



## **DOCTRINA – A ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLVER CONFLITOS SOCIETÁRIOS**

*Professor Mestre Paulo Egídio Seabra Succar<sup>i</sup>*

*Professor da Faculdade de Direito - UPM*

Foi num encontro com os ilustres professores *Modesto Carvalhosa* e *Armando Rovai* que senti o estímulo necessário a refletir sobre o tema. Era preciso preparar-me para “enfrentar” o mestre de todos nós, professor *Modesto Carvalhosa* num evento organizado por *Rovai*. Debruçando-me sobre a doutrina e jurisprudência deparei-me com diversas opiniões, algumas defendendo e apoiando a afirmação que intitula esse artigo, outras admitindo-a com reservas, e os que a negam por completo. Nessa preparação convenci-me que a arbitragem como meio de resolver conflitos societários oferece inúmeras vantagens em relação aos outros meios de resolução de conflitos, especialmente se comparada à alternativa judiciária.

Recente decisão publicada no VALOR ECONÔMICO de 10/03 no caderno Legislação & Tributos, de autoria da jornalista *Josette Goulart* milita em favor da nossa proposta.

O banqueiro Daniel Dantas, que detinha 0,03% do capital da Valepar, controladora da Vale do Rio Doce, foi obrigado a submeter seu pedido de indenização pela diluição da participação que tinha na empresa a um tribunal arbitral. O juízo de primeira instância extinguiu o processo sem analisar o mérito do processo

por entender que o caso deve ir a um tribunal arbitral, como prevê o acordo de acionistas.

## **Breve introdução sobre o desenvolvimento da arbitragem no Brasil**

Conforme decidiu o Juízo no caso *Dantas X Valepar* é pleno o poder vinculante da cláusula compromissória nos contratos e estatutos sociais das sociedades empresárias.

Pretendendo ser didático e científico, dividindo este trabalho em três partes; primeiro tratando de uma breve explicação sobre a arbitragem e seu desenvolvimento no Brasil para, em seguida, tratar da aplicabilidade da cláusula compromissória no âmbito societário, explorando, nele, questões de natureza constitucional e contratual e, ao final, as vantagens da arbitragem como meio de resolução de conflitos no âmbito das sociedades e a maior propriedade dos Tribunais Arbitrais para conhecer e julgar tais litígios.

### **A arbitragem e seu desenvolvimento no Brasil**

A arbitragem não é um instituto novo no Brasil. Desde a Constituição Imperial (1824) há previsão legal para aplicação de arbitragem para resolução dos conflitos privados. Naquela época e mesmo depois da inserção da arbitragem no Código de Processo Civil de 1939 o instituto sempre foi caracterizado pelo desuso. Havia descrença na eficácia da cláusula compromissória.

A arbitragem é uma modalidade de estipulação contratual entre as partes. No mesmo calor das negociações dos contratantes quanto ao objeto do contrato, as condições de pagamento, as garantias pelo eventual descumprimento das

obrigações contratadas, também se discute a eleição de pessoa ou instituição, bem como sobre normas e procedimentos para serem seguidos em caso de dúvida ou litígio relativamente a tal negócio jurídico. A resolução de eventual e futura controvérsia será confiada a um árbitro ou a um Tribunal Arbitral, eleito pelas partes ao tempo em que contratavam seu negócio.

Uma vez estipulada, a cláusula de compromisso arbitral retira da Justiça Comum ou Ordinária a competência para conhecer e resolver o litígio. A questão, necessariamente, será apreciada pelo árbitro ou pelo Juízo Arbitral escolhido pelas partes ao tempo da contratação.

Tal solução somente poderá ser prevista em contratos que versem sobre direitos patrimoniais e disponíveis.

Agora revigorado pela Lei n. 9.307, de 1996, o instituto útil e eficiente da arbitragem ganha adeptos. Numa época em que nem mesmo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (antigos Juizados de Pequenas Causas) se mostram capazes de vencerem a demanda de litígios, a arbitragem vem se firmando como uma ótima alternativa para solução rápida e eficiente dos litígios.

As partes, optando pela cláusula arbitral, poderão fazê-la pelas chamadas cláusula cheia e cláusula vazia. Ambas estão inseridas no contexto do contrato. Na cláusula cheia as partes descem a minúcias, indicando o nome do árbitro que será chamado em caso de litígio, os procedimentos a serem adotados por ele, etc. A cláusula vazia se caracteriza tão somente pela menção de que as partes submeterão ao juízo arbitral eventual e futuro litígio. Nesse caso as questões procedimentais serão determinadas pelo árbitro.

Em qualquer dos casos, repita-se, as partes renunciam ao direito de ir ao Poder Judiciário para resolverem a questão. O

máximo que o Poder Judiciário fará, quando e se for o caso, é nomear o árbitro no caso, “*v.g.*”, do eleito estar impedido ou por ter falecido à época do conflito. Neste caso, o Poder Judiciário somente intervirá para nomear um novo árbitro, sem poder conhecer do litígio, visto que está proibido de se manifestar diretamente sobre a matéria.

Quanto a pessoa do árbitro, deve ser ele imparcial na solução do litígio, tanto quanto um juiz togado. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz (maior de 18 anos e em pleno gozo de suas habilidades físicas e mentais) e que goze de idoneidade profissional (domínio de técnica) e ilibada reputação pessoal.

Além disso, o árbitro deve imprimir na sua atuação os princípios da diligência e da eficiência. Não é obrigatório que o árbitro seja eleito já na celebração do contrato. Mas é bastante comum elegerem-se entidades como as Câmaras de Comércio – tais como a Brasil-Espanha, Brasil-Estados Unidos ou Brasil-Canadá como juízos arbitrais.

O árbitro nomeado pelas partes deve quedar-se eqüidistante delas. Apesar disso ele tem deveres para com as partes. O dever de tentar, sempre que possível, a conciliação entre os litigantes e o dever de manter total confidencialidade sobre o teor de suas deliberações.

De toda forma é importante frisar que a decisão arbitral resolve definitivamente o litígio entre as partes. Não há recursos, nem espera na fila dos Tribunais para uma eventual segunda decisão. Uma vez decidido o conflito pelo árbitro, a sentença arbitral é exigível imediatamente.

Nessa conformidade o Juízo Arbitral caminha a passos largos para desempenhar um novo e importante papel na agilização

e concretização do acesso à Justiça, papel que um dia também exerceram os Juizados Especiais, atualmente incapazes de superarem a invencível demanda de litígios que todos os dias são submetidos à sua apreciação.

É emblemático mencionar que atualmente os contratos empresariais têm prestigiado os meios alternativos de resolução de conflitos. Optam pela escolha de um único árbitro e utilizam o que se tem chamado de cláusula escalonada, na qual as partes contratantes comprometem-se a envidar todos os esforços por seus maiores executivos, sempre que se instalar uma dúvida ou conflito acerca do contrato, prevendo a tentativa de resolução do conflito primeiro pela mediação, depois pela arbitragem (por isso cláusula escalonada).

Segundo *Gilberto Giusti*<sup>1</sup>, os ingleses chamam toda e qualquer cláusula contratual de solução de conflitos de “*midnight clause*”, por ser sempre a última a ser discutida e negociada. Nessa fase das negociações as partes já estão exaustas pela energia despendida nas cláusulas anteriores. De tão importante a cláusula arbitral *Giusti* propõe que essas cláusulas (alternativas de solução de conflitos), mormente quando prevejam a **arbitragem** como método de pacificação de conflito, passem a ser “*early bird clauses*”, ou seja, as primeiras a serem discutidas e negociadas entre as partes, tamanha é a sua relevância.

A opção pela cláusula arbitral vem crescendo mesmo fora dos grandes centros urbanos, onde a crise do judiciário é mais aguda. O empresário João Maciel, de 41 anos, presidente da Associação dos Lojistas do Shopping Iguatemi Maceió, conseguiu

---

<sup>1</sup> Conforme Gilberto Giusti, brilhante e experimentado advogado, membro do escritório Pinheiro Neto Advogados, o qual dispensa apresentação, em sua intervenção no evento “O Empresário e as sociedades comerciais e os meios alternativos de solução de conflito”, realizado pela SP Arbitral em 8 e 9 de novembro de 2005.

resolver um problema que se arrastava havia dois anos com um inquilino que não pagava o aluguel nem desocupava o imóvel. Ele obteve na Câmara de Mediação e Arbitragem de Alagoas uma sentença favorável ao despejo. "Em dois meses, o inquilino foi despejado a força por ordem de um juiz que reconheceu o valor da sentença da câmara", festeja o empresário.

Não há nenhuma estatística no País sobre a evolução dos casos de solução extrajudicial de conflitos em câmaras de mediação e arbitragem, mas esta alternativa à Justiça comum ganha cada vez mais credibilidade como alternativa mais célere e na maioria das vezes mais barata para desafogar o Poder Judiciário.

### **A arbitragem e o direito societário**

Já que o atrevimento é a arma dos ignorantes, ousou divergir de judiciosas opiniões, dentre elas a do professor de todos *Modesto Carvalho*, inclinando-me para a aplicação plena da cláusula compromissória a todos os sócios de uma sociedade empresária, seja ela de responsabilidade limitada ou por ações, seja ele o sócio fundador ou cessionário.

A cláusula compromissória, uma vez aprovada nos termos da lei (Código Civil ou Lei das Sociedades Anônimas) vincula a sociedade e seus fundadores, bem como os sócios-aderentes futuros.

O professor *Carvalho*, comentado o artigo 109 da Lei das Sociedades Anônimas n. (6.404/76) opina em sentido oposto, e com vigor alerta que “não se trata evidentemente de ‘dever’ do acionista e vincular-se ao juízo arbitral estatutário, como

desavisadamente procuram propugnar alguns leigos ou mesmo certos operadores do direito sem maior preparo jurídico.”<sup>2</sup>

Estou certo que o professor *Modesto Carvalhosa* já alargou essa visão sobre a aplicação do instituto da arbitragem no âmbito das sociedades. Pelo menos deixou a entender que retomaria a reflexão sobre o tema após evento do qual participamos na Associação dos Advogados de São Paulo e organizado pela SP Arbitral Câmara de Arbitragem.

### **A cláusula compromissória societária e o plano constitucional**

Entendo que a cláusula compromissória no estatuto social das sociedades (*“lato sensu”*) é legal, constitucional, firme e legítima.

Permaneço atento às idéias do professor *Carvalhosa*, segundo o qual a instituição da arbitragem a quem não tenha expressamente escolhido esse meio, afronta os artigos 5º, inciso XXXV e 40, § 4º, inciso IV, ambos da Constituição Federal.

Ao comentar o artigo 109 da Lei 6.404/76, com a redação que lhe deu a Lei 10.303/2001 o eminente professor conclui:

“Assim, a cláusula compromissória não vincula nem os acionistas atuais que não subscreveram esse *‘pacto parassocial estatutário’*, nem os acionistas que posteriormente adentram a sociedade sem expressamente aderir a ele.”<sup>3</sup>

Há um certo exagero. Cumpre lembrar que não se está tratando, nesse ambiente, de hipertrofiados mentais, tal como são tratados os reclamantes na Justiça Trabalhista, política que tem causado evidentes efeitos indesejados.

---

<sup>2</sup> CARVALHOSA, Modesto, Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, pág. 300, 2º vol., 3ª ed., 2003, São Paulo, Editora Saraiva

<sup>3</sup> Ob. cit.; nota 2, pág. 305.

Note-se que a arbitragem está baseada na autonomia negocial dos investidores e também na concepção da hierarquia das leis concebida por *Kelsen* na qual a Constituição ocupa o vértice da estrutura do arcabouço jurídico de um sistema. Então qualquer cláusula negocial deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Na ordem do direito privado, a regulamentação constitucional deve privilegiar a dignidade humana e *Eros Grau* já advertia: A Constituição Federal não deve ser lida em tiras, mas em seu espectro amplo. Pois bem. A cláusula arbitral não afronta a dignidade e a liberdade. Até porque lembro que somente são passíveis de exame no processo arbitral o que a lei denominou de direitos disponíveis.

Desde agora também afasto a propalada inconstitucionalidade da arbitragem pela incidência do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A arbitragem em nada fere tal dispositivo. A arbitragem não afasta o Poder Judiciário. O que efetivamente ocorre é a incompetência, em um primeiro momento, dos órgãos judicantes para esclarecer as controvérsias. A tutela judicial permanece presente em todo o procedimento arbitral para ver reconhecida alguma eventual nulidade em seus atos (exemplo clássico de violação ao princípio do “*due processes of law*”) ou ainda em caso de medidas cautelares ou que exijam coerção.

Lembro aqui o professor *José Carlos Moreira Alves*, que, comentando o instituto da arbitragem consigna que “o sistema não vulnera a garantia da inafastabilidade do controle judicial, contemplado no artigo 5º, inciso XXXV da CF. Decerto vulneraria se tornasse obrigatória a utilização da arbitragem, forçando as partes, *mesmo contra a vontade delas*, o acesso à justiça estatal. São elas

mesmas, porém, que acordam voluntariamente submeter a árbitro o litígio.” Grifei.

Na esteira da interpretação histórica da Constituição Federal cai a lanço notar que os destinatários de tal regra – inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal – são os governos, “*vis-a-vis*” os governados. Trata-se, portanto, de mecanismo de proteção dos governados contra atos de império dos governos, instrumento de proteção do Estado Democrático de Direito. Sob esse prima, inaplicável o comando constitucional ao plano das relações entre particulares.

Note-se, também, que todos os direitos constitucionais, incluindo as garantias à vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, livre iniciativa, não são absolutos em si mesmos. Estão todos sujeitos às restrições criadas no próprio arcabouço constitucional e devem ser sopesados com os demais princípios contidos na Carta Política. Com o direito de petição não será diferente.

Para encerrar a faceta constitucional da minha argumentação faço o seguinte exercício retórico: levando às últimas conseqüências o direito de petição impedir-se-ia também a utilização do instituto da transação ou autocomposição para prevenir ou pôr fim a qualquer litígio.

Percebe-se, então, que o procedimento arbitral não é uma prática que veda o acesso dos sócios à resolução do seu conflito. É apenas um modo, escolhido por todos, para resolver os seus conflitos internos.

### **A Lei n. 9.307 e o plano contratual-societário**

Mesmo antes da reforma da Lei das Sociedades Anônimas, em 2001, introduzida pela lei 10.303, já era perfeitamente possível a utilização do instituto da arbitragem para a solução de conflitos de interesses no âmbito da sociedade. Com o surgimento do § 3º, inserido no artigo 109, o legislador procurou realçar essa possibilidade. Mas, nos termos do artigo 109, § 2º da LSA, já se permitia que se acometesse a decisão a um órgão alternativo de solução de conflito e, em seguida, ao Poder Judiciário.

Comentando a reforma da Lei das Sociedades Anônimas meu companheiro no magistério mackenzista *Marcelo Fortes Barbosa Filho* propõe uma solução salomônica de optar pelo procedimento arbitral ou estatal. Registrando o profundo respeito à opinião de *Fortes Barbosa Filho*, não posso concordar com ele. A solução não me parece satisfatória.

*José Edwaldo Tavares Borba* radicaliza o debate, pois entende que a arbitragem viola o equilíbrio contratual na medida em que o controlador tem o poder de alterar o estatuto. Exagero. A própria Lei n. 6.404/76 possui mecanismos de controle de abuso de poder.

Lembro, ainda, que é crescente o movimento de aumento de mecanismos de proteção aos acionistas minoritários, dentre eles o direito de recesso.

Em favor da aplicação da arbitragem a todos os sócios ou acionistas há que considerar a natureza una e indivisível do contrato societário. Todos os sócios estão vinculados a ele. O contrato não admite que alguns adiram a determinadas cláusulas e não o façam em relação a outras. E a adesão ao contrato ou ao estatuto é expressa. Os fundadores de sociedade empresária estipulam a cláusula. Os demais aderem a ela ou, nas oportunidades que a lei

específica, retiram-na do contrato ou estatuto social, conforme lhes permite a lei. Caso contrário, vencidos na constituição da sociedade ou na deliberação da cláusula compromissória no contrato social, não há como o sócio ou acionista afastar-se dela mais tarde, ao seu bel-prazer.

Com maior rigor aplica-se a cláusula compromissória quando o sócio, investidor, fornece valores para a composição do capital, seja sob a forma originária, seja sob a forma derivada, pois se submete à incidência de todas as normas concretas do contrato. Não se justifica vincular a cláusula compromissória apenas a alguns sócios e liberar outros.

Noutro vértice a realidade societária desmente a alegação do professor *Tavares Borba*. Não há relação direta de poder e proporcionalidade na subscrição. Aliás, é comum que o controle esteja nas mãos de quem contribuiu menos para a formação do capital social da sociedade. Age, portanto, o mercado, ainda mais nos dias de hoje, com a Lei Sarbanes Oxley e a governança corporativa ganhando força. Em outras palavras, não há mais espaço para manobras de acionista controlador, ainda que legais.

A experiência de quem atua tem indicado que os conflitos geralmente se instalam acerca de distribuição de resultados ou retenção de lucros ou atribuição de remuneração elevada aos administradores.

Sabe-se também que os minoritários não atuam de forma coesa. São dispersos segundo os interesses políticos-societários e até por motivos geográficos.

Tais circunstâncias recomendam a adoção da arbitragem como um elemento aglutinador, um fórum comum para o debate amplo das questões societárias e, acima de tudo, como mais um

mecanismo de proteção aos minoritários – não o contrário, como parece querer fazer crer outros doutrinadores. Todos devem se lembrar dos leilões para prospecção de petróleo em solo brasileiro, após a desregulamentação daquele mercado. Todos os dias havia uma notícia que o juiz ou tribunal, uma vez federal outra estadual, tinha dado ou cassado uma liminar. Essa falta de clareza causa insegurança aos sócios, que, além de não saberem para onde dirigir suas petições, ficam sujeitos a uma publicidade perniciosa sobre as questões internas da sociedade.

Com a virtude de evitar tais constrangimentos e dificuldades a cláusula compromissória estatutária será vista com bons olhos pelos investidores nacionais e estrangeiros.

O procedimento arbitral será concentrado, livre do sem número de recursos que atravancam o processo civil comum e chegará a uma decisão arbitral com muito mais qualidade técnica do que a sentença judicial proferida pelo Poder Judiciário Estatal.

Destaquem-se as vantagens da arbitragem: rapidez, sigilo e especialização.

A rapidez da decisão arbitral conjugada com a confidencialidade do litígio é o maior trunfo do procedimento arbitral. Ainda que a recente reforma do processo civil tenha sido positiva, há ainda muito a fazer. E não se trata de mutilar os recursos processuais. Há países com mais recursos que o sistema brasileiro, e entregam a prestação jurisdicional com muito mais brevidade. A morosidade é hoje, basicamente, resultado da estrutura arcaica dos nossos Tribunais. Há juízes suficientes e que ganham tanto quanto juízes dos países desenvolvidos<sup>4</sup>.

---

4 O Conselho Superior da Magistratura divulgou que o poder aquisitivo dos juízes brasileiros é semelhante ao dos juízes de países como Estados Unidos e Espanha.

Por isso o processo judicial, que deveria ser instrumento de liberdade, converte-se numa chaga aberta no âmago dos jurisdicionados, especialmente pela demora na entrega da prestação jurisdicional.

Já o procedimento arbitral não tramita nas varas judiciais comuns. Dessa forma não está sujeito ao arcaísmo de sua estrutura, ao excesso de trabalho dos juizes, nem às excessivas possibilidades de recursos processuais além de outro tanto de incidentes inerentes do processo judicial que ordinariamente são utilizados por uma das partes para dificultar o deslinde do processo. Tampouco se ouvirá no procedimento arbitral a escusa de insuficiência de funcionários ou de material de trabalho.

Todos esses empecilhos e dificuldades não existem no Juízo Arbitral, visto que o procedimento será executado por pessoas e entidades de natureza privada e, por conseqüência, imunes às causas que atravancam a Justiça Comum.

Há também a vantagem da confidencialidade. Se um litígio entre partes deságua no Poder Judiciário qualquer pessoa poderá dele se inteirar, pois as informações contidas no processo não são sigilosas – exceto nos casos previstos em lei (família ou quando assim o exigir o interesse público). Já no caso do Juízo Arbitral o árbitro tem o dever da confidencialidade, não podendo ele revelar o objeto do litígio e o trâmite processual senão às partes, seus representantes legais ou procuradores.

Ademais, o tema societário tem sua especialização. Neste aspecto, é preciso considerar a franca transformação do nosso sistema jurídico – e bem assim dos demais sistemas jurídicos ao redor do mundo. Ao consagrarmos os precedentes jurisprudenciais como fontes do direito estamos nos aproximando do sistema da

“*common law*”. O nosso sistema da “*civil law*”, o tradicional direito de tradições romanas já não é capaz de solucionar todas as questões porque o conteúdo do conhecimento cresceu e especializou-se de tal maneira que é impossível exigir que um juiz possa conhecer a ponto de julgar todas as questões que se lhe apresentem. Na seara arbitral tal dificuldade não existe posto que a escolha do árbitro recairá em pessoa especializada, conhecedora da questão em debate.

Costumo acrescentar que também há a vantagem da melhoria na relação custo x benefício. Muitas vezes, enganados pela pouca despesa processual inicial a parte anima-se a entregar ao Poder Judiciário Estatal o seu conflito para que seja solucionado. Mas a parte se olvida que deve também pagar aos advogados, as diligências do oficial de justiça, editais, ofícios, as custas para recorrer, antes irrisórias... Sem contar o tempo e o desgaste psicológico das partes com a manutenção da lide, seja comparecendo às audiências que nunca se iniciam no horário marcado, a preocupação em reunir as testemunhas, perícias, assistentes técnicos etc. Se, ao final da ação, a parte fizer contas do quanto gastou (despesas indiretas tais como ausências ao trabalho para comparecimento em audiências, buscar e levar testemunhas, as de espera no corredor do Fórum, a busca incessante por documentos e todo tipo de prova que possa auxiliar o seu advogado) notará que teria sido menos caro e muitíssimo mais rápido se tivesse entregue o caso a um árbitro.

Por fim, a arbitragem promove melhor distribuição de Justiça, conseqüência da celeridade do procedimento e dos conhecimentos técnicos que o árbitro pode aportar ao caso.

Por tais razões, a arbitragem se apresenta como o melhor meio de solução de conflitos seja entre os sócios ou entre sócio e sociedade.

---

<sup>i</sup> Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito Comunitário Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Valladolid (Espanha), professor de Direito Empresarial na Faculdade Mackenzie, nos cursos de Graduação e Pós-Graduação, Autor do livro Contratos Mercantis - Editora Jurídica Brasileira. Também é organizador do livro Direito da Concorrência - Editora Mackenzie e Sócio do Escritório Araújo e Policastro Advogados.  
E-mail: <psuccar@araujopolicastro.com.br> — <<http://www.araujopolicastro.com.br>>.