

REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro

131

Luís Lória Flaks

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

Ano XLII (Nova Série)
julho-setembro/2003

Atualidades

A ARBITRAGEM NA REFORMA DA LEI DAS S/A

LUÍS LORIA FLAKS

1. Apresentação. 2. Limites subjetivos da arbitragem prevista nos estatutos sociais: 2.1 O acionista é fundador da companhia; 2.2 O acionista aprovou em assembléia geral a alteração do estatuto social que inseriu a cláusula arbitral ou passou a deter ações de determinada companhia após a referida alteração estatutária; 2.3 O acionista dissentiu da deliberação assemblear que inseriu a cláusula arbitral no estatuto da companhia, absteve-se de votar na referida deliberação ou não compareceu à respectiva assembléia geral; 2.4 O acionista era detentor apenas de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, quando da aprovação da alteração estatutária que inseriu a cláusula compromissória arbitral; 2.5 Demais aspectos do alcance subjetivo. 3. Limites objetivos da arbitragem prevista nos estatutos sociais. 4. Abuso de poder de controle e "due process of law". 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Apresentação

A Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001, alterou diversos artigos da Lei 6.404/1976 (Lei das S/A), dentre eles o seu art. 109, acrescentando-lhe o § 3º, que prevê expressamente a possibilidade de o estatuto social de determinada companhia estipular a arbitragem¹ como sendo a forma de solucionar os eventuais conflitos entre ela e seus acionistas ou entre os respectivos acionistas controladores e acionistas minoritários.²

1. Os dispositivos gerais, no ordenamento jurídico brasileiro, sobre o instituto da arbitragem, encontram-se na Lei 9.307, de 23.7.1996 (Lei de Arbitragem).

2. Assim dispõe o § 3º do art. 109 da Lei das S/A, acrescentado pela Lei 10.303/2001: Art. 109, § 3º: "O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionados mediante arbitragem, nos termos em que especificar".

Essa alteração da lei societária, deve-se dizer, está em consonância com a moderna tendência pátria, e mesmo mundial, de utilização da arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis — principalmente quando estão envolvidas questões empresariais — que venham a surgir de uma relação contratual.

Isto porque, lamentavelmente, é notória a morosidade da justiça brasileira e a pouca familiaridade da magistratura, salvo raras exceções, com questões societárias, especialmente as de maior complexidade.

A possibilidade de se estabelecer uma cláusula arbitral no estatuto social das companhias é, justamente, uma tentativa de superar os entraves do processo judicial típico, já que, em comparação com este último, as decisões no processo arbitral, como está comprovado pela prática, são mais céleres e tecnicamente mais adequadas.

A confidencialidade é outra característica que incentiva ainda mais a utilização do instituto, tendo em vista que, tratando-se de questões empresariais, o sigilo, muitas vezes, é mais importante para as partes envolvidas do que a própria solução favorável da controvérsia.³

Merece aplausos, portanto, a decisão do legislador de prever expressamente a possibilidade de as companhias disporem em seus estatutos sobre a arbitragem como forma de resolução de conflitos sociais. Todavia, o texto legal sobre a matéria é um tanto ou quanto lacônico e, por conseguinte, causa de diversas dúvidas jurídicas, especialmente quanto aos seus limites subjetivos e objetivos. Cabe, portanto, ao intérprete a tarefa de estabelecer o verdadeiro alcance da referida norma.

2. Limites subjetivos da arbitragem prevista nos estatutos sociais

Primeiramente, deve-se observar que o § 3º do art. 109 da Lei das S/A, acrescido pela Lei 10.303/2001, é uma disposição legal aplicável tanto às companhias abertas quanto às companhias fechadas. Isto porque o art. 109, em seu *caput*, assim como em seus parágrafos, não distingue a quem a norma se direciona.

Quando a Lei das S/A quis diferenciar o tipo ou categoria de companhia a quem a norma se dirige, ela o fez expressamente, como ocorre em diversos de seus dispositivos. Essa distinção pode ser percebida, por exemplo, no § 1º do seu art. 15, que trata

3. Recorde-se que em nosso processo judicial a publicidade é a regra (cf. arts. 5º, LX e 93, IX, da Constituição Federal e art. 155 do Código de Processo Civil), ao contrário do que pode ocorrer na arbitragem, em que compete às partes estabelecer o procedimento e acordar livremente o sigilo na resolução dos seus conflitos, se assim o desejarem (cf. art. 21 da Lei de Arbitragem). Em se tratando de companhias abertas, todavia, vale apenas lembrar que o sigilo poderá não ser absoluto, tendo em vista a obrigatoriedade de se divulgar determinadas informações ao mercado, conforme regras estipuladas pela Comissão de Valores Mobiliários — CVM.

das espécies de ações possíveis de serem emitidas pelas companhias (prevê a possibilidade de emissão de mais de uma classe de ações ordinárias apenas pelas companhias fechadas); no seu art. 36 (permite ao estatuto das companhias fechadas impor limitações à circulação das ações nominativas); ou mesmo no seu art. 124, § 1º (diferencia o prazo e modo de convocação das assembleias gerais, dependendo do fato de as companhias serem abertas ou fechadas).

Questão muito mais complexa, relacionada ao alcance subjetivo da nova norma, é saber quais acionistas da companhia estariam vinculados a uma cláusula arbitral inserida em seu estatuto social.

Para melhor exame do tema, é preciso distinguir se o acionista: (a) é fundador da companhia; (b) aprovou em assembléia geral a alteração do estatuto social que inseriu a cláusula arbitral ou passou a deter ações da companhia após a referida alteração estatutária; (c) dissentiu da deliberação assemblear que inseriu a cláusula arbitral no estatuto da companhia, absteve-se de votar na referida deliberação ou não compareceu à respectiva assembléia geral; ou (d) era detentor apenas de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, quando da aprovação da alteração estatutária que inseriu a cláusula arbitral.

2.1 O acionista é fundador da companhia

A Lei das S/A considera formalidade necessária à constituição de uma companhia, seja por subscrição pública ou particular, a aprovação do estatuto social por todos os seus fundadores (cf. arts. 88 e 95 da Lei 6.404/1976).

Dessa forma, todos os fundadores estarão necessariamente vinculados a cada uma das disposições do estatuto social, inclusive a eventual cláusula compromissória arbitral, se existente, sendo despicienda qualquer formalidade adicional para que a mesma tenha plena validade e eficácia para esses acionistas.

Nesse sentido, inclusive, o entendimento de Modesto Carvalhosa,⁴ apesar de extremamente rigoroso quanto à observância de certas formalidades para que a cláusula compromissória arbitral vincule os acionistas de determinada companhia, notadamente, as formalidades previstas no art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem.⁵

Ocorre que, mesmo entendendo aplicáveis às sociedades anônimas as mencionadas formalidades para se vincular determinado acionista à cláusula compromissória estatutária, não se poderia exigir tais formalidades dos fundadores da companhia.

Isto porque o art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem não é aplicável quando o pretenso aderente toma a iniciativa de inserir a cláusula compromissória, como ocorre quando essa cláusula é prevista desde a constituição da companhia, momento em que todos os fundadores — até mesmo os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto —, pode-se presumir, discutiram pormenorizadamente todas as cláusulas do estatuto social, inclusive a eventual cláusula compromissória arbitral.

2.2 O acionista aprovou em assembléia geral a alteração do estatuto social que inseriu a cláusula arbitral ou passou a deter ações de determinada companhia após a referida alteração estatutária

Todos os acionistas que, posteriormente à constituição da companhia, tenham aprovado a introdução da cláusula compromissória em seu estatuto social, estarão a

4. Cf. Modesto Carvalhosa, "Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§ 3º do art. 109)", p. 330.

5. Lei de Arbitragem, art. 4º, § 2º: "Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula".

ela vinculados, sem a necessidade do cumprimento de qualquer outra exigência formal.

Da mesma forma, todas as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, que passarem a fazer parte do quadro acionário de determinada companhia, que já contenha em seu estatuto social cláusula compromissória arbitral, estarão vinculados à arbitragem. Essa vinculação é imediata desde a data da subscrição de capital ou aquisição de ações.

No entanto, alguns autores⁶ entendem ser necessária, nos casos acima mencionados, a formalização desse consentimento mediante manifestação expressa de vontade, por escrito e em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula, na forma do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, opinião da qual permitimo-nos discordar inteiramente.

Impende, primeiramente, destacar que o referido dispositivo legal refere-se tão-somente aos contratos de adesão; para aplicá-lo aos estatutos sociais seria necessário considerá-los como pertencentes a essa classe de contratos, o que não nos parece sustentável.

O contrato de adesão é definido, no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), em seu art. 54.⁷ Visou o legislador, com essa definição, proteger o consumidor, ou seja, proteger a parte presumidamente mais fraca, em termos econômicos, da relação jurídica.

Ressalte-se que os contratos de adesão, conforme previsto na Lei 8.078/1990,

6. Cf. Luiz Leonardo Cantidiano, *Reforma da Lei das S/A*, p. 119; e Modesto Carvalhosa, "Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§ 3º do art. 109)", p. 326.

7. "Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo."

devem observar regras especiais como, por exemplo, a proibição de utilizar termos que não sejam claros ou caracteres ilegíveis e a obrigatoriedade de que as cláusulas que impliquem em limitação de direitos do consumidor sejam adequadamente destacadas.

Com o mesmo objetivo — o de proteger a parte supostamente mais fraca da relação — disciplinou o legislador, na Lei de Arbitragem, que a eficácia da cláusula compromissória, em contratos de adesão, estaria sujeita à iniciativa do aderente em inserir a referida cláusula ou à concordância expressa do mesmo, na forma ali estabelecida.

Ocorre que os estatutos sociais não podem ser confundidos jamais com *contratos de adesão*, como assevera Pedro A. Batista Martins: "É nas relações de consumo que se aperfeiçoam os contratos de adesão. Contratos estes que divergem conceitual e instrumentalmente dos contratos de sociedade".⁸

Não se nega que, apesar de os contratos de adesão serem mais frequentes quando existe uma relação de consumo, estes não se restringem exclusivamente a essas relações,⁹ até porque, atualmente, tais contratos também são mencionados no Código Civil brasileiro.¹⁰

De qualquer modo, o contrato de adesão se caracteriza, em regra, pela bilateralidade da relação jurídica, ou seja, pela existência de interesses distintos das partes contratantes, diferentemente do que acontece em uma sociedade.

Ocorre que os interesses dos acionistas de uma companhia, independentemente de seu objeto social, convergem necessariamente para um mesmo fim: a obtenção de lucro pela sociedade.¹¹ Essa convergên-

8. Pedro A. Batista Martins, "A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada", p. 129.

9. Por todos, Humberto Theodoro Júnior, "A arbitragem como meio de solução de controvérsias", p. 14.

10. Cf. arts. 423 e 424 da Lei 10.406, de 10.1.2002.

11. O objetivo de obtenção de lucro é inclusive previsto na Lei das S/A, no *caput* de seu art. 2º.

cia de interesses é uma das principais características dos chamados *contratos plurilaterais* — como são os estatutos sociais — os quais, de modo algum, poderiam ser considerados como contratos de adesão.

Isto não significa necessariamente que todas as deliberações sociais devam ser tomadas por unanimidade, pois, na prática, efetivamente existem divergências entre os acionistas sobre o melhor modo de se alcançar o fim comum da companhia. As divergências internas, contudo, não retiram o caráter convergente do interesse social que é um só, e sempre exteriorizado — salvo quando o estatuto, acordo ou a lei dispõem diversamente — pela vontade da maioria (metade mais um dos votos efetiva e validamente manifestados pelos acionistas presentes à assembléia geral).¹²

Tullio Ascarelli foi o primeiro, no Brasil, a caracterizar os atos constitutivos de uma sociedade como sendo contratos plurilaterais,¹³ corrente a qual aderem José Luiz Bulhões Pedreira,¹⁴ Rubens Requião¹⁵ e Fábio Konder Comparato.¹⁶

Para outra corrente da doutrina, o estatuto social nem contrato seria, por ser institucional e não contratual a relação existente em uma companhia. Filiam-se a essa corrente Arnoldo Wald¹⁷ e Fábio Ulhoa Coelho.¹⁸

Os estatutos sociais, dessa forma, não podem ser considerados contratos de adesão, seja por não se tratar de uma relação de consumo, seja pela inexistência de bilate-

12. Cf. art. 129 da Lei das S/A.

13. Cf. Tullio Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, pp. 271, 272.

14. Cf. José Luiz Bulhões Pedreira, "Natureza jurídica da companhia", p. 110.

15. Cf. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, p. 346.

16. Cf. Fábio Konder Comparato, *Ensaio de Pareceres de Direito Empresarial*, p. 137.

17. Arnold Wald, "Sociedade anônima. Interpretação do art. 16 da Lei 6.404/1976 — Descabimento de assembléia especial de acionistas ordinários de determinada classe", p. 10.

18. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, v. II, p. 26.

ralidade, ou, ainda, para alguns, pelo caráter institucional da companhia.

De toda sorte, mesmo que os estatutos sociais pudessem ser considerados contratos de adesão, a regra do § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem não se aplicaria às sociedades ou a seus respectivos sócios. Isto porque a lei societária — que é posterior e especial em relação à Lei de Arbitragem — não determinou qualquer requisito formal para a vinculação da companhia e dos acionistas à cláusula arbitral, salvo a previsão estatutária.

Em abono do que foi dito, pode-se presumir que, ao se tornarem acionistas de determinada companhia — estejam as ações admitidas ou não à negociação no mercado de valores mobiliários —, os investidores leram previamente o respectivo estatuto social e concordaram com todos os seus termos. Isto porque os estatutos sociais das companhias são públicos, podendo ser acessados sem grandes dificuldades através da Comissão de Valores Mobiliários — CVM (em se tratando de companhias abertas) ou através das Juntas Comerciais localizadas nos Estados em que as companhias estejam sediadas (em se tratando de companhias abertas ou fechadas). No caso de algum investidor não concordar com certa cláusula de determinado estatuto social — inclusive a cláusula compromissória arbitral — pode simplesmente não adquirir a participação societária, escolhendo outra companhia cujo estatuto social seja mais do seu agrado.¹⁹

Essas são as razões pelas quais os acionistas que aprovam em assembleia geral a alteração estatutária que insere a cláusula compromissória, assim como os acionistas que vierem a fazer parte do quadro social de companhias que contenham, em seu estatuto social, a mencionada cláusula, inde-

19. Segundo o *Informativo CVM*, de 2.3.2003, existem hoje 395 companhias listadas na BOVESPA (Bolsa de Valores de São Paulo) e 107 companhias listadas na SOMA (Sociedade Operadora do Mercado de Ativos S/A).

pendentemente da classe de ações subscritas ou adquiridas, estarão necessariamente vinculados à arbitragem, assim como a todas as demais disposições dele constantes,²⁰ sendo inaplicável às companhias o art. 4º, § 2º da Lei 9.307/1996, conforme antes demonstrado.

2.3 O acionista dissentiu da deliberação assemblear que inseriu a cláusula arbitral no estatuto da companhia, absteve-se de votar na referida deliberação ou não compareceu à respectiva assembleia geral

Para alguns autores, ainda que se possa inserir a cláusula arbitral no estatuto de determinada companhia, os acionistas dissidentes, omissos ou ausentes quando da deliberação não estariam vinculados àquela cláusula, por não terem concordado expressamente com a mesma. Nessa linha de raciocínio, estariam tais acionistas vinculados a todos os demais termos do estatuto social, salvo à cláusula compromissória.

Em defesa dessa posição argumenta Luiz Leonardo Cantidiano:

“(…) cabe indagar se as pessoas que já eram acionistas da companhia antes da realização da assembleia geral, e que se opuseram à referida alteração estatutária, estarão obrigadas a submeter-se ao procedimento arbitral.

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

“Considerando que ninguém pode ser obrigado a submeter-se, contra a sua vontade, ao processo arbitral, e tendo presente que o antigo acionista da companhia manifestou sua expressa divergência à re-

20. Ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 36 da Lei das S/A, pelas razões a seguir melhor explicitadas.

forma 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 terceiro.

“Penso que não pode haver renúncia tácita ao direito, que é assegurado pelo art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, de submeter-se à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. A arbitragem só pode ser instituída se houver uma manifestação formal e voluntária da pessoa (física ou jurídica) convencionando submeter-se à decisão arbitral”²¹ (grifamos).

No mesmo sentido, orientou-se Modesto Carvalhosa: “Não há implícita renúncia a direito essencial do acionista. Não pode, assim, a sociedade ou a maioria dos acionistas impor a cláusula compromissória estatutária a quem não a tenha constituído ou aderido expressamente, por documento formal”²² (grifamos).

Em que pese a opinião dos eminentes autores, não se afigura a interpretação mais adequada, tendo em vista os aspectos legais e constitucionais a seguir expostos.

A vontade de uma companhia, em regra, é expressa através do voto de acionistas representando a maioria do capital social presente em determinada assembleia geral.

É certo que o poder da maioria não é absoluto, devendo ser respeitados os direi-

21. Luiz Leonardo Cantidiano, *Reforma da Lei das S/A*, pp. 119, 120.

22. Modesto Carvalhosa, “Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§ 3º do art. 109)”, p. 325.

tos essenciais dos acionistas (também chamados de direitos individuais), expressos no art. 109 da Lei das S/A. Esta, como se sabe, é a pedra-de-toque para se entender o funcionamento de qualquer sociedade anônima.

Acrescente-se que os direitos essenciais dos acionistas não são os únicos contrapesos, previstos na lei societária, capazes de frear o poderio da maioria. Podem ser citados, ainda, como meios de se subtrair ou diminuir esse poder, dentre outros, o *quorum* qualificado legalmente previsto para certas deliberações, o direito de recesso e as assembleias especiais.

Convém lembrar, entretanto, que esses contrapesos ao poder da maioria são exceções e não a regra, devendo ser observados apenas quando previstos em lei. Isto porque os acionistas minoritários devem ser protegidos, não há dúvida, mas com certo temperamento, para evitar uma possível ditadura da minoria.

Dessa forma, tendo em vista que, no caso específico de alteração estatutária por inserção de cláusula arbitral, não impôs o legislador qualquer espécie de condição ou impedimento à aprovação assemblear, essa alteração não autorizará o direito de recesso de qualquer acionista²³ ou mesmo necessitará de aprovação ou ratificação em assembleia especial por parte dos acionistas detentores de ações preferenciais (conforme adiante, melhor examinado). A matéria, portanto, poderá ser aprovada por acionistas representando a maioria do capital social votante presentes na assembleia,²⁴ salvo se *quorum* qualificado estiver previsto no respectivo estatuto social.²⁵

23. Lembre-se que as hipóteses de recesso são taxativas, não podendo ser ampliadas salvo por força de lei (cf. Francisco Antunes Maciel Müssnich, “Reflexões sobre o direito de recesso na Lei das Sociedades por Ações”, p. 298).

24. Neste sentido também se posiciona Pedro A. Batista Martins, “A arbitragem nas sociedades...”, p. 136.

25. Observe-se, ainda, que a Lei das S/A, em seu art. 135, determina que a assembleia geral extra-

É o que ensinam os autores italianos U. Navarrini e G. Faggella: "A sociedade pode, quando quiser, modificar, com uma deliberação da Assembléia, as condições da sua existência, alterando o seu estatuto, assim como pode estabelecer a sua dissolução; quando a lei não dá, como veremos que acontece em alguns casos, aos sócios dissidentes, o meio para subtrair-se à vontade coletiva no que se refere à modificação do contrato, separando-se da sociedade, a modificação do estatuto vale para todos, tornando possível e eficaz uma deliberação que, achando obstáculo nas disposições do próprio estatuto, não valeria antes dela. Um direito individual e absoluto à inalterabilidade do estatuto não existe, pois, segundo a nossa lei"²⁶ (grifamos).

Não há o que se estranhar. Em verdade, a lei societária prevê, com relação a matérias muito mais impactantes do que a estipulação da cláusula arbitral, que também cabe à maioria a decisão, como é o caso do resgate de ações. Nesta hipótese, deve-se dizer, previu-se na recente reforma da Lei das S/A (a já mencionada Lei 10.303/2001²⁷) a necessidade de aprovação da operação por assembléia especial de acionistas detentores das ações atingidas, para que seja eficaz o resgate (salvo disposição em contrário do estatuto social). No entanto, antes dessa reforma — segundo entendimento de grande parte da doutrina — não havia nem mesmo essa necessidade, podendo a referida deliberação ser tomada pela

ordinária que tiver por objeto a reforma estatutária somente será instalada, em primeira convocação, obtendo-se *quorum* de 2/3 (dois terços), no mínimo, do capital com direito a voto, mas poderá ser instalada em segunda convocação com qualquer número.

26. U. Navarrini e G. Faggella, *Das Sociedades e Associações Comerciais*, v. II, 1950, pp. 300, 301.

27. A Lei 10.303/2001 acresceu o § 6º ao art. 44 da Lei das S/A que assim dispõe: art. 44, § 6º. "Salvo disposição em contrário do estatuto social, o resgate de ações de uma ou mais classes só será efetuado se, em assembléia especial convocada para deliberar essa matéria específica, for aprovado por acionistas que representem, no mínimo, a metade da(s) classe(s) atingida(s)".

vontade da maioria dos titulares de ações ordinárias;²⁸ ou seja, podia-se proceder ao resgate de determinada classe de ações da companhia pela simples vontade da maioria, obviamente, havendo interesse social.

É de todo pertinente, ainda, reiterar que a alteração estatutária que insere a cláusula arbitral, além de poder ser tomada pela maioria, vinculará todos os acionistas da companhia, indistintamente.

Ocorre que o legislador não caracterizou a cláusula arbitral como um pacto parassocial — mas sim um pacto imposto à companhia e a todos os seus acionistas —, nem criou quaisquer formalidades adicionais para que essa cláusula arbitral vincule a todos. Chega-se a esse entendimento mediante interpretação sistemática da Lei das S/A.²⁹

Em todas as vezes que a lei quis criar requisitos adicionais para que determinadas obrigações vinculem a todos os acionistas ou a 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. 36³⁰ e em seu art. 118,³¹ que tratam, respectivamente, da limitação à circulação de ações nas companhias fechadas e dos acordos de acionistas.

28. Cf. Luís Loria Flaks, "Aspectos societários do resgate de ações", p. 127.

29. Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 128 e Francesco Ferrara, "Interpretação e aplicação das leis", p. 39.

30. "Art. 36. O estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas. Parágrafo único. A limitação à circulação criada por alteração estatutária somente se aplicará às ações cujos titulares com ela expressamente concordarem, mediante pedido de averbação no livro de 'Registro de Ações Nominativas'."

31. "Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede."

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

Resta tecer alguns comentários a respeito do § 2º do art. 109 da Lei das S/A,³² o qual, conforme entendimento de Modesto Carvalhosa, acima exposto, seria um impeditivo para a vinculação à cláusula arbitral daqueles que não tivessem expressamente concordado com ela, por se tratar de um direito essencial dos acionistas.

Diga-se, desde logo, que o mencionado § 2º do art. 109 da Lei Societária não é um empecilho à inserção de cláusula arbitral em determinado estatuto social.

Primeiramente, porque o direito essencial antes referido, ou seja, os meios, processos ou ações assecuratórios dos direitos dos acionistas não são suprimidos com a inserção de cláusula arbitral. Apenas ocorre, com a inserção da referida cláusula, que parte desse direito³³ será exercido mediante procedimento arbitral, e não através do Judiciário, o que não vai de encontro aos direitos essenciais dos acionistas previstos em lei.

Esclareça-se, ainda, que o referido dispositivo legal não alude expressamente a quaisquer meios, processos e ações judiciais, mas sim a meios, processos e ações que a lei confere a seus acionistas para as-

32. Art. 109, § 2º. "Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia geral".

33. O § 2º do art. 109 não é restrito a procedimentos judiciais. Ele engloba meios, processos e ações exercidos em âmbito extrajudicial, administrativo (CVM) e no âmbito interno da própria companhia, v.g., direito de comparecer e opinar nas assembléias gerais (art. 125 da Lei das S/A), direitos de fiscalização (art. 133 da Lei das S/A) etc. (cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 2, p. 363).

segurar os seus direitos; ou seja, os direitos conferidos pelo § 2º do art. 109 da Lei das S/A poderão ser limitados em virtude de lei.

Sendo assim e tendo em vista que é a própria lei societária, no mesmíssimo art. 109, que permite a inserção de cláusula compromissória arbitral no estatuto social, não faria qualquer sentido, depois da promulgação da Lei 10.303/2001, entender que tal inserção estaria elidindo qualquer direito individual dos acionistas.

Identifica-se, portanto, a inexistência de qualquer barreira legal à alteração estatutária para se inserir a cláusula compromissória arbitral ou à vinculação de quaisquer acionistas à referida cláusula.

Esse fato, todavia, não tem origem em algum esquecimento do legislador, mas sim na presunção de que a arbitragem — tendo em vista a sua celeridade, confidencialidade e decisões tecnicamente mais adequadas, em comparação com o processo judicial típico — é algo extremamente positivo, para as companhias e para os acionistas minoritários, devendo ser considerada essencial à boa governança corporativa.

Basta lembrar que a vinculação à arbitragem de determinada companhia, acionista controlador, administradores e membros do conselho fiscal, é um dos requisitos para que ela se enquadre no Nível 2 dos chamados "Níveis Diferenciados de Governança Corporativa" da BOVESPA, inclusive no Novo Mercado (nível máximo).³⁴

Os administradores de fundos de investimento, por sua vez, também defendem a adoção da arbitragem, entendendo ser a mesma um procedimento extremamente sa-

34. A BOVESPA definiu uma série de condutas consideradas essenciais à valorização das ações e outros ativos emitidos pelas companhias. Dependendo das condutas observadas por determinada companhia, esta será qualificada como companhia pertencente ao Nível 1, Nível 2 ou ao Novo Mercado (sendo que este último é considerado o nível máximo de boa governança corporativa, segundo os critérios da BOVESPA).

lutar para as relações entre acionistas e as companhias, como se extrai da *Carta da Dynamo Administração de Recursos Ltda.* ao mercado investidor, referente ao 1º semestre de 2002:

“A valorização crescente do que se passou a chamar de boas práticas de governança corporativa, é um bom indício de amadurecimento do nosso mercado de capitais. *Pois hoje não temos dúvida que a solução de conflitos através do juízo arbitral potencializa muito esta evolução. Mais: talvez sem o recurso da arbitragem, muitos dos direitos adquiridos pelos investidores não poderão ser reivindicados com eficácia quando mais necessários forem.*”

(...)

“O uso da arbitragem deve ser uma das prioridades mais imediatas dos grandes investidores — institucionais ou não — na seleção das companhias investidas”³⁵ (grifamos).

Cabe ainda salientar que, diferentemente do que possa parecer, a recente reforma da Lei das S/A não inovou ao possibilitar a alteração dos estatutos sociais para prever a arbitragem, pois isto já era possível, há bastante tempo, desde o Código Comercial de 1850, baseado na Constituição de 1824.

Inovou, apenas, ao deixar claro que a arbitragem não constitui afronta aos direitos individuais dos acionistas, uma vez que, conforme assinalado, foi prevista precisamente no dispositivo legal que trata desses direitos, do que se deve extrair algum significado.

A intenção da lei, conforme tudo indica, foi a de permitir que a companhia, por maioria, pudesse deliberar a inserção da cláusula arbitral no seu estatuto social e, ao fazê-lo, vincular à mesma todos os seus acionistas. Como é sabido, não se presume que as leis contenham disposições ou palavras inúteis.³⁶

Parece-nos, portanto, que até a recente reforma da Lei das S/A não estariam vinculados à cláusula compromissória arbitral os acionistas que votaram contrariamente à alteração estatutária que inseriu a referida cláusula; os detentores de ações sem direito a voto que não aderiram, mediante um termo avulso, à referida cláusula arbitral (ou não registraram, na ata da assembléia geral, a sua vontade de aderir à mesma); ou os acionistas que se abstiveram quando da deliberação ou não participaram da assembléia geral. A partir da reforma, todavia, todos os acionistas, indistintamente, ficarão vinculados àquela cláusula, desde que regularmente incorporada ao estatuto social.

Lembre-se, a propósito, conforme já mencionado, que em havendo conflito entre o dispositivo referente à arbitragem contido na Lei das S/A e as disposições da Lei de Arbitragem, prevalecerá sempre o disposto na primeira, não só por ser posterior, mas também por ser específica sobre sociedades por ações.

Dessa forma, é possível concluir que, sob a luz da legislação em vigor, não há a necessidade de uma concordância expressa dos acionistas para ficarem vinculados à cláusula arbitral.

Resta examinar se o § 3º do art. 109 da Lei das S/A, ou se a interpretação nesta pesquisa a ele atribuída (inclusive no que se refere à vinculação dos acionistas detentores de ações preferenciais, conforme abaixo mais bem examinado), conflita de alguma forma com a Constituição Federal.

O art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Esta disposição constitucional tem uma destinação precisa: o próprio legislador.

É certo que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, mas a Constituição não impede que as partes escolham outros caminhos que não o Judiciário para resol-

ver os seus conflitos como, por exemplo, a transação, a mediação e a própria arbitragem.

A origem do preceito constitucional contido no art. 5º, XXXV, está na Carta de 1946. Visou o constituinte, à época, com a inserção do referido dispositivo, a eliminar determinadas práticas despóticas da era Vargas, como relata Pedro A. Batista Martins:

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

“Além de autorizados, eram esses tribunais os únicos que tinham competência para examinar os casos discriminados nos atos baixados pela ditadura.

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

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

“Foram esses, sucintamente, os pressupostos que impulsionaram os constituintes de 1946 a introduzir, pela primeira vez, norma assecuratória da intervenção judicial que restou por deixar claro algo implícito no inconsciente coletivo de qualquer nação que propugna pelo estado de direito”³⁷ (grifamos).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, confirmou o entendimento acima exposto, ao declarar, pela via difusa, em decisão datada de 12 de dezembro de 2001, a constitucionalidade dos diversos dispositivos da Lei de Arbitragem que estavam sendo questionados.³⁸ Colhe-se no voto do

Ministro Carlos Veloso: “Com efeito, a Constituição estabelece o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXXV). *Dirige-se o ordenamento constitucional ao legislador. É dizer: este não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Entretanto, a Constituição não estabelece que as pessoas não poderão excluir os seus litígios da apreciação do Judiciário.* Ora, se a parte pode transacionar em torno de seus direitos substanciais, podendo, inclusive, desistir da ação que está promovendo, não me parece razoável, *data venia*, a afirmativa de ser atentatório à Constituição, art. 5º, XXXV, desistir a pessoa, física ou jurídica, do direito instrumental, mediante cláusula compromissória, tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis”³⁹ (grifamos).

É verdade que os votos dos Ministros do STF orientam-se no sentido de que, nos contratos bilaterais, para se instituir a arbitragem, faz-se necessário que todas as partes concordem e assim se manifestem.

Nada obstante, ressalte-se que a diretiva acima exposta diz respeito única e exclusivamente aos *contratos bilaterais*, tendo em vista que a Lei de Arbitragem, objeto do decisório, só trata de contratos desse gênero. É o que se apura do voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “Como visto, vale sintetizar, a sustentação da constitucionalidade da arbitragem repousa essencialmente na voluntariedade do acordo bilateral mediante o qual as partes de determinada controvérsia, embora podendo submetê-la à decisão judicial optam por entregar a um terceiro, particular, a solução da lide, desde que esta, girando em torno de direitos privados disponíveis pudesse

sar desse acórdão, até a presente data, não ter sido publicado, a informação consta do *Informativo do STF* 254, de 10 a 14.12.2001.

39. Voto ainda não publicado, cuja cópia foi obtida junto ao gabinete do Ministro Carlos Veloso.

35. *Carta Dynamo* 34, pp. 2, 4.

36. Cf. Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 250.

37. Pedro A. Batista Martins, ob. cit., p. 122.

38. Julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206-7. Reino da Espanha. Ape-

igualmente ser composta por transação⁴⁰ (grifamos).

Percebe-se, portanto, que o aresto não enfrentou a possibilidade de se instituir a arbitragem nos estatutos sociais das companhias, até por não ter sido este o objeto da lide. A decisão do STF limitou-se, tão-somente, aos contratos bilaterais, não abrangendo os contratos plurilaterais, como são os estatutos sociais.

Assim sendo, não fica prejudicada, à luz do entendimento do STF, a tese ora sustentada de que a maioria pode vincular todos os acionistas à cláusula arbitral estatutária, independentemente da respectiva manifestação de vontade.

Lembre-se, por fim, que o legislador não impôs, na Lei das S/A, a obrigatória adoção da arbitragem para a resolução de conflitos sociais, como ocorreu no Brasil entre 1850 a 1866. A reforma da Lei das S/A apenas facultou às companhias, que assim desejassem, instituir a arbitragem em seus estatutos sociais como forma de dirimir os conflitos societários.

De todo modo, a Lei das S/A não excluiu do Judiciário o controle das decisões arbitrais, o que está expressamente previsto na Lei de Arbitragem.

Esse controle, por si só, já seria suficiente para afastar qualquer argumentação no sentido de que a arbitragem seria uma afronta ao princípio fundamental consagrado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Ou seja: em face das várias precauções tomadas pelo legislador, não se poderia falar em inconstitucionalidade de qualquer cláusula arbitral, em razão de suposta exclusão do acesso à via judicial, visto encontrar-se esta garantida, explicitamente, em diversas hipóteses previstas na Lei de Arbitragem (v.g., seus arts. 7º, 25, 33 e 35).⁴¹

40. Voto ainda não publicado, cuja cópia foi obtida junto ao gabinete do Ministro Sepúlveda Perence.

41. Cf. Sálvio de Figueiredo Teixeira, "A arbitragem no sistema jurídico brasileiro", p. 31.

2.4 O acionista era detentor apenas de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, quando da aprovação da alteração estatutária que inseriu a cláusula compromissória arbitral

As ações preferenciais de uma companhia podem ou não conferir o direito a voto a seus subscritores, ou mesmo conferir esse direito com restrições (cf. art. 111 da Lei das S/A).

Aqueles que subscrevem ações sem direito a voto estão cientes da ausência desse direito e, por conseguinte, de que não participarão de qualquer decisão da companhia, salvo nos casos em que o estatuto ou a lei diversamente determinarem, como é o caso das assembléias especiais.

Essas assembléias especiais são instaladas quando, por exemplo, deseja-se alterar as preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criar nova classe mais favorecida (cf. art. 136, § 1º da Lei das S/A); ou ainda, quando o próprio estatuto social assim estipular (cf. parágrafo único do art. 18 da Lei das S/A).

Todavia, em regra, salvo as exceções estatutárias ou previstas em lei, os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto simplesmente não se manifestam. Assim, deliberações, como, por exemplo, cisão, incorporação ou fusão da companhia, alteração do objeto social ou da sede, dissolução da companhia, por mais importantes que sejam, independem da vontade dos acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto. Também, pelo mesmo motivo, não se levará em conta a vontade desses acionistas quando da deliberação assemblear que aprovar a alteração estatutária para prever a cláusula compromissória arbitral.

No entanto, para melhor se entender a razão pela qual os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito estariam vinculados à uma eventual cláusula arbitral estatutária, faz-

se necessário estabelecer a abrangência da expressão *acionista minoritário*.

É que o legislador, ao cuidar da possibilidade de se inserir a cláusula compromissória no estatuto social, não dispôs expressamente que a mesma serviria para dirimir *controvérsias envolvendo os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito*, mas sim *controvérsias "envolvendo acionistas minoritários"*.

Para determinar o exato alcance da expressão *acionistas minoritários*, mostra-se útil a regra de hermenêutica formulada por Carlos Maximiliano: "Cada palavra pode ter mais de um sentido; e acontece também o inverso — vários vocábulos se apresentam com o mesmo significado; por isso, da interpretação puramente verbal resulta ora mais, ora menos do que se pretendeu exprimir. *Contorna-se, em parte, o escolho referido, com examinar não só o vocábulo em si, mas também em conjunto, em conexão com outros; e indagar do seu significado em mais de um trecho da mesma lei, ou repositório*"⁴² (grifamos).

Na lei societária, todas as vezes que o legislador utilizou a expressão *acionista minoritário* isoladamente, sem referir-se, simultaneamente, a *acionistas detentores de ações com direito a voto*, teve a intenção de abranger todos os acionistas da companhia não detentores do poder de controle, o que engloba, obviamente, os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito.

Dito de outra forma, nos casos em que a lei quis diferenciar os acionistas minoritários detentores de ações ordinárias dos acionistas minoritários detentores de ações preferenciais, ela o fez expressamente.⁴³

42. Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 109.

43. O que ocorre quando a Lei das S/A trata da eleição dos membros do conselho fiscal das companhias e das sociedades de economia mista (cf. arts. 161, § 4º e 240) e quando trata da oferta pública de aquisição de ações, quando da alienação de controle de companhia aberta (cf. art. 254-A).

Em todos os outros casos, inclusive no do § 3º do art. 109 da Lei das S/A, em que não há uma distinção expressa, a espécie *acionistas minoritários* abrange os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, visto que não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não distingue.⁴⁴

Verifica-se que, na quase totalidade das vezes, a lei não faz qualquer distinção, como é o caso, por exemplo, do art. 117 da Lei das S/A, que trata do abuso de poder de controle.

Tal indistinção observa-se, ainda, nos arts. 202 e 215 da Lei das S/A que tratam, respectivamente, do dividendo obrigatório e da liquidação da companhia.

Não faria sentido concluir que, quando a lei estabelece que o *acionista minoritário* não pode ser prejudicado por manobras abusivas do controlador; ou proíbe o estabelecimento de critérios de distribuição do dividendo obrigatório que sujeitem os *acionistas minoritários* ao arbítrio dos órgãos de administração ou da maioria; ou, ainda, determina que os *acionistas minoritários* deverão ser indenizados pelos acionistas majoritários se favorecidos indevidamente no caso de partilha dos ativos da companhia em virtude de liquidação, a lei estaria se referindo, tão-somente, a outros acionistas detentores de ações com direito a voto que não o controlador e, por conseguinte, excluindo desses direitos fundamentais os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito.⁴⁵

Conclui-se, portanto, pelas razões expostas ao longo desta pesquisa — as quais também se aplicam ao presente caso —, que os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito igualmente estarão vinculados à cláusula compromissória arbitral, na hipótese de

44. Cf. Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 247.

45. No mesmo sentido do texto, Luiz Leonar do Cantidiano: "Alienação e aquisição de controle", p. 55.

o estatuto ser alterado por acionistas representantes de ações com direito a voto.

2.5 Demais aspectos do alcance subjetivo

No que se refere ao alcance subjetivo da arbitragem prevista nos estatutos das companhias, deve-se examinar, também, a possibilidade ou não de se vincular partes em conflitos que não os previstos no art. 109, § 3º, da Lei das S/A, a exemplo daqueles que envolvam apenas acionistas minoritários, apenas acionistas controladores ou, ainda, os conflitos entre a companhia ou os acionistas, de um lado, e os administradores ou qualquer terceiro, de outro.

É certo que a Lei das S/A prevê, expressamente, apenas duas espécies de conflitos suscetíveis de serem dirimidos por arbitragem: (i) entre acionistas e a companhia, ou (ii) entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários.

Trata-se, portanto, do chamado silêncio eloquente. Certo ou errado, não importa, entendeu o legislador que somente naquelas duas hipóteses poderia a vontade da maioria vincular os acionistas, pois apenas nesses casos, segundo o seu entendimento, haveria necessariamente um legítimo interesse social.

No caso de quaisquer outros conflitos, para que sejam dirimidos por arbitragem, faz-se necessário que as partes envolvidas tenham concordado nesse sentido. Isto porque nessas outras hipóteses, conforme ainda o legislador, haveria apenas um interesse individual das partes e, portanto, não poderia a vontade da companhia vincular aqueles que assim não o desejassem.

Em tais hipóteses, são aplicáveis as disposições da Lei de Arbitragem que exigem a expressa manifestação de vontade para que a parte se vincule à cláusula compromissória.

Disso resulta o imperativo de se examinar a possibilidade e os efeitos da instauração do juízo arbitral em face de litígios envolvendo partes vinculadas e não

vinculadas à cláusula compromissória. Para tanto, impende distinguir se a hipótese é de litisconsórcio *necessário unitário*, *necessário simples*, *facultativo simples* ou *facultativo unitário*, assim como determinar os limites do fenômeno conhecido como *substituição processual*.

Conforme já se anotou em sede doutrinária, apesar das falhas do art. 47 do Código de Processo Civil,⁴⁶ a obrigatoriedade ou não da presença simultânea de duas ou mais pessoas como co-autores ou como co-réus para a regular constituição do processo (litisconsórcio necessário *versus* litisconsórcio facultativo), não pode ser confundida com a necessidade de a situação jurídica submetida à apreciação judicial ter ou não que receber uma decisão uniforme (litisconsórcio unitário *versus* litisconsórcio simples).

Não obstante o mencionado art. 47 dar a entender que todo o litisconsórcio unitário é, *ipso facto*, necessário, lembra José Carlos Barbosa Moreira exemplos em que seria inviável exigir a presença de todos os possíveis litisconsortes no mesmo pólo da relação processual — apesar de o decisório ser obrigatoriamente uniforme para todos — entre outros, um que interessa diretamente à presente pesquisa: o da ação proposta por um ou alguns acionistas visando a anular deliberação da assembleia social. E salienta: "(...) mas é incontestável que, na hipótese de litigarem juntas duas ou mais pessoas, com igual fundamento, em qualquer dos casos mencionados a sentença de mérito há de ter, para todas, teor *homogêneo*, sendo inconcebível que se julgue procedente o pedido de uma e improcedente o de outra. Na prática, não se poderá deixar de submeter a regime especial semelhante litisconsórcio, que é unitário, embora fa-

46. Art. 47 do CPC: "Há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo".

cultativo, diga o que disser o art. 47"⁴⁷ (grifos do original).

Acrescenta o destacado processualista que, por outro lado, existem casos em que, apesar de indispensável à co-participação de vários sujeitos no mesmo pólo do processo, o órgão judicial fica livre para decidir, no mérito, a sorte de cada litisconsorte, acolhendo a defesa de uns e repelindo a de outros. Exemplifica com a ação de usucapião de imóvel particular, em que são litisconsortes passivos necessários o presuntivo titular da propriedade e todos os respectivos confinantes (CPC, art. 942), para concluir: "A tal possibilidade, aliás, não se opõe o art. 47, de cujo texto *não se infere que todo litisconsórcio necessário seja só por isso unitário*. De tudo isso, uma única conclusão é lícito tirar: a de que, apesar do infeliz art. 47, subsiste na própria natureza das coisas a distinção entre *necessariedade* e *unitariedade* do litisconsórcio" (grifos do original).

Estabelecidas tais premissas, resulta que o juízo arbitral não poderá ser instaurado ou prosseguir na hipótese de *litisconsórcio necessário*, tanto o *simples* como o *unitário*, salvo se todos os possíveis litisconsortes integrarem efetivamente o processo arbitral. É que, obrigatória a presença de todos na relação processual e não sendo viável submeter à arbitragem aqueles não vinculados à cláusula compromissória, só restaria ao árbitro, se já investido desta função, extinguir o processo arbitral sem julgamento do mérito, para que a lide possa ser resolvida pelo Judiciário.⁴⁸

Nenhum obstáculo, entretanto, à instauração do juízo arbitral, na hipótese de *litisconsórcio facultativo simples*. Como as decisões não precisam ser uniformes para

todos os possíveis litisconsortes, inexistirá inconveniente ou impedimento a que alguns se submetam à arbitragem, por força da cláusula compromissória, e outros recorram à Justiça estatal.

Problema mais árduo é a hipótese de *litisconsórcio facultativo unitário*, com a sua peculiar característica: não se impõe a presença de todos os possíveis litisconsortes na relação processual, mas a decisão terá de ser uniforme para todos os sujeitos da mesma relação de direito material.

Segundo a clássica teoria individualista do direito processual, incorporada ao direito positivo pelo art. 472 do Código de Processo Civil, "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros".

No entanto, aplicada essa teoria aos casos de litisconsórcio facultativo unitário, como o do exemplo já lembrado — ação proposta por acionista visando a anular deliberação de assembleia geral —, possivelmente geraria grandes perplexidades, visto que, em tese, a mesma deliberação poderia ser considerada válida para alguns acionistas e inválida para outros, conforme a sentença proferida em cada litígio individual.

Com o objetivo de obviar tal inconveniente, bem como o da massificação dos litígios, gerando o denominado "litisconsórcio multitudinário", construiu a doutrina, com o apoio em esparsas disposições legais, a teoria da *substituição processual*, fenômeno de legitimação extraordinária que, nos casos de litisconsórcio facultativo unitário, autoriza o autor da ação (*substituto*) a representar *todos os que poderiam participar do processo como litisconsortes*, mas não participaram (*substituídos*). Como exemplos típicos de demandas em que ocorre a substituição processual, podem ser mencionadas a ação popular (Lei 4.717/1965), a ação civil pública (Lei 7.347/1985) e as ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

Apesar de todos serem a favor da substituição processual, na medida em que re-

47. Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 377.

48. Cf. Humberto Theodoro Júnior, "Arbitragem e terceiros — Litisconsórcio fora do pacto arbitral — Outras intervenções de terceiros", p. 252 e J. E. Carneira Alvim, "Intervenção de terceiros na arbitragem", p. 271.

solve satisfatoriamente inúmeros problemas, diverge a doutrina sobre algumas questões fundamentais que lhe dizem respeito.

Sustentam alguns que só se admite a substituição processual nas hipóteses expressamente contempladas em lei, pois só esta poderia determinar os limites da extensão subjetiva e da eficácia da sentença em relação aos substituídos; outros a admitem mediante construção dogmática, sempre que se apresentar como um imperativo da "realidade da vida".

Entre os últimos, ainda há divergências: para uns, omissa a lei, a eficácia da coisa julgada material só se estenderia aos substituídos para beneficiá-los (*secundum eventum litis*); para outros, ela se estenderia tanto nos casos de procedência como de improcedência do pedido, impedindo sempre a renovação da mesma demanda.⁴⁹

Como a lei é omissa sobre a substituição processual quando em causa relações tipicamente societárias, processualistas e comercialistas se dividem entre as correntes acima indicadas.

Paulo Cezar Aragão,⁵⁰ em artigo doutrinário sobre os aspectos processuais da legislação societária, publicado em 1989, mas ainda atual, relaciona vários exemplos que levariam a situações absurdas, se adotado o entendimento de que a eficácia da sentença proferida em face do substituído só se estenderia ao substituído para beneficiá-lo.

Lembra a hipótese de improcedência do pedido de dissolução da sociedade formulado pelo acionista "A"; meses depois, idêntico pedido poderia ser acolhido, se formulado pelo acionista "B", pelos mesmos fundamentos. Disso resultaria a situação absurda

49. Para aqueles que admitem a substituição processual apenas nos casos expressamente previstos em lei, não há praticamente campo para divergências a respeito dos efeitos da coisa julgada material, tendo em vista que, em regra, as próprias leis que a instituem incumbem-se de determinar-lhe o alcance.

50. Cf. Paulo Cezar Aragão, "Aspectos processuais da legislação societária", pp. 64, 65.

de a sociedade não mais existir para todos os demais acionistas, exceto para o acionista "A", por força da coisa julgada.

Com base nesse e em outros argumentos, e a nosso ver corretamente, conclui que: "a coisa julgada deve, mesmo à falta de norma específica, ser considerada como op-nível *erga omnes* independentemente do resultado do processo, vinculando os terceiros interessados quer seja considerado válido ou não o ato societário impugnado. Entre os comercialistas é esse o entendimento de Vidari, Navarrini e Rocco, seguido por processualistas do nível de Carne-lutti, Zanzucchi, Chiovenda e Kisch, para os quais existe um evidente caso de substituição processual (onde, como é notório, a coisa julgada abrange todos os substituídos), não sendo admissível o reconhecimento de uma coisa julgada *secundum eventum litis*, que, de toda sorte, levaria a resultados práticos muito estranhos, como já dito".

Verdadeira a premissa, resulta que, em se tratando de *litisconsórcio facultativo unitário*, o juízo arbitral poderá ser instaurado e prosseguir *se todos os possíveis litisconsortes estiverem vinculados à cláusula compromissória* (independentemente do fato de todos terem ou não firmado o compromisso arbitral). Se, por exemplo, apenas forem partes do litígio acionistas da companhia, não haverá qualquer problema quanto à instauração do procedimento arbitral, pois todos estarão necessariamente vinculados à cláusula arbitral, conforme acima já exposto. No entanto, havendo outras partes e inexistindo a vinculação de todos, eventual litígio só poderia ser resolvido pela Justiça estatal, visto que não seria possível estender a eficácia da decisão do árbitro aos terceiros não vinculados àquela cláusula, pois não poderiam estes ser considerados como "substituídos".

3. Limites objetivos da arbitragem prevista nos estatutos sociais

A lei societária não dispõe sobre os limites objetivos da arbitragem, ou seja,

nada preceitua sobre o que pode ou não pode ser objeto de litígio envolvendo as partes vinculadas à cláusula compromissória.

No entanto, a Lei de Arbitragem prevê que a mesma se aplica apenas a conflitos relativos a direitos disponíveis e patrimoniais.

Segundo Cláudio Vianna de Lima, são considerados *disponíveis* "os direitos que incidem sobre bens que se podem livremente alienar, de que se pode apropriar sem necessidade de autorização judicial (...)".⁵¹

A indisponibilidade de determinados direitos pode se dar em decorrência: (i) da própria natureza do bem (ex., ar atmosférico na qualidade de massa gasosa), (ii) de lei (ex., bens públicos de uso comum e de uso especial), e (iii) da própria vontade humana (ex., cláusula de inalienabilidade).⁵²

Nas companhias, essa indisponibilidade deverá, portanto, ser verificada caso a caso para saber se determinada disputa poderá ou não ser submetida à arbitragem.

Por outro lado, são considerados *patrimoniais* "os direitos sobre bens susceptíveis de quantificação, que podem ser avaliados ou auferidos economicamente, em dinheiro".⁵³

São exemplos de direitos patrimoniais os de propriedade, os de crédito e os autorais. São extrapatrimoniais, o direito à vida, à liberdade, à honra etc.⁵⁴

Quanto ao caráter patrimonial, pode-se dizer que todos os direitos inerentes à condição de acionista são patrimoniais, pois todos são susceptíveis de avaliação econômica, inclusive e principalmente o direito de voto. Este direito, por sua vez, não pode ser confundido com o direito político que todo o cidadão tem de eleger seus repre-

51. Cláudio Vianna de Lima Lima, *Curso de Introdução à Arbitragem*, p. 14.

52. Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. 1, p. 285.

53. Cláudio Vianna de Lima, *Curso de Introdução à Arbitragem*, p. 14.

54. Cf. Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, p. 204.

sentantes nos Poderes Executivo e Legislativo, imprescindível à configuração do Estado Democrático de Direito, e, por conseguinte, inalienável e indisponível.

Saliente-se que a participação de cada acionista no capital votante de uma companhia está intrinsecamente ligada aos direitos que esse acionista poderá exercer e, conseqüentemente, ao valor que este acionista poderá obter pelo bloco de suas ações. Com 5% (cinco por cento) do capital votante é possível ao acionista, por exemplo, convocar a assembléia geral, nos casos em que a lei menciona (cf. art. 123, parágrafo único, *d*, da Lei das S/A); com um décimo do capital social com direito a voto, pode o acionista requerer a adoção do voto múltiplo para a eleição dos membros do conselho de administração (cf. art. 141 da Lei das S/A), assim como requerer a instalação do conselho fiscal (cf. art. 161, § 2º, da Lei das S/A).

A correlação entre os direitos conferidos por determinado bloco de ações e o seu valor pecuniário sobressai quando se está alienando o controle de determinada companhia. Neste caso, em regra, o adquirente do bloco de controle paga um valor muito superior ao que seria pago se o controle não estivesse envolvido.

Por fim, lembre-se que a maior valia do bloco de controle é, inclusive, reconhecida no art. 254-A da Lei das S/A, que trata da necessidade de se fazer uma oferta pública para aquisição de ações, quando da alienação do controle de companhia aberta, por preço mínimo correspondente a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante daquele bloco.

4. Abuso de poder de controle e "due process of law"

O vigente Código Civil brasileiro dispõe sobre o abuso de direito, em seu art. 187, ao preceituar que "comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impos-

tos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.

Já o art. 117 da Lei das S/A, antes mencionado, que indica alguns exemplos de abuso de poder de controle, considera expressamente como fato caracterizador desse abuso a realização de alteração estatutária que não tenha por fim o interesse da companhia e vise a causar prejuízo a acionistas minoritários.

Caracterizado o abuso do poder de controle e comprovado o dano patrimonial efetivo, responderá o acionista controlador por perdas e danos ao acionista prejudicado, sem embargo da possibilidade de ser anulada a deliberação assemblear, por ter sido adotada em desconformidade com a lei.⁵⁵

Todavia, em princípio, as deliberações do acionista controlador são tidas como voltadas para o interesse social, cabendo ao acionista que se sentir prejudicado o ônus de provar o descumprimento da lei, no caso de inexistência desse interesse.

Portanto, a inserção de cláusula compromissória arbitral, por si só, não pode ser considerada como sendo abusiva, até mesmo porque a possibilidade de se dirimir os conflitos sociais por arbitragem está prevista na própria Lei das S/A.

No caso, porém, de a cláusula compromissória visar tão-somente a dificultar o direito de defesa (*lato sensu*) de todos os demais acionistas da companhia, que não o controlador, poderá configurar-se o abuso do poder de controle.

É possível, no entanto, em determinados casos, que, apesar de a deliberação que instituir a cláusula arbitral estatutária atender ao interesse social, essa cláusula venha a ferir o princípio da igualdade processual das partes — considerada a condição específica de certos acionistas —, o que deverá ser analisado caso a caso.⁵⁶

55. Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, p. 509.

56. O princípio da igualdade processual está estabelecido na Constituição Federal como sendo um

Imagine-se a hipótese de o estatuto de companhia sediada no Rio de Janeiro estabelecer que as suas disputas com os acionistas serão decididas por arbitragem em Paris, pela Câmara de Comércio Internacional (CCI). Neste caso, em se tratando de um acionista minoritário sem muitos recursos, a arbitragem em Paris impediria, na prática, o seu acesso à câmara arbitral, simplesmente por não ter dinheiro suficiente para pagar as suas taxas e os honorários dos árbitros e peritos, aos quais se somariam as despesas com viagens pessoais que se fizessem necessárias para prestar depoimento e os custos dos advogados a serem contratados.⁵⁷

Isso não ocorreria, entretanto, se o acionista minoritário tivesse recursos suficientes para instaurar ou se defender em qualquer procedimento arbitral, não importa onde. Às vezes, determinado acionista minoritário — lembre-se que tal característica está ligada apenas à ausência do poder de controle — é economicamente mais poderoso do que a própria companhia em que detém participação, o que ocorre, em regra, quando esse acionista é uma entidade de previdência privada ou uma instituição financeira.

Na primeira hipótese — a do acionista de poucos recursos —, os altos custos da

direito fundamental e encontra-se repetido na própria Lei de Arbitragem, no § 2º de seu art. 21.

57. Os custos de uma arbitragem administrada pela CCI, p. ex., seguem uma escala de acordo com o valor da controvérsia, de um mínimo de US\$2.500,00 para causas de até US\$50.000,00 a um máximo de US\$75.800,00 para causas de valor superior a US\$80.000.000,00.

A fixação dos honorários dos árbitros também obedece a uma escala, de acordo com o valor da disputa, que também varia de no mínimo US\$ 2.500,00 a no máximo 17% do valor da causa, sendo certo que nas controvérsias de valor superior a US\$ 100.000.000,00 os honorários mínimos serão de 0,01% do valor em disputa e os máximos de 0,05% do mesmo valor. Havendo 3 (três) árbitros, os valores dos honorários serão elevados a um montante que normalmente não excederá o triplo dos valores previstos para o árbitro único (cf. Ricardo Ramalho Almeida, “Aspectos práticos da arbitragem”, p. 398).

arbitragem poderiam efetivamente impedir o acesso à justiça e, conseqüentemente, ao *due process of law*.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando dispositivo constitucional da Carta de 1967, similar ao contido no art. 5º, XXXV, da Constituição vigente, já se pronunciou sobre a ilicitude de se criarem obstáculos ou ônus excessivos que importem, direta ou indiretamente, em violação ao direito fundamental de ação.⁵⁸ No presente caso, isso resultaria da impossibilidade ou dificuldade de acesso de determinado acionista ao procedimento de arbitragem, em face dos pesados ônus resultantes da câmara arbitral escolhida pela companhia em seu estatuto social.

Lembre-se, no entanto, que a justiça estatal brasileira também não é barata, muito pelo contrário. É possível, inclusive, que uma disputa judicial supere os custos de uma arbitragem na solução de determinado conflito.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “(...) o custo do processo e a miserabilidade das pessoas ocupam, apesar de não preencherem todo o espaço, lugar de muito destaque nas preocupações acerca da universalidade da tutela jurisdicional. *A justiça é cara e da brasileira pode-se dizer o que com sarcástico humor britânico fora dito: is open to all, like the Ritz Hotel*”⁵⁹ (grifamos).

Visando a evitar a discussão sobre a eventual ineficácia de cláusula arbitral, por implicar em ônus excessivo para determinada parte ou ferir o princípio da igualdade processual, poderia a companhia constituir uma reserva contábil específica, conforme permitido pelo art. 194 da Lei das S/A, com o objetivo exclusivo de adiantar as despesas diretamente vinculadas à arbi-

tragem, para aqueles acionistas que necessitarem e assim requererem.⁶⁰

Cabe esclarecer que o controle da existência de eventuais vícios na cláusula arbitral poderá ser feito no próprio foro arbitral, conforme preceitua o art. 8º da Lei de Arbitragem,⁶¹ ou no foro judicial, caso ainda não tenha sido instituída a arbitragem. É certo que Arnoldo Wald entende ser exclusiva a competência dos árbitros para decidir sobre a eficácia da cláusula compromissória e sobre a validade do contrato, tendo em vista o princípio da competência-competência, também denominado *Kompetenz-Kompetenz*,⁶² opinião à qual adere Pedro A. Batista Martins.⁶³

Por seu turno, Teresa Arruda Alvim Wambier entende que o Poder Judiciário tem sempre jurisdição para decidir sobre sua competência e, bem assim, sobre a “competência” do juízo arbitral.⁶⁴

Ambas opiniões, todavia, devem ser acolhidas com as devidas cautelas, em que pese a autoridade dos citados autores.

Com efeito, a *exceptio compromissi*, prevista no art. 267, VII, do Código de Pro-

60. Os adiantamentos, por sua vez, não necessitariam cobrir o total das despesas, mas tão-somente a diferença entre as taxas arbitrais somadas aos honorários dos árbitros e as taxas e custas judiciais. Também não precisariam ser adiantados pela companhia valores correspondentes a honorários de advogados ou de peritos, pois estes deveriam ser arcados, de qualquer forma, pelas partes envolvidas, se a disputa estivesse sendo resolvida pelo juízo estatal.

61. “Art. 8º. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”

62. Cf. Arnoldo Wald, “A recente evolução da arbitragem no Direito brasileiro (1996-2001)”, p. 152.

63. Cf. Pedro A. Batista Martins, “Cláusula compromissória”, p. 216.

64. Cf. Teresa Arruda Wambier, “Nulidades do processo e da sentença”, p. 65.

58. STF, Representação 1.077-RJ (Tribunal Pleno), Rel. Ministro Moreira Alves, RTJ 112/62.

59. *Apud* Marco Antonio de Barros, “Jurisdição e juízo arbitral”, p. 62.

cesso Civil brasileiro, pode ser utilizada quando uma parte insiste em dirimir o litígio pela via judicial, a despeito de haver se vinculado à cláusula arbitral. Não impede, entretanto, que a parte questione em juízo, precisamente, a existência, validade ou eficácia de cláusula arbitral, desde que a arbitragem ainda não tenha sido instituída.

Se prevalecesse o entendimento dos Professores Arnoldo Wald e Pedro A. Batista Martins, sem qualquer ressalva, haveria o risco de acionistas, com menor poder aquisitivo, ficarem sem amparo para poder discutir questões envolvendo a própria licitude da convenção de arbitragem.

É o que ocorreria, como no exemplo citado, se as controvérsias societárias tivessem de ser dirimidas por arbitragem a ser realizada em Paris, pela CCI, e o acionista não tivesse recursos financeiros suficientes ou não recebesse da companhia o adiantamento necessário para fazer face aos seus elevados custos.

Por outro lado, se já tiver sido instituída a arbitragem, o juízo estatal somente poderá se manifestar sobre os vícios do compromisso após a sentença arbitral, conforme expressamente dispõe o art. 33 da Lei de Arbitragem.⁶⁵ Note-se que, neste caso, não fica prejudicado o direito de argüir eventuais vícios do compromisso arbitral; se não forem detectados, desde logo, pelo

65. "Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. § 1º. A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento. § 2º. A sentença que julgar procedente o pedido: I — decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII; II — determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses. § 3º. A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e ss. do Código de Processo Civil, se houver execução judicial."

árbitro, poderão ser constatados e declarados pelo Judiciário, quando do exame da sentença arbitral.

Declarada a inexistência, invalidade ou ineficácia da cláusula arbitral estatutária, pelo juízo arbitral ou estatal, caberá ao Judiciário dirimir os conflitos que, de outro modo, estariam sujeitos à arbitragem.

5. Conclusão

A arbitragem é extremamente benéfica à boa governança corporativa das companhias, tendo em vista a celeridade do procedimento, a especialidade dos árbitros e a possível estipulação de confidencialidade.

No entanto, o texto introduzido pela Lei 10.303/2001, dispondo expressamente sobre a possibilidade de o estatuto social prever o juízo arbitral como forma de resolução de conflitos entre a companhia e seus acionistas ou entre os acionistas controladores e minoritários, não é muito claro sobre o alcance subjetivo e objetivo da arbitragem. Dessa forma, cabe aos operadores do direito identificar esses limites.

Em relação ao alcance subjetivo da cláusula arbitral estatutária pode-se afirmar que a arbitragem é possível tanto em relação a companhias abertas quanto a companhias fechadas.

Pode-se concluir, ainda, que a cláusula compromissória estatutária vincula todos os acionistas da companhia — inclusive os dissidentes da respectiva deliberação assemblear que institui a arbitragem ou os acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito —, independentemente da forma pela qual passaram a deter ações da companhia ou da posição assumida quando da alteração do estatuto que inseriu a referida cláusula.

Chega-se a essa conclusão interpretando o novo dispositivo legal à luz, principalmente, dos demais dispositivos da Lei das S/A, da Lei de Arbitragem e da Constituição, com base nas seguintes proposições:

a) a formalidade imposta pelo art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem — adesão expressa ao juízo arbitral por todas as partes — não é aplicável à cláusula arbitral prevista no estatuto social, visto que este não configura um contrato de adesão;

b) a Lei das S/A não impõe requisitos adicionais à vinculação de acionistas à cláusula arbitral, como faz em relação à cláusula que limita a circulação de ações (art. 36 da Lei das S/A) e ao acordo de acionistas (art. 118 da Lei das S/A), motivo pelo qual a vinculação dos acionistas a ela independe de qualquer formalidade, salvo a regular alteração estatutária;

c) a inserção da cláusula arbitral não gera direito de recesso nem necessita de aprovação ou ratificação por assembleia especial, pois nada dispôs a lei nesse sentido;

d) a instituição da arbitragem não afronta qualquer direito individual dos acionistas, pois está prevista no próprio artigo da lei societária que trata desses direitos individuais;

e) a expressão "acionistas minoritários" deve ser entendida de forma a abranger todos os acionistas da companhia não detentores do poder de controle;

f) não há violação ao princípio constitucional previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, por ser este um comando destinado ao legislador e não às partes de uma relação contratual;

g) a nova disposição legal sobre arbitragem não obriga as companhias a adotarem o procedimento arbitral, mas apenas faculta a sua adoção por aquelas que assim desejarem;

h) o STF, até o momento, quanto à necessidade de que todas as partes concordem com a arbitragem, só se pronunciou em relação aos contratos bilaterais, os quais não se confundem, sequer analogicamente, com os estatutos sociais; e

i) a Lei de Arbitragem prevê, em diversos de seus dispositivos, a possibilidade

de de acesso à via judicial, o que, por si só, afasta eventual alegação de inconstitucionalidade de qualquer cláusula arbitral.

Conclui-se, ainda, que o legislador não inovou ao possibilitar a inserção de cláusula de arbitragem nos estatutos sociais, pois isto já era possível desde o Código Comercial de 1850, baseado na Constituição de 1824. Inovou o legislador, apenas, ao deixar claro que a arbitragem não constitui afronta aos direitos individuais dos acionistas, autorizando a companhia, por decisão majoritária, vincular a si mesma e a todos os seus acionistas à cláusula arbitral.

Entendimento oposto limitaria, em muito, as controvérsias societárias passíveis de decisão por arbitragem, visto que não estando todos os acionistas da companhia vinculados à cláusula arbitral, qualquer demanda que dissesse respeito à respectiva coletividade — a exemplo da declaração de invalidade de determinada deliberação social — não poderia ser objeto de arbitragem.

A vinculação de todos, entretanto, apenas se verificará em litígios entre a companhia e os seus acionistas ou entre acionistas controladores e minoritários.

Os demais conflitos, a exemplo das controvérsias apenas entre acionistas minoritários, ou apenas entre acionistas controladores, ou ainda, entre a companhia ou acionistas, de um lado, e os administradores, de outro, não poderão ser resolvidos por arbitragem, salvo com a concordância expressa de todas as partes envolvidas.

Examinando-se, igualmente, os efeitos da instauração do juízo arbitral em face de litígios envolvendo partes vinculadas e não vinculadas à cláusula compromissória, resulta da presente pesquisa que na hipótese de litisconsórcio necessário, tanto o simples quanto o unitário, salvo se todos os possíveis litisconsortes integrarem efetivamente o processo arbitral, não poderá ser instaurado ou prosseguir validamente aquele juízo. No caso de litisconsórcio facultativo simples, nenhum obstáculo existirá ao

juízo arbitral, que poderá ser instaurado e prosseguir mesmo que nem todos os interessados estejam submetidos à cláusula compromissória.

Já no caso de litisconsórcio facultativo unitário, em que ocorre a substituição processual, o juízo arbitral somente poderá ser instaurado e prosseguir regularmente se todos os possíveis litisconsortes estiverem vinculados à cláusula compromissória (independentemente do fato de todos terem ou não firmado o compromisso arbitral), pois de outro modo não haveria como estender aos substituídos a eficácia da coisa julgada resultante da sentença proferida pelo árbitro.

Quanto ao alcance objetivo da arbitragem, só se aplica a conflitos envolvendo direitos disponíveis e patrimoniais.

Tendo em vista que todos os direitos relacionados às companhias têm caráter patrimonial — inclusive e principalmente o direito de voto — será necessário verificar, apenas, se são disponíveis, caso a caso, para saber se podem ser objeto de arbitragem.

É suscetível de repressão pelo Judiciário o eventual abuso do poder de controle quando da inserção de cláusula arbitral estatutária, caso em que a deliberação assemblear poderá se anulada e o controlador responsabilizado.

Finalmente, conclui-se que pode não haver abuso do poder de controle, mas infração aos princípios assegurados constitucionalmente da igualdade processual das partes e do *due process of law*, o que deverá ser apurado diante de cada caso concreto. Nesta hipótese, poderá o acionista questionar a eficácia da cláusula arbitral estatutária na Justiça comum, se ainda não tiver sido instituída a arbitragem, ou no foro arbitral, se já tiver sido instituída. Neste último caso, o Judiciário poderá se manifestar sobre eventuais vícios do compromisso após a sentença arbitral, conforme dispõe o art. 33 da Lei de Arbitragem.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. "Aspectos práticos da arbitragem", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 14, São Paulo, Ed. RT, out.-dez. 2001.
- ALVIM, J. E. Carreira. "Intervenção de terceiros na arbitragem", in MARTINS, Pedro A. Batista e GARCEZ, José Maria Rossani. *Reflexões sobre Arbitragem: "in memoriam" do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo, LTr, 2002.
- ARAGÃO, Paulo Cezar. "Aspectos processuais da legislação societária", *RT* 641, São Paulo, Ed. RT, mar. 1989.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo, Saraiva, 1969.
- BARROS, Marco Antonio de. "Jurisdição e guizado arbitral", *RT* 738, São Paulo, Ed. RT, abr.1997.
- CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S/A*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- _____. "Alienação e aquisição de controle", in *Direito Societário & Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro, Renovar, 1996.
- CARTA DYNAMO 34, 1º semestre 2002.
- CARVALHOSA, Modesto. "Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§ 3º do art. 109)", in LOBO, Jorge. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas, Inovações e Questões Controvertidas da Lei 10.303, de 31.10.2001*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- _____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. 2. São Paulo, Saraiva, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. São Paulo, Saraiva, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. São Paulo, Saraiva, 1940.
- FLAKS, Luís Loria. "Aspectos societários do resgate de ações", *RDM* 123, São Paulo, Malheiros Editores, jul.-set. 2001.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

- Informativo CVM*, 2.3.2003, Rio de Janeiro.
- LIMA, Cláudio Vianna de Lima. *Curso de Introdução à Arbitragem*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.
- MARTINS, Pedro A. Batista. "A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada", in MARTINS, Pedro A. Batista e GARCEZ, José Maria Rossani (orgs.). *Reflexões sobre Arbitragem: "in memoriam" do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo, LTr, 2002.
- _____. "Cláusula compromissória", in MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e Aplicação do Direito*. Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. Forense, Rio de Janeiro, 1999.
- MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. "Reflexões sobre o direito de recesso na Lei das Sociedades por Ações", in LOBO, Jorge. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas, Inovações e Questões Controvertidas da Lei 10.303, de 31.10.2001*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- NAVARRINI, U. e FAGGELLA, G. *Das Sociedades e Associações Comerciais*. v. II. Trad. ed. italiana por LOEHNEFINKE, Valentina Borgerth. Rio de Janeiro, José Konfino, 1950.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões. "Natureza jurídica da companhia", *Revista de Direito Renovar* 12, Rio de Janeiro, Renovar, set.-dez. 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 2000.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A arbitragem no sistema jurídico brasileiro", in GARCEZ, José Maria Rossani (org.). *A Arbitragem na Era da Globalização*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. "A arbitragem como meio de solução de controvérsias", *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano I, n. 2, Porto Alegre, Síntese, nov.-dez. 1999.
- _____. "Arbitragem e terceiros — Litisconsórcio fora do pacto arbitral — Outras intervenções de terceiros", in MARTINS, Pedro A. Batista e GARCEZ, José Maria Rossani (orgs.). *Reflexões sobre Arbitragem: "in memoriam" do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo, LTr, 2002.
- WALD, Arnold. "Sociedade anônima. Interpretação do art. 16 da Lei 6.404/1976. Descabimento de assembléia especial de acionistas ordinários de determinada classe", *RT* 626, São Paulo, Ed. RT, dez. 1987.
- _____. "A recente evolução da arbitragem no Direito brasileiro (1996-2001)", in MARTINS, Pedro A. Batista e GARCEZ, José Maria Rossani (orgs.). *Reflexões sobre Arbitragem: "in memoriam" do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo, LTr, 2002.
- WAMBIER, Teresa Arruda. *Nulidades do Processo e da Sentença*. São Paulo, Ed. RT, 1997.