UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
REGIONAL CIDADE DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO ALVES DUQUES FILHO

OS BENEFÍCIOS DA ARBITRAGEM NO DIREITO SOCIETÁRIO: EFEITOS SUBJETIVOS DA INCLUSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS

CIDADE DE GOIÁS – GO
2020

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO NO REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio do Repositório Institucional (RI/UFG), regulamentado pela Resolução CEPEC no 1240/2014, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei no 9.610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo dos Trabalhos de Conclusão dos Cursos de Graduação disponibilizado no RI/UFG é de responsabilidade exclusiva dos autores. Ao encaminhar(em) o produto final, o(s) autor(a)(es)(as) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

1. Identificação do Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação (TCCG)

Nome(s) completo(s) do(a)(s) autor(a)(es)(as): RODRIGO ALVES DUQUES FILHO

Título do trabalho: OS BENEFÍCIOS DA ARBITRAGEM NO DIREITO SOCIETÁRIO: EFEITOS SUBJETIVOS DA INCLUSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS.

2. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador) Concorda com a liberação total do documento [x] SIM [ ] NÃO[1]

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante: a) consulta ao(à)(s) autor(a)(es)(as) e ao(à) orientador(a); b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo do TCCG. O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;

- Submissão de artigo em revista científica;

- Publicação como capítulo de livro.

Obs.: Este termo deve ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.

---

sei! assinatura eletrônica

Documento assinado eletronicamente por **RODRIGO ALVES DUQUES FILHO**, **Discente**, em 09/08/2021, às 09:09, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

Documento assinado eletronicamente por **Fernanda De Paula Ferreira Moi**, **Professor do Magistério**

Superior, em 09/08/2021, às 13:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2264131** e o código CRC **0B4A4D23**.

Referência: Processo nº 23070.054419/2020-13 SEI nº 2264131

RODRIGO ALVES DUQUES FILHO

OS BENEFÍCIOS DA ARBITRAGEM NO DIREITO SOCIETÁRIO: EFEITOS SUBJETIVOS DA INCLUSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás – Regional Cidade de Goiás, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Fernanda de Paula Ferreira Moi.

CIDADE DE GOIÁS – GO

2020

Duques Filho, Rodrigo Alves
Os benefícios da arbitragem no direito societário [manuscrito] : Efeitos subjetivos da inclusão da cláusula compromissória estatutária nas sociedades anônimas fechadas. / Rodrigo Alves Duques Filho. - 2020.
50 f.

Orientador: Prof. Dr. Dra. Fernanda de Paula Ferreira Moi.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) -Universidade Federal de Goiás, Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas, Direito, Cidade de Goiás, 2020.
Bibliografia.
Inclui siglas, abreviaturas.

1. Arbitragem. 2. Sociedade anônima. 3. Direito de recesso. 4. Acesso à justiça. I. Moi, Dra. Fernanda de Paula Ferreira , orient. II. Título.

CDU 347.7

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Ao(s) 11 dia(s) do mês de dezembro do ano de 2020 iniciou-se a sessão pública de defesa do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado "OS BENEFÍCIOS DA ARBITRAGEM NO DIREITO SOCIETÁRIO: EFEITOS SUBJETIVOS DA INCLUSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS.", de autoria de Rodrigo Alves Duques Filho, do curso de Direito, do(a) Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas da UFG. Os trabalhos foram instalados pelo(a) profa. Dra. Fernanda de Paula Ferreira Moi, da Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas com a participação dos demais membros da Banca Examinadora: Profa. Dra. Bruna Pinotti Garcia Oliveira da Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas e Prof. Ms. Antônio Henriques Leite Filho da Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas. Após a apresentação, a banca examinadora realizou a arguição do(a) estudante. Posteriormente, de forma reservada, a Banca Examinadora atribuiu a nota final de 10,0 (dez) , tendo sido o TCC considerado aprovado.

Proclamados os resultados, os trabalhos foram encerrados e, para constar, lavrou-se a presente ata que segue assinada pelos Membros da Banca Examinadora.

Documento assinado eletronicamente por **Fernanda De Paula Ferreira Moi**, **Professor do Magistério Superior**, em 15/12/2020, às 09:50, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

Documento assinado eletronicamente por **Bruna Pinotti Garcia Oliveira**, **Professor do Magistério Superior**, em 15/12/2020, às 14:03, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

Documento assinado eletronicamente por **Antonio Henriques Lemos Leite Filho**, **Professor do Magistério Superior**, em 15/12/2020, às 21:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1752523** e o código CRC **D0921A51**.

Referência: Processo nº 23070.054419/2020-13 SEI nº 1752523

Dedico esse trabalho aos meus pais,
Rodrigo e Lidiany, como símbolo
de gratidão.

AGRADECIMENTOS

Diversos fatores contribuíram para que eu chegasse até aqui e mesmo que seja apenas o início de uma longa caminhada, dificilmente seria possível sem o apoio e incentivo daqueles que estão ao meu lado e, contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização desse sonho, agora ainda mais iminente, de graduar-me no curso e instituição escolhidos.

Não poderia deixar de prestar homenagens aos meus pais, Rodrigo Alves Duques e Lidiany Costa Queiroz, por sempre priorizar os meus estudos e abraçar as minhas causas, serei, sem sombra de dúvidas, eternamente grato por todo o esforço e apoio de ambos. Sou muitíssimo grato àqueles que estão meu lado, seja por laços sanguíneos seja aqueles que sorrateiramente se tornam família, assim, sintam-se mencionados os que ocupam tal posição, com vocês até mesmo o pior caminho revelou-se menos tortuoso.

Especificamente quanto à elaboração desta pesquisa, devo agradecimentos à minha orientadora, Fernanda de Paula Ferreira Moi, pela imensurável contribuição e presteza em ajudar-me, além de despertar o meu apreço pelo direito empresarial, auxiliou-me impecavelmente nesta pesquisa.

Por último e não menos importante, sou grato ao ensino público gratuito e de qualidade que Universidade Federal de Goiás me proporcionou com todos os seus docentes e colaboradores que, cada um à sua maneira, contribuíram para o meu crescimento e aprendizado.

RESUMO

O artigo 109, §3º, da Lei 6.404/76 prevê arbitragem como meio possível de solucionar as divergências entre acionistas e a companhia, ou entre acionistas controladores e os acionistas minoritários, no entanto, quais os efeitos subjetivos da inclusão da cláusula compromissória estatutária superveniente nas sociedades anônimas fechadas é ponto central da presente pesquisa, vez que, o procedimento de inclusão se dá com base no princípio da maioria vinculando todos os acionistas às deliberações dos acionistas maioritários, enquanto que a Lei Arbitral prevê o consentimento expresso de todos aqueles que se vincularão aos efeitos da arbitragem. Assim, diante da tensão existente entre a Lei de S/A e Lei de Arbitragem, o objetivo final é comentar a solução legal perpetrada pela Lei 10.129/15, qual seja, o direito de recesso, reafirmando o acesso à justiça e a segurança jurídica do instituto em comento. Ademais, trata-se de uma pesquisa qualitativa, feita a partir do método dedutivo analítico em revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Arbitragem; Sociedade anônima; Direito de recesso; Acesso à justiça.

ABSTRACT

The third paragraph of article 109 of Law nº 6.404/76 (S/A Law) provides for the use of arbitration as an alternative to settle conflicts between shareholders and the company, or between controlling shareholders and minority shareholders, however, what are the subjective effects of the inclusion of supervening statutory arbitration clause in joint-stock company is the core of the present research, sincethe inclusion procedure is based on the majority principle, binding all shareholders to deliberations of the majority shareholders, while the Arbitral Law provides for the express consent of all those who will be bound by the effects of the arbitration. Thus, in view of the existing tension between the S/A Law and the Arbitration Law, the final objective of this work is to comment on the legal solution perpetrated by Law nº 10.129/15, namely the right of withdrawal, reaffirming access to justice and legal security of the institute in question. In addition, this is a qualitative research, made from the analytical deductive method in bibliographic review.

Keywords: Arbitration; Joint-stock company; Right of withdrawal; Access to justice.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

S/A Sociedade anônima

STF Supremo Tribunal Federal

SEC Sentença Estrangeira Contestada

LSA Lei de sociedade anônima

I.E. Id est = “isto é”

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....9
CAPÍTULO 1 – ARBITRAGEM.....11
1.1 CONTEXTO GERAL E HISTÓRICO DA ARBITRAGEM.....11
1.2 ARBITRAGEM E O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....15
1.3 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA E COMPROMISSO ARBITRAL17
1.3.1 COMPROMISSO ARBITRAL.....18
1.3.2 CLÁUSULA ARBITRAL OU CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....19
1.4 ASPECTOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS DA ARBITRAGEM: APONTAMENTOS 20
1.5 PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA ARBITRAGEM.....21
CAPÍTULO 2 - SOCIEDADES ANÔNIMAS.....23
2.1 CONTEXTO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.....23
2.2 TRAÇOS FUNDAMENTAIS.....25
2.3 A ASSEMBLEIA GERAL E A TOMADA DE DECISÕES.....26
2.4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PRINCÍPIO MAJORITÁRIO.....28
2.5 DIREITO DE RECESSO.....31
2.6 DIREITOS INDIVIDUAIS DOS ACIONISTAS.....33
CAPÍTULO 3 - EXTENSÃO E LIMITES DA INCLUSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA SUPERVENIENTE NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS.....37
3.1 INCLUSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA.....39
3.2 CRÍTICA À REFORMA PERPETRADA PELA LEI 13.129/15. 41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....43
REFERÊNCIAS.....44

INTRODUÇÃO

O efetivo acesso à justiça extrapola a simples noção de obter tutela jurisdicional do Estado, mas, para além disso, está relacionado com a obtenção de uma solução justa, célere e especializada ao litígio. Pontos centrais comumente controvertidos, dando vazão, em caráter cada vez mais crescente, à busca por soluções alternativas de acesso à justiça, não diferente nos conflitos de ordem societária, em que a morosidade para se obter uma decisão judicial pode, por exemplo, pôr em risco a atividade empresarial, sendo inviável recorrer-se aos meios tradicionais.

Nesse sentido, o que se propõe na presente pesquisa qualitativa é apresentar a arbitragem como alternativa à problemática da enorme judicialização ocasionando as mazelas do sistema judiciário, como a morosidade, pouca especialidade e acessibilidade. Tudo isso, voltado ao contexto da Sociedade Anônima fechada, especificamente quanto aos efeitos subjetivos da inclusão de cláusula compromissória estatutária superveniente no estatuto social do citado tipo societário, sobretudo para os acionistas ausentes, dissidentes e abstinentes. Para tanto, a pesquisa será feita a partir do método dedutivo analítico em revisão bibliográfica.

Para chegarmos às considerações finais provenientes da premissa de que o instituto arbitral traz uma série de benefícios à consecução da atividade empresarial nas sociedades anônimas, constituindo importante meio alternativo de solução de litígios, será abordado no capítulo primeiro o tema da arbitragem e seu contexto geral e histórico, seguida da discussão principiológica ligada aos direitos fundamentais constitucionais. Para, posteriormente adentrarmos em questões técnicas da arbitragem e os seus desdobramentos no contexto do direito societário.

Adiante, no capítulo segundo será direcionado o foco da discussão para as Sociedades Anônimas, desde o seu surgimento e a evolução legislativa, como os seus traços fundamentais, tal como o funcionamento da tomada de decisões por meio da assembleia geral, onde será composta a vontade social com base no princípio da maioria.

É o princípio majoritário regra societária básica que reflete na prevalência do interesse social sobre o direito individual do acionista, inclusive quando da assembleia geral extraordinária que inclui cláusula compromissória no estatuto social da sociedade anônima. No entanto, sabe-se que a Lei de Arbitragem prevê a necessidade de anuência de todos aqueles que se vincularão aos efeitos do instituto arbitral, o que, revela a tensão existente entre o princípio da maioria e os direitos individuais dos acionistas.

Por fim, será apresentada a solução legislativa ao problema da inclusão de cláusula compromissória aos acionistas dissidentes, evidenciando sua extensão e limites, que se materializa no direito de recesso previsto na oportuna Lei 13.129/15, que incluiu o artigo 136-A na Lei de S/A. Logo, a solução dada ao problema confere ainda mais segurança jurídica à utilização da arbitragem nos conflitos societários, trazendo maiores benefícios para a companhia e seus acionistas.

CAPÍTULO 1 – ARBITRAGEM

1.1 CONTEXTO GERAL E HISTÓRICO DA ARBITRAGEM

O acesso à justiça, previsto no texto constitucional pelo artigo 5º, inciso XXXV, é de extrema importância para o Estado Democrático de Direito, uma vez que todo aquele que tenha direito lesado ou ameaça de lesão poderá recorrer ao judiciário com a finalidade de obter dele tutela jurisdicional, resguardados todos os princípios e garantias materiais e processuais. Nesse contexto, muito se discute a crise que perturba o Poder Judiciário relativa à alta judicialização das lides. Em que na busca do efetivo acesso à justiça, há um excessivo número de processos que não condizem com a capacidade produtiva do judiciário, podendo se falar em uma verdadeira cultura do litígio.

Em linhas gerais, como consequência da judicialização excessiva, há uma enorme descrença do Sistema, moroso, estagnado e inacessível. Em contrapartida e como alternativa à essa problemática, a Arbitragem, meio heterocompositivo de solução de conflitos, constitui um microssistema eficaz e célere para dirimir controvérsias que tratem de direitos patrimoniais disponíveis, considerando ser um procedimento menos burocratizado em que prevalece a autonomia da vontade das partes em relação a estruturação do procedimento e tudo àquilo que o diz respeito, justamente porque os microssistemas de resolução de conflitos, tal qual a Arbitragem, paralelo a jurisdição estatal, exsurge oriundos de uma necessidade prática da sociedade de tutelar direitos de uma certa natureza.

Nesse ínterim, discutir a jurisdição arbitral é, antes de tudo, um escopo à realidade do Poder Judiciário que tanto se vê descrente, mas também direcionar os olhares para o futuro, para outras possibilidades. Mesmo que limitado aos direitos patrimoniais disponíveis, diversos conflitos poderão recorrer à via arbitral por se englobarem nessa característica, incluídos aqueles de ordem empresarial.

Nesse sentido, tem-se a opinião do Senador Marco Maciel, autor da Lei em questão, quando de sua promulgação, relacionado o acesso à justiça e a Arbitragem, comenta:

> O Estado, atento à necessidade de desenvolver outro foro para a pacificação social e para a solução das controvérsias, patrocinou, na última década, a criação dos Juizados Informais de Conciliação e dos Juizados de Pequenas Causas: após a Constituição de 1988, várias unidades da Federação instituíram os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, tendo como escopo agilizar os processos e facilitar o acesso à Justiça. Agora, é necessário criar um foro adequado às causas envolvendo questões de direito comercial, negócios internacionais ou materiais de alta complexidade, para as quais o Poder Judiciário não está aparelhado. É nesse contexto que a Arbitragem surge como excelente e insuperável alternativa para a solução de litígios, funcionando ainda para descongestionar os órgãos jurisdicionais estatais, excessivamente sobrecarregados, na esteira do que vem ocorrendo nos mais diversos países, especialmente europeus e sul-americanos (MACIEL:1996).

Em termos históricos, constata-se que a arbitragem privada antecedeu, até mesmo o surgimento da jurisdição estatal, constituindo fonte de inspiração desta. Visto que, ao percorrer a história, especificamente em outros ordenamentos jurídicos, a cultura da arbitragem esteve presente, como no *Ancien Régime,* que por influência da doutrina cristã, foi utilizada inicialmente pelo clero nas comunidades administradas pela Igreja e, posteriormente, pouco a pouco, pelos mercadores e homens de negócio (JUNIOR: 1997 apud TELLECHEA: 2016, p.283).

De acordo com a obra "Arbitragem e direito da empresa - Dogmática e implementação da cláusula compromissória" de Eduardo da Silva Silva, mesmo que a arbitragem tenha sido considerada o melhor meio para os cidadãos resolverem suas controvérsias, à época da Revolução Burguesa, não mais assim foi considerada com o advento do surgimento dos Estados Nacionais, vez que o ideal de unificação se estendeu ao conceito de jurisdição. O que significa dizer que, neste período, a tutela jurisdicional seria exclusiva do estado, portanto a arbitragem perdeu o seu prestígio tal como anteriormente o tivera (SILVA:2003apud TELLECHEA: 2016, p. 283).

Não obstante o instituto tenha sido explorado no Brasil, vide estar presente nas legislações, pode-se dizer que, por muitas décadas, foi ignorado. Depreendendo esforços para que tal situação se convertesse do anonimato desse método alternativo ao, mesmo que ainda em ascensão, prestígio no campo empresarial, sobretudo pelas grandes empresas (nacionais ou estrangeiras), tendo como principal motivação a fuga do contencioso judicial, por muitas vezes tido como prejudicial à manutenção da atividade empresarial.

Durante a trajetória percorrida pela arbitragem no brasil, alguns pontos são tidos como marcos, seja legislativo ou judicial, para sua difusão. Dentre eles, estão a promulgação da Lei nº 9.307/96, a declaração de constitucionalidade da arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Julgamento do Agravo Regimental na Homologação da Sentença Estrangeira

Contestada (SEC) nº 5206-7, de 2001, o Código Civil de 2002, a ratificação da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em New York, em 1958 (por meio do Decreto nº 4311/02) e a reforma legislativa alcançada pela Lei 13.129/15.

De forma sintética, a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 foi questionada considerando ir de encontro ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV), sendo que a arguição incidental de constitucionalidade da lei de arbitragem ocorreu no âmbito de homologação de laudo arbitral espanhol, em um litígio envolvendo uma empresa com sede na Suíça contra uma empresa brasileira.

À título de contextualização cabe destacar que o laudo arbitral, à época, não fora homologado pela Justiça da Espanha, cuja lei não impunha tal exigência. Logo, o então presidente da suprema corte, Sepúlveda Pertence, proferiu a sua decisão antes de promulgada a lei da arbitragem, negando o pedido com base nos precedentes da Corte, uma vez que o STF adotava o critério da dupla homologação do laudo arbitral. No entanto, em análise do posterior agravo pela empresa Suíça e reiteração do pedido pela brasileira que, precisava dessa formalização para cumprir o acordo, o Min. Pertence alterou sua posição primária, pois naquele momento já havia sido promulgada a lei da arbitragem prevendo em seu artigo 35 a extinção do critério da dupla homologação. (TIBÚRCIO: 2004apud TELLECHEA: 2016, p. 285)

Na esteira do processo de ressignificação da arbitragem visando a difusão de sua utilização, o Código Civil de 2002, art. 853[1], traz importante marco ao mencionar a admissão da cláusula compromissória nos contratos em geral, confirmando a possibilidade de utilização deste mecanismo arbitral.

Embora os marcos acima citados tenham sido de extrema relevância, uma vez que contribuírampara reforçar a legalidade e a legitimidade do instituto arbitral no contexto brasileiro, outorgando aos contratantes maior segurança jurídica e previsibilidade, a Lei da arbitragem (nº 9.307/96) pode ser considerada a principal propulsora da mudança paradigmática da comunidade jurídica nacional, restando clara a importância legiferante para com o direcionamento jurídico aos novos horizontes e possibilidades de resolução de conflitos.

O que não fere de nenhuma forma o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, pelo contrário, atende aos anseios das legislações, mormente a Constituição Federal - norma fundamental e verificadora da legitimidade na hierarquia das fontes jurídicas - além do que a

[1]Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver as divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

promulgação de uma lei que versa especificamente sobre o tema traz maior segurança jurídica ao instituto.

Há o entendimento doutrinário de que os pontos mais importantes abarcados pela legislação em comento é a desnecessidade de homologação da decisão arbitral, assim como a descaracterização da cláusula compromissória como mera obrigação de fazer, tal qual era antes de sua promulgação, passando a sua razão de ser a serviço da arbitragem, podendo ser executada quando uma das partes se recuse a firmar o compromisso a que se obrigou.

Em pesquisa intitulada como "ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO: UMA RADIOGRAFIA DOS CASOS DE ARBITRAGEM QUE CHEGAM AO JUDICIÁRIO", por Adriana Braghetta, Daniela Monteiro Gabbay, Eleonora Coelho Pitombo, Rafael Francisco Alves, Selma Ferreira Lemes (cood. geral), publicada nos "Cadernos Direito FGV", Seminário nº 32, de novembro de 2009, foi feito um mapeamento das decisões judiciais em dado recorte temporal, incidindo sobre as bases eletrônicas de jurisprudência dos Tribunais Estaduais (TJ's), Regionais Federais (TRF's) e Superiores (STJ e STF). Em que, dentre os diversos resultados deste levantamento, foi percebida uma postura do Poder Judiciário em reafirmar o "império" da cláusula compromissória, observada a ausência de vícios na manifestação de vontade dos contratantes. (BRAGHETTA et al.: 2009)

Especificamente dentro do espectro empresarial societário, Viviane Müller Prado fez uma pesquisa de jurisprudência bastante significativa, no ano de 2005, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e no Superior Tribunal de Justiça, revelando que o tempo total de julgamento de um processo (primeira e segunda instância) envolvendo o direito societário varia entre o mínimo de 233 dias e o máximo de 3.993 dias. Enquanto sobre o mercado de capitais, o tempo total mínimo é 888 dias e o máximo de 5.049 dias, compondo uma média de 2.618 dias. Assim, mesmo que tenha sido constatada uma grande variação de caso para caso a depender do tipo de recurso, o tempo médio ainda é elevado.

Outro dado relevante observado nas conclusões da pesquisa de Viviane Müller e Vinicius Correa, especialmente no que tange ao objeto da presente tese que aqui será discutida, é a prevalência de assuntos ligados a direitos patrimoniais disponíveis, no que diz respeitos as matérias abordadas no STJ, retomando a prevalência do assunto nos recursos encontrados sobre matéria societária no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (PRADO et al.: 2006 apud TELLECHEA: 2016, p. 287)

Embora já passados 15 anos da pesquisa, constata-se através de relatos de empresários que a perspectiva não se encontra superada, vez que a morosidade ainda é considerada o

principal impasse para uma justiça efetiva. Logo, não restam dúvidas de que a arbitragem é um meio alternativo interessante para a atividade empresarial, já que possui como características a celeridade e a autonomia da vontade das partes.

Por fim, apresentado o contexto geral e histórico da arbitragem, constitui como objetivo desta pesquisa elucidar as premissas fundamentais da arbitragem e o problema da extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária, em particular quando inserida em estatuto social de sociedade anônima fechada com base no princípio majoritário e, o problema dos seus efeitos perante os acionistas dissidentes, ausentes ou abstinentes à assembleia geral que aprovou a inserção.

1.2 ARBITRAGEM E O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, ao estabelecer que a lei não pode excluir da apreciação judicial qualquer lesão ou ameaça a direito, em verdade reconhece tal direito como fundamental. Devendo estender essa regra para além da esfera legislativa, abarcando a qualquer pessoa, de direito público ou privado, o impedimento de que o jurisdicionado busque deduzir em juízo sua pretensão.

O entendimento jurisprudencial, em especial do Supremo Tribunal Federal, encontra-se de acordo com a parte majoritária da doutrina em reconhecer a importância do direito de acesso à justiça, traduzido no princípio da inafastabilidade da apreciação judicial de conflitos individuais e coletivos.

Nesse sentido, tal direito não poderia ser renunciado a ponto de ser abolido, isto é, ter seu núcleo essencial atingido. O que não ocorre quando o indivíduo renuncia à jurisdição Estatal para valer-se da arbitragem como método de resolução de litígios, usufruindo do direito constitucional de acesso à justiça em uma esfera privada.

O Supremo Tribunal Federal, que, em última análise, interpreta os dispositivos constitucionais, acabou consagrando a constitucionalidade do instituto da arbitragem, quando questionada em razão da discussão acerca do seu potencial confronto com o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, sendo que a arguição incidental de constitucionalidade da lei ocorreu quando do processo de homologação de um laudo arbitral espanhol, em um litígio envolvendo uma empresa com sede na Suíça contra uma empresa brasileira.

Naquele tempo o STF adotava o critério da dupla homologação para os laudos arbitrais estrangeiros, que deviam ser homologados judicialmente no exterior para que assim também o fossem pela Corte brasileira. Porém, como o laudo arbitral espanhol não havia sido homologado pela Justiça da Espanha, o então presidente do Supremo, Sepúlveda Pertence, proferiu sua decisão pela não homologação do laudo arbitral.

No entanto, a empresa suíça agravou da decisão e a empresa brasileira reiterou o pedido de homologação, uma vez que desejava realizar o pagamento que fora condenada na arbitragem, porem precisava da chancela da corte, meramente por finalidade contábil. Desse modo, no julgamento do agravo regimental, o Min. Pertence alterou o seu entendimento, no sentido de homologar a sentença, mesmo porque a lei da arbitragem havia sido promulgada, extinguindo o sistema da dupla homologação.

À época da apreciação pelo STF do Agravo Regimental em sede da Sentença Estrangeira Contestada 5206-7, em que foi resolvida essa polêmica acerca da constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, os votos dos ministros que manifestaram favoráveis teve como base não apenas a autonomia privada como princípio basilar da arbitragem, mas também a renúncia à jurisdição estatal. Nesse sentido, vide os votos dos Ministros Ellen Grace e Néri da Silveira, respectivamente:

> Como se vê, o cidadão pode invocar o Judiciário, para solução de conflitos, mas não está proibido de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim, não pode afastar do controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos.
>
> Com efeito, não caberá instaurar-se juízo arbitral senão com o consenso das partes no sentido de sujeitar o litígio à decisão definitiva de um juízo particular, extrajudicial, constituído pela vontade das partes interessada e segundo a convenção celebrada. O instituto da arbitragem está, assim, baseado, fundamentalmente, na vontade das partes.(STF, 2001)

É bem verdade a imprescindibilidade do consensualismo para a arbitragem, que não há que se falar na sua validez senão pela constatação de livre e inequívoca manifestação de vontade das partes litigantes, em que só assim terá a legitimidade do juízo arbitral perante a Constituição.

Ademais, em nenhum momento a arbitragem obsta o direito de ação garantido constitucionalmente aos cidadãos, vez que ele poderá ser exercido em sede de Câmara Arbitral eleita pelas partes, mesmo porque o Poder Judiciário não detém do monopólio da jurisdição, apenas da jurisdição estatal.

Ao fim e ao cabo, tem-se que a irrenunciabilidade não é uma característica rígida dos direitos fundamentais, mesmo porque o pressuposto objetivo autorizador ou não da renúncia à direito fundamental extrapola a esfera meramente pessoal, devendo ser analisado levando em consideração toda a realidade que o circunscreve, sobretudo os demais valores sociais albergados pelo ordenamento jurídico. Sobre a questão em comento, Pedro Adamy afirma:

> (...) o poder de disposição - e a consequente possibilidade de renúncia - será tanto maior quanto o direito fundamental tiver relação tão somente com o indivíduo, isto é, afetar somente a "esfera da liberdade" e será tão mais relativizado quanto a proteção de outros valores constitucionais estiverem subjacentes ao direito fundamental, e o ato de disposição for dirigido em relação a algum ente estatal.

Conclui:

> As disponibilidades são distintas, quando consideradas diante (I) dos sujeitos envolvidos e (II) das condições em que são realizadas. Em suma, a disponibilidade de um direito fundamental se refere somente às situações em que o direito tem esse caráter personalíssimo, que não afeta terceiros e que não possua uma dimensão de proteção estatal ou que tenham como fundamento a proteção de um valor constitucionalmente relevante para todos os atingidos pela garantia do bem jurídico. (ADAMY:2011 apud TELLECHEA: 2016, p. 301)

Disso tudo, tem-se que a legislação e a jurisprudência caminham no sentido de reconhecer a renúncia ao direito fundamental de acesso à justiça advinda do Poder Judiciário, por meio da convenção de arbitragem desde que os litígios estejam relacionados a direitos patrimoniais disponíveis de uma determinada relação jurídica, seja celebrada por partes capazes, em situação concreta e por meio de manifestação de vontade inequívoca e concludente.

1.3 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA E COMPROMISSO ARBITRAL

Do gênero - convenção de arbitragem exsurge dois tipos expressamente delimitados na Lei nº 9.307/96, quais sejam, a cláusula e o compromisso arbitral. O primeiro, firmado anteriormente ao conflito, por vezes pode ser considerado mais genérico, enquanto o último tem o objeto definido e claro para a consignação dos árbitros.

A convenção de arbitragem pode ser definida, de acordo com Rodrigo Tellechea como:

> um acordo de vontades por meio da qual as partes, pela sua manifestação de vontade, elegem a arbitragem como forma de resolver conflitos presentes ou futuros, determinados ou determináveis, em relação aos quais renunciam o exercício do seu direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário. (TELLECHEA:2016, p. 309)

Trata-se de um negócio jurídico cuja validade depende do cumprimento das exigências do art. 104 do Código Civil (i.e., agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não de defesa em lei) e cujos efeitos jurídicos são próprios, de ordem material e processual.

Por ser considerada um negócio jurídico, a convenção arbitral deve, preferencialmente, possuir a manifestação de vontade das partes de forma expressa, vez que não pode permanecer qualquer dúvida sobre a real intenção da parte em afastar do estado a função jurisdicional. Muito embora a lei nº 9.307/96 seja silente quanto à forma por meio da qual a vontade da parte deva ser exteriorizada, assim como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tenha diferentes posicionamentos, a forma expressa é a mais aceita pela doutrina majoritária.

É através da convenção de arbitragem que as partes interessadas submetem os litígios ao juízo arbitral, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, como preceitua o artigo terceiro da Lei de Arbitragem.

Ainda sobre as formalidades necessárias à validade da Convenção de Arbitragem, não pacificado pelo STJ, Paula Butti Cardoso, em sua dissertação de mestrado, escreve:

> O consentimento das partes, por sua vez, não precisa ser expresso, por escrito. Isso significa, em última análise, que não signatários poderão ser partes da convenção estipulada por escrito desde que consintam com ela por qualquer forma admitida em nosso ordenamento jurídico: expressamente (por escrito ou verbalmente), ou tacitamente (quando seu comportamento importar em concordância ou anuência. Essa é a interpretação mais condizente com o desenvolvimento do instituto e a sua crescente utilização. (CARDOSO: 2013 apud TELLECHEA:2016, p. 322).

Após a breve explanação acerca do gênero convenção de arbitragem, partiremos à diferenciação das duas espécies: compromisso arbitral e cláusula compromissória. Essa última, em específico, merece maior atenção dado o objeto da presente pesquisa, qual seja, tratar da inclusão da cláusula compromissória superveniente no estatuto social das sociedades anônimas.

1.3.1 COMPROMISSO ARBITRAL

O compromisso arbitral nada mais é que a convenção de arbitragem mediante conflito já existente entre as partes (art. 9º da Lei 9.307/96), em que será pactuada a eleição da arbitragem como método resolutivo, podendo ser judicial (em que as partes colocam termo no

procedimento judicial e submetem o conflito à arbitragem) e extrajudicial (firmado anteriormente à propositura da ação judicial).

Portanto, o compromisso arbitral independe de disposição contratual acerca da eleição da arbitragem, diferentemente do que se verá adiante, no próximo tópico, a cláusula compromissória pressupõe previsão contratual. Assim, o compromisso arbitral permite que qualquer controvérsia decorrente de direito patrimonial disponível seja solucionada por meio da arbitragem.

1.3.2 CLÁUSULA ARBITRAL OU CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A característica substancial de diferenciação entre as espécies de convenção de arbitragem é o momento de seu surgimento, se anterior ou posteriormente ao conflito. Quanto a cláusula arbitral ou compromissória, trata-se de obrigação na qual os contratantes submetem os seus futuros e eventuais conflitos que possam surgir à solução arbitral.

O art. 4º da Lei de Arbitragem trata do assunto:

> A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.
>
> § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Assim, não importa se a cláusula compromissória é contemporânea ou posterior ao contrato, já que poderá ser estipulada por escrito em documento apartado, o que é relevante, em verdade, é o seu surgimento anterior ao conflito e que contenha a designação da arbitragem para solucionar os eventuais conflitos.

Podendo ser cheia ou vazia, em que a primeira oferece maior segurança e previsibilidade ao negócio jurídico ao definir quais as regras procedimentais que serão adotadas na fase pré-arbitral e ao decorrer da arbitragem, bem como a escolha dos árbitros, da lei, da sede, do idioma, entre outros. Enquanto a cláusula arbitral vazia, na maioria dos casos, apenas elege a arbitragem deixando todas essas questões para serem estabelecidas posteriormente, podendo acarretar um maior tempo até que seja concluído o laudo arbitral.

Além do mais, conforme prevê a legislação em comento, existem dois tipos de cláusula arbitral cheia, a saber:

a) Cláusula arbitral cheia mediante a qual as partes pactuam todas as condições para a instauração da arbitragem (do art. 10 da Lei 9.307/96); e

b) Cláusula arbitral cheia que se refere as regras de uma entidade especializada que já contém as condições formais para a instituição da arbitragem, ou seja, trata-se de arbitragem institucional.

Caso seja firmada cláusula arbitral vazia ou em branco, será necessário firmar compromisso arbitral posteriormente para que sejam definidas as condições formais de instauração da arbitragem, previstos nos citados arts. 10 e 11 da Lei da Arbitragem.

1.4 ASPECTOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS DA ARBITRAGEM: APONTAMENTOS

Fundamental ao estudo da arbitragem é explanar acerca da arbitralidade subjetiva e objetiva, as quais, unidas, representam condição para a validade da convenção de arbitragem, em outras palavras, a arbitralidade é o mesmo que analisar se certo conflito está dentre aqueles que poderão recorrer-se deste microssistema de resolução.

O art. 1º da Lei nº 9.307/96 estabelece que "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Logo, da leitura deste artigo compreende-se o requisito subjetivo como a capacidade das partes de contratar, de assumir direitos e obrigações no universo jurídico. Já o requisito objetivo está relacionado à natureza da matéria submetida à arbitragem, ou seja, se "direitos patrimoniais disponíveis" são.

A arbitralidade objetiva suscita diversos posicionamentos doutrinários, que se traduzem em um campo de incerteza, já que não existe um critério claro capaz de definir, na prática, qual o divisor substancial que separa os direitos disponíveis daqueles que não o podem ser. Em linhas gerais, uma conceituação de disponibilidade a relaciona com a possibilidade de apreciação pecuniária, ou seja, a um direito patrimonial que possui transmissibilidade.

Obstante a ausência de um conceito satisfatório em totalidade, interessantes são os posicionamentos de Carmona e Modesto Carvalhosa, respectivamente:

> (...) um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim disponere, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto. Na mesma

> linha, refere o autor que "(...) são arbitráveis as causas sobre as quais o Estado não criou reserva específica por conta do resguardo de interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. (CARMONA: 2009 apud TELLECHEA: 2016, p. 337)
>
> Essa disponibilidade caracteriza-se pela suficiência da vontade do titular sobre seu patrimônio para dele dispor com exclusividade, na medida em que nele não se mesclam outros interesses que não os dele próprios. Trata-se, portanto, de direito subjetivo em cuja esfera operam livremente os interesses daquele que renuncia à jurisdição do Estado. Igualmente, de um núcleo de interesses de natureza patrimonial que não se opõem outros interesses de ordem pública capazes de intervir na sua livre aquisição e disposição, dentro das regras do ordenamento jurídico. (CARVALHOSA: 2011 apud TELLECHEA: 2016, p. 337)

1.5 PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA ARBITRAGEM

Antes de adentrar no problema central desta pesquisa, qual seja, a extensão dos efeitos da cláusula compromissória estatutária superveniente, importante traçar algumas vantagens e desvantagens da arbitragem. Mesmo porque, não há que se falar em uma supervalorização da arbitragem frente a jurisdição estatal, haja visto que aquela apenas constitui um meio alternativo. Nesse sentido, a arbitragem para Diego Franzoni:

> (...) não é menor nem pior do que o judiciário, tampouco melhor em (sic) qualquer circunstâncias. É apenas outra opção que, no âmbito empresarial, deve ser seriamente considerada, sob pena até mesmo de violação dos deveres de diligência do sujeito, seja na gerência do patrimônio alheio, seja do seu próprio. (FRANZONI: 2015 apud TELELECHEA: 2016, p. 344)

Em termos comparativos, os pontos positivos da arbitragem empresarial em relação à jurisdição estatal estão relacionados, segundo Rodrigo Tellechea à celeridade e ao sigilo do procedimento; à especialização e à expertise dos árbitros, resultando na qualidade da decisões proferidas; à flexibilidade das regras procedimentais; à ausência de instância recursal; à possível redução dos custos de transação referentes à prestação jurisdicional; e à potencial criação de um ambiente de cooperação e cordialidade que incentiva a celebração de acordos, com potenciais ganhos reputacionais para as partes.(TELLECHEA: 2016)

Se partirmos da premissa de que os problemas mais significativos ou as maiores inaptidões do processo judicial, são a falta de funcionalidade de suas regras procedimentais e a morosidade para se obter a tutela jurisdicional que põem fim definitivo ao litígio, visíveis são as características do procedimento arbitral que são de maior relevância. Afinal, em uma

atividade tão complexa como a empresarial, é ao máximo evitadas pelo empresário as circunstâncias que a colocaria em risco, uma vez que esses riscos refletem sobremaneira em seu patrimônio.

Todavia, é suspeito que uma gama de vantagens tal qual foi citada viria acompanhada de um custo pouco acessível, o que de fato se comprova quando da análise dos valores estimados para a taxa de registro da arbitragem; taxa de administração da câmara; e o valor da hora do árbitro em Câmaras de arbitragem, como na Câmara de Comércio Brasil - Canadá.

Nesse sentido, é que pode-se constatar um fator econômico impeditivo de acesso à justiça, inclusive dos acionistas minoritários, revelando uma série de desafios que a arbitragem enfrenta, sobretudo nos conflitos societários, vez que a sua utilização pode até mesmo engendrar fraudes e abusos de direito se se utilizam desta cláusula para, pelo conteúdo ou pela forma de sua aprovação em assembleia geral, obstar ou vedar o acesso à justiça pelos minoritários.

CAPÍTULO 2 - SOCIEDADES ANÔNIMAS

2.1 CONTEXTO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

As razões para o surgimento das sociedades anônimas foram eminentemente econômicas, vez que se deu a partir da necessidade dos indivíduos e do Estado de possuírem uma forma jurídica em que fosse possível conciliar a acumulação de grandes quantidades de capital com a exploração de negócios em larga escala. Para isso, elas foram concebidas e estruturadas para captar a poupança popular e alocá-la em grandes empreendimentos, impulsionando o desenvolvimento econômico.

Constata-se que o seu surgimento se deu à época dos "descobrimentos" nos séculos XV e XVI[2], como uma maneira de conciliar a limitação do risco econômico com a associação de recursos, cujo objetivo seria a viabilização de empreendimentos não acessíveis se contasse apenas com a capacidade financeira individual, familiar ou estatal. Tanto foi prático tal arquétipo jurídico que despertou o interesse político por parte do regulador, consolidando as suas regras com a promulgação do Código Napoleônico. Nesse ínterim, está a metáfora de Ripert (RIPERT: 1947 apud TELLECHEA: 2016, p. 41):

> Se se quisesse passar sem a sociedade anônima, seria preciso dispensar também o alto-forno, a máquina a vapor, a força hidroelétrica. O jurista é um servidor da economia. Pediram-lhe o meio de juntar capitais necessários à criação e à vida das grandes empresas. Ofereceu as sociedades por ações.

Portanto, foi a partir do Código Napoleônico que a sociedade anônima ganhou seus contornos legais, para que fosse regulamentado um sistema que na prática já existia com a função de reduzir os riscos para aquele investidor que não suportaria ser responsabilizado além da sua capacidade financeira, por essa razão é que a sociedade anônima esteve ligada à responsabilidade limitada do acionista desde o seu surgimento.

A evolução do instituto no Brasil, não diferente de outros sistemas jurídicos, passou por transformações que saiu do "sistema do privilégio", segundo o qual a constituição das companhias se dava por meio da edição de leis especiais pelo governo, para o chamado "sistema

[2]Destarte, há uma corrente que atribui a constituição da primeira sociedade por ações à *Casa di San Giorgio*, em 1408, na Gênova, por ser uma instituição mercantil que mais se aproxima desse modelo societário, embora não coincida inteiramente na sua constituição e funcionamento com a moderna sociedade anônima. (Negrão: 2012, p. 32)

da concessão ou autorização", através do Código Comercial de 1850. Enquanto nos anos seguintes à Lei nº 1083, 22 de agosto de 1860, cujos teores mantiveram o regime de autorização e elevaram o rigor de medidas e instrumentos governamentais fiscalizatórios, propunha-se o despertar de uma legislação emancipatória para as companhias, especialmente quanto à liberdade de forma e de constituição.

A Lei nº 3.150, de 04 de novembro de 1882, que instaurou o regime da regulamentação no Brasil, dispensando a necessidade de autorização governamental para o estabelecimento de sociedades anônimas, com exceção de casos especiais, foi a responsável por estabelecer uma nova roupagem jurídica às companhias, ajustando-a à melhor exploração do seu potencial econômico.

Proclamada a República, o governo editou o Decreto nº 434, de 4 de julho de 1891, que consolidou as legislações existentes e permaneceu em vigor por quase 50 (cinquenta) anos, embora houve alterações ao longo desse período. Advindo mudança apenas em 1940, com o Decreto-Lei 2.627, de 26 de setembro de 1940, mesmo que mantida uma estrutura rígida e pouco inovadora, regulou a formação das sociedades anônimas no período de crescimento industrial da década de 1950.

A mudança de maior significado adveio com a Lei nº 6.404/76, vigente atualmente, atendendo as necessidades de um arquétipo legal flexível, com tecnologia jurídica flexível, e ajustado à necessidade dos empresários de captar a poupança popular para financiar os grandes investimentos em que no momento era tão demandando no país.

Nos quase 40 (quarenta) anos de vigência, a Lei nº 6.404/76 manteve seus pilares de sustentação estáveis, apesar das reformas realizadas pelo legislador nos últimos anos, dentre as quais se destacam a Lei nº 9.457/97; Lei nº 10.303/01 e Decreto nº 3.995/01; Lei nº 11.638/07; Lei nº 12.431/11 e Lei nº 13.129 - que ajustaram a estrutura e o funcionamento das companhias abertas e fechadas.

É seu caráter prático que a torna tão dinâmica, em que quando atualizada visa atender as transformações da realidade econômica que a circunscreve, mesmo que em síntese há um razoável grau de segurança jurídica no Brasil quanto os marcos institucionais societário e bursátil. Assim, eventualmente surgem questões em que a Lei 6.404/76 não consegue abarcar, como o foi em relação aos efeitos subjetivos da cláusula compromissória estatutária superveniente, até que a Lei nº 13.129/15 pudesse acrescentar àquela o artigo 136-A oferecendo soluções à problemática.

Dentre as alterações acima citadas, muito importante é a reforma trazida pela Lei nº 10.303/01, já que a possibilidade da arbitragem nas sociedades anônimas fica bem mais explicita, visto que essa lei acrescentou o §3º ao art. 109[3] da Lei de S/A no capítulo dos direitos essenciais dos acionistas.

2.2 TRAÇOS FUNDAMENTAIS

As sociedades anônimas, como exposto anteriormente, possui como função servir de instrumento de financiamento para a exploração de atividades de grande envergadura econômica que exigem a concentração de elevadas somas de capital financeiro, tendo como características principais uma estrutura corporativa orgânica, limitação da responsabilidade dos sócios às perdas decorrentes da atividade social e a divisão do capital social em ações circuláveis.

A Lei das S/As estabelece como fundamental a estruturação interna básica em uma série de órgãos cujas competências estão expressas em lei, dentre as quais estão a assembleia geral, o conselho de administração, a diretoria e o conselho fiscal. Na prática, as sociedades anônimas possuem estrutura legal mínima, observados no estatuto social as cláusulas cogentes e princípios fundamentais, permitindo a manifestação da autonomia privada desde que respeitada esta estrutura mínima. Nesse sentido, importante é análise de Fábio K. Comparato (COMPARATO:1983 apud TELLECHEA, 2016, p. 66):

> (...) ao contrário do que sucede nos demais tipos societários, a economia interna da sociedade anônima não é deixada à livre decisão dos seus fundadores ou acionistas. O legislador discriminou poderes-funções considerados fundamentais, atribuindo-os a órgãos próprios, insuprimívies e inconfundíveis: o poder-função deliberante à assembleia geral, o poder-função administrativo à diretoria e o poder-função sindicante ao conselho fiscal. A liberdade negocial dos particulares, na organização de uma companhia, é, pois, limitada pelo respeito devido a essa estrutura básica. Reproduziu-se, assim, no direito privado, a mesma problemática de divisão de Poderes do direito constitucional, com o consectário de sua indelegabilidade.

3 Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembleia-geral poderão privar o acionista dos direitos de:
(...)
§ 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

Embora seja possível compreender as sociedades anônimas a partir de quatro pontos essenciais, quais sejam: (I) o capital dividido em ações; (II) a responsabilidade limitada de todos os acionistas ao preço de emissão das ações adquiridas ou subscritas; (III) a livre circulação dos títulos representativos deste capital; e (IV) a rigidez de sua estrutura organizacional; seria simplista defini-las apenas por essas características.

Assim, outros pontos são de igual relevância quando se trata da definição das sociedades anônimas, são eles, como enumera Rodrigo Tellechea

> as decisões tomadas por maioria dos votos, os direitos essenciais dos acionistas, os instrumentos de proteção da minoria, a mecânica em torno do poder de controle, os dividendos obrigatórios, as demonstrações financeiras, o processo de liquidação e extinção, a alienação de controle, as operações societárias e assim por diante. (TELLECHEA: 2016, p. 71)

Alguns inclusive ao que tange à problemática da pesquisa em tela, qual seja, tratar dos efeitos da cláusula compromissória estatutária superveniente, constituem-se de tal forma que seria inevitável não trazê-los à tona, vez que constituem se não o cerne, os pilares de sustentação do que propõe discutir e da solução mais adequada. Desta feita, mais uma vez citando Rodrigo ao abordar a temática os três pilares entendidos como de maior relevância são: (I) as deliberações assembleares; (II) o princípio majoritário; e (III) o direito de recesso. (TELLECHEA:2016)

2.3 A ASSEMBLEIA GERAL E A TOMADA DE DECISÕES

Como dito anteriormente, as sociedades por ações devem atender a tudo aquilo que o ordenamento jurídico considera como mínimo e essencial para sua constituição, o que significa dizer que dada sociedade não pode desrespeitar preceitos base, dentre eles dispor sobre a assembleia geral, já que é órgão estrutural e funcional das sociedades anônimas.

Com base no princípio majoritário é que as decisões são tomadas na assembleia geral, composta por seus próprios acionistas, com ou sem direito de voto - mesmo porque, como se verá melhor adiante, o voto não é a única forma de manifestação da vontade ou forma de influenciar as decisões do colegiado. Cabe salientar que quando a assembleia geral é convocada e instalada, nos termos da lei e do estatuto, sua função consiste em decidir sobre aquilo que está

sob a égide de sua competência, ou seja, ao que diz respeito ao objeto da companhia e tudo aquilo que estiver ligado à sua defesa e desenvolvimento.

Assim, as decisões assembleares são entendidas como a vontade da sociedade e vincula todos os sócios, inclusive os ausentes, abstinentes e dissidentes. Essa vontade social possui rito ou procedimentos de caráter imperativo que se denominou de "métodos assemblear", regido pela lei das S/As especificamente em seus artigos 86,87 e 123 a 136, noticiando a condição de validade das deliberações e o mecanismo de proteção dos acionistas minoritários.

De acordo com o posicionamento doutrinário, as decisões assembleares são atos ou negócios jurídicos privados que se formam a partir da manifestação de vontade dos acionistas, enquanto sua natureza jurídica está associada à formação de atos coletivos, esses segundo Alcides Tomasetti Junior: (TOMASETTI: 2011, p. 755-764)

> Os atos coletivos (Gesamtakten) são compostos por duas ou mais de duas manifestações ou declarações volitivas distintas, provenientes, intraparte, de figurantes plúrimos, no sentido de servir a um interesse idêntico de todos esses mesmos figurantes, que suportarão, igualmente, nas esferas jurídicas individuais correspondentes, os efeitos dos atos assim compostos. Os atos jurídicos coletivos ou compósitos podem formar-se pela maioria ou pela unanimidade dos figurantes, vinculando-se a totalidade desses figurantes pela eficácia extensiva do acordo majoritário.

Assim, Comparato distingue, a assembleia geral, de um lado, e suas deliberações, de outro, uma vez que:

> A assembleia, enquanto reunião dos acionistas, convocada e instalada de acordo com a lei e os estatutos (Lei nº 6.404/76, art. 121), não é ato ou negócio jurídico, mas sim quadro ou momento em que são tomadas as deliberações. Estas, por sua vez, não constituem manifestação de vontade, mas a fusão de várias manifestações ou, se se preferir, a sua soma algébrica (COMPARATO: 1991 apud TELLECHEA, 2016).

Sobre as decisões assembleares tidas com base no princípio do majoritário e a vinculação dos sócios a essa deliberação, sábias são as palavras de Marcelo Vieira Von Adamek, com base nas lições de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, F. Galgano e HerbetWiedemann (ADAMEK: 2010, p. 31,34 e 35):

> O fenômeno da vinculação da minoria à decisão da maioria é tradicionalmente explicado (e como se pontuará, de maneira pouco realista) pela mítica e obnubilante observação de que, respeitado o método assemblear, os votos proferidos pelo sócios transfundem-se em deliberação da sociedade, que passa a ser ato da própria sociedade, vinculando a todos os seus membros - ou seja, entre votos de deliberações, não haveria apenas uma diferença quantitativa, mas qualitativa; os vencidos não estariam sujeitos aos votos da maioria, mas à deliberação que, por efeito destes, é formada e juridicamente imputada à sociedade.
>
> (...)
>
> Porém, diversamente disso, nos principais tipos societários e, pode-se acrescentar, em todos nos quais entre nós vige o princípio majoritário, a formação da vontade coletiva não ocorre apenas pelo critério de cabeça (one man, one vote, e sim, no mais das vezes, dá-se em função da participação dos sócios no capital social (CC, arts. 1010 e 1.071; e LSA, art. 110);

O tópico se faz pertinente à presente pesquisa uma vez que o parágrafo terceiro do artigo 109 da Lei de S/A prevê a adoção da cláusula compromissória de arbitragem para as sociedades anônimas por meio de assembleia geral, podendo ser no ato de constituição da sociedade ou posteriormente, em assembleia geral extraordinária.

Nesse sentido, a assembleia geral e, consequentemente, o princípio majoritário são pontos centrais da problemática dos efeitos subjetivos da inclusão da referida cláusula, pois nela é a tomada de decisão no âmbito da sociedade anônima, compondo a vontade social e por ser o princípio majoritário o causador da vinculação da minoria à vontade da maioria, razão pela qual será abordado adiante.

2.4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PRINCÍPIO MAJORITÁRIO

O princípio majoritário como "técnica de articulação do consenso" ou "técnica de absorção de conflitos" nem sempre foi aceito e aplicado, como o é atualmente. Em diversos espaços da vida em sociedade, o princípio é utilizado como a melhor forma de se chegar a um consenso, para que a vontade de uma certa coletividade possa ser alcançada, mesmo que exista uma parte dela que não concorde com a decisão.

Logo, nunca o princípio majoritário esteve tão em voga, uma vez que está presente nas eleições estatais, deliberações parlamentares, colégios administrativos, corporações públicas e privadas, associações de escopo científico e sociedades, esses e outros exemplos recorrem à deliberação pelo voto da maioria simples, absoluta ou qualificada. Na prática, uma operação

matemática irá definir o interesse da coletividade, podendo se tratar de três pessoas ou mesmo centenas de milhares de votos, todas indistintamente se vincularão à vontade comum.

Todavia, válida é a análise acerca dos fundamentos estruturantes e lógica de funcionamento do princípio majoritário, uma vez que a sua aplicabilidade presumida de forma universal e óbvia, afasta a importância de se entender tais conceitos, mesmo porque dentro de uma sociedade anônima, por exemplo, a vontade de alguns acionistas irá formar a vontade da própria companhia.

Antes de adentrarmos na discussão acerca dessas supracitadas questões, à título de contextualização, nem sempre as decisões se recorriam à regra da maioria, como mencionado anteriormente, mas à unanimidade. Historicamente, a incidência do princípio em tela no direito privado passa a ser percebida com maior vigor a partir da Alta Idade Média, com base na interpretação dos textos romanos por legistas e glosadores, sob o argumento da dificuldade prática de se atingir a unanimidade.

Assim, a regra da maioria ia de encontro à regra básica do direito privado, extraído da lógica romana *quod omnes tangit* que exigia a unanimidade para a formação da vontade única. (VENDITTI: 1955 apud TELLECHEA: 2016). Contudo, a doutrina aponta o século XII como o momento em que houve compatibilização plena entre o princípio da unanimidade e da maioria, que se deu por meio da distinção entre pluralidade *uti universi*e *uti singoli.* (ESPÍRITO SANTO: 2014 apud TELLECHEA: 2016)

Já no direito societário, o princípio majoritário ganhou intensa aplicabilidade por garantir o exercício e a capacidade funcional do ente coletivo. Podendo ser constatado desde o contrato social, uma vez que o caráter plurilateral representante do vínculo associativo é o instrumento pelo qual os sócios comprometem-se ao objetivo principal, qual seja a atividade social. Em outras palavras, aquele que passa a participar de uma sociedade submete parte de seu interesse individual ao interesse majoritário (ex. art. 117,b, da Lei das Sociedades Anônimas), ainda em assembleia geral as deliberações devem sempre buscar o melhor interesse para a sociedade (art. 115 da Lei das Sociedades Anônimas).

A rigor, o princípio da maioria é o critério de formação das decisões de um grupo e da própria vontade da coletividade, o que implica a vinculação da minoria à vontade da maioria. Ou seja, a maioria responsabiliza-se pelo exercício da soberania assemblear e pelo poder diretivo da sociedade na interpretação do interesse social e da consecução do seu fim. Logo, a maioria somente possui "poder" legítimo quando da consecução do interesse social da pessoa jurídica, o que significa dizer que quando em conformidade com o ordenamento jurídico, as

decisões são capazes de vincular todos os membros, ainda que ausentes, abstinentes ou dissidentes, detendo o "direito de veto" do acionista individual ou da minoria organizada. (COMPARATO et al.:2008 apud TELLECHEA: 2016)

O Decreto-Lei 2.627/40, texto que regulou as sociedades anônimas até o advento da Lei nº 6.404/76, foi o responsável por sistematizar a tomada de decisões com base na regra da maioria, respeitada a proporcionalidade entre o capital investido em ações e o direito de voto. Vide o artigo 94 deste Decreto-Lei: "As deliberações da assembleia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, são tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco".

A atual legislação seguiu na mesma direção, estabelecendo por meio do seu artigo 129 que as deliberações da assembleia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco. Vale citar exemplos em que não será exigida a maioria, como o é na fase constitutiva da sociedade anônima em que a maioria não tem o poder para alterar, modificar ou derrogar as cláusulas ou artigos do projeto dos estatutos (Lei nº6.404, art. 87, § 2º).

Assim como em outras hipóteses que são exigidas a unanimidade dos acionistas para a aprovação de determinadas matérias, como na mudança de nacionalidade de uma companhia brasileira (Lei nº6.404, art. 300), na alteração do tipo societário, quando não prevista no ato constitutivo ou nos estatutos (Lei nº6.404, art. 221), na distribuição de dividendo inferior ao obrigatório (Lei nº6.404, art. 202, § 3º), e, também, na cisão desproporcional (Lei nº 6.404, art. 22, §5º).

Mesmo que o princípio majoritário esteja consensualmente estabelecido como o padrão de decisão das sociedades no ordenamento jurídico brasileiro, atendendo não só ao raciocínio lógico-jurídico, mas à necessidade prática do prevalecimento da vontade de uns sobre a de outros com o intuito de evitar a paralisação da sociedade, não pode-se olvidar dos limites para a lógica legitimadora da regra da maioria, especificamente nas situações em que as decisões majoritárias não podem interferir na esfera privada dos acionistas.

Destarte, a plena eficácia da regra da maioria deve ser reexaminada em situações excepcionais para que seja relativizado seu caráter absoluto em decorrência da proteção de outros interesses em jogo. Assim, no regime jurídico da Lei nº 6.404/76 são apresentadas as situações (supracitadas) em que será exigida a unanimidade dos acionistas, ou, também, aquelas situações em que ao invés de exigir o quórum da unanimidade, o legislador requer que a matéria

seja aprovada mediante quórum qualificado, ou seja, metade mais uma das ações com direito ao voto que integram o capital social.

Vale ressaltar que nesse último caso, outorga-se ao acionista dissidente da deliberação a possibilidade retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações, uma vez que o direito de recesso compõe o rol de direitos essenciais dos acionistas previsto no art. 109, inciso V, da lei acionária e, nos moldes legais, traduz-se em freio do princípio majoritário.

Outra hipótese na qual o princípio majoritário é relativizado trata-se dos direitos essenciais dos acionistas, previstos no art. 109 da Lei nº 6.404/76, inderrogáveis pelo estatuto social ou pela assembleia geral. Direitos esses que estão relacionados à participação nos lucros sociais; à participação no acervo da companhia em caso de liquidação; à fiscalização da gestão dos negócios sociais, na forma prevista em lei; à preferência para subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos arts. 171 e 172; e à retirada da sociedade nos casos previstos em lei.

Em síntese, toda essa discussão acerca da eficácia do princípio da maioria e sua relativização frente às temáticas sensíveis das sociedades traz um dos pontos mais relevantes a ser tratado nesta presente pesquisa, qual seja, a inclusão da cláusula estatutária superveniente da arbitragem nas sociedades anônimas fechadas, visando revelar a tensão existente entre o princípio em comento e a autonomia privada das partes quando da inclusão de cláusula compromissória que eleja a arbitragem como método alternativo e adequado para a resolução dos eventuais litígios.

2.5 DIREITO DE RECESSO

Em linhas gerais, o direito de recesso confere ao sócio uma "porta de saída", por sua iniciativa, da sociedade. Assim, trata-se de uma prerrogativa essencial do acionista prevista no art. 109, inc. V, da Lei nº 6.404/76, em que o acionista discordando de certas decisões assembleares majoritárias poderá obter o reembolso do valor de suas ações diretamente da companhia. Constatou Rachel Sztajn, em sua tese de doutorado sobre o tema, que a figura jurídica do recesso:

> (...) aparece no sistema societário como complemento da liberdade de associação. Recesso, que significa sair, voltar atraz (sic), retroceder, designa a faculdade conferida aos membros das sociedades mercantis e cooperativas de, mediante declaração de vontade, de romperem o vínculo associativo, desligando-se da sociedade, sem dissolução desta. A solução de se desfazer individualmente dos laços que unem os sócios à sociedade, especialmente nas companhias, tipo societário cuja estrutura aberta se presta à adesão de novos participantes a pacto já aperfeiçoado, facilita o

> funcionamento da sociedade pois elimina resistências de eventuais dissidentes de deliberação majoritária. (SZTAJN: 1982, p.1.)

Portanto, o direito de recesso classifica-se como individual do acionista, de caráter pessoal e essencial, cujo principal efeito jurídico consiste em resolver parcialmente o vínculo contratual anteriormente firmado e permitir sua retirada da sociedade em decorrência de alterações que modifiquem as bases essenciais desse negócio jurídico, sendo que o ônus da retirada, em termos de reembolso, será da sociedade.

Interessante o entendimento de que o direito de retirada nada tem a ver com a ideia de indenização por discordância daquilo que foi assentado pela maioria ou sanção a ato ilícito praticado pela mesma, mas a garantia dada ao sócio de se opor aquilo que propõe modificações extremas na posição individual do acionista. Dessa forma, o legislador elevou o direito de retirada à categoria de direito essencial do acionista, ou seja, nem mesmo a lei ou o estatuto poderá privar o seu exercício.

> Trata-se de um remédio jurídico, e não de um direito material à obtenção de lucros ou vantagens. É remédio reconhecido em lei para a proteção de interesses individuais dos acionistas, não correspondentes, portanto, ao interesse social. Deste, o intérprete primeiro continua sendo o majoritário ou controlador. Ele tem o direito - e, em certas circunstâncias, até mesmo o dever - de tomar a iniciativa das deliberações sociais que contrariam o interesse dos minoritários. Mas o sacrifício destes é considerado iníquo, sem uma compensação: o poder atribuído aos dissidentes de se retirarem da sociedade com o reembolso do valor de sua participação social. A doutrina reconhece, portanto, sem discrepância, que o direito de recesso do sócio dissidente de deliberação social não constitui uma sanção de ato ilícito praticado pela maioria; não representa uma forma de indenização. Se o fora, o sócio recedente (sic) seria obrigado a provar o prejuízo sofrido, para exercer a retirada, quando na verdade o recesso atua como uma 'denúncia vazia' do vínculo societário (COMPARATO: 1990 apud TELLECHEA: 2016, p. 117)

A forma, em comento, de como se dá a retirada do sócio dissidente é deveras relevante por não exigir do sócio encontrar um possível adquirente para ingressar num pacto social já constituído e em exercício de sua atividade, para que só assim seja possível encerrar o vínculo associativo, muito embora também seja perfeitamente possível retirar-se desta, uma vez que o acionista detém o poder de dispor de suas ações em mercado.

Por certo, existem prerrogativas expressas legalmente necessárias ao cabimento do exercício de direito de recesso e reembolso pela empresa, essas se extraem da combinação do art. 45 com os arts. 136 e 137 da Lei nº 6.404/76. Em síntese, da leitura do texto "Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário (TELLECHEA: 2016), por vezes mencionado nesta presente pesquisa, existem três requisitos básicos para o exercício

do direito de recesso, um deles subjetivo e dois objetivos: "(I) Ser acionista, ordinário ou preferencialista sem direito a voto, da sociedade na data da primeira publicação do edital de convocação da assembleia, ou na data da comunicação do relevante objeto da deliberação, se anterior; (II) existir deliberação da assembleia geral sobre matéria ensejadora do recesso e (III) existir manifestação de vontade do acionista ausente, que se absteve ou dissidente dentro do prazo legal de 30 (trinta) dias."

As hipóteses legais de recesso são, portanto, taxativas e condicionadas ao cumprimento desses requisitos básicos e prerrogativas, visando o atendimento do objetivo maior do instituto, qual seja, harmonizar os interesses dentro da organização interna societária. O que, significa dizer que, as situações em que o direito de recesso for utilizado fugindo de sua finalidade, como o caso em que se torna um mecanismo em favor da maioria, concentrando neste poder controlador os poderes decisórios, deverá ser profundamente combatido, especialmente pelos tribunais.

2.6 DIREITOS INDIVIDUAIS DOS ACIONISTAS

Após breve explanação acerca de alguns dos pontos centrais da problemática constante nesta pesquisa, quais sejam, o princípio majoritário e o direito de recesso, que se traduzem na dialética entre o exercício da autonomia privada dos indivíduos e a vinculação da minoria às decisões da assembleia geral majoritária, mister será aprofundar nos direitos individuais dos acionistas, de modo a entender os fundamentos e os limites da autonomia privada na seara das sociedades anônimas.

Mesmo porque não há como desvincular a discussão dos direitos individuais dos acionistas e o princípio majoritário, uma vez que, como mencionado anteriormente quando do contexto histórico da inserção desse princípio ao arcabouço societário, em dado momento ele foi estabelecido para que fosse possível a tomada de decisões sem que, para isso, fosse necessária a unanimidade. Assim, a discussão acerca dos direitos individuais só veio à tona na medida em que a regra da unanimidade veio sendo deixada de lado.

> Inegavelmente, a construção dos chamados direitos essenciais dos acionistas decorreu da necessidade de se opor um limite ao poder quase absoluto das assembleias, exercido pelas maiorias, entendendo-se que, não obstante indispensável o princípio majoritário para a formação da vontade social, não poderia ir até o ponto de frustrar o status do acionista. (BULGARELLI: 1998 apud TELLECHEA: 2016, p. 146).

Em outras palavras, transcorreram-se anos até que a ideia de sociedade como um contrato, apenas alterado mediante a concordância da unanimidade dos sócios, ganhasse uma perspectiva relativizada no sentido de ser possível realizar alterações por maioria. Portanto, mesmo que a individualidade possa ser mitigada em prol da vontade social, jamais poderá ser eliminada ou desconsiderada em totalidade, o que significa dizer, que os direitos individuais dos acionistas ou mesmo os direitos essenciais dos acionistas estabelecem limites ao poder de decisão das assembleias.

Os direitos individuais dos acionistas constituem um dos limites negativos ao exercício do poder do acionista controlador nas sociedades anônimas, ou seja, trata-se de uma delimitação entre as esferas individual e coletiva do acionista. Não podendo a maioria os tirar ou delimitar, assim como os estatutos e contrato social devem respeitá-los, ou seja, esses direitos não estão subordinados à maioria.

> Esses direitos são impostergáveis e nenhum acionista poderá ser privado deles, de jeito algum. Aplica-se-lhes a apóstrofe do evangelista. Noli me tangere. Bem se pode dizer que tais direitos são invioláveis e sagrados. Nessa zona (...) não tem vigência o arbítrio da maioria; e a lei reiterou, com sabedoria, no parágrafo único do art. 78, a salientar a preponderância deste, que os meios, processos ou ações, que ela dá ao acionista para assegurar os seus direitos, não podem ser elididos pelos estatutos. (FERREIRA: 1961 apud TELLECHEA: 2016, p. 160).

No contexto brasileiro atual, objeto de análise da presente pesquisa que aqui se propõe, considerando viger o sufrágio universal para a tomada de decisões assembleares, ao mesmo tempo em que os sócios considerados individualmente possuem prerrogativas que os protegem, sejam os direitos individuais dos acionistas ou a proteção aos sócios minoritários, depreende-se um dos pontos mais importantes ao tratar desses direitos individuais, a compreensão da função de proteção do interesse dos acionistas no âmbito das sociedades anônimas, o que pressupõe clareza entre quais direitos são individuais e sociais.

Mesmo que ambos, direitos individuais e sociais, decorrem da letra da lei ou das previsões constantes no ato constitutivo da sociedade, as diferenças são substanciais e revelam a posição que o acionista assume em dada sociedade. Enquanto os direitos individuais são aqueles considerados intangíveis ou inderrogáveis pela assembleia geral, decorrentes do *status socii* e exercitáveis no âmbito interno da sociedade, os direitos sociais caracterizam-se pelo seu exercício no interesse da sociedade, ou seja, deve ser considerada a "vontade social".

Porquanto ao direcionamento do interesse diretamente ligado aos anseios da sociedade, considerando o ente coletivo, tem-se que os direitos sociais são modificáveis ou passíveis de supressão pela assembleia geral ou pelo estatuto social, submetendo-se, portanto, ao princípio majoritário, enquanto os direitos individuais do acionista são intangíveis.

Um ligeiro aprofundamento na distinção entre direitos individuais e os sociais, nos permite alcançar o cerne da discussão, qual seja, delimitar os limites de cada um e em quais situações o indivíduo deve se sujeitar à vontade social. Afinal, mesmo que os indivíduos estejam vinculados à dada sociedade, a vontade social será aquela determinada pelos votos dos acionistas controladores, podendo os minoritários se encontrar em situação de desamparo.

Entende-se por acionista controlador, segundo o artigo da Lei 6.404/76, a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

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

O parágrafo único do mesmo artigo supracitado preceitua:

> O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, <u>e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa</u>, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. (grifo nosso)

Assim, considerando que controlar uma companhia é o poder de impor à vontade nos atos sociais e, via de consequência, de dirigir o processo empresarial, podemos, através da inversão do conceito, apreender a noção de minoritário como aquele que se submete a estas decisões, não podendo ser tomadas sem que seja considerados os sócios minoritários.

Os direitos individuais ou essenciais previstos na Lei das sociedades por ações, em seu artigo 109, são assim delimitados:

> Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembleia-geral poderão privar o acionista dos direitos de:
> I - participar dos lucros sociais;
> II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação;
> III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;
> IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172;
> V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.

De tudo que foi dito, podemos concluir que o arcabouço jurídico das sociedades anônimas pressupõe a prevalência do interesse da sociedade sobre os direitos individuais dos acionistas, em que no momento que o sócio entra na sociedade anui em subordinar sua vontade à social, enquanto participar da sociedade.

Desse modo, importante frisar que o direito de se retirar da sociedade compõe os direitos individuais inderrogáveis pela assembleia geral, constituindo uma possibilidade de discordância de certas decisões assembleares majoritárias e obter o reembolso de suas ações diretamente da companhia.

CAPÍTULO 3 - EXTENSÃO E LIMITES DA INCLUSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA SUPERVENIENTE NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS

Após a análise do instituto da arbitragem e suas principais características no contexto empresarial societário brasileiro, de modo a traçar um paralelo entre o instituto, como meio alternativo de solução de conflitos, frente à jurisdição estatal tradicional. Delimitada a discussão ao cenário da sociedade anônima, considerando o seu regime jurídico e os princípios inerentes à temática, chegamos ao ponto central da pesquisa: a extensão da cláusula compromissória estatutária superveniente nas sociedades anônimas fechadas, especificamente para aqueles que deixaram de anuir pela sua inclusão.

Em outras palavras, o que se propõe nessa parte da pesquisa é discutir a sujeição ou não dos sócios ausentes, dissidentes e abstinentes à convenção de arbitragem firmada por meio da cláusula compromissória estatutária.

Para tanto façamos um recorte histórico a título de contextualização, dado que a legislação atual quando de sua edição original foi silente quanto à inclusão de cláusula compromissória no estatuto social das companhias. Assim, no âmbito da arbitragem nas sociedades anônimas, duas alterações legislativas foram de fundamental importância para o desenvolvimento do tema: a Lei 10.303/2001, e; a recente reforma da Lei de Arbitragem (2015), concretizada pela Lei 13.129/2015, conforme mencionadas nos capítulos anteriores.

A reforma perpetrada pela Lei 10.303/01 foi responsável por acrescentar ao art. 109, da Lei 6.404/76, no Capítulo que regula os acionistas e na Seção que trata dos seus direitos essenciais - o § 3º, vejamos: " O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre acionistas e a companhia, ou entre acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionados mediante arbitragem, nos termos em que especificar".

Contudo, a redação do dispositivo supra, da forma como foi dada, deu margem a diferentes entendimentos doutrinários, sobretudo, quando do seguinte questionamento, atinente a essa pesquisa, possuiria a cláusula compromissória inserida no estatuto social de determinada companhia efeito vinculante sobre todos os seus acionistas? Qual a aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade para aqueles acionistas que se oporem à convenção de arbitragem?

Em linhas gerais, não repousando sobre a hermenêutica atinente à interpretação do presente texto legal, extrai-se que a Lei nº 6.404/76 passou a prever expressamente que o estatuto das sociedades anônimas poderá possuir disposição estatutária prevendo a arbitragem como forma alternativa de resolução de conflitos que poderão surgir entre os acionistas e a

companhia ou entre os acionistas entre si, independentemente se são minoritários ou controladores.

Daí, podemos concluir que esse entendimento tem por base uma interpretação teleológica e sistemática de modo a não restringir sua aplicabilidade, pelo contrário, estendendo seu escopo para todo e qualquer acionista. Ademais, em relação à matéria que será objeto de litígio, deverá ela estar relacionada com o estatuto social no qual a cláusula está inserida.

Em regra, e em decorrência do art. 1º da Lei da arbitragem, os conflitos societários – compreendidos como aqueles que se dão entre acionistas e a companhia ou entre acionistas em si - são passíveis de resolução pelo instituto arbitral, desde que digam respeito às controvérsias patrimoniais disponíveis. Como exemplo, a dissolução parcial ou total, exclusão de sócios, a apuração de haveres, problemas relacionados a direitos políticos, entre outros conflitos de interesses.

Esclarecido o entendimento sedimentado acerca da reforma de 2001, mesmo porque em outro momento desta pesquisa (capítulo primeiro) já tratamos da arbitralidade subjetiva e objetiva, importante são as palavras de Marcelo Vilela quando da necessária incidência da cláusula compromissória sobre o pacto societário, vejamos:

> (...) a identificação dos limites de tal convenção arbitral passará pela conjugação do elemento referente à incidência do conflito instalado entre as partes sobre o pacto social (ou pacto societário). Não basta a verificação do nascimento de um litígio entre as partes que intervieram na formação da cláusula compromissória, há que este se referir ao objeto da sociedade à qual a cláusula compromissória se adere.

Continua o autor com base nas lições de Daniel Cohen:

> O conceito de pacto social não se encontra aprisionado nos instrumentos de constituição da sociedade, uma vez que este extravasa o limite de funcionamento desta, abrangendo uma plêiade de interesses que se colocam em torno da existência da própria sociedade, sejam esses interesses da própria sociedade em relação a seus associados, sejam interesses afetos aos associados entre si com impacto nos negócios sociais. O estatuto ou contrato social não se confunde com o pacto social, mas, antes, nele está contido. **O pacto social refere-se à essência da sociedade, ao âmago do encontro de vontades dos associados que deu vida à pessoa jurídica e mantém o propósito social, e não simplesmente às disposições impositivas contratuais que regem uma sociedade. O pacto social, necessariamente, não está reduzido a termo, e, quando assim se apresenta, estará inserido apenas parcialmente no estatuto ou contrato social**. (...) O princípio da necessária incidência do conflito sobre o pacto social deve-se conjugar com a necessidade do consentimento da parte para a criação da convenção arbitral, como a potencialização para a instalação do juízo arbitral. Estes dois elementos, o primeiro de ordem objetiva, o segundo de ordem subjetiva, são os balizamentos para se definir os limites da cláusula compromissória inserida no estatuto ou contrato social da sociedade comercial. (grifo meu) (VILELA:1993 apud TELLECHEA: 2016, p.361).

Assim, podemos concluir, que o pacto social[4] não se vê limitado às disposições constantes do contrato social, mas a um conjunto de fatores que juntos formam a essência da sociedade. Portanto, não serão todos os conflitos entre sócios, administradores ou da sociedade submetidos à cláusula arbitral, apenas aqueles que digam respeito ao pacto social.

A reforma mais recente trata-se da Lei nº 13.129/2015, que incluiu o artigo 136-A na Lei nº 6.404/76, trazendo o seguinte posicionamento: a cláusula compromissória obrigaria todos os acionistas da empresa, independentemente de sua adesão expressa.

Nesse ponto, como já tratado no capítulo segundo, sabemos que o direito de retirada é uma alternativa para que se prevaleça o princípio da maioria quando da inclusão da cláusula compromissória, possibilidade essa prevista pelo citado artigo 136-A. No entanto, o que se propõe nesta pesquisa é discutir, também, a eficiência da solução dada pela reforma da Lei da Arbitragem.

3.1 INCLUSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA

No âmbito societário, existe uma diferenciação substancial para a inclusão da cláusula compromissória estatutária, qual seja, o momento em que ela será incluída. Podendo ser uma cláusula compromissória originária quando já consta no projeto de estatuto encaminhado à assembleia geral de constituição da companhia, ou poderá ser uma cláusula compromissória superveniente, caso em que a cláusula será inserida em momento posterior à constituição da companhia, em sede de assembleia geral extraordinária, com finalidade de realizar a alteração contratual.

No primeiro caso, o ordenamento societário prevê que tenha anuência da unanimidade de todos os subscritores do projeto de estatuto social, ao passo que a cláusula compromissória superveniente possui procedimento um pouco mais minucioso e complexo, razão pela qual, será pormenorizado adiante, atendendo ao objeto de análise da presente pesquisa.

A Lei das S/As prevê em seu artigo 135 a exigência de que a assembleia geral extraordinária tenha quórum de instalação, em primeira convocação, de acionistas que representem ⅔ (dois terços), no mínimo, do capital com direito a voto, podendo-se instalar em segunda convocação com qualquer número.

[4] Conceito referente ao pacto societário ou, melhor, à essência da sociedade que se traduz no encontro de vontade dos acionistas em direção à consecução do propósito social.

Ao ser instalada a assembleia geral extraordinária, segundo o art. 129, caput e §1º da Lei 6.404/76, as deliberações deverão ser tomadas por maioria absoluta dos votos, ressalvadas as exceções previstas em lei, não se computando os votos em branco, podendo o estatuto da companhia fechada exigir quórum diferente para certas deliberações.

O art. 136 da mesma lei, prevê o quórum qualificado nas matérias ali prevista, sendo ele representado pelo voto de mais da metade, no mínimo, da totalidade das ações com direito a voto (não somente daqueles acionistas presentes à assembleia geral), assim como o estatuto social poderá elevar o os quóruns comum e qualificado, desde que especifique as matérias.

Válido destacar que até que a Lei 13.129/15 fosse promulgada, a legislação das sociedades anônimas não determinava que a inclusão de cláusula compromissória estatutária prescindiria da aprovação de acionistas que representem quórum de natureza qualificada, o que significa dizer que essa alteração seria tomada por maioria absoluta dos presentes, se não fosse exigido quórum distinto no estatuto social.

A dita lei incluiu na Subseção "Direito de Retirada" da Seção III e do Capítulo III, o artigo 136-A, cuja redação preleciona:

> A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.
>
> § 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou.
>
> § 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável:
>
> I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe;
>
> II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas "a" e "b" do inciso II do art. 137 desta Lei.

Assim, faz-se cristalina a possibilidade de o acionista dissidente retirar-se da sociedade quando da inserção da cláusula compromissória estatutária, se observadas as hipóteses previstas no texto legal supra.

Anteriormente à Lei 13.129/15 haviam duas correntes doutrinários diametralmente opostas relativas ao tema, em que de um lado CARVALHOSA entendia que a cláusula compromissória incidiria apenas sobre aqueles que a subscrevessem, tendo como fundamentos:

(a) a natureza contratual da arbitragem, a exigir manifestação de vontade concreta e inequívoca; (b) a específica previsão constitucional de que nenhuma lei pode afastar lesão ou ameaça de direito da apreciação do Poder Judiciário; (c) a exigência específica de cláusula escrita da lei de arbitragem; e (d) a suposta natureza parassocial da cláusula compromissória, à semelhança do que ocorre com o acordo de acionistas, que como tal não vincula a sociedade ou os acionistas que dele não fazem parte. (CARVALHOSA: 2011, vol. II.)

Do lado oposto, Martins considerava que a cláusula compromissória era mera cláusula estatutária, vigente em decorrência do princípio majoritário. Ou seja, a maioria que compõe o capital social irá tomar as decisões em nome da sociedade, inclusive pela inclusão do compromisso arbitral. Esse, não resulta em modificação substancial do estatuto social, tampouco restringe o direito dos acionistas, devendo vincular todos os acionistas (MARTINS: 2012 apud TELLECHEA:2016).

Por fim, o posicionamento adotado pela legislação é considerado intermediário por prever que os efeitos da cláusula compromissória se estenderão a todos os acionistas, muito embora o referido dispositivo deixe claro o direito de recesso aos acionistas dissidentes. Em outras palavras, a solução trazida pela reforma de 2015 reconhece o embate entre a Lei nº 9.307/96 e a Lei nº 6.404/76, aquela trazendo a necessidade de manifestação explícita e voluntária do indivíduo para se vincular à cláusula compromissória, enquanto que essa se disciplina pelas regra da maioria para as tomadas de decisões da sociedade.

3.2 CRÍTICA À REFORMA PERPETRADA PELA LEI 13.129/15.

Por fim, entendemos que o artigo 136-A atende aos preceitos da Lei de S/A quando não inviabiliza a regra da maioria, vez que ela é instrumento que permite a condução dos negócios sociais, e, ao mesmo tempo, atende aos princípios basilares da Lei de Arbitragem quando permite ao acionista não permanecer vinculado à decisão que deixou de concordar, ou seja, impossibilita a extensão dos efeitos da cláusula aos acionistas que se manifestaram expressamente contrários à sua adoção.

> A partir do momento em que se admite que a finalidade do Direito Privado é concretizar e/ou conciliar a realização dos direitos fundamentais, o direito de recesso há que ser interpretado como um mecanismo de concretização do direito fundamental de não permanecer associado (direito da livre associação). Nas sociedades anônimas, o exercício desse direito fundamental se viabiliza não só pelo recesso, mas também pela previsão legal de livre transferência da participação societária (...). Assim, o acionista exerce o direito de não permanecer associado mediante a alienação de suas ações. Não obstante, (...) há situações, em especial nas companhias fechadas, em que a ausência de liquidez das ações impede o exercício do direito fundamental em voga. E como a LSA restringe o direito de recesso em face da companhia às hipóteses nela exaustivamente previstas na legislação acionária. Em circunstâncias como essa, o afastamento das regras restritivas da LSA encontra na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e na proibição de tutela desses direitos, o fundamento para que seja reconhecido ao acionista o direito de se retirar da companhia, mediante reembolso das ações liquidadas. (BOTREL: 2009 apud TELLECHEA: 2016, p. 451)

A redação dada ao citado artigo 136-A é bastante clara, resolvendo uma grande tensão devido ao silêncio das legislações até então vigentes quanto aos efeitos subjetivos da inclusão da cláusula compromissória nos estatutos sociais, outorgando o direito de recesso que poderá ser exercido no prazo de 30 (trinta) dias, conforme a regra geral do art. 137, a contar da publicação da ata de assembleia geral que aprovou a inclusão da cláusula compromissória estatutária superveniente.

Importante frisar que os incisos I e II, art. 136-A, preveem, respectivamente, a não possibilidade de recesso quando a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social for condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de Bolsa de Valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% das ações de cada espécie ou classe, assim como não haverá o direito de recesso se as ações da companhia, cujo estatuto social está sendo alterado, forem dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 da Lei 6.404/76.

Não resta dúvidas, atendendo ao posicionamento desenvolvido ao longo desta tese, de que o recesso legal é uma solução eficiente para a problemática discutida. Muito embora, sabe-se que situações novas poderão surgir revelando falhas ou incongruências da legislação, dado a dinamicidade das relações societárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa sustenta o posicionamento de ser a Arbitragem um meio perfeitamente viável à dirimir os conflitos empresariais societários, uma vez que a renúncia à jurisdição estatal não fere de nenhum modo o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, e, ainda, oferece diversas vantagens à consecução e manutenção da atividade empresarial, dentre elas, a celeridade e a expertise dos árbitros.

O art. 4º da Lei nº 9.307/96 determina que o consentimento da parte é requisito de validade do negócio jurídico que dá origem à cláusula compromissória, não sendo lícita a submissão do indivíduo à arbitragem contra a sua vontade. Assim, no contexto das sociedades anônimas em que as deliberações são tomadas com base no princípio majoritário, a vontade social será tomada pela maioria, devendo a minoria a ela se submeter.

Considerando que o parágrafo terceiro, art. 109 da Lei nº 6.404/76, determina que o estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre acionistas e a companhia, ou entre acionistas entre si, seja qual for a sua qualificação, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar, em verdade traz uma tensão quanto aos efeitos da inclusão de cláusula compromissória superveniente.

No entanto, essa tensão que se revela na contraposição entre o princípio da autonomia privada e a vinculação da minoria à vontade da maioria (princípio majoritário) é solucionada pela lei nº 13.129/15, por meio do direito de recesso e reembolso pela companhia, conforme explicitado anteriormente.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias). **Tese de doutorado.** Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 31,34 e 35

ANTEPROJETO DE LEI SOBRE A ARBITRAGEM NO BRASIL. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/justificativa.pdf>. Acesso em: 18, junho de 2020.

BRAGHETTA, Adriana; GABBAY, Daniela Monteiro; PITOMBO, Eleonora Coelho; ALVES, Rafael Francisco e LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem e Poder Judiciário: uma radiografia dos casos que chegam ao judiciario brasileiro. In: **Caderno Direito da Fundação Getúlio Vargas**, v. 6. nº 6, novembro de 2009

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm.

Lei n. 10.303 de 31 de outubro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10303.htm

Lei n. 13.129 de 26 de maio de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm: Acesso em: 2020.

Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996. Disponível em: Acesso em: 07 abr 2020

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. II

NEGRÃO, R. **Manual de direito comercial e de empresa.** V.1 / Ricardo Negrão. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 29-32.

STF. SE 5.206 – AgR; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Tribunal Pleno. Julgado em 12.12.2001; DJ 30.4.2004, PP. 00029, Ement vol-02149-06, PP-00958. Súmula: O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo para homologar a sentença arbitral, vencidos parcialmente os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, no que declaravam a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º; do art. 7º e seus parágrafos; no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, inc. VII; e ao art. 301, inc. IX do CPC e do art. 42, todos da Lei 9.307, de 23/09/1996. Votou o presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12/12/2001.

SZTAJN, Rachel. Direito de recesso. **Tese de doutorado.** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo,1982, p.1.

TELLECHEA, R. – **Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário** – São Paulo: QuartierLatin, 2016.

TOMASETTI, Alcides Jr. A parte contratual. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). **Temas de direito societário e empresarial contemporâneos.** Liber Amircorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 755-764