



FACULDADE
**BAIANA DE
DIREITO**

FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

THIAGO MARTINS ROCHA ANDRADE

**O ALCANCE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE
ANÔNIMA PELA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA
ESTATUTÁRIA**

Salvador
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

THIAGO MARTINS ROCHA ANDRADE

O ALCANCE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE ANÔNIMA PELA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2020.

À minha família, especialmente meus pais, a quem devo todas as minhas conquistas.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Gabriel Seijo, meu mentor profissional e orientador neste trabalho, por todo o conhecimento e por todos os conselhos transmitidos.

A Anne Mello, pelo importante auxílio prestado na construção desta monografia e por toda a paciência e compreensão necessárias durante esse período.

A Marcos Lopes, pelas contribuições a este trabalho e pelos valiosos ensinamentos transmitidos para a minha formação profissional.

Aos amigos da equipe de arbitragem, em especial os “tios” Maga (Henrique Magalhães), John (Johnnatan D’Alcântara), Mika (Mikhael Bonfim), Gabi (Gabriel Bonfim) e Dan (Daniel Bahia), e, claro, Ananda Brandão, Beatriz Athayde e Mariá Hazin, por compartilharem comigo a admiração pelo estudo da arbitragem e algumas das melhores experiências da minha vida.

A Francisco Ribeiro, quem primeiro me apresentou ao conceito de arbitragem, Daniel Pessoa, Thiago Fernandes e Mariana Correia, primeiros mestres e colegas no mundo profissional, hoje grandes amigos.

“But you know that when the truth is told
That you can get what you want or you can just get old?
You're gonna kick off before you even get halfway through
When will you realize? Vienna waits for you”

- Billy Joel (Vienna)

RESUMO

Este trabalho monográfico tem por finalidade analisar o alcance da cláusula compromissória estatutária em relação aos administradores de sociedade anônima, assim entendidos os membros do conselho de administração e da diretoria, em especial aqueles que não compõem o quadro societário e, por consequência, não são signatários da convenção arbitral. Assim, estuda-se a possibilidade de vinculação desses administradores à cláusula arbitral. Para tanto, é abordado, em um primeiro momento, o instituto da arbitragem, seu conceito, sua natureza jurídica e seus princípios norteadores, passando ao exame do consenso como seu elemento legitimador e da convenção de arbitragem, com maior enfoque na cláusula compromissória e em seu alcance subjetivo. Posteriormente, é examinada a definição e a natureza jurídica da sociedade anônima e de seus órgãos, em especial dos órgãos de administração, bem como o regime jurídico envolvendo a relação dos administradores com a companhia. Por fim, passa-se à análise do tema central do trabalho, tratando da cláusula compromissória estatutária, das divergências doutrinárias sobre a sua abrangência e buscando solucionar a questão da vinculação dos administradores aos seus efeitos.

Palavras-chave: Arbitragem; Cláusula compromissória; Alcance; Sociedade por ações; Estatuto social; Administradores; Consentimento.

ABSTRACT

This monographic work aims to analyze the scope of the statutory arbitration clause in relation to the joint-stock company administrators, so called the members of the board of directors and executive officers, especially those who are not shareholders and, therefore, are not signatories to the arbitration agreement. Thus, the possibility and the form of consent to these arbitration clauses are studied. To this end, the arbitration institute, its definition, its legal nature and its guiding principles are approached in the first instance, passing to the examination of the consensus as its legitimate element and of the arbitration agreement, with a greater focus on the arbitration clause and its subjective scope. Subsequently, the definition and the legal nature of the corporation and its bodies, especially the management bodies, are examined, as well as the legal regime related to the relationships between the administrators and the company. Finally, we proceed to the analysis of the central theme of this work, dealing with the statutory arbitration clause, the doctrinal divergences on its scope and seeking to resolve the issue of submitting administrators to its effects.

Keywords: Arbitration; Arbitration clause; Consensus; Scope; Joint-stock company; Articles of incorporation; Administrators.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ARBITRAGEM | 13 |
| 2.1 CONCEITO E VANTAGENS | 13 |
| 2.2 NATUREZA JURÍDICA | 15 |
| 2.2.1 Teoria contratualista | 16 |
| 2.2.2 Teoria jurisdicional | 17 |
| 2.2.3 Teoria mista | 19 |
| 2.2.4 Teoria autônoma | 20 |
| 2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES | 20 |
| 2.4 ARBITRABILIDADE | 25 |
| 2.4.1 Arbitrabilidade em geral | 26 |
| 2.4.2 Arbitrabilidade dos conflitos societários | 28 |
| 3 O CONSENSO E A CONVENÇÃO ARBITRAL | 31 |
| 3.1 O JULGAMENTO DO AG. REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA 5.206-7 | 31 |
| 3.2 O CONSENSO COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DA ARBITRAGEM | 35 |
| 3.3 A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM | 36 |
| 3.3.1 Conceito e natureza jurídica | 37 |
| 3.3.2 Espécies | 39 |
| 3.3.2.1 Compromisso arbitral | 39 |
| 3.3.2.2 Cláusula compromissória | 40 |
| 3.4 ALCANCE SUBJETIVO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA | 43 |
| 3.4.1 O princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico | 44 |
| 3.4.2 Alcance de não signatários pela cláusula compromissória | 47 |
| 3.4.2.1 Requisito da forma escrita da convenção arbitral | 47 |
| 3.4.2.2 O consentimento tácito | 49 |
| 4 A SOCIEDADE ANÔNIMA E OS ADMINISTRADORES | 54 |
| 4.1 DEFINIÇÃO E NATUREZA DA COMPANHIA | 54 |
| 4.2 ÓRGÃOS SOCIAIS | 57 |
| 4.2.1 Assembleia geral | 57 |

| | |
|---|----|
| 4.2.2 Conselho de administração e diretoria | 58 |
| 4.2.3 Conselho fiscal | 60 |
| 4.3 A RELAÇÃO ENTRE OS ADMINISTRADORES E A COMPANHIA | 61 |
| 5 ALCANCE SUBJETIVO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA | 64 |
| 5.1 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA | 64 |
| 5.1.1 Inclusão no projeto do estatuto | 65 |
| 5.1.2 Inclusão na reforma do estatuto | 66 |
| 5.2 DIVERGÊNCIAS SOBRE A VINCULAÇÃO DOS ACIONISTAS | 67 |
| 5.2.1 Antes da Lei n. 13.129/15 | 67 |
| 5.2.2 Após a Lei n. 13.129/15 | 72 |
| 5.3 A PROBLEMÁTICA DA VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES | 73 |
| 5.3.1 Perspectiva organicista | 76 |
| 5.3.2 Perspectiva do consentimento tácito | 78 |
| 6 CONCLUSÃO | 80 |
| REFERÊNCIAS | 82 |

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------|--|
| Art. | Artigo |
| CF/88 | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| Des. | Desembargador |
| Min. | Ministro |
| N. | Número |
| Rel. | Relator |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| STF | Superior Tribunal Federal |

1 INTRODUÇÃO

No cenário jurídico brasileiro, a arbitragem vem se consolidando como um instituto adequado à composição dos conflitos que, em decorrência de suas complexidades e particularidades, necessitam das qualidades proporcionadas pelo procedimento arbitral. Dentre esses conflitos, são mais expressivos aqueles que envolvem matérias societárias, seja nas relações envolvendo sociedades distintas ou nas relações *interna corporis*.

Por esse motivo, este trabalho buscará delimitar o alcance subjetivo da cláusula compromissória estatutária, especificamente em relação aos administradores de sociedade anônima, assim entendidos os membros do seu conselho de administração e da sua diretoria, signatários ou não da cláusula arbitral, principalmente em face do que dispõem a Lei n. 9.307/96 e a Lei 6.404/76.

Para a realização desta pesquisa qualitativa, utilizar-se-á do método hipotético-dedutivo, levantando-se hipóteses referentes ao problema escolhido para que, ao final, sejam confirmadas ou não. Como forma de fundamentação, serão utilizados livros, revistas jurídicas, jornais, legislação e jurisprudência nacional e internacional.

Serão inicialmente abordados, no segundo capítulo, aspectos introdutórios e relevantes do instituto da arbitragem, sobretudo aqueles relativos ao seu conceito e à sua natureza jurídica, os princípios norteadores da arbitragem e, por fim, as matérias que podem ser resolvidas por meio desse mecanismo.

No terceiro capítulo será analisada a importância do consensualismo para arbitragem, a convenção arbitral como sua forma de instrumentalização e as formas de manifestação do consentimento admitidos para a submissão de partes à arbitragem.

Em seguida, no quarto capítulo, serão tratados alguns pontos importantes sobre a sociedade por ações, em especial sua natureza jurídica e a do seu estatuto social, e a relação deste com os órgãos da sociedade.

No quinto capítulo será examinado o tema central deste trabalho monográfico, ou seja, a cláusula compromissória estatutária e a possibilidade de vinculação dos

administradores aos seus efeitos, analisando-se ainda a conduta que ensejaria eventual consentimento desses administradores em submeterem-se à arbitragem.

Por fim, após fixados todos os pressupostos necessários e analisado o núcleo do tema proposto, será apresentada a conclusão do trabalho, onde se buscará solucionar a problemática da vinculação dos administradores, especialmente aqueles que não firmaram o estatuto em que está inserta a cláusula compromissória.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ARBITRAGEM

Para a melhor compreensão do tema, é necessário estudar as nuances do instituto da arbitragem. Portanto, esse capítulo buscará definir a arbitragem e entender os seus aspectos introdutórios mais relevantes e pertinentes ao tema central deste trabalho, como sua natureza jurídica, os princípios que guiam o instituto e os requisitos necessários para que determinada parte ou matéria possa ser submetida à arbitragem (arbitrabilidade).

2.1 CONCEITO E VANTAGENS

A arbitragem é definida como meio alternativo ou “adequado” de solução de conflitos, através da atuação de terceiro cujos poderes advêm de convenção privada entre as partes, que escolhem se submeter ao procedimento arbitral. É, portanto, mecanismo privado de solução de litígios, que afasta o poder judiciário e, por esse motivo, restringe-se aos conflitos que envolvam direito patrimonial disponível¹.

Em outras palavras, a arbitragem é o processo no qual as partes, por pacto privado, conferem a um árbitro o poder de decidir a lide que verse sobre direito patrimonial disponível, respeitando os limites da convenção arbitral².

Trata-se de mecanismo privado pelo qual as partes convencionam, antes ou depois do surgimento do conflito, que um terceiro, ou um colegiado, terá poderes para solucionar o litígio sem a necessidade de intervenção estatal, proferindo decisão com a mesma eficácia de uma sentença judicial. Constitui, assim como a jurisdição estatal, uma forma heterocompositiva de solução de conflitos³.

¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

² BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 2-3.

³ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 125.

Selma Ferreira Lemes entende que a arbitragem se trata de meio extrajudiciário de solução de conflitos em que as partes acordam em submeter litígio a um árbitro ou a um tribunal arbitral⁴.

Para Fichtner, Mannheimer e Monteiro⁵, “a arbitragem é um método de heterocomposição de conflitos em que o árbitro, exercendo a cognição nos limites da convenção de arbitragem livremente estabelecida pelas partes, decide a controvérsia com autonomia e definitividade”. Complementa ainda que qualquer definição do instituto costuma trazer quatro elementos fundamentais: meio de solução de conflitos; autonomia privada das partes; terceiro imparcial com poder de decisão; e coisa julgada material.

Sob a perspectiva internacional, conceituam Fouchard, Gaillard e Goldman⁶:

a device whereby the settlement of a question, which is of interest for two or more persons, is entrusted to one or more other persons – the arbitrator or arbitrators – who derive their powers from a private agreement, not from the authorities of the State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement.

Nesse sentido, Gary Born⁷ define a arbitragem como “*a process by which parties consensually submit a dispute to a non-governmental decision-maker, selected by or for the parties*”.

Ainda, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern e Martin Hunter⁸ explicam que a arbitragem é o meio efetivo de se obter uma decisão final sem recorrer à jurisdição estatal, que decorre da vontade das partes de submeter uma desavença à apreciação de alguém que elas confiam: o árbitro.

⁴ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 59.

⁵ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 33.

⁶ “a solução de uma questão, que é do interesse de duas ou mais pessoas, é confiada a uma ou mais outras pessoas – o árbitro ou os árbitros – que derivam seu poder de um pacto privado [...] e que devem processar e decidir o caso com base no referido pacto.” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (ed.), 1999, p. 9, tradução nossa).

⁷ “um processo por meio do qual as partes consensualmente submetem uma disputa para um julgador não governamental, escolhido para ou pelas partes”. (BORN, 2014, p. 241, tradução nossa).

⁸ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on international arbitration*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 1-2.

Verifica-se, portanto, que apesar de a Lei n. 9.307/96 não trazer uma definição para a arbitragem, a doutrina nacional e internacional costuma apresentar conceitos muito próximos, inexistindo grandes discussões sobre o tema.

Isso posto, cabe analisar brevemente as vantagens da utilização do instituto.

Sem dúvidas, as principais qualidades da arbitragem decorrem da especialidade dos julgadores (devido à oportunidade de escolha dos árbitros), da celeridade e da possível sigilosidade do procedimento. Todas essas características advêm da flexibilidade que é intrínseca à arbitragem, decorrente do poder de autorregramento da vontade que é conferido às partes pelo princípio da autonomia privada.

Fichtner, Mannheimer e Monteiro⁹ apontam tais benefícios como as mais importantes da arbitragem, adicionando ainda “a imparcialidade dos árbitros no âmbito internacional” e a “eficácia transnacional da sentença arbitral”. Essas características favorecem o uso da arbitragem, especialmente na resolução de litígios societários de maior complexidade,

Outro importante benefício do instituto que pode ser destacado é a tendência do cumprimento espontâneo das decisões arbitrais, uma vez que as partes costumam respeitar mais o seu conteúdo por emanarem de julgador por elas escolhidos, sob o regramento também por elas fixado¹⁰, o que costuma gerar maior credibilidade.

Desse modo, a arbitragem, enquanto mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos, mostra-se muitas vezes como o meio mais adequado para a composição de determinadas demandas que necessitam, por sua própria natureza, das vantagens desse instituto.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

⁹ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 49.

¹⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 127.

No que diz respeito à natureza jurídica do instituto, existem quatro relevantes teorias acerca da natureza jurídica da arbitragem: a contratualista ou privatista; a jurisdicionalista ou publicista; a mista; e a autônoma¹¹.

2.2.1 Teoria contratualista

A teoria contratualista parte essencialmente da interpretação de que a arbitragem deriva de acordo firmado pelas partes e a delegação da solução do conflito a terceiro constitui o cumprimento de uma obrigação contratual.

Segundo esse entendimento, a decisão proferida pelos árbitros seria um reflexo do acordo privado celebrado pelas partes, sendo insuscetível de apresentar caráter jurisdicional¹².

De acordo com Julian Lew, Loukas Mistelis e Stefan Kröll¹³, os defensores dessa teoria negam o controle do Estado na arbitragem e sustentam que a essência desta é criada pela vontade das partes, pintando a arbitragem como efeito da quase ilimitada autonomia para contratar.

Teori Albino Zavascki¹⁴ entendia que a jurisdição é de monopólio estatal por força do art. 5^a, XXXV, da Constituição Federal, de modo que não seria possível igualar ato privado com ato de jurisdição.

Nesse sentido, cogitar uma natureza jurisdicional seria impossível para os adeptos a essa teoria, mesmo considerando o múnus público exercido pelo juízo arbitral na busca da pacificação social¹⁵.

Outro argumento utilizado pelos adeptos dessa teoria é que não haveria jurisdição porque o árbitro não possui investidura para executar ou impor sua decisão, não se poderia falar em jurisdição.

¹¹ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer, 2003, p. 72.

¹² FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 36-37.

¹³ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Op. cit.*, p. 77.

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil*. v. 8. 5. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 165-168.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 12-15.

Embora possua bons fundamentos, em especial ao se considerar a origem da arbitragem (convenção arbitral) e o que dispõe o art. 5^a, XXXV, da Constituição Federal, essa teoria não é majoritária no Brasil.

2.2.2 Teoria jurisdicional

Já a teoria jurisdicionalista é mais aceita entre os autores nacionais que argumentam estar configurada a natureza jurisdicional da arbitragem na medida em que o Estado outorga, por meio de lei, poderes decisórios ao árbitro, assim como o faz com o juiz.

Essa teoria confere a jurisdicionalidade à arbitragem por considerar que o Estado outorgou poderes para a resolução de conflitos ao árbitro que, por força legal, passou a ser um verdadeiro juiz¹⁶.

De acordo com Carlos Alberto Carmona¹⁷, essa parece ter sido a natureza jurídica adotada pela Lei n. 9.307/96 em seu art. 18¹⁸, que, além de equiparar o árbitro ao juiz de direito, atribui à sentença arbitral a condição de título executivo judicial, dispensando a prévia homologação pelo juiz estatal, como ocorria até então no Brasil, podendo se utilizar do poder judiciário apenas para executar os termos da decisão.

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior¹⁹ aponta que a teoria contratualista perdeu força após a publicação da Lei n. 9.307/96, enquanto a teoria jurisdicionalista passou a ser majoritariamente aceita na doutrina nacional.

Além disso, verifica-se que o art. 3^o do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)²⁰ determina a inafastabilidade da apreciação jurisdicional nos casos de ameaça ou lesão ao direito, mas autoriza expressamente a arbitragem em seu § 1^o.

¹⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 135.

¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 26-27.

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

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 3. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 330.

²⁰ “Art. 3^o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1^o É permitida a arbitragem, na forma da lei”.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery²¹ também defendem a teoria jurisdicional, sob o fundamento de que “o árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes”, bem como que a decisão arbitral é “exteriorizada por meio de ‘sentença’, que tem qualidade de título executivo judicial”.

Da mesma forma, José Antônio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro²² explicam que a arbitragem possui natureza jurisdicional, pois o árbitro é dotado de poder coercitivo equivalente ao que possui o juiz na fase cognitiva do processo, havendo a necessidade de recorrer ao apoio do judiciário apenas na hipótese de não cumprida voluntariamente a sentença arbitral, avançando-se à fase judicial de execução.

Dessa forma, a impossibilidade de execução da sentença pelo árbitro não desconfigura a jurisdicionalidade da arbitragem. Trata-se, portanto, de uma questão de incompetência funcional, não de ausência de jurisdição, vez que a Lei n. 9.307/96 confere ao árbitro poderes para certificar direitos, mas não para efetivá-los²³.

Nessa perspectiva, Arnaldo Wald²⁴ destaca que a arbitragem possui natureza jurisdicional porque, apesar de ser autorizada pela vontade das partes, que também escolhem os árbitros e definem a sede e a lei aplicável, não há interferência no modo de decisão. Ainda nas palavras do autor, a “doutrina reconhece que atualmente não mais se contesta que o árbitro tem a *jurisdictio* em toda a sua plenitude, devendo obedecer aos princípios constitucionais que inspiram a distribuição da Justiça”.

Esse foi o entendimento fixado no julgamento do Conflito de Competência n. 111.230, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, ao expor que “a arbitragem, não obstante se tratar, em sua gênese, de forma convencional de solução de conflitos, ostenta natureza jurídica de jurisdição, o que se infere de diversos dispositivos da Lei n. 9.307/1996”²⁵.

²¹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 1167.

²² FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 45.

²³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 196.

²⁴ WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. *Revista do IASP*. v. 23. São Paulo: RT, 2009, p. 22.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência n. 111.230 – Proc. 2010/0058736-6. Autor: CEBSA. Réu: SE LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJ 08 mai. 2013. Disponível em

Destarte, no cenário brasileiro, a Lei n. 9.307/96 deixa claro a adoção da teoria jurisdicional ao equiparar o árbitro ao juiz de direito. Contudo, não se retira a natureza contratual da fonte desse poder, afinal a convenção de arbitragem é um negócio jurídico. Admitir e compreender essa origem contratual da arbitragem é essencial para avançar ao tema proposto por este trabalho.

2.2.3 Teoria mista

A teoria mista, como o próprio nome sugere, busca compilar fundamentos trazidos pelas teorias contratual e jurisdicionalista, constatando que há a outorga de poderes pela autonomia privada, mas também há a necessidade de que a arbitragem se submeta a determinado sistema jurídico.

Selma Ferreira Lemes²⁶ entende que essa natureza híbrida é aquela que melhor se coaduna com a arbitragem, sendo contratual na fonte, mas jurisdicional no objeto.

Os juristas Fouchard, Gaillard e Goldman²⁷ defendem essa teoria ao sustentarem que a arbitragem deve ser definida por dois elementos que são quase unanimemente reconhecidos pela doutrina e pelas cortes: a missão dos árbitros de resolver a disputa e a fonte contratual deste papel jurisdicional.

Destarte, pode-se afirmar que essa teoria reconhece em parte a natureza contratual, tendo como base a convenção entre as partes e a limitação dos poderes do julgador, mas também aceita a natureza jurisdicional advinda dos efeitos da sentença arbitral.

Há quem sustente que essa seja a teoria adotada pela Lei n. 9.307/96. Joel Dias Figueira Junior²⁸ anota que o legislador conciliou as teorias jurisdicional e contratual, “atribuindo ao instituto jurídico da arbitragem natureza *sui generis*, tendo em vista que nasce da vontade das partes (caráter privado obrigacional) para regular relações de ordem processual (caráter público)”. Contudo, não parece ter sido essa

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.MIN.&processo=111230&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 26 jul. 2020.

²⁶ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 61.

²⁷ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 11.

²⁸ FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 114.

a teoria adotada Lei n. 9.307/96, como já indicado, sendo esse entendimento minoritário entre os arbitralistas.

2.2.4 Teoria autônoma

Por fim, a teoria autônoma concebe que a arbitragem estaria totalmente desvinculada de um sistema jurídico específico, se voltando para a arbitragem internacional como uma forma de jurisdição privada e independente do controle estatal.

Não obstante a ampla aceitação no cenário internacional, não há unanimidade quanto a essa qualificação. A título exemplificativo, Gary Born²⁹ critica essa teoria ao afirmar que, ainda menos que em outras classificações, não estão claras as consequências práticas e doutrinárias dessa análise.

Nas palavras de Francisco Cahali³⁰, verifica-se nessa teoria “o extremo do princípio da autonomia privada, na medida em que, diante da liberdade de contratar, as partes subtraem a arbitragem de outros ordenamentos, tratando-a como ‘soberana’”.

Essa teoria não apresenta qualquer óbice aos fundamentos das teorias anteriores, partindo de uma perspectiva internacional do instituto.

2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES

A arbitragem submete-se à aplicação de princípios próprios da Lei n. 9.307/96, além dos princípios gerais estabelecidos no ordenamento brasileiro. Não cumpre aqui tratar de todos os princípios aplicáveis, mas daqueles mais fundamentais ao instituto, que norteiam a arbitragem como se conhece hodiernamente.

²⁹ BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2014, p. 215.

³⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 135-136.

No que se refere aos princípios de direito material aplicáveis à convenção arbitral, aplicam-se o da autonomia privada, da boa-fé, da força obrigatória do contrato, o da relatividade e intangibilidade do conteúdo.

Sobre o assunto, Francisco Cláudio de Almeida Santos³¹ ensina que “dois princípios são básicos do juízo arbitral, como instituição, porque dão sustentáculo a sua concepção desde sua formulação teórica, sua instauração e sua instrumentalidade: o princípio da autonomia da vontade e o princípio da boa-fé”.

O princípio da autonomia da vontade, ou princípio da autonomia privada³², decorre da liberdade para contratar. De acordo com esse princípio, a vontade dos interessados é fundamental para a instituição da arbitragem. Daí decorre o poder de autorregulamentação dos interesses particulares³³.

As partes devem definir a lei aplicável, afinal, a Lei n. 9.307/96 prevê, em seu art. 21, *caput*, que “a arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem”. Inclusive, por esse motivo as disposições do Código de Processo Civil não se aplicam automaticamente à arbitragem, mesmo que subsidiariamente.

Carlos Alberto Carmona³⁴ explica que a Lei n. 9.307/96 confere as partes liberdade de escolher o direito, material e processual, aplicável ao procedimento arbitral, podendo optar pelo julgamento fundado nos princípios gerais do direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio, ou ainda por equidade. Prestigia-se, assim, o princípio da autonomia privada.

A autonomia das partes é prestigiada ao ponto de se possibilitar não apenas a sua escolha como meio de resolução de conflito determinado ou determinável, mas também do número de árbitros, a forma de indicação destes, as etapas e os detalhes do procedimento e até mesmo o regramento jurídico aplicável³⁵.

³¹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os princípios fundamentais da arbitragem. In: CASELLA, Paulo B. (coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p.113.

³² Leonardo de Faria Beraldo (2014, p. 8) ressalta, com razão, que a doutrina do direito privado já não fala mais em autonomia da vontade, mas sim em autonomia privada, uma vez que a autonomia da vontade do particular deve ser exercida dentro dos limites impostos pelo sistema jurídico.

³³ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 146-147.

³⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

³⁵ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 147.

Fichtner, Mannheimer e Monteiro³⁶ destacam que, em uma perspectiva clássica poderia ser afirmado que em sendo válida a convenção de arbitragem, a vontade das partes seria absoluta, entretanto, numa perspectiva atual tal premissa sofre alguma mitigação na seara contratual em decorrência da boa-fé objetiva.

Sem dúvidas, o princípio da boa-fé objetiva também é indispensável em todas relações contratuais, especialmente no que tange à convenção arbitral³⁷.

Nas palavras de Francisco Santos³⁸, “este princípio de direito informa, estrutura e vivifica a arbitragem, nela prevalecendo sempre a boa-fé”, considerando que “quem faz opção pela boa-fé e, deste modo, se rende à jurisdição privada e tem o propósito de cumprir o decidido, independentemente de coação através da jurisdição do Estado”.

Não obstante, vale apontar observação feita por Beraldo³⁹ ao afirmar que o princípio da boa-fé, em que pese seja relevantíssimo à arbitragem, não pode ser alçado à mesma importância do princípio da autonomia privada, até porque “um processo arbitral sobrevive à conduta de má-fé da parte contrária, contudo, inexistirá sem a autonomia privada”.

Pode-se mencionar ainda o chamado princípio da competência-competência, ou *Kompetenz-Kompetenz*, originário do direito alemão e disposto essencialmente no parágrafo único do art. 8º da Lei n. 9.307/96, que dispõe que “[c]aberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

Cuida-se de regra fundamental ao instituto da arbitragem por impedir a análise de vícios da convenção ou do contrato pelo Judiciário, que, caso fosse permitida,

³⁶ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 125.

³⁷ SADDI, Jairo. O princípio da boa-fé e arbitragem. In: *Aspectos práticos da arbitragem*. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.22.

³⁸ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os princípios fundamentais da arbitragem. In: CASELLA, Paulo B. (coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p.117.

³⁹ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 9.

inviabilizaria a celeridade que é tão cara à arbitragem, inclusive possibilitando a prática de atos protelatórios por uma das partes⁴⁰.

Conforme estabelece o art. 20, § 2º, da Lei n. 9.307/96⁴¹, os vícios de validade só poderão ser submetidos ao Judiciário após o fim do procedimento arbitral, por meio da ação anulatória prevista no art. 33, que assim dispõe: “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”.

Não é diferente com as controvérsias envolvendo o art. 1º da Lei n. 9.307/96 ou a respeito da abrangência da convenção, do alcance de seus efeitos e dos poderes decisórios e atribuições do julgador, que também são oferecidas primeiro à apreciação dos árbitros⁴².

No mesmo sentido, o art. 32, II, da Lei n. 9.307/96, determina que a sentença arbitral será nula caso emane de quem não podia ser árbitro.

Esse princípio também foi prestigiado pelo Código de Processo Civil, mais especificamente em seu art. 485, VII, ao determinar que o processo será extinto sem resolução do mérito “quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”.

Assim, verifica-se que, em verdade, trata-se de um conjunto de regras, não propriamente de um princípio, visto que as disposições referidas disciplinam mais especificamente, ou praticamente, o modo de tratar questões de incompetência, sem que exista uma maior abertura semântica, típica dos princípios.

Ressalte-se que, na existência de processo judicial, é fundamental que a parte acionada apresente, na primeira chance que tiver, a exceção de existência da convenção de arbitragem, ou estará renunciando ao juízo arbitral e aderindo à jurisdição estatal, como determina o art. 337, § 6º, do Código de Processo Civil⁴³.

⁴⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 149.

⁴¹ “Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. [...] § 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.”

⁴² CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 149-150.

⁴³ “Art. 337. [...] § 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”.

Como bem aponta Francisco Cahali⁴⁴, apenas em casos muito específicos, como o referido acima ou o da execução de cláusula compromissória vazia (art. 7º da Lei n. 9.307/96), há a possibilidade de análise prévia e superficial do juízo estatal, apenas para reconhecer a sua existência. Além disso, tem-se admitido nessas ocasiões o reconhecimento de vícios gritantes na cláusula ou no contrato, desde que verificados *prima facie* e objetivamente.

No que se refere ao processo arbitral, a Lei n. 9.307/96, alinhada com a Constituição Federal, estabelece em seu art. 21, § 2º⁴⁵, quatro princípios basilares do procedimento: os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento do árbitro.

Tais princípios estão entre aqueles mais importantes da teoria geral do processo, mas não serão abordados detalhadamente aqui por não possuírem tanta pertinência para o tema central deste trabalho como os demais.

Devem ainda ser observados aqueles princípios processuais que, embora não estejam previstos na Lei n. 9.307/96, estão previstos na Constituição Federal e são importantíssimos para o procedimento arbitral, como o devido processo legal, a ampla defesa (consectário lógico do contraditório) e a celeridade processual, previstos constitucionalmente no art. 5º, incisos LIV, LV, e LXXVII, respectivamente. Outro exemplo é o do art. 26, inciso II, da Lei n. 9.307/96, em que se estabelece como requisito da sentença arbitral a fundamentação da decisão, em consonância o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

Sobre esse ponto, escreve Cândido Rangel Dinamarco⁴⁶ que “a consciência da natureza jurisdicional da arbitragem e de sua inserção na teoria geral do processo põe à margem de qualquer dúvida a imperiosidade de abrigá-la sob o manto do direito processual constitucional”. Complementa ainda que o modelo institucional do procedimento arbitral é “representado pelo conjunto de características emergentes das garantias constitucionais, das normas gerais de processo que a ele se aplicam e, finalmente, dos preceitos aderentes às suas peculiaridades”.

⁴⁴ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 152-153.

⁴⁵ “Art. 21 [...] § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013, p. 24.

Nesse sentido, devem ser observadas as “duas pontas sistemáticas” do procedimento arbitral, equilibrando a observância das garantias constitucionais com as simplificações e flexibilizações indispensáveis ao processo, características da liberdade de escolha conferida às partes⁴⁷.

De modo geral, verifica-se que não há uma preocupação legislativa em determinar as etapas do procedimento arbitral. Isso ocorre para que exista espaço para o autorregramento das partes⁴⁸.

Nesse esteio, o consenso figura como requisito indispensável à arbitragem, tanto para a sua adoção, em renúncia à jurisdição estatal, quanto para a definição do seu procedimento. Isso porque, enquanto fruto da autonomia privada, não são alcançados pelos efeitos da convenção arbitral aqueles que não anuíram, de alguma forma, com seus termos, conforme será visto adiante.

2.4 ARBITRABILIDADE

A arbitrabilidade consiste na possibilidade de submeter determinado conflito à arbitragem em razão das características objetivas e subjetivas da disputa⁴⁹. Trata-se de conceito que leva em consideração ainda o ordenamento jurídico aplicável, bem como aspectos políticos, sociais e econômicos⁵⁰.

Alguns autores, como João Bosco Lee⁵¹, diferenciam ainda a arbitrabilidade *stricto sensu* da arbitrabilidade *lato sensu*, indicando que a primeira busca analisar a condição de validade da convenção arbitral, enquanto a segunda busca verificar se o litígio é susceptível de ser resolvido por meio da arbitragem. Entretanto, interessa mais a este trabalho a arbitrabilidade em seu sentido mais amplo.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013, p. 54.

⁴⁸ LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 41.

⁴⁹ GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade objetiva. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008, p. 8. Orientador: Prof. José Carlos de Magalhães. Disponível em: <https://bdpi.usp.br/item/001664466>. Acesso em: 18 nov. 2019.

⁵⁰ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 224.

⁵¹ LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, ano 2, n. 8, abr-jun. 2000, p. 346-348. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/>. Acesso em 18 nov. 2019.

2.4.1 Arbitrabilidade em geral

Bernard Hanotiau⁵² explica que, em seu sentido usual, a arbitrabilidade pode ser contestada a partir de dois aspectos: em razão da qualidade de uma parte, referindo-se à arbitrabilidade subjetiva, ou arbitrabilidade *ratione personae*, que está diretamente relacionada à qualidade das partes na disputa; e em razão do objeto da controvérsia que foi removido do domínio da arbitragem pela lei nacional aplicável, ou seja, a arbitrabilidade objetiva ou arbitrabilidade *ratione materiae*.

Fichtner, Mannheimer e Monteiro⁵³ entendem que a arbitrabilidade subjetiva busca responder a questão sobre “quem” pode se submeter à arbitragem, enquanto a arbitrabilidade objetiva procura responder a questão sobre “o que” pode ser submetido ao procedimento arbitral. Portanto, a arbitrabilidade pode ser subjetiva ou objetiva, conforme se refira aos sujeitos ou ao objeto do conflito, respectivamente.

No ordenamento brasileiro, a Lei n. 9.307/96 estabelece, em seu art. 1º, que “[a]s pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”. Portanto, fixou-se, sob o aspecto subjetivo, o requisito da capacidade das partes e, sob o aspecto objetivo, os requisitos da patrimonialidade e da disponibilidade do conflito.

Giovanni Ettore Nanni⁵⁴ escreve que a arbitrabilidade subjetiva decorre da capacidade de fato, ou seja, da “aptidão para utilizar e exercer direito por si mesmo”. Consonante a esse entendimento está o Código Civil, cujo art. 851 dispõe que “é admitido o compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”. Nesse sentido, a capacidade de contratar constitui condição *sine qua non* para a utilização da arbitragem⁵⁵.

⁵² HANOTIAU, Bernard. *The law applicable to arbitrability*, In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *ICCA Congress Series*. The Hague: Kluwer, 1999, p. 146.

⁵³ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 228.

⁵⁴ NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

⁵⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.

Por outro lado, a arbitrabilidade objetiva, como visto, exige que o objeto do litígio diga respeito a direito patrimonial disponível. Assim, os direitos não patrimoniais, como os direitos da personalidade, ficam excluídos da arbitragem. Inclusive, o art. 852 do Código Civil dispõe que “é vedado compromisso para a solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

Também estão excluídos da arbitragem os direitos indisponíveis. Bernardo Lima⁵⁶ aponta que essa é a regra geral em diversos ordenamentos jurídicos, incluindo a Bolívia, a Costa Rica, a França, o Peru, a Espanha, a Itália, Portugal e Suíça, ao utilizarem o “critério da disponibilidade da matéria como baliza da arbitrabilidade”.

Francisco Cahali⁵⁷ ensina que a disponibilidade do direito consiste na “possibilidade de seu titular ceder, de forma gratuita ou onerosa, estes direitos sem qualquer restrição”. Portanto, trata-se de “interesses individuais, passíveis de negociação, ou seja, podem ser livremente exercidos pela parte”. Para Carmona⁵⁸, são disponíveis os bens que podem ser alienados ou negociados, estando o alienante em plena capacidade jurídica para tanto.

Sobre o tema, Bernardo Lima⁵⁹ faz a observação de que, em virtude de as matérias indisponíveis não serem transigíveis na maioria dos ordenamentos jurídicos, alguns creem que a transigibilidade e a disponibilidade são palavras sinônimas, o que julga não ser exato. Para o autor, a disponibilidade consiste em qualidade de situação jurídica que admite, por vontade do titular, modificação ou extinção, enquanto a transigibilidade trata da possibilidade de submeter um litígio à transação, que por sua vez é o negócio jurídico cuja finalidade é a autocomposição.

Nesse sentido, “a transação é o veículo através do qual uma situação jurídica (disponível ou indisponível) pode (ou não, no segundo caso) ser extinta ou modificada; o certo é que ela promoverá o efeito de pôr fim à controvérsia”. A

⁵⁶ LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord). *Coleção atlas de arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 50.

⁵⁷ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 145.

⁵⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38.

⁵⁹ LIMA, Bernardo. *Op. cit.*, p. 52.

impossibilidade de transação dos direitos indisponíveis “é mera opção de política legislativa”⁶⁰. Essa posição é apoiada por Leonardo de Faria Beraldo⁶¹.

Fato é que, no ordenamento brasileiro, as matérias arbitráveis são passíveis de transação (art. 841, Código Civil), sendo a transigibilidade um forte indicador de arbitrabilidade objetiva.

2.4.2 Arbitrabilidade dos conflitos societários

Outro ponto importante a ser analisado neste trabalho é a arbitrabilidade objetiva dos litígios societários. Sobre esse assunto, Pedro A. Batista Martins⁶² alerta que a aplicabilidade da arbitragem a esses conflitos deve ser examinada “com a consciência desapegada de preconceitos e com a mente aberta a uma análise sistemática e contemporânea do direito”.

A arbitragem, em decorrência das suas qualidades inerentes, em especial a celeridade, a possibilidade de escolha dos árbitros e da confidencialidade do procedimento, mostra-se atrativa para a resolução de questões societárias complexas e sensíveis, que, como regra, envolvem direitos patrimoniais disponíveis.

No entanto, como bem destaca Henrique Cunha Barbosa⁶³, nem toda a secular simbiose entre a arbitragem e o direito societário foram suficientes para deixar essa junção livre de debates.

O primeiro motivo levantado contra a arbitrabilidade dos conflitos societários foi a existência de normas imperativas que tratam da matéria, também denominadas de normas de ordem pública. Todavia, como defende Arnaldo Wald⁶⁴, esse argumento não se mostrou razoável, uma vez que os árbitros podem aplicar essas normas

⁶⁰ LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord). *Coleção atlas de arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 53.

⁶¹ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 15.

⁶² MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 177.

⁶³ BARBOSA, Henrique Cunha. Arbitragem societária. In: LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 504.

⁶⁴ WALD, Arnaldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (i). *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, n. 12, jan.-mar. 2007, p. 24.

imperativas da mesma forma que os magistrados, não havendo lógica na exclusão da arbitragem, especialmente por estarem sendo tratados direitos disponíveis.

Nesse mesmo sentido, Fichtner, Mannheimer e Monteiro⁶⁵ afirmam que “a incidência de normas cogentes [...] na arbitragem em nada afeta a arbitrabilidade objetiva do litígio, pois os árbitros aplicarão estas normas tal como fazia o juiz togado”.

O segundo argumento apresentado, de acordo com Wald⁶⁶, foi a exclusão do uso da arbitragem em virtude do direito constitucional de submeter qualquer lesão ou ameaça a direito ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF). Essa questão também foi resolvida quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da Lei n. 9.307/96, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7, que será investigado a seguir.

As leis societárias brasileiras tratam muito escassamente da arbitrabilidade objetiva dos conflitos societários. O § 3º do art. 109 da Lei 6.404/76 dispõe apenas que o estatuto social “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”, deixando de delimitar as matérias arbitráveis.

Fichtner, Mannheimer e Monteiro⁶⁷, ao analisarem o referido dispositivo em conjunto com o § 2º do art. 129 da Lei 6.404/76⁶⁸, concluem que qualquer matéria submetida à assembleia geral é arbitrável em caso de empate de votos, e que “a previsão demonstra a intenção do legislador de tratar amplamente a arbitrabilidade objetiva”. Além disso, os autores lembram que o ordenamento brasileiro adota o critério da

⁶⁵ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 378.

⁶⁶ WALD, Arnaldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (i). *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 12, 2007, p. 24-25.

⁶⁷ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Op. cit.*, p. 377-378.

⁶⁸ “Art. 129. As deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco. [...] § 2º No caso de empate, se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa, a assembleia será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a deliberação; se permanecer o empate e os acionistas não concordarem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia.”.

mera patrimonialidade para delimitar a arbitrabilidade objetiva, vide art. 852, *caput*, do Código Civil⁶⁹, e afirmam:

Com efeito, como as leis societárias brasileiras não contém explicitamente nenhuma disposição em sentido diverso, pode-se afirmar, com segurança, que a arbitrabilidade objetiva de conflitos societários no ordenamento jurídico brasileiro depende da patrimonialidade dos direitos e/ou interesses que se pretende submeter à arbitragem.

Verifica-se, portanto, que os conflitos societários, sobretudo aqueles que envolvam matérias *interna corporis* relativas às participações ou posições societárias, são arbitráveis, na medida em que são frutos de pretensão patrimonial e refletem o interesse econômico que originou e/ou direciona a sociedade⁷⁰.

Compreendidos alguns dos principais aspectos do instituto da arbitragem, é necessário avançar à análise do consentimento aos efeitos desse mecanismo e da sua instrumentalização por meio da convenção de arbitragem, elementos essenciais à instauração do procedimento arbitral.

⁶⁹ “Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”

⁷⁰ BARBOSA, Henrique Cunha. Arbitragem societária. In: LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 506.

3 O CONSENSO E A CONVENÇÃO ARBITRAL

Neste capítulo, examinar-se-á inicialmente o julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira Contestada n. 5.206-7 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal⁷¹, que culminou na declaração da constitucionalidade da íntegra do texto da Lei. n. 9.307/96, elencando-se os principais fundamentos utilizados pelos Ministros em seus votos. Em seguida, será explorado o papel do consenso para a arbitragem e, por fim, tratar-se-á da convenção arbitral: seu conceito, sua natureza jurídica e suas espécies, com as respectivas particularidades.

3.1 O JULGAMENTO DO AG. REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA 5.206-7

No julgamento do Ag. Reg. na SE n. 5.206-7 ficou estabelecido, incidentalmente, por maioria de votos (7 a 4), que a escolha das partes pelo procedimento arbitral não ofende o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário, disposto no inciso XXXV do art. 5º da CF/88⁷².

O processo foi movido pela *M.B.V. Comercial and Exporte Management Establishment*, empresa sediada na Suíça, perante o Supremo Tribunal Federal, com o intuito de homologar a sentença arbitral proferida em Barcelona, no Reino da Espanha, em desfavor de Resil Indústria e Comércio Ltda., empresa sediada no Brasil. Vale lembrar que, até a publicação da EC n. 45/04, o Supremo Tribunal Federal era o órgão competente por julgar homologação de sentenças estrangeiras.

De início, o pedido foi indeferido pelo Relator, o Min. Sepúlveda Pertence, que aplicou entendimento jurisprudencial firmado pela Corte no sentido de que não era possível a homologação de laudo arbitral não chancelado na origem. Dessa decisão, foi interposto agravo regimental, argumentando-se que a legislação da Suíça não previa a homologação da sentença arbitral, e o processo foi levado à apreciação do plenário.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. j. 12 dez. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 13 jul. 2020.

⁷² “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação [...] do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Após o voto do Relator pelo provimento do recurso, o Min. Moreira Alves requereu a conversão do julgamento em diligência para ouvir o parecer da Procuradoria-Geral da República sobre eventual afronta ao direito fundamental de livre acesso ao Poder Judiciário pela Lei n. 9.307/96, em exame incidental de inconstitucionalidade.

O parecer do Ministério Público Federal, lavrado pelo Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, concluiu pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 9.307/96, ressaltando que o art. 5º, XXXV, CF/88, garante o direito de ação, mas não o impõe.

O Relator então levou a questão de ordem ao Plenário, votando pela inconstitucionalidade dos arts. 6º, parágrafo único, 7º e respectivos parágrafos, 41 e 42 da Lei n. 9.307/96⁷³, por violação ao dispositivo constitucional suscitado. Fundamentou, em síntese, que a vinculação forçada de uma parte à cláusula compromissória importaria em inválida renúncia abstrata à jurisdição estatal, na medida em que a cláusula é pactuada enquanto inexistente conflito.

Após debate no Plenário, o Min. Nelson Jobim pediu vista dos autos, levando o caso a julgamento em 22 de novembro de 2000, abrindo divergência e votando pela constitucionalidade da íntegra da redação da Lei n. 9.307/96. Para tanto, entendeu que o destinatário do dispositivo constitucional era o sistema legal, não o cidadão. Expôs ainda a crítica que a doutrina arbitralista anterior à Lei n. 9.307/96 fazia ao intervencionismo estatal e a falta de liberdade individual para compor seus conflitos fora da jurisdição do Estado, e defendeu que “não é uma obrigação do cidadão compor os seus conflitos no Poder Judiciário, é uma faculdade”.

Outra consideração do Min. Nelson Jobim foi a de que “não é admitida cláusula compromissória pura ou autônoma, para a qual o argumento de Sepúlveda [de renúncia abstrata à jurisdição estatal] se aplica de forma correta”, todavia, “o que pode haver é um contrato entre as partes e submeter o litígio daquele contrato” ao procedimento arbitral.

⁷³ “Art. 6º [...] Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa”. “Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

Em seguida, o Min. Ilmar Galvão pediu vistas para então votar pela constitucionalidade dos dispositivos examinados, realçando o momento histórico em que surgiu o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao fim do Governo Vargas, em que o constituinte buscou evitar novas práticas legislativas autoritárias, direcionando a vedação à lei, não aos particulares⁷⁴, e ressaltando que:

O reconhecimento da validade de cláusula que preveja a arbitragem para litígios futuros, embora perfeitamente determináveis, porque circunscritos a contrato certo, de resto, é postura que se acha em consonância com convenções internacionais subscritas pelo Brasil [...].⁷⁵

O referido Ministro também anotou que a cláusula não ofende princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário, porque a sua eficácia, em caso de resistência de uma das partes, só pode ser buscada por via judicial, inexistindo supressão do controle judicial. Além disso, lembrou que a sentença arbitral está sujeita ao controle de validade do Poder Judiciário.

A próxima a proferir seu voto foi a Min. Ellen Gracie, que, após pedido de vistas, sustentou a constitucionalidade de toda a Lei n. 9.307/96, sustentando que:

o cidadão pode invocar o judiciário para a 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.⁷⁶

Na mesma sessão e no mesmo sentido votaram os Ministros Maurício Corrêa, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello. O primeiro destes lembrou em seu voto que a inexecutabilidade da cláusula compromissória “põe-se em confronto com o Código Civil, que prevê situações em que o objeto do contrato não é determinado, mas determinável, sendo necessário concretizar a vontade das partes e não substituí-la”⁷⁷. O segundo, ao rebater o Min. Pertence, afirmou:

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. j. 12 dez. 2001, p. 1131.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. j. 12 dez. 2001, p. 1137-1138.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. j. 12 dez. 2001, p. 1149.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. j. 12 dez. 2001, p. 1155.

Dir-se-á: mas não se conhecem, quando da formalização da cláusula ou compromisso, os limites do litígio. Ora, será que esses limites podem estar fora das balizas do contrato firmado? A resposta é desenganadamente negativa. O árbitro atuará a partir do contrato, por vontade, independente, sem vícios, das partes contratantes.⁷⁸

Em sentido contrário votou o Min. Sydney Sanches, defendendo que “a Lei permite que, em abstrato, ou seja, sem a indicação de lides determinadas ou determináveis, ainda que meramente possíveis e eventuais, se abra mão do direito de ação, enfim, à jurisdição estatal”, em ofensa à garantia constitucional.

O Min. Néri da Silveira pediu vistas e, na sessão de 12 de dezembro de 2001, votou pela inconstitucionalidade sob o argumento de que a cláusula compromissória configuraria renúncia geral e abstrata ao acesso ao Poder Judiciário. Após, votou em sentido oposto o Min. Carlos Velloso, entendendo que o dispositivo constitucional se dirigiu ao legislador e que não há imposição da arbitragem pela lei. Por fim, votou pela inconstitucionalidade o Min. Moreira Alves, por também entender que os dispositivos examinados possibilitavam uma renúncia geral e abstrata à jurisdição estatal por meio da cláusula compromissória.

Na ocasião, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a Lei n. 9.307/96, por 7 votos a 4, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, e vencedores os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Carlos Velloso. O recurso, contudo, foi provido por unanimidade.

Verifica-se que a maior discussão do caso girou entorno da determinabilidade do objeto da cláusula compromissória. Isso porque, enquanto pacto para a solução de litígios futuros, a cláusula representaria uma renúncia abstrata e inválida à jurisdição estatal, e sua execução específica possibilitaria a instituição da arbitragem contra a vontade (posterior) de uma das partes.

No entanto, mostra-se mais coerente o entendimento vencedor, uma vez que o conflito futuro decorrente de contrato firmado entre as partes não é indeterminado, mas sim determinável, e, por consequência, a cláusula que determina sua apreciação pelo juízo arbitral é válida. Assim, a execução específica privilegia o consensualismo.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. j. 12 dez. 2001, p. 1164.

3.2 O CONSENSO COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DA ARBITRAGEM

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento do Ag. Reg. na SE n. 5.206-7, que a relação entre o princípio da autonomia privada e a arbitragem é tão íntima que, no ordenamento brasileiro, a arbitragem só é válida caso exista a livre e inequívoca manifestação de vontade das partes⁷⁹. Todos os votos proferidos, incluindo os vencidos, reconheceram tal relação.

Em seu voto, o Min. Sepúlveda Pertence foi muito preciso ao indicar a base sobre a qual está assentada a constitucionalidade da arbitragem:

Como visto, vale sintetizar, a sustentação da constitucionalidade da arbitragem repousa essencialmente na voluntariedade do acordo bilateral mediante o qual as partes de determinada controvérsia, embora podendo submetê-la à decisão judicial, optam por entregar a um terceiro, particular, a solução da lide, desde que esta, girando em torno de direitos privados disponíveis, pudesse igualmente ser composta por transação. A marca da consensualidade da instituição mediante compromisso arbitral é, assim, dado essencial à afirmação de sua constitucionalidade perante a Constituição.⁸⁰

Entretanto, o Min. Pertence equivocou-se ao exigir que esse consenso seja posterior à controvérsia, limitando-se a admitir o compromisso arbitral.

Conforme explica o Min. Nelson Jobim⁸¹, “é na estipulação da cláusula [compromissória] que as partes decidem, de comum acordo, sobre a submissão dos conflitos decorrentes do pacto ao sistema de arbitragem”, sendo esse o momento em que a consensualidade se efetivará nessa espécie de convenção arbitral.

Desse modo, a arbitragem tem em sua essência o consenso entre as partes, sendo este instrumentalizado por meio da convenção arbitral. Ainda, esse consenso pode ser verificado anteriormente (cláusula compromissória) ou posteriormente ao surgimento do litígio (compromisso arbitral).

⁷⁹ MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos e sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 20.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. j. 12 dez. 2001, p. 998.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. j. 12 dez. 2001, p. 1057.

Nas palavras de Gary B. Born: “*Consent to an arbitration agreement lies in the parties’ common intention to submit disputes which have arisen or which may arise between them to one or more private adjudicators*”⁸².

Nessa perspectiva, escrevem Blackaby, Partasides, Redfern e Hunter⁸³, sobre a convenção de arbitragem:

The agreement to arbitrate is the foundation stone of international arbitration. It records the consent of the parties to submit to arbitration – a consent which is indispensable to any process of dispute resolution outside national courts. Such processes depend for their very existence upon the agreement of the parties. Many attach great importance to the wishes of the parties – l’autonomie de la volonté.

Isso porque, como lembra Pedro Batista Martins⁸⁴, “a liberdade é o pano de fundo do instituto arbitral. É da natureza de sua gênese e dela é indissociável. Arbitragem, já se disse, é um campo de liberdade; é para quem quer e sabe ser livre”. Inclusive, é partilhando dessa visão que William W. Park⁸⁵ afirma que, “*like consummated romance, arbitration rests on consent*”.

3.3 A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Enquanto resultado do consenso, a convenção arbitral possui fundamental importância para a instituição da arbitragem e se trata de elemento central deste trabalho monográfico. Considerando tais fatos, serão abordados nesta seção, dentre outros, a definição de convenção de arbitragem, suas espécies e respectivas peculiaridades, assim como seus efeitos.

⁸² “O consentimento para uma convenção de arbitragem está na intenção comum das partes de submeter disputas que surgiram ou que possam surgir entre elas a um ou mais indicados privados”. (BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2014, p. 253, tradução nossa).

⁸³ “A convenção de arbitragem é a pedra fundamental da arbitragem internacional. Ela marca o consenso das partes em se submeter à arbitragem – consentimento que é indispensável para qualquer processo de resolução de disputas fora das cortes nacionais. Tais processos dependem por sua própria existência de acordo entre as partes. Muitos atribuem grande importância aos desejos das partes – A autonomia da vontade”. (BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on international arbitration*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 85, tradução nossa).

⁸⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 34.

⁸⁵ “como romance consumado, a arbitragem depende do consentimento” (PARK, William W., 2008, p. 3-33, tradução nossa).

3.3.1 Conceito e natureza jurídica

A convenção de arbitragem é a matriz da arbitragem, a forma pela qual é exercida a escolha das partes pela jurisdição arbitral, e representa o “espaço da liberdade”, lugar destinado à livre contratação da arbitragem e de seus detalhes pelas partes. Quando bem delineada, espera-se um caminho tranquilo para a composição. Todavia, quando eivada de vícios ou falhas, pode comprometer a saúde da arbitragem e até mesmo impedir a sua utilização⁸⁶.

Nas sábias palavras de Felipe Sperandio⁸⁷:

a convenção de arbitragem é, em regra, o instrumento utilizado pelas partes para registrar o consentimento para arbitrar. É o alicerce da arbitragem comercial. É o acordo de vontades que legitima a jurisdição do tribunal arbitral e derroga a jurisdição estatal. É a expressão máxima da autonomia da vontade no direito brasileiro

Sob a perspectiva internacional, Fouchard, Gaillard e Goldman⁸⁸ conceituam a convenção de arbitragem como: “*an agreement in which two or more parties agree that a dispute which has arisen or which may arise between them, and which has an international character, shall be resolved by one or more arbitrators*”.

De forma similar, o art. 7º (1) da Lei Modelo da UNCITRAL define a convenção arbitral como “*an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not*”⁸⁹.

⁸⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 165.

⁸⁷ SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de arbitragem. In: LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 61-62.

⁸⁸ “um acordo no qual duas ou mais partes concordam que uma disputa que surgiu ou que pode surgir entre elas, e que possui um caráter internacional, deverá ser resolvida por um ou mais árbitros.” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (ed.), 1999, p. 193, tradução nossa).

⁸⁹ “o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual” (tradução de Flavia Foz Mange, Gustavo Santos Kulesza, Rafael Bittencourt Silva e Rafael Vicente Soares, disponível em: <http://cbar.org.br/site/legislacao-internacional/>).

Ademais, Carlos Alberto Carmona⁹⁰ destaca que convenção de arbitragem tem um duplo caráter: de acordo de vontades, por meio do qual vinculam-se as partes em caso de litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; e de pacto processual, derogando a jurisdição estatal e submetendo as partes à jurisdição arbitral.

Esse entendimento revela que há efeitos materiais e processuais da convenção de arbitragem, o que pode gerar uma discussão sobre sua natureza, conforme lições de Girsberger e Voser⁹¹:

The legal nature of the arbitration agreement is disputed. For example, in Switzerland, it is generally accepted that the arbitration agreement is not merely of substantive nature but also contains procedural elements. However, some authors consider it as a contract of a purely procedural nature. Others are of the opinion that the arbitration agreement constitutes a mixed contract of procedural and substantive law.

No Brasil também existe discussão a respeito da natureza jurídica da convenção de arbitragem na doutrina. Alguns autores entendem se tratar de contrato, mas com efeitos ou consequências processuais⁹², outros defendem uma natureza estritamente processual⁹³. Filio-me à primeira corrente, por entender que a convenção de arbitragem tem natureza de contrato, mas que produz efeitos no campo processual.

⁹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 79.

⁹¹ “A natureza jurídica da convenção arbitral é discutida. Por exemplo, na Suíça, é geralmente aceito que a convenção de arbitragem não é apenas de natureza material, mas contém elementos processuais. Contudo, alguns autores a entendem como contrato de natureza puramente processual. Outros tem a opinião de que a convenção de arbitragem constitui um contrato misto de direito processual e material”. (GIRSBERGER; VOSER, 2016, p. 64-65, tradução nossa).

⁹² “Renego, porém, a categoria dos ‘contratos processuais’, por entender que os mesmos são, como quaisquer contratos, institutos de direito material. O que alguns autores chamam ‘contrato processual’ nada mais é do que um contrato capaz de produzir consequências no campo do processo. [...] O que se tem aqui, como também na transação, por exemplo, é um ato jurídico (lato sensu) que, aos olhos do direito material, tem natureza de negócio jurídico e, do ponto de vista do direito processual, deve ser entendido como mero ato processual”. (CÂMARA, 2002, p. 36-37); “A nosso ver, é um contrato com efeitos na esfera processual, haja vista permitir que a lide seja julgada perante a jurisdição arbitral (BERALDO, 2014, p. 168).

⁹³ “A natureza jurídica do compromisso arbitral só poderá ser a de um negócio jurídico processual, porque as partes submetem um litígio à solução de terceiros (árbitros), com força vinculante para elas, afastando a jurisdição estatal, e organizando o modo através do qual deverá se processar a arbitragem”. (MAGALHÃES, 2006, p. 176); “Pode-se hoje dizer, com tranquilidade, que a cláusula arbitral é um negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral”. (CARMONA, 2009, p. 102).

3.3.2 Espécies

A Lei n. 9.307/96 prevê, em seu art. 3º, que “[a]s partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. Portanto, a convenção arbitral é gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Tal classificação não é feita apenas pelo ordenamento jurídico e doutrina brasileiros⁹⁴, contudo, alguns países, como a Espanha⁹⁵, utilizam uma terminologia única. Não obstante, convém trazer a distinção entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória, ou cláusula arbitral, para este trabalho.

3.3.2.1 Compromisso arbitral

No tocante ao compromisso arbitral, a Lei n. 9.307/96, em seu art. 9º, define-o como “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

Nesse sentido, Francisco Cahali explica que “o compromisso arbitral é o instrumento firmado pelas partes por meio do qual, diante de um conflito manifesto, já deflagrado entre os envolvidos, faz-se a opção por direcionar ao juízo arbitral a jurisdição para solucionar essa questão”⁹⁶.

Portanto, a principal característica do compromisso arbitral é a existência do litígio no momento da escolha pela sua submissão à arbitragem, ou seja, o compromisso tem objeto determinado, enquanto a cláusula compromissória, como visto, tem objeto determinável.

⁹⁴ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on international arbitration*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 86; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 193.

⁹⁵ “El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a um contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” (Ley n. 60/2003, art. 9, (1)).

⁹⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 166.

Ademais, o compromisso será judicial quando lavrado pelo juízo estatal, em caso de execução específica da cláusula compromissória (art. 7º, § 3º), nos termos dos arts. 9º, § 1º, e 10 da Lei n. 9.307/96, e será extrajudicial quando as partes, de comum acordo, na forma do § 2º do art. 9º escolherem submeter o litígio existente ao juízo arbitral.

A Lei n. 9.307/96 também fixa, em seu art. 10, que são elementos indispensáveis do compromisso arbitral a qualificação das partes e dos árbitros (ou da instituição arbitral), a matéria que será objeto da arbitragem e o lugar em que será proferida a sentença arbitral. Inobstante, podem estar adicionalmente previstos, dentre outros, a sede da arbitragem (determinante para a lei aplicável à arbitragem), autorização para que os árbitros julguem o caso por equidade, prazo para apresentação da sentença e a responsabilidade pelo pagamento de honorários e despesas da arbitragem⁹⁷.

3.3.2.2 Cláusula compromissória

A cláusula compromissória é, sem dúvidas, a espécie de convenção de arbitragem mais utilizada⁹⁸, inclusive no âmbito internacional, e tende a ser mais simples e genérica⁹⁹ do que o compromisso arbitral, em virtude da natureza *ex ante* deste.

O art. 4º da Lei n. 9.307/96 define a cláusula compromissória como “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”.

Trata-se de pacto na qual as partes se comprometem a submeter eventual conflito à arbitragem. Seria, portanto, uma obrigação de fazer relativa a um litígio futuro, incerto, mantido voluntariamente ou à força sob a tutela do juízo arbitral¹⁰⁰.

⁹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 20-21.

⁹⁸ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da lei nº 9.307/96. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 157.

⁹⁹ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on international arbitration*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 86.

¹⁰⁰ ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei n. 9.307/96*: Lei nº 9.307, de 23/9/1996. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 52-53.

De acordo com Carlos Alberto Carmona¹⁰¹, a cláusula arbitral é o “pacto por meio do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio que possa decorrer de uma determinada relação jurídica”.

Francisco Cahali¹⁰², por sua vez, entende que a cláusula compromissória “é a previsão em contrato de que eventuais conflitos dele emergentes serão resolvidos pela arbitragem” e que tem caráter preventivo, uma vez que as partes têm a expectativa de honrar suas obrigações contratuais no momento da estipulação.

A doutrina internacional também entende a cláusula arbitral sob esse prisma. Fouchard, Gaillard e Goldman¹⁰³, por exemplo, a definem como “*an agreement by which the parties to a contract undertake to submit to arbitration the disputes which may arise in relation to that*”.

Em sentido diverso e mais isoladamente, Alexandre Freitas Câmara¹⁰⁴ procura conceituar a referida cláusula como um contrato preliminar, ou promessa de celebração de contrato definitivo, que teria como função impor às partes, quando do surgimento do conflito, celebrar o compromisso arbitral, que entende ser o contrato definitivo.

No entanto, tal concepção mostra-se hoje ultrapassada, principalmente porque, após a vigência da Lei n. 9.307/96, a cláusula compromissória passou a poder ostentar eficácia suficiente para a submissão direta da lide à arbitragem, sem a celebração do compromisso, desde que seja cheia.

Nesse sentido, deve-se distinguir as cláusulas compromissórias cheia, vazia e patológica, assim classificadas em conformidade com o seu conteúdo.

Considera-se cheia a cláusula que contempla os elementos necessários para que a arbitragem se inicie, nos termos do art. 19 da Lei 9.307/96¹⁰⁵. Caso as partes indiquem instituição que administre a arbitragem, indiquem árbitros ou autoridades nomeadoras, a cláusula será cheia, pois será suficiente para instaurar a

¹⁰¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 16.

¹⁰² CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 165.

¹⁰³ “um acordo pelo qual as partes de um contrato se comprometem a submeter à arbitragem as disputas que podem surgir em relação a esse contrato.” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (ed.), 1999, p. 193, tradução nossa).

¹⁰⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 28.

¹⁰⁵ “Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.”.

arbitragem¹⁰⁶. Obviamente, a cláusula somente será cheia se a instituição ou pessoa nomeada aceitar o encargo.

Por outro lado, classifica-se como vazia (ou em branco) a cláusula que não viabiliza a instauração imediata da arbitragem pela ausência de elementos necessários. Tal cláusula é válida e vinculante, mas requer a complementação do seu conteúdo pelas partes. Diante da resistência de uma delas, o art. 7º da Lei n. 9.307/96 possibilita a propositura da ação de execução específica da cláusula para a lavratura do compromisso judicial e posterior instauração do procedimento arbitral¹⁰⁷.

Já as cláusulas arbitrais patológicas são aquelas defeituosas, que, por má redação, são obscuras, contraditórias ou ambíguas e têm sua interpretação prejudicada pela qualidade do seu conteúdo. A título elucidativo, são patológicas as cláusulas que indicam instituição de arbitragem inexistente ou que determinem procedimento incompatível como o regulamento da câmara de arbitragem indicada¹⁰⁸.

Ademais, o art. 8º da Lei n. 9.307/96 dispõe sobre a autonomia da cláusula arbitral: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

Francisco Cahali¹⁰⁹ explica que a cláusula pode se encontrar estipulada no próprio contrato ou mesmo em documento separado, a ele reportado. De qualquer forma, ela será autônoma em relação ao negócio jurídico e a invalidade deste, como regra, não a contamina, por força legal. Além disso, por se tratarem de duas relações jurídicas independentes¹¹⁰, é possível que sejam aplicadas leis diversas para regerem cada uma¹¹¹.

No que se refere à validade da cláusula compromissória, a Lei n. 9.307/96 (art. 4º, § 1º) apenas trata do requisito da forma escrita, conforme será estudado adiante.

¹⁰⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 169.

¹⁰⁷ SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de arbitragem. In: LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 107-108.

¹⁰⁸ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 179.

¹⁰⁹ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p.189.

¹¹⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 133.

¹¹¹ BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. cit.*, p. 158.

Dessa forma, excetuando-se a sua forma solene, aplica-se a cláusula os requisitos gerais de validade dos negócios jurídicos¹¹², previstos no art. 104 do Código Civil¹¹³.

Com relação aos seus efeitos, decorrentes principalmente do mandamento do parágrafo único do art. 8º da Lei n. 9.307/96¹¹⁴, entende-se que a cláusula arbitral “implica a derrogação da jurisdição estatal [efeito negativo], impondo ao árbitro o poder-dever de decidir questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória [efeito positivo]”¹¹⁵.

Ao tratar do assunto, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino¹¹⁶ observou que essa seria uma regra essencial do instituto, e que “estando aberta a via da jurisdição estatal para se questionar a competência do juízo arbitral, a arbitragem seria desinteressante para as partes, que acabariam tendo que litigar em dois juízos”.

Definida a cláusula compromissória e compreendidas algumas de suas principais características, convém analisar, de uma forma geral, os seus limites subjetivos.

3.4 ALCANCE SUBJETIVO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A cláusula compromissória detém alcance objetivo e subjetivo. O primeiro diz respeito às obrigações que estão sujeitas à sua aplicação e depende de previsão expressa. Por outro lado, o alcance subjetivo se refere às partes que consentiram, de alguma forma, em se submeter aos seus efeitos. Considerando a finalidade deste trabalho monográfico, o alcance subjetivo será explorado com maior afinco.

¹¹² SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de arbitragem. *In*: LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 106.

¹¹³ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”.

¹¹⁴ “Art. 8º [...] Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.694.826/GO. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJ 13 nov. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701431860&dt_publicacao=13/11/2017. Acesso em 26 jul. 2020.

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.550.260/RS. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJ 20 mar. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402050562&dt_publicacao=20/03/2018. Acesso em 26 jul. 2020.

Cabe aqui um esclarecimento: a escolha do termo “alcance” em detrimento de “extensão”, cuja utilização talvez seja mais comum.

Enquanto “extensão” pode levar a um entendimento não raro e desacertado de prolongamento da convenção de arbitragem para abarcar quem não a aderiu, “alcance” proporciona uma percepção mais precisa da situação jurídica. O alcance da convenção arbitral é estático, não se estende a terceiros.

Isso posto, cumpre estudar o princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico e sua mitigação, bem como a possibilidade de consentimento tácito de uma parte à cláusula compromissória, para que sejam traçados os limites do alcance subjetivo.

3.4.1 O princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico

Em regra, os contratos geram efeitos apenas entre as partes contratantes, de modo que sua oponibilidade não é absoluta, ou *erga omnes*, mas relativa. Desse modo, as disposições do contrato, *a priori*, não interessam a ninguém além das partes¹¹⁷.

Essa impossibilidade de que sejam criadas obrigações para quem não é parte do contrato decorre da autonomia privada, sendo o princípio da relatividade um limite atribuído aos direitos e obrigações contraídos pelas partes¹¹⁸.

Isso porque, conforme esclarece Luciano Penteadó¹¹⁹, “a relatividade tutela a liberdade na medida em que ninguém se torna parte, com direitos e deveres, contra a sua vontade”.

Sobre o tema, explica Orlando Gomes¹²⁰:

O princípio da relatividade dos contratos diz respeito à sua eficácia. Sua formulação fez-se em termos claros e concisos ao dizer-se que o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*, o que significa que seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando

¹¹⁷ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 624.

¹¹⁸ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. *In: Teoria geral dos contratos*. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 92.

¹¹⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 232.

¹²⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 43.

nem prejudicando a terceiros. [...] Sua eficácia interna é relativa; seu campo de aplicação comporta, somente, as partes.

Nesse contexto, é importante compreender que “terceiro” é definido como a pessoa totalmente estranha ao negócio jurídico ou às relações jurídicas abarcadas por seus efeitos¹²¹, deixando de sofrer ou tirar proveito dos efeitos da obrigação¹²².

Partes, por outro lado, são aquelas pessoas que integram o alcance subjetivo do negócio jurídico, que consentem em se submeter às obrigações estabelecidas. O contrato que prejudica terceiro não lhe estende os efeitos jurídicos porque não lhe impõe obrigações, sendo o prejuízo um efeito reflexo que, no máximo, atinge o seu interesse, mas não implica em lesão de seu direito. “Não há, portanto, extensão de eficácia”¹²³.

Outro ponto importante é o de que a relatividade se limita à eficácia interna do contrato, sendo possível que pessoas que não celebraram o contrato se prejudiquem ou beneficiem da eficácia externa dele¹²⁴.

Destarte, o princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico não é absoluto, na medida em que “sofre verdadeiramente exceções quando eles [os efeitos do contrato] ultrapassam as partes e atinge pessoas que não celebraram o contrato”¹²⁵.

Ainda existe, nesse contexto, a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico em decorrência da função social do contrato.

O art. 421 do Código Civil de 2002, cuja redação atual foi dada pela Lei n. 13.874/19, estabelece que “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Nesse sentido, o contrato poderá ser interferido pelos terceiros que foram direta ou indiretamente atingidos pelos seus efeitos, porque nesse caso a função social do contrato impõe a revisão da relatividade¹²⁶.

¹²¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 43.

¹²² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de direito civil: teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3, p. 54.

¹²³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 164-165.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 54.

¹²⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 164.

¹²⁶ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: *Teoria geral dos contratos*. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 94.

Sobre o tema, Carlos Roberto Gonçalves¹²⁷ explica que o princípio da relatividade é mitigado em virtude do “reconhecimento de que as cláusulas gerais, por conterem normas de ordem pública, não se destinam a proteger unicamente os direitos individuais das partes, mas tutelar o interesse da coletividade, que deve prevalecer”.

Nesse cenário, pode-se distinguir, com base na oponibilidade dos efeitos do negócio jurídico, três categorias de terceiro: aqueles que são estranhos ao contrato mas participam do interesse, ocupando uma posição jurídica de subordinação à parte; aqueles interessados, mas que ocupam posição independente e incompatível com os efeitos do contrato; e aqueles que são indiferentes ao contrato, mas que diante de prejuízo decorrente dos efeitos do contratam, passam a ser legitimados a reagir¹²⁸.

Entretanto, é fundamental para este trabalho que se diferencie o terceiro de parte não signatária. Tratando-se de parte, a pessoa estará abarcada pelo alcance subjetivo do negócio jurídico, ainda que não o tenha firmado. Portanto, os efeitos do contrato incidem diretamente na parte não signatária. Há, contudo, quem divirja desse entendimento ao analisar a extensão da convenção arbitral¹²⁹.

No tocante à arbitragem, vale citar as lições de Fichtner, Manheimer e Monteiro¹³⁰:

Na arbitragem, o princípio da relatividade dos contratos se aplica no sentido de limitar a via arbitral àquelas partes que se vincularam à convenção de arbitragem. Normalmente, estas partes serão aquelas que celebraram e assinaram o compromisso arbitral ou a cláusula compromissória. Há situações, porém, em que a convenção de arbitragem vincula partes não signatárias da convenção de arbitragem [...]. Nestes casos, importará para a incidência do princípio da relatividade dos contratos o comportamento das partes, especialmente na fase negocial do contrato-base, na execução do contrato-base e, também, no próprio processo arbitral.

¹²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 3, p. 48.

¹²⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44.

¹²⁹ Leonardo de Faria Beraldo (2014, p. 210) entende que “será considerado terceiro toda pessoa que não for signatária da convenção de arbitragem”. Destaca ainda que “terceiro é um termo apriorístico, isto é, que deve ser utilizado para definir a relação de uma pessoa [...] em face de uma convenção de arbitragem, quando de sua pactuação. Posteriormente, mudanças podem ocorrer, em especial o adentramento desse terceiro no processo arbitral, fato este que o tornará parte ou interessado, e, não, terceiro”. Nessa perspectiva, Pêrsio Thomaz Ferreira Rosa (2010, p. 184-185) sustenta que “podem-se divisar algumas espécies de terceiros. Em primeiro lugar, há aqueles que são terceiros e não perderão essa qualidade (‘assistente’ e *amicus curie*). São, puramente, terceiros; em segundo lugar, há aqueles que são terceiros apenas relativamente (grupos de contratos, grupos de sociedades); em terceiro lugar, há aqueles que aparentam ser terceiros, mas não o são; devem ser considerados como parte em vista de terem assumido esta condição por ato de vontade (sucessão, *alter ego*, cessão da posição contratual e estipulação em favor de terceiro)”.

¹³⁰ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 131.

É o que se passará a examinar.

3.4.2 Alcance de não signatários pela cláusula compromissória

Como visto, o alcance subjetivo do negócio jurídico decorre do princípio da relatividade dos contratos, segundo o qual apenas as partes contratantes submetem-se aos seus efeitos. Nesse contexto, é o consenso que faz as partes. Assim, questiona-se se existe uma forma solene para o consentimento à arbitragem ou se ele poderá ser tácito. Em outras palavras, deve-se discutir a possibilidade de existirem partes não signatárias da cláusula compromissória, tendo como base o direito brasileiro. Esse será o objeto de estudo desta seção.

3.4.2.1 Requisito da forma escrita da convenção arbitral

O § 1º do art. 4ª da Lei n. 9.307/96 determina que a “[a] cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”.

A Lei Modelo da UNCITRAL, embora não possua força normativa no Brasil, demonstra a adoção dessa forma também no âmbito internacional, ao trazer a determinação em seu art. 7º (2)¹³¹: “A convenção de arbitragem deve ser feita por escrito”.

Sobre a validade da convenção de arbitragem internacional, ensinam Blackaby, Partasides, Redfern e Hunter¹³²:

All the international conventions on arbitration that have already been mentioned, as well as the Model Law, require that an agreement to arbitrate shall be “in writing”. The reason for imposing this requirement is self-evident.

¹³¹ Tradução feita por Flavia Foz Mange, Gustavo Santos Kulesza, Rafael Bittencourt Silva e Rafael Vicente Soares, disponível em: <http://cbar.org.br/site/legislacao-internacional/>.

¹³² “Todas as convenções que versam sobre arbitragem indicadas, assim como a Lei Modelo da UNCITRAL, exigem que a cláusula arbitral seja escrita. A razão desta imposição é evidente. Uma cláusula compromissória válida exclui a jurisdição estatal e significa que as disputas referentes as partes serão resolvidas por método privado, no caso, a arbitragem (BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin, 2009, p. 89, tradução nossa)

A valid agreement to arbitrate excludes the jurisdiction of the national courts and means that any dispute between the parties must be resolved by a private method of dispute resolution, namely arbitration.

A forma escrita da cláusula arbitral também foi estabelecida no art. II da Convenção de Nova Iorque de 10 de junho de 1958, incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto n. 4.311, em 23 de julho de 2002:

1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.
2. Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

Nesses termos, é inegável que, no direito brasileiro, a cláusula compromissória deve ser escrita. Por se tratar de contrato desprovido de outras formalidades senão a de ser escrito, submete-se, no direito brasileiro, aos requisitos de validade estabelecidos genericamente no Código Civil¹³³, ressalvada a hipótese em que a cláusula contida em contrato de adesão, conforme art. 3^a, § 2^o, da Lei n. 9.307/96¹³⁴.

Note-se que, como apontado pela doutrina brasileira¹³⁵ e pelo STJ¹³⁶, a cláusula prevista em correspondências eletrônicas também é válida, inclusive pelo art. 4, § 1^o, da Lei n. 9.307/96, que possibilita que a cláusula esteja escrita em documento apartado ao contrato-base. Essa também é a determinação do art. 7^o (4) da Lei Modelo da UNCITRAL, ao dispor que o requisito da forma escrita “é preenchido por

¹³³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 105.

¹³⁴ “Art. 3^o [...] § 2^o Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

¹³⁵ Nesse sentido, confira-se: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 105; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 167; BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 161.

¹³⁶ Confira-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.569.422/RJ. Terceira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 20.05.2016. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501776949&dt_publicacao=20/05/2016. Acesso em 26 jul. 2020.

uma comunicação eletrônica se a informação contida em referida comunicação é acessível de forma a possibilitar sua utilização para referência futura”¹³⁷.

Outro ponto importante refere-se à distinção entre o requisito da forma escrita da cláusula compromissória e o consentimento expresso.

Há quem sustente a necessidade de consentimento expresso. A título exemplificativo, Nairo Elo de Cerqueira Lima Neto¹³⁸ entende que “o consentimento da parte é requisito central para a própria constitucionalidade do instituto da arbitragem, não sendo admitido que alguém se submeta à jurisdição arbitral sem a sua expressa manifestação de vontade”. Apesar de reconhecermos a fundamentação apresentada, ousamos discordar, respeitosamente, de tal afirmação, na medida em que confunde, a nosso ver, o requisito formal da convenção de arbitragem com a forma de manifestação de vontade da parte.

Deve ser observado que, embora a cláusula arbitral deva obedecer a forma escrita, o mesmo não pode ser afirmado com relação ao consentimento à arbitragem, que não tem forma prevista na Lei n. 9.307/96 ou no Código Civil¹³⁹.

O requisito da forma escrita da convenção de arbitragem não é incompatível com a sua aceitação verbal ou mesmo tácita¹⁴⁰. Por esse motivo, inclusive, tem-se admitido o consentimento tácito à cláusula compromissória em casos específicos, conforme será tratado a seguir.

3.4.2.2 O consentimento tácito

Sobre o princípio do consensualismo, ensina Orlando Gomes¹⁴¹:

¹³⁷ Tradução feita por Flavia Foz Mange, Gustavo Santos Kulesza, Rafael Bittencourt Silva e Rafael Vicente Soares, disponível em: <http://cbar.org.br/site/legislacao-internacional/>. Acesso: 26 jul. 2020.

¹³⁸ LIMA NETO, Nairo Elo de Cerqueira. *Arbitragem societária: análise da possibilidade de vinculação do acionista dissidente à inclusão da cláusula compromissória estatutária e os reflexos da lei 13.129/2015*. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade Baiana de Direito e Gestão – FBDG, Salvador, 2017, p. 37. Orientador: Prof. Dr. Gabriel Seijo Leal de Figueiredo. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Nairo%20Elo%20C.%20L.%20Neto.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

¹³⁹ SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de arbitragem. In: LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 106.

¹⁴⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 167.

¹⁴¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 35-36.

No Direito hodierno o princípio do consentimento, pelo qual o acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato. Em princípio, não se exige forma especial. O consentimento – *solo consensu* – a forma os contratos, o que não significa [que] sejam todos simplesmente consensuais, alguns tendo sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas na lei e outros só se perfazendo se determinada exigência for cumprida. Tais são, respectivamente, os contratos solenes e os contratos reais. As exceções não infirmam, porém, a regra, segundo a qual a simples operação intelectual do concurso de vontades pode gerar o contrato.

Nas palavras do referido autor, o consentimento significa, *lato sensu*, a “integração das vontades distintas” que formam acordo, e *stricto sensu*, “a vontade de cada parte”. A declaração de vontade, por sua vez, “pode ser tácita, quando a lei não a exigir expressa”¹⁴².

Isso porque, conforme escreve o saudoso Luiz Olavo Baptista¹⁴³, o consentimento “[é] tácito, quando se induz claramente, de atos, que não seriam praticados, sem o ânimo de aceitar a situação criada pelo contrato”. O autor ensina ainda que “[a] cláusula arbitral, obrigatoriamente escrita, pode abranger quem não foi signatário. Isso ocorre em virtude de um consentimento tácito da pessoa em questão, o qual indica sua inequívoca adesão à cláusula”.

Enquanto *leading case* da temática do consentimento tácito à arbitragem, deve ser destacado o caso CCI 4131, de 1982, em que o tribunal arbitral, constituído pelos Professores Berthold Goldman, Michel Vasseur e Pieter Sander (presidente), aplicou a teoria do grupo de sociedades para admitir a submissão de partes não signatárias da convenção arbitral aos seus efeitos, sob o fundamento de que:

*the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise.*¹⁴⁴

¹⁴² GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 48 e 52.

¹⁴³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 117-118.

¹⁴⁴ “a cláusula compromissória expressamente aceita por determinadas sociedades do grupo deve vincular as outras sociedades que, em virtude do papel que tiveram na conclusão, na execução ou na rescisão dos contratos contendo as referidas cláusulas e, de acordo com a vontade comum de todas as partes do procedimento, aparentam terem sido verdadeiras partes nos contratos, ou terem sido consideravelmente envolvidas pelos mesmos e pelos litígios que deles podem resultar.”. (*Dow Chemical v. Isover Saint Gobain, Interim Award, ICC Case No. 4.131, 23 September 1982, Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 5, 2008, p. 204-205, tradução nossa).

Analisando o referido caso, Arnoldo Wald¹⁴⁵ conclui que, para “ampliar”¹⁴⁶ os efeitos da cláusula às sociedades de um mesmo grupo que não consentiram expressamente com seu teor, deve-se comprovar o preenchimento de ao menos um dos seguintes requisitos: papel ativo da sociedade nas negociações; envolvimento na execução do contrato; ou ter sido representada, efetiva ou implicitamente, no negócio jurídico.

Caso brasileiro muito semelhante foi apreciado pela Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 24 de maio de 2006, na AC 267.450.4/6-00, que envolveu a Trelleborg do Brasil Ltda., a Trelleborg Industri AB (apelantes) e a Anel Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda. (apelada), em decorrência de inadimplemento de contrato de aquisição de capital¹⁴⁷.

No processo arbitral foram condenadas a Trelleborg Industri AB e a Trelleborg do Brasil. Após a decisão, a primeira arguiu perante o judiciário a nulidade da sentença diante de sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda, vez que não teria assinado o contrato em que a cláusula compromissória estava inserida. No referido caso, o TJSP entendeu pela vinculação da parte não signatária da convenção de arbitragem aos seus efeitos, em virtude de comprovada participação nas negociações que deram origem ao litígio¹⁴⁸.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça julgou, em 2008, a SEC 978¹⁴⁹, de relatoria do Min. Hamilton Carvalhido, que tratou da homologação de sentença estrangeira proferida em arbitragem. Apesar da celebração do contrato, não houve uma assinatura específica para a cláusula arbitral. Diante disso, a Corte Especial do STJ entendeu, por unanimidade, o seguinte:

¹⁴⁵ WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 2, mai.-ago. 2004, p. 31-59.

¹⁴⁶ Destaque-se, mais uma vez, sobre a imprecisa acepção (a nosso ver) que pode ser atribuída ao termo “extensão”, motivo pelo qual utiliza-se neste trabalho o vocábulo “alcance”.

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC n. 9037269-47.2005.8.26.0000. Sétima Câmara de Direito Privado. Relatora: Min. Constança Gonzaga. Julgado em 24 de maio de 2006. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2168929&cdForo=0>. Acesso em 27 jul. 2020.

¹⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC n. 9037269-47.2005.8.26.0000. Sétima Câmara de Direito Privado. Relatora: Min. Constança Gonzaga. Julgado em 24 de maio de 2006. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2168929&cdForo=0>. Acesso em 27 jul. 2020.

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC n. 978. Corte Especial. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Julgado em 17 dez. 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601737711&dt_publicacao=05/03/2009. Acesso em 26 jul. 2020.

[a] falta de assinatura na cláusula de eleição do juízo arbitral contida no contrato de compra e venda, no seu termo aditivo e na indicação de árbitro em nome da requerida exclui a pretensão homologatória, enquanto ofende o artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.307/96, o princípio da autonomia da vontade e a ordem pública brasileira.

O Min. Carvalhido argumentou em seu voto que “a legislação pátria prevê a adoção do sistema arbitral para solução dos litígios, exigindo, contudo, como condição de eficácia, expressa manifestação por escrito das partes acerca da opção pelo juízo arbitral”, e que é necessária a “anuência expressa e específica em relação à cláusula compromissória, não se admitindo, pois, anuência tácita ou implícita, por se tratar de exceção à regra da jurisdição estatal”¹⁵⁰.

Nesse entendimento estão contidos dois relevantes equívocos. O primeiro é o de que a manifestação de vontade afeta o plano da eficácia do negócio jurídico, enquanto o consentimento, como visto, é condição de validade do contrato. O segundo equívoco diz respeito à aplicabilidade da determinação do § 2º do art. 4º da Lei n. 9.307/96 ao caso, vez que o dispositivo se direciona apenas às cláusulas arbitrais relativas a contratos de adesão.

Quase dez anos depois do acórdão indicado, o Superior Tribunal de Justiça julgou, em 8 de maio de 2018, o REsp 1.698.730¹⁵¹, mudando o seu entendimento para admitir a inclusão de partes não signatárias da convenção de arbitragem no procedimento arbitral caso verificado o consentimento tácito, nos seguintes termos:

O substrato da arbitragem está na autonomia de vontade das partes que, de modo consciente e voluntário, renunciam à jurisdição estatal, elegendo um terceiro, o árbitro, para solver eventuais conflitos de interesses advindos da relação contratual subjacente. Esse consentimento à arbitragem, ao qual se busca proteger, pode apresentar-se não apenas de modo expresso, mas também na forma tácita, afigurando possível, para esse propósito, a demonstração, por diversos meios de prova, da participação e adesão da parte ao processo arbitral, especificamente na relação contratual que o originou.

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC n. 978. Corte Especial. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Julgado em 17 dez. 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601737711&dt_publicacao=05/03/2009. Acesso em 26 jul. 2020.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.698.730. Terceira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 8 mai. 2018. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601467261&dt_publicacao=21/05/2018. Acesso em 26 jul. 2020.

Em seu voto, o Min. Relator, Marco Aurélio Bellizze¹⁵², entendeu que o “consentimento à arbitragem, ao qual se busca proteger, pode apresentar-se não apenas de modo expresso, mas também na forma tácita”. Além disso, pontuou que “da avença derivam diretamente para determinado sujeito direitos e obrigações por ele assentidas [...], ele é por natureza parte em sentido substancial, independentemente da denominação referida no documento”.

Sobre o assunto, ensina Gary Born:

As discussed above, it is not only by formal execution of an agreement, as a specifically identified contractual party, that an entity can become a party to that agreement. Under most developed legal systems, an entity may become a party to a contract, including an arbitration agreement, impliedly – typically, either by conduct or non-explicit declarations, as well as by express agreement or formal execution of an agreement¹⁵³.

Conclui-se, portanto, que o consentimento tácito à cláusula compromissória é permitido pelo ordenamento brasileiro (que deixou de prever forma solene para tanto) e admitido pelo Superior Tribunal de Justiça e pela doutrina, desde que comprovado que a pessoa que deixou de firma-la se comportou como parte da convenção arbitral, da relação jurídica a que ela se refere, ou ainda do procedimento arbitral.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.698.730. Terceira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 8 mai. 2018. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601467261&dt_publicacao=21/05/2018. Acesso em 26 jul. 2020.

¹⁵³ “Como discutido acima, não é apenas pela execução formal de um contrato, como uma parte contratual especificamente identificada, que uma entidade pode se tornar parte desse contrato. Nos sistemas jurídicos mais desenvolvidos, uma entidade pode se tornar parte de um contrato, incluindo um acordo de arbitragem, implicitamente - normalmente, por conduta ou declarações não explícitas, bem como por acordo expresso ou execução formal de um acordo” (BORN, 2014, p. 1427, tradução nossa).

4 A SOCIEDADE ANÔNIMA E OS ADMINISTRADORES

Neste breve capítulo, será abordada a sociedade anônima: seu conceito, sua natureza jurídica e a de seu ato constitutivo, os seus órgãos e a relação jurídica existente entre os administradores e a sociedade.

4.1 DEFINIÇÃO E NATUREZA DA COMPANHIA

A sociedade anônima, também denominada de companhia, pode ser definida como a “pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, em que o capital se divide em ações de livre negociabilidade, limitando-se a responsabilidade dos subscritores ou acionistas ao preço de emissão das ações por eles subscritas”¹⁵⁴.

Nesse sentido, o art. 1º da Lei n. 6.404/76 dispõe que “[a] companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”.

Trata-se, portanto, de “tipo societário reservado às sociedades empresárias, cujo capital social é dividido em ações, que limita a responsabilidade dos sócios ou acionistas ao preço de emissão dessas frações do capital por eles subscritas ou adquiridas”¹⁵⁵.

Como o próprio conceito sugere, o capital social da companhia é fracionado em ações equânimes, representadas por títulos livremente negociáveis, inclusive no âmbito do mercado de valores mobiliários¹⁵⁶, no caso de companhias abertas¹⁵⁷.

Além disso, a companhia detém, por imposição legal, natureza empresária¹⁵⁸.

¹⁵⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 4.

¹⁵⁵ CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30.

¹⁵⁶ TOMAZZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 437.

¹⁵⁷ “Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários” (Lei n. 6.404/76, art. 4º).

¹⁵⁸ “Art. 982. [...] Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa”.

As sociedades empresárias podem ser classificadas como sociedades de pessoas ou de capital, de acordo com o grau de dependência da sociedade em relação aos atributos individuais dos sócios. Tal classificação diz respeito à prevalência de um desses elementos sobre o outro para a realização do objeto social¹⁵⁹.

Nesse contexto, a sociedade anônima “é uma típica sociedade de capitais, haja vista a maior importância atribuída à contribuição do sócio e não às suas qualidades pessoais”. Por esse motivo, a negociação das ações é livre, podendo sofrer limitações pelo estatuto social, mas nunca ser impedida¹⁶⁰.

Fran Martins¹⁶¹ escreve que “as sociedades anônimas são consideradas sociedades de capital pois vivem em função deste, não merecendo atenção especial a pessoa dos sócios”. Aponta ainda que o acionista pode se retirar do organismo social sem o influenciar, porque a sociedade foi constituída em função do capital. Trata-se, portanto, de sociedade constituída *intuitu pecuniae*.

No entanto, parte da doutrina¹⁶² defende que as companhias, sobretudo as fechadas, podem ser consideradas sociedades de pessoas em circunstâncias específicas. Nessa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a dissolução parcial de sociedades anônimas fechadas familiares por quebra da *affectio societatis*¹⁶³, que é um elemento, em regra, das sociedades de pessoas.

No que se refere à natureza jurídica do ato constitutivo da sociedade anônima, a doutrina tem entendido pela prevalência do aspecto institucional em detrimento do contratual. Isso porque, nas sociedades por ações (aqui incluída também a sociedade em comandita por ações), há um interesse maior na manutenção da

¹⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 2, p. 41.

¹⁶⁰ TOMAZZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 437.

¹⁶¹ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 239.

¹⁶² Nesse sentido: CARMELYNCK, G.; COMPARATO, Fábio Konder; REQUIÃO, Rubens *apud* VIEIRA, Maíra de Mello. *Dissolução parcial de sociedade anônima: construção e consolidação no direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 42-43.

¹⁶³ Confira-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 419174/SP. Segunda Seção. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em 28 mai. 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 111.294. Quarta Turma. Relator: Min. Barros Monteiro. Relator para acórdão: Cesar Asfor Rocha. Julgado em 19 set. 2000; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 917.531/RS. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 17 nov. 2011.

sociedade que na vontade dos acionistas, que está restrita à aceitação da disciplina¹⁶⁴. Neste caso, o interesse social se sobrepõe ao dos sócios.

Portanto, a companhia é compreendida como uma sociedade institucional, na medida em que todas as regras relativas à sua constituição, assim como aquelas que vão orientar a relação entre os acionistas e entre estes e os órgãos da sociedade, estão dispostas na Lei n. 6.404/76¹⁶⁵.

Sobre o tema, Fábio Ulhoa Coelho¹⁶⁶ ensina que “a sociedade empresária é contratual se constituída por um contrato entre os sócios; e é institucional se constituída por um ato de vontade não contratual. A diferença diz respeito à aplicação, ou não, do regime contratual às relações entre os sócios”.

A teoria do ato institucional, em que pese seja criticada por diversos autores¹⁶⁷, foi indiscutivelmente a teoria adotada pela Lei n. 6.404/76¹⁶⁸, cuja Exposição de Motivos assim dispõe:

Entre a sociedade anônima de há trinta anos atrás, concebida basicamente como empresa familiar numa economia estagnada, e a moderna corporação em constante apelo ao crédito público, a diferença não é apenas quantitativa, de aumento de tamanho: é qualitativa. Há muito a S.A. deixou de ser um contrato de efeitos limitados para seus poucos participantes: é uma instituição que concerne a toda a economia do País, ao crédito público, cujo funcionamento tem que estar sob o controle fiscalizador e o comando econômico das autoridades governamentais. A síntese é a da exposição de motivos do projeto italiano: “a disciplina das sociedades por ações e sua modificação constituem, sobretudo, um elemento de política econômica e mais genericamente um fato político”.

Nas sociedades institucionais, as relações sociais são disciplinadas pelo estatuto, enquanto nas contratuais há o contrato social. Além disso, as sociedades

¹⁶⁴ TOMAZZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1, p. 440-441.

¹⁶⁵ CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 32-33.

¹⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 2, p. 42.

¹⁶⁷ Confira-se: REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1, p. 271.

¹⁶⁸ Nesse sentido: “Art. 116 [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”; “Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder”.

institucionais estão reguladas primariamente pela Lei n. 6.404/76, ao passo em que as contratuais são reguladas pelo Código Civil¹⁶⁹.

Feitas essas considerações, cabe analisar o papel dos órgãos da companhia.

4.2 ÓRGÃOS SOCIAIS

A sociedade anônima manifesta-se por intermédio de seus órgãos sociais, que produzem e refletem interna e externamente a vontade da companhia¹⁷⁰.

Para o exercício de sua atividade empresarial, a companhia reparte seus poderes, por meio do estatuto social, em diferentes órgãos que a integram em um só organismo. Nesse contexto, a Lei n. 6.404/76 prevê órgãos de deliberação (assembleia-geral e conselho de administração), que manifestam a vontade da sociedade, órgãos de execução (diretoria), que realizam a vontade da companhia, e órgãos de controle (conselho fiscal), que fiscalizam a correta execução da vontade social¹⁷¹. Essa seção analisará sucintamente cada um desses órgãos.

4.2.1 Assembleia geral

A assembleia geral é o órgão supremo da sociedade e é definido como , constituído pela reunião dos acionistas para deliberação sobre qualquer matéria de interesse social¹⁷².

Esse órgão se desdobra em duas espécies: a assembleia geral ordinária (AGO) e a assembleia geral extraordinária (AGE). A primeira é realizada uma vez por ano e tem por objeto as matérias previstas no art. 132 da Lei n. 6.404/76, como a tomada das contas anuais dos administradores, a votação das demonstrações financeiras, a deliberação sobre a destinação do lucro e a distribuição de dividendos, bem como a

¹⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 2, p. 42.

¹⁷⁰ CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 273.

¹⁷¹ TOMAZZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1, p. 558.

¹⁷² MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 293.

eleição dos administradores e membros do conselho fiscal, em caso de término do mandato. Por outro lado, a AGE realiza-se a qualquer tempo e tem competência residual (art. 131) e irrestrita. Os poderes de competência privativa da assembleia estão previstos no art. 122 da Lei n. 6.404/76.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁷³ destaca que a importância da assembleia para a dinâmica e para o desenvolvimento da sociedade varia de acordo com o tipo de controle exercido na companhia, destacando três tipos: o totalitário, o majoritário e o minoritário. No primeiro tipo, as ações votantes se concentram em uma pessoa, e a assembleia assume caráter de “instrumento formal de manifestação da vontade dessa pessoa”. No segundo tipo, o controlador detém a maioria das ações votantes, mas pode ter sua vontade obstada por minoritários que titularizem ações suficientes para o exercício de certas faculdades. Por fim, em caso de controle minoritário, o acionista controlador tem menos da metade das ações com direito a voto, e seu poder é menos estável que nos anteriores, sujeitando-se a uma possível perda da posição de mando. Nessa última hipótese, a sessão do órgão pode se tornar centro de disputas pelo controle da companhia.

4.2.2 Conselho de administração e diretoria

A expressão “administradores” é utilizada pela Lei 6.404/76 para se referir aos membros do conselho de administração e aos diretores (art. 145), que compõem os órgãos de administração da companhia. É com essa acepção que a expressão será empregada neste trabalho.

A Lei n. 6.404/76 estabelece, em seu art. 138, que a administração da companhia caberá ao conselho de administração ou à diretoria, ou apenas à diretoria. Assim, o conselho de administração é um órgão facultativo, salvo nas companhias abertas e de capital autorizado (art. 138, § 2º).

¹⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 2, p. 205.

O conselho de administração constitui um elo entre a assembleia geral e a diretoria, servindo de instrumento de racionalização do funcionamento da companhia¹⁷⁴. Trata-se de órgão colegiado (atuando exclusivamente em bloco) que executa funções deliberativas e de ordenação interna da sociedade, e que é legitimado para a tomada de decisões relativas às matérias de interesse social que não sejam de competência privativa da assembleia geral¹⁷⁵.

A diretoria, órgão obrigatório composto por pelo menos duas pessoas naturais, detém o poder executivo da companhia, devendo praticar todos os atos necessários ao desenvolvimento dos negócios sociais¹⁷⁶. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho¹⁷⁷, compete aos diretores, “no plano interno, dirigir a empresa, e, externamente, manifestar a vontade da pessoa jurídica, na generalidade dos atos e negócios”.

A maioria das matérias de competência específica do conselho de administração estão elencadas no art. 142 da Lei n. 6.404/76, e incluem a orientação geral dos negócios da companhia, a convocação da assembleia geral, a eleição e destituição de diretores e a fixação das atribuições destes, observando-se as disposições do estatuto social.

Cabe ao estatuto social fixar o número e o modo de substituição dos conselheiros, o processo de escolha e substituição do presidente do conselho, o prazo de gestão e as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho, conforme estabelece o art. 140 da Lei n. 6.404/76.

Outrossim, o estatuto social deverá estabelecer o número de diretores, o modo de substituição, o prazo de gestão e as atribuições e poderes de cada diretor, conforme o art. 143 da Lei n. 6.404/76.

A investidura dos diretores e dos membros do conselho de administração exige a assinatura do termo de posse em até trinta dias da eleição, que será lançado no livro de atas do órgão respectivo (Lei n. 6.404/76, art. 149).

¹⁷⁴ TOMAZZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1, p. 569.

¹⁷⁵ CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 296.

¹⁷⁶ TOMAZZETE, Marlon. *Op. cit.*, p. 575.

¹⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 2, p. 231-232.

Após a posse, o conselho de administração poderá exercer sua função de deliberação por meio do voto da maioria de seus membros, salvo em caso de disposição diversa no estatuto¹⁷⁸.

Os administradores devem exercer seus poderes de acordo com o interesse da companhia e em atendimento às determinações dos arts. 153 a 157 da Lei n. 6.404/76, incluindo a obediência aos deveres de diligência, lealdade, sigilo e de informar. Ademais, apesar de não serem pessoalmente responsáveis pelas obrigações que assumem pela sociedade, são civilmente responsáveis pelos prejuízos que causarem com culpa e dolo ou em violação ao estatuto social, conforme estabelece o art. 158 do mencionado diploma societário.

4.2.3 Conselho fiscal

O conselho fiscal tem como função assessorar a assembleia geral para a votação de matérias relativas à regularidade dos atos de administração da sociedade (apreciação de contas e votação das demonstrações financeiras). Trata-se, portanto, do principal instrumento de fiscalização da gestão da empresa. Esse órgão tem a existência independentemente de previsão estatutária, mas tem o funcionamento condicionado à vontade dos acionistas¹⁷⁹. Cabe ao estatuto social dispor sobre o seu funcionamento, que pode ser permanente ou somente em determinados exercícios sociais (Lei n. 6.404/76, art. 161, *caput*).

Fran Martins¹⁸⁰ explica que nas sociedades institucionais, onde não prevalece o *affectio societatis*, a fiscalização é feita pelo conselho fiscal, “órgão que constitui um dos poderes da sociedade, incumbido de examinar a marcha dos negócios e se manifestar sobre os assuntos mais importantes afetos aos atos de administração”.

O referido autor também tece uma pertinente crítica à prática comum de muitos membros de conselhos fiscais, que se limitam a acatar todos os atos da administração, subscrevendo pareceres favoráveis sem a realização do devido

¹⁷⁸ TOMAZZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 574-575.

¹⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 2, p. 233.

¹⁸⁰ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 309.

exame técnico. Fran Martins atribui esse problema à falta de conhecimento especializado e à baixa remuneração desses profissionais, de uma forma feral¹⁸¹.

O conselho fiscal deve ser composto por três a cinco membros titulares e os respectivos suplentes, eleitos pela assembleia geral, conforme dispõe o § 1º do art. 161 da Lei n. 6.404/76. São elegíveis para a função as pessoas naturais que preencherem os requisitos fixados no art. 162 do referido diploma.

4.3 A RELAÇÃO ENTRE OS ADMINISTRADORES E A COMPANHIA

É notório que os administradores desempenham papel de fundamental importância para a companhia. Contudo, a natureza dessa relação foi alvo de controvérsias, que se desdobraram em duas relevantes teorias: a do mandato simples e a organicista.

Sérgio Campinho destaca que por muito tempo prevaleceu a equivocada visão contratualista da relação existente entre a companhia e os diretores, em que estes eram considerados como prestadores de serviços ou mandatários da pessoa jurídica. O autor aponta que essa visão cedeu espaço para a teoria organicista, que vislumbra os administradores como meio de exteriorização da capacidade da pessoa jurídica, fazendo a vontade desta¹⁸².

Pedro Batista Martins¹⁸³ sintetiza bem a discussão:

Na esfera da relação jurídica dos administradores com a sociedade, a doutrina, de início, inclinou-se por tratá-la como simples mandato ou locação de serviços. No entanto, com a evolução da vida social essas concepções mostraram-se deficientes e restaram por ser substituídas, com prestígio, pela noção orgânica de representação. A teoria organicista, mais moderna, considera a administração como um órgão legal cuja autoridade deriva da lei e não de um mandato dos acionistas. Por ser a responsabilidade do administrador *ex lege* e, assim, não derivada do contrato de organização é que se realça sua condição orgânica. [...] Diante do debate travado pelos doutrinadores e da fragilidade da teoria do mandato simples ou da locação de serviços, fortaleceu-se, e, por fim, cristalizou-se a corrente organicista da administração.

¹⁸¹ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 309-310.

¹⁸² CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 305-306.

¹⁸³ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 132.

Sobre o assunto, Orlando Gomes¹⁸⁴ ensina que “[o] administrador é órgão da sociedade, e não seu mandatário ou representante. Contudo, exerce poder, que encontra seus limites no conteúdo da outorga, ou no objeto e natureza da sociedade”.

Nessa perspectiva, a nomeação dos administradores decorre de ato jurídico unilateral em que se atribui a eles a qualidade de órgãos da sociedade, estando a eficácia dessa atribuição sujeita ao aceite pessoal do administrador eleito, que ocorre por meio da assinatura do termo de posse. Uma vez investidos, os administradores passam a exercer funções indelegáveis (Lei n. 6.404/76, art. 139), o que demonstra a inexistência de subordinação funcional ou jurídica entre os órgãos sociais, tampouco entre o administrador e a companhia¹⁸⁵.

Em sentido diverso, Fábio Ulhoa Coelho¹⁸⁶, a despeito de se filiar à teoria organicista, entende que existe uma subordinação jurídica entre órgãos.

Marlon Tomazette¹⁸⁷, ao tratar do tema, afirma que os defensores desse entendimento, assim como os que se filiam à teoria contratualista, “pecam por identificar uma natureza contratual na relação entre o administrador e a companhia”. Defende ainda que os administradores não são parte de um contrato, uma vez que são essenciais para a sociedade e que seus poderes são uma decorrência lógica da própria existência da companhia. Ao final, conclui:

Diante disso, não há como afastar a concepção organicista, isto é, os administradores são órgãos da companhia, na medida em que o ato praticado por eles, dentro dos seus poderes, é um ato da própria sociedade. Seus poderes decorrem da lei e são um consectário da existência da própria companhia. Eles têm todo o poder para a condução das atividades diárias da companhia, não podendo, contudo, promover mudanças fundamentais na organização da sociedade.

¹⁸⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 397.

¹⁸⁵ CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 305-306.

¹⁸⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 2, p. 245.

¹⁸⁷ TOMAZZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 582-583.

Nesse sentido, os administradores apresentam a companhia, fazendo presente a vontade desta. Assim, quando a sociedade atua por meio de seus administradores é ela própria quem manifesta sua vontade, sem que exista uma relação de contrato¹⁸⁸.

Verifica-se, portanto, que a doutrina especializada pacificou o entendimento de que a concepção organicista é a mais adequada para qualificar o regime jurídico da relação e que os administradores, quando investidos, materializam poderes derivados da lei e exteriorizam a vontade da companhia.

¹⁸⁸ CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 305-306.

5 ALCANCE SUBJETIVO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA

Neste capítulo será tratado do tema objeto deste trabalho monográfico, abordando a definição e as particularidades da cláusula compromissória prevista no estatuto de sociedade anônima e a possibilidade de vinculação dos administradores da companhia aos seus efeitos.

5.1 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA

Como visto anteriormente, os conflitos societários detêm arbitrabilidade objetiva, como regra, por decorrerem de pretensões patrimoniais e refletirem interesses econômicos de sociedades empresárias.

Nas sociedades anônimas, o estatuto social mostra-se como o documento mais apropriado para a previsão da submissão de eventuais conflitos relativos a matérias *interna corporis* à arbitragem.

Nesse sentido, o § 3º do art. 109 da Lei n. 6.404/76 dispõe que “[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”. Trata-se da cláusula compromissória estatutária.

Dessa forma, “as partes capazes de contratar firmam a cláusula compromissória para solucionar eventuais divergências no cumprimento ou interpretação dos atos constitutivos das sociedades”¹⁸⁹.

Isso posto, cabe destacar que existem dois momentos possíveis para a inclusão da cláusula arbitral no estatuto da companhia, dos quais decorrem implicações diversas: desde a constituição da sociedade ou por meio da reforma do estatuto social em assembleia geral extraordinária. Convém analisar as particularidades decorrentes de cada um desses momentos.

¹⁸⁹ FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem no direito societário. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins. (Coord.) *Sociedades Anônimas*. Série GV Law. São Paulo: Saraiva, 2011, p.317.

5.1.1 Inclusão no projeto do estatuto

A cláusula compromissória estatutária pode estar prevista desde a constituição da sociedade anônima. Neste caso, deve-se inicialmente observar o cumprimento do quórum de instalação e do quórum de deliberação necessários.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁹⁰ ensina que “[o] *quorum* de instalação é o número mínimo de acionistas, cuja presença no local da assembleia é indispensável à validade dos trabalhos que nela se desenvolvem. Por outro lado, “[o] *quorum* de deliberação está relacionado à quantidade de votos favoráveis a determinada propositura, sem os quais ela não é validamente aprovada”.

O quórum de instalação da assembleia constituinte está previsto no *caput* do art. 87 da Lei n. 6.404/76, que estabelece que “[a] assembleia de constituição instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de subscritores que representem, no mínimo, metade do capital social, e, em segunda convocação, com qualquer número”.

O quórum de deliberação para a cláusula compromissória estatutária, por sua vez, seguia o da aprovação do projeto do estatuto, que, com base na interpretação do § 2º do art. 87 da Lei n. 6.404/76¹⁹¹, devia ser pela unanimidade dos subscritores¹⁹².

Ademais, em decorrência da necessidade de aprovação de todos os subscritores, estes estão, desde logo, vinculados aos efeitos da cláusula¹⁹³. Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona explica:

[S]e, no momento da constituição da companhia, fizerem os sócios consignar que as disputas entre controladores e minoritários, ou entre sócios e companhia serão resolvidas por via arbitral, a cláusula compromissória obrigará a todos os signatários (sócios fundadores), sócios estes que terão

¹⁹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 2, p. 212.

¹⁹¹ “Art. 87. [...] § 2º Cada ação, independentemente de sua espécie ou classe, dá direito a um voto; a maioria não tem poder para alterar o projeto de estatuto”.

¹⁹² Confira-se: NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. I, p. 470; e EIZIRIK, Nelson *apud* FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 328.

¹⁹³ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 328.

manifestado declaração de vontade inequívoca no sentido de derrogar a competência da autoridade judiciária.

Desse modo, cumprido o quórum legal para a aprovação da cláusula compromissória estatutária, todos os acionistas fundadores estarão indiscutivelmente por ela alcançados.

5.1.2 Inclusão na reforma do estatuto

A cláusula compromissória estatutária pode ainda ser estipulada após a constituição da companhia, por meio da reforma do estatuto social, conforme dispõe o art. 122, I, da Lei n. 6.404/76¹⁹⁴, mediante aprovação em assembleia geral extraordinária.

No que se refere ao quórum de instalação, estabelece o art. 135 da Lei n. 6.404/76:

A assembleia geral extraordinária que tiver por objeto a reforma do estatuto somente se instalará em primeira convocação com a presença de acionistas que representem 2/3 (dois terços), no mínimo, do capital com direito a voto, mas poderá instalar-se em segunda com qualquer número.

O quórum de deliberação para a inclusão posterior da cláusula compromissória estatutária, antes da reforma promovida pela Lei n. 13.129/15, diante da ausência de previsão legal específica, seguia a regra da maioria absoluta de votos, fixada no art. 129 da Lei n. 6.404/76¹⁹⁵. No caso das companhias fechadas, o § 1º do referido artigo permite a elevação do quórum necessário para a aprovação de determinadas matérias e, por esse motivo, deve-se sempre atentar para o que dispõe o estatuto.

Após a inclusão do art. 136-A na Lei n. 6.404/76, o quórum de deliberação necessário para a inclusão da cláusula compromissória em reforma do estatuto das companhias passou a ser o previsto no art. 136, que assim dispõe:

É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior *quorum* não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão, para deliberação sobre: [...].

¹⁹⁴ “Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral: I - reformar o estatuto social”.

¹⁹⁵ “Art. 129. As deliberações da assembleia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco”.

No entanto, conforme observam Fichtner, Mannheimer e Monteiro¹⁹⁶, a referida disposição não se aplica às companhias abertas enquadradas nos incisos I e II do § 2º do art. 136-A¹⁹⁷, uma vez que não há possibilidade do exercício do direito de retirada nesses casos. Portanto, *quorum* será de maioria absoluta nessas hipóteses.

Destarte, observado quórum de instalação para aprovação de reforma no estatuto social, o quórum de deliberação da cláusula compromissória estatutária é de maioria absoluta de votos, se anterior à Lei n. 13.129/15, ou qualificado, se posterior ao art. 136-A da Lei 6.404/76 (ressalvadas as hipóteses do § 2º).

5.2 DIVERGÊNCIAS SOBRE A VINCULAÇÃO DOS ACIONISTAS

O alcance subjetivo da cláusula compromissória estatutária em relação aos acionistas (novos, dissidentes ou omissos) foi alvo de grandes debates na doutrina. Dentre as principais questões levantadas estão a ausência de consentimento e o princípio majoritário das deliberações societárias. Tais discussões serão abordadas neste trabalho sob duas perspectivas distintas, tendo como marco temporal a reforma introduzida pela Lei n. 13.129/15.

5.2.1 Antes da Lei n. 13.129/15

A primeira situação a ser analisada é a da vinculação dos acionistas que já faziam parte do quadro social à época da assembleia geral em que foi deliberada a inclusão da cláusula compromissória no estatuto da companhia. A segunda discussão refere-se ao alcance dos novos acionistas pela cláusula.

¹⁹⁶ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 350.

¹⁹⁷ “§ 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.”.

Nesse contexto, discute-se primeiro a vinculação dos acionistas que: (a) votaram contrariamente à inclusão da cláusula; (b) se abstiveram de votar; ou (c) não compareceram na assembleia.

Modesto Carvalhosa¹⁹⁸ defendia que a cláusula arbitral, nesses casos, vinculava somente a sociedade e os acionistas que votaram favoravelmente à sua inclusão, por considerar que “somente para aqueles acionistas que se vincularam expressamente a tal supressão de direito subjetivo seu, nos diversos momentos da existência da sociedade, é o juízo arbitral oponível”¹⁹⁹.

O direito subjetivo suprimido seria o direito essencial de acesso ao judiciário, previsto no art. 109, § 2º, da Lei n. 6.404/76²⁰⁰, e mais genericamente no art. 5º, XXXV, da CF/88. Nesse sentido, o autor entendia que a cláusula compromissória estatutária tinha natureza jurídica de pacto parassocial e que, por consequência, não poderia abarcar aqueles que não renunciaram expressamente à jurisdição estatal²⁰¹.

Carvalhosa argumentou ainda que a cláusula compromissória estatutária, por deter autonomia em relação ao negócio jurídico a que se refere (Lei n. 9.307/96, art. 8º), não se confundia com as cláusulas organizativas do estatuto social e não poderia ter seus efeitos impostos aos acionistas que não os aceitassem²⁰².

Essa posição teve o suporte de Nelson Eizirik²⁰³, que afirmava que “não se pode imputar à cláusula de arbitragem tratamento jurídico idêntico às outras cláusulas constantes no estatuto social, as quais se impõem obrigatoriamente a todos os acionistas, mesmo os discordantes, gozando de caráter mandatório”. Acrescentou ainda que “tendo em vista que a legitimidade da arbitragem repousa no princípio fundamental da autonomia da vontade, não se pode obrigar os acionistas que expressamente votaram contra a inclusão da cláusula compromissória no estatuto”.

¹⁹⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, p. 313.

¹⁹⁹ Nessa perspectiva, veja-se: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 1694527-18.2009.8.13.0035. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Gutemberg da Mota e Silva. Julgado em 13 abr. 2010. Disponível em https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10035091694527001. Acesso em 1º ago. 2020.

²⁰⁰ “Art. 109. [...] § 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia geral”.

²⁰¹ “[N]ão há presunção de renúncia de direito essencial de qualquer acionista, tanto mais em se tratando de pacto parassocial, de cuja natureza é a cláusula compromissória estatutária” (MODESTO, 2009, p. 308).

²⁰² CARVALHOSA, Modesto. *Op. cit.*, p. 319.

²⁰³ EIZIRIK, Nelson *apud* FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 334.

Entretanto, divergiu de Carvalhosa ao entender que “estão vinculados à cláusula compromissória estatutária todos os demais acionistas: os que votaram favoravelmente, os que se abstiveram e os que não compareceram à assembleia”.

Carlos Alberto Carmona²⁰⁴, ao examinar os argumentos apresentados por essa corrente doutrinária, ponderou que “não se pode conceber [...] que haja um estatuto híbrido, que obrigue alguns sócios e não vincule outros”. Assim, concluiu que a deliberação sobre a inclusão da cláusula deveria ser sempre unânime entre os acionistas da companhia.

Contudo, como visto na seção anterior, a Lei n. 6.404/76 não prevê quórum específico para a deliberação sobre a cláusula compromissória, aplicando-se, em tese, a regra geral da maioria absoluta de votos, sendo necessária a unanimidade apenas na hipótese de previsão da cláusula arbitral no projeto do estatuto e votação pela assembleia constituinte.

Nesse sentido, Fichtner, Mannheimer e Monteiro²⁰⁵ apontam que tal entendimento poderia inviabilizar a arbitragem societária em decorrência da quantidade de interesses envolvida em uma companhia, sobretudo nas companhias abertas.

Outra situação controversa era a relativa à vinculação dos acionistas que passaram a integrar o quadro social após a inclusão da cláusula compromissória no estatuto, sem que lhes fosse dada a oportunidade de impugnar a previsão.

Mais uma vez, Modesto Carvalhosa²⁰⁶ entendia que, em regra, os acionistas não seriam partes da convenção, na medida em que não teriam a aderido expressamente, renunciando assim ao direito essencial de acesso ao Poder Judiciário. Todavia, entendia ser possível a vinculação em caso de atendimento dos requisitos fixados pelo § 2º do art. 4º da Lei n. 9.307/96 que, como já estudado, são direcionados para as cláusulas compromissórias relativas a contratos de adesão, o que, a nosso ver, não é o caso do estatuto social²⁰⁷.

²⁰⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

²⁰⁵ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 335.

²⁰⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, p. 321.

²⁰⁷ Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, AC N. 2009.001.04638, 8ª Câmara Cível, Relatora: Des. Mônica Maria Costa. Julgado em 09 jul. 2009. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900104638>. Acesso em 1º ago. 2020; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. AC n. 0710759-92.2008.8.13.0024. 13ª

Em sentido contrário, Carlos Augusto da Silveira Lobo²⁰⁸ defendia que “quem ingressa em uma organização está *ipso facto* manifestando vontade de aceitar as disposições do respectivo estatuto”, portanto, “quem adquire ações de companhia [...] está *ipso facto* vinculando-se à cláusula”.

Essencialmente, todos esses argumentos se pautavam na presença ou não da anuência expressa à cláusula compromissória estatutária. Por outro lado, uma parcela de autores sustentava que todos os acionistas estariam abarcados pelos efeitos da cláusula compromissória estatutária estipulada, por força do princípio majoritário das deliberações sociais.

Pedro Batista Martins²⁰⁹ desde então lecionava que a natureza da assembleia geral que visa a modificação do estatuto social para inserir a cláusula arbitral reforça o efeito *erga omnes* da convenção a todos os acionistas, mesmo os ausentes, os omissos e os avessos à deliberação. Explicava ainda o seguinte:

Muito embora seja a assembleia um órgão da sociedade, fato é que ela – a assembleia – não representa a empresa; é sua própria voz. As deliberações tomadas em assembleia são manifestações que externalizam o interesse da sociedade. Expressam a vontade da companhia, por via da vontade coletiva de seus sócios. É órgão de deliberação colegiada e que há de exprimir, e espalhar os efeitos da vontade social. A sociedade é, por conseguinte, sujeito jurídico determinador, catalisador e expressão dos direitos e obrigações resultantes das deliberações assembleares. A deliberação resulta da configuração da vontade de um sujeito – a companhia – que é uma parte, sendo, por isso, um ato unilateral.

Com base nesse entendimento, o referido autor defende que o princípio majoritário deve prevalecer em detrimento do consentimento, uma vez que se forma, em conjunto com a limitação de responsabilidade e a livre circulabilidade de ações, tripé indispensável à existência da companhia²¹⁰. Nesse sentido, afirma:

Câmara Cível. Relato: Des. Francisco Kupidowski. Julgado em 9 jul. 2009. Disponível em https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento.jsp?comrCodigo=24&numero=1&listaProcessos=08071075. Acesso em 1º ago. 2020; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC n. 0126050-67.2006.8.26.0000. 7ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Álvaro Passos. Julgado em 19 out. 2011. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20685568/apelacao-apl-1260506720068260000-sp-0126050-6720068260000-tjsp/inteiro-teor-110067178>. Acesso em 1º ag. 2020; MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 119-125.

²⁰⁸ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, n. 22, p. 18, jul.-set. 2009.

²⁰⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 125-127.

²¹⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 130.

Além da desnecessidade de a cláusula arbitral estar assinada para que possa produzir efeito, haverá caso em que, mesmo ausente a manifestação dos interessados ou em face da manifestação contrária dos envolvidos o pacto arbitral será legítimo e operará eficácia contra os descontentes. Trata-se da cláusula de arbitragem estatutária. Por força das nuances jurídicas atinentes aos contratos de organização, a cláusula arbitral inserida no estatuto da sociedade anônima deverá seguir a sorte de todas as deliberações societárias. Ou seja, a vontade majoritária encerra uma obrigação de toda a sociedade e seus acionistas, exceto se a disputa sócio-sócio não repercutir nos interesses sociais. O princípio da maioria é universal e, assim como o pressuposto da limitação de responsabilidade, consubstancia premissa que viabiliza a existência dessas sociedades.²¹¹

Nessa mesma perspectiva, Fichtner, Mannheimer e Monteiro²¹² entendem que:

Por conta do princípio majoritário, a cláusula compromissória estatutária validamente aprovada deveria ser considerada vinculante para todos os acionistas, ou seja, os acionistas que tivessem votado favoravelmente, os acionistas dissidentes, os acionistas que houvessem se absterido na deliberação, os acionistas que houvessem faltado à assembleia e, também, os novos acionistas.

Complementam ainda que “ao ingressar na sociedade anônima, o acionista manifesta a vontade de se submeter às decisões da assembleia geral, ainda que não esteja de acordo com elas, em homenagem ao princípio majoritário, pedra angular do regime societário”²¹³.

Diante do exposto, verifica-se que existem correntes doutrinárias diametralmente opostas em relação à vinculação de acionistas à cláusula compromissória estatutária, especialmente em virtude de conflito entre o princípio do consensualismo e o princípio majoritário.

Entendemos que o consentimento, enquanto substrato da arbitragem, precisa ser manifestado, de alguma forma, para que determinado sujeito seja pessoalmente alcançado pelos efeitos da cláusula compromissória. Assim, o princípio majoritário, *per se*, não pode bastar para que a arbitragem seja imposta àqueles que, para proteger seu patrimônio, precisaram permanecer na companhia após a inclusão da cláusula.

²¹¹ *Idem*. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 78.

²¹² FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 332.

²¹³ *Ibidem*, p. 354.

Com o propósito de eliminar essas discussões, a Lei n. 13.129/15 promoveu uma reforma na Lei 6.404/76, introduzindo o art. 136-A no diploma e garantindo maior segurança jurídica à arbitragem societária, conforme será analisado a seguir.

5.2.2 Após a Lei n. 13.129/15

Grande parte das discussões apresentadas foram superadas após a inclusão do art. 136-A na Lei n. 6.404/76, cujo *caput* assim dispõe:

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

Esse dispositivo trouxe duas mudanças fundamentais para a consolidação da arbitragem societária: fixou o quórum de deliberação qualificado para a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social, previsto no art. 136 da Lei n. 6.404/76, e o direito de retirada (ou de recesso) aos acionistas dissidentes, que até então só era admitido por parcela minoritária da doutrina²¹⁴.

O citado dispositivo deixa claro que a inclusão da cláusula arbitral no estatuto “obriga a todos os acionistas”, concedendo aos dissidentes o direito de recesso. Portanto, atendido o quórum de deliberação, a cláusula passa a vincular todos os acionistas, inclusive aqueles que votaram contrariamente, que se abstiveram, que se ausentaram da assembleia, que não tinham direito a voto e os novos acionistas²¹⁵.

De acordo com as lições de Fábio Ulhoa Coelho²¹⁶, “[h]á duas formas de uma pessoa se desligar, por sua vontade, da sociedade empresária que participa: a alienação da participação societária e o exercício do direito de recesso (também chamado de ‘retirada’). Explica ainda que a primeira forma decorre de negócio

²¹⁴ Confira-se: CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. *Revista Brasileira de Arbitragem*. The Hague: Kluwer Law International, ano 7, v. 28, 2010, p. 35. Disponível em: www.kluwerarbitration.com. Acesso em 1º ago. 2020.

²¹⁵ MANNHEIMER, Mario Robert. Mudanças na lei de arbitragem (Lei 9.307, de 23.09.1996). *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, v. 47. Disponível em: www.revistadoatribunais.com.br. Acesso em 1º ago. 2020; FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 353.

²¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 2, p. 297.

jurídico bilateral e que a segunda tem natureza de declaração unilateral e pode ser exercida, nas sociedades de prazo indeterminado, a qualquer tempo.

Desse modo, ao possibilitar o exercício do direito de retirada aos acionistas dissidentes e prever expressamente que a cláusula compromissória obriga a todos, o novo dispositivo trouxe maior segurança jurídica ao instituto da arbitragem societária, garantindo assim a vinculação dos acionistas dissidentes e omissos, bem como dos novos acionistas. Afinal, “o acionista deve estudar e conhecer o estatuto social antes de ingressar na sociedade, pois ao adquirir o status de sócio presume-se que ele conheça a sociedade”²¹⁷.

Entretanto, é válido lembrar que as determinações art. 136-A não se aplicam nas hipóteses do § 2º do dispositivo, tampouco às cláusulas compromissórias incluídas antes de entrar em vigor a Lei n. 13.129/15²¹⁸. Nesses casos, as discussões doutrinárias expostas na seção anterior permanecem.

5.3 A PROBLEMÁTICA DA VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES

Após delimitadas as questões periféricas pertinentes, cabe examinar o tema central deste trabalho monográfico: a vinculação dos administradores de sociedade anônima à cláusula compromissória inserida no estatuto social. Buscar-se-á aqui responder o questionamento elaborado por Fichtner, Mannheimer e Monteiro²¹⁹:

Questão interessante consiste em saber se a cláusula compromissória estatutária aprovada em assembleia geral extraordinária [...] vincula igualmente os administradores, ou melhor, os membros do Conselho de Administração, os membros da Diretoria e os membros do Conselho Fiscal.

Contudo, faz-se a ressalva de que o foco deste trabalho está nos administradores da sociedade, assim entendidos os membros do conselho de administração e da diretoria, excluindo-se a discussão relativa aos membros do conselho fiscal. Feito esse apontamento, convém iniciar o exame do problema proposto.

²¹⁷ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 354.

²¹⁸ EIZIRIK, Nelson *apud* FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 354.

²¹⁹ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Op. cit.*, p. 361.

Inicialmente, cumpre observar que a Lei n. 6.404/76 nada previu sobre a relação entre os administradores de sociedade anônima e a cláusula compromissória estatutária, limitando-se a tratar sobre os acionistas e a companhia (art. 109, § 3º). Assim, deve-se examinar a possibilidade de vinculação dos administradores com um cuidado ainda maior.

Ademais, cabe destacar que os administradores podem ser acionistas da sociedade e que, como tais, submetem-se às determinações do art. 136-A da Lei n. 6.404/76, desde que a cláusula compromissória tenha sido inserida no estatuto após a Lei n. 13.129/15, vinculando-se aos efeitos da convenção, nos termos já expostos na seção anterior. Caso a cláusula compromissória estatutária seja anterior à reforma promovida pelo referido diploma, ou se configure a hipótese de um dos incisos do § 2º do art. 136-A, retomam-se as divergências doutrinárias apresentadas.

Nesse contexto, há discussões sobre a natureza da vinculação do administrador acionista. Pedro Batista Martins²²⁰ entende que quando o acionista assume a posição de administrador, torna-se “difícil a separação, para fins de vinculação ao pacto arbitral, da figura do acionista daquela do gestor face a natureza da função do administrador”, justificando que “sua gestão se faz em prol da sociedade e, por isso, em última instância, também da comunidade de acionistas da qual faz parte”.

Ainda sob essa perspectiva, o autor entende que por figurar na qualidade de administrador, para além da de acionista, “por certo ele se encontra muito mais próximo e vinculado aos interesses sociais a ponto de se admitir o imbricamento das duas posições ou condições jurídicas que ocupa na sociedade, para fins de sujeição à cláusula compromissória”, concluindo que o administrador acionista atrai a incidência da cláusula estatutária para as duas posições que ocupa, que seriam inseparáveis²²¹.

Em posição diversa, escrevem José Fichtner, Sergio Mannheimer e André Monteiro²²²:

²²⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 140.

²²¹ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 140.

²²² FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 365-366.

[N]ão nos parece adequado, como alguns defendem, afirmar que os membros do Conselho de Administração, os membros da Diretoria e os membros do Conselho Fiscal estariam ou não vinculados à cláusula compromissória estatutária pelo fato de ostentarem ou não a qualidade de acionistas. Isso porque, [...] as duas situações conferem qualidades completamente distintas às pessoas físicas que as ostentam. Assim, as relações jurídicas acionista-companhia e administrador-companhia envolvem direitos e obrigações que não podem ser confundidos. Assim, numa disputa envolvendo questões atinentes à relação administrador-companhia, a vinculação não seria determinada pela concomitante qualidade de acionista. O *status* de acionista, para estes fins, é irrelevante, pois, repita-se, não se trata de uma relação jurídica acionista-companhia, mas sim de uma relação jurídica administrador-companhia.

Entendemos que a última posição é a mais adequada, na medida em que percebe que são relações jurídicas distintas e que, no caso de litígio referente à relação administrador-companhia, a qualidade de acionista não pode ser um fator determinante para a vinculação do sujeito.

No tocante aos administradores que não compõem o quadro social, a doutrina diverge sobre a possibilidade de serem alcançados pelos efeitos da cláusula compromissória estatutária.

Modesto Carvalhosa²²³ entende que “quando forem litisconsortes a sociedade e seus administradores, de um lado, e acionistas pactuantes, de outro, não cabe a aplicação da cláusula compromissória estatutária, pois não estão vinculados os administradores”.

Em sentido contrário, Arnaldo Wald²²⁴ afirma que vinculam-se “todos os acionistas (anteriores ou posteriores à inclusão da cláusula nos Estatutos, tendo votado em seu favor ou contra a mesma), a sociedade, seus administradores e os membros dos demais órgãos da mesma (conselho fiscal, membros de comitês)”.

Partilhando desse ponto de vista, Antonio Moacir Furlan Filho²²⁵ afirma que é “plenamente possível estender [destacamos mais uma vez a expressão empregada em sua acepção incorreta] aos administradores e conselheiros não acionistas os efeitos de cláusula compromissória estatutária da qual não foram signatários”.

²²³ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, p. 367.

²²⁴ WALD, Arnaldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (i). *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, n. 12, jan.-mar. 2007, p. 27-28.

²²⁵ FURLAN FILHO, Antonio Moacir. A extensão da cláusula arbitral estatutária aos administradores e conselheiros não acionistas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, v. 49. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acesso em: 02 ago. 2020.

Outro ponto preliminar que se mostra fundamental à análise do problema em tela é a redação da cláusula compromissória. Não se pode, em nenhuma hipótese, discutir a vinculação de administradores aos efeitos de uma convenção arbitral cuja redação não permita supor seu alcance²²⁶, por dois motivos simples: (i) primeiro, porque não se pode atestar que esse é o interesse social se a deliberação social não versou sobre essa questão; (ii) segundo, porque o administrador precisa poder supor sua vinculação à cláusula.

Nesse contexto, questão interessante consiste em saber se os administradores estão vinculados à cláusula compromissória de redação genérica, que abarque implicitamente os litígios envolvendo administradores. Diante dessa hipótese, a princípio, entendemos que deve ser analisado o caso concreto, buscando-se identificar se existe interesse social na vinculação do administrador e se este poderia supor estar alcançado pela convenção. Entretanto, para os fins deste trabalho, partir-se-á do pressuposto de que a redação da cláusula compromissória contém previsão específica em relação à submissão de conflitos que envolvam administradores à arbitragem.

Feitos esses esclarecimentos, será examinado a seguir se os administradores, acionistas ou não, estão alcançados pelos efeitos da cláusula compromissória estatutária. Para tanto, a problemática será analisada sob duas perspectivas distintas: a da teoria organicista e a do consentimento.

5.3.1 Perspectiva organicista

Como visto no capítulo antecedente, a sociedade anônima exterioriza-se através de seus órgãos: assembleia geral, conselho de administração, diretoria e conselho fiscal (sem prejuízo dos órgãos atípicos). Além disso, verificou-se que prevalece na doutrina especializada a concepção orgânica de representação da companhia pelos administradores, segundo a qual os poderes de administração dessa sociedade

²²⁶ Nesse sentido: FURLAN FILHO, Antonio Moacir. A extensão da cláusula arbitral estatutária aos administradores e conselheiros não acionistas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, v. 49. Disponível em: www.revistadoistribunais.com.br. Acesso em: 02 ago. 2020; FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 364.

institucional decorrem da lei, não de simples mandato, e que seus atos expressam a vontade social (o conselho internamente e a diretoria externamente).

Sob esse prisma, Pedro Batista Martins²²⁷ ensina que os administradores “têm encargos, deveres e responsabilidades de caráter orgânico, na medida em que são membros de órgão de administração da companhia. E os diretores individualmente têm, outrossim, representação orgânica da sociedade”. Afirma também o seguinte:

Vê-se, pois, que os administradores das companhias são membros de um corpo orgânico social que manifesta a vontade da sociedade no plano interno e externo. Agem por via de seus órgãos, seja de forma colegiada ou individual. As determinações emanadas pelo Conselho de Administração têm força vinculante e representam a manifestação da companhia, pois, como um de seus órgãos estatutários age em nome e por conta da sociedade, sem embargo dos deveres e responsabilidades de seus membros. O mesmo se diga da Diretoria cujos membros [...] ao agirem, falam em nome e pela sociedade. E a obriga. Não há duas pessoas e, sim, uma única pessoa: a sociedade.

Desse modo, ao serem regularmente investidos, os administradores passam a se subordinar à disciplina societária e às disposições do estatuto social e, por isso, seria uma incongruência não estarem alcançados pelos efeitos da cláusula compromissória estatutária, mesmo que a ela não tenham consentido formalmente, desde que exista previsão específica sobre administradores na cláusula²²⁸.

Sobre o tema, Guilherme Recena Costa²²⁹ pontua que é necessário diferenciar o administrador enquanto integrante de órgão social da individualidade do administrador. Nesse último caso, as disputas são relativas ao contrato de administração e exigem, para a sua submissão à arbitragem, previsão expressa no referido instrumento e o consentimento do administrador. Por outro lado, enquanto órgão social, o administrador vincula-se às disposições do estatuto, incluindo a cláusula compromissória estatutária, desde o momento em que aceita o encargo.

O mencionado autor conclui que “[a] vinculação dos administradores resulta, assim, de sua posição na estrutura e hierarquia de poderes da sociedade e da própria

²²⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 135-136.

²²⁸ *Ibidem*, p. 136-139.

²²⁹ COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2015, p. 117-118. Orientador: Prof. Paulo Henrique dos Santos Lucon. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.

dinâmica das sociedades”, indicando ainda que “[o] silêncio da lei não deve ser interpretado como a exclusão de tais efeitos: antes, o art. 129, § 3º, LSA, tem de ser visto como mera regra expletiva”²³⁰.

Do mesmo modo, Fichtner, Mannheimer e Monteiro²³¹ defendem se tratar de uma questão orgânica, dispensando-se a manifestação formal de vontade dos administradores ao conteúdo da cláusula compromissória.

Em outra linha de raciocínio²³², contudo, pode-se argumentar que a vinculação dos administradores à cláusula arbitral inserida em estatuto social seria ilegítima na ausência de adesão pelo administrador, por configurar uma arbitragem “obrigatória”, vedada pelo direito brasileiro diante do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário (CF/88, art. 5º, XXXV), já analisado neste trabalho.

Acreditamos que assiste razão, em parte, a todas essas posições. Por esse motivo, deve-se analisar a problemática também sob a ótica do consentimento tácito.

5.3.2 Perspectiva do consentimento tácito

É fundamental, a nosso ver, que essa questão seja analisada também a partir da ótica do consentimento (tácito) dos administradores aos efeitos da cláusula compromissória estatutária.

Para a melhor compreensão da situação, deve-se analisar primeiramente a redação da cláusula compromissória e, caso esta contenha previsão específica sobre a vinculação dos administradores, estes devem ser qualificados como partes não signatárias (desde que não sejam também acionistas).

²³⁰ COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2015, p. 118. Orientador: Prof. Paulo Henrique dos Santos Lucon. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.

²³¹ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 364

²³² LUISO, Francesco P. *apud* COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2015, p. 117.

Além disso, é necessário lembrar que, como já exposto na seção 3.4, o consentimento não possui forma prevista na Lei n. 9.307/96, diferentemente da cláusula compromissória (art. 4º, § 1º), de modo que pode ser manifestado expressamente, por escrito ou verbalmente, e tacitamente.

Ademais, deve-se considerar o que dispõem os arts. 112 e 113 do Código Civil²³³, ao privilegiarem a intenção da manifestação em detrimento da forma em que ela se externaliza.

A partir de todos esses pressupostos, pode-se dizer que, ao assinarem o termo de posse e serem investidos na função, os administradores aceitam se submeter à disciplina societária, bem como ao regramento contido no estatuto social e que reflete o interesse social, o que inclui a vinculação à cláusula compromissória estatutária.

Dessa forma, entendemos, assim como fazem Fichtner, Mannheimer e Monteiro²³⁴, que os administradores investidos após a inserção da cláusula compromissória no estatuto da companhia estavam cientes e de acordo com seu conteúdo, e que, caso a inclusão da cláusula seja posterior à investidura, os administradores vinculam-se à cláusula se não renunciarem logo após a publicação da ata da assembleia. Trata-se, portanto, de consentimento tácito²³⁵ à cláusula compromissória estatutária.

²³³ “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”; “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

²³⁴ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 364.

²³⁵ “O consentimento é tácito quando é identificável, de maneira inequívoca, a partir de comportamentos, atos e manifestações de vontade que não teriam lugar se quem os pratica não tivesse a intenção de consentir, e pode ser revelado em qualquer etapa da vida da cláusula compromissória” (CARDOSO, 2013, p. 10).

6 CONCLUSÃO

O alcance subjetivo da cláusula compromissória estatutária, como visto, ainda é alvo de grandes discussões, especialmente em relação aos membros do conselho de administração e da diretoria de sociedade anônima. Diante disso, buscou-se uma solução adequada para o tema, à luz do ordenamento brasileiro, da doutrina e da jurisprudência, nacional e internacional.

Para o atendimento desse objetivo, foram inicialmente estudados aspectos mais introdutórios acerca do instituto da arbitragem e fixados pressupostos importantes para a correta compreensão do tema selecionado, como os princípios balizadores da arbitragem, com ênfase na autonomia privada, a arbitrabilidade dos conflitos societários, a importância do consenso, sem o qual não há arbitragem, e sua instrumentalização na convenção de arbitragem.

Em seguida, foram analisadas as particularidades da cláusula compromissória e seu alcance subjetivo, verificando-se a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico, a distinção entre a forma (escrita) legalmente prevista para a cláusula e a forma (livre) da adesão a esta, bem como a possibilidade de serem alcançadas partes não signatárias por meio do consentimento tácito.

Posteriormente, foram examinadas as teorias relativas à natureza da sociedade anônima, de seu ato constitutivo e de seus órgãos de administração, concluindo que a disciplina societária qualifica a companhia como uma sociedade institucional e de capital, bem como que prevaleceu na doutrina a concepção orgânica dos administradores.

Após todos esses pressupostos, passou-se à análise da cláusula compromissória estatutária, sendo apontadas as implicações decorrentes do momento de sua estipulação, como o quórum de instalação e de deliberação da assembleia geral e a aplicabilidade ou não do art. 136-A da Lei n. 6.404/76. Depois dessas considerações, foram analisadas as principais correntes doutrinárias referentes à temática da vinculação dos acionistas, sobretudo os dissidentes, omissos e ausentes, aos efeitos da cláusula arbitral estatutária e a importância da reforma promovida pela Lei n. 13.129/15 para a consolidação da arbitragem societária.

Finalmente, delimitou-se o problema escolhido neste trabalho, expondo ainda as divergências doutrinárias envolvendo o assunto, e destacando a possibilidade de os administradores integrarem o quadro social da companhia e a consequência jurídica desse fato: a sujeição da pessoa do administrador ao art. 136-A da Lei n. 6.404/76, caso a cláusula tenha sido inserida no estatuto após a Lei n. 13.129/15 entrar em vigor e caso não se trate de uma das hipóteses previstas nos incisos do § 2º do referido artigo.

Foi estabelecida como premissa para a análise do tema a previsão específica, na redação da cláusula compromissória, da submissão das disputas que envolvam os administradores à arbitragem, uma vez que a ausência de previsão sequer permite a discussão sobre a vinculação dos administradores, e que a previsão genérica, em nossa opinião, deve ser analisada no caso concreto. Depois, examinou-se o alcance do administrador pela cláusula compromissória estatutária sob duas óticas: a organicista e a do consentimento (tácito).

Assim, diante de tudo o que foi exposto neste trabalho, concluímos que os administradores são alcançados pela cláusula compromissória estatutária, mesmo que sejam partes não signatárias, porque a ela consentem, tacitamente, na medida em que (i) assinam o termo de posse e são investidos na posição sujeitando-se ao regramento estabelecido na Lei n. 6.404/76 e no estatuto social, incluindo-se aqui o conteúdo da cláusula compromissória, ou, caso a inclusão da cláusula seja superveniente à sua investidura, (ii) deixam de renunciar ao cargo após a publicação da ata da assembleia em que foi deliberada a cláusula arbitral.

Entendemos que nesses casos há o inequívoco consentimento tácito dos administradores em se submeterem aos efeitos da cláusula compromissória, não se tratando de uma hipótese de arbitragem obrigatória, mas sim de um exercício da autonomia privada.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei n. 9.307/96*: Lei nº 9.307, de 23/9/1996. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BARBOSA, Henrique Cunha. Arbitragem societária. In: LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da lei nº 9.307/96. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on international arbitration*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. *Lei 3.071*, de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. *Lei 5.869*, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. *Lei 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. Acesso: 23 set. 2019.

BRASIL. *Lei 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso: 22 set. 2019.

BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. *Lei 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. *Lei 13.874*, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência 111.230. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, Julgado em 08 mai. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.MIN.&processo=111230&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 419174/SP. Segunda Seção. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em 28 mai. 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300409115&dt_publicacao=04/08/2008. Acesso em 29 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 111.294/PR. Quarta Turma. Relator: Min. Barros Monteiro. Relator para acórdão: Cesar Asfor Rocha. Julgado em 19 set. 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199600667578&dt_publicacao=28/05/2001. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.569.422/RJ. Terceira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 26 abr. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501776949&dt_publicacao=20/05/2016. Acesso em 26 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.698.730. Terceira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 8 mai. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601467261&dt_publicacao=21/05/2018. Acesso em 26 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 917.531/RS. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 17 nov. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700073925&dt_publicacao=01/02/2012. Acesso em 29 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC 978. Corte Especial. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Julgado em 17 dez. 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601737711&dt_publicacao=05/03/2009. Acesso em 26 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 12 dez. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. AC n. 0710759-92.2008.8.13.0024. 13ª Câmara Cível. Relato: Des. Francisco Kupidlowski. Julgado em 9 jul. 2009. Disponível em https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento.jsp?comrCodigo=24&numero=1&listaProcessos=08071075. Acesso em 1º ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 1694527-18.2009.8.13.0035. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Gutemberg da Mota e Silva. Julgado em 13 abr. 2010. Disponível em https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10035091694527001. Acesso em 1º ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC n. 0126050-67.2006.8.26.0000. 7ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Álvaro Passos. Julgado em 19 out. 2011. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20685568/apelacao-apl-1260506720068260000-sp-0126050-6720068260000-tj-sp/inteiro-teor-110067178>. Acesso em 1º ag. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, AC N. 2009.001.04638, 8ª Câmara Cível, Relatora: Des. Mônica Maria Costa. Julgado em 09 jul. 2009. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900104638>. Acesso em 1º ago. 2020.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. *Revista Brasileira de Arbitragem*. The Hague: Kluwer Law International, ano 7, v. 28, 2010. Disponível em: www.kluwerarbitration.com. Acesso em 1º ago. 2020.

CARDOSO, Paula Butti. *Limites subjetivos da convenção de arbitragem*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2013. Orientador: Prof. Carlos Alberto Carmona. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2015. Orientador: Prof. Paulo Henrique dos Santos Lucon. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem no direito societário. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins. (Coord.) *Sociedades Anônimas*. Série GV Law. São Paulo: Saraiva, 2011.

FURLAN FILHO, Antonio Moacir. A extensão da cláusula arbitral estatutária aos administradores e conselheiros não acionistas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, v. 49. Disponível em: www.revistadotribunais.com.br. Acesso em: 02 ago. 2020

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2016.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008. Orientador: Prof. José Carlos de Magalhães. Disponível em: <https://bdpi.usp.br/item/001664466>. Acesso em: 18 nov. 2019.

GUERRERO, Luís Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

HANOTIAU, Bernard. *The law applicable to arbitrability*, In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *ICCA Congress Series*. The Hague: Kluwer, 1999.

LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 8, abr.-jun. 2000, p. 346-358. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/>. Acesso em: 18 nov. 2019.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer, 2003.

LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord). *Coleção atlas de arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2010.

LIMA NETO, Nairo Elo de Cerqueira. *Arbitragem societária: análise da possibilidade de vinculação do acionista dissidente à inclusão da cláusula compromissória estatutária e os reflexos da lei 13.129/2015*. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade Baiana de Direito e Gestão – FBDG, Salvador, 2017. Orientador: Prof. Dr. Gabriel Seijo Leal de Figueiredo. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Nairo%20Elo%20C.%20L.%20Neto.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, n. 22, jul.-set. 2009.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem e convenção arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MANNHEIMER, Mario Robert. Mudanças na lei de arbitragem (Lei 9.307, de 23.09.1996). *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, v. 47. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acesso em 1º ago. 2020

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. Atual. Carlos Henrique Abrão. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

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

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de direito civil: teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3.

NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. I.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

PARK, William W. *Non signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma*. In: HOUT, Tjaco T. van den. (Coord.). *Multiple party actions in international arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1.

ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. *Os terceiros em relação à convenção de arbitragem*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da PUC-SP, São Paulo.

SADDI, Jairo. O princípio da boa-fé e arbitragem. In: *Aspectos práticos da arbitragem*. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Alemida (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os princípios fundamentais da arbitragem. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de arbitragem. In: LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3.

TOMAZZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 2.

WALD, Arnaldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (i). *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, n. 12, jan.-mar. 2007.

WALD, Arnaldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 2, mai.-ago. 2004, p. 31-59.

WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. *Revista do IASP*. São Paulo: RT, 2009, v. 23.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8.