1953.

MENU, Vicent. **Questão de sobrevivência: para garantir o próprio futuro e o desenvolvimento da sociedade, as empresas devem aprender a administrar os impactos de suas atividades**. Guia Exame 2006, Boa Cidadania Corporativa, São Paulo: Editora Abril.

MIRANDA, Maria Bernadete; MALUF, Clovis Antonio. **O contrato de joint venture como instrumento jurídico de internacionalização das empresas**. Disponível em <http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/artigo18.pdf> em 08SET07.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, n. 209, jul-set 1997, Rio de Janeiro: Renovar.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Código civil comentado**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Celso. **Estrutura Fundamental do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NOVIELLO, Daniela. *I limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari*. Rivista dell'arbitrato, ano XV, n. 1/2005, Madri: Giuffrè Editore.

OULTON, Will; HANCOCK, John. *Measuring corporate social responsibility*, HANCOCK, J. *Investing in corporate social responsibility: a guide to best practice, business planning and the UK's leading companies*. London/Sterling: Kogan Page Limited, 2005 p. 40.

PARIZATTO, João Roberto. **Arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.1996 (doutrina e prática forense)**. São Paulo: LED, 1997.

PELA, Juliana Krueger. **Nota sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 126, abr-jun 2002.

PERA, Sergio Le. *Joint Venture y soiedad: acuerdos de coparticipación empresaria*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, Judiciário e economia no Brasil**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio, SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, José Emílio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do código civil**. Disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6025> em 15SET07.

QUATERLY, McKinsey. **3 reformas para a governança**. Revista HSM Management, n. 47, nov-dez 2004, São Paulo: Savana.

REALE, Miguel. **O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RÉGNIER, Leonardo Medeiros. **A empresa no direito e sua função normativa**. Tese de Doutorado da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

RIBEIRO, Ivan César. **Robin Hood versus King John: como os juízes locais decidem casos no Brasil**. Disponível no site http://getinternet.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/lpeaCaixa2006_Profissional_01lugar_tema01.pdf em 06OUT07.

RICCI, Gian Franco. **La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma**. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 3, anno LXI, set. 2007, Madri: Giuffrè Editore.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. Vol. I, 34ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUEZ, Gregório Mancebo. **A lei das S/A frente às boas práticas de governança corporativa**. Revista Relações com Investidores (RI), n. 89, julho de 2005, Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Relações com Investidores (IBRI).

ROONEY, John. **Corte Suprema dos Estados Unidos confirma a aplicação da autonomia da cláusula compromissória como lei federal substantiva de arbitragem**. Tradução de Rafael Augusto Firakowski Cruz. Revista de Brasileira de Arbitragem, n. 10, abr-jun 2006, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

ROSSI, Livia. **Arbitragem na lei das sociedades anônimas**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 129, jan-mar 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SANGIOVANNI, Valério. **Le clause compromissoire statutarie nel nuovo diritto societario italiano**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 9, jan-mar 2006, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

SANTOS, Aline de Menezes. **Reflexões sobre governança corporativa no Brasil**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 130, abr-jun 2003, São Paulo: Malheiros Editores.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Da microeconomia à microsociologia da tutela judicial**. Revista Justiça e Democracia, n. 1, primeiro semestre de 1996.

SECURATO, José Cláudio (coord.). **Uma década de governança corporativa: história do IBGC, marcos e lições de experiência**. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), São Paulo: co-edição Saint Paul Institute of Finance e Editora Saraiva, 2006.

SILVA, Clovis do Couto e. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. XI, t. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Forense: Rio de Janeiro, 2006.

SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Luiz Carvalhal da. **Governança Corporativa, valor, alavancagem e política de dividendos das empresas brasileiras**. Revista de Administração, vol. 39, n. 4, out-nov-dez 2004, São Paulo: FEA-USP.

SOUZA, Hamilton Ernandes de. **Governança corporativa: a concepção dos controles internos no âmbito da lei SARBANES-OXLEY e seus impactos nas empresas brasileiras**. Monografia do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, 2006.

SROUR, Robert Henry. **Ética empresarial sem moralismo**. Revista de Administração, São Paulo, v. 29, n. 3, 1994.

STEINBERG, Herbert. **A dimensão humana da governança corporativa: pessoas criam as melhores e piores práticas**. São Paulo: Editora Gente, 2003.

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, n.735, jan. 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Arbitragem e terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – Outras intervenções de terceiros**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, vol. 14, São Paulo: LTr, out-dez 2001.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Arbitragem nas sociedades anônimas: aspectos polêmicos da vinculação dos acionistas novos, ausentes, dissidentes e administradores à cláusula compromissória estatutária, após a inclusão do §3º ao art. 109 da lei 6.404/76 pela lei 10.303/2001**. Disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7191&p=1> em 08SET07.

_____. **Cláusula compromissória nos contratos de joint venture**. Disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4175> em 10SET07.

VENCELAU, Rose Melo. **O negócio jurídico e suas modalidades**. In “A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional” (Coord. Gustavo Tepedino). 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VERSOLA, Humberto Luis. **A responsabilidade dos administradores das sociedades por ações perante a teoria *ultra vires societatis***. Disponível no site <http://www.franca.unesp.br/RESPONSABILIDADE%20ADMINISTRADOR ES.pdf> em 08SET07.

VICENTE, Dário Moura. **Meios Extrajudiciais de Composição de Litígios Emergentes do Comércio Eletrônico**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 5, jan-mar 2005, Porto Alegre: IOB Thompson, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no Direito Societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WALD, Arnold. **A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos**. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 2, mai-ago 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Obrigações e contratos**. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O governo das empresas**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, vol. 15, ano 5, jul-set 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais.

WALD, Arnold; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Dez anos da lei de arbitragem**. Revista Jurídica Consulex, ano X, n. 234, 15 de outubro de 2006, Brasília: Editora Consulex.

WALD, Arnold; CARNEIRO, Athos Gusmão; ALENCAR, Miguel Tostes de; e DOUTRADO, Ruy Janoni. **Da validade de convenção de arbitragem pactuada por sociedade de economia mista**. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, out-dez 2002.

WITHERELL, William. **The OECD and corporate governance**. Financial Reporting, 1999.

YONEKURA, Sandra Yuri. **A arbitragem e a lei das sociedades anônimas**. Revista de Direito Empresarial, n. 2, jul-dez 2004, Curitiba: Juruá.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SITES CONSULTADOS

<http://www.abogadoperu.com> em 15SET07.

<http://www.adr.org> em 25SET07.

<http://www.bovespa.com.br> em 30AGO07.

<http://www.camara.gov.br> em 22OUT07.

<http://www.cbmae.com.br> em 05OUT07.

<http://www.cebds.org.br/> em 25OUT07.
<http://www.cvm.gov.br> em 10SET2007.
<http://www.dynamo.com.br> em 28OUT07.
<http://www.ecgi.org> em 20OUT2007.
<http://www.ethos.org.br/> em 25OUT07.
<http://www1.folha.uol.com.br> em 20NOV07.
<http://www.ibgc.org.br> em 20OUT07.
<http://www.iccwbo.org/court/> em 05OUT07.
<http://www.iedi.org.br> em 25OUT07.
<http://www.lcia-arbitration.com> em 08SET07
<http://www.lexinter.net> em 23SET07.
<http://www.mma.gov.br> em 20NOV07.
<http://www.parlamento.it> em 12SET07.
<http://www.planalto.gov.br> em 15SET07.
<http://www.portugal.gov.pt> em 10SET07.
<http://www.stj.gov.br> em 13SET07.
<http://www.stf.gov.br> em 17AGO07.
<http://www.uc.pt> em 15SET07.
<http://www.uncitral.org> em 17SET07.
