

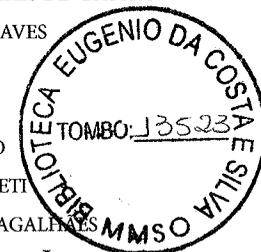
Editora Quartier Latin do Brasil
Rua Santo Amaro, 316 - CEP 01315-000
Vendas: Fone (11) 3101-5780
Email: quartierlatin@quartierlatin.art.br
Site: www.quartierlatin.art.br

ARNOLDO WALD
FERNANDO GONÇALVES
MOEMA AUGUSTA SOARES DE CASTRO
(*coordenadores*)
BERNARDO VIANNA FREITAS
MÁRIO TAVERNARD MARTINS DE CARVALHO
(*organizadores*)

SOCIEDADES ANÔNIMAS E MERCADO DE CAPITAIS

HOMENAGEM AO PROF. OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA

ADRIANO AUGUSTO TEIXEIRA FERRAZ	LEONARDO GUIMARÃES
ALEXANDRE COUTO SILVA	LEONARDO NETTO PARENTONI
ARNOLDO WALD	MARCELO ANDRADE FÉRES
BERNARDO VIANNA FREITAS	MARCELLO AUGUSTO LIMA VIEIRA DE MELLO
CARMEN GODOY VIEIRA DE SOUZA	MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
EDUARDO AUGUSTO CAIXETA MENEZES	MARIA CELESTE MORAIS GUIMARÃES
EDUARDO GOULART PIMENTA	MÁRIO TAVERNARD MARTINS DE CARVALHO
EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO	MAURÍCIO DA CUNHA PEIXOTO
FÁTIMA NANCY ANDRIGHI	MODESTO CARVALHOSA
FELIPE FERNANDES RIBEIRO MAIA	MOEMA AUGUSTA SOARES DE CASTRO
FERNANDA MATTAR MESQUITA	NATÁLIA CRISTINA CHAVES
FERNANDO GONÇALVES	NELSON EIZIRIK
GUSTAVO CÉSAR DE SOUZA MOURÃO	NEWTON DE LUCCA
GUSTAVO OLIVA GALIZZI	PAULO CEZAR ARAGÃO
HUMBERTO THEODORO JÚNIOR	RICARDO PADOVINI PLETTI
ILENE PATRÍCIA DE NORONHA NAJJARIAN	RODRIGO ALMEIDA MAGALHÃES
JOSÉ ELIAS ALVARENGA DE PÁDUA	SÉRGIO MOURÃO CORRÊA-LIMA
JÚLIO ANTÔNIO NUNES QUEIROZ	VINÍCIUS RODRIGUES PIMENTA
LAURA REGINA DA RIVA	WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR



Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, primavera de 2011
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

DOS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

A VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES AO ACORDO DE CONTROLE (§§8º E 9º DO ARTIGO 118 DA LSA)

MODESTO CARVALHOSA

I. A VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES SOMENTE É VÁLIDA E EFICAZ NOS ACORDOS DE CONTROLE

Os acordos de acionistas são nominados, por força do artigo 118 da Lei de S/A, como de três espécies diversas quanto à função que cada um tem no âmbito da companhia: (i) acordos de controle; (ii) acordos de voto (minoritários); e (iii) acordos de bloqueio ou preferência.

Os acordos que versam sobre o “exercício do poder de controle” são aqueles capazes de aglutinar os votos dos acionistas que, em conjunto, somam a maioria absoluta das ações votantes (50% mais uma) da companhia, de modo a determinar, permanentemente, a direção das atividades sociais e a orientação do funcionamento dos órgãos da companhia.

Aqueles acordos que versam sobre o “exercício do direito de voto” são os firmados por acionistas minoritários e que têm por objeto proteger a minoria acionária, razão pela qual são chamados de “acordos de defesa”. Nesse caso, os acionistas minoritários organizam sua posição, seja para opor-se à política dos controladores, seja para fiscalizar eficazmente a legalidade e a legitimidade dos atos por eles praticados, diretamente nas assembleias ou, indiretamente, por meio dos administradores da companhia, seja, ainda, para eleger seus **representantes** junto ao conselho de administração (artigo 141 da LSA) e ao conselho fiscal (artigo 161 da LSA). Esses acordos de voto (defesa dos minoritários) são **contratos parassociais**, por meio dos quais as partes – todos acionistas minoritários – regulam sua vontade, tendo em vista harmonizar exclusivamente os seus interesses.

E, por serem negócios tipicamente **parassociais**, os acordos de voto (defesa dos minoritários), embora devam atender o interesse social (artigo 118, § 2º da LSA), não vinculam a companhia à vontade dos minoritários neles expressa. Não é a companhia, com efeito, no caso do acordo de voto (defesa dos minoritários), titular do interesse nele convencionado.

Por outro lado, no acordo de controle, a companhia terá interesse absoluto na sua execução. No caso, o interesse da companhia tem como causa-fim o próprio exercício do controle. Trata-se, pois, de um interesse fundamental ligado ao exercício do dever fiduciário dos acionistas signatários do acordo de controle (artigo 116, § único da LSA).

A companhia será, nessa hipótese, parte substancial do negócio jurídico de controle. Isso porque o conceito de parte não diz respeito unicamente àquele que manifesta formalmente sua vontade no negócio jurídico, mas se relaciona a quaisquer titulares de interesses nele envolvido¹. Serão partes no negócio de controle, portanto, não só os signatários do acordo – partes em sentido formal – como também a própria companhia – parte em sentido substancial –, em relação à qual esse produz os relevantes efeitos decorrentes do exercício permanente e estável do controle (artigo 116 da Lei de S/A).

Nesse passo, significativa alteração foi trazida pela Lei n. 10.303, de 2001, ao acrescentar os §§8º e 9º ao artigo 118 da Lei de S/A, trazendo para a esfera do acordo de controle as deliberações tomadas pelos **representantes da comunhão** dos controladores no conselho de administração e na diretoria (artigos 142 e 143 da LSA).

Sob a égide da Lei n. 6.404, de 1976, em sua redação original, eram oponíveis à sociedade apenas os acordos sobre o exercício do direito de voto nas assembleias gerais. As cláusulas que versassem sobre o exercício de voto dos administradores nas reuniões do conselho de administração e da diretoria não vinculavam a sociedade nesse particular.

Por força da Lei n. 10.303, de 2001, tais cláusulas do acordo de controle deixaram de ser vinculativas apenas *inter partes*, passando a ser oponíveis também em relação à companhia.

É o que reconhece o § 8º do artigo 118 da lei societária, ao obrigar o presidente do conselho de administração ou o diretor-presidente da diretoria a não computar voto em desacordo com o direcionamento dado pela maioria absoluta de controladores em reunião prévia.

Essa vinculação consta também do § 9º do mesmo artigo 118, ao facultar que os conselheiros e diretores eleitos em virtude do acordo votem pelo conselheiro ou diretor ausente ou que, estando presente, se abstenha de votar, visando, com tal conduta, obstruir o exercício regular do poder-dever de controle originado desse mesmo acordo.

Cumpra esclarecer, ainda, que, por estarem vinculados a um acordo de controle (artigo 118, §§8º e 9º da LSA), os votos dos administradores devem sempre atender aos deveres fiduciários inerentes ao seu exercício (artigo 116, § único da LSA).

II. A VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES SOMENTE É VÁLIDA E EFICAZ EM MATÉRIAS RELEVANTES E DE ADMINISTRAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DA COMPANHIA

Os administradores estão vinculados ao voto majoritário da **comunhão** de controladores apenas nas matérias relevantes e extraordinárias expressamente previstas no próprio acordo.

Observada essa regra, não há incompatibilidade entre o dever de acatamento das decisões majoritárias tomadas pela **comunhão** de controladores e o **dever de independência** dos administradores, previsto no §1º do artigo 154 da Lei de S/A, capaz de viciar sua conduta.

Naquelas matérias, é a própria **comunhão** de controladores que, ao trazer para si o poder de definir as diretrizes dos atos de gestão relevantes e extraordinários da companhia, assume o dever de implementar tal decisão em prol do **interesse social**, consoante o §2º do artigo 118 da Lei de S/A, em remissão expressa ao dever fiduciário por ela assumido em razão do exercício do controle (artigo 116, § único da LSA).

Portanto, para que o **interesse social** seja absolutamente preservado, os administradores eleitos devem, necessariamente, estar vinculados às decisões tomadas pela **comunhão** de controladores em matérias relevantes e extraordinárias, para, assim, viabilizar a execução e a implementação do poder-dever de controle.

O acatamento pelos administradores, indicados pelos controladores convenientes, dessas diretrizes majoritariamente estabelecidas nas **reuniões prévias da comunhão**, será legítimo e inteiramente compatível com os seus deveres. A ilegitimidade ocorrerá se tal orientação de voto adotada pela **comunhão** de

¹ A propósito, SANTORO PASSARELLI já lecionava que: “[...] em contraposição às partes que intervêm na conclusão do negócio e que se chamam partes em sentido formal, as que o são relativamente aos efeitos dizem-se partes em sentido substancial” (*Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Atlântica Editora, 1967. p. 198).

controladores não for seguida por administrador dissidente vinculado ao acordo de controle.

O voto do administrador, contrário à diretriz tomada pela maioria da **comunhão** de controladores em reunião prévia, constitui não apenas obstrução ao cumprimento do acordo de controle como também forma de lesão ao interesse social (artigo 118, §2º da LSA), criando conturbação ao exercício do poder-dever de controle.

Haverá, no caso, abuso de poder do administrador vinculado ao acordo de controle se o seu voto for contrário à diretriz prévia e majoritariamente tomada. Haverá, portanto, a necessidade de intervenção do presidente do órgão (conselho de administração ou diretoria), para, obrigatoriamente, suspender a eficácia desse voto contrário à diretriz majoritariamente dada em reunião prévia da **comunhão** de controle (artigo 118, §8º da LSA).

Assim, não poderá o administrador **representante** do acordo de controle obstruir o exercício desse poder-dever estabelecido na respectiva convenção de voto em bloco. Estará ele, ao desobedecer, por ação ou omissão, a diretriz dada majoritariamente pelo bloco de controle, praticando abuso de poder, como referido, para o qual o próprio artigo 118 prevê, em seus §§8º e 9º, o dever de suspensão da eficácia desse mesmo voto abusivo ou a execução mediante **autotutela** por parte dos outros administradores **representantes** da **comunhão** no conselho de administração e na diretoria.

A eficácia do acordo de controle reside, portanto, nessas salvaguardas legais que instrumentalizam a própria sociedade na sua obrigação de fazer observar a convenção arquivada em sua sede (artigo 118, §8º da LSA) ou na execução específica por **autotutela**, a cargo dos convenientes prejudicados e de seus **representantes** nos órgãos de administração da própria sociedade (artigo 118, §9º da LSA).

III. NAS MATÉRIAS DA ADMINISTRAÇÃO ORDINÁRIA DA SOCIEDADE É DEVER DOS ADMINISTRADORES VINCULADOS AO ACORDO EXERCER PLENAMENTE A INDEPENDÊNCIA

Deve-se ressaltar que estão fora dessa vinculação de voto as deliberações e os atos dos órgãos da administração e de seus membros referentes à administração ordinária da companhia.

São atos da administração ordinária aqueles previstos no estatuto como de competência originária da diretoria (artigo 143 da LSA) ou do conselho de administração (artigo 142 da LSA). No que respeita à diretoria, será ordinária a administração que abrange os negócios jurídicos que podem ser celebrados pelos diretores independentemente de qualquer deliberação do conselho ou da assembleia geral. Quanto ao conselho de administração, serão ordinárias as deliberações que podem ser tomadas por ele independentemente da aprovação pela assembleia geral.

No âmbito da administração ordinária, o regime de independência e autonomia dos administradores é **absoluto**, dentro das competências legais e estatutárias atribuídas a esses órgãos.

Essa independência constitui um poder-dever dos administradores, cuja inobservância lhes acarreta as responsabilidades previstas na lei societária (artigos 153 a 159 da LSA).

Assim sendo, a infringência do acordo de controle, por ação ou omissão, opera-se exclusivamente em relação às matérias relevantes e extraordinárias elencadas taxativamente no próprio acordo de controle. Nas demais matérias, referentes a atos de gestão ordinária da companhia, aos administradores vinculados ao acordo de controle, é dado o poder-dever de exercer plenamente a sua independência de voto.

IV. A CLÁUSULA DO ACORDO DE CONTROLE QUE VINCULA DE FORMA INDISCRIMINADA OS VOTOS DOS ADMINISTRADORES É INVÁLIDA E INEFICAZ

Deve-se ressaltar, por fim, que as cláusulas que vinculem os votos dos administradores de forma indiscriminada são inválidas e ineficazes, uma vez que, além de indeterminado, o conteúdo de tal vinculação é genérico e de impossível determinação.

É indispensável que haja determinação e especificidade das matérias que serão objeto do acordo de controle. Não pode a cláusula ser vazia, pois isso representaria uma delegação de voto plena à **comunhão** de controladores, sem um objetivo claro que pudesse ser compatível com o interesse social. Nessas hipóteses de vinculação indiscriminada e universal, os administradores eleitos pela **comunhão** de controladores serão livres para votar com absoluta independência, em todas as matérias, pois nenhuma delas está enumerada no texto do acordo.

Deve o acordo de controle, portanto, conter, *numerus clausus*, quais são as matérias de natureza relevante ou extraordinária que poderão, a cada evento futuro, vincular os respectivos administradores.

A ARBITRABILIDADE DOS CONFLITOS SOCIETÁRIOS: CONTEXTO E PRÁTICA

ARNOLDO WALD

“L’arbitrage pénètre de plus en plus le droit des sociétés.

L’arbitrage en droit des sociétés soulève de nombreux problèmes, en particulier celui de la portée et de l’opposabilité de la convention d’arbitrage contenue dans les statuts d’une société, une convention d’actionnaires ou une convention de cession de parts, celui de l’extension active ou passive de la clause à des sociétés du groupe, non signataires et enfin le problème de l’arbitrabilité, en particulier celui de l’arbitrabilité objective ou rationae materiae, c’est-à-dire la question de savoir quels litiges de droit des sociétés peuvent être soumis à l’arbitrage.”

(BERNARD HANOTIAU em: L’arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés. In: *Mélanges offerts à Claude Reymond, Liber Amicorum Claude Reymond autour de l’arbitrage*. Paris: Litec, 2004. p. 97)

“Disputes within corporations have not previously been of core interest in international commercial arbitration. Most books dealing with this matter are silent on the subject. But the wave of transnational mergers and acquisitions, like the Daimler/Chrysler deal or the Vodafone/Mannesmann takeover, and the conflicts resulting from them put a spotlight on the question whether or not corporate disputes are arbitrable.” (HILMAR RAESCHKE-KESSLER em: Objective arbitrability of corporate disputes: the German perspective, *European Business Organization Law Review*, n. 3, 2002, p. 553-554)

I. INTRODUÇÃO

O recurso à arbitragem como método extrajudicial para a resolução de conflitos tem aumentado nos dez últimos anos¹, especialmente nos contratos de longo prazo e nos litígios societários durante décadas.

¹ De acordo com dados fornecidos pelas principais instituições arbitrais do Brasil, foram iniciados aproximadamente 150 novos casos em 2009, em contraposição aos 102 iniciados em 2008 – um aumento de quase 50%. No final de 2009, era aproximadamente 190 o número de casos em curso nessas instituições, montante muito superior aos 117 em curso no final de