

4.1. PRIMEIRAS NOÇÕES

A arbitrabilidade é um conceito fundamental na arbitragem. *A arbitrabilidade pode ser conceituada como a possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesses à arbitragem em razão das características subjetivas e objetivas da disputa*¹. Procura-se, por meio da arbitrabilidade, estabelecer, basicamente, *quem pode se submeter à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*) e o que pode ser submetido ao processo arbitral (arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae*)*.

Em tese, a noção de arbitrabilidade diz respeito muito mais a um aspecto externo do processo arbitral do que propriamente interno. *Na verdade, a arbitrabilidade é uma noção utilizada pelos Estados soberanos para definir aquilo que tem interesse em julgar e aquilo em que admitem, via consenso das partes, a delegação da jurisdição aos árbitros*. Há, portanto, um inegável *componente público* na ideia de arbitrabilidade. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman explicam este aspecto de forma didática:

In any society, it is quite understandable that the legislature should consider that certain types of dispute should not be left to a private dispute resolution mechanism such as arbitration. Even in an international context this is a legitimate concern. For example, it is not appropriate for arbitrators to pronounce a divorce or hear a paternity dispute. The difficulty thus lies not in the

principle that certain issues are non-arbitrable, but in determining the limits of that non-arbitrability, and in the rules governing that determination².

Por esta razão, a arbitrabilidade não é um conceito que decorra naturalmente do instituto da arbitragem, mas que é fixado por cada ordenamento jurídico levando em conta aspectos políticos, econômicos, sociais, culturais e/ou morais. Nesse sentido, Alan Redfern e Martin Hunter lecionam que “each state decides which matters may or may not be resolved by arbitration in accordance with its own political, social, and economic policy”³. Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll explicam que “every national law determines which types of disputes are the exclusive domain of national courts and which can be referred to arbitration”, sendo certo que “this differs from state to state reflecting the political, social and economic prerogatives of the state, as well as its general attitude towards arbitration”⁴.

Em seguida, os autores lecionam que “it involves a balancing of the mainly domestic importance of reserving certain matters for exclusive decision of courts with the more general public interest of promoting trade and commerce through an effective means of dispute settlement”⁵. Na doutrina brasileira, Eduardo Damião Gonçalves afirma, com autoridade, que o conceito de arbitrabilidade “deriva da definição de uma política estatal de privilegiar a solução de conflitos por um método privado e paralelo que, em alguns casos, pode ser mais apropriado que a justiça estatal para a pacificação social, escopo social da jurisdição”⁶.

É muito importante ter esta noção em mente quando se pretende ampliar o campo de arbitrabilidade sobre determinados conflitos envolvendo matérias sensíveis aos Estados soberanos. Por mais que a arbitragem seja um mecanismo privado de solução de conflitos e por mais que o processo arbitral seja uma representação do privilégio dado à autonomia privada, não se pode esquecer que o sucesso da arbitragem depende, também, do seu reconhecimento pelos Estados soberanos.

Como o árbitro não detém *ius imperium*, a arbitragem somente consegue atingir os seus fins últimos – aplicação do Direito e pacificação social – com o apoio dos Estados soberanos. Qual o valor de uma sentença arbitral que não pode ser executada? Qual o valor de uma medida de urgência decretada pelos árbitros que não

pode ser efetivada na prática? Qual o valor, mesmo num contexto internacional, de decisões arbitrais que não podem produzir efeitos além dos limites fronteiriços em que foi proferida? O árbitro, sem o apoio do juiz togado, pode acabar exercendo apenas um papel moral.

O próprio Brasil constitui um excelente exemplo do que aqui agora se afirma. Com efeito, a arbitragem já se encontrava prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Imperial, mas a estrutura legal vigente até a entrada em vigor da Lei n.º 9.307/1996 não outorgava eficácia, segurança para as partes e atratividade necessárias ao desenvolvimento do instituto.

Em outras palavras, o sucesso da arbitragem depende fundamentalmente do apoio dos Estados soberanos. Nem o mais radical defensor da teoria autônoma (ou autonomista) da arbitragem negaria esta dependência, ao menos *de lege lata*. Se os Estados soberanos não adotassem como política o incentivo à arbitragem, mas, ao contrário, criassem impedimentos legais à sua eficácia, o desenvolvimento da arbitragem estaria inexoravelmente comprometido.

Com efeito, é preciso muito cuidado com ideias e teses que contraponham a arbitragem à jurisdição estatal e propugnem ampliações desmedidas ao escopo da arbitrabilidade. O respeito da comunidade arbitral àquelas matérias sensíveis aos Estado soberanos é fundamental para demonstrar que a arbitragem age em adequada cooperação com os Poderes constituídos.

A arbitrabilidade, portanto, traz em si um componente público, correspondente a uma política pública de relacionamento entre os Estados soberanos e o instituto da arbitragem, em que aquele fixa os limites intransponíveis à arbitragem e esta, respeitando solenemente estes limites, coopera, na medida das suas possibilidades, com a tarefa de distribuir justiça. Esta política de relacionamento varia de acordo com diversos fatores, mas talvez se possa dizer que há, na experiência comparada, uma maior flexibilidade dos Estados soberanos quando se trata de um conflito relacionado a agentes do comércio internacional. Eduardo Damião Gonçalves afirma esta percepção:

A definição da arbitrabilidade por cada direito nacional passa por uma constante evolução e, nos países com maior tradição em arbitragem, há uma apreensão diferente do fenômeno quando se está diante de um conflito internacional, levando o Estado a flexibilizar seus interesses domésticos em prol do interesse de promover o comércio internacional, no qual a arbitragem ocupa, não cansaremos de repetir, lugar de fundamental importância para o equilíbrio das transações. Essa tendência é perceptível na experiência de diferentes países, independentemente dos critérios de arbitrabilidade que adotaram⁷.

Normalmente, as limitações impostas à arbitrabilidade dizem respeito a questões intrínsecas do Estado (v.g.: *acta iure imperii*), a questões que afetem a coletividade como um todo (p. ex.: direitos transindividuais), a questões ligadas a aspectos sensíveis da vida pessoal do cidadão que são tutelados pelo Estado (isto é, filiação, poder familiar, ordem de vocação hereditária etc.) e a questões que, em tese, poderiam expor uma parcela específica da sociedade, considerada fragilizada em certas relações jurídicas (ou seja, consumidores, empregados, locatários etc.), a algum tipo de desigualdade ou de injustiça.

De maneira geral, pode-se dizer que a *área de abrangência da arbitrabilidade vem crescendo nas últimas décadas*, contando cada vez mais com o apoio dos Estados soberanos, seja por meio da edição de leis abrangentes a este respeito, seja pela formação de uma jurisprudência favorável à via arbitral. Isso já levou alguns autores a propugnarem, inclusive, por uma suposta *death of inarbitrability*⁸.

Identificando esta ampliação do escopo da arbitrabilidade, Gary Born considera que “judicial and legislative decisions over the past several decades have progressively narrowed the scope of the nonarbitrability doctrine and the subjects which are considered to be nonarbitrable”⁹. Esta amplitude demonstra a confiança que vem sendo depositada na arbitragem, tal como afirmam Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman:

The scope of objective non-arbitrability largely depends on the confidence

placed in arbitration as a dispute resolution mechanism. Arbitration was once viewed with a degree of suspicion, but has now become the normal method of resolving disputes, at least in the international arena¹⁰.

Não obstante este reconhecimento, a verdade é que o tema da arbitrabilidade é repleto de divergências na doutrina e na jurisprudência internacionais, não se podendo dizer que haja relativo consenso no que tange aos aspectos centrais do instituto. Julian D. M. Lew e Oliver Marsden consideram que “there is no clear international consensus as to what matters are and are not capable of settlement by arbitration, and attempts to forge such a consensus have failed”¹¹. Da mesma forma, Stavros Brekoulakis afirma que, “despite the significant progress of the arbitration theory in the last three decades, the discussion on inarbitrability remains today more pertinent than ever”¹².

Procura-se enfrentar nos próximos itens algumas destas divergências, com base no Direito Comparado e na experiência brasileira, doutrinária e jurisprudencial. Registre-se que a questão atinente ao direito aplicável à arbitrabilidade não será examinada neste capítulo, mas sim no capítulo dedicado ao estudo do direito aplicável na arbitragem, para o qual se remete o leitor especificamente interessado.

4.2. CLASSIFICAÇÃO DA ARBITRABILIDADE

4.2.1. Arbitrabilidade *stricto sensu* e arbitrabilidade *lato sensu*

Alguns autores mencionam uma diferença entre arbitrabilidade *stricto sensu* e arbitrabilidade *lato sensu*.

João Bosco Lee explica, por um lado, que “a **arbitrabilidade *stricto sensu* se limita à análise da condição de validade da convenção de arbitragem**”, sendo certo que “este conceito é utilizado amplamente pelo direito comparado”. Por outro lado, o autor afirma que a **arbitrabilidade *lato sensu* “consiste em determinar preliminarmente o campo de aplicação da cláusula compromissória, para, em seguida,**

examinar se o litígio é susceptível de ser resolvido pela arbitragem”, valendo-se dizer que “esta interpretação é utilizada principalmente pelos tribunais norte-americanos”¹³.

Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman lecionam que “the term ‘arbitrability’ is sometimes given a broader meaning, covering the existence and validity of the parties’ consent to arbitration, as is the case with the terminology used by the United States Supreme Court”¹⁴. Os autores, porém, entendem que “that meaning is liable to generate confusion, and is not widely used in international practice”¹⁵. Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll esclarecem que “in the US the term ‘arbitrability’ is often used in a wider sense covering the whole issue of the tribunal’s jurisdiction”¹⁶.

*A verdade é que a jurisprudência norte-americana confere ao termo arbitrabilidade um sentido próprio, peculiar à realidade americana, mas que não é reconhecido nos demais países do mundo, nem pela doutrina nem pelos tribunais. Segundo esta noção exclusivamente norte-americana, a definição de arbitrabilidade acabaria se confundindo com a noção de escopo da convenção de arbitragem, razão pela qual poder-se-ia dizer, por exemplo, que determinada matéria não seria “arbitrável” porque não estaria enquadrada no objeto da convenção de arbitragem. Adota-se, nesta obra, a noção de arbitrabilidade *stricto sensu*.*

4.2.2. Arbitrabilidade subjetiva x arbitrabilidade objetiva

*A classificação realmente importante no que diz respeito à arbitrabilidade é aquela que a divide em *subjetiva* e *objetiva*.*

Referindo-se à arbitrabilidade objetiva e depois à arbitrabilidade subjetiva, Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman ensinam que “this means first, that the agreement must relate to subject-matter which is capable of being resolved by arbitration and, second, that the agreement must have been entered into by parties entitled to submit their disputes to arbitration”¹⁷.

João Bosco Lee explica que “a *arbitrabilidade subjetiva* *oratione personae*,

refere-se à atitude do Estado, estabelecimento ou órgão público de concluir uma convenção arbitral”, enquanto “a arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae* analisa o objeto do litígio”¹⁸. O autor lembra que “alguns autores criticam esta distinção”, pois “a arbitrabilidade subjetiva é um problema de capacidade do Estado de comprometer”, razão pela qual “a única e verdadeira arbitrabilidade se restringiria à objetiva”¹⁹. Bernard Hanotiau explica a distinção entre arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva da seguinte forma:

In its usual meaning, arbitrability can be challenged in two different ways: (a) by reason of the quality of one of the parties, when this party is a State, a public collective or entity or public body. One refers in this case to subjective arbitrability or arbitrability *ratione personae*, which is directly related to the quality of the parties in dispute; and (b) by reason of the subject matter of the dispute which has been removed from the domain arbitration by the applicable national law. This is objective arbitrability or arbitrability *ratione materiae*²⁰.

Conforme afirmado anteriormente, a arbitrabilidade é a possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesses à arbitragem em razão das características subjetivas e objetivas da disputa²¹. Quando se faz menção às características subjetivas, quer-se fazer referência à arbitrabilidade subjetiva; quando se faz menção às características objetivas, quer-se fazer alusão à arbitrabilidade objetiva. *Por um lado, a arbitrabilidade subjetiva procura responder à questão sobre “quem” pode se submeter à arbitragem enquanto, por outro lado, arbitrabilidade objetiva possui como fim responder à pergunta sobre “o que” pode ser submetido ao processo arbitral.*

Estas espécies de arbitrabilidade serão mais bem examinadas adiante, nos próximos itens, quando se tratar propriamente dos critérios de definição da arbitrabilidade subjetiva e da arbitrabilidade objetiva.

4.3. ARBITRABILIDADE: CONDIÇÃO DE VALIDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM X REGRA DE

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL EXCLUSIVA DOS ESTADOS SOBERANOS

É bastante relevante examinar um debate presente na doutrina estrangeira consistente em identificar a *natureza jurídica da arbitrabilidade*. **Tratar-se-ia de uma condição de validade da convenção de arbitragem, tal como a exigência de partes capazes e de observância da forma prescrita em lei, ou de um critério de definição da competência internacional exclusiva do Poder Judiciários dos Estados soberanos?**

Bernard Hanotiau entende que “arbitrability is indeed a *condition of validity of the arbitration agreement* and consequently, of the arbitrators’ jurisdiction”²². No Brasil, João Bosco Lee afirma que, “para que uma cláusula compromissória seja válida, o objeto do litígio deve ser arbitrável”, bem como que “mantém-se aqui a concepção *stricto sensu* da arbitrabilidade, ou seja, aquela que a considera como uma *condição de validade da convenção de arbitragem*”²³. O autor, como se vê, relaciona a arbitrabilidade objetiva à validade da convenção de arbitragem.

Giovanni Ettore Nanni considera que “**a capacidade do agente é um indiscutível requisito de validade da cláusula compromissória, assim como de qualquer outro negócio jurídico**”, assim como “**o objeto da cláusula compromissória não é ilimitado, uma vez que seu escopo é circunscrito aos direitos patrimoniais disponíveis** (art. 1.º da Lei n.º 9.307/96), **que corresponde à arbitrabilidade objetiva**”²⁴. Luis Fernando Guerrero também trata da arbitrabilidade sob o ponto de vista das condições de validade do negócio jurídico, fazendo menção ao agente capaz (arbitrabilidade subjetiva) e ao objeto lícito, possível e determinado ou determinável (arbitrabilidade objetiva)²⁵.

Eduardo Damião Gonçalves considera que, “além dos aspectos formais, da capacidade do agente e do consentimento válido, a arbitrabilidade da controvérsia é uma *condição intrínseca da validade da convenção de arbitragem*”²⁶. Pode-se dizer, com certa segurança, que a doutrina brasileira considera a arbitrabilidade uma *condição de validade* do negócio jurídico representado pela convenção de arbitragem.

Na doutrina estrangeira, porém, há uma corrente minoritária que entende que a

arbitrabilidade não diz respeito à validade da convenção de arbitragem, mas sim a uma *regra de fixação de competência internacional exclusiva* dos Estados soberanos. Segundo Eduardo Damião Gonçalves, o autor Homayoon Arfazadel entende que “a validade da convenção de arbitragem pressupõe o consentimento válido das partes e este consentimento deve ser analisado à luz da teoria geral dos contratos”, mas “a arbitrabilidade está diretamente relacionada com uma competência legal dos tribunais judiciais, a administração da Justiça e a organização do Judiciário”²⁷.

Stavros Brekoulakis defende que “it is questionable whether inarbitrability relates to the validity of an arbitration agreement”, sendo certo que “the following indicate that inarbitrability relates to *tribunal’s jurisdiction* and should be distinguished from arbitration agreement’s invalidity”²⁸. Em outro trecho, o autor repete a ideia de que “inarbitrability should not be considered as a condition of arbitration agreements validity”, bem como que “arbitrability pertains to the unique jurisdictional character of arbitration agreements, and it is thus a condition precedent of the jurisdiction of an arbitral tribunal”²⁹. Depois de enfrentar a questão sob o ponto de vista da Convenção de Nova Iorque de 1958, Stavros Brekoulakis conclui o seguinte, destacando a relevância deste debate para o direito aplicável:

Finally, in this discussion it is always relevant to note that *arbitrability is an issue exclusively related to jurisdiction*. As this paper argued, all arbitrability provisions are in essence jurisdictional rather than substantive rules. They are conflict of jurisdiction rules, whose objective is to delineate the area of exclusive jurisdiction of its national courts. From this jurisdictional viewpoint, the role of the national state and the *lex fori*, in particular in the discussion on arbitration is diminished. As was shown above, the *lex fori* would only be relevant if the actual dispute pending before the tribunal had any territorial or other jurisdictional connection with the national state of the *lex fori*³⁰.

A mais relevante repercussão em relação a esta distinção diz respeito ao direito aplicável à arbitrabilidade. Aqueles que consideram a arbitrabilidade como uma

condição de validade da convenção de arbitragem, tenderão a compreender que o direito aplicável à arbitrabilidade é o direito aplicável à convenção de arbitragem. Já aqueles que entendem que a arbitrabilidade é uma regra de fixação de competência internacional exclusiva dos estados soberanos, provavelmente dirão que o direito aplicável à arbitrabilidade seria o direito da sede da arbitragem. O que se pode dizer, conforme adiantado acima, é que a doutrina brasileira entende que a arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção de arbitragem, relacionada à *capacidade do agente (arbitrabilidade subjetiva)* e à *licitude do objeto (arbitrabilidade objetiva)*.

4.4. OBSERVAÇÕES DE DIREITO COMPARADO

A arbitrabilidade, conforme já se disse no item anterior, é estabelecida pelos ordenamentos jurídicos a partir de *aspectos políticos, econômicos, sociais, culturais e/ou morais*. O Direito Comparado, especialmente no que diz respeito à arbitrabilidade objetiva, mostra a adoção de uma série de critérios, como a *patrimonialidade, a livre disponibilidade, a transacionabilidade, a limitação de ordem pública* etc. Cumpre investigar, neste item, alguns deles, para depois analisar a opção brasileira.

No Direito inglês, o *Arbitration Act* de 1996, no item “b” do art. 1.º, estatui apenas que “the provisions of this Part are founded on the following principles, and shall be construed accordingly [...] the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the *public interest*”. Em sentido idêntico, o *Arbitration Act* de 2010 da Escócia prevê, no item “b” do art. 1.º, que “the founding principles of this Act are [...] that parties should be free to agree how to resolve disputes subject only to such safeguards as are necessary in the *public interest*”.

O *Code Civil* francês dispõe, no art. 2.060, que “one cannot enter into a compromise agreement about matters of status and capacity of the persons, matters relating to divorce and judicial separation or matters of disputes involving public bodies and institutions and more generally in all matters concerning public order”³¹. Trata-se de redação bastante criticada, inclusive pela doutrina francesa, por

relacionar a noção de arbitrabilidade ao conceito de ordem pública, mas que a jurisprudência francesa já afastou ao menos em relação à arbitragem internacional.

No que diz respeito às arbitragens domésticas, o *Code de Procédure Civile* suíço estatui, no item 1 do art. 354, que “any claim over which the parties may freely dispose may be the object of an Arbitration agreement”³². Na Espanha, a *Ley n.º 60/2003* prevê, no item 1 do art. 2.º, que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de *libre disposición* conforme a derecho”. O *Codice di Procedura Civile* italiano destaca, na primeira parte do art. 806, que “le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto *diritti indisponibili*, salvo espresso divieto di legge”. Os dois primeiros diplomas legislativos baseiam-se na noção de *livre disponibilidade*, enquanto o último recorre ao conceito de *direitos indisponíveis*.

Numa abordagem mais avançada em relação àquelas até aqui expostas, a *Loi Fédérale sur le Droit International Privé* suíça – aplicável às arbitragens internacionais – dispõe, no item 1 do art. 177, que “any dispute of financial interest may be the subject of an arbitration”³³. Observe-se que, na Suíça, adotam-se critérios de arbitrabilidade diferentes para as arbitragens domésticas e as arbitragens internacionais. O primeiro caso faz uso do critério da *livre disponibilidade* enquanto a segunda hipótese se ampara no critério da *patrimonialidade*

Também adotando o critério da patrimonialidade, a *Zivilprozessordnung* alemã estabelece, no item 1 do § 1.030, na versão oficial em inglês, que “any claim under property law may become the subject matter of an arbitration agreement”, bem como que, na segunda parte deste mesmo dispositivo, “an arbitration agreement regarding *non-pecuniary claims* has legal effect insofar as the parties to the dispute are entitled to conclude a settlement regarding the subject matter of the dispute”.

Da mesma forma, o *Code Judiciaire* belga dispõe, no § 1.º do art. 1.676, que “toute cause de nature patrimoniale peut faire l’objet d’un arbitrage”, bem como que “les causes de nature non-patrimoniale sur lesquelles il est permis de transiger peuvent aussi faire l’objet d’un arbitrage”. No que diz respeito à arbitrabilidade subjetiva, o *Code* estatui, no § 2.º deste mesmo dispositivo, que “quiconque a la

capacité ou le pouvoir de transiger, peut conclure une convention d'arbitrage". É interessante destacar, na linha do que ensinam Niuscha Bassiri e Maud Piers, que "the legislator clarified that this criterion should be interpreted broadly, also taking into account Swiss and German arbitration laws which serve as models for Article 1676, § 1 B.J.C as well as corresponding jurisprudence"³⁴.

No mesmo sentido, a Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa – Lei n.º 63/2011 – dispõe largamente sobre arbitrabilidade logo em seu art. 1.º. A lei estatui, no item 1 deste dispositivo, que, "desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a *interesses de natureza patrimonial* pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros". O item 2 deste mesmo dispositivo dispõe ainda que "é também válida uma convenção de arbitragem relativa a *litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial*, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido".

Conforme leciona Manuel Pereira Barrocas, "relativamente à natureza dos interesses suscetíveis de serem sujeitos a arbitragem, isto é, sobre a arbitrabilidade objetiva do litígio na arbitragem voluntária, a LAV seguiu um regime idêntico ao da legislação alemã (§ 1.030 do ZPO) assente no critério da patrimonialidade dos interesses em jogo"³⁵. O Direito português, na linha dos ordenamentos suíço (para as arbitragens internacionais), alemão e belga, adotou o *critério da patrimonialidade* para fins de definir a arbitrabilidade objetiva.

Consoante se viu, **os ordenamentos jurídicos em geral valem-se das noções de ordem pública, livre disponibilidade, transacionabilidade e patrimonialidade para tratar da arbitrabilidade objetiva. No que tange à arbitrabilidade subjetiva, as disposições legais são mais escassas, normalmente limitando-se a relacionar esta modalidade de arbitrabilidade à capacidade de contratar da parte.** É relevante destacar que em outras disposições estes ordenamentos jurídicos proíbem ou criam condições mais rigorosas para a arbitragem em determinadas matérias.

Na Espanha, por exemplo, o art. 10 da *Ley n.º 60/2003* prevê a possibilidade de resolução pela via arbitral de conflitos relacionados à partilha e administração dos

bens componentes do acervo sucessório³⁶. Na Argentina, a *Ley n.º 24.240/1993*, alterada pela *Ley n.º 26.361/2008*, dispõe sobre tribunais arbitrais específicos para resolução de conflitos envolvendo relações de consumo³⁷. Nos Estados Unidos, admite-se o que se poderia designar de ação coletiva arbitral (a *class action arbitration*, desde que a *US Supreme Court* julgou o caso *Green Tree*³⁸). Na Alemanha, a *Zivilprozessordnung* proíbe, em regra, a submissão à arbitragem de litígios envolvendo relações residenciais locatícias³⁹.

4.5. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

4.5.1. Primeiras noções

A arbitrabilidade subjetiva procura responder à questão consistente em saber “quem” pode se submeter à arbitragem. Este conceito não está imune a críticas, pois há quem considere que a arbitrabilidade subjetiva não seria um conceito autônomo, não teria vida própria, pois se resumiria à noção de capacidade civil. Eduardo Grebler narra que “tem-se dito que a arbitrabilidade subjetiva constitui noção imprópria, inexistente de *per se*, pois quando não se confunde inteiramente com a noção de capacidade civil, só se torna visível à luz do elemento objetivo da relação jurídica a que se referir”⁴⁰.

Há também a crítica um tanto quanto inversa, no sentido de que a arbitrabilidade subjetiva seria uma noção tão autônoma e independente que não deveria se relacionar à capacidade civil, até porque esta relação íntima com a capacidade civil acabaria por permitir que partes interessadas – especialmente entes públicos – alegassem limitações do direito interno à capacidade de contratar para se opor à arbitragem livremente convencionada. Renato Stephan Grion menciona esta discussão, informando que alguns ordenamentos jurídicos têm procurado apartar a noção de arbitrabilidade subjetiva do conceito de capacidade civil:

E foi justamente buscando evitar a aplicação da lei do próprio Estado que a jurisprudência francesa e as legislações suíça, espanhola e, recentemente, a

peruana, e, com certa limitação, a Convenção de Genebra sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961, preferiram tratar esse ponto como uma questão de “arbitrabilidade subjetiva” e não como uma questão de “capacidade”⁴¹.

A Lei de Arbitragem brasileira estatui, no *caput* do art. 1.º, que “as *peças capazes de contratar* poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*”. O § 1.º deste dispositivo, específico em relação às arbitragens envolvendo entes públicos, aduz que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*”. A arbitragem abrangendo entes públicos será objeto de capítulo específico, razão pela qual não nos deteremos neste último dispositivo por agora.

A leitura do *caput* do art. 1.º da Lei de Arbitragem, no que tange à arbitrabilidade subjetiva, ampara-se na ideia de *capacidade de contratar, o que, a princípio, remonta ao conceito de capacidade de fato* (ou de exercício ou de ação), tal como descrito no art. 3.º e no art. 4.º do Código Civil, cuja inobservância pode levar à anulabilidade ou à nulidade do ato jurídico, na forma do inciso I do art. 104 e do inciso I do art. 166, também do diploma material civil. Neste sentido, Giovanni Ettore Nanni ensina que a arbitrabilidade subjetiva “deflui da capacidade de fato, que é a aptidão para utilizar e exercer direito por si mesmo”⁴². Acrescente-se que a parte contratante precisa ostentar ainda legitimação, isto é, a aptidão para a prática de determinados atos jurídicos⁴³.

O Código Civil está de acordo com a Lei de Arbitragem em relação à arbitrabilidade subjetiva, pois afirma, no art. 851, que “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre *peças que podem contratar*”. A Lei faz uso, novamente, da noção de capacidade de contratar. *O mencionado dispositivo refere-se, a princípio, apenas ao compromisso arbitral, mas temos o entendimento de que a noção de arbitrabilidade nele empregada se dirige, na verdade, ao gênero convenção de arbitragem, até porque não faria sentido lógico ou jurídico criar uma distinção entre compromisso arbitral e cláusula*

compromissória com base na arbitrabilidade subjetiva. Em regra, o que é inarbitrável via cláusula compromissória é inarbitrável via compromisso arbitral e vice-versa.

É relevante destacar que a análise até então feita parte do pressuposto de que a convenção de arbitragem teria natureza contratual e que, portanto, seria uma espécie de *negócio jurídico de direito privado*, razão pela qual a capacidade mencionada no art. 1.º da Lei de Arbitragem, para fins de fixar os limites da arbitrabilidade subjetiva seria aquela capacidade de fato prevista no Código Civil. A expressão legal “pessoas capazes de contratar” significaria, assim, pessoas com capacidade de fato, na forma do Código Civil.

É relevante destacar, porém, que há uma corrente de pensamento entendendo que a convenção de arbitragem, na verdade, não é *negócio jurídico de direito privado*, mas sim *negócio jurídico processual*, de modo que a capacidade mencionada na Lei n.º 9.307/1996 não seria, exatamente, a capacidade de fato do Direito Privado, mas sim a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo da Teoria Geral do Processo. No próximo item, aborda-se repercussão prática desta divergência.

4.5.2. Entes despersonalizados e arbitrabilidade subjetiva

Considerando, segundo o pensamento até aqui exposto, que a arbitrabilidade subjetiva se contentaria com o preenchimento, pelo agente, do requisito da capacidade de fato, tal como determinado no Código Civil, cumpre investigar se entes despersonalizados e partes incapazes poderiam firmar convenção de arbitragem, ou seja, se estas pessoas preencheriam o requisito da arbitrabilidade subjetiva.

No que diz respeito aos entes despersonalizados, é de dizer que, sob o prisma do Direito Privado, como eles não detêm personalidade jurídica, também não deteriam, em tese, capacidade de direito e, por conseguinte, capacidade de fato. *O ordenamento jurídico civil, porém, cria exceções, atribuindo a estes entes despersonalizados capacidade para contratar, desde que observados certos requisitos.* Esta excepcionalidade repercute diretamente na arbitragem, justificando o porquê de a doutrina admitir que entes despersonalizados celebrem convenção de arbitragem.

Trata-se dos casos de condomínio edilício, massa falida, espólio e sociedade em comum.

Carlos Alberto Carmona leciona, primeiramente, que “o inventariante do espólio e o síndico do condomínio não podem, sem permissão, submeter demanda a julgamento arbitral”, mas, em seguida, explica que, “havendo, porém, autorização (judicial, no caso de inventariante e do síndico da falência, ou da assembleia de condôminos, no que diz respeito ao condomínio), poderá ser celebrada a convenção arbitral”⁴⁴. O autor resume seu entendimento da seguinte forma:

Como se vê, os entes despersonalizados (universalidades dotadas de representação ativa e passiva como condomínios em edifícios, massas falidas, espólios, sociedades de fato), desde que autorizados, podem valer-se da arbitragem, eis que têm capacidade de ser parte e estar em juízo, nada impedindo que disponham de seus direitos⁴⁵.

No mesmo sentido, Francisco José Cahali leciona que “o espólio e a massa falida, com autorização judicial do inventariante ou do administrador, podem celebrar convenção arbitral, tal qual o condomínio, pelo síndico com a autorização da assembleia de condôminos”, sendo certo que “a permissão, nestes casos, é um requisito essencial, ensejando sua falta à invalidade da convenção arbitral”⁴⁶. Comungando da mesma posição, Joaquim de Paiva Muniz esclarece que “entes sem personalidade jurídica que tenham capacidade para contratar, tais como espólios e condomínios, podem participar de arbitragem, desde que devidamente autorizados”⁴⁷. Transcreva-se, ainda, no mesmo sentido, a lição de Giovanni Ettore Nanni:

Os entes despersonalizados, que necessitam de permissão para dispor de direitos, também podem firmar a cláusula compromissória. Assim o espólio e a massa falida, com a autorização judicial ao inventariante e ao administrador, também o condomínio, pelo síndico, aprovado em assembleia de condôminos⁴⁸.

Não temos dúvida em afirmar que, sob o ângulo da arbitrabilidade subjetiva, o

espólio pode celebrar convenção de arbitragem, desde que representado pelo inventariante e mediante autorização judicial. Da mesma forma, o administrador judicial da massa falida, mediante autorização judicial, pode firmar convenção de arbitragem cujo objeto, por exemplo, sejam os bens e os direitos integrantes do acervo patrimonial arrecadado com a falência. Igualmente, o condomínio edilício pode comprometer convenção de arbitragem, desde que representada pelo síndico e mediante autorização da assembleia de condôminos. Também assim, a sociedade em comum pode contratar convenção de arbitragem, desde que atendidos os pressupostos dos seus atos sociais ainda não registrados.

É relevante destacar que esta conclusão permanece a mesma independentemente de se considerar a convenção de arbitragem negócio jurídico privado ou negócio jurídico processual⁴⁹. No primeiro caso, trata-se do que já se expôs acima, o ordenamento jurídico civil confere, excepcionalmente, capacidade para contratar aos entes despersonalizados, razão pela qual, atendidos os requisitos adicionais para tanto, pode-se concluir que entes despersonalizados podem celebrar convenção de arbitragem⁵⁰.

No segundo caso, a solução é ainda mais simples, pois a teoria geral do processo sempre concedeu, como regra, capacidade para ser parte⁵¹ e capacidade para estar em juízo⁵² aos entes despersonalizados, o que permite, também desta forma, a celebração de convenção de arbitragem. José Carlos Barbosa Moreira ensina que “a disciplina estabelecida pelo direito processual civil para os atos das partes nem sempre coincide com a prevista no direito civil para os atos jurídicos privados”, sendo certo que uma “diferença importante é a que concerne ao requisito subjetivo de validade; ela resulta da circunstância de admitir-se que litiguem em juízo entes desprovidos de personalidade – e, portanto, de capacidade – no plano civil”⁵³.

Referindo-se à massa falida, à herança jacente ou vacante, ao espólio e ao condomínio, o jurista leciona que, segundo a teoria geral do processo, “permite-se-lhes, entretanto, figurar como partes de um processo e, pois, realizar atos processuais de cuja validade, por esse ângulo, não há duvidar”⁵⁴. Da mesma forma, Antonio do Passo Cabral leciona que “no processo, admite-se que alguns entes despersonalizados

(massa falida, condomínio, espólio, herança jacente), também têm capacidade de ser parte”, razão pela qual “devem poder firmar acordos processuais, desde que adequadamente representados”⁵⁵, inclusive, acrescente-se de nossa parte, convenção de arbitragem.

4.5.3. Pessoas incapazes e arbitrabilidade

No que diz respeito às pessoas incapazes, a questão é um pouco mais complexa, não havendo unanimidade na doutrina. É relevante lembrar que, após a aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015), o Código Civil brasileiro passou a dispor, no art. 3.º, apenas que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”. Não se faz mais menção, para fins de incapacidade absoluta, aos enfermos ou doentes mentais que não tivessem o necessário discernimento, bem como aos que, mesmo transitoriamente, não pudessem exprimir sua vontade. Atualmente, pois, apenas os menores de 16 (dezesesseis) anos são, no Brasil, absolutamente incapazes.

O art. 4.º do Código Civil, por sua vez, passou a dispor que são relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e, por fim, os pródigos⁵⁶. A questão, portanto, consiste em saber se pessoas absolutamente incapazes e pessoas relativamente incapazes poderiam firmar convenção de arbitragem.

Giovanni Ettore Nanni esclarece que “só quem detém capacidade de fato pode optar pelo juízo arbitral”, razão pela qual “quem não a possui, isto é, os incapazes, não tem tal direito”⁵⁷. O autor conclui que “na presença das situações de incapacidade previstas no Código Civil [...] não é possível pactuar a cláusula compromissória, sob pena de invalidade”⁵⁸. Parece realmente adequado dizer que **pessoas incapazes não possam, por conta própria, firmar convenção de arbitragem**, mas a dúvida permanece quando se questiona se *por meio de representação ou por meio de assistência* os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes poderiam firmar convenção de arbitragem.

Carlos Alberto **Carmona**, em breve passagem, entende que, “**considerando-se que a instituição de juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos)**”⁵⁹. É interessante observar que o autor, ao defender na parte final da lição acima transcrita que pessoas incapazes, mesmo que representadas ou assistidas, não podem celebrar convenção de arbitragem, não parte da ideia de arbitrabilidade subjetiva (capacidade de contratar), mas sim da noção de arbitrabilidade objetiva (direitos patrimoniais disponíveis), afirmando que incapazes não possuem a disponibilidade sobre seus próprios direitos.

Francisco José Cahali considera, em relação às pessoas incapazes, que “a ressalva à utilização da arbitragem não se encontra na capacidade de firmar a convenção, pois podem contratar se assistidos ou representados”, sendo certo que “a restrição à instituição do juízo arbitral decorre da indisponibilidade do direito que se vê nestas situações”⁶⁰. É de destacar que **o autor não nega a capacidade de contratar de pessoas incapazes – quando devidamente representadas ou assistidas (arbitrabilidade subjetiva) –, mas elenca duas restrições a esta possibilidade, uma relacionada à indisponibilidade dos direitos (arbitrabilidade objetiva) e outra relacionada à necessária participação do Ministério Público como fiscal da lei:**

Assim, a convenção arbitral envolvendo menor relativamente incapaz, mesmo assistido pelos pais, tem restrição, pois os direitos em questão são indisponíveis. E mesmo no caso de contratos que envolvam a mera administração, embora permitidos sem autorização judicial aos incapazes assistidos ou representados, o óbice à utilização da arbitragem surge em razão da necessária participação do Ministério Público no processo (art. 82, I, do CPC)⁶¹.

Leonardo de Faria Beraldo explica que, “por um lado, é fato que o incapaz pode ser parte em processo judicial e em negócio jurídico, desde que devidamente representado, por outro, a lei exige que o direito controvertido seja disponível (e o do incapaz não é) e a presença obrigatória do MP impossibilitaria o trâmite do feito”.

Em seguida, porém, o autor ressalta que “não nos esqueçamos, todavia, que alguns relativamente incapazes assim o são apenas para certos atos”⁶². O autor parece concordar, portanto, com a ideia de que o problema nestas hipóteses não residiria propriamente na arbitrabilidade subjetiva, mas sim na arbitrabilidade objetiva e na necessária presença do *Parquet* na função de *custos legis*.

Adotando posição bastante clara na matéria, Luiz Antonio Scavone Junior defende que “as pessoas podem ser representadas ou assistidas na convenção de arbitragem, desde que respeitados os limites decorrentes da matéria, que deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis”⁶³. O autor entende que, circunscritos aos limites de mera administração impostos pela lei, “os pais, tutores ou curadores possam representar ou assistir os incapazes, firmando cláusulas ou compromissos arbitrais que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis desses mesmos incapazes”⁶⁴. O autor exemplifica, em seguida, com um contrato de locação de bem imóvel pertencente a pessoa incapaz:

Em consonância com o acatado, não se admite a representação ou a assistência no caso de contrato de venda de imóvel de pessoa incapaz sem a necessária autorização judicial, de tal sorte que a cláusula arbitral inserta nesse contrato será nula, posto que foge da permissão legal bitolada pelos atos de mera administração. Todavia, como os representantes e assistentes estão autorizados a praticar atos de mera administração do patrimônio dos incapazes, contratos que não fujam destes limites poderão conter cláusula arbitral. É o que ocorre no contrato de locação que os pais, tutores ou curadores firmam em razão da necessária administração dos bens dos incapazes⁶⁵.

Consideramos que pessoas incapazes não podem, *por conta própria*, firmar convenção de arbitragem. A doutrina mostra-se ainda dividida em relação à possibilidade de pessoas incapazes, *mas representadas ou assistidas*, firmarem convenção de arbitragem. *Em nosso ponto de vista, pessoas incapazes podem celebrar convenção de arbitragem, desde que, além de representadas ou assistidas, o objeto da arbitragem possua natureza patrimonial e esteja abrangido pelos*

poderes de administração atribuídos aos representantes legais. O exemplo acima mencionado do contrato de locação de bem de propriedade de menor de idade é ótimo. Se, representado ou assistido, o incapaz pode celebrar um contrato de locação, por qual razão não poderia incluir nesse contrato uma cláusula compromissória?

De fato, não há motivo para essa limitação, considerando que se trata de matéria patrimonial incluída no poder de administração dos representantes legais. O ordenamento jurídico não pode criar mais obstáculos à adoção da arbitragem do que aqueles relacionados à própria disposição do bem jurídico em disputa. Se, devidamente assistido ou representado, menor pode celebrar contrato de locação, não faz sentido que não possa, também assistido e representado, celebrar convenção de arbitragem. Quem pode dispor do próprio bem em disputa pode dispor também do método de resolução da disputa. Quem pode o mais pode o menos, consoante ensina a lógica.

Observe-se que, em relação à representação de menores de idade por seus pais, o parágrafo único do art. 1.690 do Código Civil estabelece a regra geral, segundo a qual “os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária”. A exceção está presente no art. 1.691, segundo o qual “não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz”. *Como celebrar convenção de arbitragem não significa alienar, dispor ou renunciar a bem imóvel – ainda que o mérito da arbitragem se relacione a bem imóvel –, normalmente não há necessidade de autorização judicial para que o menor, representado ou assistido, celebre convenção de arbitragem.*

Ao final e ao cabo, conforme se detalhará mais adiante, essa questão da submissão de conflitos envolvendo incapazes representados ou assistidos parte da premissa de que celebrar convenção de arbitragem não significa alienar, dispor ou renunciar a qualquer bem ou direito – muito menos bem imóvel –, mas apenas escolher o método de resolução de disputas.

4.6. ARBITRABILIDADE OBJETIVA

4.6.1. Critérios

4.6.1.1. Ordem pública

No Direito Comparado, conforme vimos acima, a arbitrabilidade objetiva está amparada em diversos critérios, como a ordem pública, a transacionabilidade, a livre disponibilidade e a patrimonialidade.

A ordem pública como critérios para definição da arbitrabilidade ganhou especial repercussão internacional por conta da já mencionada previsão do art. 2.060 do Código Civil francês. João Bosco Lee afirma que “o art. 2.060 do Código Civil francês é incoerente e sua ab-rogação seria desejável, mas o problema causado pela ordem pública concernente à distinção entre a inarbitrabilidade do litígio e o poder dos árbitros de aplicar a ordem pública parece resolvido pela jurisprudência francesa”⁶⁶.

O principal problema na adoção do critério da ordem pública é que este critério leva frequentemente à confusão entre arbitrabilidade e possibilidade de aplicação de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) na arbitragem. A verdade é que é plenamente possível a aplicação, na arbitragem, pelos árbitros, de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública), tenham elas fonte no Direito Civil, no Direito Comercial, no Direito Administrativo, no Direito Concorrencial etc. Nesse sentido, João Bosco Lee leciona que “a referência à ordem pública contribui para a confusão feita entre a determinação do objeto da convenção de arbitragem e a aplicação pelos árbitros das regras de ordem pública”⁶⁷. Adiante, dedica-se um item exclusivo para esta análise.

Não obstante esta confusão que o critério da ordem pública pode ocasionar, a doutrina reconhece uma *função secundária da ordem pública na avaliação da arbitrabilidade* dos litígios. Antonio Sampaio Caramelo considera, a este respeito, que “a ordem pública mantém ainda utilidade para definir a arbitrabilidade, mas só

intervém mediante exclusões pontuais desta, segundo a natureza dos direitos (indisponíveis por razões de ordem pública) atribuídos às partes”⁶⁸. No mesmo sentido, João Bosco Lee entende que “a ordem pública não é, como se pretendia, um critério indispensável à definição de arbitragem, mas sim um fator suplementar na delimitação da livre disponibilidade”, pois, continua o autor, “a ordem pública estabelece o limite da disponibilidade dos direitos e, por conseguinte, o da arbitrabilidade”⁶⁹.

Eduardo Damião Gonçalves explica que “a ordem pública desempenha um papel na problemática da arbitrabilidade sem, contudo, ser um critério adequado de definição da arbitrabilidade”. Segundo o autor, “ela exerce uma dupla função: (a) como fundamento da regra que pode limitar o recurso à arbitragem (como no direito extrapatrimonial de família) e (b) como elemento de garantia da regularidade da sentença arbitral no caso de eventual controle judicial”⁷⁰. Como se observa, este entendimento a respeito do papel secundário da ordem pública na definição da arbitrabilidade tem prevalecido na doutrina.

A ordem pública pode servir, na verdade, de justificativa para que determinados conflitos sejam excluídos da seara arbitral por razões que não dizem respeito à disponibilidade ou à patrimonialidade da causa, mas sim a valores de natureza política, econômica, social, moral e cultural importantes para o Estado. Há países em que não se admite a submissão à arbitragem de litígios envolvendo consumidores, empregados, locatários e algumas hipóteses de litígios envolvendo acionistas. Em todos estes casos, os litígios são marcados pela disponibilidade e pela patrimonialidade, tanto é que os direitos emergentes destas causas podem ser objeto de acordo entre partes. Não obstante, razões de ordem pública inspiram proibições legais ou construções doutrinárias e/ou jurisprudências avessas à submissão desses litígios ao processo arbitral.

4.6.1.2. Transacionabilidade

A referência ao critério da transacionabilidade – ou seja, possibilidade de celebrar concessões recíprocas sobre os direitos em questão – também não parece

adequada. Isso porque a transacionabilidade nada mais é do que um aspecto da livre disponibilidade, assim como a renunciabilidade e a alienabilidade.

João Bosco Lee, neste contexto, afirma que “a referência à transação, empregada por inúmeras legislações, é inadequada”, questionando, em seguida: “por que deve a arbitrabilidade depender de uma noção vizinha, que, em direito comparado, já fomentou diversas controvérsias de qualificação, se podemos adotar uma definição autônoma?”⁷¹. O autor afirma, em seguida, que “a definição de arbitrabilidade, como a de transação, converge à mesma noção: a livre disponibilidade de direitos”⁷².

Eduardo Damião Gonçalves, por sua vez, explica que, **apesar de alguns autores julgarem apropriada a referência a transação para explicar o conceito de arbitrabilidade, “filiamo-nos à corrente que considera essa referência imprecisa e pouco auxilia a definir os contornos das noções usadas para definir a arbitrabilidade, sendo, por vezes, tautológica”⁷³**. Pode-se extrair dos trechos acima citados que parcela autorizada da doutrina realmente entende que o critério da transacionabilidade acaba por demandar a investigação sobre outros conceitos.

O critério da transacionabilidade, portanto, não é suficiente para enfrentar o tema da arbitrabilidade objetiva em toda sua complexidade, pois esse critério representa, na verdade, uma solução um tanto o quanto lateral. Dizer que a arbitrabilidade objetiva diz respeito à transacionabilidade, leva ao imediato questionamento a respeito, então, do que seria transacionável. E a resposta, para tanto, é que transacionável é aquilo de que as partes podem dispor, ou seja, recorre-se à noção de livre disponibilidade. **Para evitar raciocínios circulares, parece mais adequado enfrentar a questão da arbitrabilidade diretamente pelo critério da livre disponibilidade, em vez de se fixar a atenção em apenas uma de suas facetas.**

4.6.1.3. Livre disponibilidade

O critério da livre disponibilidade significa que os direitos disponíveis poderiam ser submetidos a arbitragem, ou seja, direitos a respeito dos quais se pode alienar, transacionar ou renunciar. Antonio Sampaio Caramelo leciona que “um direito é considerado como disponível quando pode ser constituído e extinto por acto

de vontade do seu titular, ou seja, quando está sob o controlo total do seu titular, de tal maneira que este pode fazer tudo a seu respeito, nomeadamente, aliená-lo e a ele renunciar”⁷⁴.

João Bosco Lee traz uma interpretação um pouco diversa do critério da livre disponibilidade. Segundo o autor “existem matérias que são insuscetíveis de renúncia, mas que são arbitráveis”, por exemplo, o “direito da concorrência”. O autor explica que “esse direito faz parte das regras de ordem pública econômica e, por isso, não se pode renunciá-lo nem aliená-lo”, porém, continua o autor, “ele é arbitrável”. João Bosco Lee conclui seu pensamento defendendo o afastamento da “referência à renúncia como fator de definição da livre disponibilidade de direitos”⁷⁵.

O autor, em seguida, reconhece a dificuldade em definir a noção de livre disponibilidade e propõe o seu exame a partir das noções de patrimonialidade e de ordem pública. Eis a lição:

Se não se pode definir com exatidão a livre disponibilidade de direitos, pode-se no entanto fazer uma enumeração dos elementos necessários para delimitá-la. É o caso do art. 1.º da **Lei 9.307/96 que dispõe que são arbitráveis todos os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. O caráter patrimonial da relação litigiosa delimita a disponibilidade do direito**, assim como a arbitrabilidade do litígio. De fato, são inarbitráveis os litígios que têm como objeto matérias extrapatrimoniais. Todavia, a referência única à natureza patrimonial da relação controversa não é suficiente porque existem direitos patrimoniais que são indisponíveis. Assim, no estudo da especificação da noção de disponibilidade de direitos, tem-se frequentemente recorrido à noção de ordem pública⁷⁶.

Antonio Sampaio Caramelo discorda da utilização do critério da livre disponibilidade. O autor, em percutiente crítica, explica que “determinar a arbitrabilidade com base no critério da disponibilidade do direito controvertido implica que se assimile a celebração da convenção de arbitragem a um acto de disposição”⁷⁷. O autor leciona que “a escolha deste critério para definir as matérias

que podem ser submetidas a arbitragem assenta no equívoco da assimilação da convenção de arbitragem aos negócios autocompositivos (renúncia, desistência, confissão e transacção)”, sendo certo que “não há qualquer similitude entre aquele e estes”⁷⁸. Antonio Sampaio Caramelo afasta a assimilação entre, de um lado, os conceitos normalmente relacionados à livre disponibilidade e, de outro, a arbitragem:

Não há, com efeito, qualquer analogia entre o contrato de transacção, em que as partes põem termo a um litígio mediante abandonos ou concessões recíprocas (o que implica que possam dispor dos direitos que daquela são objecto), e a convenção de arbitragem, mediante a qual as partes confiam a um decisor independente e imparcial, por elas directa ou indirectamente escolhido, a resolução de um litígio existente entre elas, de acordo com o direito ou com a equidade. [...]. Igualmente nenhuma analogia se pode estabelecer entre a renúncia a um direito (ou a desistência dele em juízo) e a submissão a decisão por árbitros das controvérsias, actuais ou futuras, àquele respeitantes⁷⁹.

Em seguida, o autor explica que diversos ordenamentos jurídicos⁸⁰ em que a arbitrabilidade é pautada pela noção de livre disponibilidade enfrentam dificuldades em submeter a arbitragem matérias que as partes não podem propriamente dispor, por exemplo, as pretensões de declaração de nulidade de contratos sociais⁸¹. *Estamos de acordo com a crítica elaborada pelo autor, considerando que o critério da livre disponibilidade leva a um equívoco conceitual em relação ao que é, de fato, a arbitragem.*

Nos próximos itens, critica-se a ideia presente em boa parte da doutrina brasileira no sentido de que o País teria adotado uma combinação entre o critério da livre disponibilidade e o critério da patrimonialidade por conta da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, presente no *caput* do art. 1.º da Lei de Arbitragem brasileira. **Propõe-se que, na realidade, com exceção das causas envolvendo entes públicos, o País atualmente faz uso exclusivamente do critério da patrimonialidade para definir a arbitrabilidade objetiva.**

4.6.1.4. Patrimonialidade

O critério da patrimonialidade, adotado nos ordenamentos jurídicos de Suíça, Alemanha e Bélgica, é *reconhecidamente o critério mais avançado de definição da arbitrabilidade objetiva*.

Fazendo menção ao Direito suíço para as arbitragens internacionais, Antonio Sampaio Caramelo entende que “a meu ver, o critério que, com maior facilidade e congruência, permite determinar as controvérsias arbitráveis, é o da natureza patrimonial do interesse controvertido”⁸². João Bosco Lee, diante da imprecisão conceitual do critério da livre disponibilidade, prefere, então, “um critério mais objetivo, como aquele consagrado pelo art. 177, 1, da Lei de Direito Internacional Privado suíça, que recorreu à noção de causa de natureza patrimonial, o que gera uma certeza maior na delimitação do campo de aplicação da arbitrabilidade”⁸³. Ambos os autores, portanto, defendem o critério da patrimonialidade.

*Segundo este critério, apenas direitos ou interesses de caráter não patrimonial estariam afastados da possibilidade de submissão à arbitragem, tal como os direitos da personalidade, o estado civil das pessoas e, em regra, as controvérsias atinentes às relações familiares de natureza pessoal*⁸⁴. Observe-se, em relação aos direitos da personalidade – nome, honra, imagem –, que *as decorrências patrimoniais desses direitos são plenamente arbitráveis*, por exemplo, uma demanda em que se pretenda indenização por danos morais por violação à honra objetiva de determinada pessoa física ou jurídica, bem como, v.g., uma ação de ressarcimento pela violação de um contrato de cessão de uso de imagem. O que não é possível é, por exemplo, submeter uma demanda de alteração do nome civil de determinado cidadão à arbitragem.

Comentando a previsão da lei suíça – para arbitragens internacionais –, Philippe Bärtsch e Angelina M. Petti explicam que o critério da patrimonialidade “includes all claims that have a financial value, *i.e.*, all claims that, for at least one of the parties, involve an interest which can be assessed in financial terms”⁸⁵. Segundo os autores, “this includes, for example, contractual claims and tort claims, as well as intellectual property claims”, sendo certo que “claims arising out of, or relating to, unfair

competition and anti-trust law are also capable of settlement by arbitration under Article 177(1) of the PILA”⁸⁶.

Na nossa visão, de fato o critério da patrimonialidade realmente é aquele que melhor consegue explicar o mecanismo arbitral e, ao mesmo tempo, preservar aquelas causas que interessam aos Estados soberanos por razões especiais ligadas à ordem pública.

4.6.2. Interpretação dada ao caput do art. 1.º da Lei de Arbitragem pela doutrina brasileira

No Brasil, o *caput* do art. 1.º da Lei de Arbitragem brasileira estatui que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*”.

Especificamente em relação às arbitragens envolvendo entes públicos, o § 1.º deste dispositivo dispõe que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*”. Não enfrentaremos neste item a arbitrabilidade de questões envolvendo a Administração Pública, pois o tema é objeto de capítulo específico, mais adiante. O foco de estudo neste momento é a arbitrabilidade objetiva para as demais matérias, consoante o *caput* do art. 1.º.

Como se viu, a Lei n.º 9.307/1996 faz uso da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, cujo exato conteúdo rende diversas acepções, todas elas de significado pouco objetivo⁸⁷. Segundo a lição de Pedro A. Batista Martins, “direitos patrimoniais disponíveis são aqueles passíveis de conversão monetária e que se encontrem na livre disposição do titular”⁸⁸. Alexandre Santos de Aragão, por sua vez, entende que “podemos entender por direitos patrimoniais disponíveis aqueles que, por serem *suscetíveis de valoração econômica*, integram o patrimônio e *podem ser livremente negociados por seus titulares com terceiros*”⁸⁹.

Carlos Alberto Carmona explica que “*um direito é disponível quando ele pode ou não ser exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo*

o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência". O autor afirma que "são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto". O autor complementa sua lição a respeito da arbitrabilidade objetiva com o seguinte comentário:

De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família (em especial ao estado das pessoas, tais como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aqueles atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre outras tantas, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes. [...]. São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. Pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código de Processo Civil (art. 1.072, revogado), que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir⁹⁰.

Cândido Rangel Dinamarco entende que "há um estreito paralelismo entre a possibilidade ou impossibilidade da disposição de direitos e a admissibilidade ou inadmissibilidade da renúncia à jurisdição estatal"⁹¹. Em seguida, o jurista considera que "as mesmas razões de ordem pública conducentes à indisponibilidade de direitos no plano jurídico-material conduzem de igual modo à inadmissibilidade da arbitragem em relação aos direitos havidos como indisponíveis"⁹². Joaquim de Paiva Muniz afirma que "direitos patrimoniais são aqueles pertencentes ao patrimônio de cada pessoa, consistindo no conjunto de seus direitos de valor econômico"⁹³. Em seguida, o autor complementa a definição incluindo a referência a "direitos que não podem ser objeto de alienação, renúncia ou transação"⁹⁴.

Francisco José Cahali leciona que “a disponibilidade do direito se refere à possibilidade de seu titular ceder, de forma gratuita ou onerosa, estes direitos sem qualquer restrição”, razão pela qual se faz necessário que as “partes [tenham] o poder de autorregulamentação dos interesses submetidos à arbitragem, sobre eles podendo dispor sobre as mais diversas formas dos negócios jurídicos”. O autor afirma, em resumo, que direitos disponíveis “são, pois, interesses individuais, passíveis de negociação, ou seja, podem ser livremente exercidos pela parte”⁹⁵.

Luis Fernando Guerrero defende que “o direito é patrimonial quando possui expressão monetária, isto é, quando puder fazer parte da universalidade de bens e direitos de um indivíduo”⁹⁶. Leonardo Beraldo, por seu turno, entende que “o direito patrimonial é disponível quando puder ser alienado ou cedido, pelo seu titular (que deve ser pessoa capaz), sem qualquer ressalva”⁹⁷.

Luiz Antonio Scavone Junior ensina que questões que “não envolvam direito que admita transação não são passíveis de arbitragem e, entre esses direitos, podemos mencionar questões penais, referentes ao estado das pessoas, tributárias e pessoais concernentes ao direito de família, como, por exemplo, filiação e poder familiar”⁹⁸. Antônio José de Mattos Neto elaborou trabalho específico a respeito da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, fazendo interessante referência à diferença entre os conceitos de livre disponibilidade e patrimonialidade a partir de um bem imóvel transmitido com cláusula de inalienabilidade:

A disponibilidade é qualidade que se insere na patrimonialidade do direito. Entretanto, nem todo direito patrimonial é direito disponível. *Como frisado, patrimonial quer dizer apreciável pecuniariamente, mas nem tudo que representa utilidade econômica é disponível. Exemplo é o bem imóvel (patrimonial) clausulado com a inalienabilidade (indisponível). [...].* Direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo *inter vivos* ou *causa mortis*; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito⁹⁹.

Como se observa, muitas vezes a doutrina brasileira associa a ideia de patrimonialidade à possibilidade de conversão em pecúnia ou à possibilidade, ao menos, de valoração econômica. No que tange ao conceito de disponibilidade, costuma-se relacioná-lo à noção de transação, bem como à possibilidade de o titular alienar, de forma gratuita ou onerosa, o direito sem qualquer limitação. Não obstante uma distinção ou outra, pode-se dizer que o entendimento majoritário é que a *Lei de Arbitragem brasileira adotou, para fins de definir a arbitrabilidade objetiva, uma combinação entre o critério da livre disponibilidade e o critério da patrimonialidade*

Uma terceira corrente, na qual se enquadra o direito brasileiro, optou por definir a arbitrabilidade *combinando conceitos*, como no artigo 1.º da Lei 9.307/1996, unindo a exigência da *disponibilidade à da patrimonialidade* dos direitos em discussão para determinar se o litígio é ou não arbitrável. Com isso, o direito pátrio opta, *de lege lata*, por uma noção mais restritiva de arbitrabilidade¹⁰⁰.

Consoante se passa a demonstrar no próximo item, entendemos que o critério da livre disponibilidade, tal como entendido no Direito Privado, não se aplica adequadamente à arbitragem. Ademais, conforme se verá no item seguinte, o Direito brasileiro adota, em regra, o critério da patrimonialidade para definir a arbitrabilidade objetiva, por força do que dispõe o art. 852 do Código Civil e o art. 1.º da Convenção do Panamá de 1975. Excepcionalmente, como nos litígios envolvendo entes públicos, adota-se o critério misto da livre disponibilidade e da patrimonialidade. Mesmo neste caso, conforme se verá, o conceito de disponibilidade a ser adotado na arbitragem é diferente daquele adotado no Direito Privado, tudo em decorrência da autonomia científica da arbitragem.

4.6.3. Crítica ao critério da livre disponibilidade tal como entendido pela doutrina brasileira

Consoante se destacou acima, o *caput* do art. 1.º da Lei de Arbitragem brasileira utiliza a expressão “direitos patrimoniais disponíveis” para fins de definição da arbitrabilidade objetiva. É relevante destacar, porém, que a utilização do critério da livre disponibilidade, tal como entendido no Direito Privado, traz uma série de questionamentos na arbitragem. Recorra-se, pois, a alguns exemplos para que se possa demonstrar esta afirmação.

Classicamente se entende que a nulidade de determinado negócio jurídico não está sob o poder de disposição das partes, tanto é que cabe ao julgador, mesmo que nenhuma das partes tenha arguido a nulidade absoluta do negócio jurídico no curso do processo judicial ou arbitral, declará-la de ofício. Há atenuações consagradas na legislação civil a este entendimento, como serve de exemplo a possibilidade de aproveitamento dos efeitos do negócio jurídico simulado (art. 167) e o instituto da conversão substancial do negócio jurídico nulo (art. 170).

A regra geral e tradicional, porém, é a que determina a impossibilidade de disposição a respeito da nulidade absoluta do negócio jurídico. Neste sentido, o parágrafo único do art. 168 do Código Civil afirma, categoricamente, que “as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”. Na sequência, o art. 169 do estatuto civil prevê que “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”.

Em um raciocínio simplista, poder-se-ia imaginar o seguinte: se as partes não podem livremente dispor a respeito de uma nulidade absoluta, possivelmente não poderiam submeter esta questão à arbitragem, razão pela qual nenhuma disputa a respeito da nulidade de determinada cláusula contratual poderia ser objeto de processo arbitral. Consoante explica Antonio Sampaio Caramelo, esta associação entre arbitrabilidade e livre disponibilidade “é que, em diversas ordens jurídicas que delimitam o campo da arbitrabilidade com base no critério da disponibilidade do direito as acções tendentes a obter a declaração da nulidade de contratos de sociedade ou deliberações de órgãos sociais têm sido consideradas como

inarbitráveis”¹⁰¹. Identifica-se, pois, o ato de submeter uma determinada causa à arbitragem como um ato de disposição de direitos, o que traz diversas consequências indesejáveis ao processo arbitral.

Observe-se que se trata de concepção completamente inconsistente com os próprios fundamentos da arbitragem. Primeiramente, esta concepção infringe o *princípio da autonomia da cláusula compromissória* – na verdade, da convenção de arbitragem –, expressamente previsto no *caput* do art. 8.º da Lei de Arbitragem, segundo o qual “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”. Como se observa, o princípio da autonomia da convenção de arbitragem pressupõe que os árbitros detêm jurisdição para examinar alegações relacionadas à *existência, à validade (nulidade e anulabilidade) e à eficácia do contrato-base*.

Isso significa que a Lei de Arbitragem pressupõe que o árbitro possa examinar a eventual nulidade do contrato-base, proferindo sentença de mérito a esse respeito, seja para reconhecer a nulidade do ajuste, seja para rejeitar essa alegação. *Ora, como a nulidade do negócio jurídico não é matéria sob a disponibilidade das partes, isso significa que a Lei de Arbitragem pressupõe como arbitrável uma matéria indisponível às partes*. Como se observa por esse exemplo, a noção de *livre disponibilidade* não é adequada para explicar o fenômeno da arbitrabilidade objetiva.

Ademais, esta ideia viola também o princípio da competência-competência, previsto no parágrafo único do art. 8.º e no *caput* do art. 20, ambos da Lei n.º 9.307/1996. O primeiro desses dispositivos prevê que “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”. O segundo desses dispositivos estatui que “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”.

Como se vê, a prevalecer o entendimento de que a arbitrabilidade objetiva deve se pautar pelo critério da livre disponibilidade, tal como entendida no Direito Privado, a consequência inarredável é que os árbitros também não poderiam examinar alegações referentes à nulidade da convenção de arbitragem, pois, novamente, tratar-se-ia de matéria que não está enquadrada no poder de livre disposição das partes. Entendimento no sentido de que a nulidade do contrato-base ou a nulidade do pacto arbitral não seriam arbitráveis porque não são matérias que estão sob a livre disposição das partes contrariaria frontalmente o *caput* e parágrafo único do art. 8.º e o *caput* do art. 20, todos da Lei n.º 9.307/1996.

O mesmo pode ser dito em relação à decadência legal ou à disposição cogente do Código Civil que impede que a cláusula penal compensatória supere o valor da obrigação principal. Nesse sentido, observe-se que o Código Civil afirma com todas as letras, no art. 209, que “é nula a renúncia à decadência fixada em lei”, bem como, no art. 210, que “deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei”. Não há a menor dúvida, pois, de que a decadência legal não está sob a livre disposição das partes. Também se pode mencionar uma disputa comercial envolvendo um bem imóvel clausulado de inalienabilidade. Em todos esses casos, não há plena disponibilidade das partes, mas ainda assim se deve entender que são matérias arbitráveis.

Com efeito, em uma hipotética arbitragem travada entre duas pessoas jurídicas de direito privado a respeito da anulação de determinada cláusula de um contrato de empreitada, nada impediria que uma das partes suscitasse a ocorrência de decadência legal em relação ao direito de anular a mencionada cláusula contratual ou mesmo que os árbitros decretassem a decadência de ofício. Trata-se de matéria que não está sob livre disposição das partes, o que, adotando-se o critério da livre disponibilidade, tal como entendido no Direito Privado, acabaria redundando em sua inarbitrabilidade, razão pela qual a convenção de arbitragem seria nula e a sentença arbitral seria anulável. Esta conclusão, porém, não parece estar de acordo com o regime de arbitrabilidade adotado no Brasil e na grande maioria dos países líderes na seara arbitral.

Pense-se em um outro exemplo. Imagine-se uma arbitragem em que uma parte pretende obter uma sentença declaratória a respeito da incidência, no caso concreto, de uma cláusula penal compensatória, inserida em um contrato de transferência de tecnologia (*know-how*). O requerido, porém, afirma que a referida cláusula penal compensatória é nula, pois impõe a título de penalidade uma sanção que excede monetariamente o valor do contrato. Invoca, pois, o art. 412 do Código Civil, segundo o qual “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”. O mencionado dispositivo legal prevê uma matéria que, mais uma vez, não está sob livre disposição das partes. Novamente, a prevalecer o critério da livre disponibilidade, tal como entendido no Direito Privado, o litígio em questão seria inarbitrável.

Em outras palavras, o que se quer dizer com todos estes exemplos é que o fato de uma determinada matéria não estar sob a livre disposição das partes, tal como entendido no Direito Privado, não a torna inarbitrável. A verdade é que a submissão de litígios à arbitragem nunca significou alienar, transacionar ou renunciar em relação a qualquer direito, bem ou interesse, seja ele público ou privado. Parece-nos que, na verdade, não existe uma perfeita correspondência entre os conceitos de disponibilidade normalmente utilizada no Direito Privado e de arbitrabilidade, pois esta última noção se vale de uma aceção mais ampla de disponibilidade do que aquela compreendida no Direito Privado, de modo a abranger dentro do escopo da arbitragem os exemplos acima mencionados.

A nosso ver, a disponibilidade integrante do conceito de arbitrabilidade não é idêntica àquela disponibilidade presente no Direito Privado. A disponibilidade que caracteriza a arbitragem é mais ampla do que aquela normalmente empregada no Direito Privado. Tra-ta-se de um conceito único, específico para a arbitragem, sem correspondente em qualquer outra área do Direito. A disponibilidade contida na seara arbitral e que delimita, em vários ordenamentos jurídicos, a arbitrabilidade de qualquer controvérsia está limitada apenas e tão somente pelo caráter patrimonial da matéria. No caso do Brasil, esta interpretação somente é necessária em casos excepcionais, pois a regra geral do Direito brasileiro já é a adoção exclusiva do

critério da patrimonialidade, em razão de expressa determinação legal. É o que se passa a demonstrar.

4.6.4. Adoção pelo Brasil do critério da patrimonialidade: art. 852 do Código Civil e art. 1.º da Convenção do Panamá de 1975

Como explicado anteriormente, o critério da simples patrimonialidade do direito controvertido parece, na verdade, explicar bem melhor a questão da arbitrabilidade objetiva¹⁰². Trata-se de critério adotado no item 1 do art. 177 da *Loi Fédérale sur le Droit International Privé* suíça, na segunda parte do item 1 do § 1.030 da *Zivilprozessordnung* alemã, no § 1.º do art. 1.676 do *Code Judiciaire* belga e no item 1 do art. 1.º Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa.

Com raras exceções, a doutrina brasileira que até então analisou a arbitrabilidade objetiva não tem dedicado maior atenção ao disposto no art. 852 do Código Civil, lei posterior à Lei de Arbitragem. Em relação à arbitrabilidade objetiva, o art. 852 do diploma material civil dispõe que “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que *não tenham caráter estritamente patrimonial*”. Observe-se que a parte final do dispositivo não repete a fórmula dos “direitos patrimoniais disponíveis”, presente na Lei de Arbitragem, mas fala apenas de questões que “*não tenham caráter estritamente patrimonial*”. *O Código Civil, portanto, é expresso em adotar o critério da mera patrimonialidade*

Diego Franzoni e Fernanda Davidoff defendem expressamente a adoção do critério da patrimonialidade pelo Direito brasileiro, afirmando que “tanto o art. 8.º da LBA quanto os arts. 851 e 852 do CC/2002 denotam a aproximação do direito brasileiro em relação ao modelo alemão, sendo obsoleta, portanto, a regra em virtude da qual a disponibilidade é pressuposto da arbitrabilidade”¹⁰³. O jurista italiano Edoardo Ricci, examinando o Código Civil brasileiro, admite o critério da patrimonialidade na arbitragem brasileira, mas o limita ao compromisso arbitral. Segundo o autor, “se essa interpretação fosse aceita, o modelo alemão seria rejeitado,

quanto à cláusula compromissória, mas aprovado quanto ao compromisso”¹⁰⁴. Da mesma forma que este último autor, Eduardo Damião Gonçalves defende o seguinte:

O artigo 852 do Código Civil aplica-se especificamente ao compromisso arbitral, ao passo que o artigo 1.º da Lei 9.307/1996 refere-se ao compromisso arbitral e à cláusula compromissória. Desse modo, o sistema vigente no Brasil para solução de conflito interno de leis de mesma hierarquia parece permitir a interpretação de que, no tocante ao compromisso arbitral, o citado artigo do Código Civil derogou o disposto na Lei Brasileira de Arbitragem, tanto por ser lei posterior quanto por ser mais específico ao tratar do compromisso do que o artigo 1.º da Lei n.º 9.307/1996, que dá um tratamento geral às duas espécies de convenção de arbitragem¹⁰⁵.

Como se observa, parcela da doutrina já admite, com base no art. 852 do Código Civil, que o Direito brasileiro adotou o critério da patrimonialidade para fins de definir a arbitrabilidade objetiva. *Há, porém, reticências em admitir esta mudança para ambas as espécies de convenção de arbitragem, preferindo-se dizer que o critério da patrimonialidade se aplicaria apenas às arbitragens decorrentes de compromisso arbitral, mas não àquelas oriundas de cláusula compromissória*. Isso porque o art. 852 do diploma material civil se refere, literalmente, apenas ao compromisso arbitral. É verdade. Todavia, isso significaria dar a instrumentos dedicados a criar o mesmo fenômeno jurídico tratamentos bastante diferenciados, situação que indica a necessidade de maior reflexão, porquanto consoante consolidada regra de hermenêutica o resultado da interpretação nunca pode levar ao absurdo.

Apesar de o mencionado dispositivo se referir textualmente apenas ao compromisso arbitral, *temos o entendimento de que a noção de arbitrabilidade nele empregada se dirige, na verdade, ao gênero convenção de arbitragem*, até porque não faria sentido lógico ou jurídico criar uma distinção entre compromisso arbitral e cláusula compromissória com base na arbitrabilidade da matéria. *O que é inarbitrável via cláusula compromissória é inarbitrável via compromisso arbitral e*

vice-versa. Na nossa visão, o art. 852 do Código Civil alterou o próprio critério de arbitrabilidade objetiva no Direito brasileiro. O diploma material civil não alterou o critério de arbitrabilidade apenas para as arbitragens iniciadas a partir do compromisso arbitral, mas para toda e qualquer arbitragem.

Observe-se que sustentar uma diferença de arbitrabilidade objetiva com base na espécie de convenção de arbitragem que dá origem, no caso concreto, ao processo arbitral acaba por deixar uma matéria regulada por norma cogente – a arbitrabilidade objetiva – ao arbítrio exclusivo das partes, que podem transformar a cláusula compromissória em compromisso arbitral e vice-versa conforme bem entenderem.

Não faz sentido lógico, pois ontologicamente não há distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral. A diferença entre as duas espécies de convenção de arbitragem é meramente temporal, a partir do momento em que surge o litígio. A cláusula compromissória se refere a *conflito eventual e futuro*; o compromisso arbitral, a *conflito certo e presente*. Não há diferença entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral que justifique a adoção de diferentes critérios de arbitrabilidade objetiva para essas duas espécies de convenção de arbitragem. O que é mais absurdo nessa hipótese é que, no exemplo acima mencionado, as partes poderiam facilmente contornar a suposta inarbitrabilidade objetiva da matéria celebrando um compromisso arbitral, já que aí sim, segundo o entendimento de alguns autores brasileiros, incidiria o critério da mera patrimonialidade.

Em outras palavras, não parece condizente com a relevância da noção de arbitrabilidade para os Estados soberanos que se possa deixar ao exclusivo alvedrio das partes alterar os critérios de arbitrabilidade objetiva adotados pelo ordenamento jurídico. *Entender que o critério da patrimonialidade somente foi adotado para o compromisso arbitral e não para a cláusula compromissória é deixar ao critério das partes a incidência de um (patrimonialidade) ou de outro (livre disponibilidade) critério conforme suas conveniências de momento.*

Como se não bastasse, cumpre trazer a lembrança que a Convenção do Panamá de 1975 (Decreto n.º 1.902/1996) estatui, literalmente, na primeira parte do art. 1.º

que “é válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas *com relação a um negócio de natureza mercantil*”. A utilização, na parte final do dispositivo, da expressão “negócio de natureza mercantil” representa nada mais nada menos do que a adoção, também por esta fonte convencional, do *critério da patrimonialidade* para definição da arbitrabilidade objetiva.

Em nosso entendimento, portanto, o Direito brasileiro adota exclusivamente, como regra geral, o critério da patrimonialidade para fins de definição da arbitrabilidade objetiva, pouco importando se a arbitragem em concreto tenha fonte em cláusula compromissória ou em compromisso arbitral. Excepcionalmente, como no caso de litígios envolvendo entes públicos, adota-se o critério misto da livre disponibilidade e da patrimonialidade, representado pela expressão “direitos patrimoniais disponíveis”. Mesmo assim, a livre disponibilidade presente nestes casos excepcionais não se identifica com aquela classicamente construída no âmbito do Direito Privado, mas decorre de uma concepção mais ampla própria da disciplina arbitral.

4.6.5. Arbitrabilidade e normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública)

É muito importante fixar uma premissa fundamental no exame da arbitrabilidade objetiva, consistente em afastar a ideia de que a incidência de *normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública)* em determinado caso concreto levaria a sua inarbitrabilidade. Trata-se de tema com grande repercussão no exame da arbitrabilidade não apenas em litígios envolvendo entes públicos e Direito Concorrencial como também Direito Privado, uma vez que o Código Civil brasileiro e a Lei das Sociedades por Ações possuem diversas disposições cogentes (ou imperativas ou de ordem pública).

Destaque-se que a diferença entre os ramos do Direito Público e do Direito Privado no que diz respeito às normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) é meramente *quantitativa*¹⁰⁶. Isso significa, em outras palavras, que

não há uma diferença *qualitativa* entre as normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) no Direito Público e no Direito Privado. Uma norma não é mais cogente ou menos cogente por regular Direito Público ou Direito Privado.

Em ambos os ramos do Direito, as normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) possuem exatamente o mesmo valor, inexistindo qualquer hierarquia entre elas de ramo para ramo do Direito. A norma cogente (ou norma imperativa ou norma de ordem pública) do Direito Privado é tão cogente como a do Direito Público. A análise que se faz neste item, portanto, alcança ambos os ramos do Direito.

A incidência de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) não torna a matéria inarbitrável. A presença de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) em determinado ramo do Direito apenas e tão somente impõe a sua indeclinável aplicação pelo julgador, sem espaço para que as partes possam abrir mão de sua incidência ou modificar-lhe o conteúdo e/ou a eficácia. O que se quer dizer é que tanto no Direito Público quanto no Direito Privado há a incidência de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) e nada disso afeta, em tese, a arbitrabilidade das questões postas em jogo. Nesse sentido, destaque-se a lição de Gary Born:

Nonetheless, the concepts of nonarbitrability and public policy or mandatory law are distinguishable in vitally-important respects. *In particular, although public policies or mandatory laws require that particular substantive rules be applied, they do not necessarily preclude the arbitrability of those mandatory law claims; indeed, in the vast majority of cases, mandatory law and public policy claims and defenses are arbitrable*¹⁰⁷.

Há maior número de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) no Direito Público do que no Direito Privado, mas em ambos os casos se trata, apenas e tão somente, de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública), sem que se possa estabelecer, *a priori*, qualquer distinção hierárquica entre elas, no sentido de que a norma cogente do Direito Público seria

dotada de maior poder de coerção do que a norma cogente do Direito Privado. Esta distinção hierárquica não existe e, por isso, em nenhum dos ramos do Direito a presença de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) é capaz, por si só, de levar à inarbitrabilidade da matéria.

Alexandre Santos de Aragão ensina, neste sentido, que, “sendo juiz de fato e de direito, compete à corte arbitral não apenas decidir quanto à ocorrência ou não dos fatos narrados, mas, igualmente, aplicar todo o direito vigente, tanto as normas supletivas quanto as normas cogentes, de direito privado ou de direito público, a exemplo os atos editados pelas agências reguladoras”¹⁰⁸. Em sequência, o administrativista deixa absolutamente claro que “direito indisponível e ordem pública são, repita-se, conceitos distintos”, pois, “enquanto a ordem pública implica sua obediência pelo árbitro, a indisponibilidade torna inviável a jurisdição arbitral”¹⁰⁹. O autor resume o seu pensamento, com o qual estamos de pleno acordo, na seguinte passagem:

Em suma, a necessidade de aplicar (e toda aplicação de norma é sua interpretação) uma legislação de ordem pública, inclusive atos normativos e deliberativos de agências reguladoras, em nada afeta a arbitrabilidade da controvérsia que, conforme acima esclarecido, diz respeito a direito patrimonial disponível¹¹⁰.

Ricardo de Carvalho Aprigliano, manifestando-se a respeito da diferença entre os conceitos de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) e de arbitrabilidade, considera que “a origem desta confusão está na mistura de conceitos como a indisponibilidade de direitos e o controle da ordem pública, como se fossem fenômenos idênticos, ou umbilicalmente associados”¹¹¹. *A incidência de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) em determinada situação concreta não acarreta violação à ordem pública nem gera, por conseguinte, a inarbitrabilidade da matéria.*

Eduardo Damião Gonçalves explica que “prevalece hoje o entendimento de que a presença de normas imperativas que interessem à ordem pública do país não impede

que os árbitros conheçam do litígio”, pois, ao contrário, “os árbitros devem aplicar as normas imperativas – mesmo que autorizados em julgar o litígio por equidade – e tirar todas as consequências civis do eventual descumprimento dessas normas”¹¹². Também assim, confira-se a passagem de Ricardo Ramalho Almeida:

A exclusão do campo arbitral, *a priori*, de todos os litígios que digam respeito a matérias de interesse da ordem pública é uma opção legislativa excessivamente radical, depreciativa da arbitragem como instituição e descrente da capacidade e aptidão dos árbitros para atuarem no sentido da preservação e tutela do interesse público, da legislação imperativa e dos princípios básicos do ordenamento jurídico. É uma opção que, levada a ferro e fogo, reduziria em muito a viabilidade da adoção da arbitragem como mecanismo efetivo de resolução de litígios, dada a vastidão do campo das regulamentações de caráter cogente, bem como das matérias legislativas sensíveis à ordem pública¹¹³.

Exatamente como menciona o autor supracitado, pode-se dizer que se a incidência de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) em determinadas relações jurídicas pudesse levar, *per se*, à inarbitrabilidade da matéria, pouquíssimos temas poderiam ser submetidos à arbitragem, pois mesmo o ambiente de Direito Privado sempre esteve repleto de diversas disposições cogentes (ou disposições imperativas ou disposições de ordem pública). Atualmente, há várias destas disposições refletidas no Código Civil e na Lei das Sociedades por Ações.

Permita-se repetir dois exemplos já utilizados nos itens anteriores. A decadência legal está prevista não apenas em norma cogente (ou norma imperativa ou norma de ordem pública) como representa matéria que pode ser conhecida de ofício pelo julgador. Isso significa que as partes não podem convencionar a seu respeito, bem como que o julgador – árbitro ou juiz – possui o dever de examiná-la, ainda que as partes não tenham suscitado a questão no curso do processo. Nesse sentido, o Código Civil afirma com todas as letras, no art. 209, que “é nula a renúncia à decadência fixada em lei”, bem como, no art. 210, que “deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei”. Observe-se que isso ocorre mesmo nas

causas lastreadas no Direito Privado.

Não há a menor dúvida, pois, que a decadência legal representa questão regulamentada por norma cogente (ou norma imperativa ou norma de ordem pública) e que pode ser conhecida de ofício, o que nem por isso impede que a decadência legal seja suscitada – como matéria de defesa ou por meio de pedido declaratório deduzido pelo autor na arbitragem – e decidida pelo tribunal arbitral¹¹⁴.

Com efeito, em uma hipotética arbitragem travada entre duas pessoas jurídicas de direito privado a respeito da anulação de determinada cláusula de um contrato de empreitada, nada impediria que uma das partes suscitasse a ocorrência de decadência legal em relação ao direito de anular a mencionada cláusula contratual. Trata-se de norma cogente (ou norma imperativa ou norma de ordem pública) que seria regularmente aplicada pelo tribunal arbitral, o que em nada colocaria em dúvida a arbitrabilidade da matéria. Nem a convenção de arbitragem nem a sentença arbitral seriam inválidas.

Imagine-se, ainda, uma arbitragem em que uma parte pretenda obter uma sentença declaratória a respeito da incidência, no caso concreto, de uma cláusula penal compensatória, inserida em um contrato de transferência de tecnologia (*know-how*). O requerido, porém, afirma que a referida cláusula penal compensatória é nula, pois impõe, a título de penalidade, uma sanção que excede monetariamente o valor do contrato. Invoca, pois, o art. 412 do Código Civil, segundo o qual “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”. O mencionado dispositivo legal representa norma cogente (ou norma imperativa ou norma de ordem pública), pois as partes não podem convencionar a seu respeito, afastando-lhe a incidência e/ou eficácia. Nem por isso, contudo, a matéria é inarbitrável. O tribunal arbitral poderá, naturalmente, enfrentar a questão.

O mesmo se diga em relação à hipótese anteriormente sugerida de uma demanda em que se requer a declaração de nulidade de determinada cláusula contratual. O parágrafo único do art. 168 do Código Civil estatui que “as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das

partes”, bem como o art. 169 do mesmo Código dispõe que “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”. Ambos os dispositivos são normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública), mas nem por isso mostra-se inarbitrável a discussão na arbitragem a respeito da nulidade de determinada cláusula contratual.

*Em outras palavras, o que se quer dizer com todos estes exemplos é que o fato de a matéria ser regulamentada por norma cogente (ou norma imperativa ou norma de ordem pública) em nada afeta-lhe a arbitrabilidade, pouco importando que se trata de matéria sujeito ao Direito Público ou ao Direito Privado. Este fenômeno pode ocorrer no Direito Civil, no Direito Comercial, nas relações submetidas à Lei de Representação Comercial, nas relações locatícias, nos conflitos envolvendo a Administração Pública, em matérias relacionadas a Direito Concorrencial (*Antitrust*) etc.*

Para fins de arbitrabilidade, a diferença entre as normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) no Direito Público e no Direito Privado é meramente quantitativa e não qualitativa. E em ambos os casos elas não representam qualquer impedimento à arbitrabilidade da matéria. Registre-se, apenas, que boa parte da confusão às vezes presente entre as noções de arbitrabilidade objetiva e norma cogente (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) se deve à adoção do critério da livre disponibilidade para explicar a arbitrabilidade. Como se destacou no item anterior, essa mistura de conceitos inexistente quando se adota o critério da patrimonialidade para definição da arbitrabilidade objetiva, tal como ocorre no Brasil, em razão do disposto no art. 852 do Código Civil.

A presença de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) em determinada relação jurídica significa apenas e tão somente que os árbitros devem aplicá-las, ignorando eventual acordo das partes em sentido contrário ao conteúdo dessas previsões legais. *A bem da verdade, a questão da natureza cogente ou dispositiva das normas diz mais respeito ao poder de disposição das partes e não exatamente à tarefa do julgador.* O julgador, árbitro ou juiz, deve aplicar as normas incidentes ao caso, tenham elas natureza cogente ou natureza

dispositiva. A diferença é que, no caso das normas dispositivas, o julgador precisa ficar atento para saber se as partes alteraram o conteúdo dessas normas. No caso das normas cogentes, a aplicação será automática, pouco importando sua eventual alteração consensual pelas partes.

-
- 1 Eduardo Damião Gonçalves conceitua a arbitrabilidade da seguinte forma: “A faculdade de um litígio ser resolvido por arbitragem ou a aptidão de um litígio ser objeto de uma arbitragem é o que se chama arbitrabilidade” (GONÇALVES Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 8).
 - 2 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthe *International commercial arbitration*. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer, 1999. p. 330.
 - 3 BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on international arbitration*. 6th ed. The Hague: Oxford University Press, 2015. p. 2.127. António Sampaio Caramelo aduz, neste sentido, que “é certo que a definição das matérias que podem ser submetidas a arbitragem resulta de razões de carácter político, económico, social ou moral – que são, aliás, diferentemente valoradas pelas diversas ordens jurídicas” (CAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018).
 - 4 LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer, 2003. p. 198.
 - 5 LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer, 2003. p. 198.
 - 6 GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 32.
 - 7 GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 157.

- 8 YOUSSEF, Karim. The death of inarbitrability. In: MISTELIS, Loukas A BREKOULAKIS, Stavros (Ed.) *Arbitrability: international & comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 47-67. Antônio Sampaio Caramelo também idêntica esta tendência de ampliação dos limites da arbitrabilidade: “Quaisquer que sejam os métodos utilizados para determinar os litígios que podem ser submetidos a arbitragem e aqueles em que tal é vedado, o que na generalidade do Estados se verifica é que essa linha divisória tem vindo a deslocar-se, com grande nitidez, no sentido do alargamento das categorias de controvérsias que podem ser resolvidas por árbitros” (CAMELO, Antônio Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018).
- 9 BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer, 2014. p. 972.
- 10 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthe *International commercial arbitration*. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer, 1999. p. 330-331.
- 11 LEW, Julian D. M.; MARSDEN, Oliver. Arbitrability. In: LEW, Julian D. M.; BOI Harris et al. (Ed.). *Arbitration in England*. The Hague: Kluwer, 2013. p. 399.
- 12 BREKOULAKIS, Stavros L. On arbitrability: persisting misconceptions and new areas of concern. *Arbitrability: international & comparative perspectives*. In: _____; MISTELIS, Loukas A. (Ed.) *Arbitrability: international & comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 44.
- 13 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. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 14 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthe *International commercial arbitration*. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer, 1999. p. 311.
- 15 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthe *International commercial arbitration*. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer, 1999. p. 311.

- 16 LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer, 2003. p. 187.
- 17 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthe. *International commercial arbitration*. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer, 1999. p. 311.
- 18 LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 8, abr.-jun. 2000. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 19 LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 8, abr.-jun. 2000. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 20 HANOTIAU, Bernard. The law applicable to arbitrability. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *ICCA Congress Series*. The Hague: Kluwer, 1999. v. 9, p. 146.
- 21 Eduardo Damião Gonçalves conceitua a arbitrabilidade da seguinte forma: “A faculdade de um litígio ser resolvido por arbitragem ou a aptidão de um litígio ser objeto de uma arbitragem é o que se chama arbitrabilidade” (GONÇALVES Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 8).
- 22 HANOTIAU, Bernard. The law applicable to arbitrability. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *ICCA Congress Series*. The Hague: Kluwer, 1999. v. 9, p. 147.
- 23 LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 51.
- 24 NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: _____. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53 e 36.
- 25 GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 41-53.
- 26 GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 12.
- 27 ARFAZADEH, Homayoon. Arbitrability under the New York Convention: the le

fori revisited. *Arbitration International*, London: Kluwer, 2001, v. 17, n. 1, p. 80 apud GONÇALVES, Eduardo Damião *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 12.

- 28 BREKOULAKIS, Stavros L. On arbitrability: persisting misconceptions and ne areas of concern. *Arbitrability: international & comparative perspectives*. In: _____; MISTELIS, Loukas A. (Ed.) *Arbitrability: international & comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 36.
- 29 BREKOULAKIS, Stavros L. On arbitrability: persisting misconceptions and ne areas of concern. *Arbitrability: international & comparative perspectives*. In: _____; MISTELIS, Loukas A. (Ed.) *Arbitrability: international & comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 39.
- 30 BREKOULAKIS, Stavros L. On arbitrability: persisting misconceptions and ne areas of concern. *Arbitrability: international & comparative perspectives*. In: _____; MISTELIS, Loukas A. (Ed.) *Arbitrability: international & comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 44.
- 31 A versão em francês é a seguinte: “On ne peut compromettre sur les questions d’état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l’ordre public”.
- 32 A versão original em francês é a seguinte : “L’arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties”.
- 33 A versão original em francês é a seguinte: “Toute cause de nature patrimoniale peut faire l’objet d’un arbitrage”.
- 34 BASSIRI, Niuscha; PIERS, Maud. In: BASSIRI, Niuscha; DRAYE, Maarten Draye (Ed.). *Arbitration in Belgium*. The Hague: Kluwer, 2016. p. 20. Em sentido parcialmente diverso, António Sampaio Caramelo entende que o Direito belga adotou o critério da transigibilidade: “Nas legislações de alguns países (por exemplo, o Direito belga e o Direito italiano antes da reforma de 2003), o critério de arbitrabilidade adoptado é o da transigibilidade do direito controvertido, que substancialmente equivale ao anteriormente referido, visto que a possibilidade de as partes celebrarem transacção sobre o direito controvertido depende de elas poderem dele dispor (v. art. 1.249.º do Código Civil português)” (CARAMELC António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema

Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018). Parece-nos que o principal critério adotado pela legislação belga é, na verdade, o da patrimonialidade, na mesma linha das legislações suíça e alemã.

- 35 BARROCAS, Manuel Pereira. *Lei de arbitragem comentada*. Coimbra: Almedina 2013. p. 26.
- 36 O art. 10 da legislação espanhola, intitulado “Arbitraje testamentario”, prevê o seguinte: “También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”.
- 37 O art. 59 da mencionada lei argentina dispõe o seguinte: “Tribunales Arbitrales. La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables compondores o árbitros de derecho común, según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias propongan las asociaciones de consumidores o usuarios y las cámaras empresarias. Dichos tribunales arbitrales tendrán asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en todas las ciudades capitales de provincia. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral”.
- 38 *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003).
- 39 A primeira parte do item 2 do § 1.030 da ZPO dispõe, em alemão, o seguinte: “Ein Schiedsvereinbarung über Rechtsstreitigkeiten, die den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum im Inland betreffen, ist unwirksam”. A tradução oficial em inglês é a seguinte: “An arbitration agreement regarding legal disputes arising in the context of a tenancy relationship for residential space in Germany is invalid”. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de>>.
- 40 GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria pública privada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 1, v. 2, maio-ago. 2004. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 41 GRION, Renato Stephan. Breves notas sobre a participação do Estado em arbitragem comercial. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Mariste

- AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.) *Arbitragem e comércio internacional: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 861.
- 42 NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: _____. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53.
- 43 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. p. 96; e DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 75-76.
- 44 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 200 p. 37.
- 45 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 200 p. 37.
- 46 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2011. p. 92.
- 47 MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral*. 3. ed. Curitiba: Juruá 2015. p. 42.
- 48 NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: _____. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 54.
- 49 Conforme leciona Antonio do Passo Cabral, a convenção processual “é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 68). Segundo Leonardo Greco, convenções processuais são “todos os atos bilaterais praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo ou para nele produzirem efeitos, subtraindo-se da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subsequentes” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa e Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, L Manoel. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008. p.

291).

- 50 Neste sentido, confirmando a capacidade de contratar dos entes despersonalizados confira-se a lição de Carlos Roberto Gonçalves: “A circunstância de o aludido dispositivo aludir ao condomínio como adquirente dos bens levados ao leilão final não confere a este, por si só, os atributos de pessoa jurídica. A situação é similar à do espólio que, embora também não tenha personalidade jurídica, é representado pelo inventariante, comparece em escritura de alienação e adquire direitos; ou da massa falida, igualmente representada e à qual é reconhecida a faculdade de cumprir contratos bilaterais de que resulta eventualmente a aquisição de direitos” (GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5, p. 402).
- 51 Segundo Antonio do Passo Cabral, “a capacidade de ser parte no processo (capacidade de direito ou de aquisição) é a aptidão genérica para ser sujeito de direitos processuais” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 274).
- 52 Consoante leciona Antonio do Passo Cabral, “a capacidade de estar em juízo (ou capacidade de fato) é a possibilidade de exercício autônomo de situações processuais ativas)” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 276).
- 53 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 33, jan.-mar. 1984. Disponível em: <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 54 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 33, jan.-mar. 1984. Disponível em: <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 55 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 275.
- 56 A Lei n.º 13.146/2015 alterou o Código Civil e passou a estabelecer, no art. 6.º, que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I – casar-se e constituir união estável; II – exercer direitos sexuais e reprodutivos; III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI – exercer o direito à guarda, à

tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

- 57 NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: _____. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53.
- 58 NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: _____. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53.
- 59 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 200 p. 37.
- 60 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2011. p. 92.
- 61 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2011. p. 92.
- 62 BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11.
- 63 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio *Manual de arbitragem*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 21.
- 64 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio *Manual de arbitragem*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 21-22.
- 65 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio *Manual de arbitragem*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 22.
- 66 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. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 67 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. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 68 CAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018.

- 69 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. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 70 GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 166.
- 71 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. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 72 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. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 73 GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 169.
- 74 CAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 75 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. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 76 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. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 77 CAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 78 CAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios

Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018.

- 79 CARAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 80 O autor faz menção aos seguintes países: “É o que acontece, nomeadamente, nas ordens jurídicas francesa, italiana (antes da reforma que, em 2003, criou neste país um regime especial para a arbitragem de litígios societários), espanhola e holandesa, sendo também, a meu ver, o que deve entender-se face ao art. 1.º da actual Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa” (CARAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018). Em seguida, o autor faz uma consideração específica em relação à França: “Em França, entende-se, de modo praticamente unânime, que as acções tendentes a fazer declarar a nulidade de um contrato de sociedade não podem ser decididas por um tribunal arbitral, dado que a nulidade aí invocada tem carácter de ordem pública” (CARAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018).
- 81 Segundo Antonio Sampaio Caramelo, “por isso é que, em diversas ordens jurídicas que delimitam o campo da arbitrabilidade com base no critério da disponibilidade do direito as acções tendentes a obter a declaração da nulidade de contratos de sociedade ou deliberações de órgãos sociais têm sido consideradas como inarbitráveis”. (CARAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018).
- 82 CARAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018.

- 83 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. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 84 CAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 85 BÄRTSCH, Philippe; PETTI, Angelina M. *International arbitration in Switzerland: a handbook for practitioners*. Edited by Elliott Geisinger and Nathalie Voser. 2nd ed. The Hague: Kluwer, 2013. p. 37.
- 86 BÄRTSCH, Philippe; PETTI, Angelina M. *International arbitration in Switzerland: a handbook for practitioners*. Edited by Elliott Geisinger and Nathalie Voser. 2nd ed. The Hague: Kluwer, 2013. p. 37.
- 87 Apenas a título de exemplo, indiquem-se três trabalhos em que o conceito de arbitrabilidade objetiva é profundamente debatido e comparado às ideias de patrimonialidade, livre disponibilidade, transação e ordem pública: 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. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 fev. 2018; CAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018; e GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, *passim*.
- 88 MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 03.
- 89 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 90 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 38-39.
- 91 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São

- Paulo: Malheiros, 2013. p. 75.
- 92 DINAMARCO, Cândido Rangel *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 75-76.
- 93 MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral*. 3. ed. Curitiba: Juruá 2015. p. 43.
- 94 MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral*. 3. ed. Curitiba: Juruá 2015. p. 43.
- 95 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2011. p. 93.
- 96 GUERRERO, Luis Fernando *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 44.
- 97 BERALDO, Leonardo de Faria *Curso de arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.
- 98 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio *Manual de arbitragem*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 24-25.
- 99 MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, abr. 2005. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 100 GONÇALVES, Eduardo Damião *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 177.
- 101 CAMELO, Antônio Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: Revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 18 fev. 2016.
- 102 Também neste sentido, confira-se a lição de Antônio Sampaio Camelo: “A meu ver, o critério que, com maior facilidade e congruência, permite determinar as controvérsias arbitráveis, é o da natureza patrimonial do interesse controvertido que foi acolhido, em primeiro lugar, pela Lei Suíça de Direito Internacional Privado de 18.12.1987, para as arbitragens internacionais” (CAMELO Antônio Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 14 fev. 2018).

Concordando que o critério da patrimonialidade é o critério mais adequado, confira-se: 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. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 14 fev. 2018; e GONÇALVES, Eduardo Damião *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, *passim*.

103 FRANZONI, Diego; DAVIDOFF, Fernanda. Interpretação do critério de disponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o Poder Público. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 11, v. 41, abr.-jun. 2014. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 14 fev. 2018.

104 RICCI, Edoardo Flavio. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. In: CARMONA Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira (Coord) *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares* São Paulo: Atlas, 2007. p. 411.

105 GONÇALVES, Eduardo Damião *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 175.

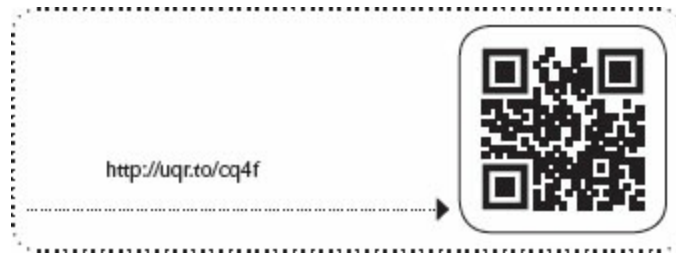
106 É de registrar que a tradicional dicotomia entre Direito Público e Direito Privado advinda do Direito Romano, não passa hoje imune a críticas, pois, conforme afirma Tercio Sampaio Ferraz Jr., “a distinção entre a esfera pública e a privada, confusa e sem nitidez, faz da separação entre direito público e privado tarefa difícil de realizar-se” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 109). De toda forma, esta classificação serve para informar que as disciplinas pertencentes ao ramo do Direito Público (Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Processual) são, em regra, irrigadas por normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) em muito maior quantidade do que aquelas disciplinas integrantes do ramo do Direito Privado (Direito Civil, Direito Comercial).

107 BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer, 2014. p. 949.

108 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 14 fev. 2018.

- 109 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 14 fev. 2018.
- 110 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 14 fev. 2018.
- 111 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas 2011. p. 44.
- 112 GONÇALVES, Eduardo Damião *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 164.
- 113 ALMEIDA, Ricardo Ramalho *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 81.
- 114 A respeito da diferença entre questões que podem ser conhecidas de ofício e questões de ordem pública, consulte-se: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. passim, especialmente p. 107-135.

ARBITRAGEM E DIREITO DO CONSUMIDOR



5.1. INTRODUÇÃO

A arbitragem no Brasil desenvolveu-se, especialmente, como em outras jurisdições, tendo como objeto conflitos de maior complexidade técnica ou mais elevado impacto econômico. Os atores normalmente são pessoas jurídicas e as matérias envolvem questões variadas a respeito de contratos empresariais, disputas societárias, contratos complexos de construção etc. *Apesar desse perfil mais comum, não há nenhum empecilho de ordem principiológica à utilização da via arbitral, notadamente associada com a utilização de técnicas estruturadas de mediação, para resolução de conflitos de menor impacto econômico, notadamente aqueles decorrentes de contratos de adesão sujeitos às normas do Código de Defesa do Consumidor.*

Aliás, é importante dizer que a experiência internacional¹ demonstra que essa área também é um campo fértil para a adoção do juízo arbitral. Como explica Giovanni Verde, “il ricorso all’arbitrato è, negli ordinamenti democratici, la necessaria e non sopprimibile conseguenza del riconoscimento dell’autonomia privata”². E a autonomia privada, indiscutivelmente, também está presente nas relações de consumo.

Na doutrina brasileira, há uma corrente que nega *tout court* a regularidade das cláusulas compromissórias inseridas em contratos de adesão submetidos à disciplina da Lei n.º 8.078/1990, pois se presume um *substancial desequilíbrio entre*

fornecedores e consumidores com reflexos proporcionais na estrutura do processo arbitral. Outra corrente, porém, defende a viabilidade do instituto sem tecer maiores considerações a respeito da natural *posição de inferioridade do consumidor na relação negocial*. Como na maioria das relações de consumo o consumidor está em posição de inferioridade em relação ao fornecedor de bens ou serviços, há que ter muita cautela no enfrentamento do tema.

Cumprir examinar neste capítulo, a partir da interpretação do § 2.º do art. 4.º da Lei n.º 9.307/1996, a possibilidade de utilização da arbitragem nos contratos de adesão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, considerando, sempre, as ressalvas próprias do sistema consumerista. O enfrentamento do tema, sob esse ponto de vista, é necessário para que não se exclua, prévia e peremptoriamente, a via arbitral nessas questões e, ao mesmo tempo, para que ela não seja indevidamente utilizada, em prejuízo da parte mais fraca.

5.2. DIREITO DO CONSUMIDOR É DIREITO PATRIMONIAL (E DISPONÍVEL)

As relações de consumo, não obstante sujeitas a normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública)³, ostentam evidente *natureza patrimonial*, o que, consoante já esclarecido nos itens precedentes, já se mostra suficiente para atender aos requisitos da arbitrabilidade objetiva no Direito brasileiro, *ex vi* do art. 852 do Código Civil. Não obstante a livre disponibilidade não seja um critério adotado pelo ordenamento jurídico nacional para fins de definição da arbitrabilidade objetiva, cumpre registrar, de toda forma, que os direitos do consumidor são também disponíveis.

No Brasil, ademais, é importante destacar que o art. 4.º do Código de Defesa do Consumidor, ao traçar a Política Nacional das Relações de Consumo, incentiva a criação de “mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo”. Trata-se de norma principiológica, que serve, conforme bem destacado por Claudia Lima Marques, para “iluminar todas as outras normas do microsistema”⁴.

A Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei n.º 9.099/1995), foro em que imperan

os conflitos decorrentes de relações de consumo, **recomenda também a adoção do juízo arbitral nos arts. 24⁵, 25⁶ e 26⁷** *Como se vê, além da norma principiológica, diplomas legislativos de grande repercussão na área do Direito do Consumidor preveem a arbitragem como método de resolução desses conflitos.*

Apesar da absoluta clareza da legislação em vigor, a **maior parte da doutrina consumerista, contudo, afasta-se desse norte legislativo e interpretativo e defende a incompatibilidade da arbitragem nas relações de consumo com base no art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que [...] determinem a utilização compulsória de arbitragem”**. Também há argumentos baseados na vulnerabilidade do consumidor, na boa-fé e na equidade que deve estar presente nas relações de consumo.

José Geraldo Brito Filomeno, ao tratar do tema, aduz que “parece-nos incompatível, em princípio, o novo juízo arbitral, com os marcos angulares da filosofia consumerista, notadamente aqueles consubstanciados pelo inc. I do art. 4.º retromencionado, e incs. IV e VII de seu art. 51⁸. Defendendo o mesmo ponto de vista, Leonardo Roscoe Bessa afirma que “a instituição da arbitragem em contratos de adesão é extremamente desvantajosa para o consumidor, e, portanto, nula de pleno direito”⁹. Comungando desse entendimento, confira-se a posição de Cláudia Lima Marques:

As cláusulas contratuais que imponham a arbitragem no processo criado pela Lei de 1996 devem ser consideradas abusivas, forte no art. 4.º, I e V, e art. 51, IV e VII, do CDC, uma vez que a arbitragem não estatal implica privilégio intolerável que permite a indicação do julgador, consolidando um desequilíbrio, uma unilateralidade abusiva ante um indivíduo tutelado justamente por sua vulnerabilidade presumida em lei. No sistema da nova Lei (arts. 6.º e 7.º da Lei 9.307/1996), a cláusula compromissória prescinde do ato subsequente do compromisso arbitral. Logo, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral, via sentença judicial, com um só árbitro (que pode ser da confiança do contratante mais forte, ou por este remunerado); logo, se imposta em contrato de adesão ao

consumidor, esta cláusula transforma a arbitragem “voluntária” em compulsória, por força da aplicação do processo arbitral previsto na nova lei¹⁰.

Em sentido oposto, Selma Ferreira Lemes deixa claro que “não existe nenhuma proibição em solucionar controvérsias consumeristas por arbitragem”¹¹. Carlos Alberto Carmona, da mesma forma, é enfático ao dizer que “as relações jurídicas de que trata o Código de Defesa do Consumidor podem ensejar instauração de juízo arbitral”¹². O autor ainda fundamenta seu posicionamento na evidência de que os direitos do consumidor são patrimoniais e disponíveis, o que afasta qualquer objeção à arbitragem nessa matéria:

O fato que interessa aqui frisar diz respeito à disponibilidade da relação jurídica que envolve consumidor e fornecedor de bens e serviços. Ninguém parece duvidar que podem as partes, diante de litígio que diga respeito a fornecimento de bens e serviços, transigir, desistir, renunciar aos respectivos direitos, o que demonstra, de modo claro, não estar excluída a possibilidade da solução arbitral¹³.

A doutrina arbitralista segue essa posição, isto é, defende a possibilidade de resolução de conflitos entre fornecedores e consumidores pela via arbitral, variando, contudo, quanto aos fundamentos: alguns consideram que a Lei de Arbitragem revogou o Código de Defesa do Consumidor no que tange ao dispositivo que proibiria a arbitragem, razão pela qual a arbitragem seria permitida; e outros consideram que os dois diplomas legais convivem harmonicamente, o que também permitiria a utilização da arbitragem, desde que não fosse compulsoriamente.

Considerando que o § 2.º do art. 4.º da Lei de Arbitragem revogou, por ser lei posterior, o inciso VII do art. 51 do estatuto consumerista, Humberto Theodoro Júnior afirma que “embora não mais se vede a inserção de cláusula compromissória nos contratos alcançados pelo Código de Defesa do Consumidor, instituiu-se um regime formal específico para melhor acautelar os interesses da parte fraca nas relações de consumo”¹⁴. Também assim, Selma Ferreira Lemes defende que “a nova lei de

arbitragem (Lei n.º 9.307/1996) revogou referido dispositivo, já que a abordagem é nova e as premissas diferentes”¹⁵.

Defendendo interpretação harmônica entre os dois mencionados dispositivos, Nelson Nery Jr. ensina que “ambos os dispositivos legais permanecem vigorando plenamente”, razão pela qual “**é possível, nos contratos de consumo, a instituição de cláusula de arbitragem, desde que obedecida, efetivamente, a bilateralidade na contratação e a forma da manifestação da vontade, ou seja, de comum acordo (gré à gré)**”¹⁶.

A razão realmente parece estar com este último autor, pois a Lei n.º 8.078/1990 veda apenas a utilização compulsória da arbitragem, o que não significa que ela não possa ser válida e livremente pactuada entre as partes para solução de conflitos decorrentes de relações de consumo, desde que observados os requisitos exigidos pela própria Lei de Arbitragem e as normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) impostas pelo estatuto consumerista. Exatamente nesse sentido, Fátima Nancy Andrichi explica que “o Código de Defesa do Consumidor veda a ‘utilização compulsória da arbitragem’, o que não significa impedir o consumidor de buscar a resolução de suas controvérsias por meio do procedimento arbitral”¹⁷. *As normas, por conseguinte, convivem harmonicamente*

*Observe-se, ademais, que a interpretação a contrario sensu do inciso VII do art. 51 da Lei n.º 8.078/1990 indica que, não sendo determinada compulsoriamente, é possível instituir-se a arbitragem para solução de litígios consumeristas*¹⁸. Além disso, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro conspira a favor da validade da arbitragem na resolução de conflitos entre fornecedores e consumidores, pois, além de configurar princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, os diplomas legais de maior repercussão na área do Direito do Consumidor recomendam o uso da arbitragem, conforme já visto acima.

Esclareça-se, ainda, que a arbitragem é simplesmente um método de resolução de conflitos, tal como a jurisdição estatal, que não exige qualquer prévia alienação, transação ou renúncia a bens jurídicos ou direitos subjetivos materiais de quaisquer das partes, razão pela qual ela não pode ser encarada, de forma precipitada, como

fonte de prejuízos aos consumidores. E, como método de resolução de conflitos que é, conforme bem anota Rodrigo Garcia da Fonseca, a arbitragem “permite a produção de provas, o exercício do contraditório, agasalha todas as salvaguardas do devido processo legal”¹⁹. As objeções de ordem abstrata à arbitragem nas relações de consumo, portanto, não devem prosperar, com o devido respeito às opiniões em contrário.

5.3. EXAME DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA INSERIDA EM CONTRATOS DE ADESÃO SUBMETIDOS À DISCIPLINA DA LEI N.º 8.078/1990

Como se destacou no último item, as objeções de ordem abstrata à arbitragem nas relações de consumo não se justificam. *Os direitos do consumidor são patrimoniais (e disponíveis), razão pela qual não há nenhum impedimento teórico à resolução de conflitos daí decorrentes pela via arbitral, que nada mais é do que um método de composição de litígios em que se asseguram às partes todas as garantias processuais inerentes ao devido processo legal.* A incidência de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) também não representa obstáculo à solução arbitral, bastando que o árbitro as observe na condução e julgamento da causa, como, aliás, deve observar igualmente as normas dispositivas.

É preciso reconhecer, todavia, que na prática o instituto pode ser utilizado de forma abusiva. Não se pode fechar os olhos à realidade. Atenta à questão, Fátima Nancy Andrichi observa que “ainda é incipiente a adoção da arbitragem para resolver conflitos de consumo, contudo, **já se tem notícia da má utilização do procedimento arbitral pelos fornecedores de serviço ou produto**”²⁰. **Em razão disso, a Lei de Arbitragem condicionou a validade e a eficácia da cláusula compromissória em contratos de adesão a certos requisitos e determinados fatores adicionais**²¹. Além disso, o próprio sistema de garantias do Código de Defesa do Consumidor impõe a observância de algumas normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) na arbitragem envolvendo relações de consumo.

De forma geral, **a origem da proteção dada pela lei**, expressa e genericamente,

ao consumidor, conforme se vê em diversos dispositivos da Lei n.º 8.078/1990, decorre diretamente da sua normal e natural incapacidade, ou dificuldade, de negociar, caso a caso, as cláusulas específicas dos contratos de consumo. O mesmo fenômeno se aplica à cláusula compromissória inserida unilateralmente em contrato de consumo pelo fornecedor.

O reconhecimento de tal realidade fez que os estudiosos da matéria adotassem posição no sentido de garantir ao consumidor que, enxergando a arbitragem como o método de resolução de litígios mais adequado para seu específico problema, pudesse, por meio de uma nova manifestação de vontade, consciente e expressa, escolhê-la em detrimento da via jurisdicional estatal. A posição, que abandona conceitos antiquados que discriminam os consumidores, ao taxá-los aprioristicamente como cidadãos relativamente capazes, acabou por ser alçada à esfera legislativa.

Nesse contexto, o § 2.º do art. 4.º da Lei de Arbitragem dispõe que a cláusula compromissória inserida em contratos de adesão – nos quais se compreende a quase totalidade dos contratos de consumo – “só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula”²². A partir da primeira conjunção alternativa “ou” utilizada pelo texto legal, podemos identificar duas hipóteses: (i) uma quando o próprio consumidor toma a iniciativa de instituir a arbitragem e (ii) outra quando a iniciativa é do fornecedor, caso em que o consumidor precisará concordar expressamente²³.

Na hipótese de o próprio consumidor tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, não existem maiores dúvidas quanto à plena regularidade do processo arbitral. Afinal, a iniciativa do consumidor serve de prova de que ele atua com liberdade, consciência e autonomia na manifestação de sua vontade. Evidentemente que, nessa hipótese, o consumidor não deverá lograr êxito caso posteriormente pretenda invalidar a decisão arbitral que lhe tenha sido desfavorável, alegando a nulidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. A boa-fé, como se sabe, é uma via de mão dupla, sempre atenta aos comportamentos contraditórios das partes,

inclusive nas relações de consumo, sejam elas fornecedoras, sejam elas consumidoras. Consumidor não é civilmente incapaz e deve naturalmente cumprir as obrigações que livre e conscientemente assumiu. Excesso de proteção a um consumidor, gera desproteção a todo o sistema.

No caso de o fornecedor tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, a matéria se torna bem mais complexa e a observância dos requisitos de validade e fatores de eficácia adicionais previstos na Lei de Arbitragem, bem como o respeito às normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) impostas pelo estatuto consumerista são fundamentais. Nessa hipótese, não há prova antecipadamente constituída da liberdade, consciência e autonomia da manifestação de vontade do consumidor, que se vê convocado a participar de um processo arbitral, normalmente intimado a comparecer a determinada sessão para assinar o compromisso arbitral ou mesmo participar de uma audiência prévia. Trata-se de circunstância que exige maior cautela do intérprete.

A maioria da doutrina arbitralista, ao interpretar o § 2.º do art. 4.º da Lei n.º 9.307/1996, defende que a regularidade da cláusula compromissória nos contratos de adesão, no caso de a arbitragem ser iniciada por iniciativa do fornecedor, depende simplesmente do atendimento dos requisitos de validade, ligados à forma, previstos no mencionado dispositivo legal. Em outras palavras, a cláusula compromissória precisaria estar escrita em documento anexo ou em negrito, bem como constar assinatura ou visto do consumidor especialmente para ela. Interpreta-se o texto legal apenas sob o ângulo da validade, sem ingressar, contudo, no plano da eficácia, que, segundo nossa visão, também possui assento na lei.

Carlos Alberto Carmona, comentando esses requisitos de validade da cláusula compromissória, considera que “é fácil perceber que este segundo critério adotado pelo legislador não traz garantia alguma para o oblato, que continuará sujeito à vontade do contratante mais forte”²⁴. Da mesma forma, Nilton César Antunes da Costa é enfático ao dizer que “seria muita ingenuidade afirmar que basta a cláusula compromissória estar escrita em negrito ou em documento anexo com a assinatura ou visto especial do aderente para que ela tenha plena validade e eficácia”, pois,

continua o autor em sua lição, “tal condição pode ser imposta unilateralmente pelo predisponente com a ‘concordância expressa’ do aderente na forma ora descrita”²⁵.

Realmente, os requisitos de validade previstos na Lei de Arbitragem não protegem efetivamente o consumidor, pois, em geral, dificilmente o simples destaque em negrito da cláusula e a assinatura específica farão com que o consumidor tenha certeza de manifestar sua vontade em prol da opção pela via arbitral. Na prática, o consumidor poderá considerar simplesmente que se trata de mais uma cláusula em negrito no contrato ou que precisa assinar em mais algum lugar no instrumento contratual, sem necessariamente compreender corretamente o significado de sua escolha. Não é essa a proteção que se espera seja dedicada ao consumidor, cuja matriz é constitucional (arts. 5.º, XXXII, 170, V, e 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Cumprido destacar, neste contexto, a importante proposta apresentada pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do *Anteprojeto de Reforma da Lei de Arbitragem*. Na versão aprovada no Congresso Nacional, o Projeto de Lei criava o § 3.º do art. 4.º da Lei n.º 9.307/1996, segundo o qual “na relação de consumo estabelecida por meio de contrato 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”. A proposta concedia, pois, muito mais proteção ao consumidor.

Não obstante, a proposição foi vetada pela Presidência da República, sob a justificativa de que a inovação autorizaria de forma ampla a arbitragem nas relações de consumo “sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato”. Por conseguinte, continua a mensagem de veto, “em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor”. *Data maxima venia*, a inovação legal parece não ter sido compreendida, já que pela redação proposta haveria necessidade de concordância do consumidor quando do

surgimento do conflito, seja pela instauração por ele mesmo da arbitragem, seja pela aquiescência, nesse momento ulterior, quando da sua instituição por iniciativa da parte contrária, ou seja, pelo fornecedor.

Diante do quadro legislativo atual, consideramos que, no caso de arbitragem iniciada pelo fornecedor de produtos e serviços, a observância dos *requisitos de validade* previstos no § 2.º do art. 4.º da Lei de Arbitragem *não é suficiente*, por si só, para garantir a regularidade da escolha pela via arbitral. Claro que esses requisitos ligados à forma precisam ser observados, mas, além disso, impõe-se o atendimento dos *fatores de eficácia* exigidos pelo referido dispositivo.

5.4. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO DAS CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS INSERTAS EM CONTRATOS DE CONSUMO

O mero atendimento aos *requisitos de validade* impostos pelo § 2.º do art. 4.º da Lei de Arbitragem não garante, como se disse acima, a adequada tutela do consumidor. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, corretamente, tem se mostrado sensível a isso e construído uma linha de entendimento bastante adequada para tratar dessas matérias, consoante se passa a expor.

O primeiro acórdão a tratar do tema data de 2007, quando a Terceira Turma do Tribunal enfrentou uma demanda que versava sobre a rescisão de contrato de adesão de venda e compra de imóvel, celebrado entre o adquirente-consumidor e o construtor-fornecedor. O acórdão consignou que “é nula a cláusula de convenção de arbitragem inserta em contrato de adesão, celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor”, uma vez que, conforme consta do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, “nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, o consumidor não discute o conteúdo do contrato”, razão pela qual “a construtora impôs como condição para celebração do contrato, a aceitação dessa cláusula compromissória, não houve liberdade de opção em relação a ela”²⁶.

Posteriormente, em 2011, a Quarta Turma do Tribunal, em acórdão da lavra do Ministro Aldir Passarinho Junior, referendou decisão de origem no sentido de que é “vedada a imposição compulsória de cláusula arbitral em contratos de adesão firmados sob a vigência do Código de Defesa do Consumidor”²⁷.

Em 2012, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça voltou a enfrentar a matéria em acórdão bastante relevante, sob a relatoria da Ministro Nancy Andriahi. O acórdão registra que “o art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral”. Além disso, a decisão traça uma didática explicação do que considera os três regimes de cláusulas compromissórias – contratos civis, contratos de adesão e contratos de consumo – idealizados pela Lei de Arbitragem:

Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4.º, § 2.º, da Lei n.º 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4.º, § 2.º, da Lei n.º 9.307/96²⁸.

Por fim, em março de 2016, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão absolutamente completa a respeito da matéria, seguindo o voto condutor do Ministro Luis Felipe Salomão. Primeiramente, a decisão consigna que “o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ac revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios”, sendo certo, contudo, que a legislação consumerista ressalva “a forma de imposição da cláusula

compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva”. Diante dessa constatação, o acórdão considera que “não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4.º, § 2.º, da Lei n. 9.307/96”.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça registra que “a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira”, pois, continua o acórdão, “a propositura da arbitragem pelo polícitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão”. O *decisum* ressalva, porém, corretamente, que “há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção”.

O Superior Tribunal de Justiça deixa expresso que com esse seu entendimento “evita-se qualquer forma de abuso, na medida em o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor”. Isso porque, continua o acórdão, “a recusa do consumidor não exige qualquer motivação”, razão pela qual “propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória”. Em conclusão, o acórdão consigna o seguinte:

Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso²⁹.

Em 2018, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou o caso *Venicio Antonio de Oliveira Junior v. Lourenco* e repetiu as premissas fixadas nos dois acórdãos acima mencionados (REsp n.º 1.169.841/RJ e REsp n.º 1.189.050/SP) com uma relevante diferença. Nesse caso, ao contrário dos demais, o consumidor havia expressamente manifestado sua intenção de participar da arbitragem, mas ainda assim decidiu propor uma ação de anulação da sentença arbitral que havia rejeitado a

sua pretensão.

No acórdão, a Ministra Maria Isabel Gallotti anotou que, conforme a decisão de segundo grau, “constata-se que o apelado, sem dúvida, anuiu com a instalação superveniente do juízo arbitral, tanto que compareceu ao ato, ofereceu contestação, alegações finais, além de se submeter a sentença”. A decisão recorrida, proferida nas instâncias inferiores, ainda registrou que “o consumidor anuiu com a superveniente instituição da heterocomposição, tendo inclusive ofertado defesa e alegações finais, sem impugnar em momento algum a cláusula compromissória”.

Com base nessas premissas, o Tribunal de Justiça local considerou que “não se pode invalidar a sentença ulteriormente lançada, sob a alegação de violação do art. 32, inciso I, da Lei de Arbitragem”, pois “o acolhimento da pretensão nulificadora seria uma afronta ao princípio da boa-fé objetiva, materializado no instituto do *venire contra factum proprium*, e do art. 20 da Lei de Arbitragem”. A Ministra Maria Isabel Gallotti afirmou que “o entendimento da Corte de origem, portanto, encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Casa”. O Superior Tribunal de Justiça, ac final, entendeu o seguinte:

A legislação consumerista impede a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não proíbe que, posteriormente, em face de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral³⁰.

Diante dessa análise, pode-se dizer que o *Superior Tribunal de Justiça entende, de forma consolidada, que não há que pensar em inarbitrabilidade objetiva quando se pretende submeter à arbitragem litígios relacionados a Direito do Consumidor, mas dever-se-á, nessa hipótese, atentar para a vulnerabilidade do consumidor. Isso significa, em outras palavras, que a cláusula compromissória inserta em contratos de consumo é sempre facultativa ao consumidor e vinculante ao fornecedor. A cláusula compromissória somente será eficaz em relação ao consumidor se ele tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se, instaurado o processo arbitral*

pelo fornecedor, ele demonstrar plena concordância em que a arbitragem prossiga, o que deve ser feito após o surgimento do litígio.

De nossa parte, conforme informado anteriormente, consideramos que, no caso de arbitragem iniciada pelo fornecedor de produtos e serviços, a observância dos *requisitos de validade* previstos no § 2.º do art. 4.º da Lei de Arbitragem *não é suficiente, por si só, para garantir a regularidade da escolha pela via arbitral.* Claro que esses requisitos ligados à forma precisam ser observados, mas, além disso, impõe-se o atendimento dos *fatores de eficácia* exigido pelo referido dispositivo, conforme se passa a defender.

5.5. A EXIGÊNCIA LEGAL, NO PLANO DA EFICÁCIA, PARA A REGULARIDADE DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE ADESÃO: CONCORDÂNCIA EXPRESSA DO CONSUMIDOR COM A INSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM

No caso de arbitragem iniciada pelo fornecedor, a cláusula compromissória precisará atender não apenas aos *requisitos de validade*, ligados à forma do ato, previstos na parte final do § 2.º do art. 4.º da Lei de Arbitragem, como também aos *fatores de eficácia* dispostos nesse mesmo dispositivo legal. É importante fixar, desde logo, que o artigo de lei em comento contém *requisitos de validade e fatores de eficácia* da manifestação de vontade.

Existência, validade e eficácia são planos distintos de análise dos fatos jurídicos, não obstante a dificuldade encontrada pela doutrina para sistematizá-los. Conforme leciona Antônio Junqueira de Azevedo, considera-se que “no plano da existência, o negócio existente e o negócio inexistente; no plano da validade, o negócio válido e o negócio inválido (subdividido em nulo e anulável); e, no plano da **eficácia, o negócio eficaz e o negócio ineficaz em sentido restrito**”³¹. E complementando a lição com apuro terminológico, o autor esclarece que “**o negócio jurídico, examinado no plano da existência, precisa de elementos, para existir; no plano da validade, de requisitos, para ser válido; e, no plano da eficácia, de fatores de eficácia, para ser eficaz**”³².

Neste momento, interessa-nos a análise dos requisitos de validade e dos fatores de eficácia necessários à regularidade da cláusula compromissória, pois esses são os planos a que alude o § 2.º do art. 4.º da Lei n.º 9.307/1996. No plano da validade, o art. 104 do Código Civil dispõe que o negócio jurídico requer (i) agente capaz (inciso I); (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável (inciso II); e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei (inciso III). O dispositivo trata genericamente da validade, razão pela qual o descumprimento desses requisitos pode gerar, a depender do caso, vício de nulidade ou de anulabilidade do negócio jurídico.

Especificamente em relação ao vício de nulidade, o art. 166 do Código Civil estatui que é nulo o negócio jurídico, entre outras hipóteses, quando não se revestir da forma prescrita em lei (inciso IV) ou quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade (inciso V). Diante dos textos legais, não restam dúvidas de que a observância da forma prescrita em lei ou das solenidades legais está no plano da validade do ato jurídico³³, cuja inobservância gera o vício de nulidade³⁴. Nesse sentido, Orlando Gomes estatui que “sendo requisito essencial, sua falta determina a nulidade de pleno direito do negócio”³⁵, no que é acompanhado por Caio Mário da Silva Pereira, para quem “o efeito da sua inobservância é a nulidade do ato”³⁶.

Diante disso, quando a Lei de Arbitragem exige, na segunda parte do § 2.º do art. 4.º, que a cláusula compromissória seja redigida em negrito ou em documento apartado, bem como contenha assinatura ou visto especial do consumidor para ela, está estabelecendo requisitos ligados à forma e, portanto, no plano da validade do ato jurídico, de maneira que a sua inobservância acarreta a nulidade do ato.

Não obstante, o texto legal afirma, na primeira parte do mesmo dispositivo, que “a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a instituição”. A Lei, nesse ponto, expressamente utiliza a palavra *eficácia* e a condiciona à *iniciativa do consumidor em instituir a arbitragem* ou à *sua concordância expressa com a arbitragem iniciada pelo fornecedor*. Como se vê, a norma também disciplina a cláusula compromissória no que diz respeito à formação da manifestação de vontade

no plano da eficácia.

Antônio Junqueira de Azevedo leciona que “de fato, muitos negócios, para a produção de seus efeitos, necessitam dos *fatores de eficácia*, entendida a palavra fatores como *algo extrínseco ao negócio*, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado”³⁷. *Ora, a iniciativa do consumidor ou a sua concordância expressa com a instituição da arbitragem são justamente os fatores extrínsecos à formação do negócio que a Lei de Arbitragem exige para tornar a cláusula compromissória eficaz ou operante pela Lei n.º 8.078/1990 e pela Constituição da República.*

Observe-se, ademais, que *quando a Lei n.º 9.307/1996 utiliza a expressão “concordar, expressamente, com a sua instituição”, ela está se referindo a concordar expressamente com a instituição da arbitragem e não com a estipulação da cláusula compromissória*. Isso pode ser explicado pelo significado técnico que a palavra *instituição* possui na Lei de Arbitragem. O art. 19 do referido diploma legal é expresso em afirmar que “considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”. No sistema da Lei de Arbitragem, o que se institui não é a cláusula compromissória, mas sim a própria arbitragem.

Diante do exposto, consideramos que o § 2.º do art. 4.º da Lei de Arbitragem possui *requisitos de forma no plano da validade* (“por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula”) e *fatores no plano da eficácia* (“o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a instituição”), razão pela qual, *ainda que a cláusula compromissória preencha todas as formalidades exigidas por lei, ela somente será eficaz no caso de o consumidor tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a arbitragem iniciada pelo fornecedor no momento em que surgir o litígio.*

5.6. A PRÉVIA INDICAÇÃO DOS ÁRBITROS E DA CÂMARA ADMINISTRADORA DA ARBITRAGEM NA CLÁUSULA

COMPROMISSÓRIA SUBMETIDA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como último ponto de análise das cláusulas compromissórias inseridas em contratos de adesão sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, cumpre **examinar aquelas cláusulas que já preveem, nominalmente, os árbitros que decidirão o eventual conflito consumerista.** Por mais estranho que possa parecer, essas cláusulas têm se tornado prática **comum, principalmente em contratos de incorporação imobiliária de unidades residenciais.**

As cláusulas compromissórias inseridas em contratos de adesão que já indicam os árbitros **tocam em um ponto fundamental da arbitragem: a independência e a imparcialidade dos árbitros.** Conforme já se teve oportunidade de registrar em outro trabalho, “a escolha adequada, na pessoa de uma figura diligente, competente e imparcial, é fundamental não só para o desfecho adequado e justo do procedimento arbitral, como também, de maneira ampla, para a própria sobrevivência da arbitragem como instituto”³⁸. Conforme comumente se diz no meio arbitral, *a arbitragem vale o que vale o árbitro.*

Não é por outra razão que a Lei de Arbitragem brasileira elenca, no § 6.º do art. 13, a independência e a imparcialidade, ao lado da competência, diligência e discricção, como princípios inerentes à função do árbitro. Da mesma forma, o § 2.º do art. 21 estatui que “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”. Como se não bastasse, a Lei n.º 9.307/1996 traz como fundamento para anulação da sentença arbitral o fato de ela ter sido proferida por quem não podia ser árbitro (art. 32, II) ou quando proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva dos árbitros ou do tribunal arbitral (art. 32, VI).

Consideramos, com base nesses dispositivos da Lei de Arbitragem, que a indicação de árbitros em contratos de adesão, de maneira uniforme e previamente ao litígio, rompe claramente com os princípios da independência e da imparcialidade, razão pela qual essas indicações devem ser consideradas como não escritas. Afinal, como bem lembra Selma Ferreira Lemes, “não pode ser indicado

como árbitro quem tenha vinculação com as partes (independência) ou interesse no resultado do conflito (imparcialidade)”³⁹. Tais árbitros reiteradamente indicados em contratos de adesão pelo estipulante podem não ter a isenção necessária para solucionar adequadamente a controvérsia, acumulando uma visão deformada da parte que sucessivamente os indica.

Questão um pouco mais complexa é a indicação, na cláusula compromissória inserida em contrato de adesão, da câmara arbitral responsável pela administração da arbitragem. *A patologia de tais cláusulas decorre da circunstância de que, em tal hipótese, o fornecedor de produtos e serviços torna-se cliente cativo e constante de uma mesma câmara arbitral, enfraquecendo aquele que – o consumidor, individualmente considerado – nela se apresenta ocasionalmente processo arbitral.*

Tome-se como exemplo uma incorporadora de unidades residenciais que insira em todas as promessas de compra e venda de apartamentos cláusula compromissória com a indicação de uma mesma câmara arbitral. Percebe-se que a desigualdade acima mencionada se projeta na arbitragem também sob o ângulo da independência e da imparcialidade dos árbitros.

Fátima Nancy Andrighi destaca que, “não havendo restrições legais, é possível pensar, inclusive, na possibilidade de conluio entre fornecedores e instituição arbitrais, com o fim de lesar o consumidor”⁴⁰. Também assim, Rodrigo Garcia da Fonseca esclarece que fornecedores “teriam a capacidade de organizar unilateralmente entidades arbitrais especializadas em dirimir os seus litígios com consumidores, e tendo em vista o seu poder negocial já referido anteriormente, poderiam acabar impondo a adoção de árbitros e regras procedimentais de sua própria preferência”⁴¹.

É conhecida a proposta de Evandro Zuliani, que, pautado na experiência internacional da Espanha, sugere “a utilização da arbitragem envolvendo litígios de consumo levados a cabo pelos órgãos estatais de proteção e defesa do consumidor”⁴². Rodrigo Garcia da Fonseca, por sua vez, sugere “a criação de câmaras de arbitragem especializadas em dirimir litígios de consumo, com a participação da sociedade civil e apoio de entidades não governamentais de defesa do consumidor, em cooperação

com entidades representativas do empresariado”⁴³.

Qualquer das duas sugestões se apresenta viável, desde que a regra legal da manifestação expressa e específica de vontade do consumidor, quanto à instituição da arbitragem, seja observada, conforme se detalhou nos itens precedentes. *O que, em regra, não nos parece lícito é a indicação, uniforme e anteriormente ao surgimento da lide, do árbitro ou da câmara arbitral nas cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de adesão submetidos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor.* O risco de quebra dos deveres de independência e de imparcialidade do árbitro, bem como de criação de câmaras cativas de fornecedores, inquina a cláusula de ilicitude.

-
- 1 Selma Ferreira Lemes destaca, no cenário internacional, as experiências de Portugal e Argentina: “Em Portugal, os Centros de Resolução de Disputas Consumeristas são líderes da arbitragem registrando entre 2000/2001 a média de dez mil casos. A Argentina, cuja legislação de consumo também fomenta a arbitragem, regulamentou a instituição do Sistema Nacional de Consumo que, em 2002, registrou 2.698 sentenças arbitrais” (LEMES, Selma Ferreira. O uso da arbitragem nas relações de consumo. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br>>. Acesso em: 16 fev. 2018).
 - 2 VERDE, Giovanni. *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006. p. 4.
 - 3 Conforme bem destaca Rodrigo Garcia da Fonseca, “não há nada na legislação pátria que impeça um árbitro de decidir questão envolvendo norma de ordem pública, desde que os direitos subjacentes sejam patrimoniais e disponíveis, como em geral é o caso dos direitos dos consumidores nos litígios concretamente delineados” (FONSECA, Rodrigo Garcia da. Arbitragem e direito do consumidor. Em busca da convergência. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicudo (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 459).
 - 4 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonar Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2007. p. 54.

- 5 Lei n.º 9.099/1995, art. 24: “Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei. § 1.º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução. § 2.º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos”.
- 6 Lei n.º 9.099/1995, art. 25: “O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5.º e 6.º desta Lei, podendo decidir por equidade”.
- 7 Lei n.º 9.099/1995, art. 26: “Ao término da instrução, ou nos cinco dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível”.
- 8 FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 81.
- 9 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonar Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2007. p. 304.
- 10 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bru *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 705.
- 11 LEMES, Selma Ferreira. O uso da arbitragem nas relações de consumo. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br>>. Acesso em: 16 fev. 2018. A autora aborda o assunto com profundidade em outro texto: LEMES, Selma Ferreira. *A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado*. In: _____; MARTINS, Pedro Batista; CARMONA, Carlos Alberto *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 113-141.
- 12 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 200 p. 52.
- 13 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 200 p. 53.
- 14 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. III, p. 344-345.
- 15 LEMES, Selma Ferreira. O uso da arbitragem nas relações de consumo. Disponível

em: <<http://www.selmalemes.com.br>>. Acesso em: 16 fev. 2018. Em outro texto, a autora reafirma sua posição: “Pelo quadro exposto, com a devida vênia e no que pesem opiniões divergentes, não vemos como afirmar que o artigo 51, inciso VII do CDC não está revogado, posto que é cediço que uma lei se revoga quando outra posterior dá tratamento diferente à mesma situação. A lei nova disciplina sobre contratos de adesão, sejam ou não sob a ótica das relações de consumo, a teor do disposto nos artigos 2.º e 3.º do CDC. Aliás, os contratos de adesão quase na totalidade preveem matérias afetas às relações de consumo. Também temos que considerar que a arbitragem é instituto que está sujeito à regulamentação do direito processual; o modo, a forma de constituição e as consequências são fixadas pelo direito adjetivo” (LEMES, Selma Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br>>. Acesso em: 16 fev. 2018).

- 16 NERY JR., Nelson et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004 p. 582.
- 17 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 3, n. 9, p. 18, abr.-jun. 2006.
- 18 NERY JR., Nelson et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004 p. 581. Também assim, cite-se a doutrina de Rodrigo Garcia da Fonseca: “A interpretação *a contrario sensu* da norma deixa claro que, sendo voluntária e não compulsória, a adoção e instituição da arbitragem é legalmente viável nos casos derivados de relação de consumo” (FONSECA, Rodrigo Garcia da. Arbitragem direito do consumidor. Em busca da convergência. In: JOBIM, Eduardo MACHADO, Rafael Bicca (Coord.) *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 448).
- 19 FONSECA, Rodrigo Garcia da. Arbitragem e direito do consumidor. Em busca de convergência. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord) *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin 2008. p. 447.
- 20 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 3, n. 9, p. 19, abr.-jun. 2006.
- 21 Utiliza-se, no texto, a designação de “elementos de existência”, “requisitos de

validade” e “fatores de eficácia”, tal como adotado por Antônio Junqueira de Azevedo em obra clássica sobre o tema: AZEVEDO, Antônio Junqueira de *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- 22 Conforme destaca Carlos Alberto Carmona, “o legislador quis claramente favorecer o contratante economicamente mais fraco, a fim de evitar que a outra parte pudesse impor, nas condições gerais do contrato (às quais o oblato adere em bloco) também a solução de eventual controvérsia através de arbitragem (cláusula compromissória)” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106).
- 23 Em ambos os casos, ressalte-se, a cláusula compromissória é plenamente válida para o fornecedor, independentemente de quem resolva instituir a arbitragem. Inserida a cláusula compromissória no contrato de adesão, o estipulante ou fornecedor não pode se recusar à arbitragem alegando que a cláusula por ele próprio elaborada não seria válida por não estar corretamente destacada no contrato ou não estar especificamente assinada. Tal alegação viola o dever de boa-fé objetiva e configura verdadeiro comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Também nesse sentido, confira-se a argumentação de Nilton César Antunes da Costa: “Diante das distintas categorias de relações jurídicas (civis, empresariais e de consumo), o que se tem de comum no que pertine à validade e eficácia da cláusula compromissória *lato sensu* no contrato de adesão é que a dita convenção arbitral é plenamente eficaz para o predisponente, pois é ele, via de regra, a parte mais forte na relação contratual, quem redigiu unilateralmente as condições gerais do contrato de adesão, não se presumindo em tal situação qualquer desequilíbrio contratual” (COSTA, Nilton César Antunes da. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 3, n. 8, p. 129, jan.-mar. 2006). Comungando dessa opinião, destaque-se a lição de Pedro Antonio Batista Martins: “A ressalva prevista nesse dispositivo não atinge a validade do negócio jurídico acordado. Tampouco afeta sua eficácia, quando direcionada ao fornecedor do produto ou prestador de serviços, parte hipersuficiente na relação comercial. Fica apenas suspensa a eficácia no que toca ao aderente. Para este, trata-se de verdadeira condição suspensiva a depender, para sua concretude, de evento oriundo da sua vontade unilateral” (MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 80).

A respeito do *nemo potest venire contra factum proprium*, indica-se a leitura da obra de Anderson Schreiber (SCHREIBER, Anderson *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005), na qual há, inclusive, um item dedicado à arbitragem (p. 241-245).

- 24 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 200 p. 107.
- 25 COSTA, Nilton César Antunes da. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 3, n. 8, p. 128, jan.-mar. 2006.
- 26 STJ, 3.^a T., REsp n.º 819.519/PE, Min. Humberto Gomes de Barros, j. 09.10.2007, DJ 05.11.2007.
- 27 STJ, 4.^a T., AgRg nos EDcl no Ag n.º 1.101.015/RJ, Min. Aldir Passarinho Junior, 17.03.2011, DJ 23.03.2011.
- 28 STJ, 3.^a T., REsp n.º 1.169.841/RJ, Min. Nancy Andrighi, j. 06.11.2012, DJ 14.11.2012.
- 29 STJ, 4.^a T., REsp n.º 1.189.050/SP, Min. Luis Felipe Salomão, j. 1.º.03.2016, DJ 14.03.2016.
- 30 STJ, 4.^a T., AgInt no AREsp n.º 1.152.469/GO, Min. Maria Isabel Gallotti, . 08.05.2018, DJ 18.05.2018.
- 31 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 63.
- 32 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 30.
- 33 Importante destacar, a esse respeito, que o direito civil brasileiro adota a regra da liberdade das formas, conforme se extrai da interpretação do art. 107 do Código Civil, o que não significa que o ato livre não tenha forma. Conforme bem destaca Antônio Junqueira de Azevedo, “importa é não fazer a confusão elementar de entender que somente os negócios com forma prescrita é que têm forma, sem se dar conta de que todos eles, inclusive os de forma livre, hão de ter uma forma, do contrário, inexistiriam” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 126). Excepcionalmente, a própria lei estabelece a forma do ato – ato jurídico solene –,

razão pela qual a sua observância se torna essencial à validade do ato. Assim, segundo Orlando Gomes, “solene será, pois, o negócio cuja forma prescrita em lei é de sua substância; e que não vale, se não for observada” (GOMES, Orlando *Introdução ao direito civil*. Atualização de Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 275). Cumpre, nesse contexto com apoio na doutrina de Antônio Junqueira de Azevedo, definir o que vem a ser forma: “Forma do negócio jurídico é o meio através do qual o agente expressa a sua vontade. A forma poderá ser oral, escrita, mímica, consistir no próprio silêncio, ou, ainda, em atos dos quais se deduz a declaração de vontade” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 126).

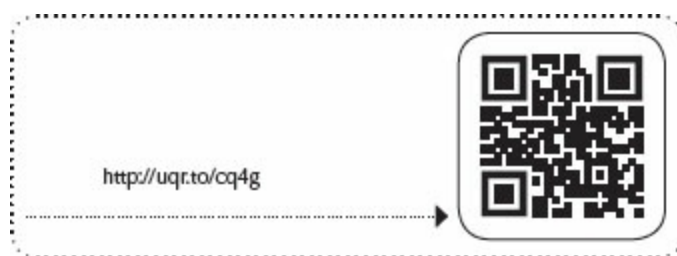
- 34 No que tange à observância da forma, Caio Mário da Silva Pereira traça a distinção entre existência e validade do ato: “Se, em vez de celebração por forma diferente, falta a própria celebração, o ato é inexistente” (PEREIRA, Caio Mário da Silva *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I, p. 649).
- 35 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atualização de Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 343. Mais adiante, o autor reafirma a ideia: “Se o defeito consiste na falta de um dos elementos constitutivos do negócio típico, como a vontade e a forma, ou na falta de um dos requisitos legais do objeto ou de capacidade jurídica específica para o negócio, este é nulo” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atualização de Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense 2008. p. 419).
- 36 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I, p. 491-492. Também assim, confira-se a lição de Sílvio de Salvo Venosa: “É requisito de validade dos negócios jurídicos obedecerem à forma prescrita” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. I, p. 381). E, em seguida, especifica: “O ato também será nulo quando preterida qualquer solenidade considerada essencial pela lei para sua validade” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. I, p. 506).
- 37 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 55. O autor, em prosseguimento, cita alguns

exemplos: “São, por exemplo, casos de negócios, que precisam de fatores de eficácia, os atos subordinados a condição suspensiva. Enquanto não ocorre o advento do evento, o negócio, se tiver preenchido todos os requisitos, é válido, mas não produz efeitos; certamente, a condição como cláusula, faz parte (é elemento) do negócio, mas uma coisa é a cláusula e outra o evento a que ela faz referência; o advento do evento futuro é, nesse caso, um fator de eficácia (é extrínseco ao ato e contribui para a produção dos efeitos)” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 55).

- 38 MANNHEIMER, Sergio Nelson (Coord.). Anotações sobre a figura do árbitro. *Revista da Associação dos Novos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. XVIII, p. 89, 2006.
- 39 LEMES, Selma Ferreira. O papel do árbitro. Disponível em <<http://www.selmalemes.com.br>>. Acesso em: 16 fev. 2018.
- 40 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 3, n. 9, p. 21, abr.-jun. 2006.
- 41 FONSECA, Rodrigo Garcia da. Arbitragem e direito do consumidor. Em busca de convergência. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.) *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin 2008. p. 450.
- 42 ZULIANI, Evandro. Arbitragem e os órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Heloísa Monique Ferreira de (Coord.). *Dez anos da lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 76.
- 43 FONSECA, Rodrigo Garcia da. Arbitragem e direito do consumidor. Em busca de convergência. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.) *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin 2008. p. 466.

Capítulo 6

ARBITRAGEM E DIREITO SOCIETÁRIO



6.1. INTRODUÇÃO¹

A arbitragem é uma técnica de solução de conflitos que pode ser utilizada amplamente, pouco importando a complexidade da disputa ou o seu impacto econômico. Apesar disso, como se trata de uma alternativa de custo inicial mais elevado para a generalidade dos casos (grandes, médios e pequenos), quando comparada com a jurisdição estatal (em que há, inclusive, a possibilidade de, preenchidas algumas condições legais, obtenção do benefício da gratuidade de justiça, até mesmo para pessoas jurídicas), a verdade é que a arbitragem evoluiu bastante no Brasil e em outras jurisdições no terreno dos grandes litígios, especialmente naquelas causas envolvendo obras de grande porte, contratos comerciais complexos de modo geral e lides societárias.

A respeito deste último tema e apenas para que se tenha uma ideia da realidade brasileira, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM--CCBC) registrou em suas estatísticas que 28,89% dos casos iniciado em 2013 tratavam de “matéria societária”. Em 2016, dos 98 novos casos iniciados perante a CAM-CCBC, 48 deles versavam sobre “matérias societárias”, praticamente 50%². Ademais, a Bolsa de Valores do Estado de São Paulo (Bovespa) condicionou a participação de companhias abertas nos níveis diferenciados de governança corporativa (Nível II, Nível I, Novo Mercado e Bovespa Mais³) à inclusão de cláusulas compromissórias nos estatutos sociais dessas companhias, vinculando necessariamente os acionistas controladores, os administradores, os membros do

conselho fiscal e todos os demais acionistas.

Mariana Pargendler, Viviane Muller Prado e Alberto Barbosa Jr. trazem dados empíricos ainda mais impressionantes a respeito da utilização da arbitragem neste contexto – especificamente a respeito da adoção da via arbitral nos atos constitutivos das sociedades anônimas de capital aberto –, pois mesmo companhias não listadas nos níveis acima referidos de governança corporativa da Bovespa têm adotado, em relevante parcela, a cláusula compromissória estatutária:

Os dados coletados revelam que a relevância da arbitragem no mercado de capitais brasileiro em muito excede o que seria esperado tendo em vista exclusivamente a obrigatoriedade desta via de solução de conflitos nos regulamentos do Nível 2, Novo Mercado e Bovespa Mais. Considerando-se os documentos de 266 companhias listadas nos segmentos Tradicional e Nível 1, verifica-se que em mais de um quarto delas (aproximadamente 27%) há previsão de cláusula compromissória de arbitragem nos estatutos sociais ou em acordos de acionistas. Dentre as companhias listadas nos segmentos Tradicional e Nível 1, 15% (40) apresentam cláusulas compromissórias em seus estatutos e 16% (42), em seus acordos de acionistas⁴.

A inclusão da cláusula compromissória em atos constitutivos de sociedades também é um relevante fator de atendimento às melhores práticas de governança corporativa. A governança corporativa, segundo a definição do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, “é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”⁵.

Prova disto é que o *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa* estatui, no item 1.4., que “é fundamental prever formas ágeis e eficazes de resolução de controvérsias e divergências entre sócios e administradores e entre estes e a própria organização, para evitar prejuízos ao desempenho ou redução do valor da organização”. Em seguida, o Código sugere as seguintes práticas:

a) Os conflitos entre sócios, administradores e entre estes e a organização devem, preferencialmente, ser resolvidos mediante a **negociação** entre as partes. **Caso isso não seja possível, recomenda-se que sejam resolvidos por meio de mediação e/ou arbitragem. É recomendável a inclusão desses mecanismos no estatuto/contrato social ou em compromisso a ser firmado entre as partes.** b) A companhia deve informar equitativamente ao mercado as principais decisões e atos referentes aos procedimentos arbitrais que tenham a possibilidade de impactar o valor de títulos de emissão da sociedade ou as decisões de investimento dos sócios⁶.

Também nesta linha, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) editou, em junho de 2002, as *Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa*, dispondo, no item III.6, que “o estatuto da companhia deve estabelecer que as divergências entre acionistas e companhia ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários serão *solucionadas por arbitragem*”. Em seguida, a CVM justifica a recomendação informando que “a adoção da arbitragem visa a acelerar a solução de impasses, sem prejuízo da qualidade do julgamento”, bem como que “a eficácia de uma tal disposição estatutária depende de que sejam escolhidas câmaras arbitrais cujos membros tenham reconhecida capacidade em matérias societárias”. A experiência demonstra também a grande aplicação de cláusulas compromissórias em acordo de acionistas e em acordo de quotistas.

No Brasil, portanto, a arbitragem envolvendo matéria societária experimentou grande desenvolvimento e conta com o incentivo, inclusive, de instituições públicas e oficiais, como a Comissão de Valores Mobiliários. Apesar de não termos conhecimento de uma estatística especialmente direcionada às lides societárias solucionadas na via arbitral⁷, pode-se dizer que as razões mais plausíveis para justificar esse incremento são: (i) **a celeridade da arbitragem em relação ao processo judicial;** (ii) **a possibilidade de escolha de árbitros especialistas para julgar a causa;** e (iii) **a possibilidade de as partes convencionarem a confidencialidade no processo arbitral.**

A *celeridade* é importante nas causas societárias porque o lapso temporal

necessário para as soluções proporcionadas pelo sistema da jurisdição estatal muitas vezes não é compatível com a necessidade de decisões ágeis próprias da atividade empresarial. A possibilidade de *escolha de árbitros especialistas* cumpre papel relevante porque muitas vezes os conflitos dizem respeito a temas muito específicos e complexos, tanto sob o ponto de vista jurídico quanto do conhecimento de aspectos específicos de determinadas atividades empresariais. A *confidencialidade* se mostra bastante adequada a este tipo de conflito porque muitas vezes os sócios e as próprias sociedades objeto do litígio não têm interesse em que as naturais disputas internas sejam objeto de especulação pela imprensa e pelo mercado, bem como não querem que os fatos controvertidos sejam conhecidos pelos concorrentes.

Curiosamente, apesar de todo o desenvolvimento da prática da arbitragem em matéria societária e da conveniência de se utilizar o processo arbitral neste contexto empresarial, existem diversas e complexas questões jurídicas sobre a matéria, notadamente em relação à inclusão de cláusulas compromissórias em atos constitutivos de sociedades (a matéria é menos controvertida no que diz respeito às cláusulas compromissórias inseridas em acordos de sócios). Não há, ademais, jurisprudência consolidada a respeito dessas matérias, devido à escassez de casos levados ao Poder Judiciário. Boa parte dessas divergências surgiu a partir da inclusão do § 3.º do art. 109 da Lei das S.A. pela Lei n.º 10.303/2001, segundo o qual “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”.

Não obstante a alteração tenha servido *apenas para consagrar, no plano legislativo, o entendimento de* que os conflitos sociais podem ser solucionados por arbitragem (pois, na verdade, isso sempre foi possível, mesmo antes da Lei n.º 10.303/2001⁸), o § 3.º do art. 109 da Lei n.º 6.404/1976 não dispõe sobre o quórum de deliberação para aprovação da cláusula compromissória estatutária, não trata da vinculação de administradores e conselheiros fiscais à cláusula compromissória estatutária, não enfrenta as matérias que poderiam ser submetidas à arbitragem no âmbito da sociedade nem versa sobre eventual direito de retirada (direito de recesso)

dos acionistas dissidentes em relação à inclusão nos estatutos do pacto arbitral. Todas estas controvérsias surgidas a partir da alteração legislativa derivaram do tema “inclusão de cláusula compromissória em estatutos sociais”.

O enfrentamento das complexas questões envolvendo arbitragem em matéria societária no Brasil pede, segundo entendemos, que a abordagem considere **duas possibilidades**: (i) **cláusula compromissória inserida em acordos de sócios**; e (ii) **cláusula compromissória inserida em atos constitutivos**. Em seguida, o tema da inclusão das cláusulas compromissórias em atos constitutivos deve passar por uma subdivisão: (ii.a) antes da Reforma da Lei de Arbitragem; e (ii.b) depois da Reforma da Lei de Arbitragem.

Esclareça-se, desde logo, que muitas vezes se utiliza a expressão “arbitrabilidade subjetiva” para tratar da vinculação ou não de sócios que não tenham votado favoravelmente à inserção da cláusula compromissória nos atos constitutivos das sociedades. No nosso ponto de vista, não se trata exatamente de arbitrabilidade subjetiva, pois as partes nestes casos possuem capacidade de fato e, portanto, capacidade de contratar. Trata-se, normalmente, de **tema relacionado ao alcance subjetivo da cláusula compromissória**. E é desta forma que o assunto será enfrentado.

Costuma-se, ademais, utilizar a expressão “arbitrabilidade objetiva” para definir se determinada questão pode ser submetida à arbitragem a partir da redação do pacto arbitral. Parece-nos que algumas vezes podem existir questões relacionadas à arbitrabilidade objetiva nessas hipóteses, mas, em regra, a necessidade de interpretação da cláusula compromissória revela muito mais um problema de **alcance objetivo do pacto arbitral** do que de arbitrabilidade objetiva. Na maior parte das vezes, a questão possui natureza patrimonial (= arbitrabilidade objetiva), mas a redação da cláusula compromissória não a abrange. Neste trabalho, estes casos serão tratados como matéria relativa ao alcance objetivo da cláusula compromissória.

6.2. TRÊS NOTAS DE DIREITO COMPARADO: ITÁLIA, ESPANHA E ESTADOS UNIDOS

6.2.1.Itália

Não obstante a recorrência dos litígios sobre matéria societária, não apenas no Brasil como no resto do mundo, o tema raramente é tratado nas legislações estrangeiras em detalhe (leis de arbitragem, leis de companhias, códigos comerciais, códigos civis ou códigos de processo civil). Ricardo Ramalho Almeida e Guilherme Leporace mencionam, entre outras, as previsões legais de Alemanha (art. 1.066 da ZPO), Holanda (item 5 do art. 1.020 do Código de Processo Civil holandês), Áustria (item 2 do art. 581 do Código de Processo Civil austríaco) e Finlândia (seção 4 da Lei de Arbitragem finlandesa)⁹.

Não obstante haja menções à arbitragem societária nessas leis ou interpretações nesse sentido a partir desses textos legais, nenhuma dessas legislações estrangeiras trata detalhadamente da arbitragem no contexto societário. Em razão disso, cumpre destacar nestes próximos itens três exemplos de países em que essas questões são debatidas. Os dois primeiros, ao contrário da maioria e na linha agora seguida pelo Brasil, decidiram expressamente tratar da arbitragem societária, em detalhe, em suas legislações (Itália e Espanha). O último deles (Estados Unidos) merece destaque por razões particulares demonstradas mais adiante que não se relacionam propriamente a uma descrição legal detalhada da matéria.

Na Itália, o Decreto Legislativo n.º 05/2003 – promulgado em cumprimento à Lei n.º 366/2001 – inaugurou o que se denomina *processo societário*. Trata-se de lei específica regulamentando diversos aspectos da resolução de litígios envolvendo matéria societária, inclusive, mas não só, por meio de arbitragem.

Os dispositivos expostos no título “*Dell’arbitrato*” tratam da inclusão da cláusula compromissória nos atos constitutivos das sociedades (art. 34), do procedimento arbitral (art. 35.1), da possibilidade de intervenção de terceiros no processo arbitral (art. 35.2), da possibilidade de conhecimento diretamente pelos árbitros de questão prejudicial de direito indisponível surgida no curso da arbitragem (art. 35.3), da obrigatoriedade de arbitragem de direito (e não de arbitragem de equidade) quando o objeto do processo arbitral for a validade de deliberação assemblear (art. 36), bem como de arbitramento (e não de arbitragem) no âmbito das

sociedades de pessoas de conflitos relacionados à gestão destas sociedade (art. 37)¹⁰.

Para os fins deste trabalho, interessa-nos especialmente o art. 34 da Lei italiana. O item 1 do referido dispositivo legal estatui que “gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell’articolo 2325-bis del Codice Civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale”.

Primeiramente, é de observar que a disciplina da Lei não se aplica às *società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*, ou seja, **não se aplica às sociedades que participam do mercado de valores mobiliários (companhias abertas)**. Giovanni Bonato narra que “o motivo dessa exclusão seria a consideração de que os investidores que adquirem participações societárias no mercado dificilmente tomam ciência de ter optado pela via arbitral”, razão pela qual “**não estariam aptos a consentir adequadamente à utilização da via arbitral**”. Além disso, continua o autor, “a extrema difusão do capital acionário poderia tornar muito difícil a utilização da arbitragem”¹¹. **A opção da Lei italiana foi, portanto, a de excluir a cláusula compromissória nas sociedades que participam do mercado de ações**¹².

No item 3 deste art. 34, a Lei de processo societário italiana contém disposição muito relevante, no sentido de que “la clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia”. Como se observa, **depois de inserida nos atos constitutivos da sociedade, a cláusula compromissória é vinculante para a sociedade e para todos os sócios, inclusive para aqueles sócios cuja lide diga respeito justamente à qualidade de sócio (ser ou não ser sócio)**.

Quando a lei italiana afirma que a cláusula compromissória é vinculante para *tutti i soci*, significa que ela é **obrigatória para os sócios que votaram a favor da inclusão da cláusula compromissória, para os sócios que votaram contrariamente nesta deliberação, para os sócios que se abstiveram na votação, para os sócios ausentes na votação e, também, para os sócios futuros**, isto é, para aquelas pessoas

que adquirirem o *status* de sócio após a inserção da cláusula compromissória nos atos constitutivos daquela sociedade¹³. A abrangência subjetiva da cláusula compromissória inserida nos atos constitutivos destas sociedades é bastante ampla.

Destaque-se, ademais, que a disposição legal afirma que se encontram vinculados à cláusula compromissória inserida nos atos constitutivos da sociedade os sócios “*la cui qualità di socio è oggetto della controversia*”. A princípio, portanto, ainda que o conflito de interesses entre dois sócios ou entre um sócio e a sociedade, por exemplo, diga respeito justamente à qualidade de ser ou não ser sócio, o litígio deverá ser resolvido pela via arbitral. Giovanni Bonato propõe uma interpretação restritiva desse dispositivo, a partir do conceito de *atos constitutivos* da qualidade de sócio e *atos extintivos* da qualidade de sócio, defendendo que a arbitragem só é admissível no segundo caso. Confira-se a lição do autor:

Impende frisar que a disposição (contida no art. 34, parte 3), que prevê a vinculação à cláusula do sócio cuja qualidade é controvertida, deve ser objeto de uma interpretação restritiva, sendo necessário fazer uma distinção entre fatos constitutivos da qualidade de sócio e fatos extintivos (recesso e exclusão da sociedade): a competência dos árbitros abarca apenas as lides em relação aos segundos fatos. Ao contrário, se os árbitros reconhecerem que a parte nunca adquiriu a qualidade de sócio (faltando um fato constitutivo da aquisição desta qualidade), eles deverão declinar a própria competência em razão do fundamento necessariamente consensual da opção pela arbitragem. Forçoso é reconhecer que se a parte nunca adquiriu a qualidade de sócio, de forma alguma aceitou a convenção de arbitragem, nem mesmo de maneira tácita ou implícita. Como curial, conforme ao princípio constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional pública, tanto na Itália quanto no Brasil, a opção pela via arbitral pode ser unicamente voluntária e facultativa, decorrendo da livre escolha dos contendentes, sendo proibido ao legislador infraconstitucional impor às partes a arbitragem de maneira compulsória (arts. 5.º, XXXV, da CF do Brasil e 24 e 102 da Constituição da República italiana)¹⁴.

O item 4 do dispositivo legal em tela dispõe que “gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro”. Na linha do que explica Barbara Makant, isso significa que “a arbitragem em matérias societárias poderá se realizar: a) entre os sócios; b) entre os sócios e a sociedade; c) com os administradores, liquidantes e síndicos entre si; d) entre os administradores, liquidantes e síndicos e os sócios; ou e) até mesmo, entre os administradores, liquidantes e síndicos e a sociedade”¹⁵.

A disposição mais importante relacionada à inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais está prevista no item 6 deste art. 34 do Decreto Legislativo n.º 05/2003, segundo o qual “le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale”, bem como que “i soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso”. Como se observa, a lei italiana estabeleceu *quórum qualificado de 2/3 (dois terços ou 75%) do capital social* para inclusão ou exclusão da cláusula compromissória nos atos constitutivos. Giovanni Bonato observa que a base de cálculo não é meramente o capital social votante ou acionistas com direito a voto, mas sim “a maioria dos sócios que representem pelo menos dois terços do capital social”, ou seja, é ainda mais alto¹⁶. A base é o *capital social (e não apenas o capital votante)*, o que inclui acionistas *com e sem* direito a voto.

Por fim, a segunda parte do dispositivo legal em tela dispõe que “i soci assenti o dissenzienti” podem deixar a sociedade no prazo de 90 dias mediante o exercício do *direito de retirada (direito de recesso)*, recebendo em troca o equivalente em dinheiro à sua participação societária. Destaque-se que o direito de retirada é garantido pela lei italiana não apenas aos sócios dissidentes (*dissenzienti*) como também aos sócios que houverem se ausentado (*assenti*) da deliberação¹⁷. Decorrido o prazo de 90 dias sem que o direito de retirada (*direito de recesso*) seja exercido, presume-se que o sócio se conformou com a inclusão da cláusula compromissória,

razão pela qual está vinculado a ela também¹⁸.

6.2.2. Espanha

A Espanha é outro dos raros países em que há disciplina detalhada sobre arbitragem societária, especificamente em relação à inclusão de cláusula compromissória nos atos constitutivos das sociedades empresariais. No caso espanhol, é a própria Lei de Arbitragem (*Ley n.º 60/2003*) que disciplina a matéria, após a promulgação da reforma estabelecida pela *Ley n.º 11/2011*.

O item 1 do art. 11*bis* da Lei de Arbitragem espanhola estabelece que “las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen”. Consoante ensina Carlos González-Bueno, o referido dispositivo legal “is clear in stating that it is applicable to corporations, in other words, to public limited companies, limited liability companies and partnerships limited by shares governed by the Corporate Enterprises Act”¹⁹.

É muito importante destacar, neste contexto, que, ao contrário do exemplo italiano, o Direito espanhol admite que a cláusula compromissória seja inserida nos atos constitutivos das sociedades que participam do mercado de negociação de valores mobiliários (companhias abertas). Nesse sentido, Carlos González-Bueno afirma que “the Act does not exclude the possibility of arbitration for listed companies”²⁰. A solução espanhola, portanto, é mais liberal do que a italiana.

O item 2 deste art. 11*bis* estatui que “la introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social”. Também no caso espanhol, a lei exige *quórum qualificado de 2/3 (dois terços ou 75%) do capital social* para aprovação da inclusão da cláusula compromissória nos atos constitutivos das sociedades. Consoante Carlos González-Bueno, “under this rule the total number of existing votes must be taken into account, regardless of the number of votes present or represented at the shareholders meeting”²¹. Francisco Prol narra que o elevado quórum exigido pela lei é objeto de críticas:

Nem toda a gente está de acordo com a conveniência de que a Lei tenha incluído uma maioria reforçada, tão qualificada, para a introdução da cláusula arbitral. Independentemente da diferença de maiorias que seja exigida na legislação sobre sociedades anônimas e sobre sociedades de responsabilidade limitada, certo é que ao exigir os 2/3 de votos que se possam emitir, a lei da arbitragem está a exigir uma maioria reforçada que não é necessária para outros muitos aspectos de suma importância para a vida de uma empresa e parece considerar a arbitragem como um método extraordinário ou esotérico de resolução de conflitos (por oposição ao método, que podemos classificar de “ordinário ou normal”, que seria o procedimento judicial)²².

Aprovada a inclusão da cláusula compromissória, a via arbitral se torna obrigatória para todos os sócios, pouco importando se tenham votado favoravelmente ou não, se tenham estado presentes ou não na deliberação ou se são sócios presentes ou futuros. Nesse sentido, Carlos Gonzáles-Bueno leciona que “the corporate agreement shall be binding even to those shareholders that did not attend to the shareholders meeting”²³, bem como que “the arbitration clause shall also be binding on new shareholders, who will know thereof, or at least will have been able to know the existence thereof, due to its publication on the register”²⁴. Em complementação, Francisco Prol considera que “os dissidentes ficam, pois, obrigados pela decisão da maioria de 2/3, devendo aceitar a cláusula arbitral como forma de resolução de conflitos”²⁵.

Ao contrário mais uma vez do Direito italiano, a Lei espanhola não prevê o direito de retirada (direito de recesso) àqueles que não tenham votado favoravelmente à inclusão da cláusula. Francisco Prol explica, nesse sentido, que “a nossa legislação não contempla um direito de separação para este caso”²⁶. Também assim, Carlos Gonzáles-Bueno leciona que “in no event may any right of separation be recognised (unless, of course, the corporate statues so provide”²⁷. Interpretando a legislação espanhola, Francisco Müssnich explica que “o direito de recesso de acionistas está previsto taxativamente na Lei de companhias espanhola (Real Decreto Legislativo n.º 1.564/1989, de 22 de dezembro) e não está incluída nesse rol a

hipótese de inclusão de cláusula compromissória estatutária”²⁸.

Novamente em sentido contrário ao da lei de processo societário italiana, o Direito espanhol não estabelece qualquer restrição à possibilidade de adoção de arbitragem de equidade em conflitos societários. Nesse sentido, Carlos Gonzáles-Bueno ensina que “article 11bis does not make any reference whatsoever to the fact that intra-corporate arbitration should necessarily be settled at law”, razão pela qual “the arbitrators may decide in equity, provided that the clause set out in the corporate statutes expressly authorises this”²⁹. A solução espanhola outorga maior liberdade às partes para decidir qual modalidade de arbitragem – arbitragem de direito ou arbitragem de equidade – se apresenta como a mais adequada para o seu negócio ou para aquelas determinadas questões jurídicas.

A *Ley n.º 60/2003* ainda dedica o art. 11ter à arbitragem societária, demonstrando uma visão bem prática dos possíveis problemas que poderiam ocorrer nessa seara. O item 1 deste dispositivo prevê que “el laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil”, bem como que “el ‘Boletín Oficial del Registro Mercantil’ publicará un extracto”. Em outras palavras, a legislação espanhola deixa explícito que as decisões arbitrais tratando de atos societários sujeitos a registro podem e devem ser diretamente arquivadas e/ou registradas, sendo certo que trechos da decisão poderão ser publicados³⁰.

O item 2 do art. 11 ter da *Ley*, por sua vez, prevê que “en el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella”. Carlos Gonzáles-Bueno entende, a este respeito, que “the mandatory nature of Article 11 ter requires that the arbitrators include in the award the pronouncements provided for therein, even where no specific request has been made in the claim, without incurring in *extra petita* inconsistency”³¹. Em outras palavras, os árbitros podem determinar na sentença arbitral o cancelamento das anotações de atos societários invalidados ou alterados de alguma forma como resultado do processo arbitral, bastando, para tanto, que a decisão seja levada aos registros oficiais competentes.

6.2.3. Estados Unidos

Os Estados Unidos são um país em que a arbitragem é bastante praticada até mesmo envolvendo litígios de pequeno potencial econômico. Desnecessário lembrar que Nova Iorque é uma das cidades preferidas para sediar arbitragens internacionais junto com Londres, Paris, Hong Kong, Singapura e Genebra². A cidade de São Paulo tem assumido papel também bastante relevante no cenário internacional.

Não obstante, em matéria de arbitragem societária os Estados Unidos demonstram certas características bastante particulares. Neste item, cumpre destacar a posição da *Securities and Exchange Commission* – correspondente, no Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários – a respeito da inclusão de cláusulas compromissórias estatutárias, bem como duas experiências recentes ocorridas no Estado de Delaware.

A *Securities and Exchange Commission* norte-americana tem demonstrado, em recentes casos, *comportamento reticente* em relação às cláusulas compromissórias inseridas em atos constitutivos de sociedades abertas. Ao contrário do que ocorre em outros países como Itália, Espanha e Brasil, a principal questão no caso norte-americano não se encontra na vinculação ou não de acionistas dissidentes, no exercício ou não de direito de retirada (direito de recesso) nem na eventual inarbitrabilidade objetiva de determinadas matérias.

No contexto norte-americano há um entendimento filosófico arraigado no sentido de que a possibilidade de qualquer acionista poder ir a juízo contra atos da companhia e dos controladores constitui uma premissa fundamental e necessária para o equilíbrio político ideal entre a base de acionistas e os titulares do controle da companhia. Como decorrência, outra principal preocupação consiste no fato de que a cláusula compromissória estatutária poderia impedir a propositura de *class actions* (semelhante à ação civil pública brasileira) pelos acionistas minoritários contra a companhia e os acionistas controladores, bem como limitar o debate público a respeito dos direitos dos acionistas devido à confidencialidade da arbitragem.

Recentemente, em 2012, o *Carlyle Group* pretendeu realizar uma oferta pública inicial de ações (*Initial Public Offering – IPO*), submetendo à *Securities and*

Exchange Commission um projeto de estatuto social que continha, entre outras previsões, uma cláusula compromissória estatutária³³. Diversas associações – em especial, a *American Association for Justice* – se manifestaram contrariamente e, inclusive, três senadores norte-americanos chegaram a redigir uma carta à SEC manifestando expressa oposição à arbitragem no setor.

Na carta, os senadores Alan “Al” Stuart Franken, Robert “Bob” Mendez e Richard M. Blumenthal afirmaram que “requiring the individual, confidential arbitration of shareholders claims would limit shareholder’s ability to enforce their rights”, bem como que “interpretation of federal securities law would be delegated out to private companies, with no guarantee that federal law would be properly applied”.

Os congressistas consideraram também que “even in cases of gross misapplication of the law, there is no opportunities for appeal or judicial review”, bem como que “private arbitration usually prohibits or significantly limits pretrial discovery – making complex securities claims virtually impossible to prove”. Ao final, Al Franken, Bob Mendez e Richard Blumenthal requereram à “SEC to deny the acceleration of registration statement that would unlawfully deprive investors to their ability to vindicate their statutory rights through inclusion of provisions inquiring individual, confidential arbitration of all shareholder dispute”³⁴.

A *Securities and Exchange Commission* não chegou a se manifestar formalmente sobre a questão, pois o *Carlyle Group* desistiu da inserção da cláusula compromissória pouco tempo depois em razão da repercussão da manifestação dos senadores. Segundo noticiado pelo *The New York Times* em 03.02.2012, Christopher W. Ullman, representante do fundo, afirmou que “after consultations with the SEC, Carlyle investors and other interested parties, we have decided to withdraw the proposed arbitration provision”, destacando que “we first offered the provision because we believed that arbitrating claims would be more efficient, cost effective and beneficial to our unitholders”³⁵.

Nos casos *Pfizer* e *Gannett*, a SEC chegou a se manifestar contrariamente, apesar de não ter declinado as razões em detalhes. Hal Scott e Leslie N. Silverman

informam que a *Securities and Exchange Commission* “said opaquely the Pfizer and Gannett proposals might violate the securities laws”³⁶. Não obstante a SEC não tenha declinado em detalhes as razões em nenhum dos dois casos, é fácil perceber que *a entidade norte-americana reguladora do mercado de capitais não adota uma política favorável à inclusão de cláusulas compromissórias estatutárias*.

A oposição às cláusulas compromissórias estatutárias não representa, todavia, um ponto pacífico no contexto norte-americano. Muito ao contrário. O *Committee on Capital Markets Regulation*³⁷, por exemplo, elaborou um relatório – *interim report* – em 2006 afirmando que “shareholders should be given the choice to decide how disputes with their companies should be resolved – through arbitration (with or without class actions) or non-jury trials”³⁸. *A arbitragem em matéria societária e, especificamente, a preocupação a respeito das class actions no setor de mercado de valores mobiliários não conta, ademais, com a oposição da jurisprudência norte-americana, valendo destacar alguns casos da U.S. Supreme Court em que a decisão favoreceu a solução arbitral*.

No caso *R. de Quijas v. Shearson*, investidores haviam firmado um contrato contendo cláusula compromissória com uma firma de corretagem para gerir seus ativos. Alegando perdas financeiras em razão de transações fraudulentas e ilegais que não haviam sido autorizadas, os investidores ingressaram com demanda judicial contra a firma de corretagem de valores mobiliários. A questão debatida dizia respeito à exequibilidade de cláusula compromissória envolvendo direitos abrangidos pelo *Securities Act* norte-americano.

Primeiramente, a *U.S. Supreme Court*, solucionando um aparente conflito entre os precedentes tomados nos casos *Wilko* e *McMahon*, esclareceu que “in *McMahon*, we explained at length why we rejected the *Wilko* Court’s aversion to arbitration as a forum for resolving disputes over securities transactions, especially in light of the relatively recent expansion of the Securities and Exchange Commission’s authority to oversee and to regulate those arbitration procedures”. Em seguida, a Corte Constitucional norte-americana registrou que “although petitioners suggest that the agreement to arbitrate here was adhesive in nature, the record contains no factual

showing sufficient to support that suggestion”, bem como que “petitioners have not carried their burden of showing that arbitration agreements are not enforceable under the Securities Act”³⁹.

No famoso caso *AT&T v. Concepcion*, a Suprema Corte norte-americana teve que enfrentar a regularidade de uma cláusula compromissória inserida em contratos de consumo (compra e venda de aparelhos de telefonia móvel) que impedia o ajuizamento pelos consumidores de *class actions* perante o Poder Judiciário, impondo que as disputas entre consumidor e fornecedor fossem solucionadas por arbitragens individuais. Não obstante a questão envolver contratos de consumo (e não propriamente disputas societárias), há um ponto em comum com as lides societária consistente no fato de a cláusula compromissória impedir o ajuizamento de *class actions* perante o Poder Judiciário, o que normalmente é levado em conta nos Estados Unidos para que cláusulas compromissórias não sejam inseridas em atos constitutivos de sociedades.

Em decisão bastante apertada, o Tribunal entendeu, primeiramente, que “the overarching purpose of the FAA, evident in the text of §§ 2, 3, and 4, is to ensure the enforcement of arbitration agreements according to their terms so as to facilitate streamlined proceedings”. Em outras palavras, entendeu-se que a legislação federal norte-americana de arbitragem impunha uma política de reconhecimento de cláusulas compromissórias, tal como haviam sido convencionadas pelas partes, razão pela qual não seria compatível com a legislação federal daquele país tornar sem efeito uma cláusula compromissória, seja por decisão judicial, seja por aprovação de leis locais.

Fixada esta premissa, a *U.S. Supreme Court* passou a enfrentar a legalidade da restrição a *class actions* contida na cláusula compromissória em tela. Nesse sentido, a Corte Constitucional estatuiu que “requiring the availability of classwide arbitration interferes with fundamental attributes of arbitration and thus creates a scheme inconsistent with the FAA”. Isso porque “the switch from bilateral to class arbitration sacrifices the principal advantage of arbitration – its informality – and makes the process slower, more costly, and more likely to generate procedural morass than final judgment”. Ademais, “class arbitration requires procedural formality”, o que seria

incompatível com a característica da informalidade da arbitragem.

Por fim, o Tribunal considerou que “arbitration is poorly suited to the higher stakes of class litigation”, justificando, desta forma, que a opção pela arbitragem individual seria mesmo melhor⁴⁰. O tribunal, pois, reconheceu a impossibilidade de ajuizamento de *class actions* na arbitragem, mas nem por isso inviabilizou a arbitragem no setor ou declarou nulas as cláusulas compromissórias celebradas, preferindo entender que as disputas deverão ser solucionadas pela via arbitral e de forma individualizada. O tribunal poderia ter entendido que as *class actions* seriam incompatíveis com o procedimento arbitral e, por isso, estas demandas coletivas poderiam ser ajuizadas perante o Poder Judiciário, excepcionado os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem. Contudo, não foi o que a Suprema Corte norte-americana entendeu.

Também no recente caso *American Express v. Italian Colors*, a *U.S. Supreme Court* tomou decisão que pode ser entendida como favorável à arbitragem, pois reconheceu a regularidade de cláusula compromissória contida em contratos de consumo que excluía a via da *class action* (o texto da disposição contratual estatua que “shall be no right or authority for any claims to be arbitrated on a class action basis”)⁴¹. Novamente aqui, o tribunal poderia ter considerado que os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem não afastariam a possibilidade de ajuizamento de *class actions* perante as cortes judiciais. Entretanto, não foi o que se entendeu, privilegiando, novamente, a solução pela via arbitral e afastando o acesso ao Poder Judiciário diante da existência de convenção de arbitragem, mesmo que a disputa pudesse, em tese, ser coletivizada por meio do ajuizamento de uma *class action* perante o Poder Judiciário.

Como se observa, a Suprema Corte norte-americana não possui jurisprudência contrária à resolução de conflitos societários na via arbitral, bem como não compartilha da mesma preocupação da *Securities and Exchange Commission* no que tange à impossibilidade de ajuizamento de *class actions* – eventualmente envolvendo matéria societária – em razão da previsão de cláusula compromissória.

Além da posição da SEC, há algumas peculiaridades em relação às arbitragens

em matéria societária advindas do Estado de Delaware. A primeira delas diz respeito à notória especialidade em matéria comercial do Poder Judiciário local. As cortes judiciais de Delaware são tão bem reconhecidas no campo comercial que chegam a ponto de representar uma alternativa competitiva à própria arbitragem, o que é raro em outros países, especialmente em conflitos envolvendo partes de diferentes países. Muitas vezes, arbitragens envolvendo matéria comercial – e, especificamente, societária – não são levadas à arbitragem porque as partes não possuem resistência em submeter o caso às cortes judiciais de Delaware.

Em segundo lugar, vale mencionar que em 2009 a *Delaware Court of Chancery* – órgão do Poder Judiciário norte-americano – passou a oferecer um “procedimento de arbitragem” para solucionar disputas complexas na área comercial, regulamentado em 2010. Este “procedimento de arbitragem” estaria disponível para controvérsias acima de US\$ 1.000.000,00, desde que nenhuma das partes fosse consumidor, bem como ao menos uma das partes tivesse sede ou fosse organizada de acordo com as leis do Estado de Delaware. Os atos desta arbitragem *sui generis* seriam praticados dentro da estrutura administrativa judicial.

O que realmente chamava atenção neste procedimento especial de arbitragem é que os árbitros seriam escolhidos dentre juízes em exercício da *Delaware Court of Chancery*, nomeados pelo presidente da corte. Salvo disposição em sentido contrário das partes, a sentença arbitral poderia ser impugnada por recurso dirigido diretamente à *Delaware Supreme Court*.

Não obstante se tratasse de um procedimento arbitral oferecido pelo Poder Judiciário e cujos árbitros seriam juízes togados ainda em atividade, garantia-se a confidencialidade da arbitragem, ao menos até o eventual (e renunciável) recurso à *Delaware Supreme Court*, ocasião na qual punha-se termo à confidencialidade. Em 2011, porém, a *Delaware Coalition for Open Government* arguiu a inconstitucionalidade do procedimento arbitral alegando que a confidencialidade “deprives the public of its right of access to trials”⁴².

Segundo matéria publicada no *The New York Times* em 31.08.2012, “the federal court found that the arbitration proceedings were effectively a civil trial, with no

difference in judges, place or proceeding except the secrecy and the arbitral nature”, razão pela qual “it was required to be open”⁴³. Em 23.10.2010, a *US Court of Appeals for the Third Circuit* entendeu, em grau de recurso, que este procedimento de arbitragem da *Delaware Court of Chancery* “violates the First Amendment of the US Constitution”⁴⁴. Em 20.03.2014, a *U.S. Supreme Court* denegou a *certiorari petition* apresentada contra a decisão de segundo grau, tornando a questão definitiva⁴⁵.

Por fim, cumpre mencionar que em março de 2015 – possivelmente em resposta à inconstitucionalidade do procedimento especial de arbitragem mencionada acima – o Estado de Delaware apresentou à comunidade arbitral uma outra novidade, designada de *Delaware Rapid Arbitration Act* (DRAA). Trata-se de uma lei estadual compondo o Capítulo 58 do Título 10 do *Delaware Code*, cujo objetivo foi o de estabelecer, nas palavras de Kobi Kastiel, “a real alternative to the litigation process, providing companies with the chance to engage in a fast, relatively low-cost dispute resolution process without the burden of extensive discovery”⁴⁶.

Como requisitos para utilização desta arbitragem, ao menos uma das partes deve possuir sede ou ser constituída segundo as leis de Delaware, não pode haver consumidor como parte, bem como o direito aplicável ao mérito da causa deve ser o Direito do Estado de Delaware. Ao contrário, todavia, do procedimento de arbitragem oferecido pela *Delaware Court of Chancery*, os árbitros no processo arbitral conforme a *Delaware Rapid Arbitration Act* não podem ser juízes togados e os atos da arbitragem – especialmente a audiência – não se realizam nas dependências das cortes judiciais. Explicando as diferenças entre os dois procedimentos, confira-se a lição de JP Duffy, Tara L. Pehush e Priya Chadha:

The Delaware Rapid Arbitration Act has remedied those constitutional concerns by removing the requirement that sitting trial court judges serve as arbitrators. Additionally, it does not require that hearings take place in Delaware courthouses, instead allowing parties to hold hearings wherever they choose⁴⁷.

Como se observa, a arbitragem envolvendo matéria comercial e, especificamente, societária nos Estados Unidos é recheada de particularidades,

passando pela posição bastante reticente da *Securities and Exchange Commission*, pela inexistência de jurisprudência contrária da *U.S. Supreme Court* e pelas iniciativas bastante particulares em matéria de arbitragem do Estado de Delaware, cuja boa fama do Poder Judiciário em lidar com litígios de grande complexidade negocial chega a representar uma alternativa à arbitragem nesta área.

6.3. A SITUAÇÃO DA ARBITRAGEM SOCIETÁRIA NO BRASIL ANTES DA REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM

Como se verá adiante, o maior problema na arbitragem societária no Brasil antes da Reforma da Lei de Arbitragem dizia respeito aos efeitos da inclusão de cláusula compromissória em estatutos sociais de companhias abertas que não se enquadravam nos mais elevados níveis de governança corporativa da Bovespa.

No que diz respeito ao pacto arbitral contido nos acordos de sócios, a arbitragem vinha funcionando satisfatoriamente, mesmo sem um dispositivo de lei específico regulamentando cláusulas compromissórias em acordo de acionistas ou em acordo de quotistas. No que tange à inclusão de cláusula compromissória em atos constitutivos de sociedades limitadas e de sociedades anônimas fechadas, os problemas eram menores, pois, normalmente, são sociedades juridicamente menos complexas. No caso da sociedade limitada, ademais, a questão era ainda menos problemática porque o Código Civil já garantia direito de retirada (direito de recesso) do sócio que não concordasse com a inclusão da cláusula compromissória no contrato social (art. 1.077 do Código Civil).

Em relação à inclusão da cláusula compromissória nos estatutos sociais das sociedades anônimas de capital aberto listadas nos níveis diferenciados de governança corporativa da Bovespa, o próprio mercado encontrou uma solução, consistente em condicionar o cadastramento dessas sociedades a esses níveis de governança à adoção da cláusula compromissória estatutária, sendo certo que o acionista contrário à inserção do pacto arbitral, diante da razoável liquidez dos valores mobiliários dessas companhias, tinha oportunidade de alienar sua participação acionária sem experimentar, em regra, maiores prejuízos.

A grande questão, portanto, dizia respeito à adoção da cláusula compromissória estatutária nas sociedades anônimas de capital aberto não listadas nos mais elevados índices de governança corporativa da Bovespa. A Reforma da Lei de Arbitragem (Lei n.º 13.129/2015), ao incluir o art. 136-A na Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6.404/1976), pôs fim a algumas dessas controvérsias, mas não a todas, como se verá adiante.

6.4. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM ACORDOS DE ACIONISTAS

6.4.1. Anotações sobre o acordo de acionistas na Lei das Sociedades por Ações

A Lei n.º 6.404/1976 inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao disciplinar o instituto do acordo de acionistas⁴⁸. Evidentemente que antes de sua previsão na Lei das Sociedades por Ações, os acordos de sócios já eram utilizados na prática comercial, mas sem a tutela legal que veio a ser para eles estabelecida. Com inspiração no Direito Comparado⁴⁹, o diploma societário brasileiro de 1976 consagrou o acordo de acionistas. Consoante as palavras de Nelson Eizirik, “a Lei das S.A. não só supriu a omissão legislativa como também regulou com bastante propriedade a matéria, permitindo a utilização do acordo como instrumento dotado da necessária flexibilidade e eficácia para conciliar os interesses dos acionistas signatários”⁵⁰.

O acordo de acionistas, nas palavras de Celso Barbi Filho, pode ser definido como “o contrato entre determinados acionistas de uma mesma companhia, distinto de seus atos constitutivos, e que tem por objeto o exercício dos direitos decorrentes da titularidade de suas ações, especialmente no que tange ao voto e à compra e venda dessas ações”⁵¹. Trata-se, fundamentalmente, de um instrumento cuja finalidade mais abstrata é permitir a composição e, portanto, a estabilização dos interesses dos grupos acionários relevantes na sociedade⁵².

Segundo Fábio Konder Comparato, em texto clássico, “da natureza contratual dos acordos de acionistas ninguém duvida, ainda mesmo quando mais se aproximam – pela generalidade, abstração e permanência de suas estipulações – das normas estatutárias”⁵³. Em decorrência de sua natureza jurídica, aplica-se ao acordo de acionistas toda a disciplina contratual do Direito Privado, além das normas específicas contidas na Lei das Sociedades por Ações⁵⁴.

A doutrina italiana caracteriza os acordos de acionistas como pactos parassociais com o objetivo de deixar clara a distinção entre eles e os atos constitutivos da sociedade, o que não significa, porém, que os acordos de acionistas não influenciem na vida da sociedade, como à primeira vista poderia parecer pela terminologia⁵⁵. Calixto Salomão Filho esclarece que “um acordo entre sócios terá natureza parassocial na medida em que tratar de temas relativos à sociedade, complementando (e não substituindo) a regulamentação (legal ou estatutária) que norteia a sociedade”⁵⁶.

Diverge a doutrina em caracterizar o acordo de acionistas como contrato definitivo ou como contrato preliminar, o que, a nosso ver, depende fundamentalmente do objeto do pacto parassocial⁵⁷. Há também divergências na doutrina sobre a necessária caracterização do acordo de acionistas como contrato plurilateral⁵⁸. Fábio Konder Comparato contesta a natureza sempre plurilateral do acordo de acionistas, defendendo que essa posição “desconsidera a grande variedade de acordos acionários, no efetivo comércio jurídico”⁵⁹. Segundo pensamos, a caracterização do pacto dependerá dos direitos e das obrigações estabelecidos pelas partes, pois pode haver acordos unilaterais, bilaterais e efetivamente plurilaterais.

Na disciplina da Lei n.º 6.404/1976, o art. 118 dispõe que “os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede”. No § 1.º desse dispositivo, a lei societária prevê que “as obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos”⁶⁰.

A finalidade do arquivamento na sede da sociedade é não apenas dar-lhe ciência, mas criar-lhe a obrigação de observar e fazer observar os termos do pacto⁶¹. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que “os acordos de acionistas sobre o poder de controle da sociedade anônima somente deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede (art. 118 da Lei n. 6.404/76)”⁶². Mais adiante, enfrentar-se-ão os efeitos do arquivamento de acordo de acionistas contendo cláusula compromissória em relação à sociedade e eventual consequência da aposição da assinatura da companhia na qualidade de interveniente-anuente.

Quanto à averbação das ações, busca-se tornar o acordo público e garantir os direitos dos convenientes em face de terceiros⁶³. Especificamente quanto à averbação, parece-nos válida a observação de Fábio Konder Comparato, consagrada da boa-fé, no sentido de que “a eficácia probatória da presunção legal de conhecimento de determinada relação contratual, por meio da publicidade jurídica, pode também ser substituída, em relação a terceiros determinados, pela prova de sua notificação pessoal”⁶⁴.

No âmbito doutrinário, questão bastante rica é a da classificação dos acordos de acionistas. Conhecida classificação divide os acordos de acionistas levando em conta: (i) os objetivos; (ii) os efeitos; e (iii) o conteúdo (ou o objeto)⁶⁵. Quanto aos *objetivos*, os acordos podem ser (a) para organização do controle (acordos entre controladores); (b) para reforço de posição acionária (acordo entre minoritários); e (c) para prevenir ou compor litígios sociais (acordos entre controladores e minoritários). Quanto aos *efeitos*, esses pactos subdividem-se em (a) unilaterais; (b) bilaterais; e (c) plurilaterais⁶⁶. Por fim, quanto ao *conteúdo (ou ao objeto)*, os acordos de acionistas podem ser (a) acordos de voto (comando ou defesa); e (b) acordos de bloqueio (alienação, opção ou preferência)⁶⁷.

Nesta oportunidade, interessa-nos essa última classificação, pois é a que leva em consideração primordialmente o objeto – ou, como se queira, o conteúdo – dos acordos de acionistas. É de destacar, conforme anota Paulo Cezar Aragão, que essa classificação em apenas duas subespécies também se justifica porque deixa clara a

diferença entre *direitos políticos (acordos de voto)* e *direitos patrimoniais (acordos de bloqueio)*⁶⁸ dos acionistas. Também indica, na linha de Calixto Salomão Filho, que existem acordos sobre direitos exercidos pelos acionistas em relação também à companhia (acordos de voto) e acordos sobre direitos exercidos apenas em relação aos próprios acionistas (acordos de bloqueio)⁶⁹.

O *caput* do art. 118 da Lei n.º 6.404/1976 dispõe que “os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando *arquivados na sua sede*”⁷⁰. Celso Barbi Filho explica que “dentro da tipicidade que lhe impõe a lei, o *acordo poderá ser de voto, quando versar sobre o prévio ajuste para o exercício do voto, ou de bloqueio, quando tiver por finalidade estabelecer regras sobre a negociabilidade das ações*”⁷¹. Em ótima passagem, Nelson Eizirik aduz que “quando o acordo versa sobre voto ou sobre o exercício do poder de controle, há uma comunhão de escopo entre as partes”, enquanto, “se o acordo trata de restrições à alienação de ações – direito de preferência, opção de compra ou venda, por exemplo – não existe uma comunhão de escopo”⁷².

Os acordos de voto, como se viu, podem ser subdivididos em acordos de comando e acordos de defesa. Nesses casos, conforme leciona Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “os acionistas, entre si, comprometem por antecipação o sentido do voto em assembleia, sobre matérias específicas, tendo por finalidade ou a obtenção do controle acionário (acordo de comando), ou a formação de uma minoria coesa (acordo de defesa)”⁷³. Observe-se, assim, que os acordos de voto-comando são firmados, em regra, entre acionistas que sozinhos não detêm o controle da companhia, mas que, em virtude da união de participações promovida pelo pacto, alcançam a maioria dos votos nas assembleias e passam a poder controlá-la⁷⁴. Modesto Carvalhosa entende que esses acordos de voto-comando também “poderão somar votos majoritários, o que dará maior estabilidade ao controle; ou até mesmo abranger a totalidade das ações votantes”⁷⁵.

Em relação aos acordos de voto defesa, são eles celebrados entre acionistas minoritários que, embora não consigam com o pacto se tornar controladores,

fortalecem suas posições, permitindo, eventualmente, o exercício de direitos que a lei só concede a quem detenha determinada soma acionária⁷⁶. É o caso, por exemplo, do pedido de exibição de livros, do voto múltiplo, da eleição de representantes nos órgãos sociais⁷⁷.

Nesse sentido, Modesto Carvalhosa ensina que “os acionistas que não têm controle da companhia organizam sua posição, seja para opor-se aos controladores, seja apenas para fiscalizar eficazmente a legalidade e legitimidade dos atos por eles praticados, seja, sobretudo, para eleger seus representantes junto ao Conselho de Administração (art. 141) e ao Conselho Fiscal (art. 161)”⁷⁸. Claro que esses acordos devem ser exercidos no interesse social, sob pena de caracterização, mesmo pelas minorias, de abuso do direito de voto⁷⁹.

Brevemente examinados os acordos de voto (comando e defesa), cumpre apresentar algumas considerações sobre os chamados *acordos de bloqueio*. Pelos acordos de bloqueio, os acionistas convenientes acordam em restringir a transmissibilidade de suas ações aos termos do pacto, seja para permitir o direito de veto dos demais, seja para garantir o direito de preferência dos demais, seja para instituir um direito de opção, seja, ainda, para estabelecer de forma geral condições para que a alienação se realize⁸⁰. Objetiva-se, com eles, limitar a alteração das participações acionárias dos contratantes ou o ingresso de terceiros na sociedade⁸¹.

Nelson Eizirik leciona que “tais acordos, em regra, preveem restrições à livre circulação das ações, que constitui uma das características essenciais da companhia, devendo, portando, em princípio, ser objeto de interpretação restritiva”⁸². Também nessa linha, em interessante passagem, Celso Barbi Filho explica que a “ideia básica a ser observada quando se estuda o acordo de bloqueio é a de que, em princípio, ninguém pode ser obrigado a comprar ou a vender ações”, mas o que se pode, licitamente, é pactuar “as condições em que a compra ou venda deve se processar, no que se refere a aspectos como preferência em iguais condições, consentimento, opção, forma de pagamento, cessão do direito de preferência etc.”⁸³. A definição clara desses limites somente pode se dar no exame caso a caso das cláusulas constantes do acordo de acionistas.

No que diz respeito à cláusula de compra e venda de ações, instituída no acordo de acionistas de bloqueio, basta consignar que por meio dela uma parte se compromete a alienar sua posição acionária, parcial ou integralmente, ao outro convenente, que, por sua vez, se obriga a adquiri-la, nas condições estabelecidas no acordo. Registre-se que os elementos essenciais dessa operação de compra e venda não precisam já estar precisamente determinados no momento da celebração da avença, mas devem ser determináveis, o que ganha especial relevo em relação ao preço, considerando a variação, por exemplo, do valor de mercado das ações⁸⁴.

O acordo de bloqueio pode estabelecer também uma opção de compra (*call*), cuja definição é a de um contrato por meio do qual uma das partes se sujeita a alienar à outra um determinado bem, no prazo convencionado e por preço determinado ou determinável, caso esta deseje efetuar a compra⁸⁵. Trata-se de verdadeira promessa unilateral de venda, em que o promitente vendedor tem a obrigação de alienar e o promitente comprador a faculdade de adquirir⁸⁶. O mesmo se pode dizer em relação à opção de venda (*put*), mas aqui os papéis de invertem, pois o promitente vendedor tem a faculdade de alienar e o promitente comprador fica sujeito a adquirir. Em termos práticos, há entendimentos pela aposição das cláusulas de irrevogabilidade e irretratabilidade⁸⁷, mas vale dizer que, tecnicamente, essas cláusulas são rigorosamente desnecessárias em razão da natureza do direito outorgado, pois a irrevogabilidade e a irretratabilidade são características do referido negócio jurídico.

Já o direito de preferência convencionado no acordo de bloqueio trata da obrigação de o interessado na alienação de suas ações conceder aos demais convenentes a preferência na aquisição de sua parcela acionária em relação a terceiro que tenha manifestado interesse⁸⁸. Com exceção do direito de preferência em si, os demais convenentes e o terceiro interessado concorrem em igualdade de condições na aquisição das ações, o que repercute especialmente no estabelecimento do preço de compra. Nelson Eizirik lembra, em termos práticos, que “usualmente, a cláusula estabelece que, caso um dos acionistas receba uma oferta de terceiro, deverá notificar os demais, informando as condições da oferta; no prazo estabelecido no acordo, terão eles preferência para adquirir as ações, em igualdade de condições com o terceiro

ofertante”, sendo certo que “caso os demais acionistas não se manifestem no prazo previsto, o que recebeu a oferta do terceiro estará livre para alienar suas ações”⁸⁹.

Na prática corporativa, os acordos de voto e os acordos de bloqueio podem se misturar em um único instrumento convencional. Assim, pode-se estabelecer em um acordo de acionista de voto-comando, por exemplo, uma cláusula de preferência na alienação das ações dos demais convenientes ou, mais ainda, uma cláusula limitando a transmissibilidade das ações a terceiros sem o consentimento dos demais convenientes. Observe-se, nesses exemplos, que ambas as cláusulas são modalidades de acordo de bloqueio que reforçam o acordo de voto. Nesse sentido, Celso Barbi Filho considera que “normalmente, o acordo de voto está sempre associado ao pacto de bloqueio, para que se assegure a manutenção das posições contratadas”, mas, segundo o autor, “a recíproca já não é verdadeira, ou seja, há muitos acordos de bloqueio sem pacto sobre o voto”⁹⁰.

6.4.2.A execução específica do acordo de acionistas

O § 3.º do art. 118 da Lei das Sociedades por Ações estatui que, “nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a *execução específica das obrigações* assumidas”. Esse comando legal consagra o que se costuma designar de *execução específica do acordo de acionistas*.

Note-se que o dispositivo em comento está presente desde a versão original da Lei das Sociedades por Ações, promulgada na década de 1970, momento histórico em que tanto a legislação de Direito Privado quando as normas processuais davam um tratamento absolutamente diverso ao inadimplemento das obrigações de fazer e de não fazer, bem como ao exercício de direitos potestativos. *Atualmente, com a consagração do princípio da conservação dos contratos e com a amplitude que se deu à execução específica das obrigações de fazer e de não fazer, o sistema originariamente previsto na lei societária precisa ser interpretado à luz da atual sistemática legal.*

A doutrina de maneira pacífica entende que a expressão “execução específica do acordo de acionistas” não corresponde exatamente a uma execução⁹¹, como

*poderia parecer pela terminologia empregada, mas sim relaciona-se a uma ação de natureza cognitiva, cujo resultado final será alcançado com a prolação de uma sentença de mérito*⁹². O legislador brasileiro, em um exercício para aprimorar o sistema original de proteção aos direitos emergentes dos acordos de acionistas, editou a Lei n.º 10.303/2001, incluindo no art. 118 da Lei das Sociedades por Ações, entre outros dispositivos, os seus atuais §§ 8.º e 9.º.

A felicíssima disposição estatuiu, como exceção ao sistema então vigente, já na década de 70 do século passado, uma solução para o inadimplemento obrigacional – o cumprimento do pactuado, em seus exatos e específicos termos. A mesma solução só veio a ser estabelecida como preferencial em relação às tradicionais perdas e danos para as obrigações de fazer e não fazer apenas décadas mais tarde, com a entrada em vigor do atual Código Civil.

Consoante dispõe o § 8.º do art. 118, “o presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado”. Já o § 9.º do mesmo artigo de lei estabelece que “o não comparecimento à assembleia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada”.

A leitura do § 8.º do art. 118 da lei permite dizer que o atual sistema legal atribui *poderes especiais ao presidente da assembleia e ao presidente da reunião do conselho de administração da companhia* para qualificar a ausência do acionista e do conselheiro amarrados pelo pacto parassocial. Conforme anota Calixto Salomão Filho, pode-se dizer que “esse dispositivo nada mais é que explicitação do disposto no § 1.º do mesmo dispositivo, já vigente na lei anterior, segundo o qual a companhia deve respeitar os acordos de acionistas arquivados na sua sede”⁹³.

Cumpra esclarecer que no caso de *ausência do acionista ou do membro do conselho vinculados ao acordo*, prescinde-se de qualquer atividade interpretativa ou

volitiva do presidente da assembleia e do presidente do conselho de administração. Isso porque, nesse caso, **a lei é clara no sentido de outorgar aos demais acionistas signatários do acordo e aos conselheiros a ele vinculados o direito de votarem com as ações do acionista ausente e com o voto do conselheiro que não compareceu à reunião devidamente convocada.** A questão será revista mais adiante.

O atual sistema legal, por meio do § 9.º do art. 118 do diploma societário, também atribuiu *poderes especiais ao presidente da assembleia e ao presidente do conselho de administração* para interpretar em alguma medida os votos proferidos nas assembleias e nas reuniões do conselho de administração, especialmente a partir do que houver sido deliberado nas reuniões prévias, podendo não computar os votos que entender como proferidos com infração ao acordo de acionistas devidamente arquivado na sede da companhia (não obstante já haja decisões judiciais considerando que não se trata de disposição de aplicação sempre automática, pois muitas vezes se faz necessária a ponderação com os demais deveres dos administradores e acionistas⁹⁴).

Nesse caso, em regra, o voto contrário ao acordo de acionistas é ineficaz⁹⁵. Conforme ensina Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, “o voto será ineficaz quando contrariar acordo de acionistas (acordo de voto, bem entendido) arquivado na sede da companhia”⁹⁶. Assim, tratando-se de voto ineficaz, pode o presidente, como já poderia antes mesmo da inclusão do § 8.º no art. 118 da lei societária, deixar de computá-lo. Importante dizer que, segundo o entendimento majoritário, permite-se apenas que o voto deixe de ser computado, mas a lei não admite que o presidente da assembleia ou o presidente do conselho de administração altere o sentido do voto para o que eventualmente entender como harmonioso com o acordo de acionistas. Nesse sentido, confira-se a lição de Paulo Cezar Aragão:

Atribui-se ao presidente da assembleia geral, entretanto, uma autoridade limitada: ele pode negar-se a computar o voto lançado contra os termos do acordo, mas não pode suprir a vontade do devedor e agir positivamente, votando como supõe que o acionista inadimplente deveria ter votado⁹⁷.

O § 8.º do art. 118 da lei societária permite, portanto, que, no caso de acionista presente e votante em sentido contrário ao acordo de acionistas, o presidente desconsidere o voto ineficaz. Repita-se que a norma societária, todavia, segundo a doutrina comercialista majoritária, não estabelece ficção jurídica alguma no sentido de se tomar o voto contrário como se fosse voto em harmonia com o pacto parassocial⁹⁸. Estando presente o acionista e votando em sentido contrário ao acordo, a única atitude da presidência da assembleia ou da reunião do conselho de administração será a desconsideração do voto, segundo o entendimento da doutrina majoritária.

Por um lado, se esse voto não se revelar fundamental para a aprovação da deliberação assemblear, ele deixa de ter qualquer utilidade prática para a vida societária. De outro, caso esse voto em desacordo com o pacto se revelar indispensável para a aprovação da deliberação, a saída vislumbrada pela doutrina comercialista será a execução específica do acordo de acionistas. Isso porque, diga-se e repita-se, a doutrina majoritária entende que o presidente da assembleia e o presidente da reunião do conselho de administração não poderão, por conta própria, inverter o sentido do voto do acionista inadimplente, restando apenas a execução específica do pacto.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho defende que “para que seja computado o voto no exato sentido em que se obrigara o acionista no acordo, será necessária a sua execução específica”⁹⁹. A questão não é, porém, simples, pois a execução específica do acordo de acionistas neste caso demandaria o ajuizamento de uma ação judicial ou o início de uma arbitragem, em prejuízo de uma solução que poderia ser alcançada na própria assembleia.

Examinada a hipótese de o acionista presente e votante em sentido contrário ao acordo, cumpre averiguar a situação do acionista ou membro do conselho ausente ou do acionista ou membro do conselho que se abstém mesmo estando presente. Nesse caso, aplica-se o § 9.º desse mesmo dispositivo legal, isto é, os demais acionistas ou conselheiros vinculados ao acordo de acionistas poderão votar no lugar desse acionista ou conselheiro, computando-se o voto em harmonia com o pactuado no

acordo de acionistas¹⁰⁰. Trata-se de solução que enseja alguma polêmica na doutrina, mas que tem a vantagem de solucionar a divergência no próprio âmbito da assembleia ou da reunião do conselho de administração, dispensando a execução específica do acordo de acionista e invertendo a iniciativa do direito de ação¹⁰¹.

Agora, com a disciplina da Lei n.º 10.303/2001, esse acionista faltante ou que se absteve de votar é que deverá movimentar a máquina estatal ou arbitral para fazer valer a vontade que pretensamente considere como realmente prevista no acordo de acionistas¹⁰². Seja uma nova hipótese de autotutela¹⁰³ ou um mandato legal¹⁰⁴, o fato é que o § 9.º do art. 118 da Lei n.º 6.404/1976 permite a solução da questão no próprio âmbito da assembleia ou da reunião do conselho de administração, ao menos num primeiro momento, invertendo o ônus de demandar pelo reconhecimento de seu direito.

A doutrina comercialista diverge também a respeito da natureza da decisão proferida na execução específica do acordo de acionistas, prevalecendo como dominante a tese da sentença constitutiva. Nesse sentido, Modesto Carvalhosa afirma que “é importante desde logo salientar que a tutela específica é promovida em processo de conhecimento, mediante sentença final constitutiva transitada em julgado”¹⁰⁵. *Parece-nos, na verdade, que a natureza dessa sentença dependerá, fundamentalmente, do objeto do acordo de acionistas que se pretende ver agora cumprido, pois é dessa relação entre direito material (Direito Comercial) e processo (Direito Processual) que surge a resposta correta. Claro que haverá sentenças em execução específica de acordos de acionistas de natureza constitutiva, mas também poderá haver prolação de sentenças de outras naturezas.*

No caso dos acordos de voto (comando ou defesa) – como declarações de vontade que são –, efetivamente parece que a execução específica do pacto resultará em sentença substitutiva da declaração de vontade do acionista inadimplente. Nesse sentido, José Alexandre Tavares Guerreiro considera que “no que concerne ao exercício do direito de voto, o acordo de acionistas, como instrumento destinado a predeterminá-lo em certas matérias, contém verdadeira obrigação de prestar declaração de vontade, consoante um regulamento prévio de interesses”¹⁰⁶. No mesmo

sentido, Celso Barbi Filho explica que “a obrigação de prestar declaração de vontade está nos acordos que tenham por objeto o exercício do voto (acordos de voto)”¹⁰⁷.

*Assim, quando se pretende a execução específica de acordo de acionistas de voto, nas modalidades voto-comando ou voto-defesa, o que se busca é a tutela jurisdicional substitutiva de declaração de vontade, razão pela qual a sentença, segundo a doutrina processual majoritária, possui natureza constitutiva e se rege pelo art. 501 do Código de Processo Civil. Julgado procedente o pedido, a sentença está vocacionada a produzir os mesmos efeitos da declaração de vontade não emitida, pois o que se busca não é propriamente a declaração de vontade do acionista inadimplente, mas sim o resultado que decorreria da sua manifestação de vontade em harmonia com o acordo*¹⁰⁸.

Não se trata aqui de o julgador representar o acionista inadimplente, muito menos de condená-lo a emitir nova declaração de vontade – novo voto – em harmonia com o acordo. Cogita-se aqui, simplesmente, de decisão que produz os mesmos efeitos da declaração que deveria ter sido emitida de acordo com o pacto parassocial, ou seja, de decisão que produza o mesmo efeito do voto que deveria ter sido dado em consonância com o acordo de acionistas, a não ser, claro, que alguma circunstância excepcional recomende o contrário¹⁰⁹. Conforme leciona José Carlos Barbosa Moreira, interpretando o § 3.º do art. 118 da Lei n.º 6.404/1976, a execução específica do acordo de acionistas “equivale a ‘obter sentença que produza o mesmo efeito da declaração de vontade contemplada no acordo’”¹¹⁰. Na doutrina comercialista, Celso Barbi Filho deixa claro que o julgador “não vota em lugar do acionista”, mas sim profere sentença que “produz o efeito da declaração de vontade, no caso o voto, que deveria ter sido dado em conformidade com a convenção”¹¹¹.

Adota-se aqui, portanto, posição consentânea com a doutrina comercialista majoritária no sentido de entender que a execução específica do acordo de acionistas de voto (comando ou defesa) reclama tutela jurisdicional substitutiva da declaração de vontade acordos de bloqueio (alienação, opção ou preferência), todavia, parece que nem sempre se estará diante de tutela jurisdicional substitutiva de declaração de vontade. A doutrina comercialista majoritária, porém, tem considerado

que mesmo em casos de execução específica do acordo de bloqueio se estará diante de sentença substitutiva da declaração de vontade. Parece-nos que essa linha de entendimento se deve ao fato de a doutrina considerar o acordo de acionistas de bloqueio como, sempre, um contrato preliminar.

Nesse sentido, caracterizando o acordo de acionistas de bloqueio como sempre contrato preliminar, José Alexandre Tavares Guerreiro defende que “de uma ou outra forma, é certo que o acordo de acionistas, contemplando futuro negócio de transferência de ações, se caracteriza, sob esse aspecto, como contrato preliminar”¹¹². Também assim, Celso Barbi Filho entende que “o que o acordo de acionistas contém é, em regra, uma promessa de contratar futura compra e venda de ações na forma preestabelecida, ou de emitir declaração de vontade correspondente ao voto nas assembleias gerais da companhia”¹¹³. Observe-se, assim, que, sem ressaltar os termos da avença, relevante doutrina comercialista caracteriza os acordos de acionistas de bloqueio (alienação, opção ou preferência) sempre como contratos preliminares, razão pela qual a tutela jurisdicional adequada seria a substitutiva de declaração de vontade, sob o regime do art. 501 do Código de Processo Civil.

Manifestando entendimento contrário, ao menos no que diz respeito à caracterização do acordo como contrato preliminar, Marcelo Bertoldi leciona que “nas situações de opção de compra e venda ou de direito de preferência para a aquisição das ações vinculadas ao acordo, não se trata de contrato preliminar, mas sim de contrato principal”¹¹⁴. Não obstante o autor considere que não se trata de contrato preliminar, diante do inadimplemento, Marcelo Bertoldi defende que “cabe ao ofendido, com base no art. 466-A [correspondente ao art. 501 do Código de Processo Civil], exigir que seja proferida sentença que tenha o condão de produzir os mesmos efeitos da declaração (opção ou preferência) não proporcionados pelo seu devedor”¹¹⁵. Como se vê, ainda que este autor manifeste discordância em relação à caracterização do acordo de acionistas como contrato preliminar, o fato é que também ele defende que se tratará de substituição de declaração de vontade, o que atrai a indissociável natureza constitutiva da sentença na execução específica.

Parece-nos, porém, que muitas vezes o conteúdo do pacto revelará obrigações

puramente de fazer e obrigações de dar coisa certa, sujeitas não à disciplina do art. 501 do Código de Processo Civil, mas sim à normativa dos art. 497 a 500 do mesmo Código, cuja repercussão prática está na possibilidade – tranquila e sem maiores polêmicas – de concessão de tutela provisória de urgência antecipada, na identificação da natureza da sentença de procedência e, por fim, nos meios executórios que podem ser utilizados no seu cumprimento¹¹⁶.

6.4.3. Arbitragem em acordos de acionistas

A arbitragem, como a prática já demonstra há algum tempo no Brasil, é um excelente instrumento de resolução de conflitos surgidos entre sócios pactuantes de acordos de acionistas. Algumas questões, porém, causam certa dúvida na doutrina e na jurisprudência, circunstância que exige, no âmbito do presente trabalho, pontuar estes temas e propor soluções.

Primeiramente, é preciso deixar bem claro que é plenamente possível convencionar uma cláusula compromissória em um acordo de acionistas no âmbito de uma companhia cujo estatuto social não contenha cláusula compromissória. Em outras palavras, a inserção de cláusula compromissória em acordo de acionistas não depende da presença ou ausência de pacto arbitral no estatuto social. Desta forma, mesmo no caso de o estatuto social da companhia “A” não prever cláusula compromissória, os acionistas “B”, “C” e “D” ainda assim estão absolutamente livres para firmar pacto arbitral em eventual acordo de acionistas. Neste sentido, confira-se a lição de Joaquim de Paiva Muniz:

Uma falácia comum é a de que só pode haver arbitragem sobre litígios societários, inclusive aqueles relativos a acordo de acionistas, em companhias cujo estatuto social contenha cláusula arbitral. Trata-se de interpretação errônea do art. 109, § 3.º, da Lei da S.A., introduzido pela reforma societária de 2002, a qual determina que o estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências envolvendo acionistas e a companhia ou entre grupos de acionistas sejam dirimidas por processo arbitral. Perdoe-se a expressão popular, mas uma

coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa. A referida norma legal refere-se a arbitragens sobre termos e condições de estatuto social, e não diz respeito a acordo de acionistas, instrumento de natureza e características distintas¹¹⁷.

No que tange ao objeto da arbitragem decorrente de acordo de acionistas, poucas limitações podem ser identificadas. Como se disse anteriormente, quanto ao conteúdo (ou ao objeto), os acordos de acionistas podem ser (a) acordos de voto (comando ou defesa) e (b) acordos de bloqueio (alienação, opção ou preferência).

Por um lado, os acordos de voto podem ser subdivididos em acordos de comando (convenção dos acionistas sobre o sentido do voto a ser dado em assembleia para fins de conquistar e manter o poder de controle) e acordos de defesa (convenção dos acionistas sobre o sentido do voto a ser dado em assembleia para fortalecer a posição dos acionistas minoritários). Neste caso, podem ser submetidos à arbitragem, por exemplo, conflitos decorrentes da interpretação do acordo de acionistas, bem como litígios decorrentes do dever de determinado acionista votar em determinado sentido em um conclave a partir de uma dúvida sobre eventual conflito de interesses.

Destaque-se que, não obstante o direito de voto integre o rol de direitos políticos do acionista, não há a menor dúvida de que possui natureza patrimonial, pois, ao final e ao cabo, busca-se com o exercício do direito de voto comandar os rumos negociais, proteger investimentos ou garantir maior poder de decisão na sociedade direito de voto na sociedade anônima possui clara natureza disponível, tanto é que a própria Lei das S.A. admite que sejam objeto de convenção por meio de acordo de acionistas. *Em resumo, os conflitos decorrentes de acordos de acionistas de voto (comando ou defesa) são plenamente arbitráveis.*

Por outro lado, os acordos de bloqueio buscam restringir a transmissibilidade das ações aos termos do pacto, seja para permitir o exercício do direito de veto aos demais, seja para garantir o direito de preferência dos demais, seja para instituir um direito de opção, seja, ainda, para estabelecer de forma geral condições para que a alienação se realize. Com efeito, *podem ser submetidos à arbitragem, v.g., litígios referentes às condições em que determinada participação acionária foi alienada, de modo a verificar se o direito de preferência dos acionistas convenientes do acordo de*

acionistas foi desrespeitado ou não. *Também aqui pode-se dizer que os conflitos decorrentes de acordos de acionistas de bloqueio (veto, preferência, opção) são plenamente arbitráveis.*

Não é apenas a interpretação do acordo de acionistas que pode ser submetida à arbitragem. A execução específica do acordo de acionistas também pode se dar pela via arbitral. Como se disse, a expressão “*execução específica do acordo de acionistas*” não corresponde exatamente a uma execução, razão pela qual não se pode opor à possibilidade de execução específica do acordo de acionistas na arbitragem a ideia de que os árbitros não teriam *ius imperium*¹¹⁸. *A execução específica do acordo de acionistas é demanda de natureza cognitiva, razão pela qual não há nenhum impedimento à sua tramitação pela via arbitral.*

Assim, como se disse anteriormente, o § 8.º do art. 118 da lei societária permite que, no caso de acionista presente e votante em sentido contrário ao acordo de acionistas, o presidente desconsidere, em regra, o voto ineficaz¹¹⁹. Repita-se que a norma societária, todavia, segundo a doutrina comercialista majoritária, não estabelece ficção jurídica alguma no sentido de se tomar o voto contrário como se fosse voto em harmonia com o pacto parassocial¹²⁰. Estando presente o acionista e votando em sentido contrário ao acordo, a única atitude da presidência da assembleia ou da reunião do conselho de administração será a desconsideração do voto, a não ser que circunstâncias peculiares do caso revelem outra solução (por exemplo, no caso do controle da Usiminas, já citado anteriormente).

Caso esse voto em desacordo com o pacto se revele indispensável para a aprovação da deliberação, a saída vislumbrada pela doutrina comercialista será a execução específica do acordo de acionistas¹²¹. *Na hipótese de o pacto parassocial conter cláusula compromissória, a execução do acordo de acionistas para fins de obter uma sentença substitutiva da declaração de vontade do acionista que tenha descumprido o acordo pode se dar na arbitragem.* A hipótese do § 8.º do art. 118 da Lei das S.A. é apenas um exemplo, pois a possibilidade de execução específica de acordo de acionistas no âmbito da arbitragem é bastante ampla.

Questão realmente complexa no trato deste tema diz respeito à vinculação ou não

da companhia à cláusula compromissória presente no acordo de acionistas quando não há cláusula compromissória no estatuto social da sociedade anônima. As perguntas que se fazem são as seguintes: a cláusula compromissória contida em acordo de acionistas vincula a companhia, no sentido de obrigá-la a integrar a arbitragem quando cabível ou, na mais simples das hipóteses, observar os termos da sentença arbitral ainda que não tenha sido necessário incluí-la em um dos polos do processo arbitral? O simples arquivamento do acordo de acionistas contendo o pacto arbitral na sede da companhia já é suficiente para vinculá-la à cláusula compromissória? A aposição de assinatura da companhia no acordo de acionistas na qualidade de *interveniente-anuente* é suficiente para vinculá-la à cláusula compromissória?

Estas questões todas partem do pressuposto de que a companhia não é – nem poderia ser – *parte* do acordo de acionistas. De fato, a doutrina comercialista majoritária entende que a companhia não pode ser *parte* do acordo de acionistas, pois os objetos deste pacto social descritos no art. 118 da Lei n.º 6.404/1976 não geram direitos a serem exercidos pela sociedade, mas apenas pelos acionistas. Neste sentido, *inter plures*, Nelson Eizirik ensina que “a companhia não é parte no acordo de acionistas, embora possa figurar como interveniente”¹²². Em razão disso, o autor afirma, com todas as letras, que, “como a companhia é parte ilegítima a figurar no acordo de acionistas, ela não pode estar obrigada por tal instrumento”¹²³.

Não obstante, há entendimentos considerando que, em alguns casos, a companhia pode ser *parte* do acordo de acionistas. Modesto Carvalhosa explica que “nos acordos de bloqueio em que a sociedade é credora obrigacional, pela ordem, na preferência ou opção de aquisição de ações do acionista retirante, torna-se ela [a sociedade] parte efetiva do acordo”. O autor complementa a lição esclarecendo que “ainda que [a companhia] não tenha firmado o acordo como parte, mas apenas como interveniente, tem ela interesse material naquele, na medida em que a avença lhe outorgue o referido direito de preferência de aquisição perante terceiros, bem como na regular opção de compra das ações do acionista que, no prazo do acordo, desejar retirar-se”¹²⁴.

Modesto Carvalhosa afirma também que, “no tocante ao acordo de controle, tal como instituído na lei societária de 1976 (art. 116) e, como referido, ampliado na lei societária de 2001 com todo o aparato de vinculação dos administradores e, ainda, com a instituição do regime de autotutela, torna a companhia parte integrante de tal acordo, em sentido substancial”¹²⁵. Como se observa, há dúvida na doutrina a respeito da qualidade de *parte* da companhia em algumas modalidades de acordo de acionistas, o que poderia ser fundamental para definir se a mesma está vinculada à cláusula compromissória contida em determinado acordo.

Caso se entenda que a companhia não pode ser parte do acordo de acionistas, de-ve-se examinar, como se disse acima, as consequências do arquivamento do acordo de acionistas na sede da companhia e a aposição da assinatura da sociedade na qualidade de *interveniente-anuente* no acordo de acionistas. Arnoldo Wald considera que a cláusula compromissória “também pode ser incluída nos acordos de acionistas e até em outros pactos, desde que assinados por todos os acionistas ou por aqueles que aceitam sujeitar-se à arbitragem, comparecendo, nos mencionados instrumentos, *a sociedade como parte integrante (e não na condição de simples interveniente ou órgão registrador para fins de ciência dos interessados)*”. Em seguida, o autor explica melhor o seu entendimento em relação à participação da sociedade no acordo de acionistas que contém pacto arbitral:

Não é acadêmica essa distinção entre a sociedade que firma o acordo de acionistas para o fim exclusivo de dele tomar conhecimento (como interveniente) e da que é parte efetiva no mesmo, tendo direitos próprios e assumindo obrigações. A matéria tem sido discutida em processos arbitrais para o fim de saber se, quando mera interveniente, a própria empresa estava ou não vinculada pela cláusula compromissória. A resposta dada pela maioria da doutrina e por tribunais arbitrais tem sido negativa, não se conhecendo decisão judicial na matéria. Como salientado por eminente professor, em tais casos, a sociedade não é parte, podendo ser, quando muito, “a vítima” das disposições do acordo de acionistas¹²⁶.

O autor, portanto, entende que a companhia somente se vincula à cláusula compromissória contida em acordo de acionistas quando efetivamente integra o pacto parassocial como *parte*, não bastando o mero arquivamento do acordo de acionistas em sua sede nem mesmo a participação da companhia como *interveniente-anuente* neste instrumento. Em sentido semelhante em relação ao ato de arquivamento, Luis Fernando Guerrero entende que “o simples arquivamento do acordo de acionistas não vincula a sociedade quanto ao seu conteúdo, mas apenas quanto à sua execução”, razão pela qual a “cláusula compromissória existente não se estenderá à sociedade, pois esta é a denominada extensão impossível, posto que a obrigação passível de arbitragem no acordo de acionistas é apenas em relação às matérias que podem fazer parte do acordo”¹²⁷.

No que diz respeito à participação da sociedade como *interveniente-anuente*, Luis Fernando Guerrero afirma que “a sociedade só estaria obrigada a fazer com que os termos do acordo celebrado que sejam relativos à arbitragem sejam observados, isto é, que eventual controvérsia entre os acionistas tratando do acordo avençado seja solucionada via arbitragem e que a decisão tomada pelos árbitros desse procedimento seja adotada pela sociedade”¹²⁸. Em outro trecho, o autor afirma que esta situação de interveniência-anuência “parece vinculá-la mais do ponto de vista de cumprimento do acordo como dispõe a Lei, porém, sem que a sociedade possa ser obrigada a participar de procedimento arbitral previsto no acordo”¹²⁹. O autor conclui da seguinte forma:

O fato é que a adesão à convenção de arbitragem depende de manifestação expressa de vontade e a simples assinatura de um contrato com cláusula compromissória na condição de interveniente anuente não implica a concordância com a arbitragem, em regra¹³⁰.

Mariana Conti Craveiro faz uma divisão entre acordos de acionistas firmados por todos os sócios (o que pode se revelar comum em sociedade anônimas fechadas) e acordos de acionistas firmados apenas por uma parcela dos sócios, sendo certo que em nenhum dos dois casos a sociedade é *parte* ou *interveniente-anuente* do ajuste

arbitral nem há cláusula compromissória inserida no estatuto social.

No primeiro caso, ou seja, acordo de acionistas contendo cláusula compromissória celebrado por todos os sócios da sociedade, a autora entende que “essa cláusula compromissória deve ser interpretada e examinada em consonância com o Direito Societário e com a função econômica desejada pelas partes de moldar seu relacionamento societário valendo-se dessa característica”¹³¹, razão pela qual “a separação entre a sociedade e a pessoa de seus sócios não pode ser absoluta”, o que significa, em termos práticos, que seria possível vincular a companhia à cláusula compromissória presente no acordo de acionistas¹³². Ou seja, neste caso de todos os acionistas firmarem o acordo de acionistas, a autora entende que a companhia está vinculada à arbitragem mesmo que não tenha integrado o pacto parassocial como *interveniente-anuente*

No segundo caso, ou seja, acordo de acionistas contendo cláusula compromissória celebrado por uma parcela dos sócios da sociedade, a autora entende que “a cláusula arbitral parassocial, aqui, não teria o condão de atingir indistinta e automaticamente a sociedade e os demais sócios não signatários do pacto, em pleno respeito ao princípio da relatividade dos contratos, mas tão somente deverá vincular os pactuantes”. Não obstante, a autora faz uma ressalva, considerando que “a depender dos contornos do caso concreto, a sociedade poderá, contudo, vir a ser envolvida no procedimento arbitral por ter interesse no resultado concreto da controvérsia, e nos casos previstos no art. 118 da Lei n.º 6.404/1976”¹³³.

Joaquim Muniz considera que “quando a companhia firma o acordo de acionistas como ‘interveniente-anuente’, está sim assumindo obrigações, a principal delas a de contribuir com o cumprimento dos termos e condições avençados pelas partes”, razão pela qual “se surgir uma disputa em âmbito de arbitragem e a participação da companhia no procedimento arbitral for necessária ou benéfica para a validade ou eficácia da decisão, a companhia não poderá escusar-se a integrar o processo”¹³⁴. Da mesma forma, Guilherme Leporace e Paulo Chor consideram que “é indispensável a interveniência-anuência da companhia no acordo de acionistas ou, ao menos, prova escrita de sua concordância em se vincular à cláusula compromissória”, razão pela

qual “ausente esse requisito, não há sujeição ao juízo arbitral”¹³⁵.

Na jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro enfrentou um caso que, aparentemente, dizia respeito à vinculação da companhia a uma cláusula compromissória presente em acordo de acionistas. O caso *José Thadeu Teixeira v. Metal Data S.A. Mineração e Metalúrgica e Mineração Cruzeiro do Sul S.A.* tratava de uma ação de exclusão de acionista proposta por duas sociedades anônimas. Movida a demanda judicial, o réu alegou existência de cláusula compromissória no acordo de acionistas na companhia, o que levaria à extinção do processo judicial sem a resolução do mérito.

Segundo o acórdão, porém, “a cláusula compromissória estabelecida no acordo de acionistas só vale para solucionar divergências futuras entre os sócios, fundadas na ‘interpretação’ do referido acordo”, mas “não entre eles e a Sociedade”. Não há informação no relatório do acórdão se a companhia era aberta ou fechada, se todos os acionistas firmaram o acordo de acionistas nem se a sociedade participou do pacto parassocial como *inter-veniente-anuente*, o que dificulta a análise detalhada do caso. Contudo, ao que parece, o acórdão considerou, a partir dos termos em que estava redigida a cláusula compromissória, que o simples arquivamento do acordo de acionistas na sede da companhia não vincula a sociedade anônima à cláusula compromissória presente no referido pacto parassocial¹³⁶.

Construiu-se no passado no Brasil a ideia de que a sociedade empresária não pode ser parte do acordo de acionistas, pois ela seria, na verdade, objeto do pacto parassocial. Diante deste entendimento, criou-se a tradição de qualificar a companhia signatária de acordos de acionistas como *interveniente-anuente*. Além desta forma de vincular a companhia ao acordo de acionistas, a lei prevê o arquivamento do acordo na sede da companhia como ato jurídico também destinado a vinculá-la. *A verdade é que a companhia, em algumas hipóteses, é substancialmente titular de direitos e de obrigações pactuadas pelas partes no acordo de acionistas, situações nas quais ela ostenta a qualidade de parte em sentido estrito. Em outras situações, a sociedade participa do pacto com a limitada atuação de dar cumprimento aos direitos e obrigações nele estabelecidos.*

Segundo entendemos, o critério para saber se a companhia está ou não vinculada à cláusula compromissória presente no acordo de acionistas não é meramente formal (arquivamento ou não do acordo de acionistas na sede; assinatura ou não da companhia no acordo de acionistas como interveniente-anuente), mas sim material (a companhia está vinculada à cláusula compromissória quando a arbitragem disser respeito a direitos e obrigações decorrentes do acordo de acionistas de que a sociedade empresária seja titular). A resposta para a questão concernente em saber se a companhia está ou não vinculada à cláusula compromissória presente no acordo de acionistas depende fundamentalmente do caso concreto, no sentido de se entender se a companhia é parte ou não do acordo de acionistas.

6.5. ALCANCE SUBJETIVO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

6.5.1. Divergências prévias à Reforma da Lei de Arbitragem

6.5.1.1. Inclusão da cláusula compromissória na constituição da companhia antes da Reforma da Lei de Arbitragem

A discussão a respeito da inclusão da cláusula compromissória no estatuto social varia, fundamentalmente, em razão do momento em que a sociedade passa a adotar a arbitragem como forma oficial de resolução de conflitos. Existem dois momentos, basicamente, em que isso pode ocorrer: (i) na constituição da companhia ou (ii) por ocasião da reforma do estatuto social. Neste item, discute-se a inclusão da cláusula compromissória no momento de constituição da companhia, iniciando-se a exposição pela análise do quórum de instalação e do quórum de aprovação da assembleia constituinte.

Há no Direito Societário o chamado *quórum de instalação* da assembleia e o

denominado *quórum de deliberação* da assembleia. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “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”, enquanto “o *quorum* de deliberação está relacionado à quantidade de votos favoráveis a determinada proposição, sem os quais ela não é validamente aprovada”¹³⁷. Em sentido assemelhado, confira-se a lição de Arnaldo Wald:

Quorum de instalação não se confunde com *quorum* de deliberação. O primeiro se refere à presença de um percentual mínimo do capital social exigido para que ocorra validamente a reunião de sócios, enquanto o segundo diz respeito aos votos necessários para a aprovação de determinada matéria, obedecendo ao princípio majoritário ou a *quorum* qualificado estabelecido na lei ou no estatuto¹³⁸.

No momento de constituição da companhia – aberta ou fechada, instituída por assembleia geral¹³⁹ –, o *quórum de instalação* da assembleia de constituição deve ser igual ou maior do que metade do capital social em primeira convocação e de qualquer número em segunda convocação, tudo na forma do art. 87 da Lei n.º 6.404/1976. Segundo o *caput* deste dispositivo, “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”¹⁴⁰.

O *quórum de deliberação* na assembleia de constituição da companhia – aberta ou fechada, constituída por assembleia geral – dependerá da matéria sujeita à votação. *Tra-tando-se de cláusula compromissória estatutária, o quórum de deliberação a ser considerado é aquele necessário à aprovação do projeto do estatuto social, pois o pacto arbitral já estará contido neste projeto.* O § 2.º do art. 87 da Lei das S.A., a este respeito, estatui que “cada ação, independentemente de sua espécie ou classe, dá direito a um voto; a maioria não tem poder para alterar o projeto de estatuto”.

A interpretação da última parte desse dispositivo indica que o projeto do estatuto social – e, portanto, a cláusula compromissória estatutária – pressupõe

*aprovação unânime*¹⁴¹. No que diz respeito às companhias fechadas, Haroldo Verçosa ensina que “o projeto de estatuto somente poderá ser modificado se houver a *concordância da totalidade dos acionistas* subscritores do capital da sociedade”¹⁴². Em relação às companhias abertas, Ricardo Negrão aduz que “o projeto *não pode ser alterado pela maioria*, pela simples razão de que já houve adesão unânime dos subscritores ao conteúdo do projeto no momento da subscrição”¹⁴³. Nelson Eizirik explica a razão desta exigência:

Tendo em vista que os subscritores concordam em fazer parte de uma companhia nos exatos termos constantes do projeto do estatuto social e do prospecto, *o projeto de estatuto somente pode ser alterado por deliberação unânime e com a presença de todos eles*. Portanto, o estatuto social deve ser aprovado da forma como foi projetado, salvo acordo da unanimidade dos subscritores e não apenas dos presentes à assembleia¹⁴⁴.

Em resumo, seja nas companhias abertas, seja nas companhias fechadas, seja por subscrição pública (assembleia geral), seja por subscrição privada (assembleia geral ou escritura pública), a cláusula compromissória será aprovada pela unanimidade dos subscritores no momento de constituição da sociedade por ações, pois o pacto arbitral já constará do projeto de estatuto social. Esta exigência de aprovação unânime reduz bastante as discussões a respeito do alcance subjetivo da cláusula compromissória estatutária, pois não há, em relação a ela, qualquer manifestação de inconformismo. *Íssso significa que a cláusula compromissória inserida no estatuto social no momento de constituição da companhia vincula todos os subscritores*.

Nesse sentido, Nelson Eizirik leciona que, “quando a cláusula compromissória estiver incluída no estatuto social na constituição da companhia, inequivocamente vincula todos os acionistas fundadores”¹⁴⁵. Da mesma forma, Haroldo Verçosa ensina que “não há dúvida alguma quanto à sujeição dos acionistas originários, a partir dos fundadores, ao dispositivo estatutário que haja adotado a arbitragem como a solução das pendências”¹⁴⁶. No mesmo sentido, Carlos Alberto Carmona explica que, “se, nc

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 manifestado declaração de vontade inequívoca no sentido de derrogar a competência da autoridade judiciária”¹⁴⁷.

Não há muitas dúvidas na doutrina a respeito deste ponto e esta questão não foi alterada pela promulgação da Reforma da Lei de Arbitragem, como se verá adiante.

6.5.1.2. Inclusão da cláusula compromissória na reforma do estatuto social antes da Reforma da Lei de Arbitragem

Reforma do estatuto social

A inclusão da cláusula compromissória em momento posterior à constituição da companhia – aberta ou fechada – pode se dar pela reforma do estatuto social, circunstância na qual surgem questões bem mais complexas do que aquelas examinadas no item anterior em relação ao momento do nascimento da sociedade. Segundo o inciso I do art. 122 da Lei das Sociedades por Ações, “competem privativamente à assembleia geral [...] reformar o estatuto social”. A reforma do estatuto social reclama, assim, a convocação de assembleia geral extraordinária, *ex vi* da redação dos arts. 132 e 135 da lei societária.

No que diz respeito ao *quórum de instalação*, a regra geral do art. 125 do diploma societário estatui que, “ressalvadas as exceções previstas em lei, a assembleia geral instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem, no mínimo, 1/4 (um quarto) do capital social com direito de voto; em segunda convocação instalar-se-á com qualquer número”. Todavia, no que tange à reforma do estatuto social – e, portanto, à inclusão da cláusula compromissória estatutária –, a Lei das S.A. possui regra especial, estabelecendo quórum qualificado de instalação¹⁴⁸.

Neste sentido, o art. 135 da Lei n.º 6.404/1976 dispõe que “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”¹⁴⁹. O *quórum de instalação* da assembleia geral para reforma do estatuto social com a finalidade de incluir uma cláusula compromissória não foi alterado pela Reforma da Lei de Arbitragem, conforme adiante se examinará.

Regularmente convocada (art. 124) e instalada (art. 125) a assembleia geral extraordinária, o *quórum de deliberação* para aprovação da inserção da cláusula compromissória no estatuto social seguia a regra geral, ou seja, maioria absoluta dos votos¹⁵⁰, excluídos os votos em branco, tudo na forma do art. 129 da Lei n.º 6.404/1976¹⁵¹. O mencionado dispositivo prevê que “as deliberações da assembleia geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco”. Como não havia, antes da promulgação da Lei n.º 13.129/2015, quórum especial estabelecido por lei para esta hipótese, prevalecia o quórum da maioria absoluta de votos. Este ponto foi alterado pela Reforma da Lei de Arbitragem, como se verá em item próprio mais adiante.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “é atingido, assim, o quórum geral de deliberação pela manifestação favorável de mais da metade dos votos dados em preto pelos acionistas presentes à assembleia”¹⁵². Nelson Eizirik ensina que “o quórum da maioria absoluta verifica-se mediante o capital que pode votar representado pelos acionistas presentes à assembleia geral”¹⁵³. Em seguida, o autor anota que, “enquanto o quórum da maioria absoluta verifica-se de acordo com o capital votante representado pelos acionistas presentes à assembleia geral, o quórum qualificado extrai-se do capital social total com direito a voto, ou seja, metade das ações com direito a voto que integram o capital social”¹⁵⁴.

Em outras palavras, considera-se aprovada a proposta que obtiver mais da metade dos votos manifestados validamente pelos acionistas com direito a voto presentes na assembleia geral extraordinária, independentemente de quanto a maioria atingida represente em relação ao total do capital social da sociedade¹⁵⁵. Trata-se do conhecido princípio majoritário. Nelson Eizirik informa que “não integram a base de

cálculo os votos em branco, os dos acionistas que se encontram impedidos de votar determinada matéria e os proferidos com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado na sede da companhia”¹⁵⁶.

A princípio, portanto, seguindo-se a sistemática da Lei das Sociedades por Ações, a assembleia geral extraordinária para inclusão de cláusula compromissória no estatuto social de companhias abertas ou fechadas deveria ser instalada com a presença de acionistas que representassem no mínimo 2/3 do capital social com direito a voto em primeira convocação e com qualquer número em segunda convocação, sendo certo que a proposta de inclusão do pacto arbitral estatutário deveria ser considerada aprovada caso obtivesse mais da metade dos votos manifestados validamente pelos acionistas com direito a voto presentes no conclave caso da sociedade anônima fechada, este quórum de deliberação poderia ser aumentado, na forma do § 1.º do art. 129 da Lei n.º 6.404/1976, mas a regra geral era a maioria absoluta¹⁵⁷. Tudo isso considerando o período anterior à Reforma da Lei de Arbitragem.

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 acionistas¹⁵⁸. Tratar-se-ia, pois, da prevalência do interesse social¹⁵⁹. Em nenhum destes casos, deveria o acionista dissidente fazer jus ao exercício do direito de retirada (direito de recesso), simplesmente porque a lei societária não previa esta hipótese, ex vi da literalidade do art. 137 da Lei n.º 6.404/1976 (enumeração taxativa, segundo a doutrina dominante).

Com efeito, até a promulgação da Reforma da Lei de Arbitragem, o entendimento acima retratado prevalecia na doutrina comercialista brasileira, não obstante não houvesse jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o assunto, muito menos decisões judiciais enfrentando a questão sob o ângulo da restrição do acesso ao Poder Judiciário contra a vontade do acionista, o que sempre provoca debates a respeito da

eventual infringência ao inciso XXXV do art. 5.º da Constituição. A ausência de jurisprudência consolidada e a inexistência de alternativas legais interessantes ao acionista contrário à inclusão da cláusula compromissória estatutária (nem sempre a alienação da participação acionária é possível na prática, bem como adequada economicamente) tornava este tema certamente o mais complexo no trato da arbitragem societária brasileira.

Antes de enfrentar o tema no direito vigente, cumpre resgatar, brevemente, este histórico da evolução da arbitragem societária no Brasil. Este resgate é importante para compreender melhor a alteração legislativa empreendida na Lei das Sociedades por Ações pela Lei n.º 13.129/2015, por meio da inclusão do art. 136-A, bem como solucionar problemas surgidos sob a vigência do direito anterior, mas ainda *sub judice*. Afinal, conforme lembra Nelson Eizirik, “em decorrência do princípio da irretroatividade das leis, vale ressaltar que para aquelas companhias que já haviam incluído a cláusula compromissória em seus estatutos sociais anteriormente à entrada em vigor da Lei n.º 13.129/2015, não há que falar na aplicação desse dispositivo”¹⁶⁰.

6.5.1.2.2. A divergência doutrinária prévia à Reforma da Lei de Arbitragem: acionistas contemporâneos à inclusão da cláusula compromissória

Adotando posição bastante particular, Modesto Carvalhosa entendia que a “cláusula compromissória estatutária vincula, portanto, a sociedade e individualmente aqueles acionistas que a instituíram nos atos de sua constituição ou em alteração estatutária, seja para dirimir divergências e litígios entre eles, acionistas compromissados, e a sociedade, seja para resolver pendências que entre eles, acionistas compromissados, surgirem no futuro”¹⁶¹. Assim, não obstante admitisse a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social por decisão da maioria absoluta, o jurista entendia que “a cláusula compromissória estatutária não adquire caráter associativo, não sendo, por isso, impositivo aos acionistas que não votaram favoravelmente à sua adoção no estatuto”¹⁶².

Em outras palavras, o jurista considerava que a cláusula compromissória

estatutária aprovada pela maioria absoluta do capital votante não vinculava os acionistas dissidentes, os acionistas que houvessem se absterido na deliberação e os acionistas que houvessem faltado à assembleia. Neste sentido, Modesto Carvalhosa afirmava 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”¹⁶³.

O autor baseava sua posição na consideração de que a cláusula compromissória estatutária possuía natureza jurídica de pacto parassocial, bem como na ideia de que o direito essencial do acionista de acesso ao Poder Judiciário não poderia ser afastado pela vontade da maioria, sob pena de ofensa ao § 2.º do art. 109 da Lei das Sociedades por Ações e ao inciso XXXV do art. 5.º da Constituição da República. O primeiro destes dispositivos dispõe que “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”. Já o segundo deles, como se sabe, prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Nelson Eizirik, pautando-se na característica da autonomia privada da arbitragem, entendia que “não se pode imputar à cláusula de arbitragem tratamento jurídico idêntico às outras cláusulas constantes do estatuto social, as quais se impõem obrigatoriamente a todos os acionistas, mesmo os discordantes, gozando de caráter mandatório”¹⁶⁴. Segundo o autor, “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”¹⁶⁵.

O autor, portanto, fundamentava sua posição em inadmitir a aplicação da cláusula compromissória aos acionistas dissidentes – que tenham votado contrariamente à inclusão da cláusula – na autonomia privada que marca a arbitragem. Ao contrário de Modesto Carvalhosa, porém, o comercialista considerava que os acionistas que houvessem se absterido na deliberação e os acionistas que houvessem faltado à assembleia estariam vinculados à cláusula compromissória estatutária, pois não manifestaram expressa discordância. Nesse sentido, Nelson Eizirik afirma 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”¹⁶⁶.

Alexandre Freitas Câmara considerava que “deve-se reconhecer aos acionistas divergentes, que se manifestem contrariamente à adoção da cláusula compromissória, o direito ao recesso, que poderão exercer, nos termos dos arts. 137 da Lei n.º 6.404/1976 e 1.077 do Código Civil”¹⁶⁷. O autor admitia a inclusão da cláusula compromissória pelo voto da maioria absoluta dos acionistas na assembleia geral extraordinária, mas atribuía aos acionistas dissidentes o direito de retirada (direito de recesso), não obstante esta hipótese não estivesse literalmente prevista no art. 137 da Lei das Sociedades por Ações (considerado predominantemente pela doutrina comercialista brasileira como *numerus clausus*).

Carlos Alberto Carmona também destacava o direito de acesso ao Poder Judiciário, previsto no já mencionado inciso XXXV do art. 5.º da Constituição da República. Ao contrário de Modesto Carvalhosa, porém, o autor não admitia a existência numa mesma sociedade de acionistas vinculados à cláusula compromissória estatutária (em que o método de resolução dos conflitos sociais seria a arbitragem) e de acionistas não vinculados ao pacto arbitral (em que o método de resolução dos conflitos sociais seria o Poder Judiciário). Assim, o autor inicia sua lição explicando que “não se pode conceber, portanto, que haja um estatuto híbrido, que obrigue alguns sócios e não vincule outros”¹⁶⁸.

Com base nesta premissa, Carlos Alberto Carmona considerava que “a resposta está baseada na necessidade de a deliberação sobre a inclusão da cláusula ser sempre unânime, contando com a adesão de todos os sócios”¹⁶⁹. O autor, portanto, entendia que a inserção da cláusula compromissória no estatuto social das sociedades por ações dependia da concordância expressa de todos os sócios. É de dizer que esta posição criava um quórum especial de unanimidade não previsto na lei societária brasileira e capaz de, na prática, inviabilizar a arbitragem no ambiente societário em razão da dinâmica de interesses em uma companhia, especialmente nas companhias abertas (a Petrobras, por exemplo, possui mais de 250 mil acionistas)¹⁷⁰. O autor

resume a sua posição na seguinte passagem:

Caso, entretanto, a cláusula não tenha sido introduzida no momento da constituição da companhia, somente com o voto de todos os acionistas poderá ser incluída no estatuto, pouco importando o *quorum* estabelecido na lei ou no próprio estatuto para as demais alterações pontuais, eis que estará em jogo direito essencial do acionista, qual seja, o de dirigir-se ao Estado para tratar de lesão ou ameaça de lesão a suposto direito seu¹⁷¹.

Adotando entendimento diametralmente oposto ao desses autores, Carlos Augusto da Silveira Lobo considerava que “uma organização perene tem de poder modificar sua lei interna para adaptar-se a situações que se alteram no tempo”, e, “para que as alterações estatutárias sejam viáveis, a lei estabelece o princípio majoritário, segundo o qual as deliberações da assembleia são aprovadas por maioria, vinculando também os acionistas que delas divergem, assim como os ausentes e os que se abstêm de votar”¹⁷². Segundo o autor, todos os acionistas da companhia se vinculavam à cláusula compromissória estatutária a partir do momento em que a assembleia geral extraordinária aprovava a sua incorporação pelo voto da maioria absoluta.

Da mesma forma, Paulo Fernandes Campos Salles de Toledo ensinava que, “pouca aplicação do princípio da maioria, e de regra expressa da Lei das S.A., a deliberação a respeito dessa matéria (cláusula compromissória) é tomada, quando se tratar de alteração do estatuto, por maioria absoluta dos votos dos presentes”, sendo certo que, continuava o autor, “não há na Lei das S.A. previsão excetuando essa regra, que deve, pois, ser obedecida”¹⁷³. Ambos os autores defendiam a prevalência do princípio majoritário, razão pela qual a aprovação da cláusula compromissória estatutária pela maioria absoluta da assembleia geral extraordinária ocasionava a vinculação de todos os acionistas ao seu teor.

Arnoldo Wald entendia, também desta forma, que, “considerando o caráter institucional da sociedade, parece-nos que é matéria a ser decidida pelos estatutos aprovados na forma da lei, cujas disposições se impõem a todos os acionistas que

com ela concordaram ou dela discordaram, tendo ingressado antes ou depois de aprovação da cláusula compromissória estatutária”¹⁷⁴. O autor defendia que a cláusula compromissória estatutária validamente aprovada pela assembleia geral extraordinária vinculava todos os acionistas, tivessem eles votado ou não favoravelmente, tivessem eles votado ou não na assembleia, tivessem eles comparecido ou não à assembleia.

Comungando deste entendimento, Donaldo Armelin lecionava que “prevalece, portanto, o princípio da maioria para a aprovação da inclusão da cláusula compromissória no estatuto social, sendo pacífico internacionalmente o entendimento de que, havendo cláusula compromissória no estatuto social da companhia, nenhum associado poderá se opor à arbitragem, ainda que tenha manifestado expressamente sua discordância, quando da deliberação que aprovou sua inserção”¹⁷⁵. Trata-se de outra manifestação em favor da aplicação do princípio majoritário para lidar com a inserção da cláusula compromissória no estatuto social das companhias.

Pedro A. Batista Martins, por seu turno, explicava que, “convocada a assembleia geral para modificação do estatuto social da companhia, de modo a se inserir uma ampla cláusula compromissória, a natureza dessa deliberação reforça o efeito *erga omnes* da cláusula compromissória a toda a comunidade de acionistas, tenham estes comparecido ou não, ou mesmo impugnado, por meio de voto, a referida deliberação”¹⁷⁶. Também assim, Barbara Makant entendia que “a regra contida na lei societária é clara: as deliberações dos acionistas serão tomadas por maioria absoluta de votos”, razão pela qual “a exigência da aprovação da totalidade dos acionistas para que uma cláusula estatutária se torne válida e eficaz para todos poderia trazer entraves à própria evolução do instituto da sociedade”¹⁷⁷. Esta era também a posição de Francisco Müssnich e Fábio Henrique Peres:

Em que pese a autoridade dos defensores da segunda corrente apresentada, sustentamos que os dissidentes, omissos e ausentes a tal deliberação estarão plenamente vinculados à cláusula compromissória introduzida no estatuto ou contrato social da sociedade, estando obrigados a respeitar integralmente os seus termos¹⁷⁸.

Como se observa, o debate na doutrina brasileira a respeito da vinculação dos acionistas à cláusula compromissória era bastante intenso, pendendo uma leve maioria da doutrina comercialista no sentido de que o pacto arbitral estatutário se aplicava a todos os acionistas (dissidentes, absteridos e ausentes) após a sua aprovação pela maioria absoluta reunida em assembleia geral extraordinária. Esta divergência possuía ainda uma ramificação, consistente em saber se os acionistas que não houvessem votado favoravelmente à inserção da cláusula compromissória estatutária teriam direito de retirada (direito de recesso), como se passa a analisar.

Como se disse anteriormente, não há jurisprudência dos Tribunais Superiores a respeito desta matéria, mas pode-se dizer que, sem a outorga de direito de retirada (direito de recesso) aos acionistas que tivessem votado contrariamente à inclusão da cláusula compromissória no estatuto social, havia forte probabilidade de o Poder Judiciário adotar a posição daqueles que consideravam que a cláusula não poderia vincular estes acionistas dissidentes. A Reforma da Lei de Arbitragem, como se verá adiante, equacionou bem este problema.

6.5.1.2.3. A divergência doutrinária prévia à Reforma da Lei de Arbitragem: direito de retirada (direito de recesso)

O debate a respeito da vinculação à cláusula compromissória estatutária dos acionistas que não houvessem votado favoravelmente à sua adoção possuía uma ramificação consistente em saber se estes acionistas fariam jus ao *direito de retirada (direito de recesso)*. Existem duas formas não litigiosas de um sócio deixar voluntariamente a sociedade: (i) alienação da participação societária; e (ii) exercício do direito de retirada (direito de recesso).

Considerando todos os tipos societários, a perspectiva do legislador brasileiro foi a de que quanto mais fácil, em tese, for a possibilidade de alienação da participação societária, menores serão as hipóteses de exercício do direito de retirada (direito de recesso) e vice-versa¹⁷⁹. O direito de retirada (direito de recesso) é manifestação unilateral de vontade do sócio em relação à sociedade que, uma vez validamente exercido, acarreta para o sócio retirante o direito ao

recebimento do valor correspondente à sua participação. A alienação de participação societária é negócio jurídico bilateral, estabelecido entre o atual sócio (cedente) e o futuro sócio (cessionário), com base no valor de negociação da participação societária¹⁸⁰.

O direito de retirada (direito de recesso) nas sociedades anônimas é regulamentado pelo art. 137 da Lei das S.A. Segundo o mencionado dispositivo legal “a aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45)”. Haroldo Verçosa explica que o direito de retirada (direito de recesso) alcança não apenas o acionista que tenha votado contrariamente à aprovação de determinada deliberação assemblear, mas também aqueles acionistas que se abstiveram na votação ou mesmo aqueles acionistas que sequer estavam presentes no conclave¹⁸¹. Trata-se, segundo a doutrina majoritária, de direito extensível a quem não votou favoravelmente na deliberação. Esta também é a lição de Nelson Eizirik:

O conceito de acionista dissidente abrange aquele que comparece à assembleia e vota contra a deliberação, o que esteve ausente, o que compareceu ao conclave e se absteve de votar, bem como o acionista que não tem direito de voto¹⁸².

Fábio Ulhoa Coelho afirma que “somente nas hipóteses específicas e expressamente contempladas na lei a discordância do acionista em relação ao deliberado pela maioria votante gera o direito de retirada”¹⁸³. Nelson Eizirik também leciona que “a Lei das S.A. estabelece um elenco de hipóteses que ensejam o exercício do direito de retirada por parte do acionista dissidente, as quais são taxativas, no sentido de que não podem ser negadas pelo estatuto ou pela assembleia geral, pois o recesso constitui direito essencial do acionista”¹⁸⁴. *A enumeração da Lei das Sociedades por Ações é, portanto, taxativa, não havendo possibilidade de concessão de direito de retirada (direito de recesso) fora das hipóteses legais (há entendimento minoritário na doutrina considerando a possibilidade de ampliação – mas não de redução – destas hipóteses por disposição estatutária)*¹⁸⁵.

Anteriormente à Reforma da Lei de Arbitragem, debatia-se, como se disse, a existência ou não de direito de retirada (direito de recesso) em benefício do acionista que não havia votado favoravelmente à inclusão da cláusula compromissória estatutária (como é o caso dos dissidentes, ausentes ou que se abstiveram na votação). A divergência tinha lugar quando o estatuto social não previa esta hipótese, pois se previsse, na verdade, a discussão se alteraria para saber a respeito da possibilidade ou não de ampliação do direito de retirada (direito de recesso) pelo estatuto social, o que, como se disse, não é reconhecido pela maioria da doutrina comercialista brasileira.

Alexandre Freitas Câmara defendia expressamente que “deve-se reconhecer aos acionistas divergentes, que se manifestem contrariamente à adoção da cláusula compromissória, o direito ao recesso, que poderão exercer, nos termos dos arts. 137 da Lei n.º 6.404/1976 e 1.077 do Código Civil”¹⁸⁶. Em sentido diametralmente oposto, Carlos Augusto da Silveira Lobo explicava que “andou bem a lei brasileira ao não conferir o direito de recesso ao acionista dissidente da introdução da cláusula no estatuto”, pois “a introdução da cláusula no estatuto não altera substancialmente as condições essenciais do contrato de sociedade, nem restringe os meios e processos de que o acionista carece para a proteção de seus direitos”¹⁸⁷.

Barbara Makant considerava que “o acionista insatisfeito pode alienar as suas ações a terceiro interessado, não ficando obrigado a permanecer vinculado a determinado empreendimento econômico”¹⁸⁸. Da mesma maneira, Pedro A. Batista Martins entendia que “introduzida a cláusula compromissória por modificação estatutária, aos acionistas descontentes cabe alienar suas participações acionárias”¹⁸⁹. Juliana Krueger Pela manifestava-se considerando que “o legislador teria andado melhor se, juntamente com a inclusão do § 3.º ao art. 109 da Lei 6.404/1976, houvesse ampliado as hipóteses de exercício de direito de recesso, para o fim de incluir dentre elas o caso de adoção da cláusula compromissória”¹⁹⁰.

A doutrina majoritária no Brasil pré-Reforma da Lei de Arbitragem considerava que o acionista que não houvesse concordado com a inclusão da cláusula compromissória estatutária não detinha direito de retirada (direito de

recesso), razão pela qual a alternativa que restava a este acionista era a alienação de sua participação acionária no mercado secundário de ações. Registre-se que parcela da doutrina, apesar de considerar inexistente o direito de retirada (direito de recesso) *de lege lata*, admitia que esta possibilidade seria uma alternativa válida *de lege ferenda* para resolução das complexas dúvidas a respeito da vinculação ao pacto arbitral estatutário dos acionistas que não tivessem concordado com a sua inclusão.

6.5.1.2.4. A divergência doutrinária prévia à Reforma da Lei de Arbitragem: novos acionistas

Outra questão subjacente à aprovação da inclusão da cláusula compromissória no estatuto social dizia – e ainda diz – respeito à vinculação ou não de novos acionistas à convenção de arbitragem. A pergunta que se fazia, em outras palavras, era a seguinte: os acionistas que tinham adquirido o *status* de sócio após a inserção da cláusula compromissória estatutária – seja na constituição da companhia, seja por meio de reforma do estatuto social – estavam vinculados a ela?

Modesto Carvalhosa entendia que “o novo acionista não será parte na cláusula compromissória estatutária pelo simples fato de ter passado a integrar o colégio acionário, a não ser que, por escrito, em documento apartado revestido de todas as formalidades, tenha aderido ao pacto, em estrita conformidade com o § 2.º do art. 4.º da Lei n. 9.307, de 1996”¹⁹¹. O § 2.º do art. 4.º da Lei de Arbitragem prevê que, “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”.

No entendimento de Modesto Carvalhosa, portanto, o estatuto social funcionava como uma espécie de contrato parassocial de adesão para o novo acionista, razão pela qual a cláusula compromissória estatutária, aprovada antes do ingresso deste novo acionista na sociedade, somente seria vinculante se ele aderisse expressamente, por ato formal, ao seu conteúdo. Do contrário, o novo acionista não estaria vinculado ao pacto arbitral estatutário. O jurista defendia, ainda, que “em hipótese alguma a

cláusula compromissória pode impor-se aos novos sócios, ainda que herdeiros ou sucessores por aquisição ou a qualquer título”¹⁹².

Adotando posição contrária, Carlos Augusto da Silveira Lobo afirmava que “quem ingressa em uma organização está *ipso facto* manifestando vontade de aceitar as disposições do respectivo estatuto”, razão pela qual “quem adquire ações de companhia, cujo estatuto contenha a disposição prevista no § 3.º do art. 109 da Lei 6.404/1976, está *ipso facto* vinculando-se à cláusula”. Compra-se, segundo o autor, “o pacote fechado (mas transparente), cujo conteúdo é o *status* de sócio”¹⁹³. Os novos acionistas, portanto, estariam vinculados à cláusula compromissória estatutária previamente inserida no estatuto social.

Da mesma forma, Nelson Eizirik entendia que “os acionistas que posteriormente subscrevem ou adquirem ações da companhia também vinculam-se à cláusula compromissória, que integra o elenco de direitos e deveres dos acionistas, na medida em que aderem a um contrato organizativo, em todas as suas cláusulas”¹⁹⁴. Isso porque, continua o comercialista, “ao subscrever, comprar ou receber as ações, sob qualquer modalidade, estão tais acionistas praticando ato de ratificação do estatuto social e concordando tacitamente com os seus termos”¹⁹⁵. Segundo o autor, presumia-se que o novo acionista conhecia e estava de acordo com o estatuto social quando adquiria a qualidade de sócio.

Também assim, Carlos Alberto Carmona explicava que “os acionistas que firmarem qualquer ato societário posterior à constituição da companhia, onde reste expressa a renúncia à competência do juiz togado, estarão igualmente vinculados à arbitragem”, razão pela qual, continua mais adiante, “o interessado em adquirir ações – inclusive no mercado aberto – deverá tomar o cuidado de conhecer previamente o estatuto da companhia a que irá aderir”¹⁹⁶. Os novos acionistas, portanto, estariam vinculados à cláusula.

Pedro A. Batista Martins igualmente entendia que era “forçoso admitir que ac adquirente de participação societária impõem-se, naturalmente, o conteúdo e os efeitos da cláusula compromissória já contida no estatuto social”¹⁹⁷. Luciano Benetti Timm e Rodrigo Tellechea Silva também defendiam a vinculação à cláusula

compromissória estatutária do novo acionista, por razões dignas de transcrição:

Em segundo lugar, com relação aos investidores que adquiriram ações de companhias cujo estatuto social já prevê a arbitragem como forma de resolução dos conflitos, não há que se falar na necessidade de adesão à cláusula arbitral em apartado, para que eles se vinculem a seus efeitos, por 3 (três) motivos primordiais: (i) pela impossibilidade de se equiparar os estatutos sociais a contratos de adesão; (ii) pelo descompasso dessa regra com a atual dinâmica do mercado de capitais brasileiro; (iii) pelo dever de diligência que deve ser ínsito a qualquer investidor que tenha aplicações no mercado de capitais, já que é possível verificar, de antemão, se determinada empresa possui ou não cláusula compromissória em seu estatuto social¹⁹⁸.

Alexandre Freitas Câmara também defendia este entendimento, no sentido de que “não é admissível reconhecer a possibilidade de alguém adquirir ações de uma sociedade cujo estatuto preveja cláusula compromissória e promova uma reserva desta cláusula, de modo que esta não lhe seja oponível”¹⁹⁹. Os novos acionistas, portanto, na visão do autor, deveriam ficar vinculados à cláusula compromissória estatutária inserida no estatuto social previamente à sua entrada, não havendo sequer possibilidade de o novo acionista estabelecer qualquer ressalva a esta cláusula quando da aquisição de participação acionária.

Compartilhando dessa opinião, Daniela Bessone Barbosa Moreira explicava que “quem adquire ações está, ainda que por presunção, perfeitamente ciente de todos os termos e condições estatutários, dos quais não pode, posteriormente, pretender furtar-se”, até porque “ninguém é obrigado a adquirir ações de uma determinada companhia”²⁰⁰. A autora resumia seu entendimento em uma passagem bastante razoável e bem realista do mercado de valores mobiliários:

O que não parece defensável é que o investidor possa ter à sua disposição o melhor dos mundos: ingressar no quadro social em vista das expectativas de rentabilidade que o investimento lhe inspira e, simultaneamente, insurgir-se

contra esta ou aquela disposição estatutária lícita, apenas por não lhe ser conveniente. E não pode haver dúvida de que a cláusula compromissória é, em si mesma, disposição estatutária lícita²⁰¹.

Como se observa, a maioria dominante da doutrina brasileira, com raros entendimentos em contrário, entendia que o novo acionista se vinculava à cláusula compromissória estatutária inserida anteriormente ao seu ingresso na sociedade. Nesse sentido, aliás, a I Jornada de Direito Comercial, realizada pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal em outubro de 2012, sob a organização do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., editou o Enunciado n.º 16 segundo o qual “o adquirente de cotas ou ações adere ao contrato social ou estatuto no que se refere à cláusula compromissória (cláusula de arbitragem) nele existente; assim, estará vinculado à previsão da opção da jurisdição arbitral, independentemente de assinatura e/ou manifestação específica a esse respeito”.

*Sempre consideramos (não obstante não tenhamos nos manifestado por escrito) que este era mesmo o melhor ponto de vista. É de destacar, primeiramente, que aqui não se trata de manifestação de vontade, mas de situação jurídica já constituída, pela aquisição de títulos mobiliários, em ambiente que já previa a via arbitral como método de solução de disputas. Desnecessário lembrar que a Lei de Arbitragem brasileira não exige que a cláusula compromissória seja formalmente assinada, mas apenas que tome a forma escrita. Ora, a inserção da cláusula compromissória no estatuto social e a aquisição do *status* de sócio se dão pela forma escrita, razão pela qual a exigência legal se mostra plenamente cumprida.*

Observe-se, ademais, que não faz sentido, sob o ângulo das relações sócio-sociedade, que o acionista ingresse na companhia, mas faça ressalvas em relação a determinadas cláusulas do estatuto social. Com exceção das diferenças estabelecidas por lei entre as classes de ações, o estatuto social é um todo unitário e não pode ser aplicado parcialmente para determinado acionista porque ele não está de acordo com estas ou aquelas disposições.

Diga-se, ainda, que o investidor não é obrigado a adquirir ações de uma companhia, fazendo-o normalmente como preservação de patrimônio, investimento em

busca de lucro ou poder político na sociedade. Não se trata de um serviço essencial, menos ainda de um monopólio legal ou de fato. É uma opção de investimento. Em razão disso, a decisão de se tornar acionista deve passar pelo exame cuidadoso do estatuto social da companhia. O ingresso do acionista na companhia pressupõe o conhecimento e a concordância com as regras da sociedade. Eventual disposição – válida e pública – não dominada pelo acionista deve ser considerada como um risco assumido por quem não se dispôs a investigar cautelosamente todos os aspectos da companhia, como pode ocorrer, aliás, em qualquer negócio.

Sob o ângulo prático, vale lembrar que a maior parte do volume do mercado brasileiro de ações é composto por investidores especializados e pessoas jurídicas que alternam suas participações acionárias especialmente em razão do valor de mercado da companhia. Em matéria publicada no dia 08.09.2014, o jornal *Valor Econômico* informou que apenas 15,9% dos titulares de ações no mercado acionário brasileiro são pessoas físicas, permanecendo quase 85% nas mãos de pessoas jurídicas e investidores institucionais.

Não há, no mercado de ações, consumidores hipossuficientes como regra geral, razão pela qual toda esta proteção legal defendida pela parcela minoritária da doutrina brasileira em relação ao novo acionista não encontra real fundamento. Também não parece razoável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações societárias, pois a companhia não fornece ao acionista qualquer produto ou serviço. Ressalte-se, ademais, que a opção pela arbitragem no âmbito do estatuto ou contrato sociais não representa qualquer alienação, renúncia ou transação de bem ou direito nem traz qualquer prejuízo *per se* à parte, pois o devido processo legal será respeitado na arbitragem da mesma maneira como é observado no processo judicial, sob pena de anulação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário.

Em resumo, podemos dizer que a cláusula compromissória estatutária sempre vinculou os novos acionistas, independentemente de qualquer formalidade adicional.

6.5.2. Decisões judiciais a respeito do alcance subjetivo da

cláusula compromissória inserida em atos constitutivos antes da Reforma da Lei de Arbitragem

A grande divergência doutrinária manifestada no Brasil a respeito do alcance subjetivo da cláusula compromissórias inserida em atos constitutivos (estatuto social ou contrato social) não encontrou muita repercussão na jurisprudência dos tribunais, pois poucos foram os casos efetivamente julgados pelo Poder Judiciário a respeito da matéria. Cumpre destacar e analisar neste item as poucas decisões a que tivemos acesso.

Em 2009, a Justiça paulista teve a oportunidade de analisar o assunto pela primeira vez. Tratou-se do caso *Richard Saigh Indústria e Comércio S.A. v. Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo*. O Poder Judiciário do Estado de São Paulo teve que decidir se a inclusão, por maioria absoluta, da cláusula compromissória no estatuto social da companhia era válida ou não. Isso porque a sociedade *Richard Saigh* havia aprovado a cláusula compromissória em assembleia geral extraordinária, mas a Junta Comercial do Estado de São Paulo denegou o arquivamento do ato societário.

No julgamento do mandado de segurança impetrado contra o ato da Junta Comercial, o juiz da 7.^a Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado de São Paulo entendeu que “a imposição da cláusula de arbitragem aos sócios não é uma questão da empresa (pertinente aos negócios relativos ao objeto da sociedade), mas, individual, subjetiva dos sócios”, razão pela qual “não pode ser imposta pela maioria votante”. A sentença ainda consignou que “se nem o estatuto nem a assembleia pode ilidir as ações que assegurem ao acionista o direito de se defender e de ter acesso ao Judiciário (art. 5.^o, XXXV, e art. 60, § 4.^o, IV, da Constituição Federal), então, a cláusula [que] admite a tutela arbitral somente pode vingar se o acionista expressamente abrir mão dos meios garantidos pelo Estado”.

Ao final, o juízo de primeiro grau consignou também que, “mesmo reconhecendo a existência de respeitáveis opiniões em contrário, entendemos que sem a adesão de todos os acionistas não há a possibilidade de uma alteração estatutária introduzir no estatuto a cláusula compromissória de arbitragem”²⁰². O entendimento da Justiça

paulista, portanto, suportando a orientação da Junta Comercial, foi no sentido de que a cláusula compromissória estatutária somente poderia ser validamente incluída se aprovada por unanimidade. O caso não chegou a prosseguir nas instâncias superiores, pois a empresa decidiu não interpor recurso de apelação.

Também em 2009, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro enfrentou a questão, adotando solução diversa. No caso *Hélio Guimarães Porto Filho v. Irmãos Porto e Cia Ltda. e Outros*, o autor ingressou com ação de dissolução de sociedade cumulada com apuração de haveres, pois havia resolvido se retirar da sociedade limitada após ter sido destituído do cargo de administrador. O juízo de primeiro grau julgou extinto o processo sem a resolução do mérito porque havia cláusula compromissória no contrato social da sociedade.

Em grau de apelação, o autor sustentou que não havia assinado formal e especificamente a alteração contratual em que se instituiu a cláusula compromissória, razão pela qual ele não estava sujeito à via arbitral, já que a cláusula violaria o art. 4.º da Lei n.º 9.307/1996. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro considerou que, “tendo em vista que a relação jurídica engendrada entre as partes não se afigura de consumo, e que a matéria discutida nos autos encontra-se submetida à arbitragem, porquanto diz respeito à questão societária, não há como submeter à questão à apreciação do Poder Judiciário”²⁰³.

O acórdão não dá detalhes de como a cláusula compromissória foi incluída no contrato social, mas, ao que parece, houve aprovação pelo quórum exigido por lei, razão pela qual o acórdão, após afastar a incidência do § 2.º do art. 4.º da Lei de Arbitragem e, também, o Código de Defesa do Consumidor ao caso, entendeu pela validade e aplicabilidade do pacto arbitral, mantendo a extinção do processo judicial sem a resolução do mérito.

Ainda em 2009, este tema foi analisado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. No caso *Neimark Rodrigues Ramos v. Supermercados Renascença Ltda. e Outros*, o autor ingressou com uma ação judicial requerendo a declaração de nulidade da cláusula compromissória inserida no contrato social. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu que “a deliberação acerca da adoção de

juízo arbitral configura-se como qualquer outra deliberação social, portanto, a minoria vencida dissidente deverá vincular-se à cláusula, sob pena de subversão dos princípios societários e do próprio interesse maior social”²⁰⁴.

Em 2010, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais voltou a enfrentar o assunto. No caso *Rosângela Dorazio Brockhausen e Outra v. Frigorífico Mataboi S.A.*, as acionistas minoritárias ingressaram com demanda judicial pleiteando a declaração de nulidade das deliberações assembleares tomadas em 02.06.2009. Nestas deliberações, os sócios haviam aprovado a transformação da sociedade anônima em sociedade limitada, bem como aprovado as contas dos administradores. Na sua defesa em juízo, a companhia arguiu a existência de cláusula compromissória estatutária, incluída no estatuto social também nesta assembleia geral do dia 02.06.2009, pleiteando a extinção do processo judicial sem a resolução do mérito.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar o caso, entendeu que “tal cláusula não se aplica aos acionistas que não anuíram expressamente à sua introdução”, pois, continua o acórdão, “se se permitisse, com base no art. 109 da Lei n.º 6.404, de 15.12.1976, que a maioria dos acionistas restringisse o direito do acionista minoritário de levar seu conflito ao Poder Judiciário, estaria a lei excluindo da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, o que é constitucionalmente vedado”²⁰⁵. Com fundamento, portanto, no inciso XXXV do art. 5.º da Constituição da República, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sentido oposto àquele consagrado no julgado precedente, entendeu que a cláusula compromissória estatutária não poderia vincular o acionista que houvesse votado contrariamente à sua inclusão.

Em 2011, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo voltou a examinar a questão. No caso *Walpires S.A. Corretora v. Bovespa*, o juízo de primeiro grau havia extinto o processo judicial sem a resolução do mérito diante da existência de cláusula compromissória no estatuto social da *Bovespa*. A corretora *Walpires* interpôs recurso de apelação alegando que a cláusula compromissória estatutária havia sido incluída posteriormente à sua filiação como corretora na *Bovespa*, razão pela qual a via arbitral somente lhe seria vinculante se ela tivesse aderido formal e expressamente ao

pacto arbitral, na forma do que determinaria o § 2.º do art. 4.º da Lei de Arbitragem.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, porém, rejeitou a alegação da *Walpires*, considerando, em primeiro lugar, que “na medida em que os membros da sociedade possuem voz e direito de voto nas Assembleias Gerais, para modificar os estatutos aos quais estão vinculados, não há falar em equiparação destes em mero contrato de adesão, nos quais o contratante nada delibera, apenas adere, ou não, aos seus termos”. Ainda neste sentido, o acórdão registra que “dado o caráter associativo da Bovespa, da qual a apelante faz parte na condição de associado, não há que se falar na aplicação da ressalva prevista na Lei da Arbitragem para os contratos de adesão”.

Em seguida, o Tribunal paulista consignou que “como em qualquer órgão colegiado, a ausência dos membros com direito a voto às reuniões de cunho deliberativo há de ser entendida como renúncia à manifestação expressa da vontade e aceitação tácita do quanto deliberado”. Em razão disso, o acórdão registrou que “com as modificações promovidas nos estatutos, vencido o interessado quanto a seus interesses, somente lhe restará cumprir a deliberação, já que democraticamente decidido pela maioria, ou se retirar da sociedade”.

Por fim, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu que “com a introdução da previsão acerca das controvérsias entre a Bolsa e suas sociedades corretoras membros, a apelante se encontra vinculada a se submeter à deliberação da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), o que a faz carecedora do direito de ação em face da apelada, como bem decidido na r. sentença recorrida”²⁰⁶. O Tribunal paulista, portanto, entendeu que a cláusula compromissória instituída nos atos constitutivos da sociedade mediante aprovação da maioria vincula todos os sócios, mesmo os que tenham votado contrariamente ou estado ausentes do conclave.

Em 2016, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no caso *Irmãos Parasmó S.A. Indústria Mecânica v. Zara Sartório Parasmó e Outros*, teve que analisar um pedido de suspensão dos efeitos de uma assembleia geral extraordinária de sociedade anônima em que a cláusula compromissória estatutária havia sido aprovada por maioria de votos. Os acionistas dissidentes ingressaram com a demanda judicial alegando que a inclusão da cláusula compromissória representava abuso de

poder de controle, bem como exporia à companhia a prejuízos já que a arbitragem seria um método mais custoso de resolução de conflitos, o que não se adequava ao momento de crise financeira pelo qual passava a empresa.

Examinando o assunto, o acórdão registrou, primeiramente, que a assembleia geral teria ocorrido em 15.09.2015 e a ação judicial pleiteando a sua suspensão teria sido ajuizada em 09.10.2015, razão pela qual ainda não vigorava a cláusula compromissória estatutária, já que, de acordo com o § 1.º do art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976, “a convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou”. Diante disso, a decisão consignou que “não paira dúvida quanto à possibilidade de a matéria ser trazida para apreciação por este Tribunal”.

Em seguida, o Tribunal de Justiça de São Paulo acolheu a pretensão dos acionistas dissidentes e suspendeu a eficácia da deliberação assemblear que havia incluído a cláusula compromissória no estatuto social. Segundo o acórdão, “a modificação proposta no estatuto social pode expressar, de alguma forma, abuso do poder de controle dos acionistas controladores”, pois a empresa “passa por um momento de grande dificuldade financeira”, razão pela qual “parece contraditório estabelecer, justamente neste cenário, a arbitragem, procedimento sabidamente mais oneroso, como única forma de solucionar os conflitos”.

Ademais, considerando o possível exercício do direito de retirada (direito de recesso) dos acionistas dissidentes desta deliberação contra a companhia, o que demandaria descapitalização, o Tribunal de Justiça paulista entendeu que “aparenta-se contraditório aos interesses da sociedade em crise financeira, o desembolso de valores para reembolso de valores de ações aos sócios que, eventualmente discordantes, optarem por se retirar da sociedade”. O acórdão ainda utilizou como fundamentos para sua conclusão a função social da empresa e a cláusula de acesso à Justiça presente no art. 5.º, XXXV, da Constituição da República²⁰⁷.

No que diz respeito a novos acionistas, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais possui uma decisão, já relatada acima, em que se enfrentou a questão. No caso *Rosângela Dorazio Brockhausen e Outra v. Frigorífico Mataboi S.A*, apesar de a

divergência dizer respeito estritamente à vinculação ou não de acionistas que não haviam votado favoravelmente à inclusão da cláusula compromissória estatutária, o Tribunal mineiro aproveitou a oportunidade para dizer que “diversa é a situação de quem haja ingressado na sociedade quando em seu estatuto já constava o referido compromisso, pois o próprio ato de ingresso significa a concordância com todos os termos do Estatuto, entre os quais o compromisso arbitral”²⁰⁸. Em outras palavras, o Tribunal de Justiça entendeu que os novos acionistas estariam vinculados à cláusula compromissória estatutária já aprovada.

Cumprindo ainda trazer, brevemente, notícia sobre recente decisão proferida em primeiro grau de jurisdição nos Estados Unidos e no Brasil envolvendo a *Petrobras* a respeito da aplicação do § 3.º do art. 109 da Lei das Sociedades por Ações brasileira. Nos Estados Unidos, trata-se do caso *USS v. Petrobras (Case 1:14-cv-09662-JSR)*, em que investidores ingressaram com uma *class action* em Nova Iorque em face da empresa petrolífera brasileira alegando perdas patrimoniais superiores a 70% em razão dos escândalos de corrupção envolvendo a empresa, prestadores de serviços, empresários e políticos, foco da denominada Operação Lava Jato conduzida pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal.

Considerando que o estatuto social da *Petrobras* possui cláusula compromissória estatutária desde 2002 e que os investidores contemplados pela mencionada *class action* adquiriram participação societária em 2010, a empresa alegou em sua defesa em juízo a impossibilidade de prosseguimento da *class action* perante o Poder Judiciário norte-americano. Interpretando a lei societária brasileira, em 30.07.2015, o Juiz Jed. S. Rakoff entendeu, principalmente, (i) que os acionistas não poderiam alegar desconhecimento da cláusula compromissória estatutária; (ii) que o estatuto social não possui natureza de contrato de adesão; e (iii) que não há na lei societária brasileira base jurídica para se exigir a aprovação unânime da cláusula compromissória estatutária. Em razão disso, o juiz norte-americano extinguiu parcialmente a *class action*²⁰⁹.

No Brasil, trata-se do caso *Aidmin v. Petrobras* (Processo n.º 1106499-89.2017.8.26.0100), em que a *Associação dos Investidores Minoritários* –

representando 108 acionistas – ingressou com uma ação civil pública perante o Poder Judiciário do Estado de São Paulo em face da empresa petrolífera requerendo a sua condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais. A associação alegou perdas em virtude da “desvalorização decorrente do bilionário esquema de corrupção, má gestão e alavancagem financeira dolosa”, tudo revelado pelas investigações conduzidas na Operação Lava Jato.

A respeito da cláusula compromissória estatutária prevista no art. 58 do Estado Social da *Petrobras*, a *Aidmin* alegou que os acionistas não haviam concordado expressamente com a sua instituição em 2002. Além disso, a associação alegou que possuía personalidade jurídica distinta de seus associados, de modo que ela mesma – a associação – não havia celebrado qualquer cláusula compromissória com a *Petrobras*.

A juíza da 6.^a Vara Cível da Comarca da Capital, Lúcia Caninéo Campanhã reconheceu que na época da aprovação da cláusula compromissória não estava em vigor o art. 136-A da Lei das Sociedades por Ações. Não obstante, a juíza entendeu que “os acionistas submetem-se à vontade da maioria, às deliberações das assembleias e aos estatutos sociais, desde sempre”. Em seguida, a juíza destacou que “os acionistas discordantes tinham a faculdade de vender as suas ações no ano de 2002, posto que a desvalorização reporta--se a período muito posterior, ressaltando ainda que os estatutos sociais revestem-se de publicidade”. Com base nesses fatos, a decisão consignou que “os acionistas da empresa requerente, independentemente da data da aquisição das ações, submetem-se à cláusula compromissória estatutária, observado o princípio da maioria”.

No que tange à alegação de que a associação não havia celebrado cláusula compromissória, a juíza entendeu que a “associação também não pode servir de escudo ou como interposta pessoa para o fim de blindar ou eximir os associados da arbitragem”. Além disso, a decisão deixou claro que essa situação seria “diferente [d]a situação da ação civil pública eventualmente proposta pelo Ministério Público”. Com base nesses fundamentos, o Poder Judiciário do Estado de São Paulo extinguiu a ação civil pública sem a resolução do mérito diante da presença da cláusula

compromissória estatutária.

Por fim, o Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, no recente caso *José Wianey Adami v. União e Outros*, enfrentou a questão da submissão de novos acionistas à cláusula compromissória estatutária previamente aprovada. O autor havia ingressado com demanda judicial pleiteando a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos materiais decorrentes das perdas em que alegadamente havia incorrido por ter investido em ações da sociedade anônima (*Petrobras*).

O juiz de primeiro grau extinguiu o processo sem resolução de mérito diante da cláusula compromissória estatutária presente no *Estatuto Social da Petrobras*, aprovada antes mesmo do ingresso do autor como acionista da companhia. A decisão ainda afastou a alegação de que a cláusula compromissória estatutária estaria sujeita à observância do § 2.^o do art. 4.^o da Lei de Arbitragem (exigência de assinatura específica para cláusulas compromissórias inseridas em contratos de adesão):

Diversamente do que acontece com um consumidor, é esperado de um investidor, quando se aventura no mercado de valores mobiliários especificamente ao se tornar sócio, que procure se informar integralmente não só das características financeiras do valor mobiliário adquirido, mas também dos direitos, deveres e prerrogativas que terá em razão da propriedade societária, não podendo ele alegar desconhecimento do instrumento essencial informativo desses aspectos. O fato de o corretor ou instituição financeira que intermediou a compra não disponibilizar esse estatuto ao autor não afasta a submissão do acionista à regra, servindo, quando muito, como fator de responsabilização junto ao intermediador. Ademais, é certo que, diante da obrigatória disponibilidade do estatuto decorrente da LSA e da efetiva disponibilidade que vem sendo respeitada inclusive em meios eletrônicos, a questão seria irrelevante para afastar a referida regra.

No julgamento da apelação, o Tribunal Regional Federal da 4.^a Região deixou claro que “o investidor não é obrigado a fazer parte da companhia”, de maneira que “se optar pelo ingresso, presume-se que avaliou e acatou voluntariamente as

disposições estatutárias”. Até porque, consigna o acórdão, “o registro do estatuto social na junta comercial, ou sua inscrição na bolsa de valores ou no mercado de balcão, ratifica a presunção de pleno conhecimento pelos acionistas”. Em conclusão, o Tribunal Regional Federal da 4.^a Região estabeleceu que “a exigência de aceitação expressa não encontra respaldo nem na Lei das Sociedades Anônimas, nem na Lei de Arbitragem”²¹⁰. *Como se observa, as poucas decisões judiciais proferidas a respeito da matéria são conflitantes e não permitem dizer que havia jurisprudência consolidada a respeito de nenhuma das complexas questões envolvendo arbitragem e Direito Societário.* No próximo item, examina-se como a matéria foi modificada pela Reforma da Lei de Arbitragem, que incluiu o art. 136-A na Lei n.º 6.404/1976.

6.5.3. Arbitragem societária após a Reforma da Lei de Arbitragem

6.5.3.1. Quórum de instalação e quórum de deliberação para aprovação da cláusula compromissória estatutária

A Reforma da Lei de Arbitragem – Lei n.º 13.129/2015 – incluiu na Lei das Sociedades por Ações o art. 136-A, admitindo, expressa e detalhadamente, (i) a possibilidade de inclusão da cláusula compromissória estatutária, (ii) fixando quórum de deliberação para tanto e (iii) outorgando direito de retirada (direito de recesso) aos acionistas dissidentes da alteração estatutária para inclusão do pacto arbitral. O art. 136-A somente se aplica àquelas cláusulas compromissórias inseridas no estatuto social *após* a entrada em vigor da Lei n.º 13.129/2015²¹¹.

É importante dizer, primeiramente, que toda a regulamentação estabelecida pela Reforma da Lei de Arbitragem teve como objetivo principal solucionar a questão no âmbito das sociedades anônimas em que não se revelava simples ao acionista dissidente a alienação de sua participação acionária, seja porque a companhia não integrava os mais elevados níveis de governança corporativa da Bovespa, seja porque não havia liquidez e dispersão acionárias suficientes a garantir uma fácil, rápida e

vantajosa alienação da participação acionária no mercado secundário de ações.

Por esta razão é que toda a disciplina criada pela Reforma da Lei de Arbitragem não se aplica às companhias abertas enquadradas na definição dos incisos I e II do § 2.º do art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976, como se verá em detalhes mais adiante. Com essa ressalva e apenas para seguir a ordem topológica da lei acionária, examina-se em seguida o *caput* do art. 136-A da Lei das Sociedades por Ações e, em seguida, o exato significado dos incisos I e II do § 2.º deste mesmo dispositivo legal.

O *caput* do art. 136-A dispõe que “a aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45”. O referido art. 136 da lei societária aduz que “é necessária a aprovação de acionistas que representem *metade, no mínimo, das ações com direito a voto*, se maior quórum não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão”.

A inserção da cláusula compromissória estatutária continua a depender da realização de assembleia geral extraordinária para reformar o estatuto social, conforme determina o inciso I do art. 122 da lei societária. No que diz respeito ao *quórum de instalação* desta assembleia geral extraordinária, continua a vigorar o quórum qualificado de 2/3, no mínimo, do capital com direito a voto em primeira convocação. Em segunda convocação, instala-se, em tese, a assembleia geral extraordinária com qualquer número de acionistas, tudo na forma do art. 135 da Lei das Sociedades por Ações. A primeira verdadeira alteração da Reforma da Lei de Arbitragem nesta temática foi no *quórum de deliberação* desta assembleia.

Antes da Reforma, como se viu nos itens precedentes, o *quórum de deliberação* para aprovação da cláusula compromissória estatutária seguida a regra geral do art. 129 da Lei n.º 6.404/1976, isto é, considerava-se aprovado o pacto arbitral estatutário caso se obtivesse mais da metade dos votos manifestados validamente pelos acionistas com direito a voto presentes no conclave. O quórum de deliberação, nos termos da lei, era formado pela “*maioria absoluta de votos*, não se computando

os votos em branco”. A Reforma da Lei de Arbitragem impôs *quórum de deliberação qualificado*, consistente na “*metade, no mínimo, das ações com direito a voto*”, o que, a princípio, idealiza aumentar a proteção do acionista minoritário²¹². No caso de companhias fechadas, o estatuto social pode aumentar este quórum²¹³.

Conforme explica Nelson Eizirik, “enquanto o quórum da maioria absoluta verifica--se de acordo com o capital votante representado pelos acionistas presentes à assembleia geral, o quórum qualificado extrai-se do capital social total com direito a voto, ou seja, metade das ações com direito a voto que integram o capital social”²¹⁴. Com efeito, imagi-ne-se uma companhia que possua o capital social dividido em 100 ações, sendo 80 ações ordinárias com direito a voto – cada qual equivalente a um voto (*one share, one vote*) – e 20 ações preferenciais sem direito a voto. Convocada uma assembleia geral, imagine-se que se fazem presentes acionistas que representem apenas 40% do capital social votante (ou seja, 40% de 80 = 32 ações ordinárias).

Por um lado, caso, nesta hipotética assembleia, se delibere matéria sujeita ao quórum de deliberação da *maioria absoluta de votos* (art. 129 da Lei das S.A.), a proposta será considerada aprovada se contar com 17 votos válidos favoráveis ($32/2 + 1 = 17$). Por outro lado, na hipótese de se deliberar, neste conclave imaginário, tema sujeito ao quórum de deliberação qualificado de *metade, no mínimo, das ações com direito a voto* (art. 136 da Lei das S.A.), a proposta será considerada aprovada se contar com 41 votos válidos favoráveis ($80/2 + 1 = 41$). No exemplo do parágrafo anterior, a deliberação poderia ser aprovada pela *maioria absoluta de votos* (art. 129 da Lei das S.A.), mas não poderia ser aprovada pela *metade, no mínimo, das ações com direito a voto* (art. 136 da Lei das S.A.).

Com efeito, a aprovação da inserção da cláusula compromissória estatutária depende, após a Reforma, do voto favorável de *metade, no mínimo, das ações com direito a voto* na assembleia geral extraordinária para reforma do estatuto social. O art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976 traz toda esta disciplina considerando “a aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social”. Dúvida interessante consiste em saber se a *modificação* ou a *exclusão* da cláusula compromissória já presente no estatuto social também está sujeita ao quórum deste dispositivo legal.

Trata-se de assunto ainda pouco explorado pela doutrina, mas *consideramos que tanto a revogação quanto a modificação da cláusula compromissória estatutária exigem o voto favorável de metade, no mínimo, das ações com direito a voto na assembleia geral extraordinária.*

Há ainda dúvidas ainda mais complexas sobre este novo art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976. O mencionado dispositivo, na primeira parte de seu *caput*, afirma apenas que “a aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum do art. 136, obriga a todos os acionistas”. Ocorre, porém, que o § 2.º do art. 136 da lei societária prevê que “a Comissão de Valores Mobiliários pode autorizar a redução do *quorum* previsto neste artigo, no caso de companhia aberta com a propriedade das ações dispersa no mercado, e cujas 3 (três) últimas assembleias tenham sido realizadas com a presença de acionistas representando menos da metade das ações com direito a voto”.

Guilherme Leporace questiona se a Comissão de Valores Mobiliários poderia, nas condições do § 2.º do art. 136 da Lei das S.A., reduzir também o quórum de deliberação de maioria qualificada para aprovação da cláusula compromissória estatutária. O autor entende que “as regras do § 2.º do art. 136, bem como dos inc. IV e VI do art. 137 e dos seus §§ 1.º a 4.º são normas gerais sobre quórum qualificado e direito de retirada”, razão pela qual “o art. 136-A, como norma específica, somente afastaria a incidência de tais normas gerais à hipótese por ele regulada se houvesse manifesta incompatibilidade (art. 2.º, § 2.º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), o que, claramente, não é o caso”.

O autor resume sua posição considerando que “não há nada, portanto, a recomendar que não se apliquem as regras do § 2.º do art. 136, bem como dos incs. IV e VI do art. 137 e dos seus §§ 1.º a 4.º ao direito de retirada previsto no art. 136-A”²¹⁵. Segundo o autor, portanto, a Comissão de Valores Mobiliários poderia reduzir o quórum qualificado estabelecido no art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976 se as condições do § 2.º do art. 136 da mesma lei se mostrassem presentes. O tema ainda demanda aprofundamento doutrinário e, especialmente, manifestações da Comissão de Valores Mobiliários e do Poder Judiciário.

6.5.3.2. Vinculação de todos os acionistas?

Atendido este quórum de deliberação qualificado, a cláusula compromissória estatutária vincula todos os acionistas: *acionistas que votaram favoravelmente, acionistas que votaram contrariamente, acionistas que se abstiveram de votar, acionistas que não estavam presentes na assembleia, acionistas sem direito a voto (ações preferenciais)*²¹⁶ e, também, novos acionistas. O *caput* do art. 136-A da Lei das S.A. deixa isso claríssimo ao dizer que “a aprovação da inserção de convenção de arbitragem [...] obriga a todos os acionistas”.

Nesse sentido, Nelson Eizirik ensina que “a Lei n.º 13.129/2015 introduziu na Lei das S.A. o artigo 136-A, nos termos do qual a inserção da convenção de arbitragem no estatuto, observado o quórum previsto no artigo 136, obriga a todos os acionistas, assegurando aos dissidentes o direito de recesso”²¹⁷. Da mesma forma, Ana Carolina Weber leciona que “uma vez aprovada pela maioria qualificada dos acionistas a inclusão da cláusula compromissória no estatuto social, todos os acionistas estarão a ela vinculados, inclusive aqueles que votarem contra, mas que decidirem permanecer na sociedade”²¹⁸. Mario Robert Mannheimer, de saudosa memória, explica, corretamente, que essa vinculação dos acionistas dissidentes à cláusula compromissória estatutária em nada afeta a autonomia privada que marca a arbitragem:

Embora a disposição legal no sentido de que a aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social pelos acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, obriga a todos os acionistas da companhia, constitua uma exceção ao princípio da subscrição voluntária da convenção de arbitragem, isso se justifica na hipótese, diante da natureza das sociedades por ações, nas quais o voto da maioria sempre obriga a minoria, o que é, entretanto, mitigado pelo direito de retirada assegurado ao acionista dissidente²¹⁹.

É relevante destacar, neste contexto, que a cláusula compromissória estatutária

aprovada pela maioria qualificada em nada infringe, de fato, a autonomia privada que caracteriza a arbitragem. *Isso porque, 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.* Este raciocínio se aplica tanto no que diz respeito às matérias sujeitas à maioria absoluta quanto em relação às matérias dependentes de maioria qualificada. Corretamente, Pedro A. Batista Martins destaca há bastante tempo este aspecto das sociedades:

Consta assentado nesse ramo do direito o critério objetivo do poder majoritário. As ações sem direito a voto são exemplo da magnitude desse pressuposto jurídico. Salvo exceção legal ou contratual, as regras sociais e o rumo da companhia são ditados pelo interesse da maioria, quando em harmonia com o interesse social. O direito das companhias permite, regra geral, mudanças estatutárias por decisão majoritária sem que desse ato resulte quebra contratual ou direito a perdas e danos. Ao ingressar na companhia, o acionista conhece e reconhece o princípio legal majoritário que dita curso às relações societárias. Contra ele nada há a fazer, exceto nos casos de prática ilícita no exercício do direito de voto²²⁰.

Isso significa, ademais, que 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, razão pela qual a decisão de fazer o investimento deve ser entendida como um risco assumido. A autonomia privada é exercida, pois, no momento em que o investidor opta por adquirir o *status* de sócio da companhia, não podendo, posteriormente, se opor ao interesse social – presumivelmente corporificado na decisão da assembleia – em função de um interesse individual que ele livremente decidiu abrir mão ao se associar à sociedade anônima e ao seu corpo de regras presumivelmente conhecidas pelo acionista²²¹.

Desnecessário lembrar que diversas decisões relevantíssimas da sociedade são naturalmente submetidas à decisão da assembleia geral, sem que se exija para a

aprovação dessas propostas decisão unânime do capital social – salvo na hipótese de cisão desproporcional e de pagamento de participação aos administradores sem distribuição de dividendos aos sócios, *ex vi* do art. 229 e do § 2.º do art. 294, ambos da Lei das S.A. Observe-se que nem mesmo a mudança do objeto social, a cisão da sociedade anônima e a dissolução da companhia estão sujeitas à decisão unânime do capital social²²².

São decisões que afetam muito mais a situação jurídica do acionista do que a inclusão de uma cláusula compromissória, mas ainda assim a lei não exige unanimidade, pois se contenta com a manifestação de vontade exercida pelo acionista no ingresso na sociedade e valoriza o interesse social corporificado na decisão da assembleia. Observe-se que o regime da lei societária admite até mesmo os acionistas preferencialistas sem direito a voto, naturalmente sujeitos às decisões da assembleia geral, o que demonstra o quão relevante é o princípio majoritário na vida da companhia e o real sentido do que são as decisões da assembleia geral e do interesse social, em regra, nelas corporificado. Trata-se, ademais, de uma correspondência justa entre risco assumido e capital investido, bem como entre vantagens econômicas e vantagens políticas.

Destaque-se, ademais, que a exigência de concordância individual para alteração da relação jurídica é característica própria dos *contratos bilaterais*, o que não ocorre no caso das sociedades, pois elas decorrem de *contratos plurilaterais*, em que o interesse social é o que deve ser levado em consideração, após a constituição da sociedade anônima²²³. *Não se admite, pois, no contexto societário, submeter o interesse social ao interesse meramente individual. Ao se exigir unanimidade, um único acionista poderia frustrar o interesse de todos os demais acionistas apenas e exclusivamente em razão de sua vontade individual.*

A outorga de todo este poder a um único acionista é completamente incompatível com o regime societário, até porque quem investiu pouco na sociedade e, portanto, assumiu diminuto risco financeiro não pode frustrar as expectativas de quem investiu muito e assumiu, por conseguinte, elevado risco financeiro. Inverter esta lógica político-econômica é pôr fim às sociedades

empresariais e contrariar o regime capitalista, consagrado constitucionalmente na valorização da livre-iniciativa (art. 1.º, IV, e art. 170, *caput* e parágrafo único), na propriedade privada (art. 5.º, *caput* e XXII; e art. 170, II), na livre concorrência (art. 170, IV) e na exploração direta da atividade econômica de forma meramente subsidiária pelo Estado (art. 173, *caput*).

Também não se diga que a cláusula compromissória estatutária aprovada pela maioria qualificada viola a cláusula de acesso à justiça, prevista no inciso XXXV de art. 5.º da Constituição da República. *Isso porque a Carta garante o acesso à justiça e não apenas o acesso ao Poder Judiciário, de modo que a submissão de conflitos à arbitragem representa também uma via de acesso à justiça.* Diga-se, ademais, que devem ser respeitados no processo arbitral todos os princípios processuais constitucionais inerentes à jurisdição, como o devido processo legal, o contraditório e a imparcialidade, tal como também deve ocorrer no processo judicial. Ressalte-se, ainda, que há sempre a possibilidade de ingressar com a ação de anulação da sentença arbitral de que tratam os arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem perante o Poder Judiciário, garantindo-se o acesso às cortes judiciais nesta etapa²²⁴.

Esta mesma consideração vale para o § 2.º do art. 109 da Lei das Sociedades por Ações, segundo o qual “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”. *A expressão “os meios, processos ou ações” não representa uma imposição legal de exclusividade de resolução de conflitos pelo Poder Judiciário. Não há nada no texto legal que permita esta inferência. Sequer as expressões “juiz”, “judicialmente” ou “Poder Judiciário” aparecem no texto legal e mesmo que aparecessem nem seriam determinantes, pois o que se revela importante é o acesso à justiça, pouco importando se pela via judicial ou pela via arbitral.*

Na verdade, os meios, processos ou ações não podem ser elididos pelo estatuto ou assembleia geral, mas podem ser realizados tanto na via arbitral quanto na via judicial, a depender do que for melhor para o interesse social. *A aprovação da cláusula compromissória estatutária não retira “meios, processos ou ações”, apenas determina que eles serão realizados na arbitragem e não no Poder*

Judiciário. A inclusão da cláusula compromissória estatutária não retira “meios, processos ou ações”, mas apenas altera o foro em que estes “meios, processos ou ações” serão perseguidos e/ou exercidos. A submissão da causa à arbitragem não importa em qualquer alienação, desistência ou renúncia a bens ou direitos, mas apenas na escolha de um método alternativo de resolução de conflitos em que o devido processo legal deve ser igualmente respeitado, tal como ocorre perante o Poder Judiciário.

A inclusão da cláusula compromissória estatutária possui ainda justificção constitucional porque concretiza a liberdade individual, prevista no *caput* do art. 5.º da Constituição da República, a ser exercida, como tudo, com responsabilidade. O Direito brasileiro garante a qualquer cidadão a liberdade de se associar a sociedades comerciais e ver seus investimentos multiplicados ou ver efetivamente as suas decisões guiarem o negócio, mas evidentemente que toda esta liberdade constitucionalmente garantida traz junto a responsabilidade de se submeter à decisão da maioria (absoluta ou qualificada), nada mais democrático, aliás, como igualmente valoriza a Carta Magna.

Como se não bastasse tudo isso, a Reforma da Lei de Arbitragem ainda criou uma nova hipótese de direito de retirada (direito de recesso), elogiada pela maioria da doutrina²²⁵, justamente para a hipótese de aprovação por maioria da cláusula compromissória estatutária, deixando ainda mais claro que a arbitragem somente se tornará obrigatória para o acionista dissidente que decidir não exercer o direito de retirada (direito de recesso) e, assim, consentir posterior e tacitamente com o pacto arbitral. *A intenção da lei ao conceder mais uma hipótese de direito de retirada (direito de recesso) foi proteger a minoria acionária²²⁶ e privilegiar a autonomia privada do acionista, pois ele poderá se desligar da companhia se não quiser se submeter à cláusula compromissória²²⁷.*

Por todas estas razões, não temos dúvida em afirmar que, atendido o quórum de deliberação qualificado, a cláusula compromissória estatutária vincula todos os acionistas: acionistas que votaram favoravelmente, acionistas que votaram contrariamente, acionistas que se abstiveram de votar, acionistas que não estavam

presentes na assembleia, acionistas sem direito a voto (ações preferenciais) e, também, novos acionistas. A nova previsão do art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976 não apenas está de acordo com o texto constitucional como concretiza a liberdade individual garantida no *caput* do art. 5.º da Constituição da República.

O § 1.º do art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976 estatui que “a convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou”. Isso significa que a eficácia da cláusula compromissória estatutária aprovada pela maioria qualificada fica suspensa até o decurso do prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação da ata da assembleia²²⁸. Ultrapassado esse prazo, porém, sem o exercício do direito de retirada (direito de recesso) pelo acionista dissidente, presume-se a sua aquiescência superveniente à cláusula compromissória estatutária. Exatamente nesse sentido, confira-se a lição de Francisco Müssnich e Fábio Henrique Peres:

Como não poderia deixar de ser, a opção da retirada é temporária: uma vez caducado o prazo legal sem que tenha sido exercido o direito de recesso, os acionistas dissidentes que optarem por permanecer na companhia estarão vinculados de maneira irrestrita à cláusula compromissória estatutária, sem qualquer possibilidade de arrependimento posterior²²⁹.

Como qualquer proposta submetida a deliberação assemblear, *a inclusão da cláusula compromissória estatutária deve satisfazer o interesse social, na forma dos arts. 115 e 116, parágrafo único, da Lei n.º 6.404/1976, o que pode ser demonstrado com a necessidade de solução dos conflitos sociais com celeridade, especialidade e confidencialidade. Além disso, a inclusão do pacto arbitral no estatuto social cumpre recomendações de governança corporativa e pode ser condição para o acesso da companhia a padrões diferenciados no mercado de valores mobiliários.* Quaisquer dessas justificativas demonstram o fim de atender ao interesse social, sendo suficiente a justificar a proposta de inclusão do pacto arbitral.

No entanto, pode ocorrer algum vício no conclave que tenha aprovado a inserção da cláusula compromissória estatutária, razão pela qual caberá, normalmente, aos

acionistas minoritários ingressar com ação de anulação da deliberação assemblear. Conforme estabelece o art. 286 da Lei n.º 6.404/1976, “a ação para anular as deliberações tomadas em assembleia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, *prescreve em 2 (dois) anos*, contados da deliberação”. O prazo decadencial²³⁰ do direito de anular deliberações assembleares, portanto, é de dois anos (art. 286), muito superior, como se observa, ao prazo de 30 dias (art. 136-A, § 1.º) para eficácia da cláusula compromissória estatutária.

A dúvida que surge, portanto, é a seguinte: esta demanda de anulação da deliberação assemblear que *inseriu* o pacto arbitral no estatuto social deve ser proposta perante o Poder Judiciário ou se trata de tema sujeito à arbitragem? A resposta se altera caso a demanda seja proposta antes ou depois do decurso do prazo de 30 dias?

Segundo nos foi possível compreender, Nelson Eizirik sugere que antes de decorrido esse prazo, a jurisdição seria do Poder Judiciário, enquanto após esse prazo a jurisdição seria dos árbitros. O autor anota que “esse parágrafo foi incluído para evitar que entre a data da deliberação e o término do prazo de recesso exista dúvida sobre a competência do Poder Judiciário para resolver eventuais conflitos”²³¹.

Conforme já relatado acima, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no caso *Irmãos Parasmó S.A. Indústria Mecânica v. Zara Sartório Parasmó e Outros* teve oportunidade de analisar esta questão numa ação em que se pleiteava a suspensão dos efeitos de uma assembleia geral extraordinária de sociedade anônima em que a inclusão da cláusula compromissória estatutária havia sido aprovada por maioria de votos.

Examinando o assunto, o acórdão registrou, primeiramente, que a assembleia geral teria ocorrido em 15.09.2015 e a ação judicial pleiteando a sua suspensão teria sido ajuizada em 09.10.2015, razão pela qual ainda não vigorava a cláusula compromissória estatutária, já que, de acordo com o § 1.º do art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976, “a convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou”. Diante

disso, a decisão consignou que “não paira dúvida quanto à possibilidade de a matéria ser trazida para apreciação por este Tribunal”²³².

Consideramos que, antes do esgotamento deste prazo de 30 dias referido no § 1.º do art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976, toda e qualquer demanda – inclusive, mas não só, aquela em que se pede a anulação desta deliberação assemblear – deve ser proposta perante o Poder Judiciário, simplesmente porque a cláusula compromissória estatutária ainda não é eficaz. Este entendimento, repita-se, refere-se tanto a demandas que tenham como objeto a própria deliberação em que se decidiu inserir a cláusula compromissória no estatuto social como a qualquer outra demanda que não tenha propriamente qualquer relação com a inclusão do pacto arbitral estatutária em si mesmo considerada. Destaque-se, neste último caso, que esta regra vale inclusive para demandas que se originem de fatos ocorridos no interregno temporal entre a aprovação da inserção da cláusula compromissória estatutária e o término do prazo de 30 (trinta) dias supramencionado.

Após o decurso do prazo de 30 dias, o que determinará a jurisdição (estatal ou arbitral) para conhecer desta demanda, segundo nosso entendimento, será o seu objeto. Por um lado, se o objeto desta demanda for, por exemplo, a desconstituição da deliberação assemblear que tenha incluído a cláusula compromissória no estatuto da companhia, a jurisdição para a causa será do Poder Judiciário, mesmo que já tenha transcorrido o prazo de 30 dias a que se refere o § 1.º do art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976. O mesmo se diga com relação à ação para haver da companhia o valor equivalente ao direito de recesso exercido.

Por outro lado, em outros casos e se já houver transcorrido o prazo de 30 dias mencionado no § 1.º do art. 136-A do diploma societário, a jurisdição será arbitral, de modo que o interessado deverá iniciar a arbitragem para debater a questão. Destaque-se que, neste caso, a demanda deve ser ajuizada na seara arbitral mesmo que ela se origine de fatos ocorridos anteriormente à inclusão da cláusula compromissória no estatuto social da companhia ou mesmo que ela se origine de fatos ocorridos no interregno entre a inclusão da cláusula compromissória estatutária e o ajuizamento da demanda.

6.5.3.3. Vinculação dos administradores?

Questão interessante consiste em saber se a cláusula compromissória estatutária aprovada pela assembleia geral extraordinária – *sem nenhuma restrição expressa em seu texto redacional* – vincula igualmente os administradores, ou melhor, os membros do Conselho de Administração, os membros da Diretoria e os membros do Conselho Fiscal.

Em relação aos membros do Conselho de Administração e aos membros da Diretoria, o art. 146 da Lei das Sociedades por Ações estabelece que “poderão ser eleitas para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, devendo os diretores ser residentes no País”. Não há mais, no Direito brasileiro, a exigência na lei para que os conselheiros e/ou diretores das sociedades anônimas sejam acionistas, como havia até a promulgação da Lei n.º 12.431/2011. Conforme leciona Nelson Eizirik, “não vigora mais a regra de que todos os membros do conselho de administração devem ser acionistas da companhia, exigência que não existia – e continua não existindo – para os diretores”²³³.

Da mesma forma, em relação ao Conselho Fiscal, o § 1.º do art. 161 da Lei n.º 6.404/1976 dispõe que “o conselho fiscal será composto de, no mínimo, 3 (três) e, no máximo, 5 (cinco) membros, e suplentes em igual número, acionistas ou não, eleitos pela assembleia geral”. Não há, portanto, obrigatoriedade de que os membros do Conselho de Administração, os membros da Diretoria e os membros do Conselho Fiscal de sociedade anônima sejam acionistas. Eles até podem ser acionistas, mas a lei não impõe o *status* de sócio como requisito para assunção de qualquer uma destas três funções.

Como se verá adiante, a questão da vinculação ou não dos membros do Conselho de Administração, os membros da Diretoria e os membros do Conselho Fiscal à cláusula compromissória estatutária aprovada pela assembleia geral extraordinária, na verdade, não é influenciada, segundo nossa opinião, pelo fato de esses membros serem ou não acionistas da companhia. Há na doutrina, porém, numerosas divergências, algumas delas fundadas na qualidade ou não de sócio dos membros do Conselho de Administração, da Diretoria e do Conselho Fiscal.

Modesto Carvalhosa 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”²³⁴. O jurista entende que a cláusula compromissória estatutária não vincula os membros do Conselho de Administração, os membros da Diretoria e os membros do Conselho Fiscal, salvo se eles tiverem expressamente aderido ao pacto arbitral.

Também assim, Carlos Augusto da Silveira Lobo leciona que “as demandas propostas pela companhia ou pelos acionistas para promover a responsabilização dos administradores e fiscais também não se incluem na área de alcance subjetivo da cláusula”, pois “para que tais demandas possam ser resolvidas por arbitragem é necessário que os administradores e os fiscais subscrevam convenção de arbitragem”, razão pela qual “não nos parece que disposição inserta em cláusula compromissória estatutária, incluindo os administradores e fiscais, seja eficaz para obrigá-los a percorrer a via arbitral”²³⁵.

Comungando deste entendimento, Marcelo von Adamek, depois de dizer que as relações entre acionistas e a companhia são bastante diversas das relações entre administradores e companhia, explica que “a regra da nossa Lei das S.A. é subjetivamente limitada, razão pela qual, diante do direito posto, julgamos não abranger os administradores como tais, sejam eles sócios ou não”²³⁶. Confira-se o pensamento do autor, em outra passagem da mesma obra:

No caso da Lei das S.A., a força obrigatória da cláusula compromissória estatutária impõe-se somente às divergências entre os acionistas, como tais, e a companhia, ou entre minoritários e controladores. Mas não abrange as relações entre diretores e a companhia, nem mesmo as relações entre os membros do conselho de administração e a companhia (não obstante aqueles sejam sempre acionistas), pois, nesses conflitos, o que está em discussão não são deveres do acionista para com a companhia, mas, sim, deveres de administradores (titulares de órgãos) para com a companhia e o comportamento daqueles, no desempenho da direção social²³⁷.

Em sentido contrário, Arnaldo Wald entende que “pessoas vinculadas [à cláusula compromissória] são, em nosso entender, 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)*”²³⁸. A partir de uma interpretação do texto da cláusula compromissória estatutária, Antonio Moacir Furlan Filho entende “ser plenamente possível estender aos administradores e conselheiros não acionistas os efeitos de cláusula compromissória estatutária da qual não foram signatários”, desde que, continua o autor, “referida cláusula seja expressa ao mencioná-los”²³⁹. Com base neste pressuposto, o autor traz os seguintes fundamentos a justificar sua posição:

Tendo em vista que o dever de obediência ao estatuto decorre da lei (arts. 153 a 156 da Lei das Sociedades Anônimas), seria possível dizer que, ao aceitar o cargo para o qual foi eleito, necessariamente aceitou o administrador submeter-se à arbitragem, inclusive para a solução de eventuais litígios decorrentes ou relacionados aos seus atos de gestão. Uma interpretação diferente desta permitiria a conclusão de que seria franqueado ao administrador contrariar o estatuto e, conseqüentemente, a própria Lei das Sociedades Anônimas. Com efeito, ao se considerar os deveres dos administradores e conselheiros, inculpidos nos arts. 153 (dever de diligência), 154 (dever de agir no interesse da companhia) e 155 (dever de lealdade) da Lei das Sociedades Anônimas, não há dúvidas de que a fiel observância do estatuto social da companhia está obviamente englobada dentre tais deveres, configurando, assim, uma obrigação inerente à função²⁴⁰.

De forma semelhante, Pedro A. Batista Martins defende que “os administradores de sociedade anônima restam alcançados pelos efeitos de uma cláusula compromissória estatutária, mesmo que a ela não tenham consentido formalmente, ressalvadas as peculiaridades do conteúdo da dita disposição estatutária”²⁴¹. Especificamente em relação aos membros do Conselho Fiscal, o autor entende

também que ser “admissível aplicar aos conselheiros fiscais o mesmo entendimento extraído acima quanto à vinculação dos administradores à cláusula compromissória estatutária, com a ressalva da necessidade de análise específica quanto ao teor da cláusula arbitral lançada no estatuto da empresa”²⁴².

A resposta à questão, segundo entendemos, exige algumas distinções prévias. Em primeiro lugar, não 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, ainda que eventualmente haja identidade entre as pessoas do administrador e do acionista, 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 do administrador à cláusula compromissória estatutária 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*.

Outra distinção relevante diz respeito aos termos da cláusula compromissória estatutária. Se a redação do pacto arbitral disser apenas, por exemplo, que todos os conflitos entre *os sócios e a sociedade* serão resolvidos por arbitragem, consideramos que os membros do Conselho de Administração, os membros da Diretoria e os membros do Conselho Fiscal *não* estarão abrangidos por essa cláusula compromissória, ao menos para fins de solucionar disputas relacionadas à *relação jurídica administrador-companhia*. Se, ao contrário, a cláusula compromissória mencionar explicitamente os administradores, não temos dúvida em afirmar que eles estarão vinculados ao pacto arbitral, sendo desnecessário, destaque-se, qualquer ato adicional ou formal de ratificação da cláusula compromissória estatutária que os mencione explicitamente.

Em outras palavras, como se trata de uma questão orgânica, não se exige

manifestação formal de vontade dos administradores. Caso estes personagens assumam a função após a inserção da cláusula compromissória estatutária nos atos constitutivos da companhia, deve-se entender que eles estavam cientes e de acordo com o pacto arbitral. Caso, porém, a cláusula compromissória seja incluída no estatuto social posteriormente à assunção da função, deve-se entender que os membros do Conselho de Administração, os membros da Diretoria e os membros do Conselho Fiscal passam a ficar vinculados à cláusula compromissória se não renunciarem às suas funções logo em seguida à publicação da ata da assembleia.

6.5.3.4. Direito de retirada (direito de recesso)

A segunda parte do *caput* do art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976 assegura, em regra, “ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45”. *O direito de retirada (direito de recesso) decorre, objetivamente, da não concordância do acionista em relação à inclusão da cláusula compromissória estatutária, razão pela qual não se exige que ele demonstre qualquer prejuízo em tese decorrente da decisão assemblear para que possa ser reembolsado*²⁴³.

Ana Carolina Weber considera que “aqueles que dissentirem da deliberação majoritária poderão exercer o seu direito de retirada”, sendo certo que “no conceito de acionista dissidente, estão incluídos os acionistas que (i) compareceram à assembleia geral e votaram contra a deliberação; (ii) estiveram ausentes do conclave; ou (iii) se abstiveram de votar; e (iv) não têm direito de voto”²⁴⁴. Aparentemente em sentido contrário, Francisco Müssnich e Fábio Henrique Peres entendem que “faculta-se aos acionistas que forem contrários à referida deliberação a exercer o direito de se retirar da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações”²⁴⁵.

Como já explicado acima, tratando do direito de retirada (direito de recesso) em geral, Haroldo Verçosa considera que “não é necessário que o acionista dissidente tenha votado contrariamente à proposta aprovada (havendo, então, se absterido de votar) ou, até mesmo, que tenha comparecido à assembleia geral ou especial”, razão pelas qual “seu direito nasce pura e simplesmente a partir do conhecimento oficial da

alteração efetuada (com a publicação da ata), em relação à qual não se conformou”²⁴⁶. Trata-se também da lição de Nelson Eizirik, para quem “o conceito de acionista dissidente abrange aquele que comparece à assembleia e vota contra a deliberação, o que esteve ausente, o que compareceu ao conclave e se absteve de votar, bem como o acionista que não tem direito de voto”²⁴⁷.

*Segundo nos parece, esta tendência também será observada na interpretação do art. 136-A da Lei das Sociedades por Ações, de modo a outorgar o direito de retirada (direito de recesso) não apenas ao acionista que tenha votado contrariamente à inclusão da cláusula compromissória estatutária como também ao acionista que tenha se absterido na deliberação, ao acionista que sequer tenha comparecido ao conclave e, ainda, ao acionista que não detém direito de voto. O direito de retirada (direito de recesso) é excepcional, mas neste ponto a doutrina tem feito interpretações extensivas*²⁴⁸.

No que diz respeito às companhias fechadas, a Lei das Sociedades por Ações não prevê nenhuma exceção à concessão do direito de retirada (direito de recesso) ao acionista dissidente em relação à inclusão da cláusula compromissória estatutária. Trata-se de direito, aliás, que não pode ser excluído pelo estatuto ou pela assembleia. Em relação, porém, às companhias abertas, os incisos I e II do § 2.º do art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976 estabelecem, porém, *duas exceções ao direito de retirada (direito de recesso)*. Confira-se, a respeito desta diferença na outorga do direito de retirada (direito de recesso) entre as companhias abertas e as companhias fechadas, o entendimento de Francisco Müssnich:

O exercício e a modulação do direito de recesso observam, contudo, diferentes requisitos quanto à modalidade da companhia: nas companhias fechadas, sempre haverá direito de retirada; nas companhias abertas, por sua vez, não haverá direito de recesso quando uma das seguintes condições verificar-se: (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% das ações de

cada espécie ou classe; ou (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 da Lei n.º 6.404/76²⁴⁹.

De fato, segundo o inciso I do art. 136-A da Lei das Sociedades por Ações, “o direito de retirada previsto no *caput* não será aplicável [...] 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”. O inciso II deste mesmo dispositivo dispõe, por seu turno, que “o direito de retirada previsto no *caput* não será aplicável [...] 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”.

Ana Carolina Weber explica, corretamente, que “as duas exceções propostas estão relacionadas ao fato de que, tanto quando há dispersão acionária de 25% (vinte e cinco por cento) das ações, quanto em casos de liquidez e dispersão, presume-se que o acionista discordante pode retirar-se da sociedade por meio da venda de suas ações no mercado secundário, não sendo necessário, portanto, obrigar a companhia a se descapitalizar mediante o pagamento do valor de reembolso”²⁵⁰ *Como se sabe, em tema de política legislativa para companhias, segue-se o racional econômico segundo o qual quanto maior for a possibilidade de alienação da participação acionária no mercado secundário de ações menores serão as hipóteses de direito de retirada. A Reforma da Lei de Arbitragem procurou seguir este racional.*

Observe-se que, em relação ao inciso I, a lei está em clara correspondência com o que a Bovespa tem exigido para que as companhias abertas atuem nos mais elevados níveis de governança corporativa, conforme já explicado acima. *Presume-se, neste caso, que as ações das companhias listadas nestes níveis de mercado possuem alta liquidez, razão pela qual não se justifica obrigar por lei a sociedade*

a se descapitalizar se o acionista dissidente pode simplesmente deixar a companhia alienando sua participação no mercado de valores mobiliários. Ademais, procurou-se evitar que o alto desembolso em razão do direito de retirada (direito de recesso) pudesse impedir a companhia de alcançar os mais altos níveis de governança corporativa.

Segundo Francisco Müssnich e Fábio Henrique Peres, “aqui houve uma nítida ponderação de interesses”, pois “o legislador reconheceu as vantagens inerentes à adoção pela companhia das regras aplicáveis em níveis diferenciados de governança corporativa e optou por não facultar o exercício do direito de recesso nesse caso em que a inserção da cláusula compromissória estatutária ocorre nessa conjuntura”²⁵¹. A Lei das S.A. presume que a atuação das companhias nestes segmentos do mercado de ações atende ao interesse social e retira, assim, um desincentivo econômico (reembolso ao acionista em razão do exercício do direito de retirada) para que as sociedades anônimas de capital aberto não hesitem, por esta razão, em ingressar nestes níveis de governança corporativa.

O inciso II trata da inclusão de cláusula compromissória estatutária inserida em 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”. Consoante a alínea “a” do inciso II do art. 137 da Lei das Sociedades por Ações, há liquidez “quando a espécie ou classe de ação, ou certificado que a represente, integre índice geral representativo de carteira de valores mobiliários admitido à negociação no mercado de valores mobiliários, no Brasil ou no exterior, definido pela Comissão de Valores Mobiliários”.

Segundo a alínea “b” do inciso II do art. 137 da Lei n.º 6.404/1976, há dispersão “quando o acionista controlador, a sociedade controladora ou outras sociedades sob seu controle detiverem menos da metade da espécie ou classe de ação”. Francisco Müssnich e Fábio Henrique Peres explicam, a respeito desta segunda exceção, que “não se justificaria o recesso – e a conseqüente necessidade de descapitalização da companhia – quando o acionista dissidente pode recorrer ao mercado secundário para a venda de suas ações”²⁵².

Vale sempre lembrar que o reembolso em razão do exercício do direito de retirada (direito de recesso) representa uma descapitalização da companhia. Por esta razão, muitas vezes, a depender da participação dos acionistas minoritários dissidentes, o exercício do direito de retirada (direito de recesso) pode inviabilizar a efetivação da decisão tomada na assembleia geral, simplesmente porque a sociedade pode não ter capital para tanto ou pode não querer se descapitalizar de um montante muito elevado que possa influir negativamente em seus negócios (investimentos e distribuição de dividendos). Nesse sentido, cite-se a lição de Guilherme Loporace:

Na prática, o direito de retirada previsto no art. 136-A, quando aplicável, poderá inviabilizar a inclusão por maioria de cláusula compromissória em estatuto social, pois, não obstante os benefícios que a adoção da arbitragem como meio de solução de conflitos possa trazer, esses benefícios dificilmente superarão as pesadas consequências do exercício de direito de retirada pelos acionistas minoritários²⁵³.

A interpretação a respeito da abrangência do direito de retirada (direito de recesso) previsto no art. 136-A da Lei das S.A. deve ser, portanto, bastante cautelosa. Afinal, como bem lembram Francisco Müssnich e Fábio Henrique Peres “a função do direito de recesso não é penalizar a companhia tampouco gerar uma oportunidade de negócio para o acionista dissidente”²⁵⁴.

Conforme se esclareceu itens acima, o art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976 traz toda esta disciplina considerando “a *aprovação* da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social”. Dúvida interessante consiste em saber se a *modificação* ou a *exclusão* da cláusula compromissória já presente no estatuto social também outorga direito de retirada (direito de recesso) aos acionistas dissidentes. Imagine-se, ainda, a hipótese de uma companhia listada nos mais elevados níveis de governança corporativa que, posteriormente, cancela o seu registro. Será que este cancelamento faz surgir o direito de retirada (direito de recesso) em relação à cláusula compromissória estatutária inserida no estatuto social quando a companhia ainda desfrutava do *status* de participante daqueles segmentos de mercado (situação na qual

não havia direito de retirada, *ex vi* do inciso I do § 2.º do art. 136 da Lei das Sociedades por Ações)?

A respeito deste último ponto, Francisco Müssnich e Fábio Henrique Peres entendem que “o fato de tal companhia posteriormente cancelar, ainda que de forma voluntária, o seu registro em determinado segmento de listagem de bolsa de valores (ou então as suas ações deixarem de ter dispersão e liquidez), não justificaria um renascimento da aplicabilidade do direito de recesso em decorrência de tal situação”, pois, continuam os autores, “o rol é exaustivo e taxativo, não havendo na lei qualquer previsão de extensão do direito de retirada nessas situações”²⁵⁵.

No nosso ponto de vista, a hipótese de direito de retirada (direito de recesso) instituída pelo art. 136-A da Lei das Sociedades por Ações deve ser interpretada restritivamente, pois a Lei das Sociedades por Ações trata das causas de direito de retirada (direito de recesso) taxativamente ou *numerus clausus*. Observe-se que o texto legal fala que “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”. *Deve-se, pois, entender que somente há direito de retirada (direito de recesso) na hipótese de aprovação da cláusula compromissória estatutária, mas não na hipótese de revogação ou modificação do pacto arbitral, bem como em nenhuma das hipóteses inversas àquelas previstas no § 2.º do art. 136-A da Lei das S.A.*

6.6. NOTAS SOBRE A SOCIEDADE LIMITADA

Não obstante a maioria dos debates acadêmicos a respeito da inclusão da cláusula compromissória em atos constitutivos de sociedades se concentre nas companhias regidas pela Lei n.º 6.404/1976, a verdade é que a mesma discussão pode ser travada em relação à sociedade simples (arts. 997 a 1.038 do Código Civil), às sociedades em nome coletivo (arts. 1.039 a 1.044 do Código Civil), às sociedades em comandita simples (arts. 1.045 a 1.051 do Código Civil) e às sociedades limitadas (arts. 1.052 a 1.087 do Código Civil). Possivelmente, a doutrina preferiu analisar a

questão nas sociedades anônimas por conta da previsão constante do § 3.º do art. 109 da Lei das S.A., inexistente no Código Civil.

Como esta obra não se dedica exclusivamente à arbitragem societária, não temos a pretensão de enfrentar a questão em relação a todos os tipos societários, mas parece oportuno tecer considerações também em relação às sociedades limitadas, além de tudo o quanto já se expôs em relação às sociedades anônimas nos itens anteriores. A escolha pela sociedade limitada se deve ao fato de que, segundo o Censo das Empresas Brasileiras 2012, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), “os tipos jurídicos Empresário Individual e Microempreendedor Individual representam praticamente metade de todos os empreendimentos brasileiros, seguidos do tipo Sociedade Empresária Limitada e Associação Privada”²⁵⁶.

Daniel Bushatsky lembra também que, segundo o Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), em amostragem de 1985 a 2005, foram constituídas 4.300.257 deste tipo societário no Brasil. A título exemplificativo, no mesmo período, foram constituídas 20.080 sociedades anônimas e 21.731 cooperativas²⁵⁷. Em relação, pois, aos grandes e médios negócios, a sociedade limitada é o tipo societário preferido dos empreendedores brasileiros, merecendo, assim, todo destaque.

Assim como ocorre nas sociedades anônimas, a cláusula compromissória pode ser inserida no contrato social das sociedades limitadas em dois momentos: (i) na constituição da sociedade; ou (ii) por meio de uma reforma no contrato social. A constituição da sociedade limitada decorre da formação e celebração entre os sócios do contrato social que será, posteriormente, arquivado na Junta Comercial. Embora o Código Civil não tenha disposto sobre a matéria de forma tão expressa quanto a Lei das Sociedades por Ações, o contrato social necessário à constituição da sociedade limitada precisa ser aprovado pela unanimidade dos sócios.

Neste sentido, Francisco Müssnich e Fábio Henrique Peres afirmam que “embora o Código Civil não seja expresso nesse sentido, ao contrário do que ocorre na Lei 6.404/1976, a necessidade de aprovação unânime dos atos constitutivos da sociedade limitada é incontestavelmente uma consequência lógica do sistema

legal”²⁵⁸. *Não existem maiores dúvidas de que a cláusula compromissória inserida no contrato social no momento de constituição da sociedade limitada vincula todos os sócios fundadores.* Daniel Ber Cukier, comungando desta posição, ensina que “a cláusula inserida no contrato social desde o momento da constituição da sociedade, não pode ter sua aplicabilidade questionada com relação aos sócios participantes”²⁵⁹.

A dúvida surge quando o pacto arbitral é incluído no contrato social posteriormente à constituição da sociedade, isto é, por meio de uma reforma no contrato. Consoante prevê o inciso V do art. 1.071 do Código Civil, “dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato [...] a modificação do contrato social”. O art. 1.072 do estatuto civil, por sua vez, estipula que “as deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembleia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato”. *Cumpra, portanto, convocar uma reunião (até 10 sócios) ou uma assembleia (mais de 10 sócios) para que se possa alterar o contrato social e inserir, assim, a cláusula compromissória.*

Tal como na sociedade anônima, a deliberação assemblear depende do preenchimento do *quórum de instalação* e do *quórum de deliberação*. Consoante prevê o art. 1.074 do diploma civil, “a assembleia dos sócios instala-se com a presença, em primeira convocação, de titulares de no mínimo três quartos do capital social, e, em segunda, com qualquer número”. O *quórum de instalação da assembleia* na sociedade limitada, portanto, é de 3/4 (ou 75%) do capital social em primeira convocação e de qualquer número de sócios em segunda convocação. No caso de *reunião de sócios*, o contrato social pode estabelecer quórum de instalação diverso, a teor do § 6.º do art. 1.072 e do art. 1.079 do Código Civil²⁶⁰.

Observe-se que a lei fala em *capital social*, razão pela qual não interessa, propriamente, o *número de sócios* presentes na assembleia, mas sim a *representação do capital social* presente no conclave. Assim, imagine-se uma sociedade limitada cuja integralidade (100% – 100 cotas) do capital social seja dividida entre 26 sócios, sendo um deles detentor de 75% do capital social (sócio majoritário – 75 cotas) e os

outros 25 sócios detentores do restante do capital social em igual medida (sócios minoritários – 1 cota para cada um dos 25 sócios minoritários).

Por um lado, a presença apenas e tão somente deste sócio majoritário já é suficiente para o atingimento do *quórum de instalação*, ainda que os minoritários sequer comparecem ao conclave. Por outro lado, ainda que a totalidade dos minoritários compareça à assembleia, a ausência do sócio majoritário é suficiente para que não se atinja o *quórum de instalação*. O que importa, pois, não é o número de sócios, mas a representação do capital social. Desnecessário dizer que este capital social é o capital social votante, até porque na sociedade limitada todas as cotas conferem direito de voto (ou seja, na sociedade limitada, capital social = capital social votante).

No que diz respeito ao *quórum de deliberação*, o Código Civil prevê quórum unânime (art. 1.061), quórum qualificado de 3/4 (arts. 1.071, V e VI, e 1.076, I), quórum qualificado de 2/3 (art. 1.061 e § 1.º do art. 1.063), quórum de maioria absoluta (arts. 1.071, II, III, IV e VIII, 1.076, II, e 1.085) e quórum de maioria simple (arts. 1.071, I e VII, 1.076, III, e demais assuntos)⁶¹. Em relação à inclusão de cláusula compromissória no contrato social, o quórum relevante é aquele previsto para *modificação do contrato social*, disposto no inciso I do art. 1.076, ou seja, pelo voto correspondente a 3/4 do capital social:

Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061 e no § 1.º do art. 1.063, as deliberações dos sócios serão tomadas: I – pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071; II – pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071; III – pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

Fábio Ulhoa Coelho explica que, “após a entrada em vigor do Código Civil, a alteração contratual passou, em geral, a depender da concordância de sócio ou sócios titulares de 3/4 do capital social”²⁶². No mesmo sentido, Daniel Bushatsky leciona

que, “na sociedade limitada a modificação do contrato social, para a inclusão de qualquer disposição, inclusive a de convenção de arbitragem, deve ter a aprovação do *quorum* de $\frac{3}{4}$ do capital social”²⁶³.

Assim, regularmente convocada (arts. 1.072 e 1.073) e instalada (art. 1.074) a assembleia, a inclusão da cláusula compromissória no contrato social será aprovada caso obtenha os votos favoráveis de, no mínimo, 3/4 do capital social. A lei usa a expressão capital social, razão pela qual a base de cálculo não é sobre o número total de sócios daquela sociedade ou sobre o número de sócios presentes naquela assembleia, mas sim sobre a representação do capital social. Ademais, a base de cálculo não é sobre o capital social presente no conclave, mas sim sobre a totalidade do capital social. Trata-se de quórum bastante elevado.

Aprovada a inserção da cláusula compromissória no contrato social da sociedade limitada, surgem novamente as dúvidas consistentes em saber se os sócios que votaram contrariamente à cláusula compromissória, os sócios que se abstiveram na votação, os sócios que sequer compareceram à assembleia e os novos sócios ficam vinculados à decisão assemblear tomada, no mínimo, por $\frac{3}{4}$ do capital social.

Francisco Müssnich e Fábio Henrique Peres afirmam que, “no âmbito das sociedades limitadas, porém, enfraqueciam-se os argumentos dos que se posicionaram de forma contrária à oponibilidade da cláusula compromissória aos sócios dissidentes, omissos ou ausentes”, pois “os sócios que com ela não tenham concordado poderão, nos termos do art. 1.077 do Código Civil, retirar-se da sociedade nos trinta dias subsequentes a tal reunião”²⁶⁴. Da mesma forma, Daniel Ber Cukier entende que “a cláusula será oponível a todos os sócios, ainda que discordantes da deliberação, de acordo com o que preconiza o art. 1.072, § 5.º, do CC/2002, segundo o qual ‘as deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes’”²⁶⁵.

Pedro A. Batista Martins, escrevendo antes da entrada em vigor do Código Civil, traça uma distinção a partir do tipo de relação jurídica tratada pela cláusula compromissória inserida no contrato social. Caso o pacto arbitral disponha exclusivamente a respeito dos litígios sócio-sócio, o autor considera que a cláusula

“poderá, em princípio, não vincular aqueles sócios que não assentiram com a modificação”, pois “a relação jurídica pode re-duzir-se a uma essência estritamente pessoal onde a repercussão patrimonial afete única e exclusivamente os bens, direitos e obrigações individuais do quotista sem qualquer reflexo na organização social”²⁶⁶. O autor faz uma ressalva, porém, a este entendimento:

Esse posicionamento, contudo, não se aplicaria aos conflitos sócio/sócio que produzam efeito negativo ou tenham qualquer tipo de reflexo na estrutura da organização social. Nesses casos, a solução arbitral célere e técnica aliviaria os impactos negativos causados à sociedade pelos efeitos da tensão entre os sócios. A estipulação da cláusula compromissória estaria, assim, em linha com o interesse social e com o próprio desejo do legislador e o sentido da lei²⁶⁷.

Em seguida, no que diz respeito às cláusulas compromissórias relativas a litígios sócio-sociedade, Pedro A. Batista Martins afirmava que “o sistema deliberatório é da maioria; maioria essa que se transforma, com o voto decisório, em manifestação do interesse comum social”, sendo certo que “conflitante ou não com o ponto de vista de algum minoritário, é aquela decisão que prevalecerá”²⁶⁸. O autor traz ainda relevante fundamento ao explicar que, salvo nas raríssimas hipóteses em que a lei exige unanimidade, todas as alterações na sociedade limitada estão sujeitas ao princípio majoritário, essencial para a própria existência do regime societário e corporificador do interesse social:

E prevalecerá porque advém de poder legítimo e porque exercido em proveito e na conveniência da sociedade. Tal como tantas outras deliberações majoritárias de maior ou menor impacto societário, o mesmo princípio se impõe àquela deliberação que redunde na inclusão de cláusula arbitral em contrato social²⁶⁹.

Em relação aos novos sócios, a discussão doutrinária mostra-se mais presente nas sociedades anônimas, mas o substrato é exatamente o mesmo em relação às sociedades limitadas. A aquisição da qualidade de sócio significa uma adesão ao contrato social, para os fins do § 2.º do art. 4.º da Lei de Arbitragem? Daniel Ber

Cukier entende que “com relação aos novos associados não podem existir dúvidas quanto à aplicação da cláusula arbitral”, pois “o ingresso do novo sócio é feito por meio de alteração contratual, da qual consta assinatura do novo integrante do quadro social, logo, após ler e concordar com os termos do contrato social previamente estipulado pelos associados fundadores”²⁷⁰. O autor ainda afirma que nenhuma formalidade adicional é necessária:

Além disso, é dispensada a necessidade de manifestação de concordância por meio de documento em separado, ou de destaque da cláusula no corpo do contrato, por um simples fundamento: o contrato social não é um contrato de adesão, ou seja, as cláusulas são estipuladas de acordo com os interesses dos futuros sócios que pretendem encabeçar a sociedade, conforme demonstrado²⁷¹.

Na jurisprudência dos tribunais, vale destacar o caso *Oswaldo Riberito de Mendonça Administração e Participações Ltda. v. Agrovictoria Participações Ltda e EAMM Participações Ltda*. A empresa Açúcar e Alcool Oswaldo Riberito de Mendonça Ltda. detinha como sócios *Oswaldo Riberito de Mendonça Administração Participações Ltda.* (sócio majoritário), *Agrovictoria Participações Ltda.* (sócio minoritário) e *EAMM Participações Ltda* (sócio minoritário). Em 2007, houve uma alteração contratual para que os sócios minoritários *Agrovictoria Participações Ltda.* e *EAMM Participações Ltda* ingressassem na sociedade, sendo certo que se estabeleceu que todas as demais cláusulas do contrato social permaneceriam aplicáveis, inclusive a cláusula compromissória lá inserida previamente.

Posteriormente, realizou-se reunião de quotistas em que o sócio majoritário revogou a cláusula compromissória inserida no contrato social, substituindo-a por uma cláusula de eleição de foro judicial. Chamado a enfrentar a questão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo registrou que “o contrato poderia ser modificado como foi (arts. 1.071, V, do CC e 1.076, I, do CC) porque o detentor de mais de três quartos votou pela modificação e fim da arbitragem”. Observe-se que, na prática, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deixa transparecer que reconheceria a vinculação à cláusula compromissória tanto dos novos sócios quanto dos sócios

dissidentes.

Não obstante, apesar de reconhecer a possibilidade de exclusão da cláusula compromissória do contrato social pelo voto da maioria qualificada, o Tribunal paulista manteve a extinção do processo judicial sem a resolução do mérito, determinando que a disputa fosse solucionada na via arbitral, pois “como existe discussão sobre a legalidade dessa modificação, devido às impugnações feitas, essa questão também deve se submeter ao crivo dos árbitros e não do Poder Judiciário”, sendo certo que “isso decorre da aplicação do princípio competência-competência prevista no art. 8.º da Lei de Arbitragem e somente estaria derogada a competência convencional caso as partes, por consenso, tivessem alterado”²⁷².

Neste contexto de intenso debate a respeito da vinculação de sócios à cláusula compromissória inserta em contrato social de sociedade limitada, cumpre destacar dois dispositivos legais que fornecem, segundo nos parece, a resposta. Em primeiro lugar, a previsão legal contida no § 5.º do art. 1.072 do Código Civil, segundo o qual “as deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes”. Trata-se, simplesmente, do conhecido princípio majoritário, cujo ideal serve de norte inclusive naqueles casos em que se exige quórum de maioria qualificada. Comentando esse dispositivo em relação às sociedades limitadas, Arnaldo Wald leciona o seguinte:

Um dos princípios basilares do direito societário é o princípio majoritário, que, salvo previsão de quórum qualificado, possibilita a formação da vontade social a partir de deliberação de representantes da maioria do capital social. É o meio jurídico que possibilita a formação de uma única e soberana vontade por uma pluralidade de pessoas, impondo--se a todos os sócios, até mesmo aos dissidentes. Foi com base nesta ideia imanente ao funcionamento das sociedades comerciais que o artigo 1.072, § 5.º, expressamente traduziu este princípio. Ressalta o legislador que a vinculação de todos os sócios e da sociedade ocorre apenas quando o conteúdo das deliberações estiver em conformidade com a lei e o estipulado no contrato social. Esta observação decorre da possibilidade dos minoritários impugnarem judicialmente a deliberação, requerendo a sua

anulação pelo não cumprimento dos preceitos legais ou contratuais aplicáveis²⁷³.

Ademais, cumpre registrar que o art. 1.077 do diploma material civil estatui que, “quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031”. Em outras palavras, ao contrário do que ocorria antes da Reforma da Lei de Arbitragem em relação às sociedades anônimas, o Código Civil sempre outorgou (como já outorgava o art. 15 do Decreto n.º 3.708/1919) direito de retirada (direito de recesso) ao sócio que não concordasse com a modificação do contrato social, o que engloba, como se disse, a inclusão de cláusula compromissória.

Tal como ocorre em relação às sociedades anônimas, entende-se que o direito de retirada (direito de recesso) nas sociedades limitadas alcança não apenas aqueles sócios que votaram contrariamente à inclusão da cláusula compromissória no contrato social, como também os que se abstiveram na votação e, ainda, os que sequer compareceram ao conclave. Nesse sentido, Arnaldo Wald ensina que “é preciso dar significado amplo à expressão ‘sócios dissidentes’, para abranger tanto os presentes na reunião quanto os ausentes que, ao saber do conteúdo da deliberação, não concordaram com tal decisão e desejam sair da sociedade”²⁷⁴.

Considerando, assim, estes dois dispositivos acima transcritos, entendemos que a cláusula compromissória inserida no contrato social de sociedade limitada por votação na assembleia vincula os sócios que votaram favoravelmente, os sócios que votaram contrariamente, os sócios que se abstiveram na votação, os sócios que sequer compareceram à assembleia, bem como os novos sócios. Com exceção dos sócios que votaram favoravelmente e dos novos sócios, todos os demais sócios têm direito de retirada (direito de recesso), na forma do art. 1.077 do Código Civil, pois a inclusão da cláusula compromissória representa modificação do contrato social.

Este entendimento ampara-se (i) na relevância do princípio majoritário para a própria existência do regime societário (cujo ideal se aplica, a nosso ver, inclusive

quando se exige quórum de maioria qualificada); (ii) na presunção de que a decisão da assembleia corporifica o interesse social; (iii) na natureza plurilateral do contrato de sociedade (que não exige concordância de todas as partes da relação jurídica para ser alterado como ocorre nos demais contratos bilaterais); (iv) na absoluta impossibilidade de caracterizar o contrato de sociedade como um contrato de adesão para os fins do § 2.º do art. 4.º da Lei de Arbitragem; (v) na completa inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações societárias; (vi) no entendimento de que o inciso XXXV do art. 5.º da Constituição da República garante o acesso à justiça e não exatamente o acesso ao Poder Judiciário, de modo que o processo arbitral também serve para concretizar esta previsão constitucional; e, por fim, (vii) na consideração de que a aprovação da inclusão da cláusula compromissória no contrato social da sociedade limitada apenas concretiza a liberdade individual garantida no *caput* do art. 5.º da Carta Magna.

Por fim, cumpre pontuar uma interessante questão decorrente do art. 1.053 do Código Civil. O mencionado dispositivo de lei, em seu *caput*, estatui que “a sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples”, sendo certo que, na forma de seu parágrafo único, “o contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima”. A pergunta que se faz é a seguinte: no caso de o contrato social de sociedade limitada eleger a Lei das Sociedades por Ações para aplicação supletiva, o novo art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976 seria aplicável?

A pergunta tem, ao menos, duas consequências práticas. Primeiramente, o quórum de aprovação da cláusula compromissória estatutária previsto no art. 136-A da Lei das Sociedades por Ações (metade, no mínimo, das ações com direito a voto) é inferior àquele quórum previsto no art. 1.076 do Código Civil (3/4 do capital social). Ademais, o Código Civil não prevê uma suspensão da eficácia da deliberação assemblear que insere a cláusula compromissória nos atos constitutivos da sociedade limitada pelo prazo de 30 dias como faz o § 1.º do art. 136-A da Lei das Sociedades por Ações. Caso, portanto, a Lei das Sociedades por Ações tenha aplicação supletiva à sociedade limitada, como se resolvem estas duas questões?

Francisco Müssnich e Fábio Henrique Peres consideram que, “para as sociedades limitadas optantes, nos parece não haver dúvidas de que a interpretação será de plena aplicabilidade do novo art. 136-A: aprovada a inserção de cláusula compromissória no contrato social, tal dispositivo obrigará a todos os sócios de forma irrestrita, continuando a ser assegurado aos dissidentes o direito de retirar-se da sociedade nos termos do art. 1.077 do Código Civil”. Os autores entendem, inclusive, que “interpretação análoga deve ser aplicada às sociedades limitadas que não tenham feito a opção pela regência supletiva das normas aplicáveis às sociedades anônimas”²⁷⁵.

6.7. ARBITRABILIDADE OBJETIVA DE LITÍGIOS SOCIETÁRIOS

6.7.1. Três premissas fundamentais

As leis societárias brasileiras tratam muito parcamente da arbitrabilidade objetiva de litígios societários. O § 3.º do art. 109 da Lei das Sociedades por Ações estatui apenas 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”. Como se observa, não há indicação a respeito da arbitrabilidade objetiva da matéria. O art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976 também não trata de arbitrabilidade objetiva, assim como o Código Civil também não possui regulamentação específica sobre arbitrabilidade objetiva de lides societárias.

Excepcionalmente, o § 2.º do art. 129 da Lei n.º 6.404/1976, ao tratar do quórum de deliberação das assembleias gerais, estabelece que, “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”. *A princípio, portanto, qualquer matéria submetida à assembleia geral ordinária ou extraordinária pode ser solucionada na via arbitral, caso haja empate entre os acionistas no conclave. Apesar de pouco usual o critério legal – em regra, o estatuto social prevê outros meios de solução de empates –, a previsão demonstra a intenção do legislador de tratar amplamente a arbitrabilidade objetiva.*

Já tivemos oportunidade de dizer que, com exceção dos litígios envolvendo entes públicos, o ordenamento jurídico brasileiro adota o critério da mera patrimonialidade para definir a arbitrabilidade objetiva, *ex vi* da parte final do art. 852 do Código Civil (que revogou, neste aspecto, a parte final do art. 1.º da Lei de Arbitragem). *Com efeito, como as leis societárias brasileiras não contêm 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.* Trata-se de uma primeira premissa que se deve ter em mente.

Também já pudemos esclarecer que a incidência de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) *na arbitragem em nada afeta a arbitrabilidade objetiva do litígio, pois os árbitros aplicarão estas normas tal como faria o juiz togado.* Especificamente em relação ao ambiente societário, Nelson Eizirik também ensina que “a incidência de norma de ordem pública sobre a matéria não impede a utilização da arbitragem, uma vez que o árbitro, da mesma forma que ocorre com o juiz, submete-se à ordem pública”. Esta é a segunda premissa que se deve considerar no trato da matéria. O autor acima mencionado formula, inclusive, um exemplo bastante didático da possibilidade de aplicação destas normas pelos árbitros:

Assim, por exemplo, se a Lei das S.A. não permite que um órgão, criado pelo estatuto, se substitua nas atribuições conferidas aos órgãos nela previstos (art. 139), o árbitro estará obrigado a dar cumprimento ao mandamento da norma imperativa, reconhecendo como nulas as cláusulas estatutárias que disponham em sentido contrário à Lei das S.A.²⁷⁶.

Há, ainda, uma terceira premissa consistente em interpretar de maneira flexível algumas disposições legais que utilizam termos como “juiz”, “judicialmente” e “Poder Judiciário” para enquadrar também a arbitragem quando, de fato, o requisito da arbitrabilidade objetiva estiver presente. Assim, v.g., o § 2.º do art. 1.010 do Código Civil dispõe que “prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios no caso de empate, e, se este persistir, decidirá *o juiz*”. Leia-se, pois, “o juiz ou o árbitro”, caso o contrato social preveja arbitragem.

Da mesma forma, o art. 1.034 do Código Civil estatui que “a sociedade pode ser dissolvida *judicialmente*, a requerimento de qualquer dos sócios”. Em seguida, o art. 1.035 do diploma material civil dispõe que “o contrato pode prever outras causas de dissolução, a serem verificadas *judicialmente* quando contestadas”. As matérias sujeitas a estes dispositivos não deixam de ser arbitráveis porque os textos legais utilizam as expressões “juiz” ou “judicialmente” ou “Poder Judiciário”, razão pela qual este ponto de vista literal deve ser desde logo afastado. Onde se lê “juiz”, “judicialmente” ou “Poder Judiciário”, pode-se ler “ou árbitro” e “ou na arbitragem”, sem qualquer ofensa ao sistema jurídico pátrio, caso o contrato social preveja arbitragem.

6.7.2. Decisões judiciais a respeito do alcance objetivo da cláusula compromissória e da arbitrabilidade objetiva de litígios societários

6.7.2.1. Alcance objetivo da cláusula compromissória

A jurisprudência dos tribunais brasileiros já teve oportunidade de enfrentar alguns casos relacionados à cláusula compromissória inserida em atos constitutivos de sociedades comerciais. Apesar de muitas vezes a doutrina se referir a estes casos como precedentes relacionados à *arbitrabilidade objetiva*, a verdade é que a maioria destes julgados diz respeito ao *alcance objetivo (escopo) da cláusula compromissória* e não propriamente à arbitrabilidade objetiva, normalmente

decididos à luz da redação do pacto arbitral. Excepcionalmente, há julgados tratando da arbitrabilidade objetiva de matéria societária.

Note-se que, por um lado, a expressão *arbitrabilidade objetiva* deve ser reservada para o exame *in abstracto* da patrimonialidade do direito ou interesse envolvido no caso, de modo a se desvendar se é possível em tese submeter a questão à arbitragem, em observância ao art. 852 do Código Civil. Quando, por outro lado, se pretende descobrir se determinado litígio está *in concreto coberto pela redação da cláusula compromissória*, a discussão não diz respeito exatamente à *arbitrabilidade objetiva*, mas sim ao *alcance objetivo* da cláusula compromissória, ou seja, refere-se ao *escopo* da cláusula compromissória.

Assim, se um conflito entre a companhia e seus administradores possui natureza patrimonial, mas não está abrangido pelo texto da cláusula compromissória, esta questão não poderá ser submetida à arbitragem simplesmente porque está fora do *alcance (escopo)* redacional da cláusula compromissória, apesar de ser *objetivamente arbitrável*. Da mesma forma, caso uma cláusula compromissória estatutária preveja que os crimes cometidos na gestão da companhia serão solucionados por arbitragem, a matéria está contida no *alcance (escopo)* da cláusula compromissória, mas não será submetida à arbitragem porque não atende ao requisito da *arbitrabilidade objetiva* (a arbitragem não pode ter por objeto matéria criminal).

Na doutrina, apesar de não haver posição consolidada, há manifestações bastante liberais, em regra, pela arbitrabilidade objetiva de litígios societários, o que se distancia de uma parcela conservadora da jurisprudência dos tribunais, conforme destacado no item anterior²⁷⁷.

Em 2002, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve oportunidade de enfrentar a questão no julgamento do caso *Andréa Luiz Ambrosano v. Aurelia Fanti*. Trata-se de ação de responsabilidade civil contra os administradores da empresa *Francisco Morato Super Lanches Limitada*. Uma das administradoras-rés suscitou a existência de cláusula compromissória no contrato social da sociedade limitada e requereu a extinção do processo sem a resolução do mérito, o que foi denegado pelo juízo de primeiro grau. O pacto arbitral estabelecia, em sua primeira e mais

importante parte para o caso, que “em caso de divergência na sociedade, ou entre seus sócios, a solução será confiada a um juízo arbitral”.

Ao julgar o recurso, o Tribunal de Justiça considerou que “a controvérsia envolvendo os sócios não diz respeito ao contrato em si, mas sim aos atos que, na qualidade de administradores da sociedade, foram praticados e a eventual responsabilidade por prejuízos que teriam ocorrido”. Em conclusão, o Tribunal paulista afirmou que “não se está enfrentando divergências quanto ao contrato social, em si, mas em relação aos atos praticados na administração da sociedade comercial, escapando, portanto, da convenção de arbitragem”²⁷⁸.

Comentando o acórdão com vistas à redação da cláusula compromissória, Carlos Alberto Carmona afirma que “em situações como esta, convém de fato dar à convenção arbitral interpretação restritiva”, sendo certo que a “apuração de responsabilidade de sócio-gerente só com uma larga dose de boa vontade pode ser enquadrada nos termos da cláusula compromissória firmada pelos litigantes”, pois a “expressão empregada na convenção, não pode ter o condão de levar toda e qualquer querela entre os signatários à solução arbitral”²⁷⁹.

Já em 2007, no caso *José Luiz Carletti v. Rosana Carletti Senna e Outros* novamente o Tribunal de Justiça paulista teve que enfrentar o alcance objetivo da cláusula compromissória. O Tribunal registrou que “sustenta o recorrente que o contrato social contém cláusula de arbitragem, que prevê que os litígios oriundos do referido contrato (inclusive entre sócios) deverão ser submetidos ao Juízo Arbitral”, porém, continua a decisão, “não é esta a hipótese dos autos, já que referida cláusula de arbitragem não guarda qualquer relação com a presente demanda, que não envolve litígios decorrentes do contrato, eis que os autores insurgem-se contra a conduta pessoal do réu (impedindo-os de ingressar na sede da empresa da qual são sócias as partes)”²⁸⁰.

Também em 2007, no caso *Global Oeste Transporte Ltda. v. Transporte Rodoviários Richter Ltda. e Evandro Francisco Richter*, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná julgou uma cláusula compromissória segundo a qual seriam submetidos aos árbitros “pendências de ordem técnica que venha a surgir

relativamente às atividades da Sociedade”. O Tribunal paranaense considerou que “a pretensão de recebimento de eventuais complementações de haveres por sócios em razão de suas retiradas do quadro societário da empresa não se encontra abrangida por referida cláusula”, razão pela qual “não há como se entender abrangida pela cláusula arbitral a pretensão exposta na petição inicial”²⁸¹.

Ainda em 2007, no caso *Lauren de Melo e Silva v. Oncolife Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. e Outros*, a Corte de Justiça paulista novamente tratou do alcance objetivo da cláusula compromissória. A referida cláusula dispunha que, “na eventual hipótese de ocorrer divergência insanável no âmbito das administradoras, fica antecipadamente estipulado o recurso a arbitragem, nos termos do que preceitua a Lei 9.307, de 23.09.1996, sendo certo que o presente parágrafo se constitui da cláusula compromissória conforme o art. 4.º da referida lei”.

O Tribunal de Justiça entendeu que “a convenção de arbitragem contratada para dirimir eventuais litígios relativos à administração da sociedade não pode ser interpretada de forma extensiva, para abranger a divergência acerca do valor das quotas do sócio que exerceu o direito de retirada, eis que se trata de norma restritiva do direito de acesso à jurisdição”²⁸².

Em 2010, no caso *Suzana Rodrigues de Mello e Outro v. Walter Rodrigues Filho, Roberto Rodrigues, CMP Ouro de Galeria S.A. e Passagem Mineração S.A.* o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais teve que interpretar uma cláusula compromissória, presente em acordo de acionistas, conforme a qual, “não sendo possível, no entanto, a solução amigável, as controvérsias que porventura surgirem na interpretação ou aplicação deste instrumento serão resolvidas por meio de arbitragem, segundo as regras constantes do Código de Processo Civil Brasileiro”.

O Tribunal mineiro entendeu que “a ação não se refere à interpretação ou aplicação do acordo de acionistas, sendo o objeto da ação judicial distinto das matérias tratadas no referido acordo de acionistas”, pois enquanto, por um lado, “o acordo de acionistas alcança tão somente as formalidades e quóruns necessários para o funcionamento das sociedades”, o litígio sob julgamento, por outro lado, “não é sobre o acordo de acionistas, tratando-se na verdade de questionamentos acerca de

atos praticados por sócios das empresas, na qualidade de seus administradores”.

Em resumo, o acórdão consigna que “as divergências não se referem à violação ao acordo de acionista em si, mas a atos de alegada má gestão praticados na administração das sociedades, os quais supostamente infringem a legislação aplicável, não se incluindo, assim, na convenção de arbitragem”²⁸³.

6.7.2.2. Arbitrabilidade objetiva

No que diz respeito, propriamente, à arbitrabilidade objetiva de conflitos societários decorrentes de cláusula compromissória inserida em atos constitutivos, as decisões são mais díspares, chegando a solucionar casos idênticos em sentidos diametralmente opostos, especialmente em relação à possibilidade de submissão à arbitragem de ações de dissolução (total e parcial) de sociedade. O que se vê, ademais, é uma posição bastante conservadora em relação à possibilidade de solucionar na via arbitral conflitos referentes aos direitos essenciais dos acionistas, dispostos no art. 109 da Lei das Sociedades por Ações.

Em 2002, no caso *Krystaline Viagens e Turismo Ltda. v. Maria Evanice Filha*, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve que se debruçar sobre cláusula compromissória dispondo que “as divergências advindas do presente instrumento de contrato social serão resolvidas por dois árbitros nomeados pelas partes, os quais nomearão, se necessário, um terceiro que será desempatador, ou por final, o foro desta comarca, para a finalização das divergências do presente instrumento de alteração contratual”.

O Tribunal entendeu por bem “julgar extinta a ação de dissolução parcial de sociedade c.c. cobrança de crédito [...], diante da existência da convenção de arbitragem expressamente contida no contrato social”. Tratou-se, pois, de decisão que, a partir de uma cláusula compromissória genérica, entendeu que a ação de dissolução parcial de sociedade limitada pode ser submetida ao processo arbitral²⁸⁴.

Em 2004, no caso *Montreal Engenharia S.A. v. Sade Vigesa S.A. e Outros*, debateu-se a ação de dissolução da sociedade *UMON Engenharia de Montagen Ltda.*, sendo certo que a cláusula compromissória submetia à arbitragem qualquer

litígio decorrente de descumprimento contratual. O extinto Tribunal de Alçada Cível do Estado do Paraná entendeu que “a dissolução ou extinção da sociedade pode ser objeto de arbitragem”, pois “o contrato social é um conjunto de direitos e obrigações, e qualquer divergência entre sócios, incluindo-se aí a divergência sobre a dissolução da sociedade será objeto da arbitragem desde que haja cláusula que a estipule”.

Em ótima passagem, o acórdão registra ainda que “o direito de ingressar numa sociedade comercial, bem como o direito de afastar-se dela, é um direito patrimonial disponível”, sendo certo que “em nenhum momento, a referida lei exclui de seu objeto, a controvérsia sobre dissolução de sociedade, mesmo que seu prazo seja por tempo determinado ou por obra certa”²⁸⁵.

Em 2006, no caso *Antônio Laurenti v. Nicola Lorenti Neto e Outros*, a Justiça paulista teve que analisar uma ação de instituição compulsória da arbitragem, com base nos arts. 6.º e 7.º da Lei de Arbitragem brasileira, cujo pedido na arbitragem seria a exclusão de um sócio. O Tribunal entendeu, contudo, que “a cláusula 10.ª do contrato social não autoriza instituição de juízo arbitral para o fim de exclusão de sócio dos quadros sociais”. Posteriormente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tratando especificamente da arbitrabilidade objetiva, considerou que “o artigo 1.030 do Código Civil/2002 prevê que a exclusão do sócio pela maioria seja pelo procedimento judicial”²⁸⁶. Interpretou-se, pois, literalmente a expressão “procedimento judicial”, contida no art. 1.030 do Código Civil, como excludente da arbitragem.

Em 2007, no caso *Débora Kelemen Bernardino v. Arnaldo Vidigal Xavier da Silveira*, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu, primeiramente, que “a cláusula compromissória inserida no contrato, cláusula 11.ª, não tem o condão de subtrair do Poder Judiciário a controvérsia vertente, na medida em que não autoriza instituir juízo arbitral para excluir sócio, mas apenas direciona à arbitragem divergências entre os sócios, sem, contudo, explicitar o alcance das respectivas divergências”. Como se observa, o tema diz mais respeito ao alcance objetivo da cláusula compromissória do que propriamente à arbitrabilidade objetiva da controvérsia.

Contudo, logo em seguida, o Tribunal consignou que “a petição inicial fundamenta a exclusão da sócia com base no art. 1.030 do Código Civil, o que exige procedimento judicial”²⁸⁷. Novamente, preferiu-se interpretar literalmente a expressão “procedimento judicial”, contida no art. 1.030 do Código Civil, para a partir disto excluir a possibilidade de submissão da ação de exclusão de sócio à arbitragem.

Em 2008, no caso *José Luiz Marques v. Paniart Indústria e Comércio Importação e Exportação Ltda.*, a Corte paulista teve que enfrentar uma ação de dissolução e liquidação de sociedade limitada, sendo certo que o conteúdo da cláusula compromissória estatuiu que “as divergências que se verificarem entre os sócios, inclusive no caso de falecimento de um deles, entre os seus herdeiros e remanescentes, serão resolvidas mediante Juízo Arbitral”.

O Tribunal entendeu que “é incontroverso que em março de 1998, através de contrato social [...], foi constituída a sociedade objeto desta ação”, sendo certo que, “naquele documento, e, em todas as suas alterações [...], ficou estipulado que quaisquer eventuais divergências seriam resolvidas mediante Juízo Arbitral”. Em razão disso, o Tribunal concluiu que, “a partir do momento da assinatura do contrato, o cumprimento de todas as suas cláusulas passou a ser obrigatório, para ambas as partes”, entendendo que a ação de dissolução e liquidação de sociedade limitada pode ser submetida à arbitragem²⁸⁸.

Em 2009, no caso *Hélio Guimarães Porto Filho v. Irmãos Porto e Cia e Ltda. e Outros*, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tratou de uma ação de dissolução de sociedade limitada cumulada com apuração de haveres. A cláusula compromissória presente no contrato social da sociedade limitada dispunha que “toda e qualquer questão que possa surgir entre as Partes com relação a este Instrumento, que não possa ser solucionada amigavelmente, será submetida à arbitragem, nos termos da Lei 9.307/96”.

Com base nisso, a decisão entendeu que, “tendo em vista que a relação jurídica engendrada entre as partes não se afigura de consumo, e que a matéria discutida nos autos encontra-se submetida à arbitragem, porquanto diz respeito à questão societária, não há como submeter a questão à apreciação do Poder Judiciário”. Em outras

palavras, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu que a ação de dissolução de sociedade limitada cumulada com apuração de haveres pode ser submetida à arbitragem²⁸⁹.

Em 2012, no caso *Andre Azevedo Marques de Campos v. Odontoclinic*, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo enfrentou a questão atinente à arbitrabilidade objetiva do direito de retirada (direito de recesso), pleiteado pelo autor em relação à sociedade por conta de uma cláusula de não concorrência inserida no contrato social. Para afastar a incidência da cláusula compromissória, o autor alegava, primeiramente, que “o estatuto social da companhia jamais lhe foi disponibilizado, tratando-se de contrato de adesão”.

O Tribunal de Justiça paulista entendeu que “o direito do acionista de retirar-se da sociedade constitui direito potestativo e indisponível, que não pode ser submetido à convenção de arbitragem, cujos efeitos alcançam apenas os direitos patrimoniais disponíveis”. Em reforço a este entendimento, a Corte de Justiça consignou que “tendo em vista que o pedido da inicial se restringe ao exercício do direito de retirada do acionista, desvincilhado de qualquer apuração de haveres ou pretensão patrimonial, entendo que a matéria tratada nos autos não pode ser submetida à arbitragem”²⁹⁰.

Por fim, em 2014, no caso *Socorro Gilcleia Ferreira Fontes e Outros v. Samuel Gustavo Cavalcanti*, o Tribunal de Justiça paulista enfrentou a possibilidade de submeter à arbitragem litígio relacionado ao direito essencial do acionista de fiscalizar a sociedade. No acórdão, consignou-se que “o direito do acionista de fiscalizar a contabilidade da empresa constitui direito potestativo, que não pode ser submetido à convenção de arbitragem, cujos efeitos alcançam apenas os direitos patrimoniais disponíveis (art. 1.º da Lei n.º 9.307/96)”. Segundo consta da decisão, tratava-se de pedido que se restringia ao exercício do direito do acionista de ter acesso aos livros mercantis, balanços e documentos de registros contábeis, desvincilhado de qualquer apuração de haveres ou pretensão patrimonial”²⁹¹.

Até pouco tempo atrás, a inclusão da cláusula de resolução de controvérsias, direito aplicável e foro competente representava um mero apêndice do contrato

principal e constituía um mero exercício de corte-colagem inserido na undécima hora da negociação. Hoje as partes e os advogados da área societária, em sentido restrito, perceberam a importância de escolher adequadamente a lei de regência do contrato, o foro para medidas liminares, a lei de regência da cláusula arbitral, podendo-se dizer que a referida cláusula tem função verdadeiramente econômica e estratégica, sendo objeto de negociações profundas entre as partes contratantes e seus advogados.

6.7.3. Divergência doutrinária a respeito da arbitrabilidade objetiva de litígios societários

Na doutrina, apesar de não haver posição consolidada, há manifestações bastante liberais, em regra, pela arbitrabilidade objetiva de litígios societários, o que se distancia de uma parcela conservadora da jurisprudência dos tribunais, conforme destacado nos itens anteriores²⁹². *Quando se fala da arbitrabilidade objetiva de litígios societários, pressupõe-se, por óbvio, que a cláusula compromissória inserida no estatuto social ou no contrato social contemple, específica ou genericamente, as questões adiante debatidas. Caso a questão não se enquadre no escopo do pacto arbitral, a discussão não será propriamente sobre arbitrabilidade objetiva, mas sim sobre alcance objetivo da cláusula compromissória, como já explicado acima.*

Com efeito, imagine-se que uma cláusula compromissória presente no estatuto social de uma companhia estabeleça que todo e qualquer litígio entre sócios ou entre sócio e sociedade será solucionados por arbitragem. Evidentemente que o litígio mencionado na cláusula compromissória deve ser entendido como litígio decorrente das relações societárias entre os sócios ou entre o sócio e a sociedade, pois, caso não seja esta a hipótese, a via ao Poder Judiciário estará naturalmente aberta. Por esta razão, conforme leciona Diego Franzoni, “poderão dois sócios litigar a respeito de questões que não tenham nenhuma relação com a sociedade”, bem como “poderá haver litígio entre a própria sociedade e algum sócio a respeito de questão totalmente alheia ao âmbito societário”²⁹³. Trata-se, nestes exemplos, de entender o alcance objetivo da cláusula compromissória.

No que diz respeito propriamente à arbitrabilidade objetiva de conflitos societários, Nelson Eizirik propõe um interessante critério, consistente em se entender como objetivamente arbitráveis todas as questões relacionadas às decisões de órgãos da companhia, o que abrangeria a Assembleia Geral, o Conselho de Administração, a Diretoria e o Conselho Fiscal. O autor resume sua proposta da seguinte forma:

Pode-se entender como arbitráveis todas as questões relacionadas às decisões de assembleias gerais e demais órgãos da companhia, uma vez que tratam de direito que não só se caracterizam como patrimoniais, como, também, são disponíveis no âmbito interno da companhia. Assim, todas as matérias que podem ser validamente decididas pela companhia são arbitráveis, pois se referem à sua autonomia privada²⁹⁴.

A partir disso, o autor entende que são passíveis de submissão à arbitragem “(i) a impugnação de decisão de assembleia geral (e de outros órgãos societários); (ii) os conflitos ligados ao exercício do direito de recesso; (iii) interpretação de cláusulas estatutárias; (iv) questões relacionadas ao pagamento de dividendos; (v) operações de reestruturação societária; e, ainda, (vi) ressarcimento de perdas e danos sofridos por acionistas minoritários em decorrência do exercício abusivo do poder de controle e de atos ilegais da companhia”²⁹⁵.

No que diz respeito à ação de dissolução (total) de sociedade, a ação de dissolução parcial de sociedade e à ação de exclusão de sócio, cumpre-nos dizer que a matéria é plenamente arbitrável, sob o ponto de vista objetivo. Trata-se de matéria de natureza essencialmente patrimonial, sendo certo que as normas contidas tanto na Lei das Sociedades por Ações quanto no Código Civil podem ser naturalmente aplicadas pelos árbitros. Assim, não obstante o art. 1.030 do Código Civil estatua que “pode o sócio ser excluído judicialmente”, consideramos que o intuito do legislador não foi excluir a arbitragem desta matéria e estabelecer uma jurisdição exclusiva do Poder Judiciário, mas apenas deixar claro que o sócio pode ser excluído por meio de processo jurisdicional, ou seja, processo judicial ou arbitragem.

Neste sentido, Raquel Stein considera que “a possibilidade de exclusão de sócios por meio de procedimento arbitral não acarreta qualquer prejuízo às partes, muito pelo contrário, já que a jurisdição arbitral foi eleita por melhor se adequar aos contornos e necessidades práticas dos litígios societários”²⁹⁶.

Em relação à ação de dissolução (total) de sociedade e à ação de dissolução parcial de sociedade, a autora leciona que “referem-se à discordância sobre algum aspecto das atividades da sociedade e, em um segundo momento, o critério para apuração do valor das quotas/ações do sócio retirante”, razão pela qual enquadram-se no âmbito da arbitrabilidade objetiva, pois “todo e qualquer conflito que surja na sociedade e que de maneira direta ou indireta trate da regulação objetiva da vida societária, estaria dentro do campo da arbitrabilidade”²⁹⁷. Comungando dessa conclusão em relação à ação de dissolução parcial de sociedade anônima, cite-se o entendimento de Ana Carolina Weber:

No entanto, independentemente da procedência ou não de um pedido de dissolução parcial nas sociedades anônimas, entendemos que não há no direito de requerê-la elementos suficientes para caracterizá-lo como indisponível. Isso porque, em essência, o pedido de dissolução parcial consiste na manifestação unilateral de vontade de um dos sócios da empresa requerendo a sua saída dos quadros sociais, sem fazer cessar os negócios sociais, mediante a apuração e o pagamento de seus haveres²⁹⁸.

Destaque-se que a promulgação do Código de Processo Civil em nada alterou esta realidade, não obstante a denominada ação de dissolução parcial de sociedade esteja regulamentada nos arts. 599 a 609. O Código, ao tratar do tema, faz uso de expressões como “petição inicial” (art. 599, § 1.º), “citação” (art. 601), “contestação” (arts. 601 e 603, § 2.º), “juiz” (arts. 603, *caput*; 604, *caput* e § 1.º; 606 e 607), nenhuma delas perfeitamente aplicável ao universo arbitral. *Nada disso, porém, impede que a ação de dissolução parcial de sociedade seja solucionada por arbitragem, pois o Código de Processo Civil apenas regulamentou o procedimento desta demanda quando ela for proposta perante o Poder Judiciário. Trata-se,*

meramente, de uma regulamentação do procedimento judicial e não da fixação de uma regra de jurisdição exclusiva do Poder Judiciário para julgar ações de dissolução parcial de sociedades.

Tema um tanto quanto mais complexo diz respeito à arbitrabilidade objetivo de litígios envolvendo o exercício do direito de voto, pois, como se sabe, o voto é considerado um dos *direitos políticos do acionista*. Walfrido Jorge Warde Júnior e Fernando Antonio Maia da Cunha entendem, todavia, que “os direitos políticos são, em verdade, um desdobro dimensional, que se prestam a maximizar as chances de satisfação de direitos creditórios atribuídos aos acionistas”, razão pela qual “é inegável a sua natureza essencialmente patrimonial”²⁹⁹. Da mesma maneira, Diego Franzoni afirma que “a finalidade do voto aqui não se liga a questões sociais ou ideológicas, mas sim a interesses econômico-financeiros, de natureza pecuniária”³⁰⁰. Comungando desta opinião, cite-se a lição de Nelson Eizirik:

O direito de voto, embora tido como ‘político’, apresenta uma natureza patrimonial, já que, além de consistir em atributo que acrescenta valor à ação, usualmente é exercido tendo em vista os interesses do acionista na eficiência da gestão empresarial, que redundará na maior geração de lucros. Ao exercer o seu direito de voto, não está o acionista, em princípio, cumprindo um dever de cidadania, mas visando à otimização do retorno de seu investimento. Daí decorre a arbitrabilidade de questões ligadas ao direito de voto, como são, por exemplo, aquelas relacionadas ao seu exercício em situações de conflito de interesse ou de abuso do poder de controle³⁰¹.

Também defendendo este ponto de vista, Pedro A. Batista Martins ensina que, “muito embora o exercício do voto encerre direito político, o voto assegurado ao acionista não se confunde, apesar de se tocarem, com a manifestação de cidadania”. Na verdade, continua o autor, “o voto confere ao indivíduo o poder de participar ou influir em certas atividades e, notadamente, de eleger representante para cargos de administração, regra geral”. Ainda nesta linha, Pedro A. Batista Martins estabelece a diferença entre o voto cívico e o voto conferido pelas leis societárias aos sócios de

sociedades comerciais:

O voto cívico funda-se em interesses da pátria, eminentemente político-ideológico, enquanto o voto acionário é marcado por viés eminentemente econômico-financeiro, haja vista a vocação *intuitus pecuniae* de todas as S.A. A lei não autoriza a criação de S.A. que não tenha finalidade lucrativa. Todas elas devem, por força legal, visar a produção de riqueza e a distribuição de lucros³⁰².

O autor conclui no sentido de que “o exercício do voto nas S.A. encerra proveito ou conveniência marcadamente econômica e, dessa forma, pelos efeitos materiais que dele resultam, traduz-se em um direito patrimonial”. Ademais, continua o autor, “o voto é direito disponível”, razão pela qual “restou afastada a natureza indisponível desse direito, o que autoriza afirmar enquadrar-se na hipótese de arbitrabilidade prevista na Lei 9.307/1996 as disputas que envolvam o exercício do voto”³⁰³.

Ora, o direito de voto pode ser naturalmente negociado em acordo de acionistas (e, também, em acordo de quotistas, nas sociedades limitadas), como expressamente prevê o art. 118 da Lei das Sociedades por Ações, segundo o qual “*os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede*”. Não faz sentido, pois, em razão disso, defender uma suposta indisponibilidade do direito de voto.

Desnecessário dizer, ademais, que o direito de voto nas sociedades comerciais não possui a mesma natureza pública do direito de voto cívico, em que os cidadãos elegem seus representantes políticos para governar pessoas jurídica de direito público interno, como a União, os Estados-membros e os municípios. *Portanto, os litígios relacionados ao exercício do direito de voto podem ser submetidos à arbitragem, já que possuem natureza patrimonial e, ademais, são disponíveis.*

Este entendimento pode ser extensível a todos os direitos essenciais do acionista, previstos no art. 109 da Lei das Sociedades por Ações, notadamente no que diz respeito a litígios relacionados ao exercício e quantificação do direito de

retirada (direito de recesso). Não obstante regidos por normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) e insuscetíveis de alteração pelo estatuto social ou pela assembleia geral, os direitos essenciais dos acionistas possuem conteúdo essencialmente patrimonial, razão pela qual podem ser submetidos à arbitragem, ocasião na qual os árbitros aplicarão as referidas normas tal como faria o juiz

Questão complexa diz respeito à submissão à arbitragem prevista em estatuto social ou contrato social de conflitos de interesse surgidos em razão da aquisição de participação acionária por um novo acionista. Marcelo Dias Gonçalves Vilela leciona que “é exatamente a celebração do negócio jurídico objeto da controvérsia que permitirá o ingresso na sociedade”, razão pela qual “este terceiro, portanto, não é parte do quadro social, não se vinculando à cláusula compromissória”³⁰⁴. Diego Franzoni, por sua vez, entende que esse raciocínio pode “se configurar como orientação geral, pensando em transações a respeito de participações societárias que tenham efeitos restritos às partes da avença e cujos efeitos não impliquem grandes alterações na dinâmica geral de funcionamento da sociedade”³⁰⁵. O autor, porém, estabelece exceções a este entendimento:

No entanto [...], não seria absurdo cogitar da extensão da cláusula compromissória societária a sujeitos não contratantes caso a transação produza efeitos relevantes para os demais sócios e para a própria sociedade enquanto instituição ou organização funcional. Esta ideia fica bastante evidente especialmente no âmbito das sociedades anônimas abertas, se pensarmos em transações que se configurem como negócios sobre o controle acionário. Nesses casos, não há um tratamento da operação como se fosse uma mera cessão de participação acionária, mas sim uma especial qualificação do negócio em função da proteção de interesses que vão além das partes do negócio³⁰⁶.

Em seguida, o autor cita a título de exemplo os casos dos arts. 254-A (alienação de controle de companhia aberta em oferta pública de ações) e 256 (aquisição de controle por companhia aberta), ambos da Lei das Sociedades por Ações. Não parece

simples, porém, compreender como terceiros estranhos ao estatuto social ou ao contrato social (não detentores, portanto, do *status* de sócio, até aquele momento) poderão estar vinculados à cláusula compromissória inserta nos atos constitutivos das sociedades. O assunto ainda demanda reflexão e as circunstâncias do caso concreto são bastante relevantes na busca da melhor resposta.

O que se pode dizer, em conclusão, a respeito da arbitrabilidade objetiva de litígios societários é que todas as questões relacionadas a decisões de assembleias gerais e demais órgãos da companhia podem ser submetidas à arbitragem entre os próprios sócios, entre os sócios e a sociedade, entre os sócios e a administração da sociedade e, ainda, entre a sociedade e sua administração, pressupondo-se, claro, que a redação da cláusula compromissória abranja todas estas matérias (alcance objetivo do pacto arbitral). O caso concreto, evidentemente, pode fornecer elementos que levem a uma conclusão contrária, por exemplo, a necessidade de inclusão de litisconsorte necessário e/ou unitário não englobado pela cláusula compromissória presente nos atos constitutivos da sociedade.

-
- 1 Os autores agradecem à leitura parcial e comentários de Ana Carolina Weber e de Daniel Bushatsky, muito úteis para as reflexões que se seguem neste capítulo.
 - 2 Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1095/estat%C3%ADstica>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
 - 3 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, 611.
 - 4 PARGENDLER, Mariana; PRADO, Viviane Müller; BARBOSA JR., Alber Cláusulas arbitrais no mercado de capitais brasileiro: alguns dados empíricos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 40. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
 - 5 Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/index.php>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
 - 6 INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015

Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/index.php>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

- 7 Na pesquisa “Arbitragem em Números e Valores” de 2016, desenvolvida por Seln Ferreira Lemes, demonstrou-se que na Bovespa 60% dos casos se referiam a matéria societária. Um percentual significativo para aquele ano também foi verificado na CCBC (38%), CIESP/FIESP (21%), na CAMARB (19%) e Amcham (11%). Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/noticias/An%C3%A1lise%20da%20pesquisa%20arbitragem>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- 8 Arnaldo Wald bem explica que “trata-se, aliás, de mera explicitação, pois, mesmo antes da reforma legislativa de 2001, nada impedia que as partes incluíssem, nos seus estatutos, a cláusula compromissória” (WALD, Arnaldo. O direito societário e a arbitragem. In: FERRAZ, Rafaell; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord) *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 45-47). Em outro trabalho, o autor repete a ideia: “Após a promulgação da Lei 9.307/1996, a melhor doutrina e a jurisprudência dominante já reconheciam que não existia nenhuma restrição à utilização da arbitragem nos conflitos de direito societário, pois se tratava de lei geral cujas exceções se limitavam aos direitos indisponíveis” (WALD, Arnaldo. A reforma da Lei da Arbitragem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 962. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018). Também assim, Barbara Makant afirma que, “mesmo que não tivesse sido inserido na disciplina societária pela Lei 10.303/2001, acionistas e companhias ainda teriam, em face da Lei 9.307/96, a possibilidade de convencionar e promover a solução de conflitos por meio de arbitragem, desde que versem sobre direitos patrimoniais e disponíveis. Destarte, o novo dispositivo da lei societária é apenas indicativo de que o recurso à via arbitral está aberto aos acionistas e à sociedade para a resolução de suas divergências” (MAKANT, Barbara. Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 3. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018).
- 9 ALMEIDA, Ricardo Ramalho; LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias: análise sob a ótica da lógica econômica, política legislativa e alguns problemas práticos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 39. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev.

2018.

- 10 O art. 37 prevê o seguinte: “Art. 37. Risoluzione di contrasti sulla gestione di società. 1. Gli atti costitutivi delle società a responsabilità limitata e delle società di persone possono anche contenere clausole con le quali si deferiscono ad uno o più terzi i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società. 2. Gli atti costitutivi possono prevedere che la decisione sia reclamabile davanti ad un collegio, nei termini e con le modalità (dagli stessi stabilite). 3. Gli atti costitutivi possono altresì prevedere che il soggetto o il collegio chiamato a dirimere i contrasti di cui ai commi 1 e 2 può dare indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate con quelle espressamente deferitegli. 4. La decisione resa ai sensi del presente articolo è impugnabile a norma dell’articolo 1349, comma secondo, del codice civile”. Interpretando o art. 37 da Lei, Diego Corapi explica que “este tipo de procedimento, que é nomeado ‘arbitrato gestionale’, é diferente da arbitragem porque não tem o objetivo de resolver uma controvérsia com uma decisão de caráter jurídico, mas de encontrar a solução mais conveniente pela sociedade caso os administradores divergem” (CORAPI, Diego. Arbitragem no direito societário italiano. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 43. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018). No mesmo sentido, Barbara Makant afirma expressamente que não se trata de arbitragem, mas sim de arbitramento: “A primeira consideração que esta norma suscita é que, não obstante estar inserida no Título V do Decreto em exame, intitulado ‘Da arbitragem’, ela não contempla um verdadeiro e próprio procedimento arbitral, e sim um arbitramento” (MAKANT, Barbara. Comentário: à nova lei sobre arbitragem societária italiana. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 3. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018).
- 11 BONATO, Giovanni. Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 46. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018. Sugerindo que a justificativa também fosse a dispersão do mercado de ações e, por conseguinte, a multiplicidade de partes na arbitragem, confira-se a lição de Barbara Makant: “Talvez a intenção do legislador, ao expressamente excluir as sociedades de capital de risco do âmbito da arbitragem, tenha sido no sentido de

evitar que se formassem contendas demasiadamente complexas, com um excessivo número de partes, trazendo uma múltipla de dificuldades no plano procedimental” (MAKANT, Barbara. Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 3. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018).

- 12 Giovanni Bonato critica a opção da Lei: “Todavia, a nosso ver, nada deveria impedir a utilização da arbitragem societária em relação às sociedades abertas e nesse ponto filiamo-nos a acertada lição de destacados doutrinadores” (BONATO, Giovanni. Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 46. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018).
- 13 A respeito do último ponto, referente aos sócios futuros, cite-se a lição de Giovanni Bonato: “Da primeira das mencionadas disposições extrai-se que, além dos sócios originários, os novos sócios supervenientes (aqueles que vieram a adquirir as ações durante a vida da sociedade) estarão automaticamente vinculados pela cláusula compromissória, sem que seja necessária uma aprovação desta avença de maneira expressa e formal” (BONATO, Giovanni. Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 46. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018).
- 14 BONATO, Giovanni. Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 46. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- 15 MAKANT, Barbara. Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 3. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- 16 BONATO, Giovanni. Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 46. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

- 17 BONATO, Giovanni. Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 46. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- 18 MAKANT, Barbara. A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 2, n. 4, p. 89, jan.-mar. 2005.
- 19 GONZÁLEZ-BUENO, Carlos. Article 11bis. In: _____ (Org.) *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*. Madrid: Dykinson, 2016. p. 71.
- 20 GONZÁLEZ-BUENO, Carlos. Article 11bis. In: _____ (Org.) *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*. Madrid: Dykinson, 2016. p. 71.
- 21 GONZÁLEZ-BUENO, Carlos. Article 11bis. In: _____ (Org.) *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*. Madrid: Dykinson, 2016. p. 73.
- 22 PROL, Francisco G. A arbitragem societária em Espanha: ameaças à plena aceitação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 34. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- 23 GONZÁLEZ-BUENO, Carlos. Article 11bis. In: _____ (Org.) *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*. Madrid: Dykinson, 2016. p. 73.
- 24 GONZÁLEZ-BUENO, Carlos. Article 11bis. In: _____ (Org.) *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*. Madrid: Dykinson, 2016. p. 74.
- 25 PROL, Francisco G. A arbitragem societária em Espanha: ameaças à plena aceitação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 34. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018. Interpretando a legislação espanhola, Francisco Müssnich chega à mesma conclusão: “Por conseguinte, [...] a cláusula compromissória vai vincular todos os acionistas como em qualquer outra disposição, e os acionistas que votaram contra, se abstiveram de votar ou não compareceram à assembleia estarão vinculados à cláusula como qualquer outro acionista” (MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. A cláusula compromissória no direito societário. In: SALOMÃO, Luis Felipe ROCHA, Caio Cesar Vieira (Coord.) *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 147).
- 26 PROL, Francisco G. A arbitragem societária em Espanha: ameaças à plena aceitação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 34. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

- 27 GONZÁLEZ-BUENO, Carlos. Article 11bis. In: _____ (Org.) *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*. Madrid: Dykinson, 2016. p. 74.
- 28 MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. A cláusula compromissória no direito societário. In: SA-LOMÃO, Luis Felipe; ROCHA, Caio Cesar Vieira (Coord) *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 147.
- 29 GONZÁLEZ-BUENO, Carlos. Article 11bis. In: _____ (Org.) *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*. Madrid: Dykinson, 2016. p. 74.
- 30 GONZÁLEZ-BUENO, Carlos. Article 11bis. In: _____ (Org.) *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*. Madrid: Dykinson, 2016. p. 77.
- 31 GONZÁLEZ-BUENO, Carlos. Article 11bis. In: _____ (Org.) *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*. Madrid: Dykinson, 2016. p. 78.
- 32 A análise está contida na *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, elaborada pela parceria entre a School of International Arbitration (Queen Mary University of London) e o escritório White & Case LLP. Disponível em <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- 33 Disponível em: <<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1527166/000095012312000638/w834>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- 34 Disponível em: <www.scribd.com/doc/80406909/Senate-Letter-on-Carlyle-I-P-C-Provisions>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- 35 Disponível em: <<http://dealbook.nytimes.com/2012/02/03/carlyle-drops-arbitration-clause-from-i-p-o-plans>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- 36 Disponível em: <<http://today.law.harvard.edu/scott-in-wsj-the-alternative-to-shareholder-class-actions>>. Acesso em: 12 ago. 2016.
- 37 O *Committee on Capital Markets Regulation* é uma organização de pesquisa independente e apartidária dedicada a melhorar a regulamentação do mercado de capitais nos EUA. Disponível em: <<http://capmksreg.org>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- 38 Disponível em: <<http://capmksreg.org>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- 39 490 U.S. 477 (1989). Confirma, ainda, o precedente anterior tomado no caso *Shearson*

v. McMahon, 482 U.S. 220 (1987).

40 563 U.S. (2011).

41 570 U.S. (2013).

42 DRAHOZAL, Christopher. Judge-Arbitrators in Delaware. Disponível em
<http://kluwerarbitrationblog.com/2011/12/20/judge-arbitrators-in-delaware/?_ga=1.5813173.723658807.1442514472>. Acesso em: 17 fev. 2018.

43 Disponível em: <http://dealbook.nytimes.com/2012/08/31/the-life-and-death-of-delawares--arbitration-experiment/?_r=2>. Acesso em: 17 fev. 2018.

44 Disponível em:
<<http://www.cpradr.org/About/NewsandArticles/tabid/265/ID/822/Third-Circuit-Declares-Delawares-Private-Arbitration-Program-Unconstitutional.aspx>>.
Acesso em: 17 fev. 2018.

45 Disponível em:
<<http://www.cpradr.org/About/NewsandArticles/tabid/265/ID/853/UPDATE---Supreme-Court-Denies-Cert-in-Delaware-Chancery-Arbitration-Program-Case.aspx>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

46 KASTIEL, Kobi. Delaware Enacts New Rapid Arbitration Act. Disponível em
<<https://corpgov.law.harvard.edu/2015/04/14/delaware-enacts-new-rapid-arbitration-act>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

47 DUFFY, J.P.; PEHUSH, Tara L.; CHADHA, Priya. Delaware Rapid Arbitration Act – a new avenue for dispute resolution. Disponível em:
<http://www.klgates.com/files/Publication/28229216-c56a-4986-887a-37e345c632f5/Presentation/PublicationAttachment/7c7785a8-f9b2-4488-82ee-3c866b9911c6/Delaware_Rapid_Arbitration_Act.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

48 Nesse sentido, Celso A. Barbi Filho esclarece que, “no direito brasileiro anterior à Lei das S.A. de 1976, não havia previsão legal sobre os acordos de acionistas” (BARBI FILHO, Celso A. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 607). Idem: CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Arbitragem e acordo de acionistas. Palestra proferida por ocasião do evento Arbitragem e Direito Societário, organizado pelo Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil em 12.09.2012 na cidade de São Paulo/SP.

- 49 Especificamente em relação à possibilidade de execução específica do acordo de acionistas, Celso A. Barbi Filho afirma que “o legislador brasileiro, sensível à influência norte-americana, previu expressamente a possibilidade de execução específica dos acordos de acionistas” (BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 158).
- 50 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, 702.
- 51 BARBI FILHO, Celso A. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 605. Alfredo Lamy Filho leciona que “o acordo de acionistas é um contrato parassocial, hierarquicamente subordinado ao estatuto da empresa e à lei societária” (LAMY FILHO, Alfredo. Acordo de acionistas – Averbação de intransferibilidade das ações – Informações não divulgadas. *Temas de S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 299). Segundo Nelson Eizirik, trata-se de “um contrato celebrado entre acionistas de determinada companhia visando à composição de seus interesses individuais e ao estabelecimento de normas de atuação na sociedade, harmonizando seus interesses próprios ao interesse social” (EIZIRIK Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 702). Marcelo Bertoldi, por sua vez, explica que “trata-se, portanto, o acordo de acionistas de contrato firmado entre sócios de uma mesma companhia, tendo como objeto o exercício de direitos decorrentes da qualidade de sócios de seus signatários, devendo ser obrigatoriamente observado pela companhia e por terceiros se arquivado em sua sede e averbado no livro e certificado correspondente, desde que tratem do exercício do direito de voto ou disciplinem a negociação das ações pertencentes aos convenientes” (BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 31).
- 52 Fábio Ulhoa Coelho destaca esse aspecto ao lecionar que “o acordo de acionistas é, assim, o principal instrumento que o direito societário brasileiro reservou para a estabilização de posições acionárias” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 346). Da mesma forma, Tavares Borba destaca que “destina-se o acordo de acionistas a reger o comportamento dos contratantes em relação à sociedade de que participam, funcionando, basicamente, como instrumento de composição de grupos” (BORBA José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

p. 356).

- 53 COMPARATO, Fábio Konder. Acordo de acionistas e interpretação do art. 118 da Lei das S.A. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 682. No mesmo sentido, Celso A. Barbi Filho (BARBI FILHO, Celso A. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 609) e José Alexandre Tavares Guerreiro (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 711). Tavares Borba defende que são contratos comerciais: “O acordo de acionistas insere-se na categoria dos contratos comerciais, uma vez que é regulado pela lei das sociedades anônimas (art. 118 da Lei n.º 6.404/76)” (BORBA, José Edwaldo Tavares. Acordo de acionistas e princípio da boa-fé objetiva. *Temas de direito comercial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 256). Adotando posição diversa da deste último autor, Celso A. Barbi Filho inclui os acordos de acionistas na categoria dos contratos civis: “É contrato civil, posto que suas partes não são comerciantes no exercício da profissão de mercancia, mas apenas acionistas de uma mesma companhia regulando o exercício dos direitos decorrentes de suas ações” (BARBI FILHO, Celso A. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 609).
- 54 Também defendendo a regência do acordo de acionistas pela disciplina contratual, pode-se listar Nelson Eizirik (EIZIRIK, Nelson) *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 702), Gustavo Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. Ruptura da *affectio societatis* e seus efeitos sobre os direitos previstos em acordo de acionistas. *Soluções Práticas de Direito*, São Paulo: RT, v. III, p. 472, 2012) e José Edwaldo Tavares Borba (BORBA, José Edwaldo Tavares) *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 356). Tavares Borba destaca também que “os princípios gerais do direito comercial são, por conseguinte, aplicáveis ao acordo de acionistas” (BORBA, José Edwaldo Tavares. Acordo de acionistas e princípio da boa-fé objetiva. *Temas de direito comercial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 256).
- 55 Nesse sentido, Fábio Konder Comparato explica que, “ao caracterizar os acordos de

acionistas como ‘pactos parassociais’, a doutrina italiana teve em mira sublinhar o fato de que, embora eles se distingam nitidamente, pela forma e pelo escopo, dos atos constitutivos ou estatutos da companhia, são celebrados para produzir efeitos no âmbito social” (COMPARATO, Fábio Konder. Acordo de acionistas e interpretação do art. 118 da Lei das S.A. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 681-682).

- 56 SALOMÃO FILHO, Calixto *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 108, nota 4. O autor complementa a lição esclarecendo que “o acordo parassocial é negócio jurídico autônomo com a nítida função de estabelecer vínculos tão somente entre os seus participantes – limitando-se seus efeitos à esfera pessoal dos que a ele se submetem –, tendo sua legitimidade e razão de ser fundadas no contrato de sociedade” (SALOMÃO FILHO, Calixto *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 108, nota 4). Nelson Eizirik, por sua vez, anota que “o acordo de acionistas possui natureza acessória em relação ao estatuto social; embora celebrado entre os acionistas, sua eficácia depende da existência da pessoa jurídica, em cuja esfera ocorrerá sua execução” (EIZIRIK, Nelson *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 703).
- 57 Defendendo que se trata de contrato preliminar, pode-se citar a posição de José Alexandre Tavares Guerreiro (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 725) e a de Celso A. Barbi Filho (BARBI FILHO, Celso A. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 609). Contra, entendendo que o acordo de acionistas é contrato definitivo, confira-se o entendimento de Marcelo Bertoldi: “No caso de acordo de voto, é evidente que o exercício do direito de voto jamais poderá ser tido como um ‘contrato’ posterior ao acordo. Trata-se aqui de obrigação de declarar a vontade num determinado sentido previamente estipulado pelo acordo. Essa obrigação nasce perfeita, não dependendo da existência de contrato posterior. Quanto ao acordo de bloqueio, o que se tem é um pacto de preferência ou direito de opção, onde, da mesma forma, não se está diante de estipulação que preveja a obrigação de se criar um contrato definitivo, pois a obrigação de respeitar o direito de preferência é que se apresenta como definitiva, prescindindo

de qualquer outro instrumento contratual para gerar plenamente seus efeitos” (BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 54).

- 58 Celso A. Barbi Filho traz interessante lição a respeito das consequências de se caracterizar o acordo de acionistas como contrato plurilateral: “As consequências da plurilateralidade são de que: – a esses contratos não se aplica a exceção do contrato não cumprido, pois cada signatário contraiu seu compromisso frente a todos; – a impossibilidade de cumprimento da obrigação de uma das partes não produz a resolução do contrato; – a nulidade ou anulabilidade que afete uma das partes não compromete o contrato como um todo; – o contrato é em princípio ‘aberto’, ou seja, a entrada e saída de partes não afeta, em regra, sua existência” (BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal*. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 610).
- 59 COMPARATO, Fábio Konder. *Acordo de acionistas e interpretação do art. 118 da Lei das S.A.* In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 682.
- 60 Criticando o texto legal, Fran Martins explica que “faz-se a averbação das ações e não dos acordos, apesar de declarar a lei que ‘os acordos’ serão averbados”. Em seguida, o autor explica que “na realidade, a averbação das ações nos livros de registro decorre do acordo; mas essa averbação é das ações de que os acionistas que participam do acordo são titulares, já que, no dizer do § 4.º, ‘as ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão” (MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Atualização de Roberto Papini. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010 p. 423). Distinguindo a averbação conforme se trate de ações nominativas ou de ações escriturais, Tavares Borba explica que “a oponibilidade a terceiros depende, entretanto, de averbação nos livros de registro (nominativas) e nos controles da instituição financeira responsável (ações escriturais), ficando as ações assim averbadas excluídas das negociações de mercado (bolsa ou balcão)” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 359).
- 61 Reforçando, em relação a qualquer acordo de acionistas, independentemente do objeto, o dever de observância pela sociedade a partir do seu arquivamento, transcreva-se a posição de Calixto Salomão Filho: “A sociedade não é merc

oficial de registro de pactos de natureza não societária. Seus órgãos e administradores devem zelar pelo cumprimento do acordo, como o fazem pelo do estatuto, inclusive deixando de aceitar votos contrários a suas disposições. Desse modo, o pacto sobre preferência ou sobre compra e venda de ações é relevante para a sociedade (devendo ser nela registrado), pois a ela incumbe cumpri-lo. Do mesmo modo, o acordo de voto é relevante não só para a sociedade, mas também para os adquirentes, que poderão por ele obrigar-se. Assim, sua averbação no livro de transferência de ações é fundamental” (SALOMÃO FILHO, Calixto *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 116). Também assim, aparentemente em sentido mais amplo, Fran Martins considera que “cabe à sociedade, assim, ao arquivar o acordo, verificar o conteúdo do mesmo, observando, no que for aplicável, as normas contidas nos arts. 115, 116 e 117, relativas ao abuso do direito de voto e aos deveres e responsabilidades do acionista controlador” (MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Atualização de Roberto Papini. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010 p. 422). A respeito do assunto, vale ainda a lição de Paulo Cezar Aragão: “Atribui-se à companhia e a seus administradores a função, por assim dizer, de fiscais do acordo de acionistas e de seu cumprimento, tornando mais difícil a respectiva violação” (ARAGÃO, Paulo Cezar. *A disciplina do acordo de acionistas na reforma da lei das sociedades por ações (Lei n.º 10.303, de 2001)*. In: LOBO, Jorge (Coord.) *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n.º 10.303, de 31.10.2001*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 369).

- 62 Na sequência da ementa, consigna-se que “eventuais tratativas prévias entre os acionistas acerca da composição do Conselho de Administração da FÉRTIFOS porquanto informais (via *e-mail*) e não arquivadas na sede social da empresa, não podem ser opostas à sociedade” (STJ, 3.^a T., REsp n.º 1.102.424/SP, Min Massami Uyeda, j. 18.08.2009, DJ 08.10.2009). No voto do Relator, extrai-se uma passagem relacionando a formalidade do arquivamento do acordo com os interesses da sociedade: “Dar-se, assim, prevalência à existência de correspondência informal sobre assunto de relevância societária em detrimento do que dispõe a própria lei específica é, *data venia*, dar respaldo a que acordos informais de parte de acionistas possam até mesmo conflitar com os interesses maiores da sociedade. Esta é a razão pela qual o art. 118 da LSA, repise-se, é enfático ao exigir que os acordos envolvendo compra e venda de suas ações,

preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle, porque são de relevância societária, devem ser arquivados na sede da empresa” (STJ, 3.^a T., REsp n.º 1.102.424/SP, Min. Massami Uyeda, j. 18.08.2009, DJ 08.10.2009, trecho do voto do Relator).

- 63 Nesse sentido, confira-se a lição de Luiz Gastão Paes de Barros Leães: “C arquivamento do instrumento do acordo na sede social procura estender à própria sociedade os efeitos do pacto, naquilo em que este intervém no funcionamento regular dos seus órgãos, como o exercício do voto na assembleia da sociedade. Já a averbação das estipulações do acordo nos livros de registro e nos certificados acionários é apresentada como condição de sua oponibilidade a terceiros, vale dizer, não mais *interna corporis*, na atuação dos órgãos societários, mas perante pessoas estranhas à sociedade, eventualmente interessadas na aquisição das ações emitidas pela companhia e vinculadas a um acordo. Essas duas técnicas de publicidade não constituem, pois, condição de validade do pactuado, tampouco de eficácia *inter partes*, mas, sim, de sua eficácia reflexa junto à companhia e perante terceiros” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Efeitos sobre terceiro dos acordos de acionistas. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. v. I, p. 127).
- 64 COMPARATO, Fábio Konder. Acordo de acionistas e interpretação do art. 118 da Lei das S.A. In: WALD, Arnaldo (Org.) *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 685-686. O autor também considera que, em relação à companhia, o arquivamento pode ser substituído por sua notificação: “Daí por que ficou dito acima que o efeito da publicidade, vale dizer, de comunicação não receptível, próprio do arquivamento de acordo de acionistas na sede da sociedade anônima, opera em relação a acionistas, fiscais, conselheiros, individualmente considerados; não em relação aos órgãos societários, nos quais essas pessoas naturais se integram. Quanto a esses órgãos, a notificação do acordo, ou manifestação de ciência equivalente, produz diretamente os seus efeitos” (COMPARATO, Fábio Konder. Validade e eficácia de acordo de acionistas. Execução específica de suas estipulações. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 65). Em sentido contrário em relação ao arquivamento, manifesta-se Celso A. Barbi Filho: “Não pode ser considerado arquivamento do acordo de acionistas, para os efeitos da lei, a simples, ainda que efetiva, notificação do negócio à sociedade, sem que esta tenha a obrigação de funcionar como órgão de registro público do documento, dele fornecendo certidões e informações” (BARBI FILHO, Celso *Acordo de*

acionistas. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 145). No mesmo sentido, em relação ao arquivamento, confira-se a lição de Modesto Carvalhosa: “Arquivado o exemplar do acordo e efetuadas as averbações, será o pacto oponível à companhia e a terceiros, que não poderão alegar ignorância. O procedimento de remessa do exemplar do acordo à companhia não foi previsto na lei. Caberá aos convenientes promover esse depósito na sede social, sem outra formalidade que não a de recibo de entrega. Por medida de prudência, no entanto, poderão remeter o instrumento por via extrajudicial certificada (v.g., notificações por Cartórios de Títulos e Documentos)” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 576).

- 65 COMPARATO, Fábio Konder. Validade e eficácia de acordo de acionistas. Execução específica de suas estipulações. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 54.
- 66 Na sua obra clássica – *O poder de controle na sociedade anônima* –, Fábio Konder Comparato dá os seguintes exemplos de acordos unilaterais, bilaterais e plurilaterais: “No que concerne aos seus efeitos, os acordos sobre o exercício do direito de voto podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais, conforme façam surgir obrigações para uma só das partes, para ambas num contrato sinalagmático, ou para todas elas na convenção em que duas ou mais partes perseguem um objetivo comum. São exemplos do primeiro tipo as convenções de voto consequentes a uma venda de ações, em que o vendedor deseja manter, ainda, uma influência sobre a companhia por intermédio do comprador, que é portanto o único a se obrigar no acordo. Costumam também ser unilaterais as convenções ligadas a uma distribuição de ações entre os empregados da companhia, pelos quais o controlador assegura o voto favorável destes. Exemplo de convenção bilateral encontra-se no acordo pelo qual um grupo de convenientes se obriga a eleger os componentes do outro para cargos de direção da companhia e estes, por sua vez, se comprometem a aumentar o dividendo, ou a distribuir bonificações. Quanto às plurilaterais, o seu escopo comum é a manutenção do controle, a sua conquista pela maioria dispersa ou a defesa da minoria” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Atualização de Calixto Salomão Filho. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense 2005. p. 218-219).
- 67 Na verdade, no que diz respeito ao conteúdo, Fábio Konder Comparato classifica os pactos em (a) acordos sobre exercício do direito de voto, (b) acordos sobre

exercício do poder de controle, (c) acordos sobre a compra e venda de ações e (d) acordos sobre o direito de preferência para aquisição de ações. A doutrina comercialista mais recente, porém, procura reagrupar essas quatro subespécies de acordos de acionistas em apenas duas subespécies, uma delas relacionada a direitos políticos dos acionistas e a outra delas correspondente a direitos patrimoniais dos acionistas: (i) acordos de voto (comando ou defesa) e (ii) acordos de bloqueio (alienação, opção ou preferência). Trata-se de divisão a ser seguida neste texto, uma vez que reconhecida pela maioria da doutrina.

- 68 Relacionando o objeto do acordo de acionistas com direitos patrimoniais ou políticos, Paulo Cezar Aragão explica o seguinte: “É sabido, à luz do disposto no citado art. 118 da Lei n.º 6.404/76, que os acordos de acionistas podem ser divididos em dois grandes grupos, conforme versem sobre os direitos patrimoniais ou políticos atribuídos aos titulares de ações de sociedades anônimas” (ARAGÃO, Paulo Cezar. *A disciplina do acordo de acionistas na reforma da lei das sociedades por ações (Lei n.º 10.303, de 2001)*. In: LOBO Jorge (Coord.). *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n.º 10.303, de 31.10.2001*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense 2002. p. 368).
- 69 Sob outro prisma, Calixto Salomão Filho explica que “das três matérias mencionadas no artigo 118 duas referem-se clara e exclusivamente à relação entre sócios (preferência e compra e venda) e uma à relação entre sócio e sociedade (voto)” (SALOMÃO FILHO, Calixto *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 112).
- 70 Exemplificando, didaticamente, os acordos de acionistas típicos, cite-se a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho: “Os acionistas que detêm juntos o controle da companhia podem contratar, por exemplo, que todos votarão em determinadas pessoas para os cargos da diretoria; ou que se reunirão, previamente à assembleia, para definir, por maioria, o voto que todos irão manifestar no conclave. Podem, por outro lado, contratar que ninguém alienará suas ações a determinados investidores, para evitar fortalecimento de outras posições acionárias; ou que concederão uns aos outros direitos de preferência, em igualdade de condições, se decidirem alienar suas participações. Iguais contratos podem estabelecer acionistas minoritários, que unem esforços e repartem custos, na defesa de interesses comuns” (COELHO Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 346).

- 71 BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 98. Com diferenças a princípio terminológicas, também adotam essa classificação: Luiz Gastão Paes de Barros Leães (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Restrições à livre transmissibilidade das ações no acordo de acionistas. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. v. I, p. 233), Modesto Carvalhosa (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 561) e Marcelo Bertoldi (BERTOLDI, Marcel M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 71).
- 72 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, 705.
- 73 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Restrições à livre transmissibilidade das ações no acordo de acionistas. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. v. I, p. 233.
- 74 Afinal, conforme lembra sobre a sua finalidade Celso A. Barbi Filho, “o acordo de controle tem por finalidade assegurar a preponderância nas deliberações da assembleia geral” (BARBI FILHO, Celso *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 104).
- 75 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 561.
- 76 Nelson Eizirik, sob o ângulo prático, esclarece que normalmente os convenientes de acordos de voto realizam reuniões prévias à assembleia e que “o decidido na reunião prévia vincula todos os membros do acordo, inclusive os dissidentes, ausentes e abstinentes, devendo votar todos na assembleia geral no mesmo sentido. A deliberação adotada na reunião prévia é válida, uma vez que não significa alienação do direito de voto, que é vedada por lei, mas expressão da vontade de votar em bloco, em todas ou em determinadas matérias” (EIZIRIK Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 707).
- 77 Confira-se, a respeito dos acordos de voto de defesa, a lição de Celso A. Barbi Filho “A Lei n. 6.404/76, ao assegurar direitos aos minoritários, impõe percentuais acionários mínimos para o exercício de alguns desses direitos. Tal exigência objetiva evitar que acionistas com participações desprezíveis utilizem-se isoladamente desses instrumentos legais de defesa, com finalidades meramente emulatórias. Para o acionista minoritário que pretenda agir em defesa de seus direitos, o acordo de voto surge como alternativa para que sejam atingidos os percentuais de ações necessários ao exercício desses direitos.

Exemplificativamente, a exibição por inteiro dos livros da companhia só pode ser ordenada judicialmente a requerimento de acionistas que representem 5% (cinco por cento) do capital social, nos termos do art. 105, da lei societária. Da mesma forma, o sistema de voto múltiplo só pode ser adotado na eleição do conselho de administração a pedido de acionistas que representem 10% (dez por cento) ou mais do capital votante, nos termos do art. 141, da mesma lei” (BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 108).

- 78 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 561-562.
- 79 Nesse sentido, inclusive para fins de verificar a validade do pacto, transcreva-se a lição de Celso A. Barbi Filho: “O acordo de defesa deve funcionar como instrumento regulador e fiscalizador do controle da companhia. Contudo, se, ao invés disso, ele funcionar apenas como instrumento de uma oposição inoperante, sistemática e emulatória, sua validade poderá ser questionada com base no art. 115, da Lei das S.A., que impõe o exercício do voto no interesse da companhia” (BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 109). Em outro texto, o mesmo autor traz nova hipótese de eventual invalidade do acordo de voto defesa: “Questionável também é a validade dos acordos de defesa que não tenham objeto definido, destinando-se apenas a formar uma minoria coesa que possa barganhar benefícios com os controladores” (BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal*. In: WALD, Arnoldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 620).
- 80 Marcelo Bertoldi define o acordo de bloqueio da seguinte forma: “Por fim, os acordos de bloqueio são aqueles que têm por finalidade regular a negociabilidade das ações pertencentes a seus signatários” (BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 71).
- 81 BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 112. Celso A. Barbi Filho traz uma série de exemplos de acordos de bloqueio, cuja transcrição é esclarecedora: “Os acordos de bloqueio podem estabelecer basicamente: – preferência na venda de ações, obedecendo-se a um rito de oferta pactuado, sendo possível também o acordo sobre a cessão dos direitos de subscrição de ações; – opção de compra de ações outorgada a algum signatário; – prévio consentimento para alienação, condicionado a requisitos objetivos e

rigorosos para a recusa de eventual adquirente, que não pode ser baseado exclusivamente no *intuitu personae*; – promessa de compra ou de venda de ações, por preço preestabelecido, na ocorrência de determinadas hipóteses contratadas, como a perda do controle, a não participação nos órgãos de administração e outras” (BARBI FILHO, Celso A. Acordo de acionistas: panorama atual d instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 623).

- 82 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, 712.
- 83 BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p 112. Em outra sede, o autor explica que “o acordo de bloqueio não pode vedar a negociabilidade das ações, mas apenas regulá-la” (BARBI FILHO, Celso A. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 621). Em outra passagem, Nelson Eizirik apresenta os requisitos de validade dos acordos de bloqueio: “Há alguns requisitos essenciais para a validade de tais cláusulas: (i) livre consentimento das partes no estabelecimento das restrições; (ii) possibilidade de razoavelmente prever como se daria a sua execução; e (iii) o fato de nenhuma das partes ficar na inteira dependência da outra para poder alienar suas ações, o que caracterizaria a condição potestativa, vedada em nosso sistema jurídico” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin 2011. v. I, p. 712).
- 84 A respeito do acordo de bloqueio que estabelece cláusula de compra e venda de ações, confira-se, com a ressalva quanto à sua sempre caracterização como contrato preliminar, a didática explicação de Nelson Eizirik: “A primeira modalidade prevista é a da compra e venda de ações, que constitui um contrato preliminar, mediante o qual uma das partes obriga-se a vender suas ações à outra, que por sua vez obriga-se a comprá-las, por preço determinado ou determinável segundo as regras do acordo” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 712-713).
- 85 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Pacto de opção de compra (*call*) de ações er acordo de acionistas. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. v. II, p. 1.134-1.135.

- 86 Explicando essas duas noções, leia-se o ensinamento de Nelson Eizirik: “Outra espécie de acordo é a de opção de compra (*call*) ou venda (*put*) das ações, que se inicia mediante a manifestação de uma das partes de sua intenção de comprar ou vender, ficando a outra, implementada determinada condição ou transcorrido o prazo acordado, com a faculdade de completar a formação do contrato mediante sua manifestação de compra ou venda. Assim, o contrato se consuma mediante o exercício da opção e se executa mediante a realização das prestações: transferências das ações e pagamento do preço” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 713).
- 87 Nessa linha de raciocínio, cumpre transcrever o entendimento de Celso A. Barbi Filho: “Deverá estar consignado no acordo a disposição futura de comprar e vender, em caráter irrevogável e irretratável, a fim de que não remanesça necessidade de qualquer manifestação posterior quanto à conjunção de vontades. Assim, o direito de adquirir nasce com a própria celebração da avença, uma vez que já existe promessa irrevogável de contratar” (BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 167).
- 88 A respeito do acordo de bloqueio que estabelece direito de preferência, Celso A. Barbi Filho aduz que “nos contratos ou acordos de preferência, cuida-se de obrigação de contratar sujeita a evento futuro e incerto, cuja ocorrência torna exigível o direito de preferência para compra. Esse evento é a condição de que uma parte caracterize a intenção de alienar suas ações, criando para o outro o direito à compra” (BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 167).
- 89 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, 714. O comercialista ainda trata dos conhecidos *tal along* e *drag along*: “Também há acordos em que se prevê que, além do direito de preferência, os acionistas, caso não o exerçam, têm o direito de venda conjunta com o alienante (*tag along*). Assim, por exemplo, se o acionista A recebe uma proposta de compra de um terceiro, deverá oferecer aos demais integrantes do acordo – B, C e D – o direito de preferência para comprarem, nas mesmas condições, suas ações. B, C e D, se não quiserem exercer o direito de preferência, poderão vender em conjunto com A suas ações para o terceiro, usualmente estabelecendo a cláusula do rateio, caso a proposta não contemple todas as ações integrantes do acordo. Pode ainda o acordo prever que a parte vendedora tem o direito de obrigar os demais convenientes a vender as suas ações (*drag along*); a inserção da cláusula

deve ser objeto de cuidadosa análise, não sendo conveniente sua inclusão no acordo quando os acionistas integrantes fizerem investimentos de vulto na companhia, pois, nesse caso, poderão ser obrigados a alienar suas ações a preços não compensatórios” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 715).

- 90 BARBI FILHO, Celso A. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto n direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 617.
- 91 A doutrina comercialista debate ainda hoje a possibilidade de execução por título extrajudicial com base no acordo de acionistas. Negando a possibilidade de o acordo de acionistas servir de base à execução de título extrajudicial, especialmente em razão da iliquidez do título, pode-se citar Celso A. Barbi Filho (BARBI FILHO, Celso A. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto n direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 585) e Modesto Carvalhosa (CARVALHOSA, Modesto *Acordo de acionistas: homenagem a Celso A. Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p 364). Marcelo Bertoldi adota posição híbrida, afirmando que “por mais que o acordo de acionistas se configure um título executivo extrajudicial, nos termos preconizados pelo art. 585, II, do Código de Processo Civil, ao(s) signatário(s) prejudicado(s) pelo inadimplemento contratual não restará alternativa senão buscar o provimento substitutivo de declaração de vontade por meio do processo de conhecimento, com vistas à obtenção de sentença que tenha o condão de gerar os mesmos resultados que se teria se acaso a obrigação tivesse sido honrada pelo devedor, nos termos dos arts. 466-A e 466-B do Código de Processo Civil” (BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 166). Fábio Ulhoa Coelho, por sua vez, considera que, atendidos os pressupostos legais, o acordo de acionistas pode sim ser título executivo extrajudicial: “O acordo de acionistas pode, ou não, ser título executivo extrajudicial. Se, feito por documento particular, ostenta a assinatura dos acionistas e de duas testemunhas, ou o *referendum* dos advogados das partes, está preenchido o requisito formal (CPC, art. 585, II). Se, ademais, as cláusulas delimitadoras da extensão das obrigações dos acionistas encontram-se claramente redigidas, e não há condições resolutivas ou suspensivas, ou outro pacto que possa prejudicar o direito do exequente,

atendem-se também os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade (CPC, art. 586)” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 351). *Data maxima venia*, a discussão a respeito de poder ou não o acordo de acionistas subsidiar uma execução por título extrajudicial carece de utilidade à luz do fenômeno da antecipação de tutela, prevista nos atuais arts. 294 a 310 do Código de Processo Civil, cuja conjugação com o art. 118 da Lei n.º 6.404/1976 permite aos titulares do direito violado amplo espectro de efetividade e toda a proteção necessária para a conservação e a implementação daquilo que foi ajustado pelas partes no acordo de acionistas.

- 92 Adequadamente, nesse sentido, cumpre destacar a lição de Modesto Carvalhosa: “Ele [o termo execução] está empregado *lato sensu*, equivalente à efetivação ou imposição do cumprimento por ato judicial terminativo, ou seja, transitado em julgado, lavrado em processo ordinário de conhecimento” (CARVALHOSA Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso A. Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 330). Também assim, confira-se o ensinamento de Celso A. Barbi Filho: “Dessa forma, a ação para execução específica do acordo tem natureza cognitiva, pois visa à obtenção de uma sentença de mérito que interprete o negócio e dele extraia e ordene o cumprimento de uma obrigação” (BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 162). O autor repete a lição em outra sede: BARBI FILHO, Celso A. Efeitos da reform do Código de Processo Civil na execução específica do acordo de acionistas. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 580.
- 93 SALOMÃO FILHO, Calixto *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 117.
- 94 No caso envolvendo o controle da Usiminas (*Grupo Techint v. Grupo Nippon*), o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu, especificamente a este respeito, que “em que pese entender que o art. 118 da LSA prescreve que os acordos de acionistas vinculam os membros do Conselho de Administração, que devem respeitá-los, conluo, entretanto, que estes não podem se tornar escudo para interesses contrários á da companhia, inviabilizando a deliberação de assuntos acima de quaisquer interesses supostamente escusos, repita-se” (TJMG 10.^a CC, AI n.º 1.0024.14.246746-3/001 [0771003-49.2014.8.13.0000 (1)], Des Vicente de Oliveira Silva, j. 05.05.2015, DO 15.05.2015).
- 95 Considerando o voto declaração de vontade e não apenas declaração de verdade,

José Alexandre Tavares Guerreiro explica que “o voto do acionista em assembleia geral, perante o direito brasileiro, conceitua-se unitariamente como declaração de vontade, uma vez que sempre deve ser emitido por referência a um interesse concreto do agente” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 740).

- 96 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia das S.A.* São Paulo: Malheiros, 1999. p. 117. Também nesse sentido, confira-se a posição de José Alexandre Tavares Guerreiro: “Toda a construção doutrinária do acordo de acionistas, como convenção ou verdadeiro contrato, leva-nos, no caso em tela, a transferir o problema para o campo da ineficácia do negócio jurídico, ou, antes, para as consequências da declaração ineficaz. O voto discrepante não é, desenganadamente, inválido, posto que não o inquinam os vícios que induzem nulidade, tampouco as razões que determinam anulabilidade. Trata-se, ao contrário, de voto ineficaz. A ineficácia do voto discrepante contamina a deliberação da assembleia, como expressão da vontade coletiva, formada e integrada pelas declarações individuais dos acionistas” (GUERREIRO José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 745). Em seguida, o autor trata da hipótese de o presidente da assembleia ou o presidente da reunião do conselho de administração acabar por computar equivocadamente o voto contrário ao acordo de acionistas: “Na mesma ordem de ideias, o voto discrepante de acordo de acionistas devidamente arquivado na sede social, nos termos do art. 118, *caput*, da Lei 6.404, não pode ser computado pela mesa diretora do conclave assemblear, pelas razões que já anteriormente expusemos, e, se o for, estará efetivamente atingida, por via de consequência, a eficácia da deliberação da assembleia. Os efeitos dessa deliberação devem ser coartados, porque produzidos com base em manifestação ineficaz. Recorrer-se-á, segundo pensamos, ao poder cautelar geral do juiz, que o CPC agasalha em seu art. 798, para evitar o arquivamento no Registro de Comércio, bem como a publicação da ata de assembleia geral de acionistas contendo deliberação ineficaz. Impõe-se a declaração de ineficácia da deliberação assemblear para a qual concorreu manifestação ineficaz de voto do acionista conveniente” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas*

essenciais: direito empresarial. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 745-746).

- 97 ARAGÃO, Paulo Cezar. A disciplina do acordo de acionistas na reforma da lei das sociedades por ações (Lei n.º 10.303, de 2001). In: LOBO, Jorge (Coord.) *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n.º 10.303, de 31.10.2001*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 373. Em seguida, o autor fornece o seguinte exemplo: “Usando os mesmos exemplos acima figurados, o presidente da assembleia geral pode deixar de computar o voto do acionista A na eleição do conselheiro, se ao mesmo presidente parece claro pelos termos contratados que o acionista A deveria votar em B (ou no candidato indicado por B) e não em C ou mesmo nele próprio, A. No entanto, se ficou acordado que A e B deveriam votar a favor da redução do dividendo obrigatório da companhia e B se abstém (ou, mais grave ainda, vota a favor do aumento desse dividendo), o presidente da assembleia geral não poderá suprir a vontade do acionista B” (ARAGÃO, Paulo Cezar. A disciplina do acordo de acionistas na reforma da lei das sociedades por ações (Lei n.º 10.303, de 2001). In: LOBO Jorge (Coord.) *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n.º 10.303, de 31.10.2001*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense 2002. p. 373). Também nesse sentido, leia-se a lição de Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 349), Nelson Eizirik (EIZIRIK, Nelson *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 724), José Edwaldo Tavares Borba (BOR-BA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 360), Marcelo Bertoldi (BERTOLDI, Marcelo *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 117) e André de Albuquerque Cavalcanti Abbud (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 141).
- 98 No caso de divergência sobre a interpretação do acordo de acionistas, surgida durante a assembleia, no momento em que o acionista conveniente está votando aparentemente em sentido contrário ao acordo, Marcelo Bertoldi entende que o presidente da assembleia ou o presidente da reunião do conselho de administração não tem poderes de interpretar o acordo, razão pela qual deve computar o voto: “Se acaso houver dúvida quanto ao real sentido do acordo, ou seja, se houver desentendimento entre os signatários quanto à interpretação dos termos do acordo, a ponto de haver fundadas dúvidas acerca do seu real inadimplemento, não caberá ao presidente do órgão colegiado dirimir tal conflito. Nessa situação, passível de

ocorrer especialmente em se tratando de acordos mal redigidos ou complexos, o dirigente sequer poderá deixar de computar os votos (atividade negativa), na medida em que o imputado inadimplemento não pode ser verificado de plano, sem que se faça necessária a interpretação de seus termos, operação esta privativa do Poder Judiciário” (BERTOLDI, Marcelo M *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 117). Em sentido semelhante, José Edwaldo Tavares Borba: “Anotese, outrossim, que o presidente da assembleia, ao recusar o voto contra o acordo, o faz como membro de um órgão da sociedade, e nos limites de sua atuação institucional. O voto a ser recusado é aquele que, de forma clara e frontal, viola o acordo arquivado na sociedade. Se a matéria for controvertida, ou se envolver problemas interpretativos, o presidente da assembleia nada poderá fazer, sob pena de arrogar-se poderes que são próprios do Poder Judiciário – o julgamento de conflito de interesses” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 361). A princípio, Celso A. Barbi Filho também reconhece a ausência de poderes do presidente da assembleia ou do presidente da reunião do conselho de administração para interpretar o acordo: “Com efeito, havendo durante a assembleia divergência de interpretação sobre o sentido do voto pactuado na convenção, surge uma impossibilidade de aplicação do ajuste naquela votação. Isso porque o presidente da mesa não tem jurisdição, sendo, portanto, incompetente para dirimir o conflito sobre interpretação do contrato” (BARBI FILHO, Celso A *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 102-103). Em outro trabalho, porém, o autor propõe que nesse caso de divergência sobre a interpretação do acordo se suspenda a assembleia ou se coloque a questão para decisão da própria assembleia: “Conforme já disse, embora isso seja uma vontade teórica, na prática pode não funcionar porque, havendo conflito entre os acionistas signatários durante a assembleia, a sociedade não poderá interpretar o pacto, deixando de computar votos que se entendam ‘contrários’ ao pactuado. Diante de eventual impasse, o presidente da mesa deve suspender a deliberação ou, no máximo, devolver o problema à assembleia, para que esta decida” (BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal*. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 624-625).

99 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 349. No mesmo sentido, confira-se o entendimento de André de Albuquerque Cavalcanti Abbud: “A fim de obter a declaração de vontade

pactuada, caberá ao acionista prejudicado buscar a tutela jurisdicional específica produtora dos mesmos efeitos do voto devido” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 141). Em sentido contrário, Nelson Eizirik propugna a aplicação conjunta dos §§ 8.º e 9.º do art. 118, razão pela qual votando em sentido contrário ao acordo, o presidente da assembleia ou o presidente da reunião do conselho de administração deve desconsiderá-lo (§ 8.º) e permitir aos demais acionistas convenientes, imediatamente, a oportunidade de votar com as ações daquele acionista (§ 9.º), desta vez em harmonia com o convencionado no pacto parassocial: “Interpretando-se sistematicamente os 2 (dois) parágrafos e tendo em vista a sua finalidade comum, pode-se concluir que: na hipótese em que alguém pretende descumprir o acordo de acionistas comparecendo à assembleia e votando contra o decidido na reunião prévia, deve tal voto ser desconsiderado pelo presidente do conclave, com fundamento no § 8.º, tal como se o acionista tivesse se absterido de votar; conseqüentemente, os acionistas prejudicados estarão legitimados, com base no § 9.º, a votar em nome do acionista inadimplente. Ou seja, o voto contrário ao deliberado na reunião prévia e não computado equiparase à abstenção de voto, permitindo-se que o acionista prejudicado possa conferir eficácia ao acordo de voto em bloco, determinando o sentido do voto proferido pelas ações do acionista que descumpriu o avençado” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 727).

- 100 Marcelo Bertoldi afirma que, na aplicação do parágrafo 9.º do art. 118 da Lei das Sociedades por Ações, o presidente da assembleia ou o presidente da reunião do conselho de administração não pode “agir de ofício”, mas deve ser provocado pelos demais acionistas convenientes: “Vê-se, então, que o dirigente do órgão colegiado não age de esponte própria, mas deverá ser provocado pelo signatário prejudicado com a ausência ou abstenção. Somente após essa provocação é que o dirigente, conforme estabelece o sobredito § 9.º, deverá acolher o voto proferido pela parte prejudicada em substituição ao inadimplente por inércia” (BERTOLDI Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 119).
- 101 Marcelo Bertoldi suscita dúvida sobre a constitucionalidade do dispositivo: “Essa solução encontrada pelo legislador reformista, de duvidosa constitucionalidade, como se verá adiante, faz com que a atitude do acionista, signatário de acordo de voto, que venha a faltar à assembleia, ou mesmo do membro do conselho de administração vinculado ao acordo de acionistas que da mesma forma se queda

ausente ou silente em reunião, seja considerada pelo dirigente do órgão colegiado como inadimplemento do acordo, desde que haja manifestação nesse sentido pela parte que se sinta prejudicada com tal atitude” (BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 119). Depois, o autor afirma que a disposição desafia frontalmente o papel passivo da sociedade no que diz respeito à observância do acordo de acionistas: “Essa disposição legal desafia frontalmente tudo o que se disse a respeito dos limites de atuação da companhia e seus órgãos diante do inadimplemento do acordo de acionistas. Conforme os termos do novo § 8.º [ao que parece, na verdade, o autor quis se referir ao § 9.º] do art. 118 da Lei 6.404/1976, a companhia deixa de adotar uma postura puramente passiva – negativa, não computando o voto proferido contrariamente ao acordo, mas, na hipótese, de silêncio ou ausência do signatário de acordo de voto, cabe ao presidente obedecer a eventual ordem do conveniente que se sinta prejudicado e acatar o voto nos termos constantes do acordo, mesmo sem a manifestação expressa do titular do direito de voto” (BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 119). José Edwaldo Tavares Borba, por sua vez, chega a dizer que a disposição é aberrante: “O § 9.º do art. 118, também acrescentado pela Lei n.º 10.303/2001, consagra, porém, uma aberração, ao permitir que uma das partes do acordo de acionistas possa votar pela outra, que não compareceu ou se absteve de votar. Essa norma conflita com vários outros preceitos e princípios da própria lei das sociedades anônimas, primeiro porque dissocia o voto da ação, e depois porque afeta a questão da responsabilidade pelo voto, que é pessoal e intransferível” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 361). Em seguida, o autor propõe a não incidência da norma legal: “A norma, por se achar em desconformidade com os princípios aplicáveis, especialmente com os preceitos que definem o voto como uma emanção da ação (art. 110), e o acionista como o agente responsável pelo seu exercício (art. 115), não tem como incidir” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 361). E repete a ideia logo em seguida: “Deve-se, pois, entender que, a despeito do § 9.º, a ausência ou abstenção de voto por parte de acionista integrante de acordo de acionista somente podem ser supridas mediante execução específica, a ser obtida judicialmente” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 362). Menos radical, André de Albuquerque Cavalcanti Abbud afirma que o dispositivo poderá ensejar abuso por parte dos demais convenientes do acordo de acionistas:

“Permitindo ao acionista que se sentir prejudicado lançar mão do voto da parte omissa, exercendo-o no lugar do titular do direito, abre-se a possibilidade do abuso das prerrogativas inscritas no acordo de acionistas, por meio da interpretação arbitrária de seus termos pela parte interessada” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 146). Já Sergio José Dulac Müller e Thoma Müller consideram, elogiosamente, que “nesse caso, a legislação brasileira, normalmente atrasada, é mais moderna, até mesmo, que a legislação norteamericana” (MÜLLER, Sergio José Dulac; MÜLLER, Thomas. Cumprimento execução do acordo de acionistas. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; COUTO, Mônica Bonetti; PEREIRA E SILVA, Ruth Maria Junqueira de A.; PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de A. *Direito processual empresarial: estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 p. 916).

102 Tratando exatamente dessa inversão de papéis, sob o prisma da constitucionalidade da norma, transcreva-se a posição de Nelson Eizirik: “O § 9.º, ao criar esta nova modalidade de autoexecução dos acordos de acionistas, não infringiu o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional (artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal), promovendo apenas uma inversão de papéis; a parte prejudicada pelo descumprimento do acordo de voto em bloco, que anteriormente figuraria como autora na demanda para obter a execução específica do acordo, passa a figurar na condição de ré na eventual ação proposta pela parte inadimplente que se considera prejudicada pela utilização da prerrogativa contida na norma” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 726).

103 Modesto Carvalhosa afirma que se trata de autotutela: “Daí prestar-se o disposto nos §§ 8.º e 9.º do art. 118 não apenas para instituir a autotutela, mas, sobretudo, para legalmente vincular os votos dos administradores ao deliberado pela comunhão de controle nas referidas matérias relevantes e extraordinárias previstas no acordo” (CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso A. Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 332). Também assim, leia-se a argumentação de André de Albuquerque Cavalcanti Abbud: “Como se depreende, a nova lei do anonimato concedeu legitimidade substitutiva aos acionistas prejudicados e a seus representantes nos órgãos administrativos, para que manifestem a vontade convencionada no lugar dos titulares omissos do

direito de voto. Instaurou-se no ordenamento jurídico, assim, nova hipótese de exercício de autotutela” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 142-143). Marcelo Bertoldi nega que se trata de autotutela: “Não se pode concordar com esse entendimento. Como já se teve a oportunidade de sustentar, todas as numerosas hipóteses de autotutela admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro trazem como característica comum a ausência de substituição da vontade da parte tida como inadimplente. [...]. Em nosso entender, portanto, a hipótese estabelecida no § 9.º supramencionada não se enquadra entre aquelas situações de autotutela admitidas pelo ordenamento jurídico, pois, a chamada parte prejudicada caberá não a repulsa a uma agressão, mas, isto sim, substituir a vontade do acionista ausente ou omissa sob a alegação de sua convicção pessoal de que o acordo está sendo descumprido” (BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 122-123).

- 104 Paulo Cezar Aragão parece defender a existência de um mandato legal na hipótese: “Para obviar tal dificuldade, admite o novo § 9.º do art. 118 um caminho alternativo de execução direta, por assim dizer, das obrigações assumidas, mediante o exercício pela parte prejudicada – à qual se conferiu um mandato legal por assim dizer – do direito de voto próprio às ações de acionista ausente ou omissa para proferir voto contra ou a favor de deliberações determinadas, hipótese em que a abstenção não resultará em perda da efetividade do acordo” (ARAGÃO, Paulo Cezar. *A disciplina do acordo de acionistas na reforma da lei das sociedades por ações (Lei n.º 10.303, de 2001)*. In: LOBO, Jorge (Coord.) *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n.º 10.303, de 31.10.2001*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 374) Nelson Eizirik, nesta passagem, inclusive com referência ao direito norte-americano, parece defender que se trata de mandato legal: “No direito norte-americano entende-se que o *pooling agreement* institui um mandato recíproco e irrevogável para as partes, de sorte que os convenientes que logrem, em reunião prévia, alcançar o direcionamento do voto em bloco de controle ficam investidos de poderes para votar com todas as ações, ainda que nela tenha havido votos discordantes. A Lei n.º 10.303/2001, ao alterar o disposto neste artigo, acrescentando-lhe novos parágrafos, também reconheceu, no acordo de voto em bloco, a existência de um mandato legal, conferido independentemente de expressa estipulação no acordo, que permite ao acionista prejudicado votar com as ações do ausente ou abstinente. Tratando-se de um mandato recíproco,

conferido como meio para que os signatários possam implementar o acordo de acionistas, a ele se aplica a cláusula de irrevogabilidade, permanecendo em vigor enquanto durar o acordo” (EIZIRIK, Nelson *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 723). Não obstante, algumas páginas depois, afirma o autor que “a regra prevista no § 9.º introduziu em nosso direito societário uma hipótese excepcional de autotutela” (EIZIRIK, Nelson *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 725). Em posição contrária Marcelo Bertoldi nega que se trata de mandato legal: “No direito brasileiro não existe modalidade contratual imposta por lei, ou seja, ninguém está obrigado a contratar com outrem por imposição legal, muito menos existe a obrigação de outorgar procuração – instrumento do mandato – a outrem por determinação legal. Se for assim, a figura do dito mandato legal não existe no ordenamento jurídico, razão pela qual, não vemos como prosperar a teoria segundo a qual o § 9.º do art. 118 da Lei 6.404/1976 confere mandato legal ao acionista que se sinta prejudicado pela ausência ou silêncio do convenente de acordo de voto” (BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 124).

- 105 CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso A. Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 329. Defendendo a natureza constitutiva dessa sentença, cite-se a posição de Celso A. Barbi Filho (BARBI FILHO, Celso *A Efeitos da reforma do Código de Processo Civil na execução específica do acordo de acionistas*. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 582 e 600) e de André de Albuquerque Cavalcanti Abbud (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti *Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006 p. 96). Marcelo Bertoldi entende que se trata de sentença “produzida em processo de conhecimento e de eficácia preponderantemente constitutiva” (BERTOLDI Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 183).
- 106 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 717.
- 107 BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 165. Também nessa linha, confira-se a lição de Marcelo Bertoldi: “Quanto aos acordos de voto, não há dúvida de que se trata de obrigação que assumem os seus signatários em emitir, em órgão colegiado da companhia, determinada declaração de vontade mediante o direcionamento do voto no sentido predeterminado.

Aplicável, portanto, a regra genérica do art. 466-A do Código de Processo Civil [...]” (BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 148).

- 108 Até porque, como bem lembra José Carlos Barbosa Moreira em texto clássico, “do ponto de vista material, nada é capaz de substituir a declaração de vontade que o devedor se recusa a emitir” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Aspectos da “execução” em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade. In: _____. *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 227).
- 109 Menciona-se, novamente, o caso envolvendo o controle da Usiminas (*Grupo Techint v. Grupo Nippon*), em que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu, especificamente a este respeito, que, “em que pese entender que o art. 118 da LSA prescreve que os acordos de acionistas vinculam os membros do Conselho de Administração, que devem respeitá-los, concluo, entretanto, que estes não podem se tornar escudo para interesses contrários à da companhia, inviabilizando a deliberação de assuntos acima de quaisquer interesses supostamente escusos, repita-se” (TJMG, 10.^a CC, AI n.º 1.0024.14.246746-3/001 [0771003-49.2014.8.13.0000 (1)], Des. Vicente de Oliveira Silva, j. 05.05.2015, DO 15.05.2015).
- 110 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Aspectos da “execução” em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade. In: _____. *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 230, nota 10. Em outro trabalho, o jurista repete a lição: “Em determinadas circunstâncias, assegura-lhe a lei aquele resultado, através de expediente que torna prescindível a colaboração do devedor: atribui à própria sentença, pela qual haja sido ele condenado a emitir a declaração de vontade, os mesmos efeitos que normalmente só esta poderia surtir” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 226). Também assim, vale a transcrição da lição de Araken de Assis: “No direito brasileiro, porém, a própria sentença produzirá o efeito do contrato definitivo, prescindindo-se, por isso mesmo, da ulterior aceitação do pronunciamento pelo contratante omissivo ou sua ulterior declaração de vontade em igual sentido” (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 14. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 650).
- 111 BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 172. Também dentre os comercialistas, leia-se o entendimento de Marcelo Bertoldi: “Na hipótese de acordo de voto, a ordem advinda do Poder Judiciário

será no sentido de ser o voto computado tal qual a obrigação assumida pelo signatário, sem que haja espaço para outra providência senão a alteração do resultado da deliberação assemblear” (BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 168).

- 112 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 725.
- 113 BARBI FILHO, Celso A. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 609. Especificamente em relação aos acordos de bloqueio para compra e venda de ações, bem como para exercício de direito de preferência, José Alexandre Tavares Guerreiro defende que ambos são contratos preliminares: “No tocante à compra e venda de ações, bem como à preferência para adquiri-las, o acordo se reveste, ou pode se revestir, da natureza peculiar de contrato preliminar de venda, por meio do qual as partes se obrigam a concluir, sob determinadas condições, contrato definitivo, tendo por objeto a alienação de ações” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 717). E no que diz respeito especificamente aos acordos de bloqueio de opção, Celso A. Barbi Filho argumenta, novamente, que se trata de contrato preliminar. O autor aduz que “os contratos ou acordos de opção são promessas incondicionais de futura compra e venda de ações”, o que significa, em outras palavras, que “essa figura encontra semelhança nas conhecidas promessas de compra e venda” (BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 166).
- 114 BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 149.
- 115 BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 149.
- 116 Não obstante mencione apenas a incidência dos arts. 466-A, 466-B e 466-C do CPC/1973 [correspondentes ao art. 501 do Novo Código de Processo Civil], o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que na execução específica do acordo de acionistas podem surgir obrigações puramente de fazer e obrigações de dar coisa certa: “Entretanto, nos termos do § 3.º, do art. 118, da Lei n.º 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), o acordo de acionistas enseja

obrigação [leia-se: execução] específica das obrigações nele assumidas. Portanto, a ação em que se busca o cumprimento do acordo de acionistas é regulada pelos atuais arts. 466-A a 466-C, do CPC (antigos arts. 639 a 641, na redação do CPC anterior à Lei n.º 11.232/2005), eis que, via de regra, a pretensão é o cumprimento de obrigação de fazer (prestar declaração de vontade, como, e.g ou contratar, como na compra e venda de ações) ou o cumprimento de obrigação de dar coisa certa (como e.g., entregar ações)” (STJ, 3.ª T., REsp n.º 784.267/RJ, Min. Nanc Andrighi, j. 21.08.2007, trecho do voto da Relatora).

- 117 MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem em acordos de acionistas. *Informativo Migalhas*, 14.09.2006. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI30002,41046-Arbitragem+em+acordos+de+acionistas>>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- 118 Neste sentido, confira-se: CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso A. Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 330; BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 162; e BARBI FILHO, Celso A. Efeitos da reforma do Código de Processo Civil na execução específica do acordo de acionistas. In: WALD, Arnaldo (Org.) *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. III, p. 580.
- 119 Neste sentido, confira-se: ARAGÃO, Paulo Cezar. A disciplina do acordo de acionistas na reforma da lei das sociedades por ações (Lei n.º 10.303, de 2001). In: LOBO, Jorge (Coord.) *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n.º 10.303, de 31.10.2001*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 373; COELHO, Fábio Ulhoa *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 349; EIZIRIK, Nelson *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 724; BORBA, José Edwald Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 360; BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 117; e ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 141.
- 120 Neste sentido, confira-se: BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: RT, 2006. p. 117; BORBA, José Edwald Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 361; e BARBI FILHO, Celso A. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 102-103.
- 121 Neste sentido, confira-se: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16

- ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 349; e ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 141.
- 122 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 705.
- 123 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 705.
- 124 CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso A. Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.
- 125 CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso A. Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.
- 126 A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (I). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, n. 12, jan.-mar. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- 127 GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 73.
- 128 GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 74.
- 129 GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 74.
- 130 GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 74.
- 131 CRAVEIRO, Mariana Conti. Cláusula arbitral e pacto parassocial: alguma contribuições do direito societário para a arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague: Kluwer, ano 11, v. 42, p. 67, 2014. Disponível em: <www.kluwerarbitration.com>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- 132 CRAVEIRO, Mariana Conti. Cláusula arbitral e pacto parassocial: alguma contribuições do direito societário para a arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague: Kluwer, ano 11, v. 42, p. 67, 2014. Disponível em: <www.kluwerarbitration.com>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- 133 CRAVEIRO, Mariana Conti. Cláusula arbitral e pacto parassocial: alguma

- contribuições do direito societário para a arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague: Kluwer, ano 11, v. 42, p. 67, 2014. Disponível em: <www.kluwerarbitration.com>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- 134 MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem em acordos de acionistas. *Informativo Migalhas*, 14.09.2006. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI30002,41046-Arbitragem+em+acordos+de+acionistas>>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- 135 LEPORACE, Guilherme; CHOR, Paulo. Os efeitos da cláusula compromissória em acordo de acionistas de companhia fechada. *Informativo Migalhas*, 22.04.2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI219165,41046-Os+efeitos+da+clausula+compromissoria+em+acordo+de+acionistas+de>>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- 136 TJRJ, 15.^a CC, AC n.º 0156576-96.2012.8.19.0001, Des. Jacqueline Lim Montenegro, j. 12.08.2014.
- 137 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 233.
- 138 WALD, Arnoldo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV, p. 497.
- 139 A companhia fechada também pode ser constituída por escritura pública, na forma do art. 88 da Lei das Sociedades por Ações, mas aí não há necessidade sequer de convocação de assembleia, devendo todos os subscritores assinarem o ato de constituição da sociedade no cartório de notas, o que reduz drasticamente a discussão a respeito da vinculação ou não dos subscritores à cláusula compromissória estatutária, pois tratar-se-á de manifestação formal, expressa e unânime de concordância em relação ao pacto arbitral de todos os subscritores.
- 140 Neste sentido: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc *Direito comercial: sociedade por ações*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. v. 3, p. 199; e NEGRÃO Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 434.
- 141 MAKANT, Barbara. A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 2, n. 4, p. 87, jan.-mar. 2005.
- 142 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: sociedade por ações*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. v. 3, p. 195.

- 143 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 435.
- 144 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 517.
- 145 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 616.
- 146 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: sociedade por ações*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. v. 3, p. 302.
- 147 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 111. Idem: CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague: Kluwer, ano 7, v. 28, p. 35, 2010. Disponível em: <www.kluwerarbitration.com>. Acesso em: 19 fev. 2018; e GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 61-62.
- 148 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: sociedade por ações*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. v. 3, p. 347.
- 149 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 496.
- 150 A respeito da expressão “maioria absoluta”, cumpre esclarecer que pode haver uma certa confusão quando se trata do quórum de deliberação nas sociedades anônimas e nas sociedades limitadas. No que diz respeito às sociedades anônimas, Nelson Eizirik, interpretando o art. 129 da Lei das S.A., explica que “o quórum de maioria absoluta é também denominado quórum eventual, uma vez que é fixado no momento da deliberação, pois depende da presença dos acionistas à assembleia geral”, razão pela qual “o quórum da maioria absoluta verifica-se mediante o capital que pode votar representado pelos acionistas presentes à assembleia geral” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin 2011. v. II, p. 108). Em seguida, o autor afirma, no que tange ao art. 136 da lei acionária, que “a Lei das S.A., além do quórum da maioria absoluta, fixa, em alguns casos, um quórum qualificado – que é o da metade das ações com direito de voto” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin 2011. v. II, p. 109). O autor compara, logo depois, o quórum de maioria absoluta

com o quórum de maioria qualificada no contexto da Lei das Sociedades por Ações: “Enquanto o quórum da maioria absoluta verifica-se de acordo com o capital votante representado pelos acionistas presentes à assembleia geral, o quórum qualificado extrai-se do capital social total com direito a voto, ou seja, metade das ações com direito a voto que integram o capital social” (EIZIRIK Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II, p. 110). No mesmo sentido, Ricardo Negrão classifica da seguinte forma o quórum de deliberação na Lei n.º 6.404/1976: “a) o ordinário, previsto no art. 129: maioria absoluta de votos dos presentes, não se computando os votos em branco; b) o qualificado, encontrado no art. 136, que exige a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto” (NEGRÃO Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 494). Também assim, Fábio Ulhoa Coelho explica, no ambiente das sociedades anônimas e tendo como referência o art. 129 da lei acionária, que “a base para o cômputo desse quórum geral de deliberação é sempre a quantidade de votos manifestados pelos acionistas presentes à assembleia, independentemente do quanto representam em relação ao capital social ou votante”, razão pela qual “é atingido, assim, o quórum geral de deliberação pela manifestação favorável de mais da metade dos votos dados em preto pelos acionistas presentes à assembleia” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 234). Como se observa, os autores que comentam a Lei das Sociedades por Ações afirmam que, neste contexto, a expressão “maioria absoluta” tem como base o capital social votante presente na assembleia. Não se trata do capital social, mas sim do capital social votante. Não se trata, também, do total do capital social votante, mas sim daquele presente à assembleia. Já no que diz respeito à sociedade limitada, Ricardo Negrão explica que “os sócios deliberarão pelo voto de: a) no mínimo três quartos do capital social, para a modificação do contrato social, incorporação, fusão, dissolução ou cessação do estado de liquidação da sociedade; b) mais de metade do capital social, nos casos de designação, destituição e remuneração dos administradores, bem como na hipótese de autorização para requerimento de recuperação judicial ou extrajudicial; c) maioria simples dos presentes nos demais casos, salvo se outra coisa estipular a lei ou o contrato social” (NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 411). Comungando desta posição, Fábio Ulhoa Coelho aduz que “com o Código Civil, a matéria ganhou em complexidade”, razão pela qual “a lei passou a exigir quórum

de deliberação diferente para vários assuntos de interesse da sociedade: a) unanimidade; b) 3/4; c) 2/3; d) mais da metade do capital social (maioria absoluta); e) mais da metade dos sócios presentes à assembleia ou reunião (maioria simples)” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 463). Como se observa, os autores, agora, utilizam a expressão “maioria absoluta” tendo como base o total do capital social. Nas sociedades limitadas não faz sentido diferenciar total do capital social e capital social votante, pois todo o capital social na sociedade limitada é votante. No entanto, em relação à presença na assembleia, percebe-se que a expressão “maioria absoluta” é utilizada de forma diversa nas sociedades anônimas e nas sociedades limitadas. Enquanto nas primeiras, a “maioria absoluta” toma como base o capital social (votante) presente na assembleia; nas últimas, a expressão “maioria absoluta” toma como base o total do capital social (votante).

- 151 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 496.
- 152 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 233-234.
- 153 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II p. 108.
- 154 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II p. 110.
- 155 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: sociedade por ações*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. v. 3, p. 348.
- 156 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II p. 108.
- 157 A este respeito, Carlos Augusto da Silveira Lobo explica que “o quórum de deliberação nas assembleias é a maioria absoluta de votos, exceto nos casos previstos exhaustivamente pelo art. 136 da Lei 6.404/1976, em que se exige a aprovação de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e outros raros casos pontualmente previstos no texto legal (art. 221, Lei 6.404/1976)”, sendo certo que “a elevação dos quóruns legais só é permitida aos estatutos de companhias fechadas” (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, n. 22, p. 14, jul.-set. 2009).

- 158 Consoante ensina Barbara Makant, “por esta razão que o direito societário faz uso do princípio majoritário, no sentido de que as decisões daqueles que detêm a maioria das ações ou quotas representativas do capital social, devem prevalecer em favor do interesse social da sociedade. E é na decisão majoritária que se funda a possibilidade de os sócios invocarem a arbitragem. Uma vez aprovada pela maioria absoluta dos acionistas, torna-se a cláusula compromissória obrigatória para a companhia e para a totalidade dos seus acionistas, porquanto se terá respeitado o princípio majoritário que a todos vincula” (MAKANT, Barbara. *A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 2, n. 4, p. 87, jan.-mar. 2005).
- 159 Neste sentido, fazendo uma comparação entre a constituição da sociedade e a reforma do estatuto social, confira-se a lição de Barbara Makant: “A partir do momento em que a sociedade está devidamente constituída, o interesse passa a ser coletivo, razão pela qual o consenso não é mais necessário, cabendo à maioria decidir o que é melhor para a realização do interesse social da sociedade e não o que seria melhor para cada sócio individualmente. Razão pela qual, nas reformas estatutárias posteriores à constituição da sociedade, as deliberações podem ser tomadas por maioria, conforme a regra contida no art. 129 da Lei 6.404/76” (MAKANT, Barbara. *A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 2, n. 4, p. 87, jan.-mar. 2005).
- 160 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II p. 501-502.
- 161 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 317.
- 162 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 317.
- 163 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 313.
- 164 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 617. Idem: GUERRERO, Luis Fernando *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 65.
- 165 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I,

- p. 617. Idem: GUERRERO, Luis Fernando *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 65.
- 166 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 617.
- 167 CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague: Kluwer, ano 7, v. 28, p. 35, 2010. Disponível em: <www.kluwerarbitration.com>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- 168 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 111.
- 169 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 111.
- 170 Criticando a exigência de unanimidade, Marcelo Dias Gonçalves Vilela explica que, “por outro lado, impor-se a necessidade de unanimidade para a adoção da cláusula compromissória no âmbito da sociedade significa relegar a utilização da arbitragem ao desuso neste ramo específico do direito, uma vez que a dinâmica do direito empresarial e as mutações constantes da composição do quadro societário mostram-se incompatíveis com tal exigência” (VILELA, Marcelo Dias Gonçalves *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 202).
- 171 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 111. Idem: SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio *Manual de arbitragem*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 53.
- 172 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.
- 173 SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernandes Campos. A arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. In: ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.) *Sociedade anônima: 30 anos da Lei 6.404/1976*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 264 Idem: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc *Direito comercial: sociedade por ações*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. v. 3, p. 348.
- 174 WALD, Arnaldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (I). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, n. 12, jan.-mar. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

- 175 ARMELIN, Donaldo. Da alteração estatutária de companhia para inclusão de cláusula compromissória e a incompetência da junta comercial para analisar sua legalidade material. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, n. 24, p. 39, jan.-mar. 2010.
- 176 MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 125. O autor já defendia este ponto de vista há muitos anos: “Na esteira dessa política jurídico--societária, conclui-se, pois, que o princípio majoritário, mesmo quando confrontado com os direitos essenciais, há de preponderar e, assim, guiar os rumos sociais, temperado em momentos pontuais por um quórum qualificado” (MARTINS, Pedro Antonio Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In: _____; GARCEZ, José Mari Rossani (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 71).
- 177 MAKANT, Barbara. A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 2, n. 4, p. 87, jan.-mar. 2005. Idem: TIMM, Luciano Beneti; SILVA, Rodrigo Tellechea. O acordo de acionista e o uso da arbitragem como forma de resolução de conflitos societários. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, ano 4, n. 15, p. 38, jul.-set. 2007; BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 79; VIEIRA, Máira de Melo. Vinculação de todos os sócios à cláusula compromissória estatutária aprovada por maioria. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 33. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 19 fev. 2018; e 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: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- 178 MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 680.
- 179 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 328-329.
- 180 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva,

2012. v. 2, p. 330-331.

- 181 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: sociedade por ações*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. v. 3, p. 133-135.
- 182 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II p. 206.
- 183 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 331.
- 184 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II p. 207.
- 185 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II p. 227.
- 186 CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague: Kluwer, ano 7, v. 28, p. 35, 2010. Disponível em: <www.kluwerarbitration.com>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- 187 LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, n. 22, p. 21, jul.-set. 2009.
- 188 MAKANT, Barbara. A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 2, n. 4, p. 91, jan.-mar. 2005.
- 189 MARTINS, Pedro Antonio Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In: _____; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 72-73.
- 190 PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, v. 126, p. 138, abr.-jun. 2002.
- 191 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 310.
- 192 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 321.
- 193 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.

- 194 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 616.
- 195 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I, p. 616.
- 196 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 111.
- 197 MARTINS, Pedro Antonio Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In: _____; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 70.
- 198 TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Rodrigo Tellechea. O acordo de acionistas e o uso da arbitragem como forma de resolução de conflitos societários. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: Síntese, ano 4, n. 15, p. 38-39, jul.-set. 2007.
- 199 CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague: Kluwer, ano 7, v. 28, p. 35, 2010. Disponível em: <www.kluwerarbitration.com>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- 200 BARBOSA MOREIRA, Daniela Bessone. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.) *Arbitragem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 372.
- 201 BARBOSA MOREIRA, Daniela Bessone. A convenção arbitral em estatutos e contratos sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.) *Arbitragem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 373. Idem: WALD, Arnaldo. O direito societário e a arbitragem. In: FERRAZ, Rafaell; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.) *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 47
- VIEIRA, Máira de Melo. Vinculação de todos os sócios à cláusula compromissória estatutária aprovada por maioria. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 33. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 19 fev. 2018; 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: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

- 202 TJSP, 7.^a Vara de Fazenda Pública, MS n.º 053.08.607775-1, Juiz Afonso de Barros Faro Júnior, j. 21.01.2009.
- 203 TJRJ, 8. CC, AC n.º 2009.001.04638, Des. Mônica Maria Costa, j. 29.09.2009.
- 204 TJMG, 13.^a CC, Apelação Cível n.º 0710759-92.2008.8.13.0024, Rel. Des. Francisco Kupidowski, j. 09.07.2009.
- 205 TJMG, 10.^a CC, Agravo de Instrumento n.º 1694527-18.2009.8.13.0034 (1.0035.09.169452-7/001), Rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva, j. 13.04.2010.
- 206 TJSP, 7.^a CDPPriv., AC n.º 0126050-67.2006.8.26.0000, Des. Alvaro Passos, j. 19.10.2011.
- 207 TJ/P, 2.º CRDEmpresarial, AI n.º 2031444-61.2016.8.26.0000, Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 14.12.2016. Criticando a decisão do Tribunal bandeirante, em todos os seus fundamentos, recomenda-se o trabalho de Luciano Benetti Timm: TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem societária em risco? Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252856,61044-Arbitragem+societaria+em+risco>>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- 208 TJMG, 10.^a CC, Agravo de Instrumento n.º 1694527-18.2009.8.13.0034 (1.0035.09.169452-7/001), Rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva, j. 13.04.2010.
- 209 Mais detalhes do caso podem ser encontrados no texto de Ana Carolina Weber: WEBER, Ana Carolina. Arbitragem e direito societário. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 67-68.
- 210 TRF-4, 4.^a T., AC n.º 500984610.2015.4.04.7201/SC, Des. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, j. 14.12.2016.
- 211 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014. v. II, p. 501-502.
- 212 A respeito da repercussão do quórum qualificado em companhias com controle majoritário e com controle minoritário, vale transcrever o diagnóstico de Guilherme Leporace: “Em companhias nas quais se verifique o chamado ‘controle majoritário’ (i.e., quando o acionista controlador for titular de metade mais uma de todas as ações com direito a voto), que representam a esmagadora maioria

listada na BMe&FBovespa, o quórum qualificado, por si só, não assegura proteção aos acionistas minoritários (tratar-se-á do direito de retirada mais adiante). [...]. O papel do quórum qualificado é um pouco diferente nas companhias em que se verifique ‘controle minoritário’ (i.e., quando o acionista controlador for titular de menos do que metade mais uma de todas as ações com direito a voto). Nessas hipóteses, o quórum qualificado inviabiliza que o acionista controlador aprove sozinho a inserção de cláusula compromissória no estatuto da companhia, tornando indispensável que ele negocie com acionista(s) minoritário(s) o seu comparecimento à assembleia e voto favorável” (LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 40. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018).

- 213 Neste sentido, confira-se a lição de Guilherme Leporace: “Assim, se o art. 136-A vier a entrar em vigor, inserção de cláusula compromissória no estatuto de sociedade anônima deverá observar o mesmo quórum qualificado aplicável para a aprovação das matérias elencadas no art. 136 da Lei das S.A., ou seja, dependerá do voto favorável de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, sendo lícito, no caso de companhia fechada, contratar-se quórum ainda mais alto” (LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 40. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018).
- 214 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II p. 183.
- 215 LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 40. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- 216 Antes mesmo da Reforma da Lei de Arbitragem, Maira de Melo Vieira já defendia que mesmo os acionistas preferencialistas sem direito a voto ficariam vinculados à decisão soberana da assembleia de aprovar a inclusão da cláusula compromissória estatutária: “Por outro lado, deve-se destacar que a mesma regra se aplica ainda que se trate de sócios detentores de partes sociais sem direito de voto. Isso porque, ao integrar a sociedade e concordar em deter partes que não lhe conferem tal direito, o sócio não apenas se sujeita ao estatuto, mas também concorda em submeter-se a eventuais decisões e alterações do mesmo tomadas por decisão dos demais sócios, sem que nelas possa ter qualquer participação”

(VIEIRA, Máira de Melo. Vinculação de todos os sócios à cláusula compromissória estatutária aprovada por maioria. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 33. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018).

- 217 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014. v. II, p. 173.
- 218 WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. In: SALOMÃO, Luis Felipe; ROCHA, Caio Cesar Vieira (Coord.) *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.
- 219 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: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- 220 MARTINS, Pedro Antonio Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In: _____; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 71.
- 221 Ressaltando também este aspecto da prevalência do interesse social sobre o interesse individual do acionista dissidente, consulte-se a argumentação de Guilherme Leporace: “Não se impor a igual vinculação de todos os acionistas às deliberações regularmente tomadas significaria permitir que um ou outro minoritário, independentemente de sua participação no capital – e, como se viu, quanto menor a participação, menor, em regra, o alinhamento de interesses com a companhia – frustrasse o interesse social, em detrimento da companhia e da generalidade dos acionistas (no exemplo acima, se um único minoritário não ficasse vinculado à cláusula compromissória, a companhia e seus acionistas permaneceriam sujeitos ao risco de extensos litígios societários no Judiciário, com todas as consequências negativas daí decorrentes). Conferir a acionistas minoritários poder tão desproporcional causaria grande instabilidade na sociedade anônima, tornando a sua estrutura menos atrativa para investidores em geral e, conseqüentemente, reduzindo a sua eficiência como veículo para a reunião de capitais voltados ao financiamento de atividades produtivas, o que, a nosso ver, colidiria com a sua própria razão de ser. Plenamente acertada, portanto, a

proposta legislativa ora examinada” (LEPORACE, Guilherme. Cláusula compromissórias estatutárias. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 40. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018).

222 Neste sentido, Guilherme Leporace explica que “não nos parece que a alteração do meio de solução de controvérsias – estatal ou privado – no seio da companhia represente mudança tão relevante nas bases do investimento quanto as demais previstas no art. 136 da Lei das S.A. (é inegável que a inclusão de cláusula compromissória lícita no estatuto de uma companhia afeta infinitamente menos o risco e a expectativa de retorno do investimento em ações de tal companhia do que a alteração de seu objeto social, por exemplo)” (LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 40. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018).

223 Destacando a característica plurilateral do contrato de sociedade, cite-se a lição de Francisco Müssnich e Fábio Henrique Peres: “Não é o que ocorre com estatuto: ou contratos sociais. A doutrina, na esteira das clássicas lições de Tullio Ascarelli assinala que os atos constitutivos têm a natureza jurídica de contratos plurilaterais – marcados não pelo sinalagma como nos contratos bilaterais, mas sim pela busca de um fim comum – e associativos – a permitir o ingresso de novas partes mesmo após a conclusão do contrato” (MÜSSNICH, Francisco Antune Maciel; PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 685).

224 Destacando também este aspecto, cite-se a lição de Guilherme Leporace: “Tanto na Justiça estatal quanto na privada o direito de acesso à Justiça, que inquestionavelmente constitui uma das mais importantes conquistas da civilização moderna, é preservado, com a impositiva observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da igualdade de tratamento às partes – e se, na arbitragem, não forem respeitados esses princípios, a Lei de Arbitragem, em seu art. 33, assegura à parte prejudicada o direito de se socorrer ao Judiciário para obter a anulação da sentença arbitral; além disso, há no ordenamento jurídico outros mecanismos hábeis a evitar e, se for o caso, remediar eventual aprovação de cláusula compromissória estatutária iníqua com a finalidade de prejudicar os acionistas minoritários” (LEPORACE, Guilherme).

Cláusulas compromissórias estatutárias. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 40. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018).

225 Neste sentido: EIZIRIK, Nelson *A Lei das S.A. comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. II, p. 173; MÜSSNICH, Francisco Antunes Macie PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resen (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 677; WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. In: SALOMÃO, Luis Felipe; ROCHA, Caio Cesar Vieira (Coord) *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15. Arnaldo Wald possui posição intermediária, pois afirma que, não obstante considerar desnecessária a previsão de direito de retirada (direito de recesso), a Reforma da Lei de Arbitragem encontrou um caminho equilibrado e equitativo: “As disposições do nosso direito em relação à arbitragem societária tiveram o grande mérito de espantar todas as dúvidas que existiam na matéria. Em relação ao direito de recesso, não nos parecia indispensável consagrá-lo, até porque é um instituto em declínio diante da evolução da corporação moderna. Mas o legislador o admitiu de modo restrito, não o estendendo às sociedades abertas, no que foi feliz, pois a legislação estrangeira que assegurou o recesso em todas as hipóteses de inserção da cláusula compromissória no mercado de capitais mereceu justas e oportunas críticas. Devemos, pois, reconhecer que reforma legislativa, ao tentar conciliar tendências contrárias, conseguiu soluções equilibradas e equitativas” (WALD, Arnaldo. *A reforma da Lei da Arbitragem. Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 962. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018). Em sentido contrário, entendendo pela desnecessidade de outorga do direito de retirada (direito de recesso) nesta hipótese: LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 40. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018; e FRANZONI, Diego *Arbitragem societária*. São Paulo: RT, 2015. p. 155.

226 Segundo Mario Robert Mannheimer, a minoria foi protegida pelo art. 136-A da Lei das S.A. tanto pela fixação de quórum qualificado para aprovação da cláusula compromissória estatutária quanto pela criação desta nova hipótese de direito de

retirada (direito de recesso): “Na realidade, o novo art. 136-A tem a finalidade de proteger os acionistas minoritários, em primeiro lugar, exigindo para a inserção da convenção de arbitragem no estatuto social, o chamado *quorum* qualificado, acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, exigido pelo art. 136 da Lei 6.404/1976, para aprovação das deliberações ali elencadas, todas de extrema importância para a companhia e os acionistas, como, por exemplo, redução do dividendo obrigatório, fusão, incorporação, participação em grupo societário, mudança de objeto, cisão ou dissolução da companhia e outras e, em segundo lugar, assegurando ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, que é regulado pelo art. 45 e seus parágrafos da Lei das Sociedades por Ações, calculado com base no valor do patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela assembleia geral, ou com balanço especial, a pedido do acionista dissidente, caso tenham ocorrido mais de 60 (sessenta) dias da data do último balanço aprovado, ou, ainda, com base no valor econômico da companhia, a ser apurado em avaliação” (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: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018).

227 A este respeito, Ana Carolina Weber ensina o seguinte: “A utilização do direito de recesso pelo Projeto de Lei foi a alternativa encontrada para compatibilizar o princípio da autonomia da vontade e o princípio majoritário das sociedades anônimas. Isto porque se assegurou ao acionista o direito de discordar da deliberação sobre a inclusão de cláusula compromissória no estatuto social, mas, ao mesmo tempo, reafirmou-se a força do princípio majoritário como o princípio central a orientar as deliberações sociais. [...]. A autonomia da vontade dos acionistas está resguardada na medida em que lhe é assegurado, por meio da saída da sociedade, o direito de não se vincular” (WEBER, Ana Carolina. Arbitragem e direito societário. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 65).

228 WALD, Arnaldo. A reforma da Lei da Arbitragem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 962. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018; e LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 40. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev.

2018.

- 229 MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 688.
- 230 Trata-se de prazo decadencial, não obstante o dispositivo legal falar em prazo prescricional.
- 231 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014. v. II, p. 503.
- 232 TJSP, 2.º CRDEmpresarial, AI n.º 2031444-61.2016.8.26.0000, Des. Caio Marcel Mendes de Oliveira, j. 14.12.2016.
- 233 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II p. 316.
- 234 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2, p. 367.
- 235 LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, n. 22. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- 236 VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Responsabilidade civil dos administradores de S.A. e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 429.
- 237 VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Responsabilidade civil dos administradores de S.A. e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 428.
- 238 WALD, Arnoldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (I). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, n. 12, p. 27-28, jan.-mar. 2007.
- 239 FURLAN FILHO, Antonio Moacir. A extensão da cláusula arbitral estatutária ao administradores e conselheiros não acionistas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 49. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- 240 FURLAN FILHO, Antonio Moacir. A extensão da cláusula arbitral estatutária ao administradores e conselheiros não acionistas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 49. Disponível em:

<<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

- 241 MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 139.
- 242 MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 141.
- 243 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014. v. II, p. 501.
- 244 WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. In: SALOMÃO, Luis Felipe; ROCHA, Caio Cesar Vieira (Coord.) *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.
- 245 MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 688. Em outra passagem, os autores defendem a interpretação restritiva do direito de retirada (direito de recesso): “Repita-se: ao representar uma relativização do princípio majoritário que norteia o direito societário, a aplicação do direito de recesso deve se dar sempre de forma criteriosa, merecendo interpretação restritiva pelo intérprete” (MÜSSNICH Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo de Campos BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 690).
- 246 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: sociedade por ações*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. v. 3, p. 355.
- 247 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II p. 206.
- 248 A excepcionalidade do direito de retirada (direito de recesso) assenta-se, especialmente, na necessidade de descapitalização da companhia (o que pode reduzir investimentos e dividendos), no eventual abuso dos minoritários (o que pode paralisar a companhia) e no incentivo à concentração de participação acionária nas mãos do acionista controlador (o que reduz a governança corporativa). Elencando diversas consequências danosas para a companhia,

confira-se o ensinamento de Guilherme Leporace: “Em qualquer caso, o exercício de direito de retirada tem graves consequências para a companhia, pois importa no desembolso de expressivas quantias, impactando seu fluxo de caixa e, por vezes, tornando necessária a alienação de ativos, o que, naturalmente, importa em redução de sua capacidade de realizar novos investimentos, pagar credores, obter financiamentos etc. Consequentemente, a existência de direito de retirada representa forte incentivo a que o acionista controlador não patrocine alterações no estatuto ou transações que possam desencadear o reembolso das ações detidas por acionistas minoritários, ainda que essas deliberações sejam do interesse social” (LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 40. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018).

- 249 MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. A cláusula compromissória no direito societário. In: SALOMÃO, Luis Felipe; ROCHA, Caio Cesar Vieira (Coord) *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 141.
- 250 WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. In: SALOMÃO, Luis Felipe; ROCHA, Caio Cesar Vieira (Coord) *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15.
- 251 MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 689. Em sentido semelhante, Ana Carolina Weber leciona que “ademais, na primeira hipótese aventada pelo Projeto de Lei, a Comissão de Juristas ponderou entre o direito do acionista minoritário de se retirar da companhia e todos os benefícios que advêm com a listagem das ações de emissão da sociedade em um nível diferenciado de governança corporativa” (WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. In: SALOMÃO, Luis Felipe; ROCHA, Caio Cesar Vieira (Coord) *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15).
- 252 MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio

de Janeiro: Forense, 2016. p. 689.

- 253 LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 40. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- 254 MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 689.
- 255 MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 690.
- 256 Disponível em: <<https://www.ibpt.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- 257 BUSHATSKY, Daniel. A reforma da lei e a arbitragem no direito societário: importância da sociedade empresária, oportunidade de reforço e regramento do instituto e proteção ao acionista minoritário. In: CAHALI, Francisco José RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Org.) *Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 147.
- 258 MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 677.
- 259 CUKIER, Daniel Ber. A arbitragem aplicada ao direito societário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 41. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- 260 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 461.
- 261 Lembre-se, novamente, que a expressão “maioria absoluta” pode significar coisas diversas nas sociedades anônimas e nas sociedades limitadas. Os autores que comentam a Lei das Sociedades por Ações afirmam que a expressão “maioria absoluta” tem como base o capital social votante presente na assembleia. Não se trata do capital social, mas sim do capital social votante. Não se trata, também, do total do capital social votante, mas sim daquele presente à assembleia. Já no que

diz respeito à sociedade limitada, os autores utilizam a expressão “maioria absoluta” tendo como base o total do capital social. Nas sociedades limitadas, como se disse, não faz sentido diferenciar total do capital social e capital social votante, pois todo o capital social na sociedade limitada é votante. Contudo, em relação à presença na assembleia, percebe-se que a expressão “maioria absoluta” é utilizada de forma diversa nas sociedades anônimas e nas sociedades limitadas. Enquanto nas primeiras, a “maioria absoluta” toma como base o capital social (votante) presente na assembleia; nas últimas, a expressão “maioria absoluta” toma como base o total do capital social (votante).

- 262 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 428. Idem: WALD, Arnoldo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV, p. 512; e VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: sociedade por ações*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. v. 3, p. 199.
- 263 BUSHATSKY, Daniel. A reforma da lei e a arbitragem no direito societário: importância da sociedade empresária, oportunidade de reforço e regramento do instituto e proteção ao acionista minoritário. In: CAHALI, Francisco José RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Org.) *Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 159.
- 264 MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 681.
- 265 CUKIER, Daniel Ber. A arbitragem aplicada ao direito societário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 41. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- 266 MARTINS, Pedro Antonio Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In: _____; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 64.
- 267 MARTINS, Pedro Antonio Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In: _____; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 64. O autor prossegue com a lição explicando que

“a unilateralidade da decisão majoritária, nesse caso, não compõe qualquer outro interesse que não aquele estritamente pessoal. O que está em jogo é o interesse patrimonial exclusivo do sócio sem qualquer reflexo na sociedade. Não importa se é ele o majoritário; a polarização é a tônica” (MARTINS, Pedro Antonio Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In: _____; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 64).

- 268 MARTINS, Pedro Antonio Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In: _____; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 68.
- 269 MARTINS, Pedro Antonio Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In: _____; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 68.
- 270 CUKIER, Daniel Ber. A arbitragem aplicada ao direito societário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 41. Disponível em: <<http://www.revistadoistribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- 271 CUKIER, Daniel Ber. A arbitragem aplicada ao direito societário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 41. Disponível em: <<http://www.revistadoistribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- 272 TJSP, 1.^a CRDEmp., AC n.º 0007124-69.2012.8.26.0210, Des. Enio Zuliani, 29.05.2014.
- 273 WALD, Arnoldo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV, p. 493.
- 274 WALD, Arnoldo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV, p. 520.
- 275 MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 691.
- 276 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

v. II, p. 169.

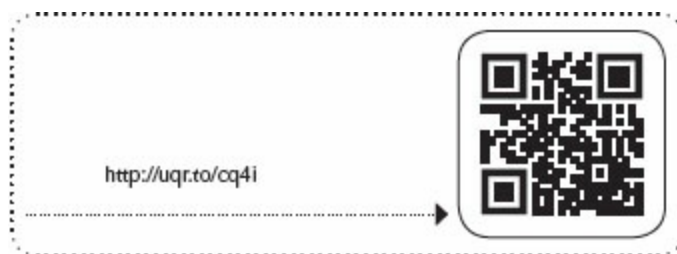
- 277 Apontando a inexistência de uniformidade na doutrina e na jurisprudência, confiram-se a impressão de Ana Carolina Weber: “Com efeito, a arbitrabilidade objetiva de litígios societários é um tema que não conta com uniformidade de entendimento doutrinário e jurisprudencial. Ainda é muito debatido se seria possível inferir que todo e qualquer litígio envolvendo a sociedade e seus acionistas poderia ser resolvido pela via arbitral, em razão de cláusula compromissória estatutária” (WEBER, Ana Carolina. Arbitragem e direito societário. In: MELO, Leonardo d Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 69).
- 278 TJSP, 5.^a CDPriv., AI n.º 9030430-11.2002.8.26.0000 (244.960.4/5-00), Des Boris Kauffmann, j. 11.09.2002.
- 279 CARMONA, Carlos Alberto. Contrato de constituição de sociedade comercial *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 1, v. 2, maio-ago. 2004. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- 280 TJSP, 9.^a CDPriv., AC n.º 0018314-87.2006.8.26.0000 (442.037-4/7-00), Des Salles Rossi, j. 19.04.2007.
- 281 TJPR, 7.^a CC, AC n.º 410403-2 (8395), Des. Guilherme Luiz Gomes, j. 17.07.2007.
- 282 TJSP, 5.^a CDPriv., AI n.º 9046704-74.2007.8.26.0000 (519.416-4/2-00), Des Carlos Giarusso Santos, j. 03.10.2007.
- 283 TJMG, 14.^a CC, AI n.º 1.0400.08.033904-9/001 (0339049-24.2008.8.13.0400) Des. Hilda Teixeira da Costa, j. 27.05.2010.
- 284 TJSP, 9.^a CDPriv., AI n.º 9025048-37.2002.8.26.0000 (257.416-4/3-00), Des. João Alberto Tedesco, j. 24.09.2002.
- 285 TAC-PR, 1. CC, AC n.º 220697-3 (18836), Des. Marcos de Luca Fanchin, j. 06.04.2004.
- 286 TJSP, 3.^a CDPriv., AI n.º 0107145-19.2003.8.26.0000 (302.155.4/3-00), Des Beretta da Silveira, j. 17.01.2006.
- 287 TJSP, 7.^a CDPriv., AI n.º 0086936-87.2007.8.26.0000 (491.325-4/5-00), Des Gilberto de Souza Moreira, j. 29.05.2007.
- 288 TJSP, 4.^a CDPriv., AI n.º 9064236-66.2004.8.26.0000 (337.879-4/8-00), Des

- Teixeira Leite, j. 10.07.2008.
- 289 TJRJ, 8.^a CC, AC n.º 0001344-48.2007.8.19.0072 (2009.001.04638), Des. Monica Maria Costa Di Piero, j. 29.09.2009.
- 290 TJSP, 1.^a CRDEmp., AC n.º 0033878-23.2011.8.26.0068, Des. Pereira Calças, j. 11.11.2012.
- 291 TJSP, AC n.º 0020852-59.2011.8.26.0002, Des. Enio Zuliani, j. 20.02.2014.
- 292 Apontando a inexistência de uniformidade na doutrina e na jurisprudência, confirma-se a impressão de Ana Carolina Weber: “Com efeito, a arbitrabilidade objetiva de litígios societários é um tema que não conta com uniformidade de entendimento doutrinário e jurisprudencial. Ainda é muito debatido se seria possível inferir que todo e qualquer litígio envolvendo a sociedade e seus acionistas poderia ser resolvido pela via arbitral, em razão de cláusula compromissória estatutária” (WEBER, Ana Carolina. Arbitragem e direito societário. In: MELO, Leonardo d Campos; BENE-DUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 69).
- 293 FRANZONI, Diego. *Arbitragem societária*. São Paulo: RT, 2015. p. 115.
- 294 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014. v. II, p. 169-170.
- 295 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014. v. II, p. 170.
- 296 STEIN, Raquel. *Arbitrabilidade no direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 172.
- 297 STEIN, Raquel. *Arbitrabilidade no direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 179.
- 298 WEBER, Ana Carolina. Arbitragem e direito societário. In: MELO, Leonardo d Campos; BENE-DUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 71. A autora prossegue acrescentando os seguintes fundamentos em favor da arbitrabilidade objetiva da ação de dissolução parcial de sociedade anônima: “Como se verifica, o julgador, ao enfrentar um pedido de dissolução parcial em uma sociedade anônima, deverá verificar (i) se há uma manifesta divergência entre os sócios que torne impossível a consecução dos negócios sociais; (ii) se aplicáveis os elementos previstos nos arts. 1.028 a 1.032 do Código Civil brasileiro; e (iii) se o instituto da dissolução parcial é

compatível com o tipo societário examinado. Os requisitos acima listados dizem respeito exatamente à liberdade de os sócios contratarem e permanecerem ligados a uma determinada sociedade, tratando-se, na espécie, de verdadeira expressão do vínculo plural de uma companhia. Ou seja, o exame do cabimento da dissolução parcial em uma companhia pelo árbitro não pressupõe o exercício de qualquer função tipicamente de *ius imperium* ou do intérprete da ordem pública, como seria o caso da imposição de penalidades pelo órgão regulador. Em vista do exposto, entendemos que foi equivocada a conclusão do acórdão em exame no que tange a afastar da arbitragem o exame do pedido de dissolução parcial de uma sociedade anônima” (WEBER, Ana Carolina. Arbitragem e direito societário. In MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 72).

- 299 JORGE WARDE JR., Walfrido; MAIA DA CUNHA, Fernando Antonio. arbitragem e os limites à atuação do judiciário nos litígios societários. *Processo societário*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 750.
- 300 FRANZONI, Diego. *Arbitragem societária*. São Paulo: RT, 2015. p. 114.
- 301 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S.A. comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014. v. II, p. 170.
- 302 MARTINS, Pedro Antonio Batista. Arbitragem no direito societário *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 39. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- 303 MARTINS, Pedro Antonio Batista. Arbitragem no direito societário *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 39. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- 304 VILELA, Marcelo Dias Gonçalves *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 211.
- 305 FRANZONI, Diego. *Arbitragem societária*. São Paulo: RT, 2015. p. 117.
- 306 FRANZONI, Diego. *Arbitragem societária*. São Paulo: RT, 2015. p. 117.

ARBITRAGEM, RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA



7.1. INTRODUÇÃO¹

Os empreendimentos de natureza empresarial buscam, entre outras coisas, auferir lucro com sua atividade. Pela obtenção do lucro as empresas colaboram para a formação de um universo empresarial sadio, atingindo suas finalidades econômica e social, gerando empregos, pagando mais impostos, criando novas tecnologias, aumentando a competitividade de cada respectivo setor etc. As empresas, assim como as pessoas naturais, não estão imunes a crises e doenças que afetam a sua saúde. No mais das vezes as crises empresariais são resolvidas por meio de correções de rumo na gestão, redirecionamento das atividades, negociações seletivas de débitos, obtenção de novos meios de financiamento, contratações de novos ativos humanos, busca de novos mercados.

Há situações, no entanto, em que os remédios necessários ao soerguimento empresarial têm um gosto um pouco mais amargo. Os problemas da empresa podem se revelar a partir de uma crise localizada em uma simples relação bilateral ou em um grupo específico de relações jurídicas. Em tais situações, caso não haja autocomposição entre as partes (renúncia, negociação, conciliação ou mediação), a via natural de solução da incerteza jurídica será a do início de um processo judicial ou de uma arbitragem. Em situações mais complexas, as partes envolvidas poderão ter que lançar mão de várias ações judiciais, várias arbitragens ou, mesmo, combinações estratégicas de medidas judiciais e arbitragens.

Em outras situações mais complexas, a crise da empresa tem caráter generalizado e isso pode levá-la a uma situação em que os bens componentes de seu ativo não sejam suficientes para atender ao passivo, ou seja, a empresa pode se encontrar numa situação de absoluta crise patrimonial (insolvência e não mais mero inadimplemento ou impontualidade).

Às vezes, essa situação é temporária – uma crise de liquidez pontual, por exemplo –, mas não se raramente mostra permanente. Quando esse cenário se apresenta e coloca em risco o capital dos acionistas e investidores, bem como os direitos da Fazenda Pública, dos empregados, dos consumidores e dos credores em geral, o Direito fornece aos interessados instrumentos para garantir, alternativa ou sucessivamente, a *preservação da atividade empresarial* e, num segundo momento, o *encerramento das atividades daqueles empreendimentos* que, de fato, representam risco ao desenvolvimento econômico e social². **Os mais conhecidos institutos são a recuperação extrajudicial, a recuperação judicial e a falência³, todas elas formas coletivas de satisfação dos direitos de crédito contra a empresa em crise.**

A doutrina aponta a importância de haver remédios adequados para evitar a falência dos empreendimentos empresariais. Conforme destaca Fábio Ulhoa Coelho “a crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional”⁴. Considerando essas circunstâncias, *deve-se sempre pensar primeiro numa tentativa de salvar o empreendimento como alternativa ao seu fim.*

Evidentemente que este objetivo *não pode ser levado às últimas consequências, acabando por manter no universo social empreendimentos inviáveis*, desqualificados para cumprir as funções para as quais foram concebidos. Com efeito, muitas vezes o fim de uma empresa abre espaço no mercado para novos empreendedores e, assim, o fenômeno renova, oxigena e otimiza a economia, bem como permite a realocação de mão de obra e matéria-prima de forma mais eficiente para a economia local, regional, nacional ou internacional. *Trata-se da seleção*

natural no mundo empresarial, regra de mercado que o Direito não deve, sem forte e relevante razão, tentar modificar.

Independentemente da opção escolhida – tentar preservar a empresa ou encerrá-la de uma vez –, as formas de resolução de conflitos assumem papel importante, seja para que esta empresa recupere créditos com agilidade para saldar suas dívidas, seja para que os credores em geral vejam logo reconhecidos seus direitos de crédito perante essa empresa, seja, ainda, para que questões periféricas a estes processos falimentares⁵ sejam eficientemente solucionadas. E é justamente aqui que surge o interessante **tema da arbitragem envolvendo empresas em processos de recuperação extrajudicial, de recuperação judicial ou de falência**. O tema é bastante complexo, não obstante já conte com boa doutrina e algumas decisões judiciais no Brasil.

Pretende-se examinar neste capítulo as relações entre a sociedade em crise, a convenção de arbitragem, a arbitragem já instaurada e os fenômenos da recuperação extrajudicial, da recuperação judicial e da falência. Antes de tudo, porém, é preciso fixar duas premissas muito importantes – e às vezes mal compreendidas – nesta matéria, relacionadas à noção de arbitrabilidade objetiva adotada no Brasil e à natureza destas formas coletivas, por assim dizer, de satisfação de direitos de crédito.

7.2. DUAS PREMISSAS

7.2.1. Existem normas especiais em relação à arbitrabilidade objetiva

Em passagem anterior desta obra, fixamos a ideia de que *a arbitrabilidade pode ser conceituada como a possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesses à arbitragem em razão das características subjetivas (arbitrabilidade subjetiva) e objetivas (arbitrabilidade objetiva) da disputa*. A arbitrabilidade possui um inegável componente público, pois trata-se de uma noção utilizada pelos Estados soberanos para definir aquilo que têm interesse em julgar e aquilo em que admitem, via consenso das partes, a delegação à jurisdição aos árbitros. Quem define os limites

da arbitrabilidade é o Estado – pela via legal – e não as partes e/ou os árbitros.

Levando-se sempre isso em conta, a arbitrabilidade objetiva possui como fim responder à pergunta sobre *o que* pode ser submetido ao processo arbitral, enquanto a arbitrabilidade subjetiva se preocupa com *quem* pode se submeter à arbitragem. O foco deste item é a arbitrabilidade objetiva, especialmente relacionada a matérias falimentares. Em todos os países do mundo, as legislações (às vezes, a jurisprudência) tentam estabelecer a noção de arbitrabilidade objetiva fazendo uso de diversos critérios, como a patrimonialidade, a livre disponibilidade, a transacionabilidade, a ordem pública etc. A adoção de um destes critérios serve como baliza didática para o entendimento daquilo que, segundo aquele Estado soberano, pode ser objetivamente submetido ao processo arbitral.

É relevante destacar, porém, que *algumas legislações fixam regras especiais a respeito de determinadas matérias, excepcionando o critério de arbitrabilidade objetiva adotado como regra geral*, o que às vezes leva a soluções diametralmente opostas àquelas que seriam alcançadas caso se seguisse puramente o critério de arbitrabilidade objetiva normalmente utilizado. Portanto, *muitas vezes a arbitrabilidade objetiva não é determinada exclusivamente em razão do critério geral adotado pela legislação, mas também considerando a existência de regras especiais que, contrariando esse critério, criam exceções no tema da arbitrabilidade objetiva. A arbitrabilidade objetiva, assim, segue o critério geral adotado, respeitadas as exceções legais existentes.*

A Alemanha é um bom exemplo. O item 1 do § 1.030 da *Zivilprozeßordnung* alemã, na versão oficial em inglês, dispõe que “any claim under property law may become the subject matter of an arbitration agreement”⁶, bem como que, na segunda parte desse mesmo dispositivo, “an arbitration agreement regarding non-pecuniary claims has legal effect insofar as the parties to the dispute are entitled to conclude a settlement regarding the subject matter of the dispute”⁷. Como se vê, e já explicado em maiores detalhes em passagem anterior deste trabalho, o Direito alemão adota o critério da mera patrimonialidade para definição da arbitrabilidade objetiva, sem sombra de dúvida um dos mais liberais no mundo.

Apesar disso, a *Zivilprozessordnung* alemã proíbe a submissão à arbitragem de litígios em que se questione a existência de relações locatícias residenciais. Com efeito, consoante dispõe a primeira parte do item 2 do § 1.030 da ZPO, “an arbitrator agreement regarding legal disputes arising in the context of a tenancy relationship for residential space in Germany is invalid”. Observe-se que, caso o critério da mera patrimonialidade fosse adotado sem exceções, a conclusão seria pela plena arbitrabilidade objetiva de litígios envolvendo relações locatícias, pois essas relações nada mais são do que direitos obrigacionais de conteúdo exclusivamente patrimonial sobre a posse de determinados bens imóveis. Não é isso, porém, que ocorre, pois há uma norma especial que, contrariando o critério geral da mera patrimonialidade, proíbe a submissão ao processo arbitral de disputas relacionadas à existência de contratos de locação residencial.

O que se quer ressaltar com esse exemplo é que o critério adotado na legislação para fixação da noção de arbitrabilidade objetiva não é uma regra absoluta, mas sim, repita-se, uma baliza didática para entender aquilo que determinado Estado soberano admite que seja levado à arbitragem. A justificativa para adoção de regras especiais pelos ordenamentos jurídicos para afastar o critério de arbitrabilidade objetiva normalmente empregado é, em regra, o interesse público. No âmbito acadêmico, pode--se até questionar se estas exceções legais são necessárias ou não, bem como se elas realmente protegem o interesse público ou não, mas este tipo de questionamento só faz sentido *de lege ferenda*.

A primeira premissa, portanto, para o prosseguimento deste estudo é a seguinte: os ordenamentos jurídicos, não obstante adotem determinado critério de arbitrabilidade objetiva, podem prever – e normalmente preveem – regras especiais afastando a arbitrabilidade de determinadas matérias com a finalidade de atendimento ao interesse público.

7.2.2. Arbitrabilidade objetiva e processos falimentares no Brasil: uma exceção, em algumas hipóteses, ao critério geral

Já tivemos oportunidade de dizer que *o Direito brasileiro adota, em regra, o critério da mera patrimonialidade*, por força do que dispõe o art. 852 do Código Civil (que derogou o *caput* do art. 1.º da Lei de Arbitragem) e o art. 1.º da Convenção do Panamá de 1975⁸. A maioria da doutrina brasileira, porém, considera que a arbitrabilidade objetiva no Brasil está definida na expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, o que representa um misto entre o critério da livre disponibilidade e o critério da mera patrimonialidade. No que diz respeito a este tópico, essa divergência não possui repercussão prática, pois a inarbitrabilidade que alcança alguns aspectos dos processos falimentares não decorre da adoção de qualquer uma destas correntes.

A doutrina arbitralista que até então examinou o tema da arbitrabilidade de conflitos relacionados a empresas recuperandas ou falidas debate a questão, em regra, a partir do critério geral adotado pela legislação brasileira (mera patrimonialidade ou direitos patrimoniais disponíveis, conforme a corrente que se adote). **Os estudiosos admitem que, num primeiro momento, os processos falimentares lidariam essencialmente com direitos de conteúdo meramente patrimonial, pois o que se tem é uma multiplicidade de credores objetivando a satisfação de seus direitos de crédito em face de alguém que, em regra, não teria condições de arcar com a totalidade deste passivo.** A patrimonialidade que caracteriza essas matérias é evidente, *ictu oculi* mesmo, não obstante não seja o único aspecto a ser considerado nesta área, como se verá adiante.

A doutrina também reconhece enormes vantagens práticas nessa possibilidade. Veja-se que **a arbitragem poderia ser muito interessante na seara recuperacional e falimentar ao permitir que diversas questões que paralelamente surgem no decorrer de uma recuperação judicial ou de uma falência fossem solucionadas com agilidade, pois as matérias não estariam todas concentradas num único juízo (juízo universal da falência).** É de se ver que algumas falências são tão complexas, ramificadas e volumosas que a concentração de toda a atividade no juízo universal da falência cria enorme lentidão processual e ineficiência, o que é especialmente grave na falência, em que a demora na alienação dos bens da massa falida pode ter uma influência

capital na satisfação dos credores por conta da depreciação econômica do acervo de bens (= perda de valor de mercado em razão da não utilização ou do decurso do tempo).

Não obstante chegue a esta conclusão, a doutrina não se arrisca a dizer que o árbitro poderia, por exemplo, deferir a recuperação judicial de uma empresa ou decretar a sua falência. Alguém poderia indagar: se as causas relacionadas a essa temática possuem natureza patrimonial, por que não se poderia submeter *todas* elas à arbitragem? Há uma multiplicidade de respostas para essa questão. Alguns apelam ao senso prático, dizendo que seria muito complexo, pois há muitos interesses envolvidos. Outros dizem que isso não seria possível por conta da necessária participação do Ministério Público nas matérias falimentares típicas e dos eventuais efeitos penais decorrentes da quebra. Há também quem diga que existiria uma regra de competência absoluta em favor do juízo universal da falência que afastaria a arbitragem nesses temas. Há, finalmente, quem apele à ordem pública ou ao interesse público que definitivamente marcariam os processos falimentares⁹.

O que se observa é que boa parte da doutrina – com algumas exceções – tem dificuldades em explicar a razão pela qual, mesmo adotando o critério da mera patrimonialidade ou da patrimonialidade-disponibilidade, o ordenamento jurídico brasileiro não admitiria que algumas decisões no âmbito da recuperação judicial e da falência fossem submetidas à arbitragem, como, repita-se, a decisão que concede a recuperação judicial ou a decisão que decreta a falência. Não se nega que há interesse público em tratar os credores de forma universal e igualitária, mas ainda assim o aspecto patrimonial é evidente, pois tudo não passa de concorrência de direitos de crédito.

Muitas vezes, esta dificuldade ocorre porque a resposta para essas questões não está no exame do critério geral de arbitrabilidade objetiva adotado pela legislação brasileira (mera patrimonialidade ou patrimonialidade-disponibilidade, conforme a corrente que se siga). No trato desta matéria, não adianta retorcer os conceitos de patrimonialidade e de livre disponibilidade para defender que certas matérias poderiam ser submetidas à arbitragem enquanto outras não.

O problema na arbitrabilidade objetiva envolvendo processos falimentares não diz respeito exclusivamente ao critério geral de arbitrabilidade objetiva adotado pelo Direito positivo brasileiro, mas especialmente à existência de um conjunto de normas especiais que afasta, por razões de interesse público, a arbitrabilidade objetiva de algumas matérias. Este conjunto de normas especiais está presente na Lei n.º 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial e Falências).

Em outras palavras, não é possível submeter *todas* as questões relacionadas aos processos falimentares à arbitragem simplesmente porque há uma norma especial (na verdade, um conjunto de normas especiais) afastando a arbitrabilidade objetiva em algumas dessas matérias. *O Direito brasileiro, afastando neste ponto o critério geral de arbitrabilidade objetiva, prevê um conjunto de normas especiais que impede a submissão de algumas questões relacionadas à recuperação judicial e à falência à arbitragem, não obstante se trate, essencialmente, de matéria patrimonial (concurso de credores para satisfação de seus direitos de crédito). Trata-se, aqui, de uma impossibilidade jurídica, criada para preservar o interesse público que também caracteriza os processos falimentares.*

Há outras matérias, reconheça-se, que não são alcançadas por este conjunto de normas especiais e que, portanto, seriam plenamente arbitráveis, mas a sua submissão à arbitragem poderia trazer mais problemas do que soluções, em razão dos diversos interesses em jogo e que poderiam ser afetados pela decisão arbitral, o que justifica a não utilização da via arbitral (afinal, a arbitragem só é adequada quando trazer eficiência à resolução do litígio). Neste caso, não há propriamente impossibilidade jurídica, mas uma inconveniência prática. Não se trata de afirmar a inexistência, invalidade ou ineficácia de eventual convenção de arbitragem cobrindo essas matérias, pois não há nenhum desses vícios presente, mas sim de compreender que não se trata de um método de resolução de conflitos adequado para essas situações. Um exemplo disto, como se verá, é a arbitragem decorrente de plano de recuperação judicial, nem sempre adequada.

Em resumo, o que se pode dizer, a respeito da arbitrabilidade objetiva dessas matérias, é que boa parte das questões surgidas no curso da recuperação extrajudicial,

da recuperação judicial e da falência possui caráter essencialmente patrimonial, de modo que, em regra, pode ser submetida à arbitragem¹⁰. Excepcionam-se apenas duas ordens de questões. Primeiramente, aquelas que sofrem a incidência de *uma norma especial afastando a arbitrabilidade*, como no caso da decisão que homologa o plano na recuperação extrajudicial obrigatória, a decisão que concede a recuperação judicial ou a decisão que decreta a falência (**impossibilidade jurídica**). Em segundo lugar, aquelas questões que, não obstante possuam caráter patrimonial, envolvem uma *multiplicidade de interesses que não justificam, sob o ângulo da eficiência, a via arbitral* (**inconveniência prática**).

A segunda premissa que se pretende fixar, portanto, é a seguinte: **a maioria das matérias relacionadas à recuperação e à falência pode ser submetida à arbitragem, mas algumas dessas matérias (i) não podem ser levadas à via arbitral porque há um conjunto de normas especiais, elaboradas com a finalidade de atender ao interesse público, presente na Lei de Recuperação Judicial e Falências, que afasta essa possibilidade ou (ii) não devem ser submetidas ao processo arbitral porque a via arbitral não se apresenta economicamente eficiente dada a multiplicidade de interesses em jogo.**

7.2.3. Duas premissas e duas hipóteses

Apenas para fins didáticos em relação ao que se disse acima, vejamos duas hipóteses. Primeiramente, imagine-se que uma determinada empresa “A” possui dívidas com os credores “B” (credor hipotecário), “C” (credor quirografário) e “D” (credor quirografário). Para facilitar o exemplo, vamos convencionar, num primeiro momento, que a empresa “A” não tenha passivo trabalhista ou fiscal (como se verá adiante, isso não altera a conclusão que se quer chegar).

O patrimônio da empresa está avaliado em R\$ 100 milhões, mas suas dívidas correspondem, respectivamente, a R\$ 50 milhões (credor “B”), R\$ 80 milhões (credor “C”) e R\$ 30 milhões (credor “D”), alcançando um total de R\$ 160 milhões. Os credores “B”, “C” e “D” poderiam, simplesmente, ingressar individualmente com ações ou execuções no âmbito do Poder Judiciário para obter a satisfação do seu

direito de crédito. Também poderiam iniciar arbitragens. Não há a menor dúvida aqui do caráter exclusivamente patrimonial dessas demandas individualmente consideradas, razão pela qual não há interesse público presente a ponto de justificar uma intervenção legislativa para conferir um tratamento especial a essas causas.

Ocorre, porém, que, caso estes credores “B”, “C” e “D” adotassem essa postura (de ingressar cada um deles com processos individuais), possivelmente um deles (ou mais) teria o seu direito de crédito mais bem satisfeito do que os demais, criando uma desigualdade meramente circunstancial na satisfação do direito de crédito. Isso porque o ativo da empresa (R\$ 100 milhões) é menor do que o seu passivo (R\$ 160 milhões). Assim, se “C” ingressasse com uma demanda judicial no valor de R\$ 80 milhões e obtivesse a satisfação de seu direito de crédito rapidamente, com certeza “B” e “D” não obteriam o mesmo resultado, pois, após o pagamento de “C” (R\$ 80 milhões), o patrimônio da empresa “A” seria reduzido a R\$ 20 milhões, valor insuficiente para quitar as dívidas tanto em relação a “B” (R\$ 50 milhões) quanto em relação a “D” (R\$ 30 milhões).

Evidentemente que este resultado poderia variar de acordo com diversos fatores, por exemplo, a data do vencimento das dívidas em relação a cada credor, a velocidade dos processos judiciais de cada credor, as estratégias processuais adotadas por cada credor etc. De toda forma, a possibilidade de um dos credores receber o seu crédito em detrimento dos demais credores é real e não se justificaria por nenhuma razão de interesse público, pois decorreria exclusivamente de fatores circunstanciais como os apontados acima. Ainda aqui, como se observa, as causas ostentam natureza exclusivamente patrimonial, sendo certo que a não satisfação de um direito de crédito, não obstante indesejada, faz parte da vida empresarial, não havendo que se recorrer novamente ao interesse público para justificar qualquer intervenção legislativa neste cenário. Trata-se de causas que, se não permitissem diretamente a execução, poderiam ser submetidas à arbitragem.

Agora vejamos a segunda hipótese. Imagine-se que no exemplo acima, prevendo o cenário descrito, o credor “B” apresentasse um requerimento de falência da empresa “A” (ou seja, utilização do pedido de falência como meio indireto de

cobrança, o que é admitido pelo Enunciado n.º 42 da Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo¹¹). Observe-se que esta estratégia aumentaria suas chances de receber na integralidade o seu direito de crédito, pois se trata de credor com garantia real (credor hipotecário), privilegiado na ordem de pagamento na falência, a teor do inciso II do art. 83 da Lei de Recuperação Judicial e Falências. A motivação deste pedido de falência apresentado por “B” também poderia ser a esperança de que “A” resolvesse depositar o valor questionado para evitar o processamento da falência (*depósito elisivo*).

Caso não fosse efetuado o depósito elisivo e, posteriormente, a falência de “A” fosse decretada e todos os seus bens arrecadados e alienados pelo administrador judicial, o credor “B” receberia em primeiro lugar a integralidade do seu crédito (R\$ 50 milhões) e o restante do valor (R\$ 50 milhões) seria equanimemente dividido entre os credores quirografários “C” e “D”, cada um recebendo, ao final, R\$ 25 milhões. Perceba-se, pois, em comparação com a primeira hipótese, que o pedido de falência da empresa “A” poderia ser uma ótima estratégia para “B” e uma péssima estratégia para “C” e, talvez menos, para “D”.

Observe-se que, não obstante a existência do processo falimentar nesta segunda hipótese, as causas continuariam ostentando natureza essencialmente patrimonial, sendo certo que o privilégio legal concedido ao credor “B” e, por conseguinte, a não satisfação integral dos direitos crédito de “C” e “D” não alteram essa realidade. Tudo continua no âmbito exclusivo da patrimonialidade, não obstante se tenha optado por uma execução concursal em vez de três demandas individuais, como na primeira hipótese (opção tomada, destaque-se, exclusivamente para atender à estratégia processual de “B”). Se esta segunda hipótese permanece no campo da patrimonialidade, por que o processo de falência não poderia ser submetido inteiramente à arbitragem? Por que o árbitro não poderia decretar a falência de “A”?

A resposta para essa questão, como se disse, não tem nada a ver com o critério geral de arbitrabilidade objetiva eleito pelo Direito brasileiro. Independentemente de se adotar o critério da mera patrimonialidade (art. 852 do Código Civil) ou o critério misto da patrimonialidade somado à livre disponibilidade (art. 1.º, *caput*, da Lei de

Arbitragem), nenhum deles explica o porquê de o processo falimentar, nesta segunda hipótese, não poder ser submetido – em sua integralidade – à via arbitral. De nada adianta aqui torcer e contorcer estes conceitos.

A razão, portanto, para a impossibilidade de submissão dessas questões específicas da execução concursal – como o deferimento da recuperação judicial e a decretação da falência – à arbitragem é simples: *existe um conjunto de normas especiais próprias da legislação falimentar e estabelecidas em prol do interesse público que veda essa possibilidade*. Tal como na Alemanha não se admite a submissão à arbitragem de litígios envolvendo a existência de contratos de locação residencial, consoante explicamos acima, no Brasil – e em diversos outros países – não se admite que *todas e quaisquer* questões a respeito da recuperação extrajudicial, da recuperação judicial e da falência seja submetida ao processo arbitral. A impossibilidade para tanto não diz respeito ao critério geral de arbitrabilidade objetiva adotado, mas sim à existência de normas especiais idealizadas em função de assegurar o interesse público.

No caso do processo falimentar, o interesse público está em (i) arrecadar o patrimônio do devedor insolvente, preservando-o; (ii) apurar o conjunto de dívidas da empresa, qualificando os créditos apresentados pelos credores e estabelecendo cada respectivo privilégio; (iii) apurar as causas da quebra verificando a existência de responsabilidades, inclusive de natureza penal; (iv) realizar os bens do devedor, convertendo-os eventualmente em pecúnia; (v) satisfazer determinados direitos de crédito privilegiados (trabalhistas, fiscais etc.); e, por fim, (vi) assegurar a igualdade de tratamento entre os demais, observando o caro princípio da *par conditio creditorum*, o que deve ser realizado, na visão do legislador, pelo Estado-juiz.

Essa complexa sequência parece explicar o porquê de algumas matérias nos processos falimentares não poderem ser submetidas à arbitragem, mas nada impede que outras questões possam ser solucionadas pela via arbitral. *O que vai servir de linha demarcatória será o grau de interesse público envolvido em cada hipótese, o que exige análise pontual, hipótese a hipótese*

Bem compreendidas essas premissas, passa-se ao exame de algumas questões

relacionando arbitragem e processos falimentares, iniciando-se por uma breve leitura de Direito Comparado e, em seguida, analisam-se a recuperação (extrajudicial e judicial) e a falência.

7.3. NOTAS DE DIREITO COMPARADO

7.3.1.Reino Unido

Cumpra deixar claro, em primeiro lugar, que o tema da arbitragem envolvendo empresas em processos falimentares é complexo não apenas no Brasil, como no restante do mundo. Christoph Liebscher, depois de empreender interessante pesquisa de Direito Comparado sobre o tema, que serve de referência para este item, afirma que “there is no uniform and universal answer to these and similar questions, which would be valid for all legal systems”, bem como que “what appears to be virtually impossible is to determine the actual scope of arbitrable matters”¹².

No Reino Unido, o art. 349A do *Insolvency Act* de 1986 – incluído na legislação falimentar inglesa pelo *Arbitration Act* de 1996 – dispõe sobre os efeitos da falência sobre a convenção de arbitragem anteriormente celebrada. O item 2 deste dispositivo deixa claro que, “if the trustee in bankruptcy adopts the contract, the arbitration agreement is enforceable by or against the trustee in relation to matters arising from or connected with the contract”. Assim, o administrador judicial (*trustee*) possui a prerrogativa de avaliar os contratos que serão cumpridos, inclusive aqueles que contenham cláusula compromissória, sendo certo que, nestes casos, quando o administrador judicial consinta com a execução destes contratos, tanto a massa falida pode demandar (requerente) quanto ser demandada (requerida) em processo arbitral.

Em seguida, o item 3 deste art. 349A prevê que, “if the trustee in bankruptcy does not adopt the contract and a matter to which the arbitration agreement applies requires to be determined in connection with or for the purposes of the bankruptcy proceedings – (a) the trustee with the consent of the creditors’ committee, or (b) any other party to the agreement, may apply to the court which may, if it thinks fit in all the circumstances of the case, order that the matter be referred to arbitration in accordance with the

arbitration agreement”. Quando o administrador judicial não consentir com a execução do contrato contendo a cláusula compromissória, ainda assim eventuais disputas relacionadas a esses contratos podem ser submetidas ao processo arbitral, desde que autorizado pelo juiz. Christoph Liebscher explica estas duas hipóteses:

According to section 349A Insolvency Act 1986, an arbitration agreement prior to bankruptcy will not be respected without the trustees’ consent. Where the trustee has decided not to adopt the arbitration agreement prior to bankruptcy, arbitral proceedings may nevertheless be brought to resolve a dispute. Therefore, an application to the English High Court must be made in order to obtain the courts’ permission. As a precondition for the application, either the creditors’ committee or the bankrupt party’s counterparty to the arbitration agreement has to state its consent, according to section 349A para 3 Insolvency Act 1986. It is then open to the court to consider the circumstances of the case and decide whether the dispute in question ought to be referred to arbitration¹³.

Os critérios que devem ser utilizados pelo Poder Judiciário para autorizar o início de uma arbitragem por uma empresa que já tenha tido sua falência decretada foram estabelecidos no caso *Enron v. HIH*. Neste caso, a *Enron* pretendia pleitear direitos em face de *HIH*, mas a *High Court* entendeu que não valia a pena o início de uma arbitragem neste caso porque a *Enron* não havia demonstrado suficientemente nenhuma chance de êxito na causa, razão pela qual o processo arbitral significaria meramente dispêndio de tempo e recursos da massa falida. O julgado estabelece o seguinte:

In those circumstances, I have formed the clear conclusion that this is a case which, on this material, had it been started in the High Court, I would have struck out. That being so, it seems to me that I should exercise the discretion under s. 130(2) of the Insolvency Act to prevent the reference being made to the arbitrators. I acknowledge, of course, that the parties have chosen a method of dispute resolution which effectively excludes the court from the consideration of

the merits of this dispute. Nonetheless, for the reasons which I have given, I consider that the court is obliged to consider the merits of the dispute before considering whether it ought to be allowed to go to the arbitrators and if I formed the clear view that the claim is devoid of merit, I should not permit it to go forward. That is the view which I have formed and, accordingly, I reject to the application for leave¹⁴.

Em outra ocasião, cujos detalhes são bem complexos, envolvendo eficácia transnacional de uma falência decretada em Israel e *antisuit injunctions*, a *High Court* consignou de passagem, no caso *Bannai v. Erez*, que “I see no reason why the issues between the Claimant and the Bankrupt should not be adjudicated in arbitration, and the result of the arbitration proceedings, which could, as with all arbitration proceedings, be concluded relatively speedily, can then inform the outcome of the insolvency proceedings”. Em seguida, a decisão, referindo-se ao Direito inglês, estatui que “it suffices to add that is what would occur in this jurisdiction, by reference to the provisions of s. 349A of the Insolvency Act 1986, which applies where a bankrupt was party to a contract containing an arbitration agreement, before the commencement of his bankruptcy”¹⁵.

No caso *Syska v. Vivendi*, discutiu-se questão bastante interessante consistente em saber qual o direito que rege os efeitos da decretação da falência sobre a convenção de arbitragem. Em agosto de 2003, *Vivendi* iniciou arbitragem em Londres, perante a LCIA, em face de *Elektrim* cobrando uma importância de quase dois bilhões de euros. No início de 2007, o tribunal arbitral designou audiência de instrução para outubro de 2007.

Contudo, em agosto de 2007, o Poder Judiciário polonês decretou a falência de *Elektrim*. Em consequência, *Elektrim* peticionou ao tribunal arbitral alegando que a convenção de arbitragem havia se tornado inválida em razão da incidência ao caso do art. 142 da lei falimentar polonesa, segundo o qual “any arbitration clause concluded by the bankrupt shall lose its legal effect as at the date bankruptcy is declared and any pending arbitration proceedings shall be discontinued”.

Em outubro de 2007, o tribunal arbitral realizou a audiência designada e, depois

de ouvidas as partes sobre os efeitos da decretação da falência sobre a convenção de arbitragem, proferiu, em março de 2008, sentença parcial considerando, por maioria, válida a convenção de arbitragem. Logo em seguida, em abril de 2008, *Elektrim* (representada por *Jozef Syska*, seu administrador judicial) ingressou com ação de anulação desta sentença arbitral perante o Poder Judiciário inglês. A questão, pois, se resumia a saber se o direito que regia os efeitos da decretação da falência sobre a convenção de arbitragem era o direito do país em que a falência foi decretada (Polônia) ou o direito do país sede da arbitragem (Inglaterra), bem como, em seguida, as consequências daí decorrentes a partir do direito então aplicável.

Ao final, a *High Court* entendeu, aplicando a regulamentação europeia (*EU Council Regulation n.º 1346/2000*), que “the law of the State in which the arbitration is pending shall determine all questions which affect whether the arbitration shall remain pending, including any question as to whether the effect of the insolvency is to annul the arbitration agreement, or the reference contract, and hence the reference”¹⁶. Posteriormente, o caso chegou à *Court of Appeal*, que igualmente entendeu que “the question whether pending lawsuits should be continued or discontinued in the light of insolvency is to be determined by the law of the State in which those proceedings are pending”¹⁷.

Com efeito, o Poder Judiciário inglês considerou que, ao menos quando o processo falimentar tramita em país pertencente à União Europeia, os efeitos da falência sobre a convenção de arbitragem devem ser determinados pelo direito do país da sede da arbitragem, no caso a Inglaterra, razão pela qual julgou improcedente o pedido de anulação da sentença arbitral.

7.3.2. França

Na França, há disposição expressa do *Code de Commerce* prevendo, no art. L642-24, que “le liquidateur peut, avec l’autorisation du juge-commissaire et le débiteur entendu ou dûment appelé, compromettre et transiger sur toutes les contestations qui intéressent collectivement les créanciers même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobiliers”. Interpretando este dispositivo,

Christoph Liebscher afirma que “the liquidator may conclude an arbitration agreement and may compromise with respect to all disputes that concern creditors, including those relating to immoveables, provided that the authorisation of the court and the debtor has been heard or duly given notice”¹⁸.

Como se observa, as sociedades empresárias que já tenham tido sua falência decretada podem, representadas pelo administrador judicial, celebrar convenção de arbitragem para submeter eventuais disputas à arbitragem, com a condição, porém, de que esta possibilidade seja expressamente autorizada pelo juízo da falência. Em seguida, o autor resume o entendimento da jurisprudência francesa a respeito das matérias sujeitas exclusivamente à jurisdição do Poder Judiciário francês e que, portanto, estariam excluídas do alcance da arbitragem:

In accordance with this interpretation, the competence of the commercial courts extends only to issues originating from insolvency proceedings or matters which have their source in the application of the provisions of insolvency law, or where the insolvency law affects the resolution of the dispute. The provision on jurisdiction is also liberally construed so as to exclude claims against the debtor based on retention of the title clause from the competence of the commercial court¹⁹.

7.3.3.Alemanha

Na Alemanha, conforme lecionam Rolf Trittman e Inka Hanefeld, “disputes in insolvency proceedings are generally arbitrable”²⁰. Os autores destacam que “if the arbitration agreement was concluded before the insolvency proceedings were initiated, the insolvency administrator will have to resort to arbitration unless the assets of the insolvent party are insufficient to conduct the arbitration”²¹. Em outras palavras, caso a sociedade empresária devedora tenha celebrado a convenção de arbitragem antes do início do processo falimentar, os eventuais conflitos deverão ser submetidos à arbitragem, não dependendo para tanto de autorização do juiz, do administrador judicial ou dos credores. Isso significa que a convenção de arbitragem

permanece existente, válida e eficaz mesmo depois do início da falência²².

Excepcionalmente, caso a sociedade empresária em dificuldades não tenha fundos para custear a arbitragem, o administrador judicial poderá descartar a convenção de arbitragem celebrada anteriormente ao início do processo de falência e propor as ações cabíveis perante o Poder Judiciário. A respeito desta exceção, Christoph Liebscher explica que “the German Federal Supreme Court held that if the insolvent party lacks the necessary funds to participate in the arbitral proceedings, the arbitration agreement becomes inoperable”²³.

Rolf Trittman e Inka Hanefeld esclarecem também que, “after the proceedings have commenced, the debtor does not have the authority to conclude the arbitration agreement without the consent of the insolvency administrator”²⁴. Assim, pelo que se depreende da lição dos autores, depois do início do processo falimentar, a sociedade empresária devedora não poderá mais celebrar convenção de arbitragem a não ser que o administrador judicial consinta esta possibilidade. Considerando a questão, Christoph Liebscher elenca uma série de controvérsias arbitráveis que podem surgir no âmbito da falência:

In summary, all disputes related to bankruptcy proceedings are arbitrable, including: proceedings relating to claims on behalf of the estate, to the separation of property from the estate, i.e., secured claims, preferred claims, as well as to proceedings to establish contested claims. In any insolvency of a party after the award has been rendered, the state court is not prevented from declaring the award enforceable. Insolvency proceedings avoid execution, but not any preceding act such as the declaration of enforceability²⁵.

7.3.4.Suíça

Examinando o ordenamento suíço, Christoph Liebscher explica que, “in general, civil and commercial disputes can be settled by arbitration, although one of the parties is or went bankrupt”²⁶. Segundo o autor, “despite a party’s insolvency, the arbitration agreement remains valid and binding for the trustee and the debtor itself”²⁷. Em outros

termos, o Direito suíço não torna inválida a convenção de arbitragem anteriormente celebrada em razão da decretação da falência da sociedade empresária (*debtor*), razão pela qual o administrador judicial (*trustee*) permanece a ela vinculado, não podendo ignorá-la e ingressar perante o Poder Judiciário²⁸.

A questão, contudo, torna-se mais complexa quando a convenção de arbitragem possui como parte uma empresa sediada no exterior, cuja falência tenha sido decretada pelo Poder Judiciário deste outro país, aplicando a lei falimentar lá em vigor. No conhecido caso *Vivendi v. Elektrim* (4A_428/2008 – mesmas partes do caso debatido pelo Poder Judiciário inglês, conforme relatado acima), havia uma arbitragem perante a CCI com sede em Genebra, cuja requerida *Elektrim* acabou tendo sua falência decretada pelo Poder Judiciário polonês. Diante disso, o tribunal arbitral proferiu sentença parcial entendendo por bem excluir a *Elektrim* do polo passivo da arbitragem, já que a lei falimentar polonesa estatuiu que as convenções de arbitragem celebradas pela empresa falida deixariam de produzir efeito a partir da decretação da falência.

Vivendi, então, recorreu ao Poder Judiciário suíço pretendendo a reforma desta decisão arbitral. Em 2009, o Poder Judiciário suíço considerou que “the legal capacity and thus its standing as a party in international arbitral proceedings is assessed based on Art. 154 in connection with Art. 155 (c) PILA and therefore according to Polish law”. Entendeu-se, portanto, que o Direito falimentar polonês é que deveria regular a capacidade de fato da empresa falida em relação à convenção de arbitragem, não obstante a arbitragem ter sede da Suíça. A decisão consignou que “a Polish bankrupt immediately loses its standing to participate in arbitral proceedings”, razão pela qual “the Arbitral Tribunal therefore rightly denied jurisdiction in this case”.

Interpretando essa decisão, Daniel Girsberger e Nathalie Voser explicam que “the Swiss Supreme Court held that, where the applicable law provides that an insolvent party loses its legal capacity, the party in question can no longer be a party to the arbitral proceedings”²⁹. É muito interessante observar que esta mesmíssima questão – decorrente de uma arbitragem também entre *Vivendi v. Elektrim*, mas

perante a LCIA e com sede em Londres – foi submetida ao Poder Judiciário inglês conforme explicado mais acima, mas a decisão inglesa foi no sentido oposto à decisão suíça, considerando que o Direito que rege a capacidade de fato da parte falida em relação à convenção de arbitragem é o Direito do país da sede da arbitragem (Inglaterra), o que, na prática, significou a continuidade da arbitragem.

Posteriormente, outro caso semelhante foi levado ao Poder Judiciário suíço (4A_50/2012), que acabou por abrandar o entendimento anterior. No caso, uma empresa com sede em Portugal (formada por outras três empresas alemãs) havia celebrado um contrato de venda e compra com uma empresa chinesa em 2008, contendo uma cláusula compromissória prevendo que eventuais disputas seriam solucionadas por arbitragem com sede em Genebra perante a CCI. Em 2010, a empresa chinesa iniciou arbitragem em face da empresa portuguesa, mas a requerida alegou que não poderia participar da arbitragem porque estava em curso um processo de falência contra ela desde 2008 e o Direito português limitava a capacidade de fato da sociedade empresária falida.

Em 2011, o tribunal arbitral rejeitou a alegação e determinou o prosseguimento da arbitragem. A empresa portuguesa recorreu, então, ao Poder Judiciário suíço. Em primeiro lugar, o Tribunal considerou, novamente, que, “according to Art. 154, compared with Art. 175 (c) PILA, the assessment of the Appellant’s legal capability is governed by Portuguese law”. A previsão do Direito falimentar português, de acordo com o art. 87 do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (“Art. 87 (1) P. IL”), estabelece que “fica suspensa a eficácia das convenções arbitrais em que o insolvente seja parte, respeitantes a litígios cujo resultado possa influenciar o valor da massa, sem prejuízo do disposto em tratados internacionais aplicáveis”.

Em seguida, o Tribunal suíço procurou afastar generalizações a respeito do precedente *Vivendi v. Elektrim* por ele mesmo proferido em 2009. Neste sentido, a decisão explica que “the Vivendi judgment must rather be seen in the specific context of Polish law”, razão pela qual “it may neither be generalized nor extend the observations made there as to Polish law to other legal orders”. O acórdão considerou que o Direito português não retirava de forma geral a capacidade de fato das

sociedades empresárias em decorrência da decretação da falência, razão pela qual não haveria impossibilidade de participar de arbitragem com sede na Suíça, pois neste país, especificamente em relação à convenção de arbitragem, a decretação da falência não produzia o efeito de torná-la inexistente, inválida ou ineficaz:

In summary, there is nothing to object to from the point of view of federal law when the Arbitral Tribunal reached the conclusion that Art. 87 (1) p-IL was irrelevant to the dispute at hand pursuant to the rule of favor validitatis according to Art. 178 (2) PILA. Art. 87 (1) P-IL leaves the legal personality of a bankrupt Portuguese entity untouched and therefore also its capacity to be a party in an international arbitration seated in Switzerland. According to the Swiss *lex arbitri*, Art. 87 (1) P-IL therefore regulates one aspect of the substantive validity of the arbitration agreement, which is to be assessed according to Art. 178 (2) PILA. Under Swiss law at least, bankruptcy does not affect the validity of an arbitration agreement (BGE 136 III 107 at 2.5 p. 108) and therefore Art. 87 (1) P-IL may not deprive the arbitration clause of its validity. Moreover, it is not alleged that the Appellant was not legally capable at the time the arbitration agreement was concluded or that it was not entitled to enter into the arbitration agreement³⁰.

Elogiando esta decisão suíça, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, autor de um parecer jurídico apresentado no caso que acabou sendo endossado pela tese vencedora, explica que “em Portugal é igualmente manifesto que a situação jurídica do insolvente após a declaração de insolvência não corresponde a qualquer situação de incapacidade”³¹. Na verdade, continua o autor, “o insolvente não é incapaz uma vez que a lei se limita a impedir a prática de actos de onde possa resultar diminuição do seu património, o que se desvia do regime comum das incapacidades, que se destinam à protecção dos próprios incapazes, enquanto a retirada dos poderes de administração e disposição de bens ao insolvente visa antes à protecção do interesse dos seus credores”³².

Assim, como o Direito português não impõe a perda da capacidade de fato em

razão da decretação da falência, não haveria por que impossibilitar a sociedade falida de participar da arbitragem, especialmente quando o país da sede da arbitragem assim admite.

7.4. RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL, RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA

7.4.1. Noção introdutória sobre o instituto da recuperação extrajudicial

Além da recuperação judicial, a Lei n.º 11.101/2005 prevê outro instituto desenhado com a finalidade de permitir a superação da situação de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária. Trata-se da chamada *recuperação extrajudicial*. Na forma do art. 161 da Lei de Recuperação Judicial e Falências, “o devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial”. Com efeito, **o devedor que preencher os requisitos para requerer a recuperação judicial poderá optar pela recuperação extrajudicial, propondo e negociando com seus credores um plano de recuperação. Uma vez ultimada com sucesso tal negociação, o empresário ou sociedade empresária poderá, inclusive, obter a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial**³³, na forma dos arts. 162 e 163 da lei de regência.

Consoante a lição de Francisco Satiro de Souza Junior, “a recuperação extrajudicial tem os contornos de um acordo especial entre devedor e certos credores, condicionado à homologação judicial”³⁴. *Na verdade, o plano de recuperação extrajudicial tem a natureza de um contrato plurilateral com efeitos de verdadeira transação, com novação das obrigações originalmente assumidas, com a finalidade de, entre outras coisas, salvar a empresa*³⁵. **Na prática, o devedor procura por conta própria os credores para tentar a elaboração de um plano de pagamento que lhe permita honrar com as obrigações, superar a crise e satisfazer o interesse dos credores, na medida do possível. O procedimento é bem mais simples do que o da**

recuperação judicial e o da falência, uma vez que, em tal hipótese, não há que falar das figuras massa falida, administrador judicial, habilitação de crédito, assembleia de credores ou comitê de credores.

O negócio multilateral engendrado entre devedor e credores tem a natureza de verdadeira transação, incindível, circunstância evidenciada pela regra prevista no § 2.º do art. 165 da lei. Com efeito, rejeitado o plano pelo magistrado, as condições originais dos créditos são devolvidas automaticamente aos credores aderentes, com as deduções dos valores eventualmente pagos. A mesma natureza é corroborada pelo fato de que, distribuído o pedido de homologação, os credores não podem desistir da adesão manifestada, na forma do § 5.º do art. 161. Com efeito, assinado o plano de recuperação extrajudicial e requerida a sua homologação em juízo, nenhum credor poderá desistir do plano, salvo na hipótese de todos os demais signatários consentirem, o que deixa claro, segundo Manoel Justino Ferreira Filho, “mais uma vez, o elemento contratual subjacente ao plano de recuperação extrajudicial”³⁶.

Os limites que a lei impõe à liberdade de pactuação entre o devedor e seus credores são os comuns a todo negócio jurídico (cf. arts. 166 e 171 do Código Civil) e os de não contemplar pagamento antecipado a credores nem estabelecer tratamento desfavorável a credores não participantes do plano. Francisco Satiro de Souza Junior considera que “essas características levam a afirmar que a aptidão da recuperação extrajudicial é a de solução não de um problema generalizado da empresa, mas de aspectos críticos pontuais atuais ou esperados no futuro, especialmente aqueles ligados à incapacidade de pagamento de certos credores, desençaixe financeiro provisório etc.”³⁷.

Não estão sujeitos à recuperação extrajudicial alguns créditos elencados no § 1.º do art. 161, por exemplo, créditos tributários e trabalhistas (na verdade, a renegociação em relação a esses créditos não pode ser imposta judicialmente, como pode ocorrer com os demais, como se verá adiante)³⁸. Na forma do § 4.º desse dispositivo, “o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não acarretará suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação

extrajudicial”. Com efeito, a elaboração e apresentação do plano de recuperação extrajudicial não importam na suspensão das ações e execuções propostas pelos credores *não aderentes* a este plano, ao menos até o momento em que juiz o homologue³⁹.

Há duas espécies de recuperação extrajudicial, uma *facultativa* e outra *obrigatória*⁴⁰. No primeiro caso, incide o art. 162 da lei falimentar, segundo o qual “o devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, *com as assinaturas dos credores que a ele aderiram*”. Nesta espécie, a bem da verdade, a sociedade devedora não precisaria sequer requerer a homologação em juízo, pois tudo não passaria de uma novação celebrada entre devedor e alguns credores, cuja eficácia se limitaria aqueles que tivessem celebrado o ato, como é natural nos atos negociais na esfera privada. A homologação judicial, porém, confere ao acordo algumas vantagens como tornar o plano um título executivo judicial, dar publicidade à negociação, bem como impossibilitar a apresentação de pedido de falência pelos credores signatários.

Na recuperação extrajudicial obrigatória, a situação é bem diversa. Segundo o art. 163 da lei falimentar, “o devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que *obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos*”. Conforme se observa, **no caso da recuperação extrajudicial obrigatória, o plano homologado judicialmente pode obrigar credores não signatários (*cram down*), desde que o percentual previsto na lei tenha sido alcançado. Neste ponto, o plano de recuperação se afasta de um negócio de direito privado, pois a lei o torna obrigatório mesmo para quem não aquiesceu**⁴¹.

Recebido o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, o juiz determinará a publicação de edital convocando os credores a apresentar eventual impugnação ao plano no prazo de 30 dias. Os credores poderão impugnar o plano alegando, por exemplo, o não preenchimento do percentual do art. 163 para o caso de

recuperação extrajudicial obrigatória, a prática de quais atos que caracterizam a falência, consoante a previsão do inciso III do art. 94 da Lei, bem como o descumprimento de outros requisitos previstos na lei falimentar. Depois da oitiva da sociedade empresária devedora a respeito da impugnação, o juiz, sem a oitiva do Ministério Público⁴², proferirá sentença homologando ou não o plano de recuperação extrajudicial, tudo consoante o que prescreve o art. 164 da Lei de Recuperação e Falências.

Aspecto bastante importante para o tema que estamos tratando diz respeito aos efeitos da recuperação extrajudicial sobre a capacidade de fato da sociedade empresária em dificuldades. Conforme leciona Francisco Satiro de Souza Junior, “**o devedor mantém a plena administração de seus bens, resguardadas eventuais restrições voluntárias decorrentes de aspectos do plano**”⁴³. *Com efeito, tanto na recuperação extrajudicial facultativa quanto na recuperação extrajudicial obrigatória, o devedor mantém sua capacidade de fato e continua a conduzir seus negócios, não havendo a constituição de ente jurídico autônomo (= massa falida).*

7.4.2.Noção introdutória sobre o instituto da recuperação judicial

Consoante dispõe o art. 47 da Lei de Recuperação Judicial e Falências, “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. **Como o texto legal deixa claro, a recuperação judicial é instituto que objetiva a recuperação da empresa, ou seja, busca-se com ela evitar a falência** com a maior satisfação possível dos interesses envolvidos.

A recuperação judicial não pode ser requerida pelos credores da sociedade empresária nem pelo Ministério Público, mas apenas pelo próprio devedor, isto é, pela própria sociedade empresária em dificuldades (ou, também, pelo sócio remanescente, de acordo com a literalidade do § 1.º do art. 48 da lei falimentar).

Além de preencher os requisitos presentes nos incisos dos arts. 48 e 51, a sociedade empresária precisa demonstrar, no seu pedido de recuperação judicial, “as causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira” (*caput* do art. 51).

Com efeito, a sociedade empresária deve expor as causas concretas pelas quais acredita que está passando por uma crise patrimonial, econômica e financeira, sendo certo que essas causas serão importantes para, no decorrer do procedimento, os órgãos competentes avaliarem se o plano de recuperação a ser aprovado terá efetivas condições de reverter esta situação. Conforme explica Fábio Ulhoa Coelho, “nenhuma recuperação judicial terá sucesso se o diagnóstico da crise for malfeito”⁴⁴. Pois bem, o diagnóstico da crise pela sociedade empresária é feito na petição inicial do pedido de recuperação judicial e deve ser fundamentadamente explicado.

Segundo o art. 3.º da Lei n.º 11.101/2005, “é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, *deferir a recuperação judicial* ou decretar a falência o *juízo do local do principal estabelecimento do devedor* ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”. Trata-se de regra de competência territorial funcional (e, portanto, absoluta), segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme a qual “a norma constante do artigo 3.º da Lei 11.101/05 encerra *regra de competência absoluta*”⁴⁵. Ainda segundo a jurisprudência clássica do referido Tribunal Superior, “estabelecimento principal é o local onde a atividade se mantém centralizada”, não sendo, de outra parte, ‘aquele a que os estatutos conferem o título principal, mas o que forma o corpo vivo, o centro vital das principais atividades do devedor’⁴⁶.

Estando em termos a petição inicial⁴⁷, o juiz determinará o processamento da recuperação judicial (ainda não se trata, aqui, da concessão da recuperação, mas apenas do recebimento da petição inicial)⁴⁸. Na forma dos arts. 52 e 53 da lei, essa decisão conterà/ ocasionará especialmente (i) a nomeação do administrador judicial; (ii) a determinação da suspensão de todas as ações e execuções em face do devedor pelo prazo de 180 dias (*automatic stay period*); (iii) a intimação do Ministério Público; (iv) a fluência do prazo de 60 dias para que o devedor apresente um plano

de recuperação judicial; e (v) a expedição de edital contendo o pedido de recuperação, a decisão concedendo o seu processamento, a relação de credores, a advertência a respeito do prazo para habilitações de crédito e a advertência a respeito do prazo para impugnação do plano.

O plano de recuperação judicial deve apresentar os meios pelos quais a sociedade empresária considera que conseguirá superar a crise patrimonial, econômica e financeira em que se encontra. Na forma do que dispõe o art. 50 da Lei n.º 11.101/2005, o plano de recuperação judicial pode sugerir, por exemplo, (i) a dilação dos prazos para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; (ii) a cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade empresária em dificuldades; (iii) a alteração de seu controle societário; (iv) a substituição de seus administradores; (v) o aumento do capital social da sociedade; (vi) o trespasse ou arrendamento de seu estabelecimento empresarial; (vii) a alienação parcial de bens; e (viii) o usufruto da empresa. Como se observa, o cumprimento do plano de recuperação judicial pode demandar a realização de diversos atos de alienação, todos eles de natureza exclusivamente patrimonial⁴⁹.

Apresentado o plano de recuperação judicial pelo devedor, os credores poderão impugná-lo, na forma do art. 55 da lei⁵⁰, seja para dizer que o plano não cumpre formalmente os requisitos legais, seja para dizer que o plano não possui viabilidade econômica para salvar a empresa, ocasião na qual poderão, inclusive, apresentar um plano alternativo de recuperação judicial que considerem mais adequado e/ou efetivo. Não havendo impugnação do plano de recuperação judicial (aprovação tácita), o juiz deverá homologá-lo diretamente⁵¹. Havendo qualquer impugnação, o juiz deverá determinar a realização da Assembleia Geral de Credores para que o plano de recuperação seja submetido à votação, ocasião na qual o plano poderá ser rejeitado, aprovado com modificações ou aprovado sem modificações, tudo consoante determina o art. 56 da Lei n.º 11.101/2005.

Por um lado, caso o plano de recuperação judicial seja rejeitado pela Assembleia Geral de Credores, o juiz deverá decretar a falência da sociedade empresária devedora, tal como determina o § 4.º do art. 56 do diploma falimentar

(com exceção da hipótese do § 1.º do art. 58 – *cram down*). Por outro lado, caso a Assembleia Geral de Credores aprove o plano de recuperação, com ou sem modificações, o juiz deverá homologá-lo e, por conseguinte, conceder a recuperação judicial, salvo no caso de evidente ilegalidade contida no plano⁵². São essas, basicamente, as duas opções⁵³.

A decisão judicial que homologa o plano e, por conseguinte, concede a recuperação judicial ocasiona, ainda, a novação dos créditos anteriores ao pedido de recuperação judicial e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, inclusive, conforme esclarece Eduardo Secchi Munhoz, “aqueles ausentes na assembleia geral ou vencidos pelo voto da maioria”⁵⁴. *Observe-se que, não obstante representar uma novação, figura de natureza contratual, o plano de recuperação judicial homologado se aplica até mesmo para o credor que tenha votado contrariamente à sua aprovação. Trata-se, pois, de uma exceção imposta pela lei falimentar, pois, em regra, nenhum ato de natureza contratual pode ser imposto ao contratante (não existe, em regra, contrato obrigatório). Por isso, o plano de recuperação judicial apresenta uma natureza contratual sui generis.*

A decisão que homologa o plano de recuperação, ademais, é considerada pela lei como título executivo judicial, a permitir o cumprimento forçado em relação às obrigações nele contidas, na forma do § 1.º do art. 59 da Lei. *A decisão ostenta natureza interlocutória e pode ser objeto de recurso interposto por qualquer um dos credores ou, também, pelo Ministério Público.* Conforme leciona Eduardo Secchi Munhoz, “a extensão da legitimidade recursal ao Ministério Público decorre do reconhecimento, pela Lei, do fato de que a recuperação judicial não envolve apenas interesses privados, mas também o interesse público”⁵⁵.

Concedida a recuperação judicial, o devedor deverá cumprir todas as obrigações previstas no plano cujo vencimento se dê em até dois anos a partir da concessão da recuperação. Por um lado, caso a sociedade empresária recuperanda descumpra qualquer uma das obrigações previstas no plano durante esse período, o credor poderá (i) executar o plano de recuperação judicial em processo individual ou (ii) requerer a decretação da falência da devedora, na forma do § 1.º do art. 59 e do

inciso IV do art. 73 da lei falimentar. Por outro lado, cumpridas essas obrigações com vencimento em até dois anos, o juiz encerrará a recuperação judicial por sentença, pressupondo a lei falimentar que o objetivo de preservação da empresa foi atingido, consoante o disposto no art. 63 do mesmo diploma legal.

Encerrando-se esta breve análise, cumpre examinar sumariamente um item relevante para o objeto deste trabalho, consistente em saber quais são os efeitos da recuperação judicial sobre a capacidade de fato da sociedade empresária. O art. 66 da Lei n.º 11.101/2005 estabelece que, “após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial”. Num primeiro momento, a impossibilidade de alienar bens de seu ativo – em razão de negociações que não estejam contempladas no plano de recuperação judicial – passa a impressão de que a recuperação judicial retira a capacidade de fato da sociedade empresária. Não é bem assim.

Fábio Ulhoa Coelho explica que “a sociedade empresária em recuperação judicial não tem suprimida sua personalidade jurídica”, razão pela qual ela “continua existindo como sujeito de direito apto a contrair obrigações e titularizar crédito”⁵⁶. Se está apta a contrair obrigações, é porque mantém não apenas sua personalidade jurídica como também sua capacidade de fato. Da mesma forma, Gladston Mamede considera que, não obstante atuando sob a fiscalização do administrador judicial e do comitê de credores, “durante o procedimento de recuperação judicial o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial”, pois “o comitê de credores, se houver, e o administrador judicial não têm poder de condução dos negócios”⁵⁷. A condução da atividade empresarial pressupõe capacidade de fato. Da mesma forma, cita-se a lição de Sergio Campinho:

O devedor, na recuperação judicial, não sofre as mesmas restrições que se manifestam sobre o falido. Permanece ele na condução de seu negócio, garantindo-se-lhe, por tal razão, a administração e o direito de dispor de seus bens, sem o que, diga-se de passagem, não poderia permanecer no exercício de

sua empresa e viabilizar sua salvação⁵⁸.

Isso significa que, no âmbito da recuperação judicial, a apresentação da petição inicial, a decisão determinando o seu processamento e a decisão concedendo a recuperação não afetam a capacidade de fato da sociedade empresária em dificuldades, tanto que ela é quem continuará como sujeito de direito em suas relações jurídicas. Ao contrário do que ocorre na falência, na recuperação judicial a sociedade empresária permanece com o poder de disposição sobre seus bens e direitos, não obstante dependendo, agora, de autorização judicial para realização de atos de alienação. O art. 64 da lei falimentar brasileira é expresso em afirmar que, “durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial”.

É possível que o plano de recuperação judicial preveja a substituição dos administradores da sociedade empresária, conforme permite o art. 64 da lei falimentar, o que, porém, não representa qualquer restrição em relação à capacidade de fato da própria sociedade empresária em dificuldades. Consoante o parágrafo único do art. 64, “o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial”. Ademais, na forma do *caput* do art. 65, o juiz convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor, sendo certo que, consoante o § 1.º deste mesmo dispositivo, “o administrador judicial exercerá as funções de gestor enquanto a assembleia geral não deliberar sobre a escolha deste”.

Observe-se bem que em todas essas hipóteses excepcionais é o administrador que é afastado, mas a sociedade empresária recuperanda mantém incólume sua capacidade de fato, sendo representada pelos novos administradores. Aparentemente, há certa confusão nesta hipótese de afastamento do administrador original da sociedade empresária recuperanda, alguns entendendo que isso repercute de alguma maneira na capacidade de fato da própria sociedade empresária recuperanda. *A pessoa jurídica continuará como sujeito de direito em suas relações jurídicas, não*

obstante representada por novos administradores, como ocorre em qualquer outra situação, mesmo no âmbito privado, em que há troca da administração.

Não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de uma limitação à capacidade de fato da sociedade empresária. Em relação à própria sociedade empresária, o que há é a criação de um *fator de legitimação* imposto por lei, ou seja, passa a faltar-lhe “aptidão para a prática de determinados atos jurídicos”⁵⁹. Ainda assim, este fator de legitimação é restrito especificamente à hipótese de alienação ou oneração de bens ou direitos de seu ativo permanente (ativo não circulante) fruto de negociações que não estejam previstas no plano de recuperação judicial. Ademais, é um *fator de legitimação* bastante brando, pois não chega a impedir a alienação desses ativos, mas apenas condiciona a sua realização à autorização judicial. Não se trata, pois, sequer de uma limitação absoluta.

Fábio Ulhoa Coelho leciona, a respeito do art. 66 da Lei n.º 11.101/2005, que “os atos de alienação ou oneração de bens ou direitos do ativo permanente só podem ser praticados se úteis à recuperação judicial”⁶⁰. Eduardo Secchi Munhoz ensina que a expressão legal “evidente utilidade reconhecida pelo juiz” deve ser entendida “em consonância com o interesse público que preside o processo de recuperação, ou seja, o juiz deverá autorizar a prática dos atos sempre que contribuam para a reorganização da empresa viável, mantendo-se a fonte produtiva importante para o desenvolvimento econômico do País”, bem como “deve, por outro lado, indeferi-la, quando verificar que tais atos não contribuirão para a recuperação da empresa, comprometendo o direito dos credores anteriores ao pedido”⁶¹.

Em conclusão, a restrição imposta pelo art. 66 da Lei de Recuperação Judicial e Falências não extingue nem suspende a capacidade de fato da sociedade empresária. Em primeiro lugar, porque a sociedade empresária é quem continuará como sujeito de direito de suas relações jurídicas, tal como informa o art. 64 da Lei (não se forma, na recuperação judicial, uma massa falida como entidade independente). Em segundo lugar, porque a restrição não se aplica se o negócio jurídico em pauta estiver previsto no plano de recuperação judicial. Em terceiro lugar, porque a restrição se dirige apenas e tão somente aos atos de alienação ou

oneração de bens integrantes do ativo permanente (ativo não circulante), ou seja, não se trata de uma restrição geral e irrestrita. O art. 66 da lei falimentar brasileira, em verdade, impõe um *fator de legitimação* para determinados atos à sociedade empresária em dificuldades, o que não se confunde com extinção ou suspensão de sua capacidade de fato.

7.4.3. Noção introdutória sobre o instituto da falência

A falência é o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor empresário (sociedade empresária ou empresário individual) por excelência⁶². Segundo o art. 75 da Lei n.º 11.101/2005, a finalidade da falência é “preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”. No caso da falência, a sociedade empresária passa por uma crise financeira atual e uma crise econômica *permanente*, ao contrário do que ocorre na recuperação judicial, marcada pela mesma crise financeira atual, mas por uma crise econômica aparentemente *temporária*⁶³.

Também ao contrário do que ocorre na recuperação judicial, a falência pode ser requerida não apenas pelo próprio devedor como também por qualquer credor, na forma da literalidade do art. 97 da Lei de Recuperação Judicial e Falências. Não há previsão legal explícita outorgando legitimidade ativa ao Ministério Público para requerer a falência de sociedade empresária.

Os pressupostos da falência estão dispostos no art. 94, conforme o qual será decretada a falência (i) do devedor que não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título executivo protestado cujo valor supere 40 salários mínimos; (ii) do executado por qualquer quantia líquida que não paga, não deposita ou não nomeia bens à penhora no prazo legal; ou (iii) do devedor que pratica quaisquer dos atos descritos nas alíneas “a” a “g” do inciso III deste art. 94, conhecidos como os “atos da falência”⁶⁴. Nestes casos, o credor (ou os credores em litisconsórcio ativo) pode ajuizar o pedido de decretação da falência no foro do principal estabelecimento do devedor (art. 3.º da lei falimentar).

Recebida a petição inicial, o juiz determinará a citação do devedor para

contestar. Caso o pedido de falência esteja fundado no não pagamento ou na não indicação de bens à penhora, o devedor poderá depositar o valor perante o juízo falimentar (*depósito elisivo*), pondo fim às possibilidades de decretação da falência (art. 98 da Lei n.º 11.101/2005). Nesta fase, são partes da demanda falimentar apenas o(s) credor(es) requerente(s) e o devedor, não havendo neste momento integração de outros credores à relação jurídica processual. Literalmente, também não há previsão na lei para oitiva do Ministério Público nesta fase inicial do processo falimentar⁶⁵.

Convencendo-se das razões expostas na petição inicial, o juiz decretará a falência da sociedade empresária devedora. Na forma do art. 77 da Lei n.º 11.101/2005, a decretação da falência determina, especialmente, o vencimento antecipado das dívidas do devedor. Além disso, a sentença da falência, entre outras coisas, (i) fixará o termo legal da falência; (ii) determinará que o falido apresente a relação de credores; (iii) fixará o prazo para habilitação de crédito; (iv) ordenará a suspensão de todas as ações e execuções em curso em face do falido; (v) proibirá a prática de qualquer ato de alienação ou oneração dos bens do falido; (vi) nomeará o administrador judicial; (vii) convocará a assembleia geral de credores para a constituição de Comitê de Credores; bem como (viii) determinará a intimação do Ministério Público, tudo na forma do art. 99 da Lei de Recuperação Judicial e Falências.

Na falência, o administrador judicial não será mero fiscalizador como na recuperação judicial, mas terá uma série de atribuições executivas, consoante a enumeração do art. 22 da lei falimentar. Assim, o administrador judicial deverá, por exemplo, (i) relacionar os processos e assumir a representação judicial da massa falida; (ii) praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores; (iii) praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação; (iv) representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores; e (v) requerer todas as medidas e diligências necessárias para o cumprimento desta Lei, a proteção da massa ou a eficiência da administração.

No cumprimento de suas funções, o administrador judicial deverá averiguar quais são os créditos a serem pagos. Neste sentido, o § 1.º do art. 7.º estabelece que “os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados”. Trata-se do conhecido procedimento de habilitação de créditos. Como se vê, a partir da decretação da falência, a relação processual até então existente deixa de ser individual para se transformar, efetivamente, num concurso de credores, ou seja, em uma execução concursal.

Ciente dessas manifestações, o administrador judicial publicará a relação de credores (e dos créditos a serem pagos). Na forma do art. 8.º da lei falimentar, “o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado”. Portanto, a relação de credores elaborada pelo administrador judicial pode ser impugnada perante o juízo da falência.

Por um lado, caso não haja impugnações, o juiz homologará a relação de credores apresentada pelo administrador judicial como quadro geral de credores, consoante permite o art. 14 da Lei n.º 11.101/2005. Por outro lado, na hipótese de haver impugnação, o juiz, depois de realizado o contraditório e apresentado parecer pelo administrador judicial, definirá se a questão já está madura para julgamento ou, então, deferirá as provas requeridas e designará audiência de instrução e julgamento. Caso julgue improcedentes as impugnações, o juiz homologará a relação de credores apresentada pelo administrador judicial como quadro geral de credores. Já na hipótese de julgar procedente a impugnação, o juiz determinará as modificações necessária na relação de credores anteriormente apresentada pelo administrador judicial.

Além disso, o administrador judicial “efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens, separadamente ou em bloco, no local em que se encontrem, requerendo ao juiz, para esses fins, as medidas necessárias”, na forma do art. 108 da lei falimentar. A arrecadação dos bens do devedor formará a massa falida,

cujos montantes servirão para satisfação dos direitos de créditos ora reclamados. O administrador judicial arrecadará todos os bens na posse do devedor, mesmo aqueles que não sejam de sua propriedade.

Caso algum terceiro tenha algum bem de sua propriedade arrecadado, poderá ingressar com a denominada *ação de restituição*, regulamentada nos arts. 85 a 93 da lei falimentar⁶⁶. Segundo consta do art. 85, “o proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição”. Recebido o pedido de restituição, o juiz determinará a oitiva do falido, do Comitê de Credores, dos credores e do administrador judicial, valendo como contestação qualquer manifestação contrária à restituição. Produzidas as provas e realizada eventual audiência de instrução e julgamento, o juiz proferirá sentença, julgando procedente ou improcedente o pedido. Caso julgue procedente o pedido, a sentença determinará a entrega do bem ao terceiro no prazo de 48 horas.

Com a finalidade de preservação dos bens integrantes do acervo, o juiz poderá declarar *ex officio* a ineficácia perante a massa falida de uma série de atos de disposições de patrimônio do devedor praticados anteriormente à decretação da quebra. Assim, são ineficazes perante a massa falida, por exemplo, o pagamento de dívidas não vencidas, o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis de modo diverso do que aquele previsto no contrato, a constituição de direito real de garantia, a prática de atos a título gratuito e a transferência de propriedade entre vivos, tudo conforme a enumeração do art. 129 da Lei n.º 11.101/2005.

Ademais, a massa falida (representada pelo administrador judicial), qualquer credor ou o Ministério Público poderá propor a chamada *ação revocatória*, consoante o art. 132 da Lei de Recuperação Judicial e Falências, cuja finalidade é reaver bens alienados em decorrência de atos praticados entre devedor e terceiros com a intenção de prejudicar os credores. Na forma do que dispõe o art. 135 da lei falimentar, “a sentença que julgar procedente a ação revocatória determinará o retorno dos bens à massa falida em espécie, com todos os acessórios, ou o valor de mercado, acrescidos das perdas e danos”.

Arrecadados e avaliados, os bens deverão ser alienados para que o passivo do devedor seja, na medida do possível, pago. Nesse sentido, o art. 140 da Lei n.º 11.101/2005 admite (i) a alienação da empresa; (ii) a alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; e, também, (iii) a alienação dos bens individualmente considerados. Eleita a modalidade de alienação dos ativos, o art. 142 da Lei de Recuperação Judicial e Falências deixa claro que “o juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se proceda à alienação do ativo”, o que poderá ocorrer via leilão, propostas fechadas ou pregão, devendo o Ministério Público ser intimado em qualquer hipótese.

Após a realização do ativo e descontados os créditos extraconcursais, serão satisfeitos os direitos de créditos dos credores, atendendo-se à ordem legal disposta no art. 83 da Lei de Recuperação Judicial e Falência (créditos trabalhistas, créditos com garantia real, créditos tributários, créditos com privilégio especial, créditos com privilégio geral e créditos quirografários). Distribuído o produto da realização do ativo entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz. Recebidas as contas pelo juiz, poderão ser apresentadas impugnações, a respeito das quais se manifestará o Ministério Público e o próprio administrador judicial. Em seguida, o juiz proferirá sentença julgando estas contas.

Julgadas as contas, o administrador judicial apresentará o relatório final da falência, indicando o valor do ativo e o do produto de sua realização, o valor do passivo e o dos pagamentos feitos aos credores, bem como especificará as responsabilidades com que continuará o falido. Consoante o disposto no art. 156 da lei falimentar, “apresentado o relatório final, o juiz encerrará a falência por sentença”.

Descrito o procedimento da falência de forma resumida, cumpre destacar cinco dispositivos que tratam do poder de disposição a respeito dos bens arrecadados pela sociedade empresária falida e pelo administrador judicial, o que se revela importante para os fins deste trabalho.

Iniciando-se pelas consequências da decretação da falência sobre o poder de disposição do falido, cumpre registrar que, na forma do inciso VI do art. 99 da lei

falimentar, “a sentença que decretar a falência do devedor, entre outras determinações [...] *proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido*, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do *caput* deste artigo”.

Interpretando este dispositivo, Vera Helena de Mello Franco explica que, “a partir da declaração de falido, *este perde o direito de administrar e de dispor de seus bens*, o que implica, também, vedar que possa sobre eles criar quaisquer ônus”⁶⁷. No mesmo sentido, o art. 103 da Lei de Recuperação Judicial e Falências estabelece que, “desde a decretação da falência ou do sequestro, *o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor*”.

A mencionada autora esclarece que “não se cuida, todavia de desapropriação, mas sim de ‘desapossamento’, de molde a constituir a massa falida objetiva, salvaguardando o interesse dos credores”⁶⁸. *Assim, a partir da decretação da falência, a sociedade empresária falida não detém mais o poder de disposição sobre os bens e os direitos que possuía, pois esses bens e direitos agora comporão a massa falida, entidade independente da sociedade empresária e sob administração/fiscalização do juiz da falência, do Comitê de Credores e do administrador judicial*. Ao contrário do que ocorre na recuperação judicial, em que o recuperando permanece com poder de disposição sobre seus bens e direitos, não obstante dependendo de autorização judicial para alguns atos negociais, *no caso da falência há a completa perda de poder de disposição sobre o acervo de bens e direitos que comporá a massa falida*.

Vera Helena de Mello Franco detalha ainda que “o falido não perde a propriedade de seus bens, apenas não pode mais deles dispor e gozar, posto que, privado da sua administração, não pode mais perceber-lhes os frutos”⁶⁹. Ademais, continua a autora, “tampouco existe aqui perda da capacidade jurídica”, tanto é que a sociedade empresária falida “pode fiscalizar a administração da falência, requerer quaisquer providências conservatórias dos bens arrecadados e o que for a bem dos seus direitos e interesses, ademais de poder intervir nas ações em que a massa seja

parte, na forma assinalada no parágrafo único”⁷⁰.

Em conclusão, apesar de a sociedade empresária falida não perder sua capacidade de fato, perde ela o poder de administração de seus bens, que passam a formar um ente autônomo denominado de massa falida, sob administração/fiscalização dos órgãos da falência. Trata-se, novamente, de um fator de legitimação imposto por lei – e não de suspensão ou extinção da capacidade de fato da sociedade empresária –, mas em grau muito mais elevado do que aquele imposto na recuperação judicial, pois na falência a sociedade empresária perde completamente o poder de disposição sobre os bens e direitos que formarão a massa falida.

Passando-se a analisar o administrador judicial, cumpre examinar, em primeiro lugar, o § 3.º do art. 22 da lei falimentar, segundo o qual “na falência, o administrador judicial não poderá, *sem autorização judicial*, após ouvidos o Comitê e o devedor no prazo comum de 2 (dois) dias, *transigir sobre obrigações e direitos da massa falida* e conceder abatimento de dívidas, ainda que sejam consideradas de difícil recebimento”. Manoel Justino Ferreira Filho explica que “o parágrafo estipula, *a contrario sensu*, que o administrador pode transigir sobre obrigações e direitos da massa falida, bem como conceder abatimento no pagamento de dívidas, desde que esteja autorizado pelo juiz, autorização que será decidida após ouvidos o Comitê e o devedor”⁷¹.

Assim, o administrador judicial está autorizado a transigir sobre as obrigações e os direitos da massa falida, mas isso somente será possível com autorização judicial e depois da realização de consulta ao Comitê de Credores e à sociedade empresária. Sem autorização judicial, o ato de alienação é inválido. Veja-se, portanto, que a decretação da falência não ocasiona a indisponibilidade *tout court* dos bens e dos direitos arrecadados, do contrário não seria possível a chamada realização do ativo (= alienação de bens). *A indisponibilidade diz respeito apenas ao falido, trata-se, pois, de uma indisponibilidade relativa.*

O art. 114, por sua vez, estatui que “o administrador judicial poderá *alugar ou celebrar outro contrato referente aos bens da massa falida*, com o objetivo de

produzir renda para a massa falida, *mediante autorização do Comitê*". Literalmente, a lei falimentar, nesse caso, não exige autorização judicial para que o administrador judicial celebre, representando a massa falida, contratos de aluguel ou contratos de arrendamento dos bens arrecadados. Bastaria, nesta hipótese, a autorização do Comitê de Credores.

Interpretando essa disposição, porém, Manoel Justino Ferreira Filho aduz que "este art. 114 prevê, na realidade, uma forma de continuação do negócio", sendo certo que "poderá o administrador, com autorização do Comitê, se existente, *e autorização prévia do juízo*, celebrar contratos que poderão propiciar a continuação do negócio, além, é claro, de outros tipos de contrato que poderão ter interesse para a massa"⁷². Em sentido diverso, Fábio Ulhoa Coelho ensina que "autorizado pelo Comitê – *e quando este órgão não existir, pelo juiz* –, o administrador judicial pode alugar o bem arrecadado, ou, mediante outro contrato qualquer, dele extrair renda"⁷³. *Dependendo ou não de autorização judicial, o fato é que não há uma liberdade absoluta do administrador judicial para dispor sobre os bens e direitos da massa falida*⁷⁴.

É de destacar também a atribuição constante do art. 117 da lei falimentar. Segundo o mencionado dispositivo de lei, "*os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê*". Observe-se que a decretação da falência não impõe a dissolução automática dos contratos já celebrados pela sociedade empresária falida, mas confere ao administrador judicial a prerrogativa de avaliar quais contratos bilaterais devem continuar sendo cumpridos⁷⁵.

Segundo a lição de Fábio Ulhoa Coelho, "o sentido do comando normativo é c de assentar a faculdade de os órgãos da falência (isto é, o administrador judicial autorizado pelo Comitê, quando existente) desconstituírem a relação contratual desinteressante para a massa"⁷⁶. O dispositivo, mais uma vez, não exige literalmente a autorização judicial para que o administrador judicial cumpra ou deixe de cumprir os contratos bilaterais, requerendo apenas autorização do Comitê de Credores. Neste

sentido, Fábio Ulhoa Coelho aduz que “nas falências em que o Comitê não existe, o administrador judicial *isoladamente* deve decidir a partir do que entende seja o mais conveniente para a massa”⁷⁷. Manoel Justino Ferreira Filho não descarta, contudo, que, “se houver, *no entendimento do juiz*, óbice ou qualquer tipo de impedimento ao cumprimento do contrato, tal fato será fixado em regular determinação de natureza jurisdicional”⁷⁸.

Sob outro aspecto, pode-se dizer que o administrador judicial não possui poder discricionário para decidir se cumpre ou não os contratos bilaterais já celebrados, razão pela qual deve apontar o critério que utilizou, tendo como baliza sempre o melhor interesse da massa falida (o que, na prática, significa o melhor interesse dos credores). Neste sentido, a lei falimentar estabelece três critérios, quais sejam: (i) possibilidade de redução do passivo da massa falida; (ii) possibilidade de evitar o aumento do passivo da massa falida; ou, então, (iii) necessidade de manutenção/preservação dos ativos da massa falida. Nem sempre será fácil identificar como estes critérios devem ser aplicados no caso concreto.

O administrador judicial, portanto, possui a prerrogativa de cumprir ou não os contratos bilaterais já celebrados pela sociedade empresária em momento anterior à decretação da falência, bastando para isso que obtenha a autorização do Comitê de Credores. Caso o administrador judicial decida não cumprir algum contrato bilateral, a outra parte poderá ingressar com ação pleiteando a adequada indenização e, posteriormente, poderá habilitar esse crédito entre os quirografários na falência⁷⁹. A respeito destas possibilidades, Paulo Salvador Frontini explica o seguinte:

O administrador judicial pode preferir dar cumprimento ao contrato bilateral, o que significa que deverá adimplir, em nome da massa falida, e com recursos desta, as prestações devidas pelo falido, mas, paralelamente, a outra parte contratante, também deverá cumprir as prestações devidas, originariamente, ao empresário e, após a falência, devidas à massa falida. [...]. Se a deliberação for no sentido de não cumprir – ou se não houver manifestação expressa pelo cumprimento – restará à outra parte contratante demandar, “em processo

ordinário”, o direito à indenização, cujo montante constituirá crédito quirografário⁸⁰.

O autor considera, ainda, que “o art. 117 cuida das obrigações contratuais, *que estavam em execução*, com prestações bilaterais, de parte do empresário e da outra parte contratante, sobrevindo a falência no curso desse intercâmbio contratual”⁸¹. Esta lição parece indicar que o art. 117 da Lei n.º 11.101/2005 somente se aplica para contratos de execução diferida (v.g., contrato de venda e compra com entrega futura) e para contratos de trato sucessivo (por exemplo, contrato de arrendamento), pois o contrato precisa ainda estar em curso⁸². A lei parece indicar que se os contratos bilaterais *podem ser cumpridos* é porque eles ainda não foram extintos (adimplemento ou inadimplemento), ou seja, é porque estes contratos ainda estão sendo ou serão executados.

A razão para isso é que o art. 117 da Lei criou, na verdade, uma exceção ao princípio do *pacta sunt servanda*, permitindo ao administrador judicial, num sentido estritamente jurídico, deixar de cumprir contratos bilaterais que não estejam sendo benéficos para a comunhão de bens e de direitos que formam a massa falida. Num sentido negocial – e talvez mais importante –, o que o art. 117 da lei falimentar fez foi permitir ao administrador judicial consertar os equívocos negociais que acabaram levando o devedor à falência. Caso esse dispositivo não existisse, a massa falida viveria a perpetuação da má administração, ao menos em relação aos contratos já ajustados.

7.5. QUESTÕES POLÊMICAS ENVOLVENDO ARBITRAGEM E EXECUÇÃO CONCURSAL (RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL, RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA)

7.5.1 Arbitragem e recuperação extrajudicial: art. 163 da Lei de Recuperação Judicial e Falências

A **recuperação extrajudicial** realiza-se especialmente por meio de um *contrato plurilateral* – o plano de recuperação extrajudicial –, cujo objeto é a novação das obrigações com a finalidade, entre outras coisas, de salvar a empresa da bancarrota. Por conta dessas características, pode-se dizer que a sua **natureza é essencialmente contratual** (não obstante uma exceção, como já visto acima e será revisto adiante, na recuperação extrajudicial obrigatória).

Evidentemente que o devedor e os credores, na elaboração do plano de recuperação extrajudicial, têm ampla liberdade para alterar as cláusulas contratuais dos contratos em curso, de modo a permitir a recuperação da empresa em dificuldade, desde que observadas as limitações dos parágrafos primeiro e segundo do art. 161 da lei falimentar. **Neste contexto, o devedor e os credores podem inserir uma cláusula compromissória no plano de recuperação extrajudicial, alcançando uma ou mais relações jurídicas nele contempladas, mesmo que não haja cláusula compromissória nos contratos originais.** Da mesma forma, afigura-se plenamente lícito que eventuais cláusulas compromissórias presentes nos contratos já celebrados entre o devedor e o(s) credor(es) sejam desconstituídas (distrato da cláusula compromissória) ou repactuadas (novação da cláusula compromissória).

Mesmo após a elaboração, negociação e homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial, na hipótese de surgimento de conflitos, podem devedor e o(s) credor(es) validamente firmar compromisso arbitral para solucionar tais controvérsias. **A escolha de tal método de resolução de conflitos não tem como pressuposto a preexistência de cláusula compromissória nos contratos anteriormente celebrados entre o devedor e o(s) credor(es) nem a existências de pacto arbitral no plano de recuperação extrajudicial.** Trata-se, em todos esses casos, de simples expressão da autonomia privada. **A liberdade de contratar, na recuperação extrajudicial, é bastante ampla.**

Nesta temática, há uma questão um pouco mais complexa. Como se disse, há **duas espécies de recuperação extrajudicial, uma facultativa e outra obrigatória.** Na **recuperação extrajudicial facultativa, o devedor poderá requerer em juízo a homologação do plano de recuperação extrajudicial com a assinatura de todos os**

credores que tenham optado *voluntariamente* por aderir ao plano. Os credores que *não concordaram* com o plano *não são alcançados* pelas modificações nele contempladas. *Assim, a inclusão ou exclusão de cláusula compromissória no plano de recuperação extrajudicial facultativa alcançará apenas e tão somente os credores que tenham aderido a ele, não se podendo impor o pacto arbitral presente no plano de recuperação extrajudicial facultativa aos credores que não tenham concordado com o plano.*

Na hipótese da *recuperação extrajudicial obrigatória*, porém, o art. 163 da lei falimentar prevê que “o devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que *obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos*”. Neste caso, a homologação judicial fará com que o plano de recuperação extrajudicial vincule todos os credores, inclusive aqueles credores que tenham discordado de seus termos, desde que estejam de acordo com o plano mais de 3/5 do total de credores.

A grande questão que surge aqui é a seguinte: *a homologação judicial de plano de recuperação extrajudicial obrigatória que contenha cláusula compromissória vinculará também os credores dissidentes do plano à via arbitral, obrigando-os a submeter eventuais conflitos de interesses à arbitragem?* Deve-se privilegiar aqui a literalidade do art. 163 da Lei n.º 11.101/2005, que não estabeleceu exceções? Deve-se entender que o eventual interesse público presente na recuperação extrajudicial obrigatória – o fim de salvar a empresa – sacrifica a vontade individual do credor que tenha discordado do plano também em relação à arbitragem? Pode-se fazer uma comparação com o que ocorre na inclusão de cláusula compromissória nos atos constitutivos de sociedades empresárias para vincular os sócios dissidentes? Ou se deve, na verdade, entender que essa eficácia vinculante do plano de recuperação extrajudicial obrigatória só diz respeito às questões econômicas?

Na doutrina, Ronaldo Vasconcelos explica que, “na recuperação extrajudicial, nada impede que os credores e o devedor prevejam a arbitragem como forma de solução de conflitos provenientes da interpretação ou da falha de cumprimento das

disposições estabelecidas no plano de recuperação extrajudicial, justamente pelo fato de esse instituto viabilizar a escolha daqueles credores que com o devedor deseja ‘contratar’⁸³. No que diz respeito à vinculação dos credores dissidente do plano de recuperação extrajudicial obrigatória à cláusula compromissória aprovada pela maioria, o autor responde negativamente:

Respeitosamente, discordamos desse posicionamento, uma vez que **a questão central consiste em saber se a maioria votante, independentemente da vontade minoritária, pode afastar a competência da jurisdição estatal e, em seu lugar, adotar o juízo arbitral. Dentro desse contexto, temos que o consentimento é indispensável para que se possa, validamente, suprimir o conflito da apreciação da jurisdição estatal e submetê-lo à jurisdição convencional. A cláusula arbitral só pode ser imposta àqueles credores que houverem expressamente aderido a ela, ainda que o *quorum* qualificado previsto no art. 163 da Lei de Recuperação e Falências seja alcançado**⁸⁴.

No mesmo sentido, Renato Stephan Grion, Luiz Fernando Valente de Paiva e Guilherme Piccardi de Andrade Silva também entendem que a posição no sentido da submissão ao processo arbitral dos credores dissidentes “mostra-se conflitante com relação à premissa, defendida pela maior parte da doutrina pátria, de que, no contexto brasileiro, é inexistente a figura da arbitragem obrigatória”, razão pela qual, continuam os autores, “seria juridicamente impossível compelir os credores discordantes a submeter a solução de seus conflitos à jurisdição arbitral”⁸⁵.

No nosso ponto de vista, também ***não é possível submeter à arbitragem os credores que tenham dissentido do plano de recuperação extrajudicial obrigatória, ainda que o plano tenha contado com a aquiescência de mais de 3/5 do total de credores e que tenha sido homologado judicialmente*** a base na arbitragem, de modo que se não houve concordância, tácita ou expressa, prévia ou atual, em relação à convenção de arbitragem, não pode o credor dissidente do plano de recuperação extrajudicial obrigatória ser forçado a se submeter ao processo arbitral.

Observe-se que não faz sentido querer aplicar aos credores dissidentes do plano

de recuperação extrajudicial obrigatória o mesmo racional aplicado aos sócios dissidentes da inclusão da cláusula compromissória nos atos constitutivos das sociedades empresárias. No âmbito das sociedades empresárias, o sócio manifesta sua vontade de se submeter à vontade da maioria (princípio majoritário) quando decide ingressar na sociedade, razão pela qual a cláusula compromissória inserida nos atos constitutivos pelo voto da maioria por ser imposta a ele, mesmo que ele tenha votado contrariamente a esse resultado. **O plano de recuperação extrajudicial obrigatória, ao contrário, é um contrato plurilateral, assinado individualmente por cada credor, sem que ele faça parte de qualquer sociedade ou associação previamente constituída em que eventualmente tenha consentido em se submeter à vontade da maioria. Não houve manifestação prévia de vontade neste sentido.**

Por outro lado, quando a lei específica menciona a possibilidade de compelir os credores ao cumprimento do plano, desde que alcançado o percentual de concordância mencionado na lei, a norma deve ser interpretada dentro dos limites específicos para os quais foi editada, como norma especial que é, ou seja, apenas para vincular todos os credores aos refinanciamentos e concessões previstas no plano. Nunca para impor a retirada de outros direitos essenciais, inclusive de índole constitucional, como o direito de ir a juízo. O paralelo com o fenômeno societário acima mencionado é assaz relevante: para que tivesse lugar foi necessária lei específica.

Dentro da comparação, também não há, na seara da recuperação extrajudicial, qualquer alternativa aos credores dissidentes para se desligarem do plano caso não concordem com a inserção da cláusula compromissória. No âmbito das sociedades empresárias, como se sabe, o sócio dissidente da inclusão da cláusula compromissória nos atos constitutivos pode exercer o seu direito de recesso (direito de retirada), haja vista as previsões constantes no art. 136-A da Lei das Sociedades por Ações e no art. 1.077 do Código Civil. Com efeito, *se o credor dissidente do plano de recuperação extrajudicial obrigatória não possui alternativa ao plano ou qualquer outro mecanismo similar que lhe permita solução outra senão os termos da recuperação, não pode ser obrigado, nesse caso específico, a seguir a decisão da maioria e, portanto, não pode ser submetido, mandatoriamente, à via arbitral.*

7.5.2. Arbitragem e recuperação judicial

7.5.2.1. Efeitos da recuperação judicial sobre a convenção de arbitragem já celebrada: arts. 49, 64, 65 e 66 da Lei de Recuperação Judicial e Falências

No início deste capítulo, tivemos a oportunidade de registrar que a maioria das matérias relacionadas à recuperação judicial pode ser submetida à arbitragem, com exceção daquelas questões em que há norma especial, mesmo implicitamente, afastando esta possibilidade (impossibilidade jurídica) e daquelas hipóteses em que a multiplicidade de interesses não recomenda o uso do processo arbitral por uma questão de eficiência econômica (inconveniência prática). Tendo isso em mente, cumpre examinar neste item a eficácia da decisão que defere o pleito recuperacional sobre a convenção de arbitragem firmada entre devedor e credor anteriormente. Essa decisão torna inexistente, inválida ou ineficaz a convenção de arbitragem?

Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, referindo-se aos contratos sujeitos ao plano nos quais haja cláusula compromissória, ensinam que, “**havendo cláusula de arbitragem, eventual divergência sobre o valor do crédito deveria ser decidida na esfera arbitral**”, sendo certo que “apurado o valor na corte arbitral, este seria comunicado ao administrador judicial para efeito de inclusão no quadro geral de credores”⁸⁶. Pelo que se compreende da lição dos renomados autores, **a cláusula compromissória presente em contratos celebrados anteriormente à concessão da recuperação judicial permanece existente, válida e eficaz, razão pela qual eventual conflito surgido entre sociedade empresária recuperanda e credor deve ser, em regra, solucionado na via arbitral.**

Da mesma forma, Carla Crippa entende que, “a rigor, não haveria razão para que o devedor se recusasse a reconhecer negócios jurídicos celebrados antes do pedido de recuperação judicial e, como consequência lógica, também não haveria razão para que o devedor se recusasse a reconhecer a validade de convenções de arbitragem

anteriores ao pedido de recuperação judicial”⁸⁷. Segundo a autora, “não existe na Lei 11.101/2005 qualquer restrição ao cumprimento de convenções de arbitragem”⁸⁸. Comungando desse ponto de vista, Renato Stephan Grion, Luiz Fernando Valente de Paiva e Guilherme Piccardi de Andrade Silva lecionam que **a superveniência da recuperação judicial “em nada afeta a validade e a eficácia de convenções arbitrais previamente pactuadas, que constituem ato jurídico perfeito e acabado”**⁸⁹.

Talvez a questão mais complexa atinente aos efeitos da concessão da recuperação judicial sobre a convenção de arbitragem diga respeito ao art. 66 da Lei n.º 11.101/2005, pois a partir dele poderiam surgir entendimentos no sentido de que a sociedade empresária recuperanda perderia a sua capacidade de fato e, assim, a convenção de arbitragem passaria a ser inválida, pela ausência superveniente de capacidade do agente (não haveria mais “partes capazes de contratar”, conforme menciona o *caput* do art. 1.º da Lei de Arbitragem). Na visão de Carla Crippa, “a lei somente proíbe [...] a alienação ou oneração de bens ou direitos que façam parte do ativo permanente do devedor, o que não seria o caso do cumprimento da convenção de arbitragem”⁹⁰.

No mesmo sentido, mas a partir de outros fundamentos, Renato Stephan Grion, Luiz Fernando Valente de Paiva e Guilherme Piccardi de Andrade Silva explicam que **“a convenção arbitral deverá ser considerada válida e eficaz se, no ato da contratação, havia capacidade plena da parte para a celebração de negócios jurídicos, e não no momento em que efetivamente surge o conflito a ser dirimido por arbitragem”**⁹¹. Segundo os autores, a capacidade de fato das partes da convenção de arbitragem deve ser avaliada no momento da celebração do pacto arbitral e não posteriormente à concessão da recuperação judicial, de modo que o deferimento da recuperação judicial não invalida a convenção de arbitragem anteriormente celebrada.

Conforme já tivemos oportunidade de demonstrar mais acima, o art. 66 da Lei n.º 11.101/2005 estabelece que, “após a distribuição do pedido de recuperação judicial, *o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com*

exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial”. Não obstante o mencionado dispositivo de lei limite o poder de disposição, criando um *fator de legitimação* consistente na necessidade de autorização judicial, *a sociedade empresária recuperanda não tem suspensa ou extinta a sua capacidade de fato*⁹², de modo que não há nenhuma razão para se entender pela invalidade superveniente da convenção de arbitragem por conta do deferimento da recuperação judicial.

Prova evidente disto é que não há nenhuma disposição na Lei de Recuperação Judicial e Falências ou mesmo no Código Civil retirando a capacidade de fato da sociedade empresária recuperanda. Muito ao contrário. O art. 64 da Lei n.º 11.101/2005 é expresso em afirmar que, “durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial”. Desta forma, ao contrário do que ocorre na falência, na recuperação judicial não há formação de massa falida, razão pela qual a própria sociedade empresária recuperanda é quem permanece à frente de seus negócios, cumprindo as obrigações pretéritas e estabelecendo novas relações jurídicas, no exercício de sua capacidade de fato.

Excepcionalmente, o juiz pode determinar o afastamento dos administradores da sociedade empresária recuperanda, conforme permite o art. 64 da lei falimentar. Nesse caso, consoante o parágrafo único deste mesmo dispositivo “o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial”. Ademais, na forma do *caput* do art. 65, o juiz convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor, sendo certo que, consoante o § 1.º deste mesmo dispositivo, “o administrador judicial exercerá as funções de gestor enquanto a assembleia geral não deliberar sobre a escolha deste”.

Observe-se bem que em todas essas hipóteses excepcionais é o *administrador* que é afastado, mas a *sociedade empresária recuperanda* mantém incólume a sua capacidade de fato, sendo representada pelos novos administradores. *Cumprido, pois, afastar qualquer eventual confusão no sentido de que o afastamento do*

administrador original da sociedade empresária recuperanda pudesse ocasionar a extinção da capacidade de fato da própria sociedade empresária recuperanda. Diga-se e repita-se: mesmo nessa hipótese, a capacidade de fato da sociedade permanece hígida, razão pela qual não há que se falar em invalidade superveniente da convenção de arbitragem anteriormente celebrada.

Cumpra lembrar que o plano de recuperação judicial pode prever uma série de medidas negociais, por exemplo, a fusão com outra sociedade empresária, o arrendamento de seu estabelecimento empresarial, a alienação parcial de bens e o usufruto da empresa. *Todas essas medidas serão realizadas pela própria sociedade, isto é, o sujeito de direito que figurará como parte em sentido material em todas essas relações jurídicas é a sociedade empresária recuperanda – representada pelos seus administradores ou até mesmo pelo administrador judicial/gestor judicial –*, razão pela qual não nos parece correto dizer que o deferimento da recuperação suspende ou extingue a sua capacidade de fato. Na verdade, o cumprimento do plano de recuperação judicial pressupõe a manutenção da capacidade de fato da sociedade.

Diga-se, ainda, que o art. 66 da Lei n.º 11.101/2005 limita o poder de disposição da sociedade empresária recuperanda especificamente para *alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente (ativo não circulante)*. Conforme esclarecemos em passagem anterior desta obra, não obstante poucos até então tenham enxergado este aspecto, *a celebração de convenção de arbitragem não representa alienação, renúncia ou disposição de bem material ou de direito, mas apenas a escolha do método de resolução de disputas, tal como ocorre quando se firma uma cláusula de eleição de foro judicial.* Ao celebrar a convenção de arbitragem, a parte não abre mão de seu direito material, não renuncia ao seu direito subjetivo, nem transaciona suas pretensões com a parte contrária. Não há, sob nenhuma forma, alienação de bem ou de direito na celebração da convenção de arbitragem.

Nem se diga que a celebração da convenção de arbitragem significaria a renúncia ao direito de ação, previsto no inciso XXXV do art. 5.º da Constituição da República. *Na verdade, a celebração da convenção de arbitragem concretiza o*

direito de ação, cuja realização se dará perante árbitros e não perante o Poder Judiciário. A celebração da convenção de arbitragem diz respeito apenas e tão somente à escolha do órgão julgador perante o qual o direito de ação será exercido.

Também não se diga que o deferimento da recuperação judicial invalidaria diretamente a convenção de arbitragem. Muito ao contrário. *A Lei de Recuperação Judicial e Falências deixa claro que as obrigações e contratos estabelecidos anteriormente à concessão do benefício ficam preservados.* Com efeito, o § 2.º do art. 49 da lei falimentar dispõe que “as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial”.

Não há, portanto, pela concessão da recuperação judicial, qualquer alteração nas convenções de arbitragem anteriormente celebradas, salvo convenção expressa em instrumento negocial assinado pelas partes dos negócios subjacentes. Ainda que assim não fosse, cumpre deixar claro que a capacidade de fato das partes da convenção de arbitragem deve ser avaliada no momento da celebração do pacto arbitral e não posteriormente por ocasião da concessão da recuperação judicial, de modo que o deferimento da recuperação judicial não repercute também sob esse ângulo na validade da convenção de arbitragem.

O art. 66 da Lei n.º 11.101/2005 não é, portanto, um obstáculo à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem celebrada anteriormente à concessão da recuperação judicial, pois a celebração da convenção de arbitragem não importa em alienação, renúncia ou transação sobre qualquer bem ou direito. E ainda que assim não fosse, o mencionado dispositivo de lei apenas limita o ato de alienar bens ou direitos de seu ativo permanente (ativo não circulante), o que não parece ser o caso do direito de acesso à justiça pela via arbitral. O art. 66 da Lei n.º 11.101/2005 cria, na verdade, um fator de legitimação – aptidão para a prática de determinados atos jurídicos⁹³ – para que a sociedade empresária recuperanda possa alienar bens ou direitos de seu ativo permanente (ativo não circulante), o que em nada se relaciona à produção de efeitos da convenção de arbitragem anteriormente firmada.

7.5.2.2. Possibilidade de celebração de convenção de arbitragem após a recuperação judicial: arts. 64, 65 e 66 da Lei de Recuperação Judicial e Falências

No curso da recuperação judicial, como já se explicou, a sociedade empresária recuperanda poderá adotar diversas formas para se reerguer economicamente, podendo, por exemplo, negociar a dilação dos prazos para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas, bem como concluir operações de cisão, incorporação ou fusão. É perfeitamente natural, portanto, que na execução do plano de recuperação judicial surjam litígios entre a empresa recuperanda e os credores ou entre a empresa recuperanda e terceiros. A pergunta que se faz é a seguinte: poderia a sociedade empresária em recuperação judicial – após, portanto, a concessão da recuperação – celebrar convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral)?

Carla Crippa defende que a convenção de arbitragem pode ser validamente celebrada pela própria empresa recuperanda mesmo após o deferimento da recuperação judicial. Segundo a autora, “sob a ótica da Lei 9.307/1996, não haveria impeditivo para a utilização da arbitragem por empresas em recuperação judicial”⁹⁴. Da mesma forma, Luis Cláudio Furtado Faria e Felipe Rodrigues Cozer defender que, “após o deferimento da recuperação judicial, a sociedade empresária deverá continuar celebrando contratos, buscando a continuidade de suas atividades regulares”, razão pela qual “nada parece impedir que se indique a arbitragem como método de resolução de controvérsias oriundas desses novos contratos”⁹⁵.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo discorda parcialmente dessas posições. Segundo o autor, “distinguem-se duas situações, conforme o crédito seja ou não sujeito aos efeitos da recuperação”⁹⁶. O autor explica que, “no primeiro caso, a questão não poderá ser subtraída da apreciação do juiz concursal, competente para julgá-la, não cabendo, portanto, o recurso à via arbitral”⁹⁷. Em seguida, Salles de Toledo afirma que “a segunda hipótese merece uma atenção maior”, pois “a peculiaridade do *status* da devedora, no entanto, recomenda cautela, uma vez que a decisão a ser proferida poderá repercutir na recuperação judicial, podendo até levá-

la ao insucesso”, razão pela qual “ser de todo conveniente que o devedor em recuperação solicite autorização ao juiz concursal para celebrar convenção de arbitragem”⁹⁸.

Em resumo, o autor considera que a sociedade empresária recuperanda pode celebrar convenção de arbitragem, mas desde que haja autorização judicial para tanto e apenas em relação a créditos não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Já dissemos no item anterior que a única limitação à capacidade de fato da sociedade empresária recuperanda é aquela prevista no art. 66 da Lei n.º 11.101/2005, segundo o qual “após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial”. Essa disposição não estabelece a extinção ou suspensão da capacidade de fato da sociedade empresária, de modo que ela poderá continuar participando de relações jurídicas como sujeito de direito⁹⁹. Não há, na recuperação judicial, formação de massa falida.

Prova evidente disto é que o art. 64 da Lei de Recuperação Judicial e Falência afirma expressamente que “durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial”. Assim, mesmo após a concessão da recuperação judicial, a sociedade empresária recuperanda permanece no exercício de sua capacidade de fato e, por conseguinte, conduzindo seus negócios, razão pela qual nada impede que ela celebre convenção de arbitragem para solucionar os conflitos decorrentes dos negócios dos quais participa.

A única restrição – na verdade, um fator de legitimação – imposta pelo art. 66 da lei falimentar diz respeito à alienação ou oneração de bens ou direitos de seu ativo permanente (ativo não circulante), o que em nada se confunde com a celebração de convenção de arbitragem. Primeiramente porque a celebração de convenção de arbitragem não significa alienação, renúncia ou disposição de bens ou de direitos,

mas mera escolha do método de resolução de conflitos, da mesma forma que a celebração de cláusula de eleição de foro judicial. Ademais, ainda que assim não fosse, a convenção de arbitragem não integra o ativo permanente (ativo não circulante) da sociedade em recuperação judicial, de modo que a limitação imposta pelo art. 66 da lei falimentar não impede que a sociedade empresária firme convenção de arbitragem após a concessão da recuperação judicial. *Portanto, mesmo após a concessão da recuperação judicial, a sociedade empresária recuperanda pode celebrar convenção de arbitragem.*

Essa conclusão em nada se altera caso os administradores da sociedade empresária recuperanda tenham sido substituídos por decisão dos credores ou do juiz, na forma dos arts. 64 e 65 da Lei de Recuperação Judicial e Falência. Isto porque a modificação dos administradores da sociedade empresária recuperanda não altera em nada a capacidade de fato da pessoa jurídica, mas apenas a sujeita a uma nova administração, ou seja, a novos representantes. A nova administração, por evidente, poderá considerar que não é adequado celebrar convenção de arbitragem no caso concreto, como uma estratégia negocial, mas isso em nada significa uma impossibilidade legal a que sociedades empresárias em recuperação judicial firmem convenção de arbitragem.

7.5.2.3. Efeitos da recuperação judicial sobre as arbitragens já iniciadas: arts. 6.º e 52 da Lei de Recuperação Judicial e Falências

Neste item, cumpre analisar se a *decisão que defere o processamento da recuperação judicial* produz algum efeito em relação às arbitragens já iniciadas. Importa perquirir, em termos mais diretos, se a *superveniência da recuperação judicial levaria à suspensão ou extinção do processo arbitral em curso.*

Em primeiro lugar, é importante esclarecer, como já dito acima, que nem a decisão que *defere o processamento* da recuperação judicial nem a decisão que *propriamente concede* o benefício suspendem ou extinguem a capacidade de fato da sociedade empresária recuperanda, de modo que as arbitragens já em curso não serão

suspensas ou *extintas* por uma suposta incapacidade superveniente de uma das partes. Ronaldo Vasconcelos explica que “os processos arbitrais já iniciados anteriormente ao processamento da recuperação não sofrerão significativa alteração, na medida em que a empresa mantém sua regular atividade e capacidade de contratar, viabilizando a plena atuação no processo arbitral”¹⁰⁰. Observe-se que, ainda que assim não fosse, a arbitragem já em curso não seria suspensa pela eventual incapacidade de fato da parte porque, como se disse, a capacidade de fato das partes da convenção de arbitragem deve ser avaliada no momento da celebração do pacto arbitral, não sofrendo efeitos de atos posteriores.

Especificamente no que diz respeito à *suspensão* dessas arbitragens, a questão sugere uma explicação mais detalhada em razão de sua complexidade. Isso porque o art. 6.º da lei falimentar estatui que “o *deferimento do processamento* da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de *todas as ações e execuções em face do devedor*, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário”¹⁰¹. Destaque-se que o ato que ocasiona a suspensão dessas demandas não é a decisão que *concede a recuperação judicial*, mas sim a decisão que, previamente, *defer* o seu *processamento*.

Da mesma forma, especificamente em relação à recuperação judicial, o inciso III do art. 52 da lei estabelece que “o juiz *deferirá o processamento da recuperação judicial* e, no mesmo ato [...] ordenará a *suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor*, na forma do art. 6.º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1.º, 2.º e 7.º do art. 6.º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3.º e 4.º do art. 49 desta Lei”¹⁰².

Excepcionando o *caput*, o § 1.º do art. 6.º dispõe que “terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a *ação que demandar quantia ilíquida*”. Ademais, o § 2.º deste mesmo dispositivo prevê que “é permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, *mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8.º desta Lei, serão processadas perante a justiça*

especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro geral de credores pelo valor determinado em sentença”.

O § 4.º deste mesmo dispositivo, por sua vez, estatui que “na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial”.

Literalmente, a decisão judicial que *defere o processamento da recuperação judicial* tem como consequência a suspensão das *ações e execuções movidas em face do devedor* pelo prazo improrrogável de 180 dias, com exceção daquelas em que, na terminologia da lei, *se demandar quantia ilíquida*. A pergunta que se faz é a seguinte: esses dispositivos se aplicariam às arbitragens em curso, determinando a sua suspensão pelo prazo de 180 dias? Cumpre examinar a posição da doutrina a que tivemos acesso e, em seguida, propor uma interpretação sistemática e finalística deste art. 6.º da Lei n.º 11.101/2005.

José Emilio Nunes Pinto, a partir do que dispõe o art. 6.º acima transcrito entende que “as arbitragens são igualmente suspensas nesse período, inexistindo razão para que sejam tratadas de forma distinta das ações judiciais, visto que em ambas tem-se em mente a solução de controvérsias, independentemente da via escolhida”¹⁰³. O autor explica, em seguida, que “apenas e tão somente, nos casos em que se estiver diante de uma *demanda ilíquida* em vias de liquidação pela decisão arbitral é que a arbitragem terá prosseguimento”¹⁰⁴. O autor entende que, nas arbitragens em que o devedor atua como requerido, serão suspensas aquelas em que se demanda *quantia líquida*, prosseguindo normalmente aquelas em que se demanda *quantia ilíquida*. Já nas arbitragens em que o devedor ocupa o polo ativo, não haverá suspensão em nenhum caso, pouco importando se se demanda *quantia líquida* ou *quantia ilíquida*.

Da mesma forma, Carla Crippa entende que “a intenção do legislador não foi apenas prever a suspensão de ações judiciais em face do devedor, mas sim de todas e quaisquer ações e execuções onde o demandante pleiteie *quantia líquida*”, razão pela

qual “não nos parece fazer sentido que procedimentos arbitrais não estejam sujeitos à suspensão prevista no art. 6.º da Lei 11.101/2005”¹⁰⁵. A autora, todavia, ressalva que “sendo procedimento onde se discute *quantia ilíquida*, entendemos que a arbitragem não está sujeita à suspensão do art. 6.º da Lei 11.101/2005 e pode ter curso normal perante o Tribunal Arbitral”¹⁰⁶. Com pontuais diferenças terminológicas, a autora também considera que serão suspensas as arbitragens nas quais o devedor figure no polo passivo (atue como requerido, portanto) e se discuta *quantia líquida*.

Também assim, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo leciona que “o procedimento arbitral, por sua natureza não executória, tem prosseguimento, mesmo quando o devedor venha a ajuizar pedido de recuperação judicial”, razão pela qual “não se lhe aplica, portanto, a regra geral de suspensão dos processos, prevista no *caput* do art. 6.º da Lei 11.101/2005, Lei de Recuperação de Empresas, e sim a exceção constante do § 1.º do mesmo dispositivo”¹⁰⁷. Como se observa, a doutrina considera que o deferimento do processamento da recuperação judicial ou mesmo a concessão do benefício apenas ocasiona a suspensão das arbitragens em que o devedor ocupe o polo passivo e se estejam debatendo, conforme a terminologia empregada, *demandas líquidas* ou *quantias líquidas*. Não há suspensão, todavia, quando o devedor ocupa o polo ativo, pouco importando que se discuta *quantia líquida* ou *ilíquida*.

O Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de examinar parcialmente o assunto ao analisar o caso *SPE Daveiga v. TCI* figurando como juízo suscitante o MM. Juízo da 7.ª Vara Cível da Comarca de Goiânia/ GO e como juízo suscitado : Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de Porto Alegre – FEDERALSUL.

No caso, *SPE Daveiga Participações e Empreendimentos S.A.* detinha 50% do capital social de *TCI Desenvolvimento Imobiliário S.A* Os demais 50% eram de titularidade de *TCI Tocantins Construtora e Incorporadora Ltda* Os dois acionistas celebraram acordo de acionistas contendo cláusula compromissória para solução de eventuais disputas dele decorrentes. Em reunião de diretoria realizada em 23.03.2016, aprovou-se que a *TCI Desenvolvimento Imobiliário S.A.* ingressaria em juízo com pedido de recuperação judicial.

Diante disso, *Daveiga* iniciou arbitragem (Procedimento Arbitral CAF n.º 2/73/2017) requerendo, entre outras coisas, a declaração de nulidade das deliberações tomadas na referida reunião de diretoria. Em resposta, a *TCI* ingressou com pedido de concessão de tutela provisória para determinar a suspensão da mencionada arbitragem, já que o pedido de recuperação judicial já havia sido apresentado perante o Poder Judiciário. O fundamento para esse pedido foi o de que “com a distribuição do pedido de recuperação, instaura-se o juízo universal, sendo ineficaz qualquer cláusula negocial que disponha em contrário à conclusão deste procedimento”.

O juízo de primeiro grau concedeu a tutela provisória requerida, determinando a suspensão da arbitragem até a decisão final na recuperação judicial. Diante dessa decisão, *Daveiga* suscitou conflito de competência perante o Superior Tribunal de Justiça. O exame da matéria foi feito, preliminarmente, a partir da jurisdição do árbitro para definir se a apresentação do pedido de recuperação judicial afeta a arbitragem, aplicando-se aí o princípio da competência-competência. Em segundo lugar, e entrando propriamente no mérito da questão, analisou-se a possibilidade de tramitação paralela de uma arbitragem e o pedido de recuperação judicial.

O Ministro Luis Felipe Salomão destacou em sua decisão monocrática que “a instauração do processo arbitral obedeceu à cláusula contratual que o previa, sendo certo que, em matéria concernente à arbitragem, deve-se observar o princípio da *Komptenz Komptenz*, que confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador”. Em seguida, citando o texto do parágrafo único do art. 8.º da Lei de Arbitragem, a decisão consigna “serem da competência do juízo arbitral as matérias atinentes ao acordo de acionistas, consoante previsto na cláusula 16.1 do referido pacto, sem embargo do processo de recuperação judicial, que tramita em paralelo”.

Em seguida, entrando propriamente no mérito da questão, o Ministro destacou que “as jurisdições não se excluem mutuamente, uma vez que o processo arbitral tem natureza meramente cognitiva, não tem o condão de afetar o patrimônio da

recuperanda, o qual somente pode ser objeto de constrição após a análise e anuência do Juízo da recuperação”. A decisão ainda teceu considerações a respeito do impacto da futura decisão arbitral na recuperação judicial:

Ademais, após o deferimento da recuperação judicial, o processo deve seguir seu curso, não se vislumbrando a hipótese de um provimento arbitral – porventura anulatório da reunião da diretoria que deliberou pelo ajuizamento da recuperação – ter o condão de submeter ou suprimir o Juízo recuperacional, mormente tendo em vista que cabe a este Juízo avaliar eventual repercussão da sentença arbitral que conclua ter havido ilícitos societários por parte da TCI e de seus gestores.

Em conclusão, o Ministro Luis Felipe Salomão conheceu do conflito de competência e declarou, nas palavras da decisão, “a competência do Juízo arbitral para apreciação do processo a ele submetido, anulando-se a decisão do Juízo da recuperação que determinou a sua suspensão”¹⁰⁸. Não obstante se trate de decisão monocrática e apesar de a decisão não ter enfrentado os arts. 6.º e 52 da Lei de Recuperação Judicial e Falências, cumpre registrar que o Superior Tribunal de Justiça demonstrou mais uma vez total apoio à arbitragem e, a nosso ver, andou bem ao determinar o prosseguimento do processo arbitral.

Considerando todas as posições doutrinárias e decisão acima expostas, propomos uma interpretação sistemática e finalística do art. 6.º, *caput* e §§ 1.º e 2.º, da Lei de Recuperação e Falências consoante a qual, como se verá, *nenhuma arbitragem pode ser suspensa pelo deferimento da recuperação judicial*. É preciso registrar que muitas vezes a literalidade do *caput* e do § 1.º do art. 6.º da Lei n.º 11.101/2005 pode levar a uma conclusão equivocada a respeito de seus efeitos sobre a arbitragem, caso sejam desconsiderados os aspectos sistemáticos e finalísticos da legislação falimentar. Explique-se.

Por um lado, o *caput* utiliza a expressão “todas as *ações e execuções* em face do devedor”, o que leva o intérprete a concluir que não apenas as *execuções* (= fase de cumprimento de sentença ou processo de execução), mas também algumas *ações* (=

fase de conhecimento) poderiam ser suspensas pelo deferimento da recuperação judicial. Por outro lado, o § 1.º deste mesmo dispositivo, ao ressaltar a regra da suspensão para algumas hipóteses, utiliza a expressão “a ação que demandar *quantia ilíquida*”, o que pode levar o aplicador da lei a entender que as demais ações (= fase de conhecimento) que não versassem sobre *quantia ilíquida* seriam suspensas.

A doutrina comercialista costuma interpretar os mencionados dispositivos de forma bastante literal. Fábio Ulhoa Coelho afirma que “nem todas as ações e execuções movidas contra o requerente da recuperação judicial se suspendem”, pois, entre outras, “continuam, assim, a tramitar: (a) ações de qualquer natureza (cível ou pertinente a relação de trabalho) que demandam *quantias ilíquidas*”¹⁰⁹. Mauro Rodrigues Penteado explica que “a suspensão do curso de ações e execuções individuais não alcança as demandas que versarem sobre *quantia ilíquida*, que terão prosseguimento no juízo perante o qual estiverem sendo processadas”¹¹⁰. Sérgio Campinho também afirma que “as ações que demandarem *quantia ilíquida* não serão suspensas e prosseguirão, no juízo de seu processamento, até que as importâncias perseguidas se tornem líquidas”¹¹¹. Gladston Mamede, por seu turno, dá exemplos de demandas que estariam abrangidas pelo § 1.º do art. 6.º da lei falimentar:

Justamente por fundar-se a regra na preservação de condições para a constituição de eficácia do concurso de credores, o § 1.º do artigo 6.º da Lei 11.101/05 admite que tenha prosseguimento, no juízo no qual estiver se processando, a ação que demandar *quantia ilíquida*. O dispositivo refere-se às ações nas quais se discute a existência ou não de um direito ou crédito, ou seja, em que se busca definir a sua exata extensão, sua qualidade e quantidade. Assim, terá prosseguimento a ação na qual se esteja pedindo a condenação da empresa a indenizar, por exemplo, a vítima de um acidente de trânsito envolvendo veículo da empresa. Igualmente, uma ação de cobrança na qual se discuta a existência, ou não, da obrigação de pagar e, ademais, o seu valor. Tais ações têm por finalidade verificar e/ou dar forma e qualidade eventual a créditos que, assim, poderiam ser habilitados na recuperação judicial ou na falência¹¹².

No nosso ponto de vista, todavia, não serão suspensas “*todas as ações e execuções* em face do devedor”, mas apenas e tão somente *as execuções* movidas em face da empresa em recuperação judicial. Ademais, segundo nossa interpretação, a exceção à regra da suspensão determinada pelo § 1.º do art. 6.º não se refere apenas e tão somente à “*ação que demandar quantia ilíquida*”, mas sim *a todas as ações* (= fase de conhecimento). *O que se quer dizer com isso, em resumo, é que a suspensão determinada pelo caput do art. 6.º da Lei n.º 11.101/2005 só alcança as execuções (= fase de cumprimento de sentença ou processo de execução) movidas em face da empresa em recuperação judicial, razão pela qual a exceção prevista no § 1.º do mesmo dispositivo alcança toda e qualquer ação (= fase de conhecimento) movida em face da sociedade recuperanda.*

A razão para essa interpretação tem fundamento teleológico e sistemático. Uma leitura teleológica do referido dispositivo indica que o legislador queria se referir à suspensão das demandas propostas em face do devedor que pudessem ocasionar quaisquer *constricções sobre o patrimônio da sociedade recuperanda, como a penhora, o arresto, o sequestro* ou mesmo atos de *alienação* (adjudicação, alienação por iniciativa particular ou leilão). Isso porque, caso essas demandas prosseguissem, o patrimônio da empresa em recuperação judicial estaria diuturnamente ameaçado e, mais do que isso, poderia ser atingido por atos de apreensão ou até mesmo expropriação, o que tornaria a elaboração do plano de recuperação judicial uma tarefa impossível de ser realizada.

Conforme a lição de Mauro Rodrigues Penteado, “o mencionado prazo (*stay period*, no jargão do mercado) foi concedido ao devedor para que este possa *negociar e incluir seus débitos* já cobrados judicialmente no plano de recuperação, que, se concedido, operará a novação de todos os créditos a ele sujeitos”¹¹³. Geraldo Fonseca de Barros Neto explica que “a suspensão protege o interesse da coletividade de credores ao impedir que o *patrimônio do devedor* fique repartido”¹¹⁴. Como seria possível alcançar, ao longo dos meses, um acordo entre credores de variados interesses sobre o plano de recuperação do devedor comum se o patrimônio deste último continuasse sendo objeto de atos de alienação típicos da execução forçada?

Exatamente por esta razão é que se deve entender que a regra geral da suspensão só alcança as *execuções* (= fase de cumprimento de sentença ou processo de execução) movidas em face do devedor, pois apenas as *execuções* é que representam ameaça direta e imediata ao patrimônio das empresas em recuperação judicial. As *ações* (= fase de conhecimento) não representam ameaça direta e imediata aos bens da sociedade recuperanda porque não se tem certeza ainda sequer sobre a existência do direito pleiteado, razão pela qual, em regra, não se admite nos processos de conhecimento a invasão sobre o patrimônio do devedor. Se não se admite, em regra, a invasão sobre o patrimônio do devedor, não faz sentido que essas demandas estejam sujeitas à regra de suspensão do *caput* do art. 6.º da Lei de Recuperação e Falências.

Acrescente-se que a interpretação sistemática do dispositivo também corrobora esta conclusão. A segunda parte do § 2.º do mesmo art. 6.º estatui que “as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8.º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro geral de credores pelo valor determinado em sentença”. O comando legal admite o prosseguimento de toda e qualquer reclamação trabalhista (= fase de conhecimento) ajuizada em face da sociedade em recuperação judicial até que o crédito seja declarado certo, líquido e exigível por sentença, momento a partir do qual o credor trabalhista poderá inscrevê-lo no quadro geral de credores. Não há qualquer limitação em relação a liquidez ou iliquidez do crédito pleiteado. Não há qualquer justificativa razoável para que se atribua, na referida matéria, tratamento diferenciado para o credor cível, em comparação com o credor trabalhista.

Com efeito, o mesmo motivo que levou o legislador a permitir o prosseguimento das demandas trabalhistas com o advento da recuperação aproveita à tese aqui esposada. Para o cumprimento definitivo do plano e tratamento adequado dos direitos e obrigações nele previstos é necessário que as relações jurídicas contenciosas estejam certificadas por sentença. Assim, todas aquelas relações – notadamente aquelas nas quais se pretende cobrar valores do devedor – que estiverem carentes de acerto no plano do processo de conhecimento devem continuar, não havendo

qualquer razão para tratamento diferenciado entre demandas líquidas e ilíquidas.

Em resumo, pode-se dizer que o intento do legislador foi o de dar um período de breve trégua ao devedor, sem que este estivesse sob uma saraivada de penhoras, arrestos e demais atos de constrição judicial, tudo a permitir a organização do plano de recuperação judicial pelos credores e pela sociedade empresária em recuperação judicial. *Diga-se e repita-se: a suspensão determinada pelo caput do art. 6.º da Lei n.º 11.101/2005 só alcança as execuções (= fase de cumprimento de sentença ou processo de execução) movidas em face da empresa em recuperação judicial, razão pela qual a exceção prevista no § 1.º do mesmo dispositivo alcança toda e qualquer ação (= fase de conhecimento) movida em face da sociedade recuperanda.*

Compactuando da conclusão expressa no texto, confira-se o Enunciado n.º 06 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, organizada pelo Conselho da Justiça Federal:

O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende

Como a arbitragem representa, sempre, uma fase cognitiva de uma demanda – já que a execução da sentença arbitral deve ser feita perante o Poder Judiciário, *ex vi* do art. 31 da Lei de Arbitragem e do art. 515, VII, do Código de Processo Civil –, a regra da suspensão prevista no *caput* do art. 6.º da Lei de Recuperação Judicial e Falências nunca alcança os processos arbitrais, razão pela qual se pode dizer com segurança que *o deferimento da recuperação judicial não ocasiona a suspensão das arbitragens em curso*, pouco importando, para tanto, qual seja a natureza da demanda (obrigações de pagar quantia, obrigações de dar coisa diversa de dinheiro, obrigações de fazer, obrigações de não fazer ou demandas declaratórias e constitutivas), bem como a liquidez ou iliquidez da quantia debatida.

7.5.2.4. Arbitragem, recuperação judicial e arts. 3.º e 76 da Lei de

Recuperação Judicial e Falências

Até aqui, examinaram-se os efeitos da recuperação judicial sobre a convenção de arbitragem anteriormente pactuada, a possibilidade de celebração de convenção de arbitragem após a recuperação judicial, bem como os efeitos da recuperação judicial sobre as arbitragens já em curso. Em todos esses casos, definiram-se, com maior ou menor extensão, as hipóteses em que é possível solucionar conflitos relacionados à recuperação judicial pela via arbitral. Cumpre examinar neste item se os arts. 3.º e 76 da Lei de Recuperação Judicial e Falência criam algum empecilho a essas hipóteses de adoção da via arbitral.

O art. 3.º da Lei n.º 11.101/2005 dispõe que “é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, *deferir a recuperação judicial* ou decretar a falência o *juízo* do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”. Trata-se, como já se disse anteriormente, de *regra de competência territorial funcional (e, portanto, absoluta)*, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme a qual “a norma constante do artigo 3.º da Lei 11.101/05 encerra regra de competência absoluta”¹¹⁵.

A princípio, no que tange à recuperação judicial, a norma abarca apenas a competência para a decisão de *deferir a recuperação judicial*, atribuindo-a ao *juízo* do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil. Partindo dessa interpretação meramente literal, não há dúvidas de que cabe ao Poder Judiciário – e não aos árbitros – examinar o pedido de deferimento da recuperação judicial, seja para deferi-lo, seja para indeferi-lo, razão pela qual, neste contexto, não haveria maior debate e este dispositivo em nada afetaria as conclusões a que chegamos nos itens anteriores.

Não obstante, a verdade é que essa previsão legal tem sido interpretada de maneira bem mais abrangente do que decorre de sua literalidade. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em 2008, já entendeu que “o destino do patrimônio da empresa-ré em *processo de recuperação judicial* não pode ser atingido por decisões prolatadas por *juízo diverso daquele da recuperação*”¹¹⁶. Criou-se, pois, uma regra de competência bastante ampla em favor do *juízo* da recuperação judicial não apenas

para deferi-la ou indeferi-la, mas também para analisar todos os casos que digam respeito “ao destino do patrimônio” da empresa recuperanda.

Em 2015, o mesmo Tribunal considerou que “*a regra de competência determinada pela lei especial prevalece sobre a lei geral*, mormente tendo em vista a instauração do juízo indivisível da falência, para o qual deve convergir a discussão de todas as causas e ações pertinentes a um patrimônio com universalidade jurídica”, sendo certo que “a razão de ser da supremacia dessa regra de competência é a concentração, no juízo da recuperação judicial, de todas as decisões que envolvam o patrimônio da recuperanda, [a] fim de não comprometer a tentativa de mantê-la em funcionamento”¹¹⁷. Ressalte-se que, não obstante o acórdão utilizar a expressão “instauração do juízo indivisível da *falência*”, o caso versava sobre *recuperação judicial*.

É de destacar que boa parte desse entendimento tem se baseado na aplicação do art. 76 da Lei de Recuperação Judicial e Falências à recuperação judicial, apesar de o referido dispositivo – que consagra o chamado *juízo universal da falência* – estar localizado no capítulo legal dedicado exclusivamente à falência¹¹⁸. Para os objetivos do nosso trabalho, o que importa destacar, conforme afirma Geraldo Fonseca de Barros Neto, é que, “independente de juízo universal, certo [é] que compete ao juízo da recuperação conhecer e julgar os conflitos decorrentes da intersecção entre a recuperação e as execuções singulares – que são diversos”¹¹⁹. Considerando, pois, esta interpretação mais abrangente, cumpre investigar se a competência determinada pelos arts. 3.º e 76 da Lei n.º 11.101/2005 representa algum impeditivo para que as arbitragens em curso prossigam ou para que novas arbitragens sejam instauradas tendo como parte a sociedade recuperanda.

A resposta é claramente negativa. A regra prevista no art. 3.º da Lei de Recuperação Judicial e Falências é uma regra de competência territorial funcional (e, portanto, absoluta). Trata-se de regra que tem como objetivo, além de fixar a competência do foro do principal estabelecimento da recuperanda, afastar a competência de outros foros diversos daquele, como poderia ser o caso do foro em que está situada a sede da empresa (sede estatutária), do foro do pagamento

inadimplido, do foro em que tramita a execução frustrada etc. *Trata-se de uma regra destinada a resolver problemas de atribuição de parcelas de poder entre órgãos no Poder Judiciário, como é mesmo a função de normas sobre competência, não servindo para excluir a via arbitral.* Da mesma forma, como será mais bem examinado no item dedicado à falência, o art. 76 da Lei de Recuperação Judicial e Falências (caso se entenda pela sua aplicabilidade à recuperação judicial) em nada impede que arbitragens em curso prossigam ou novas arbitragens sejam instituídas.

A previsão dos arts. 3.º e 76 da Lei n.º 11.101/2005 poderia assumir importância na esfera da arbitragem em relação à fixação do juízo competente para a concessão de medidas provisórias de natureza cautelar ou antecipada requeridas após o início da recuperação judicial, mas antes da instituição da arbitragem. Além disso, é de questionar se essa disposição impõe o foro do juízo em que tramita a recuperação judicial como aquele competente para as medidas de apoio eventualmente necessárias no curso da arbitragem que requeiram atuação judicial.

No que diz respeito à ação de anulação da sentença arbitral, regulamentada nos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem, José Emilio Nunes Pinto entende que “o instituto da recuperação judicial não cria um juízo universal onde todas as ações deverão ser propostas”, razão pela qual “a ação anulatória de sentença arbitral em face do devedor seria distribuída livremente, como decorrência do art. 6.º, § 6.º, da Lei 11.101/2005, combinado com a disposição do art. 6.º, § 8.º, da Lei 11.101/2005”. O autor, entretanto, estabelece uma exceção, consistente na ação de anulação da sentença arbitral decorrente de arbitragem instituída a partir do plano de recuperação judicial. Neste caso, José Emilio Nunes Pinto aduz que “a melhor solução, no caso, seria que a mesma fosse distribuída, por dependência, ao juízo da recuperação judicial, por se tratar de uma ação relativa a controvérsia surgida na implementação do plano de recuperação”¹²⁰.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo considera, por seu turno, que “a ação anulatória [de sentença arbitral], dizendo respeito a crédito sujeito à recuperação judicial, deverá ser distribuída por dependência ao juízo concursal”¹²¹. Para fins de debate, parece-nos importante ressaltar que a ação de anulação da sentença arbitral

não se confunde com homologação do plano de recuperação extrajudicial, deferimento da recuperação judicial ou decretação da falência, o que, a princípio, a excluiria do alcance literal do art. 3.º da Lei de Recuperação Judicial e Falências.

Caso se entenda, segundo a doutrina exposta acima, que o art. 76 da lei falimentar incide também na recuperação judicial – criando, assim, a figura do *juízo universal da recuperação judicial* –, cumpre destacar, novamente para fins de mero debate, que o referido dispositivo legal não se aplica, ao menos literalmente, às demandas “*não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo*”.

A ação de anulação da sentença arbitral não parece regulada pela Lei de Recuperação Judicial e Falência, de modo que a defesa pela competência do juízo da recuperação judicial para decidi-la precisaria afastar a literalidade do referido dispositivo legal, o que não parece simples. Caso a ação de anulação da sentença arbitral seja proposta pela sociedade empresária recuperanda, as dificuldades interpretativas aumentariam, pois aí não se trataria nem de demanda regulada pela lei falimentar nem de demanda em que a recuperanda atuasse no polo passivo da relação processual. No nosso ponto de vista, a ação de anulação não segue a regra do juízo universal da recuperação judicial, devendo ser ajuizada de acordo com as regras gerais de competência previstas no Código de Processo Civil.

As eventuais repercussões do art. 76 da Lei n.º 11.101/2005 na arbitragem serão examinadas mais adiante, quando se estiver tratando do juízo universal da falência. Registre-se que as conclusões que são apresentadas adiante são plenamente aplicáveis à recuperação judicial, caso, de fato, se entenda existir um juízo universal da recuperação judicial.

7.5.2.5. Arbitragem e o plano de recuperação judicial

Assunto bastante comentado na doutrina brasileira diz respeito à possibilidade de inclusão de cláusula compromissória no plano de recuperação judicial.

O pioneiro ao levantar essa hipótese no Brasil, segundo nos foi possível apurar, foi José Emilio Nunes Pinto. Em trabalho publicado em 2005, mesmo ano da entrada

em vigor da Lei de Recuperação Judicial e Falências, o autor explica que “não será surpresa se, no curso de implementação do plano de recuperação, venham a surgir divergências entre os administradores do devedor e a comunidade de credores que poderá se sentir ameaçada na preservação de seus direitos”, circunstância na qual, continua o autor, “não temos dúvida de que a arbitragem é o mecanismo mais adequado para enfrentar essas questões na etapa específica em que venham a surgir, sobretudo por permitir que todo o procedimento venha a ser conduzido por especialistas na questão de fundo da controvérsia”¹²².

Luis Cláudio Furtado Faria e Felipe Rodrigues Furtado explicam que a cláusula compromissória pode ser muito útil na execução do plano de recuperação judicial. Os autores entendem que a cláusula compromissória pode ser incluída no próprio plano de recuperação ou, então, posteriormente, caso surja algum conflito na sua implementação, ocasião na qual as partes podem firmar o compromisso arbitral diretamente. Transcreva-se a lição dos autores:

A hipótese em exame se divide em duas diferentes alternativas. Na primeira, a arbitragem poderá decorrer de cláusula compromissória inserida no plano de recuperação judicial aprovado pela Assembleia Geral de Credores. No curso do processo de recuperação judicial ou durante o cumprimento do plano de recuperação, é possível que surjam divergências envolvendo direitos patrimoniais passíveis de serem solucionadas de forma mais célere e objetiva, por meio de um procedimento arbitral. A título de exemplo, podem surgir conflitos durante a formação do Comitê de Credores que demandariam uma solução rápida e eficaz, capaz de atender os prazos legais para processamento dos atos da recuperação judicial e aprovação do plano de recuperação judicial. Na segunda alternativa, a cláusula arbitral é firmada *a posteriori* entre as partes diretamente interessadas, em caso do surgimento de um conflito durante o processo de recuperação judicial. Nesse caso, a arbitragem poderia ser utilizada para solucionar conflitos decorrentes da própria implementação de medidas previstas no plano de recuperação judicial, sejam tais conflitos instaurados entre os próprios credores ou entre estes e a empresa em

recuperação judicial. Em ambos os casos, a arbitragem poderia ser cogitada como um método rápido e eficaz para solução dessas controvérsias, sendo que as partes poderiam se beneficiar da maior flexibilidade desse procedimento em comparação com as demandas judiciais¹²³.

Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos ensinam que “em princípio é cabível a cláusula arbitral em questões previstas no plano de recuperação”, mas ressaltam, logo em seguida, que “o que não é possível é a previsão de arbitragem para substituir institutos específicos do processo de recuperação judicial”, como “uma cláusula arbitral para examinar matérias que são da competência exclusiva da assembleia geral de credores”¹²⁴. Ademais, prosseguem os autores dizendo “não parecer razoável admitir a arbitragem para subtrair da apreciação do juiz o descumprimento de obrigação prevista no plano, que se vencer até dois anos depois da concessão da recuperação judicial”¹²⁵.

Renato Stephan Grion, Luiz Fernando Valente de Paiva e Guilherme Piccardi de Andrade Silva consideram que, “do ponto de vista estritamente jurídico, cremos não existirem óbices intransponíveis à utilização da arbitragem em planos de recuperação judicial”¹²⁶. Em seguida, os autores afirmam que, “entretanto, como salientado, parece haver certo risco de que uma cláusula compromissória tenha sua eficácia limitada durante o referido período de supervisão judicial”¹²⁷.

Adotando uma linha mais crítica em relação à inclusão de cláusula compromissória no plano de recuperação judicial, Carla Crippa considera que “a inserção de cláusula compromissória nesses moldes poderia, na prática, gerar questionamentos”¹²⁸. Em seguida, a autora afirma que, “como o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano que se vencer no prazo de dois anos contados da concessão da recuperação implica a decretação de falência do devedor, é prudente que, pelo menos durante esses dois primeiros anos, o juízo da recuperação centralize as questões relacionadas à implementação do plano”¹²⁹. Sob o ângulo prático, a autora também considera que esta concomitante dualidade de jurisdições – arbitral e judicial – no exame do cumprimento do plano de recuperação judicial seria danosa:

Apesar de não ser impossível, seria complicado prever no plano de recuperação e na cláusula compromissória que determinadas questões estariam sujeitas à arbitragem e outras não, por serem de competência exclusiva do Juízo da recuperação. Isso poderia causar mais complicações do que facilidades, comprometendo a própria essência da arbitragem. Talvez seja esse o principal motivo para a arbitragem praticamente não ter sido utilizada em questões relacionadas a planos de recuperação até o momento¹³⁰.

Manifestando posição contrária à inclusão de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo afirma que “um dos pilares da recuperação judicial é a sujeição a esse regime de todos os credores do devedor comum, com as exceções legais”¹³¹. Ademais, segundo o autor, na recuperação judicial, “pressupõe-se, ainda, um tratamento equânime dos credores (respeitadas, é claro, as diferenças próprias da natureza dos créditos)”¹³². Diante disto, o autor questiona (i) como seria possível prever uma disposição que conduza alguns credores à arbitragem e outros, em idêntica situação, à via judicial, bem como (ii) em que medida seria possível justificar o afastamento de determinadas questões, referentes ao cumprimento do plano, da apreciação do juiz concursal¹³³. O autor conclui sua posição afirmando que “trata-se de um processo judicial, não parecendo fazer sentido submeter o mesmo feito, ao mesmo tempo, à jurisdição estatal e à arbitral”¹³⁴.

No nosso ponto de vista, não há impedimento legal a que se inclua cláusula compromissória no plano de recuperação judicial. A própria natureza do plano de recuperação judicial afasta estas dúvidas, pois se trata de um contrato plurilateral, bastante marcado pelo exercício da autonomia privada de credores e devedor. Neste sentido, em relação à natureza do plano de recuperação judicial, Maurício Menezes afirma que “se defende a inclusão do plano de recuperação judicial do empresário na categoria dos contratos plurilaterais, sobretudo pela conformidade entre as características comuns a esses contratos e a estrutura jurídica do plano de recuperação”¹³⁵. A existência de algumas normas cogentes, a serem observadas na elaboração do plano, não lhe retira, porém, a natureza de contrato plurilateral nem

impede que as matérias nele previstas sejam levadas à arbitragem, pois o árbitro aplicará normalmente essas normas cogentes.

É por meio deste contrato plurilateral que os próprios credores e a sociedade empresária recuperanda negociarão diretamente direitos e obrigações para que se chegue a um resultado satisfatório, ou possível, para todos (a apresentação do plano de recuperação judicial pelo devedor e posterior avaliação pela Assembleia geral de Credores não é nada mais do que isso¹³⁶). Observe-se que poderiam ser objeto de arbitragem decorrente de cláusula compromissória presente no plano de recuperação judicial disputas laterais entre o(s) credor(es) e a sociedade empresária recuperanda, bem como entre os próprios credores¹³⁷. Conforme afirmamos no início deste capítulo, porém, muitas vezes a arbitragem não se revela um método de solução de conflitos adequado para esses casos em razão da multiplicidade de interesses em jogo.

Ademais, há matérias que são da jurisdição exclusiva do Poder Judiciário, não podendo ser submetidas à via arbitral. Nelas se incluem, entre outras, a decisão que defere o processamento da recuperação judicial, a decisão que aprova o plano de recuperação judicial ou a decisão que convola a recuperação judicial em falência. Essa impossibilidade – conforme explicado nos itens anteriores, em que foram fixadas algumas premissas para o enfrentamento desta matéria – decorre da existência de um conjunto de normas especiais presentes na Lei de Recuperação Judicial e Falências que atribui exclusivamente ao Poder Judiciário jurisdição para o enfrentamento da matéria, na intenção de atender ao interesse público.

É de observar, por fim, que a inclusão da cláusula compromissória no plano de recuperação judicial depende da sua aprovação na Assembleia Geral de Credores, caso o plano tenha sido impugnado por algum credor, conforme prevê a alínea “a” do inciso I do art. 35 e o art. 56, ambos da Lei n.º 11.101/2005. Ademais, consoante a previsão do art. 45 da lei falimentar, “nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta”, o que significa que se realizam votações em separado, considerando as classes de credores (credores trabalhistas, credores com garantia real, credores

quirografários). Pode ocorrer de alguns credores votarem contrariamente ao plano de recuperação judicial, mas mesmo assim ele ser aprovado pelo quórum exigido por lei.

Neste caso de aprovação não unânime, surge a dúvida consistente em saber se esses credores dissidentes ficariam vinculados à cláusula compromissória presente no plano de recuperação judicial aprovado pelo Assembleia Geral de Credores. José Emilio Nunes Pinto defende que “aprovada em assembleia geral de credores pelo atendimento ao quórum estabelecido e não por unanimidade, a cláusula compromissória vinculará, apenas e tão somente, os que a tenham aprovado no bojo do plano, seja expressa ou tacitamente”¹³⁸. Carla Crippa não parece tomar posição, mas expõe várias questões bastante interessantes sobre o tema:

Pela ótica da Lei 11.101/2005, a princípio não haveria por que a cláusula compromissória não vincular todos os credores, ainda que dissidentes, já que o plano de recuperação é único e os critérios de votação se aplicam para a aprovação do plano como um todo e não para algumas matérias isoladas. O legislador previu a possibilidade de aprovação do plano contra a vontade de determinados credores exatamente para garantir que prevalecesse a vontade da maioria e para evitar que os credores que tivessem uma posição individualista impossibilitassem a aprovação de um plano que atendesse aos interesses da maioria. Pela Lei 9.307/1996, porém, a cláusula compromissória somente vincularia os credores que expressamente aprovassem o plano onde ela estivesse inserida, já que é imprescindível que haja o inequívoco consenso e a expressa manifestação de vontade da parte para que a cláusula a vincule. Dessa forma, se o credor votou contra o plano e não fez qualquer ressalva em sua votação quanto à vontade de aderir à cláusula compromissória, a cláusula compromissória não o vincularia. [...]. Note-se que a não vinculação dos credores dissidentes à cláusula compromissória ocasionaria uma série de problemas práticos. Por exemplo, uma disputa envolvendo os credores como um todo poderia ser resolvida por tribunais diferentes, em momentos diferentes, havendo o risco de decisões conflitantes para cada credor. Uma possível solução seria os credores que votassem contra o plano de recuperação

consignassem sua concordância com a cláusula compromissória ou então assinassem um compromisso arbitral separado manifestando a sua vontade inequívoca de se submeter à arbitragem¹³⁹.

Em nossa opinião, a cláusula compromissória inserida no plano de recuperação judicial não pode ser oposta àqueles credores que votaram contrariamente a todo o plano ou que votaram contrariamente apenas à cláusula compromissória (o que se daria, na prática, com o voto pela aprovação do plano, mas registrada a ressalva quanto à cláusula compromissória). Poder-se-ia dizer que a primeira parte do art. 59 da Lei n.º 11.101/2005 impõe a observância do plano de recuperação judicial aprovado em assembleia por todos os credores, mesmo pelos dissidentes. O mencionado dispositivo estatui que “o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos”. É verdade, mas essa vinculação naturalmente somente diz respeito às matérias comerciais do plano.

Não é possível neste caso fazer analogia com a cláusula compromissória inserida nos atos constitutivos de sociedades anônimas e sociedades de responsabilidade limitada. Isso porque, no caso das sociedades empresárias, há uma manifestação de vontade prévia do sócio – quando decide ingressar na sociedade – aquiescendo com a prevalência do princípio majoritário. Em outras palavras, quando o sócio decide voluntariamente ingressar na sociedade empresária, ele manifesta, ainda que tacitamente, a concordância com todas as decisões que no futuro venham a ser aprovadas pela maioria. Nas sociedades empresárias, o sócio ingressa voluntariamente no negócio sabendo que deverá se submeter ao princípio majoritário.

Isso não ocorre, contudo, no plano de recuperação judicial, pois o credor não ingressa propriamente de maneira voluntária na recuperação judicial. Na verdade, o credor precisa habilitar o seu direito de crédito no prazo estabelecido, sob pena de sofrer os prejuízos descritos no art. 10 da Lei de Recuperação Judicial e Falências (habilitação retardatária), dentre os quais se destaca a perda do direito de voto nas assembleias gerais de credores. O credor não ingressa na recuperação judicial porque ele propriamente deseja, mas sim para evitar um prejuízo ainda maior. Há, pois, uma

dose de obrigatoriedade em participar da recuperação judicial em razão das consequências negativas que a lei impõe aos credores que dela não tomem parte. Assim, se o ingresso na recuperação judicial não é propriamente voluntário, não se pode impor ao credor dissidente da inclusão da cláusula compromissória no plano de recuperação judicial a via arbitral, notadamente quando não há dispositivo legal específico a esse respeito.

Como se não bastasse, ao contrário do que ocorre em relação ao sócio na sociedade empresária que não tenha efetivamente votado favoravelmente à inclusão da cláusula compromissória estatutária (acionistas dissidentes, ausentes ou que se abstiveram), o credor não tem como abandonar a recuperação judicial, exercendo algo semelhante ao direito de retirada (direito de recesso) previsto especificamente na lei para as sociedades empresárias.

Por essas razões, somos da opinião de que a cláusula compromissória contida no plano de recuperação judicial que tenha sido aprovada por maioria somente vinculará aqueles credores que tenham votado favoravelmente ao plano. A consequência prática desse entendimento é que a cláusula compromissória aprovada por maioria não vinculará todos os credores, mas apenas alguns deles. A vinculação de apenas alguns credores, todavia, não nos parece um problema apto a obstar a eficácia da convenção de arbitragem, pois a igualdade entre os credores desejada pela lei falimentar é *material*, ou seja, a igualdade de obter a satisfação de seu direito de crédito em relação aos demais credores de seu grupo. A opção pela arbitragem não cria nenhuma vantagem ou desvantagem de *ordem material* que possa comprometer a igualdade entre os credores idealizada pela Lei de Recuperação Judicial e Falências.

Da mesma forma, é preciso dizer que o plano de recuperação judicial não pode, em regra, revogar as cláusulas compromissórias contidas nos contratos anteriormente firmados por determinados credores e a sociedade em recuperação judicial. Isso somente será possível se esses credores concordarem especificamente com a revogação da cláusula compromissória ou votarem favoravelmente ao plano de recuperação, aquiescendo, também assim, com a revogação do pacto arbitral presente nos contratos celebrados anteriormente entre eles e a sociedade empresária.

Apenas para que não reste o silêncio absoluto sobre o tema, vale referir que também se apresenta muito adequada a inserção de cláusula prevendo a mediação em planos de recuperação judicial, como uma tentativa de solução mais célere e menos contenciosa para as questões supervenientes ao plano e seu cumprimento. Pode-se, por óbvio, considerar a utilização de cláusulas med-arb, com a utilização dos dois métodos de solução de controvérsias, alternativa e sucessivamente, apenas devendo-se ter absoluto cuidado em sua redação para que essa opção não acabe se tornando um problema no futuro.

Dada a multiplicidade de questões que podem surgir no âmbito de uma recuperação, a mediação pode ser um valioso instrumento de solução de questões que não exijam a solução judicial pura. Outro mecanismo que pode vir a ser utilizado no futuro com eficácia relevante para as questões que venham a surgir relativamente ao cumprimento de planos de recuperação judicial são os *dispute boards*, muito utilizados na área de construção pesada.

7.5.3.Arbitragem e falência

7.5.3.1. Efeitos da falência sobre a convenção de arbitragem já celebrada: arts. 22, 99, 103, 114 e, especialmente, 117 da Lei de Recuperação Judicial e Falências

Ao contrário do que ocorre na recuperação judicial, *a decretação da falência priva a sociedade empresária falida do poder de disposição sobre os seus bens e direitos*, notadamente na forma do inciso VI do art. 99 e do art. 103 da Lei n.º 11.101/2005.

O primeiro desses dispositivos estatui que “a sentença que decretar a falência do devedor, entre outras determinações [...] *proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido*, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos

termos do inciso XI do *caput* deste artigo”. O último deles dispõe que “desde a decretação da falência ou do sequestro, *o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor*”.

No caso da falência, mais uma vez ao contrário do que ocorre na recuperação judicial, forma-se a chamada *massa falida*, sujeito de direito sem personalidade jurídica formada pela comunhão de credores (massa falida subjetiva) que sucede a sociedade empresária falida em seus bens e direitos arrecadados (massa falida objetiva). *Com efeito, apesar de a sociedade empresária não perder sua personalidade jurídica e sua capacidade de fato com a decretação da falência¹⁴⁰, a verdade é que ela perde, completamente, o poder de disposição sobre seus bens e direitos, que são arrecadados em favor da massa falida.*

Para conduzir a massa falida no intuito de melhor satisfazer os credores, o juiz nomeia o administrador judicial. Não obstante passe o administrador judicial a representar a massa falida – não apenas para fins processuais mas também comerciais –, seu poder de disposição sobre os bens e direitos a ela pertencentes não é ilimitado, dependendo, em vários ocasiões, de autorização expressa do Comitê de Credores e/ou do juízo da falência, conforme se extrai do § 3.º do art. 22 e dos arts. 114 e 117, todos da Lei n.º 11.101/2005. *Destaque-se, pois, que não recai sobre o próprio conjunto de bens e direitos qualquer indisponibilidade, mas apenas a sociedade empresária falida é que não detém mais poder de disposição sobre eles.* Prova evidente disso é que são exatamente estes bens e direitos que serão regularmente alienados pelo administrador judicial na fase de realização do ativo. *A indisponibilidade é relativa; relativamente ao falido.*

Diante deste quadro, cumpre questionar: a decisão que decreta a falência torna inexistente, inválida ou ineficaz a convenção de arbitragem anteriormente celebrada pela sociedade empresária falida? Ou ela se mantém perfeitamente regular? A maioria da doutrina concentra suas atenções para responder esse questionamento no texto do art. 117 da Lei de Recuperação Judicial e Falências, segundo o qual “*os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou*

for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê”. A convenção de arbitragem seria um contrato bilateral para os fins do art. 117 da lei falimentar?

Ronaldo Vasconcelos, depois de explicar o conteúdo do art. 117, defende que “a competência da fundamentada decisão de levar a cabo ou não a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral previamente estabelecido será resolvida no âmbito da falência e não do Tribunal Arbitral”, razão pela qual “deverá o administrador judicial submeter sua pretensão ao Comitê de Credores, o qual concordará ou não com a decisão, extrajudicialmente”, sendo certo, ademais, que “na hipótese de inexistir Comitê de Credores instaurado, cabe ao juiz analisar essa questão”¹⁴¹. O autor, representando posição minoritária na doutrina brasileira, entende que a convenção de arbitragem celebrada anteriormente à decretação da falência submete-se à regra do art. 117 da lei falimentar, de modo que o administrador judicial poderia ou não cumpri-la.

Manifestando ponto de vista diverso, Donaldo Armelin considera que “a decretação de falência ou de liquidação extrajudicial não impede que a massa falida ou a empresa liquidanda cumpra o pactuado em cláusula compromissória ou compromisso arbitral pactuado anteriormente, participando da arbitragem, agora representada pelo seu síndico ou liquidante, conforme o caso”, pois, continua o autor, ocorre “a sucessão, na arbitragem pactuada, da empresa falida ou em liquidação pela massa falida ou empresa liquidanda”¹⁴².

Donaldo Armelin ainda considera que a celebração da convenção de arbitragem confere às partes um direito adquirido insuscetível de posterior modificação pelo administrador judicial. Segundo o autor, “com a celebração, na forma de lei de regência, da convenção de arbitragem, consumou-se o direito de opção pela jurisdição arbitral, emergindo direito adquirido à sua instauração, prosseguimento e conclusão com a prolação da sentença arbitral”¹⁴³. Como último argumento, o autor ainda afirma que a decretação da falência importa na perda de disponibilidade dos bens componentes do acervo, o que não inviabiliza a convenção de arbitragem:

Não há, considerando-se a emergência do direito à jurisdição, como, a teor de

fatos jurídicos supervenientes, extinguir-se a arbitragem em razão da perda da disponibilidade do direito nela questionado, que se encontrava livre de qualquer restrição quando da celebração da convenção de arbitragem, estando, da mesma forma, a parte signatária desse documento com capacidade plena na ocasião. Seria o mesmo que encerrar uma arbitragem pelo simples fato superveniente de terem sido gravados com indisponibilidade, em razão de medida cautelar fiscal, os bens que se constituem no seu objeto¹⁴⁴.

Compartilhando desta visão, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo argumenta que a convenção de arbitragem é “ato perfeito e acabado, não cabendo às partes, como foi visto, dizer se a cumprem ou não”¹⁴⁵. Em outra passagem, o autor leciona que “a convenção de arbitragem válida afasta a jurisdição estatal”, razão pela qual “não cabe ao administrador judicial dizer se a cumpre ou não”¹⁴⁶. O autor também alega que “a massa falida poderá, até, se for recalcitrante na instituição da arbitragem, ser judicialmente compelida a cumprir a convenção”¹⁴⁷. O autor, por fim, afasta a incidência do art. 117 da lei falimentar em razão da natureza da convenção de arbitragem:

Assim, não há que se interpelar o administrador judicial para declarar se cumpre ou não a convenção, uma vez que a regra do art. 117 da Lei de Recuperação de Empresas tem em vista contratos ainda não cumpridos, o que não se aplica à cláusula arbitral, que é autônoma e se acha perfeita e acabada¹⁴⁸.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo acrescenta que “a cláusula compromissória, vale observar, é autônoma em relação ao contrato”, razão pela qual “o administrador judicial pode ser interpelado, nos termos do art. 117, § 1.º, da Lei 11.101/2005, para dizer se cumpre o contrato, não a cláusula compromissória”, pois, “quanto a esta, já se decidiu: se houver litígio, será submetido à jurisdição arbitral, não cabendo às partes voltar atrás nesse ponto”¹⁴⁹. Por fim, o autor, considerando a hipótese de o administrador judicial optar pela extinção do próprio contrato, ensina que “a parte prejudicada pelo descumprimento fará jus à indenização” e, “havendo

cláusula compromissória, a via cabível será a arbitral, uma vez que a negativa de cumprimento foi do contrato, e não da convenção de arbitragem”¹⁵⁰.

Carla Crippa, por seu turno, também entende que “o art. 117 não se aplica a convenções de arbitragem”¹⁵¹. Em primeiro lugar, a autora afirma que “a falência não tem, em regra, o condão de revogar ou tornar ineficaz negócio jurídico celebrado pelo devedor antes da decretação da falência, quando ele ainda tinha pleno direito de administrar e dispor dos seus bens”, razão pela qual “ela também não impediria o cumprimento da convenção de arbitragem”¹⁵². A autora aduz ainda que “a arbitragem só se extinguiria se a convenção de arbitragem fosse nula, inválida ou ineficaz ou se os árbitros ou o tribunal arbitral fossem incompetentes”, sendo certo que “o fato de ter sido decretada a falência não está entre as causas de extinção da arbitragem”¹⁵³.

Na jurisprudência dos tribunais, pode-se dizer que esse entendimento é o que contou até agora com o maior número de decisões. Em 2006, a questão foi enfrentada no caso *Interclínicas v. Saúde ABC*. Discutia-se uma ação de cobrança ajuizada pela *Interclínicas* em face da *Saúde ABC*, no valor de aproximadamente R\$ 10 milhões, com fundamento em contrato celebrado pelas partes antes da decretação da liquidação extrajudicial de *Interclínicas*. Pouco depois da propositura da demanda judicial, a *Saúde ABC* iniciou arbitragem com base na cláusula compromissória presentes naquele contrato. Diante disso, a *Interclínicas* ajuizou medida cautelar incidental à ação de cobrança pleiteando a suspensão da arbitragem em curso sob o fundamento de que o processo arbitral poderia resultar em prejuízo para os credores e para a massa falida.

Após a primeira instância ter concedido o pedido, o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu decisão entendendo que, “não sendo inconcusso, manifesto e indubitado, até por ausência de norma legal expressa e clara nesse sentido, que, pela superveniência da situação de empresa operadora de planos de saúde em liquidação extrajudicial da agravante, viesse a tornar-se inviável ou juridicamente descabida a arbitragem antes voluntariamente convencionada entre as partes, é claro que a liminar, carente dos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora, nunca poderia subsistir”¹⁵⁴.

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça e foi decidido em 2008 monocraticamente pela Ministra Nancy Andrighi, que rejeitou o pedido de suspensão da arbitragem, mantendo a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A decisão consigna que “a participação de operadoras de planos privados de assistência à saúde em liquidação extrajudicial no procedimento arbitral, a rigor, não exige a prática de nenhum ato inclinado a concluir negócios pendentes, tampouco a onerar ou alienar bens”.

Em seguida, a Ministra Nancy Andrighi deixa claro que “a cláusula compromissória foi firmada pelas partes antes da decretação da liquidação extrajudicial da Interclínicas, oportunidade em que esta detinha capacidade plena para contratar, tendo então optado por sujeitar à arbitragem a resolução de direitos patrimoniais disponíveis, concernentes à transferência de sua carteira de clientes”, de modo que “no ato de celebração do compromisso arbitral estavam presentes tanto o seu requisito subjetivo, previsto na primeira parte do art. 1.º da Lei n.º 9.307/96, consistente na capacidade civil para contratar, quanto seu requisito objetivo, também contido no referido art. 1.º, *in fine*, correspondente à disponibilidade do direito patrimonial”. A decisão ainda afastou a alegação de ineficácia superveniente da convenção de arbitragem:

Não há, pois, dúvida alguma acerca da validade da cláusula compromissória na espécie. [...]. Também não subsiste a alegação de ineficácia superveniente da cláusula, em virtude da decretação da liquidação extrajudicial, na medida em que o liquidante, a quem passa a competir a representação da Interclínicas em juízo ou fora dele, não está impedido de participar amplamente do procedimento arbitral, exercendo todos os direitos a ele inerentes. Com efeito, a participação da massa liquidanda no procedimento arbitral, a rigor, não exige a prática de nenhum ato inclinado a concluir negócios pendentes, tampouco a onerar ou alienar bens. O fato da arbitragem envolver direitos disponíveis não significa que haverá, necessariamente, no curso do procedimento arbitral, atos do liquidante que impliquem na disponibilização de tais direitos. Diante disso, a atuação do liquidante na arbitragem não coloca em risco o interesse público que

permeia a liquidação extrajudicial. Ao contrário, permite a defesa dos direitos da massa liquidanda e, por via reflexa, dos direitos dos próprios credores e demais interessados na liquidação. Em verdade, a participação do liquidante em procedimento arbitral não difere substancialmente da sua atuação na fase de conhecimento dos processos judiciais envolvendo a massa liquidanda¹⁵⁵.

Em 2009, novamente a matéria foi levada ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no caso *Ericsson v. Technosson*. Tratava-se de uma ação judicial movida pela massa falida contra um devedor com base em contrato, celebrado antes da quebra, que continha cláusula compromissória, de modo a saber se essa cláusula compromissória ainda era aplicável ou não. O debate se deu porque a massa falida de *Technosson* ajuizou ação de cobrança em face da *Ericsson* perante o Poder Judiciário, mas a ré suscitou a existência de cláusula compromissória firmada antes da quebra, arguindo que a questão deveria ser resolvida na via arbitral.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que “a capacidade para tal desiderato deve ser aferida quando suscitado o cabimento da arbitragem e não ao tempo da contratação, dado que, decretada a falência, a intervenção estatal subsequente limita a atuação do síndico [leia-se: administrador judicial] e de seus auxiliares à prévia manifestação do Dr. Promotor de Justiça e a autorização do MM. Juiz que preside o processo de liquidação de haveres e obrigações”.

Em seguida, o acórdão registrou que, “quando da propositura da ação de cobrança a agravada, autora da demanda, já tinha falido”. Referindo-se ao conhecido precedente do Tribunal de Justiça bandeirante da lavra do Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, a ser examinado mais adiante, a decisão explica que “na hipótese daqueles autos a situação era [um] pouco diversa, pois tratava de demanda arbitral que já havia se iniciado por pedido formulado ao Tribunal Arbitral”. No entendimento do Tribunal, “a incontroversa falência transferiu a gerência dos interesses da massa a um conglomerado de credores, todos submetidos à fiscalização do *Parquet* e ao exercício presidencial do procedimento pelo MM. Juiz”¹⁵⁶.

Em 2012, no caso *Sano v. Voith*, debateu-se uma ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais proposta pela massa falida da *Sano* em face da *Voith* perante

o Poder Judiciário paulista. Diante da cláusula compromissória celebrada previamente à decretação da falência, o juízo de primeiro grau houve por bem extinguir o processo sem a resolução do mérito. Em grau de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que “a decretação de falência da apelante após a celebração do contrato não constitui fato novo hábil a obstar o cumprimento de convenção de arbitragem pactuada anteriormente à quebra, por falta de amparo legal”¹⁵⁷.

Em 2013, houve nova decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão. O caso *Kwikasair v. AIG* começou em São Paulo em 2009, versando sobre a repercussão da decretação da falência sobre a cláusula compromissória celebrada anteriormente. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que “não colhe a alegação de inaplicabilidade da Lei n.º 9.307/96 porque a superveniente decretação da quebra da embargante não impede o cumprimento da cláusula de arbitragem, cujo processo terá a participação do administrador judicial”¹⁵⁸.

No Superior Tribunal de Justiça, não obstante o acórdão tenha sido relatado pelo Ministro Sidnei Benetti, o voto-vista da Ministra Nancy Andrichi detalha todos os fundamentos que embasaram a conclusão do Tribunal. Consigna-se, em primeiro lugar, as três questões que precisam ser enfrentadas: (i) a *vis attractiva* do juízo universal da falência (art. 76); (ii) a suspensão, em regra, de todas as ações e execuções em trâmite perante outros juízos que não o falimentar (art. 6.º); e (iii) a necessidade de o administrador judicial decidir acerca do interesse no cumprimento dos contratos vigentes quando da decretação da quebra (art. 117).

No que diz respeito ao art. 117 da Lei n.º 11.101/2005, a decisão entendeu que “a natureza contratual da convenção de arbitragem, seja ela cláusula compromissória, cheia ou vazia, ou compromisso arbitral, não é suficiente para subordinar sua eficácia ao juízo de conveniência do administrador judicial, afastando-se o art. 117 da Lei de Falências”. Isso porque, continua a decisão, “a convenção de arbitragem é, por si só, suficiente ao afastamento efetivo da jurisdição estatal, consumando, de pronto, renúncia definitiva, ainda que sujeita a condição suspensiva”.

Em relação à suspensão das ações determinada pelo art. 6.º da lei falimentar, a

decisão consigna que, “tendo em vista que a arbitragem encontra-se atualmente no mesmo plano do processo judicial de conhecimento, uma vez que sua sentença constitui título executivo judicial (art. 475-N, IV, do CPC), devem-se aplicar ao processo arbitral as mesmas regras e efeitos previstos para os demais processos judiciais de conhecimento”, sendo certo que “na jurisdição arbitral, por não ser dotada de poderes executivos, sempre se estará diante de demandas de conhecimento”, de modo que “resulta injustificável qualquer pretensão de sobrestamento ou impedimento de instalação de arbitragem lastreada em convenção anterior à decretação da falência”.

No que tange, por fim, ao juízo universal da falência, a decisão considera que a lei falimentar “excepciona da *vis attractiva* do juízo falimentar as causas, não disciplinadas por esta lei, em que o falido figure como autor”, razão pela qual “é de se concluir que o juízo arbitral, instaurado para apuração de crédito em favor do falido, não sofrerá os efeitos da decretação da falência, devendo, observar contudo, a representação judicial do falido pelo síndico [*rectius*, administrador judicial] da massa falida, nos termos do parágrafo único do art. 76 da Lei n.º 11.101/05”¹⁵⁹.

Por fim, em 2016, mais um caso julgado no Poder Judiciário paulista. No caso *Unimed de Presidente Prudente v. Unimed Paulistana*, debateu-se, novamente perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a influência da decretação da liquidação extrajudicial sobre a convenção de arbitragem anteriormente celebrada. A decisão consigna que “a superveniência da quebra não afasta a exigibilidade e a eficácia da convenção arbitral celebrada validamente pelas partes plenamente capazes no momento de sua contratação”. Segundo o relator, a fase arbitral seria, inclusive, essencial para poder caracterizar o crédito a ser habilitado posteriormente no processo de liquidação. No que diz respeito à suspensão das ações e execuções em curso, o acórdão registrou que “a Lei de Recuperações e Falências não suspende as demandas de conhecimento (e os Juízos Arbitrais são somente de conhecimento)”¹⁶⁰.

Em nosso ponto de vista, a decretação da falência não afeta a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem anteriormente celebrada. Em primeiro lugar, porque não é exatamente correto o argumento de que a decretação da

falência ocasionaria a indisponibilidade absoluta dos bens e dos direitos que formam a massa falida e, por isso, haveria uma inarbitrabilidade superveniente. Além do Direito brasileiro adotar o critério da mera patrimonialidade para fins de definição da arbitrabilidade objetiva (art. 852 do Código Civil), ainda que assim não fosse, *a decretação da falência ocasiona uma indisponibilidade meramente relativa dos bens e dos direitos arrecadados.*

O que significaria esta indisponibilidade relativa? *A relatividade desta indisponibilidade está em que ela somente afeta o poder de disposição da sociedade empresária falida sobre estes bens e direitos. Isso significa, em outros termos, que não são exatamente os bens e os direitos componentes da massa falida que se tornam indisponíveis. Na verdade, a sociedade empresária falida é que não detém mais poder de disposição sobre eles. Os bens e os direitos componentes da massa falida permanecem disponíveis, menos para a sociedade empresária falida.*

Prova evidente disto é que uma das etapas mais relevantes do processo falimentar é justamente a *fase de realização do ativo*, isto é, a fase em que os bens e os direitos componentes da massa falida serão alienados pelo administrador judicial para que os credores sejam satisfeitos com o produto dessas operações. Desde que autorizado pelo Comitê de Credores ou, na sua ausência, pelo juiz, os bens e os direitos componentes da massa falida serão naturalmente alienados. *Isso significa, em outras palavras, que o atingimento da finalidade última da falência – que é a satisfação do direito de crédito dos credores – pressupõe a disponibilidade dos bens e dos direitos do acervo patrimonial que formam a massa falida.* Exatamente neste sentido, cite-se o entendimento de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo:

Vale a pena insistir que, na verdade, os bens do falido não são indisponíveis. Ele, o devedor, é que não pode “deles dispor”, consoante determina o art. 103, *caput*, da Lei 11.101/2005. Muito ao contrário, na falência, é exatamente a disposição dos bens do falido, por meio do mecanismo legal de realização do ativo, que irá proporcionar aos credores a satisfação (relativa, é claro) de seus créditos. O argumento da indisponibilidade não resiste, portanto, a um enfoque mais acurado¹⁶¹.

Por esta razão, a decretação da falência em nada afeta a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, devendo-se descartar, ainda, a tese da inarbitrabilidade superveniente da massa falida, mas apenas retira da sociedade empresária falida o poder de disposição sobre aquele acervo, transferindo-o ao administrador judicial, mediante autorização do Comitê de Credores ou, na sua ausência, do juízo da recuperação judicial.

Também nos parece que o art. 117 da Lei de Recuperação Judicial e Falências não se aplica à convenção de arbitragem. Conforme já explicado anteriormente, o art. 117 cuida das obrigações contratuais que estavam em execução, com prestações bilaterais, até o momento de decretação da falência¹⁶². Isso significa que o art. 117 da Lei n.º 11.101/2005 somente se aplica a contratos de execução diferida (v.g., contrato de venda e compra com entrega futura) e contratos de trato sucessivo (por exemplo, contrato de arrendamento), pois o contrato precisa ainda estar em curso ou em vias de ser executado¹⁶³. Ora, se os contratos bilaterais podem ser cumpridos, como resulta do texto da lei, é porque eles ainda não foram extintos (adimplemento ou inadimplemento).

A convenção de arbitragem, porém, é negócio jurídico (de direito privado ou processual, conforme a corrente que se adote) de execução instantânea, pois as partes, desde o momento em que a celebram, vinculam-se à via arbitral e excluem a via estatal¹⁶⁴. A posterior instituição da arbitragem não é uma etapa contratual, como se estivesse diante de um negócio jurídico de execução diferida, mas sim o nascimento de um processo de natureza jurisdicional. Como o art. 117 da Lei n.º 11.101/2005 pressupõe obrigações contratuais que estejam em execução no momento de decretação da falência, impossível a sua incidência à convenção de arbitragem, dada, repita-se mais uma vez, a sua característica de negócio jurídico de execução instantânea.

Como se não bastasse tudo isso, é preciso ter sempre em mente a finalidade do dispositivo legal que se interpreta. O art. 117 da Lei n.º 11.101/2005 tem por finalidade proteger o patrimônio que compõe a massa falida da má administração que levou o empreendimento à falência. Por essa razão, a lei cria uma exceção ao *pacta*

sunt servanda e outorga ao administrador judicial a faculdade de avaliar quais contratos em curso permanecerão sendo cumpridos. Em termos gerenciais, o que a lei pretende é conferir ao administrador judicial a possibilidade de avaliar as decisões negociais tomadas pela administração recém-destituída da sociedade empresária falida e, a partir disto, decidir quais negócios são economicamente proveitosos para a massa falida.

Observe-se que, se a lei não concedesse esta oportunidade ao administrador judicial, dificilmente ele teria condições de preservar os bens e os direitos componentes da massa falida de decisões negociais ruidosas tomadas pela administração recém-destituída. Por conta do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), se não houvesse essa exceção legal, negócios desfavoráveis ou, até mesmo, ruinosos para a massa, não poderiam ser desconstituídos, eventualmente eternizando o mau estado dos negócios sociais.

O dispositivo legal, portanto, tem por finalidade dar ao administrador judicial discricionariedade para reavaliar a execução dos negócios materiais contratados. Exatamente por isso que o dispositivo em nada afeta a convenção de arbitragem, pois bem se sabe que dificilmente se poderia considerar a convenção de arbitragem em si como um negócio ruinoso ou que pudesse perpetuar a situação de calamidade econômica da sociedade empresária. Em outras palavras, como a discricionariedade do art. 117 da lei está limitada aos pactos que representem negócios ruinosos para a sociedade empresária falida, a cláusula compromissória não pode ser abrangida por esse dispositivo. Compactuando da conclusão expressa no texto, confira-se o Enunciado n.º 06 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios organizada pelo Conselho da Justiça Federal:

O processamento da recuperação judicial ou a *decretação da falência* não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende.

Nem se diga que os custos da arbitragem seriam a justificativa para permitir a

aplicação do art. 117 da Lei de Recuperação Judicial e Falências à convenção de arbitragem¹⁶⁵. Em primeiro lugar, não há uma pesquisa até então realizada demonstrando que o custo da arbitragem é mais alto do que o do Poder Judiciário quando considerado o longo prazo. O que se quer dizer com isso é que, não obstante às vezes o custo inicial do processo arbitral seja mais alto do que o custo inicial do processo judicial, a verdade é que a arbitragem será encerrada em espaço de tempo muito menor do que o processo judicial, o que significa que, no longo prazo, os custos de acompanhamento processual e de imobilização de capital – por conta da necessidade de provisionamento contábil – podem ser bastante inferiores.

Não há, porém, uma pesquisa com números demonstrando esta relação, razão pela qual afirmações genéricas no sentido de que o processo arbitral seria mais custoso do que o processo judicial podem ser tidas como precipitadas. Ademais, sabe-se que existem atualmente ferramentas de mercado aptas a permitir o financiamento de arbitragens por terceiros (*third party funding*), o que poderia ser uma saída caso a massa falida entendesse que não poderia suportar os custos iniciais da arbitragem. Outra saída é a parte contrária se voluntariar a adiantar os custos iniciais do processo arbitral. Registre-se que a eventual negativa da parte contrária não inquina de inexistência, invalidade ou ineficácia a convenção de arbitragem, trata-se apenas de uma solução negocial, a ser voluntariamente adotada pela outra parte, caso entenda adequado.

Diga-se, ainda, que a arbitragem normalmente apresenta uma solução muito mais veloz do que o processo judicial, o que se mostra bastante decisivo no processo de falência, em especial em razão da dificuldade de conservação dos bens da massa falida, eventualmente corroídos pela depreciação econômica. A inegável celeridade da arbitragem em relação ao processo judicial, neste contexto, pode ser traduzida economicamente como uma diminuição da depreciação do valor dos bens componentes da massa falida pelo decurso do tempo, o que valoriza o acervo de bens e aumenta as chances de satisfação do direito de crédito dos credores. Considerando também este fator, parece definitivamente precipitado dizer, superficialmente, que o processo arbitral é mais custoso do que o processo judicial. Caso este fundamento esteja correto, é preciso que seja demonstrado empiricamente, considerando todos os

itens acima mencionados.

É preciso esclarecer que, se o administrador judicial decidir por não participar do processo arbitral, a outra parte somente precisará ingressar em juízo para buscar a execução específica da convenção de arbitragem, na forma dos arts. 6.º e 7.º da Lei de Arbitragem, caso se esteja diante de uma cláusula compromissória vazia ou, em alguns casos, patológica. No caso de cláusula compromissória cheia ou de compromisso arbitral, inicia-se diretamente a arbitragem em face da massa falida, seguindo-se as regras da convenção de arbitragem ou, eventualmente, do regulamento de arbitragem eleito pelas partes para a constituição do tribunal arbitral.

Caso o administrador judicial insista em não participar do processo arbitral, a arbitragem prosseguirá à revelia da massa falida, o que evidentemente poderá lhe expor a uma situação pior do que aquela que ela vivenciaria se estivesse integrando o processo arbitral e apresentando suas razões perante o tribunal arbitral. Esta circunstância, inclusive, pode, eventualmente, servir de motivo para sustentar pedido de destituição do administrador judicial por desídia em relação aos bens e aos direitos da massa falida.

Em outras palavras, não é porque se está tratando de uma massa falida que a cláusula compromissória deixa de permitir a instauração direta da arbitragem. A ação dos arts. 6.º e 7.º da Lei n.º 9.307/1996 – execução específica da cláusula compromissória – só pode ter como objeto cláusulas compromissórias vazias ou, em alguns casos, patológicas, de modo que, não sendo este o caso, o processo arbitral pode ser iniciado sem qualquer intervenção ou apoio do Poder Judiciário, pouco importando, para esses fins, se uma das partes da arbitragem é massa falida. O administrador judicial deve, portanto, estar atento a esse fato, pois, caso se trate de cláusula compromissória cheia, a arbitragem será regularmente instituída sem qualquer necessidade de fase judicial prévia.

Diga-se, ainda, que, se o administrador judicial resolver não cumprir o próprio contrato em que está inserida a cláusula compromissória, aplicando o art. 117 da Lei de Recuperação Judicial e Falências, a parte prejudicada poderá iniciar arbitragem em face da massa falida para buscar indenização pelos danos sofridos. Nesta hipótese

específica, além de não se aplicar o art. 117 da lei falimentar à convenção de arbitragem, incide aqui o princípio da autonomia do pacto arbitral, previsto no *caput* do art. 8.º da Lei de Arbitragem, de modo que a decisão de não cumprir o contrato-base não afeta a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Em resumo, eventuais disputas decorrentes da aplicação pelo administrador judicial do art. 117 da Lei de Recuperação Judicial e Falências ao contrato-base serão solucionadas na arbitragem, caso esse contrato-base, evidentemente, possua cláusula compromissória.

7.5.3.2. Possibilidade de celebração de convenção de arbitragem após a falência: arts. 22, 99, 103 e 114 da Lei de Recuperação Judicial e Falências

Estabelecido, no nosso ponto de vista, que a convenção de arbitragem celebrada anteriormente não se torna inválida pela decretação da falência, cumpre questionar se esta mesma convenção poderia ser firmada após a decretação da quebra. A questão passa, novamente, pela análise do poder de disposição sobre os bens e os direitos que compõem a massa falida.

Ronaldo Vasconcelos entende que “em se tratando de processo falimentar pendente, com a conseqüente perda pelo falido da disponibilidade da administração de seus bens (LRF, art. 103), não há como celebrar convenção de arbitragem válida, uma vez que esta inequivocamente exige que os seus objetos sejam direitos patrimoniais disponíveis”¹⁶⁶. O autor complementa seu entendimento aduzindo que “a própria arrecadação dos bens da empresa falida acarreta a indisponibilidade desses direitos”¹⁶⁷. Observe-se que o autor não apenas afirma que o falido não pode celebrar convenção de arbitragem como diz também, em maior extensão, que não poderá ser firmada convenção de arbitragem tendo por objeto os bens e os direitos arrecadados.

Donaldo Armelin, também defendendo ponto de vista restritivo, considera que, “em se tratando de execuções concursais pendentes, com a perda pelo executado da disponibilidade de seus bens, arrecadados para se integrarem na massa direcionada à satisfação dos direitos dos credores, não há, sob o prisma do direito brasileiro, como

celebrar convenção de arbitragem válida”, pois, continua o autor, “esta exige, de forma expressa e inequívoca, que o seu objeto seja, exclusivamente, direitos patrimoniais disponíveis”¹⁶⁸. Mais adiante, Donaldo Armelin explica que “a indisponibilidade dos bens arrecadados na falência obsta a celebração de convenção de arbitragem para a solução de conflito de interesses que os envolva”¹⁶⁹.

Adotando posição contrária, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo leciona que “quem não pode celebrar a convenção é o falido, que perde a administração de seus bens”. Em seguida o autor, destaca que “na verdade, os bens do falido não são indisponíveis”, mas “ele, o devedor, é que não pode ‘deles dispor’, consoante determina o art. 103, *caput*, da Lei 11.101/2005”. Segundo o autor, na verdade, “na falência, é exatamente a disposição dos bens do falido, por meio do mecanismo legal de realização do ativo, que irá proporcionar aos credores a satisfação (relativa, é claro) de seus créditos”, razão pela qual “o argumento da indisponibilidade não resiste, portanto, a um enfoque mais acurado”¹⁷⁰. O autor, em resumo, considera possível a celebração da convenção de arbitragem após a decretação da falência, valendo transcrever a seguinte passagem:

Ora, a Lei de Recuperação de Empresas expressamente autoriza o administrador judicial, na falência, a “transigir sobre obrigações e direitos da massa falida e conceder abatimento de dívidas, ainda que sejam consideradas de difícil recebimento”, desde que autorizado judicialmente, após ouvidos o comitê de credores e o devedor. Por igualdade de motivos, pode-se afirmar que o administrador judicial também poderá, na falência, celebrar convenção de arbitragem. O ideal, é claro, seria termos, no direito brasileiro, norma expressa a respeito, à semelhança do direito francês¹⁷¹.

Comungando dessa opinião, Carla Crippa ensina, em primeiro lugar, que “se a convenção de arbitragem tiver sido celebrada pelo devedor posteriormente à decretação da falência, a questão será relativamente simples: a convenção de arbitragem será inválida”, pois “terá sido contratada por quem estava proibido de fazê-lo e, conseqüentemente, será inválida”¹⁷². Em seguida, porém, a autora esclarece

que “na falência, quem perde o direito de administrar e dispor dos bens é o próprio falido”, de modo que “o administrador judicial poderia celebrar convenção de arbitragem em nome da massa falida, desde que fosse autorizado pelo juízo falimentar e o uso da arbitragem fosse conveniente aos interesses da massa falida”¹⁷³.

Mais uma vez, impõe-se examinar os arts. 22, 99, 103 e 114 da Lei de Recuperação Judicial e Falências. Por um lado, o inciso VI do art. 99 prevê que “a sentença que decretar a falência do devedor, entre outras determinações [...] *proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido*, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do *caput* deste artigo”. O art. 103 da lei falimentar dispõe que “desde a decretação da falência ou do sequestro, *o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor*”.

Por outro lado, o § 3.º do art. 22 prevê que, “na falência, o administrador judicial não poderá, *sem autorização judicial*, após ouvidos o Comitê e o devedor no prazo comum de 2 (dois) dias, *transigir sobre obrigações e direitos da massa falida* e conceder abatimento de dívidas, ainda que sejam consideradas de difícil recebimento”. Por último, o art. 114 da Lei n.º 11.101/2005 dispõe que “o administrador judicial poderá alugar ou celebrar outro contrato referente aos bens da massa falida, com o objetivo de produzir renda para a massa falida, mediante autorização do Comitê”.

O que se conclui a partir dos textos legais é que a *sociedade empresária falida*, não obstante mantenha a sua capacidade de fato, *perde o poder de disposição* sobre os bens e os direitos que formarão a massa falida. Já o *administrador judicial detém o poder de disposição* sobre esse acervo que compõem a massa falida, podendo, por isso, transigir a respeito dos bens e dos direitos pertencentes à massa falida desde que conte com autorização judicial, após ouvidos o Comitê e a sociedade empresária falida.

Isso significa, em outras palavras, que a sociedade empresária falida não poderá celebrar convenção de arbitragem cujo objeto sejam os bens e os direitos

que formam a massa falida após a decretação da falência. Essa limitação não tem nenhuma relação com sua capacidade de fato, pois, como visto, a sociedade empresária falida a mantém após a quebra. Também não tem relação com uma eventual indisponibilidade dos bens e dos direitos que compõe a massa falida, pois, como também já destacado acima, este acervo não se torna indisponível com a decretação da falência, tanto é que o administrador judicial terá que aliená-los para satisfazer os direitos de crédito dos credores. A razão para isso é muito mais simples: ninguém pode celebrar convenção de arbitragem a respeito de bens e direitos de que não detém poder de disposição.

Com a decretação da falência, os bens e os direitos que até então estavam sob o poder de disposição da sociedade empresária passam a formar um acervo patrimonial independente (massa falida), cujo poder de disposição será exercido pelo administrador judicial, após a devida autorização judicial. Assim, a convenção de arbitragem a respeito dos bens e direitos que compõem o acervo da massa falida não pode ser celebrada pela sociedade empresária falida, mas pode ser naturalmente firmada pelo administrador judicial, mediante autorização judicial. Enquanto a sociedade empresária falida não pode celebrar convenção de arbitragem sobre os direitos e os bens componentes da massa falida após a decretação da falência, o mesmo já não ocorre com o administrador judicial, que, mediante autorização judicial, possui a prerrogativa legal de firmar convenção de arbitragem cujo objeto sejam os bens e os direitos integrantes do acervo patrimonial arrecadado com a falência.

7.5.3.3. Efeitos da falência sobre as arbitragens já iniciadas: arts. 6.º, 22, 99, 103, 114, 140 e 142, todos da Lei de Recuperação Judicial e Falências

7.5.3.3.1. Não há extinção da arbitragem em curso pela decretação da falência

Impende analisar nesta passagem se a sentença que decreta a falência da sociedade empresária em dificuldades produz algum efeito em relação às arbitragens já iniciadas. Cumpre investigar, mais especificamente, se a superveniência da decretação da falência levaria à *extinção* do processo arbitral já em curso. Registre-se que neste item se tratará apenas da eventual extinção da arbitragem em razão da decretação da falência, mas não daquelas causas em trâmite na arbitragem que possam, eventualmente, estar sujeitas à *via attractiva* do juízo universal da falência, o que será enfrentado nos próximos itens.

Carla Crippa considera que, “a partir da decretação da quebra, todas as demandas envolvendo o falido (sejam elas judiciais ou arbitrais) deverão ter prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida sob pena de nulidade do processo”¹⁷⁴. A autora aduz também que, no caso de arbitragem já em curso, “o administrador judicial não terá que decidir sobre o cumprimento de qualquer contrato, já que a arbitragem já estará instituída e os respectivos contratos já terão sido cumpridos”¹⁷⁵. A autora, portanto, entende que a decretação da falência não ocasionará a extinção da arbitragem, mas tão somente a sucessão da sociedade empresária em dificuldades pela massa falida, devendo-se, assim, intimar o administrador judicial.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo também leciona que, “na falência, como o devedor perde a administração de seus bens, não pode prosseguir atuando no processo, na mesma posição processual”, razão pela qual “será sucedido, no entanto, pela massa falida, representada pelo administrador judicial”¹⁷⁶. O autor deixa claro seu entendimento no sentido de que a arbitragem “iniciada anteriormente prossegue, com o administrador judicial no lugar do falido e, se já concluída ao ser decretada a falência, pode o crédito ser habilitado com base na sentença arbitral”¹⁷⁷. Vale transcrever, ainda, trecho em que Paulo Fernando Campos Salles de Toledo explica, didaticamente, que a perda do poder de disposição sobre os bens e os direitos pelo falido em nada representa óbice ao prosseguimento da arbitragem já em curso:

Explica-se, mais uma vez: a indisponibilidade é dos bens do devedor, e por este. É o falido, pois, que não pode dispor de seus bens. Mas esta restrição,

obviamente, não se estende à massa, uma vez que a realização dos ativos arrecadados é fase essencial do processo falimentar. Em qualquer liquidação, inclusive na falência, vendem-se os bens e, com o produto dessa venda, pagam-se os credores. De tudo se depreende que a decretação da falência não é óbice ao prosseguimento da arbitragem. A única consequência é que, no polo passivo da relação processual, o falido é sucedido pelo administrador judicial, nos termos do art. 76, parágrafo único, da Lei 11.101/2005¹⁷⁸.

Compartilhando dessa conclusão, Donaldo Armelin explica que “não há, pois, obstáculo jurídico à continuidade da arbitragem, quando decretada a falência de uma das partes litigantes na tela arbitral”¹⁷⁹. Em continuidade, o autor ensina que “o que sucede na espécie é a sucessão, na arbitragem pactuada, da empresa falida ou em liquidação pela massa falida ou empresa liquidanda”¹⁸⁰. Donaldo Armelin também deixa claro ainda que “mesmo a arrecadação dos bens do falido, ato pelo qual se submete ao guante do Judiciário todo o patrimônio deste, em nada é obstada pela existência de arbitragem em curso”, pois “a perda de capacidade do falido para agir validamente no campo das relações empresariais não modifica a estrutura da arbitragem, apenas alterando-se a representação da parte por isso afetada, impondo-se a sua sucessão na relação jurídico-arbitral”¹⁸¹. O autor, portanto, entende pela sobrevivência da arbitragem.

No caso *Jackson Empreendimentos v. Diagrama*, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve que enfrentar as repercussões da decretação da falência diante de uma arbitragem já em curso, produzindo, como se detalhará, uma excelente decisão da lavra do Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Em primeiro grau, *Jackson Empreendimentos* requereu habilitação de crédito no valor de aproximadamente R\$ 1,6 milhão perante o juízo em que tramitava a falência de *Diagrama*. O valor havia sido reconhecido previamente em arbitragem travada entre as partes, cujo início se deu anteriormente à quebra, mas a sentença arbitral havia sido proferida posteriormente.

O juízo de primeiro grau, contudo, indeferiu a habilitação de crédito, considerando que a sentença arbitral havia sido proferida quando já havia sido

decretada a falência de *Diagrama*, circunstância na qual a arbitragem deveria ter sido suspensa, o administrador judicial deveria ter sido intimado para dizer se concordava ou não com o prosseguimento da arbitragem, bem como o Ministério Público deveria ter sido intimado para “acompanhar o procedimento de arbitragem”.

Em grau de recurso, o Tribunal de Justiça bandeirante reformou a decisão, entendendo, em primeiro lugar, que “mesmo considerando-se que no processo de falência há interesses da coletividade dos credores do devedor comum, não se entrevê qualquer impedimento ao cumprimento de convenção de arbitragem pactuada anteriormente à decretação da falência, em cláusula prevista no contrato firmado por pessoas jurídicas, regularmente constituídas e apresentadas na forma de seus atos constitutivos, com plena capacidade negocial e tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis, conforme estabelece o art. 1.º da Lei 9.307/1996”.

No que diz respeito à alegação de perda de poder de disposição da sociedade empresária falida, a decisão registra que “disso não resulta que a indisponibilidade dos bens, interesses e direitos envolvidos no processo de falência, acarrete a aplicação do artigo 25 da Lei n.º 9.307/96 [revogado pela Lei n.º 13.129/2015] convenção de arbitragem anteriormente pactuada, eis que, caberá à massa falida, representada pelo administrador judicial, praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações”.

A respeito da suspensão da arbitragem em razão da quebra, o Tribunal de Justiça considerou que “não procede a afirmativa da decisão recorrida no sentido de que, decretada a quebra, deveria haver a imediata suspensão do procedimento arbitral, eis que, versando a demanda sobre quantia ilíquida, incide no caso o art. 6.º, § 1.º, da Lei 11.101/2005, que afasta a suspensão das ações movidas contra o devedor, prevista no *caput* do referido dispositivo legal”.

O acórdão também afastou a aplicação do art. 117 da Lei de Recuperação Judicial e Falências, pois “no caso vertente, o contrato bilateral de construção de edifício celebrado entre as partes já estava resolvido unilateralmente, desde 31 de julho de 2004 e, quando foi decretada a falência, em 14 de junho de 2005, a demanda arbitral já havia se iniciado por pedido formulado ao Tribunal Arbitral em 20 de abril

de 2005”. Em sequência, o Tribunal de Justiça de São Paulo consignou que “não se justifica a invocação do artigo 117 da Lei n.º 11.101/2005, que não pode ser aplicado ao contrato celebrado entre Jackson e Diagrama, que, ao ser decretada a falência desta, já tivera sua execução iniciada e, diante do inadimplemento da agravada, estava resolvido e sob a jurisdição da Câmara Arbitral, nos exatos termos da cláusula de arbitragem prevista no aludido contrato”.

A respeito da participação do Ministério Público, o acórdão consigna que “o veto ao artigo 4.º da Lei n.º 11.101/2005, cuja redação era similar à do antigo artigo 210, afasta a determinação de participação do representante do *Parquet* em todas as ações em que a massa falida seja autora ou requerida”, de modo que “se não há exigência da participação obrigatória do Ministério Público em todas as ações judiciais em que a massa falida for autora ou requerida, da mesma forma, não é indispensável, nem cabível, a participação da referida Instituição nos procedimentos de arbitragem em que uma das partes seja a massa falida”.

Por fim, o Tribunal de Justiça, em ótima passagem, ainda afirma que “o fato de, posteriormente, ter sido decretada a falência da agravada, não pode ter eficácia retroativa a impedir o cumprimento da cláusula de arbitragem”, bem como que “não há qualquer óbice ao prosseguimento de procedimento arbitral derivado de cláusula compromissória válida e eficazmente pactuada, em virtude de superveniente decreto de falência de uma das partes, que não implica a perda retroativa da capacidade da empresa contratante, que é sucedida pela massa falida, representada pelo administrador judicial”¹⁸².

De fato, a decretação da falência não ocasiona a extinção do processo arbitral, pouco importando, para esta hipótese, se a sociedade empresária falida é requerente ou requerida. Não está correto, com o devido respeito, o raciocínio segundo o qual a decretação da falência ocasionaria a extinção do processo arbitral em razão de uma suposta inarbitrabilidade superveniente decorrente da perda da capacidade de fato da sociedade empresária em dificuldades (segundo essa linha, não haveria mais “pessoas capazes de contratar”). Também não está correto, *d.m.v.*, o raciocínio segundo o qual a arrecadação dos bens e dos direitos da sociedade

empresária em dificuldades em decorrência da decretação da falência criaria uma indisponibilidade que impediria a submissão de qualquer questão relacionada a esses bens e direitos ao processo arbitral (não haveria mais, conforme essa corrente, “direitos patrimoniais disponíveis”).

Conforme já tivemos oportunidade de esclarecer, a decretação da falência não ocasiona a suspensão ou extinção da capacidade de fato da sociedade empresária em dificuldades, mas sim a perda de seu poder de disposição sobre os bens e os direitos que passam a formar a massa falida¹⁸³. Com efeito, ao contrário do que ocorre na recuperação judicial, em que o recuperando permanece com poder de disposição sobre seus bens, não obstante dependendo de autorização do Comitê de Credores para alguns atos, no caso da falência há a criação de um ente jurídico distinto e independente do devedor – a massa falida – que passa a deter o poder de disposição sobre os bens e os direitos do acervo arrecadado. É este o conteúdo que se extrai do § 3.º do art. 22, do inciso VI do art. 99, do art. 103 e do art. 114, todos da Lei de Recuperação Judicial e Falências.

Não obstante o falido perca o poder de disposição sobre este acervo patrimonial, isso não leva à inarbitrabilidade superveniente da controvérsia como se poderia argumentar dizendo que não há mais “pessoas capazes de contratar”, tal como disposto no *caput* do art. 1.º da Lei de Arbitragem. Em resposta a esse argumento, até poder-se-ia dizer que, apesar de perder o poder de disposição sobre aquele acervo patrimonial, a sociedade empresária falida não perde sua capacidade de fato, razão pela qual estaria atendido o requisito do diploma arbitral brasileiro. Poder-se-ia argumentar também com base no parágrafo único do art. 103 da lei falimentar, segundo o qual “o falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis”. Este fundamento até levaria à mesma conclusão, mas não é o ponto fundamental da questão.

O mais relevante a ressaltar é que a sociedade empresária em dificuldades será sucedida, a partir da decretação da falência, pela massa falida em todos os direitos e

obrigações relacionados aos bens e aos direitos que a compõem¹⁸⁴. Deste modo, pouco importa se a sociedade empresária falida mantém ou não a sua capacidade de fato após a decretação da falência, pois, na verdade, ela será sucedida pela massa falida em todos os direitos e obrigações relacionados ao acervo arrecadado. *A massa falida também sucederá a sociedade empresária falida nas relações processuais das quais o falido faça parte, judiciais ou arbitrais, no polo ativo ou no polo passivo, valendo destacar que a massa falida possui inegável capacidade processual, conforme deixa claro o inciso V do art. 75 do Código de Processo Civil.*

Trata-se, pois, apenas e tão somente de sucessão processual, razão pela qual eventual arbitragem em curso da qual faça parte a sociedade empresária em dificuldades não será extinta pela decretação da falência, mas ocorrerá apenas a sucessão processual do falido pela massa falida. Compactuando da conclusão expressa no texto, confira-se o Enunciado n.º 06 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, organizada pelo Conselho da Justiça Federal:

O processamento da recuperação judicial ou *a decretação da falência* não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, *não impede a instauração do procedimento arbitral*, nem o suspende.

Também não se diga que a arrecadação dos bens e dos direitos necessários à formação da massa falida geraria a indisponibilidade desse acervo patrimonial e, por conseguinte, a inarbitrabilidade superveniente de quaisquer questões que digam respeito a esses bens e direitos, pois não se cumpriria o requisito dos “direitos patrimoniais *disponíveis*”, previsto no *caput* do art. 1.º da Lei de Arbitragem. Primeiramente, o critério de arbitrabilidade objetiva adotado pelo Direito brasileiro é o da mera patrimonialidade (art. 852 do Código Civil), de modo que a livre disponibilidade não serve ao propósito de definir a arbitrabilidade objetiva de uma controvérsia.

Ainda que assim não fosse, *é fundamental esclarecer que a indisponibilidade ocasionada com a arrecadação dos bens do falido não é absoluta, mas meramente*

relativa, relativa à sociedade empresária falida. Em outras palavras, os bens e os direitos arrecadados para a formação da massa falida não se tornam indisponíveis *tout court*. Na verdade, eles se tornam indisponíveis apenas e tão somente para a sociedade empresária falida, que passa a não deter mais poder de disposição sobre eles (tornam-se, para ela e apenas para ela, indisponíveis). Isso não significa que se trate de um acervo patrimonial absolutamente indisponível, tanto é que a Lei de Recuperação Judicial e Falências prevê justamente a fase de realização do ativo, ou seja, alienação de todo o ativo para fins de satisfação do direito de crédito dos credores com base neste resultado.

Neste sentido, o inciso III do art. 22 da lei falimentar atribui ao administrador judicial a tarefa de “praticar os atos necessários à *realização do ativo* e ao pagamento dos credores”. Para tanto, o art. 140 da Lei n.º 11.101/2005 admite a alienação da empresa, a alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor e, também, alienação dos bens individualmente considerados. Eleita a modalidade de alienação dos ativos, o art. 142 da Lei de Recuperação Judicial e Falências deixa claro que “o juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se proceda à *alienação do ativo*”. Observe-se, ademais, que o art. 114 estatui que “o administrador judicial poderá *alugar ou celebrar outro contrato referente aos bens da massa falida*, com o objetivo de produzir renda para a massa falida, mediante autorização do Comitê”.

Todos estes dispositivos deixam claro que a decretação da falência não impõe aos bens e aos direitos que compõem a massa falida uma indisponibilidade absoluta, tanto é que eles poderão ser regularmente alienados na fase de realização do ativo. *Em outras palavras, a decretação da falência não impede que as arbitragens em curso a respeito dos bens e dos direitos arrecadados em razão da decretação da falência prossigam, bastando-se que se regularize a sucessão processual da sociedade empresária falida pela massa falida.*

Por fim, não se diga que o administrador judicial poderia deixar de participar da arbitragem já em curso valendo-se do art. 117 da Lei n.º 11.101/2005, segundo o qual

“os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê”. *Ora, a arbitragem já em curso não é um contrato bilateral, mas sim o processo jurisdicional, de modo que a previsão legal é completamente inaplicável à tentativa de extinguir arbitragens em curso, bem como não permite que o administrador judicial decida não mais participar da arbitragem.* Caso isso ocorra, o tribunal arbitral deverá determinar o prosseguimento do processo arbitral à revelia da massa falida, o que pode, inclusive, motivar um pedido de afastamento do administrador judicial por desídia.

7.5.3.3.2. Impossibilidade de suspensão da arbitragem

A sentença que decreta a falência, conforme já destacado anteriormente, determinará, na forma do inciso V do art. 99 da Lei n.º 11.101/2005, “a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1.º e 2.º do art. 6.º desta Lei”. O art. 6.º da lei falimentar dispõe, conforme já visto mais acima, que “a *decretação da falência* [...] *suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário*”. O § 1.º desse dispositivo dispõe que “*terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida*”.

Cumpra-se examinar neste item se a sentença que decreta a falência da sociedade empresária em dificuldades gera a *suspensão* dos processos arbitrais em curso. Registre-se que não se examinará neste item aquelas causas em trâmite na arbitragem que possam, eventualmente, estar sujeitas à *via attractiva* do juízo universal da falência, por aplicação do art. 76 da Lei de Recuperação Judicial e Falências, o que será objeto de atenção mais adiante.

O fundamento legal da suspensão das demandas ajuizadas em face do devedor pela *decretação da falência* é exatamente o mesmo que justifica a suspensão das demandas propostas em face do devedor pelo *deferimento do processamento da recuperação judicial*, ou seja, o art. 6.º da Lei n.º 11.101/2005. Talvez a única

diferença que possa ser apontada diz respeito ao prazo máximo de suspensão de 180 dias, aplicável à recuperação judicial, mas inaplicável à falência. Com efeito, não obstante indiquemos nas linhas que se seguem uma ou outra doutrina específica sobre a falência, o que se apresenta nos próximos parágrafos é um resumo daquilo que ficou dito no item dedicado à suspensão de arbitragens em razão da recuperação judicial, para onde se remete, respeitosamente, o leitor interessado em maiores detalhes.

Manifestando-se especificamente sobre a falência, Donaldo Armelin explica que, “relativamente às arbitragens em curso, não há por que as sobrestar, na dependência do desenvolvimento da falência”¹⁸⁵. Também tratando da falência, Carla Crippa leciona que, “sob a ótica da Lei 11.101/2005, não haveria qualquer impeditivo para a continuação de uma arbitragem que já estivesse em curso na data em que a falência fosse decretada”, pois “o fato de ter sido decretada a falência não está entre as causas de extinção da arbitragem”¹⁸⁶. No mesmo sentido, Renato Stephan Grion, Luiz Fernando Valente de Paiva e Guilherme Piccardi de Andrade Silva, depois de defenderem a continuidade da arbitragem, lembram que “deverá ser operacionalizada alteração em sua representação processual no âmbito do procedimento arbitral, com a sua possível suspensão durante esse breve período, de modo que a massa falida passe a ser representada por seu administrador judicial”¹⁸⁷.

Na jurisprudência, conforme tivemos oportunidade de destacar, a questão foi enfrentada no caso *Kwikasair v. AIG* pelo Superior Tribunal de Justiça. Especificamente no que tange à suspensão das ações determinada pelo art. 6.º da lei falimentar, o acórdão do Tribunal Superior consignou que, “tendo em vista que a arbitragem encontra-se atualmente no mesmo plano do processo judicial de conhecimento, uma vez que sua sentença constitui título executivo judicial (art. 475-N, IV, do CPC), deve-se aplicar ao processo arbitral as mesmas regras e efeitos previstos para os demais processos judiciais de conhecimento”, sendo certo que “na jurisdição arbitral, por não ser dotada de poderes executivos, sempre se estará diante de demandas de conhecimento”, de modo que “resulta injustificável qualquer pretensão de sobrestamento ou impedimento de instalação de arbitragem lastreada em convenção anterior à decretação da falência”.

De nossa parte, entendemos que a suspensão determinada pelo caput do art. 6.º da Lei n.º 11.101/2005 só alcança as execuções (= fase de cumprimento de sentença ou processo de execução) movidas em face da empresa falida, razão pela qual a exceção prevista no § 1.º do mesmo dispositivo alcança toda e qualquer ação (= fase de conhecimento) movida em face da sociedade falida. Compactuando da conclusão expressa no texto, confira-se o Enunciado n.º 06 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, organizada pelo Conselho da Justiça Federal:

O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende

Como a arbitragem representa, sempre, uma fase cognitiva de uma demanda – já que a execução da sentença arbitral deve ser feita perante o Poder Judiciário, *ex vi* do art. 31 da Lei de Arbitragem e do art. 515, VII, do Código de Processo Civil – a regra da suspensão prevista no caput do art. 6.º da Lei de Recuperação Judicial e Falências nunca alcança os processos arbitrais, qualquer que seja a natureza da pretensão discutida (obrigações de pagar quantia, obrigações de dar coisa diversa de dinheiro, obrigações de fazer, obrigações de não fazer ou demandas declaratórias e constitutivas).

7.5.3.3.3. Arbitragem, falência e art. 3.º da Lei de Recuperação Judicial e Falências

O art. 3.º da Lei n.º 11.101/2005 dispõe que “*é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil*”. Conforme já examinado anteriormente, quando se tratou da recuperação judicial, o referido dispositivo prevê *regra de competência territorial funcional (e, portanto, absoluta)*¹⁸⁸. Diante disto, pode-se

perguntar se esta regra impossibilitaria que eventuais conflitos relacionados à falência pudessem ser submetidos à arbitragem.

Remetendo o leitor para o trecho deste capítulo em que a matéria foi tratada sob o prisma da recuperação judicial, pode-se dizer, neste item, em resumo, que o art. 3.º da lei falimentar é uma regra de competência, destinada não apenas a fixar a competência do foro do principal estabelecimento da falida como também a afastar a competência de outros foros diversos daquele, como poderia ser o caso do foro do local em que está situada a sede da empresa (sede estatutária), o foro do local do pagamento inadimplido, o foro do local em que tramita a execução frustrada etc. *Trata-se de uma regra destinada a resolver problemas de atribuição de órgãos no Poder Judiciário, como é mesmo a função de normas sobre competência.*

Isso em nada afeta a arbitragem, pelo simples motivo de que os árbitros não integram a estrutura do Poder Judiciário, não estando, assim, sujeitos às suas regras de competência. Pensar o contrário seria a mesma coisa que entender que uma disputa sobre o direito de propriedade de um imóvel não poderia ser submetida à arbitragem porque o art. 47 do Código de Processo Civil estatui que “para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa”. As regras de competência dizem respeito à estrutura interna do Poder Judiciário, não se aplicando em relação aos árbitros. Em termos rigorosamente técnicos, a incidência das regras de competência pressupõe juízos que exercem a mesma jurisdição (estatal nacional), razão pela qual não se aplicam a quem exerce jurisdição diversa (estatal estrangeira ou arbitral).

Com efeito, caso determinada matéria relacionada à falência preencha o requisito da mera patrimonialidade (art. 852 do Código Civil) e não tenha a arbitrabilidade objetiva sido afastada por alguma norma especial, o art. 3.º da Lei de Recuperação Judicial e Falências não representa obstáculo a submeter a matéria ao processo arbitral. O mencionado dispositivo de lei apenas incide caso não haja convenção de arbitragem, de modo a definir qual foro será o competente para examinar determinada causa, dentre aqueles em que se exerce jurisdição estatal brasileira. *O dispositivo, contudo, não é de todo irrelevante na arbitragem, pois*

poderá ser aplicado para fins de definir qual o foro competente para prestar auxílio aos árbitros na efetivação de medidas que o tribunal arbitral não tenha poderes para tornar práticas, por exemplo, a condução forçada de testemunha à audiência arbitral.

7.5.3.4. Arbitragem e juízo universal da falência: arts. 6.º e 76 da Lei de Recuperação Judicial e Falências

7.5.3.4.1. Noção geral

A questão sem sombra de dúvida mais complexa relacionando arbitragem e falência diz respeito ao denominado *juízo universal da falência*, elaborado a partir do texto legal do art. 76 da Lei n.º 11.101/2005 (como se verá, a perfeita compreensão da *vis attractiva* do juízo universal da falência exige igualmente a interpretação do art. 6.º da lei falimentar).

Fábio Ulhoa Coelho leciona que “o juiz da falência é universal”, razão pela qual a regra geral é a de que “todas as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo perante o qual tramita o processo de execução concursal por falência”¹⁸⁹. Amador Paes de Almeida, por seu turno, ensina que “por juízo universal se há de entender, pois, a atração exercida pelo juízo da falência, sob cuja jurisdição concorrem todos os credores do devedor comum – o falido”¹⁹⁰. Basicamente, a fundamentação teórica do juízo universal da falência está assentada na manutenção da igualdade entre os credores da sociedade empresária falida, bem como evitar que o destino do patrimônio do devedor fique sujeito a diferentes juízos¹⁹¹.

Considerando, como já exposto, que, em regra, a decretação da falência não ocasiona a inexistência, invalidade e ineficácia da convenção de arbitragem anteriormente celebrada, bem como levando em conta que a decretação da falência não leva à extinção do processo arbitral em curso nem impede a celebração de convenção de arbitragem mesmo após a quebra, como interpretar o art. 76 da lei

falimentar nas hipóteses em que a arbitragem seria, em tese, possível?

Ronaldo Vasconcelos defende que “a competência funcional é sempre absoluta, ou seja, instituída de acordo com o interesse público e não por conveniência das partes”, razão pela qual “não tolera modificação, legal ou convencional”, de modo que, na opinião do autor, nenhuma causa que se encaixasse na regra geral do art. 76 da Lei n.º 11.101/2005 poderia ser submetida à arbitragem¹⁹². A posição do autor, adiante-se desde logo, é minoritária.

Donaldo Armelin, fazendo uma comparação entre a arbitragem e as reclamações trabalhistas, afirma que, “se a distribuição da competência entre as várias Justiças que integram o Poder Judiciário é suficiente para estancar a *vis attractiva* da falência, com maior razão a diversidade entre a jurisdição estatal e a arbitral será bastante para esse fim”¹⁹³. Referindo-se ao juízo universal da falência, o autor defende que “esse princípio não abarca a arbitragem, que não se encarta entre ações judiciais, como é cediço”, sendo certo que “existe no Brasil inequívoca separação entre a jurisdição estatal e a arbitral”¹⁹⁴. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo concorda integralmente com essa conclusão, chegando a transcrever, em seu texto, exatamente as palavras de Donaldo Armelin¹⁹⁵.

Referindo-se ao texto do art. 76 da Lei de Recuperação Judicial e Falências Carla Crippa leciona que “a parte final do referido artigo dispõe que as demandas não reguladas pela Lei 11.101/2005 em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo não estarão sujeitas à *vis attractiva* do juízo falimentar”, razão pela qual, continua a autora, “como os procedimentos arbitrais não são regulados pela Lei 11.101/2005, enquadrar-se-ão na parte final do art. 76 se tiverem sido iniciados pelo próprio falido”¹⁹⁶. Segundo a autora, portanto, os processos arbitrais se enquadrariam na expressão “as causas [...] não reguladas nesta Lei”, o que tornaria inaplicável o art. 76 da lei falimentar às arbitragens em que o falido fosse requerente.

Em seguida, referindo-se às arbitragens em que o falido figure como requerido, Carla Crippa considera que “não obstante a inexistência de dispositivo que expressamente excepcione os procedimentos arbitrais iniciados em face do falido da *vis attractiva* do juízo falimentar, entende-se que a melhor solução seria também

afastá-los da competência do juízo falimentar”, pois, continua a autora, “nos casos em que existe convenção de arbitragem, as partes, de comum acordo, optaram pela arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias oriundas de um determinado negócio jurídico”, razão pela qual essa opção deve “ser respeitada como garantia à aplicação dos princípios do *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade das partes”¹⁹⁷.

Renato Stephan Grion, Luiz Fernando Valente de Paiva e Guilherme Piccardi de Andrade Silva entendem que “os procedimentos arbitrais devem ser enquadrados na exceção contida na segunda parte do dispositivo, que ressalva de sua abrangência todas as causas não reguladas naquela lei”¹⁹⁸. Ademais, os autores explicam que “é fundamental pontuar que o art. 6.º, § 1.º, da Lei 11.101/2005 expressamente prevê que o processamento do regime especial de falência ou recuperação em nada afetará a continuidade – ou o início – de causas que versem sobre direitos ilíquidos (como é, na imensa maioria das vezes, o caso dos procedimentos arbitrais)”¹⁹⁹.

Esta questão já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça no caso *Kwikasair v. AIG*, analisado acima. No que tange ao juízo universal da falência, a decisão da Ministra Nancy Andrighi considera que a lei falimentar “excepciona da *vis attractiva* do juízo falimentar as causas, não disciplinadas por esta lei, em que o falido figure como autor”, razão pela qual “é de se concluir que o juízo arbitral, instaurado para apuração de crédito em favor do falido, não sofrerá os efeitos da decretação da falência, devendo, observando, contudo, a representação judicial do falido pelo síndico [*rectius*, administrador judicial] da massa falida, nos termos do parágrafo único do art. 76 da Lei n.º 11.101/05”²⁰⁰.

A solução da questão demanda uma análise mais detida do juízo universal da falência. De toda forma, parece-nos possível afastar, desde logo, alguns argumentos no sentido da prevalência do juízo universal da falência sobre a arbitragem e vice-versa, de modo que se possa deixar o caminho mais livre para o que, no nosso ponto de vista, é realmente fundamental.

Por um lado, a corrente que defende que o juízo universal da falência impediria a utilização da arbitragem fundamenta-se na ideia de que se trata de regra de

competência funcional e, portanto, absoluta²⁰¹. Como esclarecido anteriormente, não nos parece que regras de competência – ainda que funcionais ou absolutas – interfiram no critério de arbitrabilidade objetiva adotado no Brasil nem sirvam para impedir o uso da arbitragem, pois as regras de competência se destinam à solução de conflitos entre órgãos do Poder Judiciário, o que pressupõe o exercício da mesma jurisdição (jurisdição estatal brasileira). *Assim, as regras de competência do Poder Judiciário são de todo irrelevantes para definir o que pode e o que não pode ser submetido à arbitragem de acordo com o Direito brasileiro, razão pela qual não é esse o fundamento pelo qual o art. 76 da lei falimentar poderia representar algum empecilho à arbitragem.*

Por outro lado, a vertente que considera que o juízo universal da falência não seria um empecilho à via arbitral utiliza como argumento, entre outros, que a arbitragem se enquadraria na exceção legal presente ao final do *caput* do art. 76 da Lei n.º 11.101/2005, pois os processos arbitrais seriam “causas [...] não reguladas nesta Lei”²⁰². *Data maxima venia*, este argumento não nos parece correto, tal como posto, pois, quando o mencionado dispositivo concerne às causas não reguladas na lei, ele está se referindo ao tipo de pretensão (“ação de cobrança”, “ação de indenização”, “ação de restituição”, “ação revocatória”), e não exatamente à espécie de procedimento a ser adotada (procedimento judicial ou procedimento arbitral).

Assim, imaginando-se que a ação de restituição – regulada nos arts. 85 a 93 da lei falimentar – seja atraída pelo juízo universal da falência, o fato de as partes firmarem compromisso arbitral e debaterem a questão na via arbitral não altera a natureza da pretensão, razão pela qual continuar-se-á tratando de ação de restituição, de modo que este argumento é insuficiente para descobrir se essa modalidade de ação poderia ou não ser submetida ao processo arbitral. Afastados estes dois argumentos, um contrário à submissão da matéria falimentar ao processo arbitral e outro pró-arbitragem, cumpre tecer abaixo as nossas considerações a respeito da influência do juízo universal da falência na arbitragem.

7.5.3.4.2. Arbitragem e juízo universal da falência

O *caput* do art. 76 da Lei n.º 11.101/2005 estatui que “o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e *aquelas não reguladas nesta Lei* em que o falido figurar como *autor ou litisconsorte ativo*”. A doutrina comercialista afirma que o mencionado dispositivo de lei precisa ser interpretado com o art. 6.º da lei falimentar²⁰³. Segundo o *caput* desse dispositivo, “a decretação da falência [...] suspende [...] todas as ações e execuções *em face do devedor* [...]”. O § 1.º do art. 6.º, por sua vez, dispõe que “terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que *demandar quantia ilíquida*”.

Como já esclarecido, a literalidade do texto legal não auxilia muito, pois a questão precisa ser interpretada a partir de dois dispositivos legais – os já mencionados arts. 6.º e 76 da lei falimentar –, cujos textos não dialogam perfeitamente, abrindo brechas para numerosas dúvidas e alguns equívocos²⁰⁴. Ademais, o juízo universal da falência não é absoluto e está sujeito a diversas exceções, o que dificulta sobremaneira uma sistematização²⁰⁵. Não nos importa aqui tomar posição definitiva a respeito das controvérsias sobre o juízo universal da falência, pois esse não é o foco desta obra, mas sim de trabalhos voltados especificamente ao Direito Comercial. Por esta razão, limitamo-nos a expor o que se pôde encontrar na doutrina e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema para, em seguida, propor soluções em relação à arbitragem.

Cumprе ressaltar, preliminarmente, que não examinaremos a questão envolvendo arbitragem e juízo universal da falência diante de causas trabalhistas²⁰⁶, causas fiscais²⁰⁷ e causas envolvendo interesse de ente público federal²⁰⁸, pois consolidou-se o entendimento de que essas causas não estão, em regra, sujeitas ao juízo universal da falência. Ademais, o nosso foco nesta obra é arbitragem comercial, de modo que há limitado espaço para tratar de matérias relacionadas a causas trabalhistas, a causas fiscais e, em menor medida, a causas do interesse de entes públicos.

De acordo com os dispositivos legais, vislumbram-se três hipóteses a serem examinadas: (i) *ação não regulada* pela lei falimentar em que o devedor/massa falida ocupe o *polo ativo*; (ii) *ação não regulada* pela lei falimentar em que o

devedor/massa falida ocupe o *polo passivo*; (iii) *ação regulada* pela lei falimentar em que o devedor/massa falida ocupe o *polo ativo* ou o *polo passivo*. Em algumas ocasiões, em que se faz necessário examinar também o art. 6.º da Lei, impende lembrar que a suspensão determinada por esse dispositivo não se aplica às arbitragens.

Primeira hipótese No que diz respeito às *ações não reguladas* pela Lei de Recuperação Judicial e Falências em que a sociedade empresária falida/massa falida ocupe o *polo ativo*, não há maiores novidades.

*Por um lado, caso a arbitragem esteja em curso quando da decretação da falência, não haverá suspensão do processo arbitral, pois, na forma do art. 6.º do diploma falimentar, a suspensão não alcança as arbitragens, muito menos aquelas em que o devedor ocupe o polo ativo da relação processual arbitral. Por outro lado, caso a arbitragem se inicie após a decretação da falência, igualmente não há qualquer modificação, devendo a causa se desenvolver na via arbitral, perante os árbitros escolhidos pelas partes, pois o art. 76 da lei falimentar não se aplica a demandas por ela não regulamentadas em que a massa falida atue como requerente, ou seja, ocupe o polo ativo da relação jurídica processual*²⁰⁹.

Analisando um caso judicial, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que, “em se tratando de ação monitória proposta pela massa falida, não há fã-lar-se em aplicação do princípio da universalidade, pois a demanda não é prevista na lei falimentar, tampouco existirá prejuízo a afetar os interesses da massa”²¹⁰. Compactuando da conclusão expressa no texto, confira-se o Enunciado n.º 06 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, cujo teor pode ser aplicado para todas as demais hipóteses examinadas em seguida:

O processamento da recuperação judicial ou a *decretação da falência* não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, *não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende*

No que tange propriamente às ações judiciais relacionadas à arbitragem, cumpre enfrentar especificamente o caso da ação de anulação da sentença arbitral. Como já se disse em relação à recuperação judicial, a ação de anulação do *decisum* arbitral não está regulada pela Lei de Recuperação Judicial e Falência, o que afasta a regra do art 76 da Lei n.º 11.101/2005. Caso a ação de anulação da sentença arbitral seja proposta pela sociedade empresária recuperanda, fica ainda mais clara a inaplicabilidade do juízo universal da falência. *No nosso ponto de vista, portanto, a ação de anulação não segue a regra do juízo universal da recuperação judicial, devendo ser ajuizada de acordo com as regras gerais de competência previstas no Código de Processo Civil e nas leis de organização judiciária locais.*

Segunda hipótese. Em relação às ações não reguladas pela Lei de Recuperação Judicial e Falências em que a sociedade empresária falida/massa falida ocupe o *polo passivo*, a resposta também parece simples. Por um lado, caso a arbitragem esteja em curso quando da decretação da falência, pode-se dizer que não haverá qualquer suspensão, pois, conforme já se disse, a suspensão determinada pelo *caput* do art. 6.º da Lei n.º 11.101/2005 só alcança as *execuções* (= fase de cumprimento de sentença ou processo de execução) movidas em face da empresa falida.

Como a arbitragem representa, sempre, uma fase cognitiva de uma demanda – já que a execução da sentença arbitral deve ser feita perante o Poder Judiciário, *ex vi* do art. 31 da Lei de Arbitragem e do art. 515, VII, do Código de Processo Civil –, a regra da suspensão prevista no *caput* do art. 6.º da lei falimentar nunca alcança os processos arbitrais. Assim, as arbitragens em curso em face da sociedade empresária falida/massa falida quando da decretação da falência devem prosseguir normalmente perante o tribunal arbitral, bastando que se providencie a sucessão processual do devedor pela massa falida, representada pelo administrador judicial, não havendo que se cogitar da remessa da causa ao juízo universal da falência por conta do art. 76 da Lei n.º 11.101/2005.

Por outro lado, na hipótese de a arbitragem se iniciar após a decretação da falência, cumpre dizer que, num primeiro momento, incidiria *a contrario sensu* o *caput* do art. 76 da Lei de Recuperação Judicial e Falências, atraindo para a

competência do juízo universal da falência essa causa, de modo a impossibilitar a sujeição da matéria à arbitragem²¹¹.

Trata-se de conclusão decorrente da interpretação *a contrario sensu* da expressão “o juízo da falência é [...] competente para conhecer todas as ações [...], ressalvadas [...] *aquelas não reguladas* nesta Lei em que o falido figurar como *autor ou litisconsorte ativo*”. Como a hipótese em tela versa sobre arbitragem *em face* da sociedade empresária falida/ massa falida, a exceção legal, mencionada na acima transcrita parte final do art. 76 da lei falimentar, não se aplicaria, atraindo, assim, a matéria ao juízo universal da falência.

Não obstante, conforme já se disse anteriormente, o art. 76 da Lei representa regra de competência, destinada a resolução de conflitos entre os juízos que exercem a mesma jurisdição (= jurisdição estatal brasileira), razão pela qual não se aplica à arbitragem, pois os árbitros não integram a estrutura do Poder Judiciário. Apenas caso se pudesse enxergar nesta hipótese uma opção deliberada do legislador em submeter a matéria exclusivamente ao juízo universal da falência – criando, pois, uma regra especial que afastaria a arbitrabilidade objetiva – é que não seria possível a resolução da questão na arbitragem, o que não nos parece seja, desta vez, o caso.

Ademais, o objetivo do legislador também nesse caso é afastar o risco de dilapidação do patrimônio que compõe a massa falida por decisões proferidas por diversos juízos, o que não ocorre na arbitragem por se tratar de atividade meramente cognitiva, insuscetível de ameaçar os bens que garantirão a satisfação dos créditos dos credores. *Deste modo, esta previsão legal, na verdade, não representa empecilho ao prosseguimento de uma arbitragem, movida em face da massa falida, cujo objeto não seja regulado pela lei de falências.*

Terceira hipótese. Em relação às *ações reguladas* pela lei falimentar em que o devedor/massa falida ocupe o *polo ativo* ou o *polo passivo*, a previsão legal do art. 76 da Lei de Recuperação Judicial e Falências se aplica, novamente a partir de uma interpretação *a contrario sensu*, com razoável facilidade, pois o dispositivo prevê que “o juízo da falência é [...] competente para conhecer todas as ações [...],

ressalvadas [...] aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”. Se o dispositivo excepciona da competência do juízo universal da falência *as ações não reguladas* pela lei de falência, como de fato excepciona, é porque, a princípio, *as ações reguladas* se sujeitam à *vis attractiva* da falência, pouco importando se o devedor/massa falida ocupe o *polo ativo* ou o *polo passivo*²¹². Mas quais seriam essas ações?

De acordo com a Lei n.º 11.101/2005, podem-se enumerar, notadamente, a ação de habilitação de crédito (art. 7.º, § 1.º), a ação de impugnação à relação de credores (art. 8.º), a ação de exclusão, reclassificação ou retificação de créditos (art. 19), a ação de responsabilidade civil dos administradores e/ou sócios da sociedade empresária falida (art. 82), a ação de integralização de capital social (art. 82), a ação de restituição de bem arrecadado (art. 85), a ação de apuração de haveres (art. 123, *caput*), a ação de extinção de comunhão (art. 123, § 2.º) e a ação revogatória (art. 129, parágrafo único, e art. 130). Na prática, dificilmente qualquer uma dessas ações reguladas pela lei falimentar terá sido proposta antes da decretação da falência, não obstante isso não seja impossível (*v.g.*, a ação de integralização de capital pode ser proposta antes da decretação da falência). O próprio pedido de falência também é uma *ação regulada* pela Lei.

O que nos parece importante dizer é que estas ações reguladas pela lei fazem parte daquele conjunto de regras especiais – mencionadas nas premissas apresentadas no início deste capítulo – criadas com a finalidade de afastar a jurisdição/competência de qualquer outro juízo para examiná-las que não a do juízo universal da falência. Trata-se, pois, do conjunto de regras idealizado para fins de atender ao interesse público que afasta o critério geral de arbitrabilidade objetiva adotado no Brasil (mera patrimonialidade ou patrimonialidade-disponibilidade, conforme a corrente que se siga) e fixa a jurisdição/competência do juízo universal da falência para processar e julgar essas matérias, de modo que não será possível prosseguir processo arbitral ou submeter à arbitragem qualquer causa envolvendo especificamente essas matérias.

No caso *Jutai 661 v. PSI*, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão

consistente em saber se a decretação da falência poderia se dar na arbitragem, caso houvesse convenção de arbitragem celebrada entre as partes anteriormente. No acórdão, o Tribunal deixou claro que “a despeito da previsão contratual de sobredita cláusula, a existência de um título executivo inadimplido – líquido, certo e exigível, portanto – dá ensejo à execução forçada ou ao pedido de falência, que ostenta natureza de execução coletiva”. Assim, continua a decisão, “considerando que o juízo arbitral não detém competência para a execução, o direito que assiste ao credor somente pode ser exercitado mediante provocação da jurisdição estatal”.

A decisão consigna ainda que, “tratando-se de pedido de falência, a demonstração, pelo autor, da provável insolvência do réu é suficiente para configuração de seu interesse processual”, de modo que “impõe-se concluir de que a convenção de arbitragem não constitui causa impeditiva da deflagração do procedimento falimentar perante o Judiciário, cujo objetivo – execução concursal do patrimônio do devedor –, conforme já analisado, sequer poderia ser satisfeito por meio do procedimento arbitral”. O Superior Tribunal de Justiça também entendeu que “é importante frisar, ademais, que a arbitragem somente pode ser utilizada para o desate de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1.º da Lei n. 9.307/96), circunstância inócua quando se trata de pedido de falência, haja vista que os interesses envolvidos ultrapassam as esferas de disponibilidade das partes”²¹³.

No caso *Aralco v. BTG*, não obstante se tratasse de recuperação judicial, as conclusões podem ser estendidas à falência. Na hipótese, as sociedades empresárias recuperandas impugnaram a habilitação de crédito realizada pelo *BTG*, mas o juízo de primeiro grau indeferiu o pedido, sob o fundamento de que a questão deveria ser solucionada na via arbitral. Em grau de recurso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que se o “*BTG* e seus cessionários pretenderem questionar eventuais efeitos da extinção do contrato de fornecimento, não há como afastar-se a competência do tribunal arbitral tendo em vista a cláusula compromissória”.

Entretanto, continua o acórdão, “a controvérsia referente à classificação do crédito dos agravados deve ser dirimida pelo D. Juízo Recuperacional, que detém inequívoca competência para resolver as questões referentes aos créditos da empresa

em recuperação judicial, conclusão que se extrai dos artigos 7.º e seguintes da Lei n.º 11.101/2005”²¹⁴.

Por fim, é relevante ressaltar que não apenas nos casos submetidos ao juízo universal da falência, como também nas causas solucionadas na via arbitral, aplica-se o parágrafo único do art. 76 da Lei n.º 11.101/2005, segundo o qual “todas as ações, inclusive as excetuadas no *caput* deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo”²¹⁵. Decretada a falência, pois, cumpre intimar o administrador judicial para regularizar a representação processual na arbitragem, razão pela qual se aconselha ao tribunal arbitral suspender a arbitragem por um período razoável de tempo até que a sucessão do devedor pela massa falida esteja completada. Representando a massa falida, caberá ao administrador judicial contratar advogados, pois o administrador judicial não possui capacidade postulatória, salvo na hipótese de também ser ele próprio advogado²¹⁶.

7.5.4. Arbitragem, Ministério Público, recuperação judicial e falência

A possibilidade de submissão à arbitragem de conflitos de interesse envolvendo empresas em recuperação ou falidas apresenta uma outra questão complexa, consistente na possibilidade ou não de participação do Ministério Público nesses processos arbitrais. Como se sabe, a Lei n.º 11.101/2005 atribui algumas funções ao *Parquet* no processo de recuperação judicial e no processo de falência, o que levanta a dúvida a respeito de sua participação em certas arbitragens.

Donaldo Armelin leciona que o Ministério Público não possui legitimidade para atuar na arbitragem, pois “a arbitragem [é] terreno exclusivo de litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis já submetidos, mediante convenção de arbitragem anterior à quebra, à jurisdição privada”. O autor, porém, admite que caberá ao *Parquet*, caso esteja presente alguma das hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem, “postular o reconhecimento de invalidade da decisão arbitral que se encartar em uma das hipóteses previstas no art. 32 da Lei 9.307/96”²¹⁷.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo também considera que “a disponibilidade dos direitos envolvidos [na arbitragem] mostra, claramente, que o Ministério Público não tem legitimidade para intervir no procedimento, pois a instituição apenas atua em causas nas quais se discutem direitos indisponíveis”. Além disso, continua o autor, “as partes litigantes devem necessariamente ser capazes, *ex vi legis*, o que igualmente afasta a intervenção do Ministério Público, ante a ausência de interesses de incapazes”²¹⁸.

Em outra passagem, Paulo Campos Salles de Toledo discorda de Donaldc Armelin em relação à legitimidade do *Parquet* para ajuizar ação de anulação da sentença arbitral. Segundo o autor, “nada impede que o Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, pleiteie, no processo concursal (quando se tratar, por exemplo, de habilitação de crédito fundada em sentença arbitral), a nulidade do título executivo, por uma das causas enumeradas no citado art. 32”²¹⁹. Contudo, continua o autor, “não poderá fazê-lo, contudo, por ação própria, por faltarlhe, para tanto, legitimação *ad causam*”, pois “esta, como se sabe, deve ser legalmente concedida, o que, na Lei de Recuperação de Empresas apenas ocorre, no âmbito civil, quanto à ação revocatória”²²⁰.

Maíra de Melo Vieira ensina que o art. 4.º da Lei n.º 11.101/2005 – que reproduzia, parcialmente, o art. 210 do antigo Decreto-lei n.º 7.661 – foi objeto de veto pela Presidência da República. O mencionado dispositivo estabelecia, no *caput*, que “o representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência”, bem como, no parágrafo único, que, “além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta”. Com base nisso, a autora defende que “a Lei 11.101/2005, revogando a regra anteriormente em vigor, não mais exige a manifestação do Ministério Público nos processos envolvendo a massa falida”²²¹.

No âmbito da jurisprudência, essa questão já foi analisada no caso *Jackson Empreendimentos v. Diagrama*, conforme relatado acima. A respeito da participação do Ministério Público, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo elaborado pelo Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, consigna que “c

veto ao artigo 4.º da Lei n.º 11.101/2005, cuja redação era similar à do antigo artigo 210, afasta a determinação de participação do representante do *Parquet* em todas as ações em que a massa falida seja autora ou requerida”, de modo que “se não há exigência da participação obrigatória do Ministério Público em todas as ações judiciais em que a massa falida for autora ou requerida, da mesma forma, não é indispensável, nem cabível, a participação da referida Instituição nos procedimentos de arbitragem em que uma das partes seja a massa falida”²²².

A Lei n.º 11.101/2005 prevê apenas cinco situações em que o Ministério Público poderá atuar na recuperação judicial: (i) possibilidade de ajuizar ação de impugnação à relação de credores (art. 8.º); (ii) possibilidade de ajuizar ação de exclusão, reclassificação ou retificação de créditos (art. 19); (iii) possibilidade de requerer a substituição do administrador judicial (art. 30, § 2.º); (iv) possibilidade de acompanhar o processamento da recuperação judicial (art. 52, V); e (v) possibilidade de recorrer da decisão que conceder a recuperação judicial (art. 59, § 2.º)²²³.

No que diz respeito à falência, a lei falimentar enumerou maior número de hipóteses: (i) possibilidade de ajuizar ação de impugnação à relação de credores (art. 8.º); (ii) possibilidade de ajuizar ação de exclusão, reclassificação ou retificação de créditos (art. 19); (iii) ser intimado do relatório de causas da falência elaborado pelo administrador judicial caso haja imputação de responsabilidade penal aos envolvidos (art. 22, § 4.º); (iv) possibilidade de requerer a substituição do administrador judicial (art. 30, § 2.º); (v) ser intimado da decretação da falência (art. 99, XIII); (vi) possibilidade de requerer ao falido informações que interessem à falência (art. 104, VI); (vii) possibilidade de ajuizar ação revocatória (art. 132); (viii) participar da alienação do acervo da massa falida (art. 142, § 7.º); (ix) possibilidade de ajuizar ação de anulação da arrematação (art. 143); (x) ser intimado das contas apresentadas pelo administrador judicial (art. 154, § 3.º); e (xi) aspectos penais do processo falimentar (arts. 171, 177, 184 e 187)²²⁴.

Bem examinadas as hipóteses, percebe-se que nenhuma delas pode se relacionar a qualquer arbitragem envolvendo sociedade empresária recuperanda ou falida, pois todas elas dizem respeito a procedimentos que não podem ser submetidos à

arbitragem e que, portanto, serão mesmo realizados perante o Poder Judiciário. Ademais, o art. 4.º da Lei de Recuperação Judicial e Falências – que atribuía ao Ministério Público legitimidade para atuar em todos os desdobramentos dos processos falimentares – foi vetado pela Presidência da República, de modo que atualmente a lei somente concede legitimidade ao *Parquet* naquelas hipóteses acima enumeradas.

Como se não bastasse, a Constituição da República estatui, no art. 127, que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Em sentido bastante semelhante, o art. 176 do Código de Processo Civil dispõe que “o Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis”. *Como se observa da parte final dos dispositivos, o Parquet apenas atua diante de interesses indisponíveis, o que exclui a sua participação no processo arbitral, ainda que relacionado a processos falimentares.*

Consoante ensina Cândido Rangel Dinamarco, “a incompatibilidade entre o *Parquet* e a arbitragem equaciona-se nesta fórmula: a) com relação aos direitos indisponíveis o Ministério Público é em tese legitimado a intervir, mas a arbitragem não se admite; b) com relação aos direitos disponíveis admite-se a arbitragem, mas o Ministério Público não tem legitimidade alguma”²²⁵. *Assim, nem a Constituição da República – que apenas fala de interesses indisponíveis – nem a Lei de Recuperação Judicial e Falências – que prevê hipóteses fechadas de participação do Parquet – conferem legitimidade ao Ministério Público para atuar em arbitragens das quais sejam parte, no polo ativo ou no polo passivo, a sociedade empresária falida ou a massa falida.*

1 Os autores agradecem a leitura parcial e comentários de Geraldo Fonseca de Barros Neto, muito úteis para as reflexões que se seguem neste capítulo.

2 Algumas vezes, o Direito exige que outros pressupostos legais sejam atendidos para

que estes instrumentos possam ser utilizados pelos interessados. No caso da falência, conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho, “exige a lei a ‘insolvência jurídica’, que se caracteriza, no direito falimentar brasileiro, pela impontualidade injustificada (LF, art. 94, I), pela execução frustrada (art. 94, II) ou pela prática de ato de falência (art. 94, III)” (COELHO, Fábio Ulhoa *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 270). Não importa aqui, propriamente, a insolvência econômica (ativo < passivo), mas o que o autor designa de insolvência jurídica, que nada mais é do que uma insolvência econômica presumida por lei.

- 3 A insolvência civil serve aos casos de pessoas físicas e de pessoas jurídicas que desempenham atividade econômica de forma empresarial, o que não é o foco deste estudo.
- 4 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 251.
- 5 Adotar-se-á neste trabalho a expressão “processo falimentar” para se referir a recuperação extrajudicial, recuperação judicial e falência.
- 6 A versão oficial em alemão do item 1 do art. 1.030 é a seguinte: “Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen”.
- 7 A versão oficial em alemão do item 2 do art. 1.030 é a seguinte: “(2) Eine Schiedsvereinbarung über Rechtsstreitigkeiten, die den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum im Inland betreffen, ist unwirksam. Dies gilt nicht, soweit es sich um Wohnraum der in § 549 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Art handelt”.
- 8 Excepcionalmente, nos litígios envolvendo entes públicos, adota-se o critério misto da livre disponibilidade e da patrimonialidade (“direitos patrimoniais disponíveis”, *ex vi* do parágrafo primeiro do art. 1.º da Lei de Arbitragem).
- 9 Recorrendo à noção de interesse público, a nosso ver de forma exagerada, Ronaldo Vasconcelos não admite, em regra, a utilização da arbitragem na falência e na recuperação judicial: “Por conta disso, o que já foi dito em relação à falência, no item 5 do presente artigo, tem plena eficácia para a recuperação judicial, na medida em que não detectamos qualquer espaço para a arbitragem no processo de

recuperação judicial disciplinado pela Lei de Recuperação e Falências (Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005), independentemente do fato de se tratar de litígio entre o devedor e os seus credores ou entre os próprios credores do devedor. Ou seja, a falência e a recuperação judicial tutelam, em grande parte, *interesses públicos*, deixando espaço reduzido para a instituição da arbitragem, destinada à solução de litígios relativos a direitos disponíveis” (VASCONCELOS, Ronaldo. O instituto da arbitragem na dinâmica do process de recuperação de empresas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba: Síntese, ano 7, n. 25, p. 55).

- 10 Não se ignora, porém, que a intervenção legislativa que criou os institutos da falência, da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial foi inspirada por razões de interesse público, consoante se pode extrair da lição de Haroldo Verçosa: “Veja-se que, antes de ser um processo de interesse restrito da comunidade de credores, a falência se apresentava e continua se apresentando na nova Lei como um instituto de interesse fundamentalmente público, em vista das repercussões malélicas para a economia como um todo, geradas pela quebra de empresas” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p 165).
- 11 O texto do Enunciado n.º 42 da Súmula de Jurisprudência do TJSP é o seguinte: “A possibilidade de execução singular do título executivo não impede a opção do credor pelo pedido de falência”.
- 12 A citação integral é a seguinte: “What appears to be virtually impossible is to determine the actual scope of arbitrable matters and to indicate with certainty in which type of dispute the interest of third parties or society in general are so heavily implicated [...] that the state feels the need to intervene and limit the adjudication of such cases to the municipal court” (LIEBSCHER, Christoph *Insolvency and Arbitrability*. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (Ed.). *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 167).
- 13 LIEBSCHER, Christoph. *Insolvency and Arbitrability*. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (Ed.). *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 170-171. Carla Crippa

interpretando o Direito inglês, afirma que “na Inglaterra, o administrador judicial e o juiz têm o poder de determinar se os contratos e obrigações assumidas pelo devedor antes da falência devem ou não ser cumpridos caso a falência seja decretada. De forma inversa, o juízo pode determinar, discricionariamente, que disputas antes consideradas arbitráveis sejam decididas judicialmente” (CRIPPA Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 25 fev. 2018).

- 14 Enron Metals & Commodity Ltd v. HIH Casualty & General Insurance Ltd. [2005 EWHC 485 (10 March 2005).
- 15 Bannai v. Erez [2013] EWHC 3689 (Comm) (26 November 2013).
- 16 Syska v. Vivendi Universal SA & Ors [2008] EWHC 2155 (Comm) (02 October 2008).
- 17 Syska & Anor v. Vivendi Universal S.A. & Ors [2009] EWCA Civ 677 (09 Jul 2009). Idem: Fortress Value Recovery Fund I LLP v. Blue Skye Special Opportunities Fund LP & Ors [2013] EWHC 14 (Comm) (16 January 2013).
- 18 LIEBSCHER, Christoph. Insolvency and Arbitrability. In: MISTELIS, Loukas & BREKOULAKIS, Stavros (Ed.) *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 173.
- 19 LIEBSCHER, Christoph. Insolvency and Arbitrability. In: MISTELIS, Loukas & BREKOULAKIS, Stavros (Ed.) *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 173-174.
- 20 TRITTMANN, Rolf; HANEFELD, Inka. *Arbitration in Germany: the model law in practice*. 2. ed. Edited by Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll et al. The Hague: Kluwer Law, 2015. p. 101-102. Idem: LIEBSCHER, Christoph. Insolvency and Arbitrability. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (Ed.). *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 174.
- 21 TRITTMANN, Rolf; HANEFELD, Inka. *Arbitration in Germany: the model law in practice*. 2. ed. Edited by Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll et al. The Hague: Kluwer Law, 2015. p. 101-102.
- 22 Neste sentido, Christoph Liebscher explica o seguinte: “The arbitration agreement remains binding, and the insolvency of one party neither prevents the initiation of

the arbitral proceedings nor the termination of existing proceedings, unless the parties agree otherwise” (LIEBSCHER, Christoph. *Insolvency and Arbitrability*. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (Ed.) *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 174-175). Em outra passagem, o autor conclui o seguinte: “Thus, the trustee is bound by the arbitration agreement and has to take up the proceedings wherever they stand” (LIEBSCHER, Christoph. *Insolvency and Arbitrability*. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (Ed.) *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 174-175).

- 23 LIEBSCHER, Christoph. *Insolvency and Arbitrability*. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (Ed.) *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 175. Trata-se do caso BGF 14.9.2000.
- 24 TRITTMANN, Rolf; HANEFELD, Inka. *Arbitration in Germany: the model law in practice*. 2. ed. Edited by Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll et al. The Hague: Kluwer Law, 2015. p. 101-102.
- 25 LIEBSCHER, Christoph. *Insolvency and Arbitrability*. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (Ed.) *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 175-176.
- 26 LIEBSCHER, Christoph. *Insolvency and Arbitrability*. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (Ed.) *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 176.
- 27 LIEBSCHER, Christoph. *Insolvency and Arbitrability*. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (Ed.) *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 176-177.
- 28 O autor explica ainda o seguinte: “In conclusion, Swiss bankruptcy law does not void any agreement to arbitrate. This applies to procedures where the estate in bankruptcy is either claimant or respondent, and independent of whether the arbitration proceedings have already been instituted at the time of the opening of the bankruptcy or not” (LIEBSCHER, Christoph. *Insolvency and Arbitrability*. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (Ed.) *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Netherlands: Kluwer, 2009. p. 177). Interpretando o Direito suíço, Carla Crippa afirma que “na Suíça, a insolvência do devedor geralmente não tem qualquer efeito sobre as obrigações

assumidas em convenção de arbitragem, as quais vincularão o devedor ou o administrador judicial (dependendo do caso) independentemente da decretação da falência ou da abertura de algum outro procedimento de insolvência” (CRIPPA Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 25 fev. 2018).

- 29 GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*. 3rd ed. The Hague: Kluwer, 2016. p. 110. A referência do caso é a seguinte: DSC of 31 March 2009, 4A_428/2008, reason 3.3.
- 30 Versão em inglês disponível no site Swiss Arbitration Decisions: <<http://www.swissarbitrationdecisions.com>>. Acesso em: 25 fev. 2018.
- 31 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Os efeitos da insolvência sobre o processos de arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 10, v. 43, p. 300, out.-dez. 2014.
- 32 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Os efeitos da insolvência sobre o processos de arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 10, v. 43, p. 300, out.-dez. 2014.
- 33 FERREIRA FILHO, Manoel Justino *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 349.
- 34 SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* São Paulo: RT, 2007. p. 524.
- 35 Francisco Satiro de Souza Junior entende que “o plano de recuperação extrajudicial constitui um contrato solene, com caráter de cooperação celebrado entre devedor e credores” (SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: RT, 2007. p. 524).
- 36 FERREIRA FILHO, Manoel Justino *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 352.
- 37 SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* São Paulo: RT, 2007. p. 524.

- 38 FERREIRA FILHO, Manoel Justino *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 348.
- 39 FERREIRA FILHO, Manoel Justino *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 352.
- 40 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 458-462.
- 41 Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “se todos [os credores] concordarem com as propostas de renegociação das dívidas, assinam-se os aditivos contratuais e pronto, sem necessidade de ingressar em juízo”. O autor continua dizendo que “caso, porém, uma pequena parcela dos credores (precisa ser aprovado pela maioria) se oponha, o devedor poderá ingressar em juízo para pedido a homologação judicial do plano, de modo que este plano seja estendido mesmo àqueles credores contrários (recuperação extrajudicial) (COELHO, Fábio Ulhoa *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 457).
- 42 Neste sentido, confira-se a lição de Francisco Satiro de Souza Junior: “Na sequência, o juiz terá 5 dias, sem necessidade de ouvir o Ministério Público, para decidir sobre a homologação do plano (art. 164, § 5.º)” (SOUZA JUNIOR Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.) *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* São Paulo: RT, 2007. p. 524).
- 43 SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* São Paulo: RT, 2007. p. 524.
- 44 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 433.
- 45 STJ, 2.^a Seção, CC n.º 146.579/MG, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 09.11.2016, *DJ* 11.11.2016. Idem: “O art. 3.º da Lei n. 11.101/05 estabelece que o Juízo do local do principal estabelecimento do devedor é absolutamente competente para decretar a falência, homologar o plano de recuperação extrajudicial ou deferir a recuperação” (STJ, 2.^a Seção, CC n.º 116.743/MG, Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.10.2012, *DJ* 17.12.2012).
- 46 STJ, 2.^a Seção, CC n.º 32.988/RJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14.11.2001, *DJ* 04.02.2002. Idem, mais recentemente: “A qualificação de

principal estabelecimento, referido no art. 3.º da Lei n. 11.101/2005, revela uma situação fática vinculada à apuração do local onde exercidas as atividades mais importantes da empresa, não se confundindo, necessariamente, com o endereço da sede, formalmente constante do estatuto social e objeto de alteração no presente caso” (STJ, 4.ª T., REsp n.º 1.006.093/DF, Min. Antonio Carlos Ferreira, j 20.05.2014, DJ 16.10.2014).

- 47 Fábio Ulhoa Coelho explica que “a mera distribuição do pedido de recuperação judicial produz o efeito de sustar a tramitação dos pedidos de falência aforados contra a devedora requerente” (CO-ELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 439).
- 48 Conforme leciona Fábio Ulhoa Coelho, “o Ministério Público não participa da fase postulatória. A lei prevê que ele será intimado apenas se o juiz determinar o processamento do pedido ou decretar a falência do requerente” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 429).
- 49 O texto integral do art. 50, com todas as medidas que podem ser adotadas, é o seguinte: “Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV -

administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor”.

- 50 Não obstante o art. 55 da Lei de Recuperação Judicial e Falências mencionar apenas os credores como legitimados ativos à impugnação do plano apresentado pelo devedor, Ricardo Negrão considera que o Ministério Público também pode impugnar o plano de recuperação judicial nesta fase (NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 211). Não mencionam esta possibilidade: MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satirc de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 270-272; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 445; e FERREIRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 163-165.
- 51 Geraldo Fonseca de Barros Neto explica que “a concessão da recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido”, pois “trata-se de uma hipótese *sui generis* de novação objetiva, porque imposta por lei, prescindindo de *animus novandi*” (BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. A suspensão da execuções pelo processamento de recuperação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 184, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 25 fev. 2018).
- 52 Há divergências em saber qual o limite do controle judicial a respeito do plano de recuperação judicial, alguns valorizando a vontade coletiva dos credores (*structured bargaining*) e outros admitindo um controle judicial mais amplo. Eduardo Secchi Munhoz entende que a lei falimentar brasileira seguiu o modelo norte-americano, razão pela qual “não cabe ao juiz, portanto, nenhuma margem de discricionariedade a respeito da matéria ou, em palavras mais precisas, não há na lei, quanto a esse aspecto, conceitos abertos (chamados conceitos indeterminados) que confirmam ao juiz margem ampla de interpretação para a emissão dos respectivos juízos de legalidade” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satirc de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 287). Também assim, Fábio Ulhoa Coelho afirma que neste caso “o juiz limita-se a homologar a aprovação do plano pelos credores” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 446). Em

sentido aparentemente contrário, Ricardo Negrão afirma que “não nos parece que o modelo brasileiro, ao afastar-se da legislação francesa, tenha necessariamente que revestir-se da total roupagem concebida pelo legislador norte-americano (NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 218). Em conhecido acórdão da lavra do Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolheu a primeira corrente, entendendo o seguinte: “Esta Câmara Especializada tem se pronunciado no sentido de que em relação à proposta do plano de recuperação da empresa, a Assembleia geral é soberana, não podendo o juiz, nem o Ministério Público, imiscuir-se no mérito do plano, em sua viabilidade econômico-financeira, eis que, devendo ele ser instruído com a demonstração de sua viabilidade econômica e com o laudo econômico-financeiro subscrito por profissional legalmente habilitado (artigo 53, II e III), caberá aos credores examinarem os pareceres técnicos e concluir pela viabilidade ou inviabilidade econômico-financeira da proposta da empresa devedora. Somente em casos em que se demonstre abuso de direito por algum credor que imponha sua vontade à assembleia para rejeitar o plano é que se tem admitido, em casos excepcionais, nova oportunidade de ser deduzido outro plano a ser submetido também à assembleia geral de credores. [...]. Em suma: sendo o plano aprovado regularmente pela Assembleia Geral de Credores com o quórum previsto no artigo 45, §§ 1.º e 2.º, com observância de todas as formalidades legais, não pode o magistrado deixar de conceder a recuperação judicial por entender que o plano é inviável sob o prisma econômico-financeiro” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI n.º 9073125-67.2008.8.26.0000 (561.271-4/2-00). Des. Pereira Calças, j. 30.07.2008). No mesmo sentido e até anteriormente: TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI n.º 0116922-23.2006.8.26.0000 (482.851-4/4-00). Des. Boris Kauffmann, j. 25.04.2007. No mesmo sentido posteriormente: TJ/SP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI n.º 0033598-67.2008.8.26.0000 (582.505-4/5-00). Des. Lino Machado, j. 29.10.2008. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Terceira Turma possui precedente da lavra da Ministra Nancy Andrighi considerando que “a assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial”, mas “as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial” (STJ, 3.ª T., REsp n.º 1.314.209/SP, Min

Nancy Andrichi, j. 22.05.2012, *DJ* 1.º.06.2012). A decisão esclarece, primeiramente, que “não compete ao juízo interferir na vontade soberana dos credores, alterando o conteúdo do plano de recuperação judicial, salvo em hipóteses expressamente autorizadas por lei”. Em seguida, porém, afirma que “a obrigação de respeitar o conteúdo da manifestação de vontade, no entanto, não implica impossibilitar ao juízo que promova um controle quanto à licitude das providências decididas em assembleia”, sendo certo que “a decretação de invalidade de um negócio jurídico em geral não implica interferência, pelo Estado, na livre manifestação de vontade das partes”, mas sim “controle estatal justamente sobre a liberdade dessa manifestação ou sobre a licitude de seu conteúdo”. A Assembleia geral de Credores é, pois, soberana no que diz respeito aos aspectos econômicos do plano de recuperação judicial, não cabendo ao juiz avaliar a sua viabilidade. O Poder Judiciário, porém, pode exercer um controle de legalidade deste ato.

- 53 A bem da verdade, interpretando-se os arts. 56-58 da Lei de Recuperação Judicial Falências, existem três hipóteses, conforme bem resume Fábio Ulhoa Coelho: “Em suma, três podem ser os resultados da votação da Assembleia: a) aprovação do plano de recuperação, por deliberação que atendeu ao quórum qualificado da lei; b) apoio ao plano de recuperação, por deliberação que quase atendeu a esse quórum qualificado; c) rejeição de todos os planos discutidos. Em qualquer caso, o resultado será submetido ao juiz, mas variam as decisões judiciais possíveis em cada um deles. No primeiro, o juiz limita-se a homologar a aprovação do plano pelos credores; no segundo, ele terá a discricionariedade para aprovar ou não o plano que quase alcançou o quórum qualificado; no terceiro, deve decretar a falência da sociedade requerente da recuperação judicial” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 446).
- 54 MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 293. Idem: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 448.
- 55 MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 297.
- 56 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva,

2012. v. 3, p. 449.

- 57 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4, p. 272.
- 58 CAMPINHO, Sergio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 149.
- 59 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1, p. 96.
- 60 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 449.
- 61 MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 316.
- 62 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 262.
- 63 FERREIRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 190.
- 64 Segundo Vera Helena de Mello Franco, “pressuposto objetivo da falência é, destarte, o desequilíbrio patrimonial que se traduz pelo estado de insolvência, e este exterioriza-se, quer pelo inadimplemento, tal como previsto no inc. I, quer pelas situações arroladas nos incs. II e III da norma em questão. Esta impontualidade deve ser demonstrada e, para tanto, mantendo a orientação do direito anterior (art. 10 do Dec. 7.661/1945), a Lei impõe o protesto obrigatório do título executivo (judicial ou extrajudicial), de molde a comprovar o não pagamento no vencimento” (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p 524).
- 65 Fábio Ulhoa defende a desnecessidade de oitiva do Ministério Público nesta fase: “A lei não prevê a obrigatória intervenção do Ministério Público em todos os pedidos de falência, quaisquer que sejam as circunstâncias. E, de fato, não há justificativas para a participação obrigatória do promotor de justiça nessa ação, em que a lide versa exclusivamente sobre interesses patrimoniais e disponíveis. [...]. A participação do Ministério Público, como fiscal da lei e titular da ação

penal, é compreensível somente após a instauração do concurso de credores, quando podem entrar em conflito, de um lado, os interesses de trabalhadores, do fisco e de sujeitos de direito vulneráveis e, de outro, os dos credores cíveis, normalmente empresários e bancos. Mesmo assim, quando não ocorrerem as hipóteses descritas na lei, não haverá razão para envolver o promotor de justiça na demanda” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 285).

- 66 Fábio Ulhoa Coelho deixa claro que a restituição de bem equivocadamente arrecadado compete ao juiz e não ao administrador judicial: “Pelo esquema legal criado, compete exclusivamente ao juiz decidir se certa coisa encontrada no estabelecimento empresarial da falida pertence ou não a esta. Não é, portanto, o administrador judicial, no ato da arrecadação, que decide quais os elementos do patrimônio da devedora que serão objeto da constrição judicial. Sua função é simplesmente arrecadar tudo que encontrar na sede e, se houver, em filiais da empresa quebrada” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 353).
- 67 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 415.
- 68 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 415.
- 69 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 420.
- 70 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 420.
- 71 FERREIRA FILHO, Manoel Justino *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 96. Idem: VERÇOSA, Harold Malheiros Duclerc. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 176.
- 72 FERREIRA FILHO, Manoel Justino *Nova lei de recuperação e falências*

comentada. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 276.

- 73 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 253.
- 74 Consoante ensina Fábio Ulhoa Coelho, “na administração dos interesses comuns dos credores, o administrador judicial não goza de absoluta autonomia. Além de estar obrigado a prestar contas de todos os seus atos, deve requerer a autorização judicial previamente à adoção de algumas medidas de crucial importância para a falência. [...]. Outro exemplo: o administrador judicial não pode transigir sobre créditos e negócios da massa falida nem conceder desconto ou abatimento, ainda que seja o crédito de difícil cobrança, a não ser que esteja previamente autorizado pelo juiz (ouvidor o Comitê e o representante legal da sociedade falida) (art. 22, § 3.º)” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 297).
- 75 Isso equivale a dizer, nas palavras de Paulo Salvador Frontini, que “a decretação da falência não é implemento de condição resolutiva do contrato, que faça cessar seus efeitos” (FRONTINI, Paulo Salvador. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 443).
- 76 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 321.
- 77 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 322.
- 78 FERREIRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 278-279.
- 79 Neste sentido, cite-se a posição de Fábio Ulhoa Coelho: “O silêncio do administrador judicial, no prazo de 10 dias, importará a resolução do contrato, assegurado ao contratante reclamar, por ação própria, a indenização a que tem direito, constituindo o valor apurado crédito quirografário” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 322).
- 80 FRONTINI, Paulo Salvador. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 443.

- 81 FRONTINI, Paulo Salvador. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 442.
- 82 A respeito da classificação dos contratos utilizada no texto, consulte-se: DINIZ Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 195-196; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3, p. 103-104; e VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. II, p. 463.
- 83 VASCONCELOS, Ronaldo. O instituto da arbitragem na dinâmica do processo de recuperação de empresas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba: Síntese, ano 7, n. 25, p. 48-49.
- 84 VASCONCELOS, Ronaldo. O instituto da arbitragem na dinâmica do processo de recuperação de empresas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba: Síntese, ano 7, n. 25, p. 49.
- 85 GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; SILVA, Guilherm Piccardi de Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZ Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 111.
- 86 SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 238.
- 87 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 88 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018. Idem, Antonio Deccache: “[...] tratando-se de cláusula compromissória firmada antes do advento da recuperação judicial, uma vez deferido o benefício legal permanecerá a convenção de arbitragem válida e eficaz, obrigando o devedor a se submeter a mesma” (DECCACHE, Antonio. Convenção d

arbitragem, recuperação judicial e falência. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo: RT, n. 19, out. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018).

- 89 GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; SILVA, Guilherm Piccardi de Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZ Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 89.
- 90 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 91 GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; SILVA, Guilherm Piccardi de Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZ Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 90.
- 92 Neste sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 449; MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4, p. 272 e CAMPINHO, Sergio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 149.
- 93 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1, p. 96.
- 94 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 95 FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e recuperação judicial em um estudo sobre a conveniência e possíveis conflitos entre os institutos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 31, out.-dez. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

- 96 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 97 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 98 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 99 Neste sentido, confira-se: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 449, MAMEDE, Gladston *Direito empresarial brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4, p. 272 e CAMPINHO, Sergio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 149.
- 100 VASCONCELOS, Ronaldo. O instituto da arbitragem na dinâmica do processo de recuperação de empresas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba: Síntese, ano 7, n. 25, p. 56. Também considerando que as arbitragens em curso não serão extintas pelo deferimento do processamento da recuperação judicial ou pela concessão do próprio benefício: CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018; VIEIRA Maíra de Melo. A obrigatoriedade da cláusula compromissória em caso de litígios envolvendo empresas sujeitas a processos de falência ou recuperação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 28, jan.-mar. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018; e GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; SILVA Guilherme Piccardi de Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos BENEDEZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 105.
- 101 Geraldo Fonseca de Barros Neto explica, com razão, que “a suspensão é automática, como efeito legal inafastável do recebimento positivo da recuperação

judicial”, de modo que “deferido o processamento, a ordenação da suspensão é consequência natural, independente dos requisitos da fundamentação ou urgência exigidos para os embargos do devedor e a impugnação” (BARROS NETC Geraldo Fonseca de. A suspensão das execuções pelo processamento de recuperação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 184, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018).

- 102 Fábio Ulhoa Coelho detalha as exceções legais à regra da suspensão: “Quer dizer, nem todas as ações e execuções movidas contra o requerente da recuperação judicial se suspendem. Continuam, assim, a tramitar: (a) ações de qualquer natureza (cível ou pertinente a relação de trabalho) que demandam quantias ilíquidas; (b) reclamações trabalhistas; (c) execuções fiscais, caso não concedido o parcelamento na forma da lei específica a ser editada nos termos do art. 155-A, §§ 3.º e 4.º, do Código Tributário Nacional; (d) execuções promovidas por credores absolutamente não sujeitos à recuperação judicial (isto é, pelos bancos titulares de crédito derivado de antecipação aos exportadores (ACC), proprietário fiduciário, arrendador mercantil ou o vendedor ou promitente vendedor de imóvel ou de bem com reserva de domínio)” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 441).
- 103 PINTO, José Emilio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 2, v. 7, out.-dez. 2005. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 104 PINTO, José Emilio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 2, v. 7, out.-dez. 2005. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 105 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 106 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018. Fazendo menção à pesquisa realizada por Fernando Mantilla-Serrano, a autora explica que “de uma forma geral, os tribunais arbitrais também têm evitado

determinar a suspensão de procedimentos arbitrais em razão da superveniência da insolvência de uma das partes. Mesmo nos casos onde o prosseguimento do procedimento arbitral seria questionável, muitos árbitros têm determinado o prosseguimento se a parte contrária, ciente dos riscos envolvidos, assim expressamente requer. Nesse sentido, Fernando Mantilla-Serrano defende que não há ninguém melhor do que a própria parte para determinar os seus interesses e, se a parte requerer o prosseguimento da arbitragem mesmo sabendo da existência de processo de insolvência, os árbitros devem atender à sua vontade. Esse também tem sido o posicionamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI” (CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018).

107 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018. Também assim, Antonio Deccache explica que “como, entretanto, a cláusula compromissória usualmente está relacionada a uma ação de conhecimento, em que se estará demandando quantia ilíquida (porque, se líquida fosse, já se teria iniciado a competente ação de execução), entendo que ela não ficará suspensa e deverá tramitar regularmente até que o título executivo se constitua, para posterior habilitação no quadro geral de credores do processo de recuperação. [...]. Se a Arbitragem versar sobre quantia líquida, contudo, estará sujeita ao período de suspensão, como todas as demais ações, e deverá ficar sobrestada pelo prazo legal (NUNES PINTO, 2005, p. 15)” (DECCACHE, Antonio. Convenção de arbitragem, recuperação judicial e falência. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo: RT, n. 19, out. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018). No mesmo sentido: GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; SILVA Guilherme Piccardi de Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 105.

108 STJ, CC n.º 152.348/GO, Min. Luis Felipe Salomão, decisão monocrática de 13.12.2017, *DJ* 19.12.2017.

- 109 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 441.
- 110 PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 138.
- 111 CAMPINHO, Sergio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 150.
- 112 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4, p. 38-39.
- 113 PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 138.
- 114 BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. A suspensão das execuções pelo processamento de recuperação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 184, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 115 STJ, 2.^a Seção, CC n.º 146.579/MG, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 09.11.2016, *DJ* 11.11.2016. Idem: “O art. 3.º da Lei n. 11.101/05 estabelece que o Juízo do local do principal estabelecimento do devedor é absolutamente competente para decretar a falência, homologar o plano de recuperação extrajudicial ou deferir a recuperação” (STJ, 2.^a Seção, CC n.º 116.743/MG, Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.10.2012, *DJ* 17.12.2012).
- 116 STJ, 1.^a Seção, CC n.º 79.170/SP, Min. Castro Meira, j. 10.09.2008, *DJ* 19.09.2008.
- 117 STJ, 2.^a Seção, AgRg no AgRg no CC n.º 130.674/SP, Min. Luis Felipe Salomão, j. 26.08.2015, *DJ* 31.08.2015. Em 2016, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça consignou novamente, a exemplo deste caso, que “o destino do patrimônio da empresa em processo de soerguimento judicial ou falimentar, como no presente caso, não pode ser atingido por decisões prolatadas por juízo diverso daquele da recuperação ou da falência” (STJ, 2.^a Seção, CC n.º 137.178/MG, Min. Marc Buzzi, j. 28.09.2016, *DJ* 19.10.2016).
- 118 Há dúvidas na doutrina se o juízo universal também se aplicaria à recuperação judicial, o que encontra ressonância até mesmo na jurisprudência do Superior

Tribunal de Justiça. Identificando a questão, Geraldo Fonseca de Barros Neto depois de transcrever o art. 76 da Lei n.º 11.101/2005, explica que “não há previsão semelhante para o juízo da recuperação judicial, o que vem gerando divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da existência, ou não, de universalidade e indivisibilidade do juízo recuperacional” (BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. A suspensão das execuções pelo processamento de recuperação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 184, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018). Ingressando no âmago da divergência, Waldo Fazzio Júnior entende que “o princípio da indivisibilidade do juízo concursal está consagrado na lei, quando preceitua (art. 76) que o juízo da falência e da recuperação é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios do devedor” (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 58-59). Cristiano Imhof também afirma que “instala-se, no processo de falência, o denominado *juízo universal*, que atrai todas as ações que possam afetar o patrimônio da empresa em processo de quebra ou *recuperação judicial*” (IMHOF, Cristiano. *Lei de recuperação de empresas e falência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 51). Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro defendem que “o *juízo universal da recuperação judicial* está vinculado aos princípios da universalidade e da unidade”, sendo certo que “princípio da universalidade está na previsão de um só juízo para todas as medidas judiciais, todos os atos relativos ao devedor empresário”, razão pela qual “todas as ações e processos estarão na competência do juízo da recuperação” (BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 462). Em sentido contrário, Carlos Klein Zanini afirma que “cumprir registrar que inexiste no art. 76 qualquer referência ao processo de recuperação judicial”, de modo que, continua o autor, “o deferimento do processamento da recuperação judicial não tem o condão de instituir a universalidade do juízo que o decreta” (ZANINI, Carlos Klein. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 341). Da mesma forma, Manoel Justino Bezerra Filho explica que “esta universalidade ocorre apenas para o juízo de falência, não havendo universalidade para o juízo da recuperação”, não obstante, ressalva o autor, “a jurisprudência já firmou o entendimento de que as decisões relativas a pagamentos a serem efetuados por créditos sob seus efeitos, devem ser tomadas pelo juízo da

recuperação” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino *Lei recuperação de empresas e falência comentada*. 11. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 227). No mesmo sentido, Danilo Vicari Crastelo: “O que se denota, diante da interpretação doutrinária e, propriamente, da legislação do setor, é que o princípio do juízo universal não se aplica à recuperação judicial, devendo ser respeitada a escolha daquele foro que foi vontade das partes e em casos de processo que não versam sobre ação de execução ajuizada posteriormente ao início da recuperação” (CRASTELO, Danilo Vicari. *As empresas em recuperação judicial e falência e o procedimento arbitral*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 942, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018). Mauro Rodrigues Penteado adota uma posição que poderia ser chamada de intermediária, pois o autor, apesar de se referir ao juízo universal da recuperação judicial, o qualifica de *pro tempore* e relativo, em sentido bastante diverso, portanto, do juízo universal da falência previsto no art. 76 da Lei de Recuperação Judicial e Falências. Confira-se a explicação do autor: “Trata-se de juízo universal *pro tempore*, de indivisibilidade relativa, porque além dessas exceções, tem competência para conhecer, durante esse período, todas as ações sobre bens, interesses e negócios do devedor em recuperação, ressalvadas as causas referidas no art. 6.º, mas não se estende (i) às demandas propostas pelo devedor contra terceiros, e (ii) às ações e execuções de créditos posteriores ao pedido, não sujeitos ao plano de recuperação. V., também, o item 6 das Considerações Gerais, *supra*, e os comentários ao art. 6.º, itens 62 e ss” (PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 117). Em 2008, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, adotando a segunda corrente doutrinária, decidiu que “extinta a concordata e deferida a recuperação judicial, *não há se falar em juízo universal que, ademais, é instituto próprio da falência*” (STJ, 2.ª Seção, CC n.º 53.549/SP, Min. Fernando Gonçalves, j. 27.02.2008, DJ 05.03.2008). Posteriormente a essa decisão, porém, o Tribunal tem dado decisões no sentido mais próximo de reconhecer um juízo universal da recuperação judicial, como se percebe pela menção nas decisões ao art. 76 da Lei n.º 11.101/2005, bem como a abrangência da competência do juízo da recuperação judicial sobre diversos tipos de demandas e não apenas aquelas descritas no art. 3.º da lei falimentar. Assim, pouco mais de um ano depois da decisão acima mencionada, em 2009, a mesma Segunda Seção do Tribunal entendeu que “o deferimento do pedido de

recuperação judicial pelo Juízo de Coruripe/AL, atraiu a competência, também para processar e julgar todas as ações e reclamações direcionadas a empresa Laginha Agro Indústria S.A., *tornando-se o juízo universal da recuperação da empresa*, consoante interpretação do art. 3.º da Lei 11.101/05” (STJ, 2.ª Seção CC n.º 101.552/AL, Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 23.09.2009, *DJ* 01.10.2009). Em 2014, a Terceira Turma, logo após transcrever o texto do art. 76 da lei falimentar, decidiu que “as ações em que a empresa em recuperação judicial, como autora e credora, busca cobrar créditos seus contra terceiros não se encontram abrangidas pela indivisibilidade e universabilidade do juízo da falência, devendo a parte observar as regras de competência legais e constitucionais existentes a respeito” (STJ, 3.ª T., REsp n.º 1.236.664/SP, Min. João Otávio de Noronha, j. 11.11.2014, *DJ* 18.11.2014). Observe-se que a conclusão pela incompetência do juízo da recuperação judicial não está fundamentada na inaplicabilidade do art. 76 da lei falimentar à recuperação judicial, mas sim na não abrangência da regra do juízo universal às demandas propostas – ou seja, na qualidade de autor/requerente – pela sociedade empresária recuperanda, entendimento que também se aplica à falência. Em 2015, a Segunda Seção do Tribunal, após transcrever os arts. 3.º e 76 da Lei n.º 11.101/2005, asseverou que “a regra de competência determinada pela lei especial prevalece sobre a lei geral, mormente tendo em vista a instauração do juízo indivisível da falência, para o qual deve convergir a discussão de todas as causas e ações pertinentes a um patrimônio com universalidade jurídica”. A decisão prossegue explicando que “a razão de ser da supremacia dessa regra de competência é a concentração, no juízo da recuperação judicial, de todas as decisões que envolvam o patrimônio da recuperanda, fim de não comprometer a tentativa de mantê-la em funcionamento” (STJ, 2.ª Seção, AgRg no AgRg no CC n.º 130.674/SP, Min. Luis Felipe Salomão, j. 26.08.2015, *DJ* 31.08.2015). Ressalve-se que não obstante a decisão falar em “juízo indivisível da falência”, o caso tinha como parte uma empresa em recuperação judicial.

- 119 BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. A suspensão das execuções pelo processamento de recuperação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 184, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 120 PINTO, José Emilio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 2, v. 7, out.-dez. 2005. Disponível

em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

- 121 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 122 PINTO, José Emilio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 2, v. 7, out.-dez. 2005. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 123 FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e recuperação judicial em um estudo sobre a conveniência e possíveis conflitos entre os institutos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 31, out.-dez. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 124 SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 2337-238.
- 125 SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 2337-238. Idem Antonio Deccache: “[...] as partes não poderiam estipular que a verificação de descumprimento do plano de recuperação nos dois anos que se seguirem à sua aprovação deverá ocorrer por arbitragem, subtraindo do juízo da recuperação a prerrogativa de realizar o controle do cumprimento do plano” (DECCACHE Antonio. Convenção de arbitragem, recuperação judicial e falência. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo: RT, n. 19, out. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018).
- 126 GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; SILVA, Guilherm Piccardi de Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZ Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 107.
- 127 GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; SILVA, Guilherm Piccardi de Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZ Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 107.

- 128 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 129 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 25 fev. 2018.
- 130 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 25 fev. 2018.
- 131 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista d Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadotribu- nais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 132 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista d Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 133 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista d Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 134 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista d Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 135 MENEZES, Mauricio Moreira. O exercício da autonomia privada na recuperação judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo: RT, ano 1, n. 2, out.-dez. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 136 Também entendendo desta forma, confira-se a lição de Maurício Menezes: “Apresentado o plano, o devedor parte para a segunda etapa do processo de negociação. Trata-se da negociação aberta, franca, tornada pública por meio das assembleias gerais de credores. Nada tem de errado nessas negociações, uma vez que elas fazem parte do jogo previsto na lei, aqui e em outros sistemas jurídicos.

A questão é frisar que, no seu âmbito, o devedor encontra-se drasticamente limitado em seu poder de negociação, ficando à mercê da deliberação que vier a ser tomada por credores em assembleia geral” (MENEZES, Mauricio Moreira. (exercício da autonomia privada na recuperação judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo: RT, ano 1, n. 2, out.-dez. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018).

- 137 FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e recuperação judicial em um estudo sobre a conveniência e possíveis conflitos entre os institutos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 31, out.-dez. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 138 PINTO, José Emilio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 2, v. 7, out.-dez. 2005. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 139 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 140 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 420.
- 141 VASCONCELOS, Ronaldo. O instituto da arbitragem na dinâmica do processo de recuperação de empresas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba: Síntese, ano 7, n. 25, p. 43-44.
- 142 ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, v. 13, abr.-jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 143 ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, v. 13, abr.-jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

- 144 ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, v. 13, abr.-jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 145 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista d Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 146 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista d Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 147 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista d Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018. Carla Crippa também considera que a massa falida pode ser compelida judicialmente a participar da arbitragem caso o administrador judicial se recuse a cumpri-la: “Na prática, porém, não se pode descartar a hipótese de a massa falida resistir à instituição da arbitragem. Se isso ocorrer, a parte contrária terá o remédio previsto no art. 7.º da Lei 9.307/1996, consistente do ajuizamento de ação judicial visando a forçar a parte contrária à celebração do compromisso arbitral. Diante da *vis attractiva* do juízo falimentar prevista no art. 76 da Lei 11.101/2005, a referida ação judicial seria distribuída ao juízo falimentar que, em última análise, ficaria responsável pelo seu julgamento” (CRIPPA, Carla de Vasconcellos Recuperação judicial, falência e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018).
- 148 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista d Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 149 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista d Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018. Fazendo uso também do princípio da autonomia da convenção de arbitragem, Carla Crippa afirma que “se houver interpelação do administrador judicial sobre o cumprimento de contrato onde tiver sido estabelecida cláusula compromissória,

essa interpelação ficará restrita às demais obrigações previstas no contrato que não a cláusula compromissória, que é autônoma em relação ao contrato e independe do seu cumprimento, nos termos do art. 8.º da Lei 9.307/1996” (CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018).

150 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

151 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018. Igualmente, Antonio Deccache entende que “a regra do art. 117, da LRJF, não se aplica às convenções de arbitragem, posto que a regra incide sobre os negócios com obrigações pendentes, não seria aplicável, na medida em que, uma vez celebrada, a convenção afasta, de imediato, a jurisdição estatal”. Desta forma, continua o autor, “pode-se concluir que, segundo a melhor doutrina, a regra do art. 117 da LRJF, que está direcionada para os contratos bilaterais com obrigações pendentes, não se aplica à convenção de arbitragem pactuada antes do decreto de quebra, que opera efeitos de imediato desde a sua celebração, nada restando ao administrador a decidir nesse momento” (DECCACHE, Antonio. Convenção de arbitragem, recuperação judicial e falência. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo: RT, n. 19, out. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018). Também defendendo a inaplicabilidade do art. 117 da lei falimentar à convenção de arbitragem, Renato Stephan Grion, Luiz Fernando Valente de Paiva e Guilherme Piccardi de Andrade Silva afirmam que “seu cumprimento independerá da concordância do administrador judicial, já que a convenção arbitral não se enquadra no conceito de ‘contratos bilaterais’ contido no art. 117 da Lei 11.101/2005” (GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de SILVA, Guilherme Piccardi de Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 96). Compactuando com esta linha de pensamento,

transcreva-se a posição de Máira de Melo Vieira: “Tratando--se a convenção de arbitragem de contrato *sui generis*, e não de contrato bilateral, na acepção do direito das obrigações (prestações recíprocas e contrapostas, sendo uma a causa da outra), a ela não se aplica a regra do art. 117 da Lei 11.101/2005” (VIEIRA Máira de Melo. A obrigatoriedade da cláusula compromissória em caso de litígios envolvendo empresas sujeitas a processos de falência ou recuperação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 28, jan.-mar. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018).

152 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018. Compartilhando deste argumento, cite-se a posição de Renato Stephar Grion, Luiz Fernando Valente de Paiva e Guilherme Piccardi de Andrade Silva “Isso porque, com relação à questão da efetiva disponibilidade dos direitos patrimoniais da empresa devedora, entendemos que a satisfação de tal requisito deva ser verificada no momento da celebração da cláusula compromissória, e não no momento em que efetivamente surge a controvérsia a ser solucionada pela via arbitral” (GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; SILVA Guilherme Piccardi de Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos BENEDUZI, Renato Resende (Coord.) *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 89). Luis Cláudio Furtado Faria e Felipe Rodrigues Coze afirmam que “além de a capacidade dever ser verificada ao tempo da contratação e não após, a massa falida é representada pelo administrador judicial, contando com capacidade processual para participar da demanda arbitral” (FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial em um estudo sobre a conveniência e possíveis conflitos entre os institutos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 31, p. 251-261, out.-dez. 2011).

153 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018. Fazendo uso do princípio da competência-competência, a autora entende que “as questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção de

arbitragem são de competência dos próprios árbitros, conforme estabelece o art. 8.º da Lei 9.307/1996 (princípio da Kompetenz-Kompetenz)”, razão pela qual “sendo necessário reavaliar a validade ou eficácia da convenção de arbitragem em razão da superveniência da falência de uma das partes, tal reavaliação deverá ser feita pelos próprios árbitros, e não pelo juízo falimentar” (CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018).

- 154 TJSP, 2.ª CDPriv., AI n.º 9026023-20.2006.8.26.0000 (460.034-4/5-00), Des. Jos Roberto Bedran, j. 21.11.2006.
- 155 STJ, Decisão monocrática, MC n.º 14.295/SP, Min. Nancy Andrighi, j. 09.06.2008 *DJ* de 13.06.2008.
- 156 TJSP, 6.ª CDPrivado, AI n.º 0333524-03.2009.8.26.0000 (AI n.º 658.014-4/2-00), Des. Roberto Solimene, *DJ* 10.12.2009.
- 157 TJSP, 35.ª Câmara de Direito Privado, Apelação n.º 0176616-06.2009.8.26.0100 Rel. Des. Melo Bueno, j. 26.03.2012.
- 158 TJSP, 4.ª Câmara de Direito Privado, Embargos de Declaração n. 0349971 66.2009.8.26.0000 (644.204-4/4-01), Rel. Maia da Cunha, j. 10.12.2009.
- 159 STJ, 3.ª T., REsp n.º 1.355.831/SP, Min. Sidnei Benetti, j. 19.03.2013, *DJ* 22.04.2013.
- 160 TJSP, 1.ª CDEmp., AC n.º 1125817-29.2015.8.26.0100, Des. Cesar Ciampolini, j. 19.10.2016, *DJ* 26.10.2016.
- 161 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 162 FRONTINI, Paulo Salvador. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 442.
- 163 A respeito da classificação dos contratos utilizada no texto, consulte-se: DINIZ Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 195-196; GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3, p. 103-104 e VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*.

15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. II, p. 463.

- 164 Carla Crippa também faz uso da qualidade de obrigação de execução instantânea d convenção de arbitragem para afastar a incidência do art. 117 da lei falimentar: “Em linha com o exposto acima, entendemos que o art. 117 da Lei 11.101/2005 não se aplica às convenções de arbitragem. Independentemente de o procedimento arbitral ter sido instituído antes ou após a decretação da quebra, a convenção de arbitragem se consuma de pronto e não está sujeita ao art. 117 da Lei 11.101/2005, que se aplica aos contratos ainda não cumpridos” (CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.--jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018).
- 165 Adotando esta linha, mencione-se o texto de Ronaldo Vasconcelos: VASCONCELOS, Ronaldo. O instituto da arbitragem na dinâmica do processo d recuperação de empresas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba: Síntese, ano 7, n. 25, p. 43-44.
- 166 VASCONCELOS, Ronaldo. O instituto da arbitragem na dinâmica do processo d recuperação de empresas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba: Síntese, ano 7, n. 25, p. 40-41.
- 167 VASCONCELOS, Ronaldo. O instituto da arbitragem na dinâmica do processo d recuperação de empresas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba: Síntese, ano 7, n. 25, p. 40-41.
- 168 ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, v. 13, abr.-jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 169 ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, v. 13, abr.-jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 170 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista d Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 171 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista d*

- Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 172 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 173 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 174 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 175 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 176 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 177 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 178 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 179 ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, v. 13, abr.-jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 180 ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, v. 13, abr.-jun. 2007.

Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

- 181 ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, v. 13, abr.-jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 182 TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, AI n.º 9044554/23.2007.8.26.0000 (531.020.4/3-00), Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 25.06.2008.
- 183 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 415.
- 184 FERREIRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 96. Idem: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 176.
- 185 ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, v. 13, abr.-jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 186 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 187 GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; SILVA, Guilhermo Piccardi de Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZ, Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 95.
- 188 STJ, 2.ª Seção, CC n.º 146.579/MG, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 09.11.2016, *DJ* 11.11.2016. Idem: STJ, 2.ª Seção, CC n.º 116.743/MG, Min. Luiz Felipe Salomão, j. 10.10.2012, *DJ* 17.12.2012.

- 189 COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3, p. 272.
- 190 ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 147.
- 191 Neste sentido, Carlos Klein Zanini explica que “o juízo da falência é único e universal, visando a igualdade de tratamento de todos os credores, e abrangência de todos os bens do falido”, pois, continua o autor, “restaria seriamente comprometida a observância da *par conditio creditorum* caso não se pudesse reunir, num só juízo, a totalidade dos credores do falido, a começar pela elevada probabilidade de se proferirem decisões diversas e até mesmo contraditórias para credores de igual posição” (ZANINI, Carlos Klein. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 341). Ricardo Negrão aduz que, por meio do juízo universal da falência, “todos concorrem ao mesmo juízo, aplicando-se a eles uma só regra, com o que se evita a ruptura da igualdade de condições entre os diversos credores – negociais ou não – que são atraídos pela falência” (NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54-55). Ressaltando a celeridade e eficiência da regra do juízo universal da falência, Waldo Fazzio Júnior ensina que “atribuindo exclusivamente ao magistrado que processa a recuperação ou a falência competência para o processo e julgamento das ações concorrentes ao ativo do devedor, a lei visa à solução célere e eficiente dos conflitos de pretensões que o estado jurídico de insolvência desperta” (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 58-59). Gladston Mamede, destacando a relevância de um único juízo lidar com todos os interesses envolvidos na falência, explica que “essa força de atração (*vis attractiva*), criando um concurso de credores, justificasse pelo reflexo que a insolvência empresária tem sobre múltiplas pessoas (credores, trabalhadores, Estado e mesmo terceiros)” (MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4, p. 214). O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já teve oportunidade de consignar que “o princípio da universalidade tem como objetivo não só evitar a dispersão do patrimônio da massa falida, como também permitir que as situações relevantes da falência sejam submetidas a juízo único, conhecedor da realidade do processo” (STJ, 2.^a Seção, CC n.º 92.417/DF, Min. Fernando Gonçalves, j. 26.03.2008/DJ

01.04.2008). Mais recentemente, o mesmo Tribunal Superior considerou que “o objetivo da *vis attractiva* do juízo falimentar é submeter a universalidade dos bens do devedor comum a um regime único, evitando que apareçam duas ou mais falências paralelas em juízos diferentes, para que, assim, haja paridade no tratamento dos créditos” (STJ, 4.^a T., REsp n.º 702.417/SP, Min. Raul Araújo, j 11.03.2014, DJ 31.03.2014).

- 192 VASCONCELOS, Ronaldo. O instituto da arbitragem na dinâmica do processo de recuperação de empresas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba: Síntese, ano 7, n. 25, p. 54.
- 193 ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, v. 13, abr.-jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 194 ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, v. 13, abr.-jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 195 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 196 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 197 CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 198 GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; SILVA, Guilherm Piccardi de Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZ Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 97.

- 199 GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; SILVA, Guilherm Piccardi de Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZ Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 99.
- 200 STJ, 3.^a T., REsp n.º 1.355.831/SP, Min. Sidnei Benetti, j. 19.03.2013, DJ 22.04.2013.
- 201 Neste sentido, conforme transcrito mais acima: VASCONCELOS, Ronaldo. O instituto da arbitragem na dinâmica do processo de recuperação de empresas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba: Síntese, ano 7, n. 25, p. 54.
- 202 Neste sentido, conforme transcrito mais acima: CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 6, v. 29, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018; e GRION Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; SILVA, Guilherme Piccardi de Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 97.
- 203 ZANINI, Carlos Klein. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 342.
- 204 Dada a dificuldade da matéria, recomenda-se a didática tabela preparada por Ricardo Negrão: NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 339-340.
- 205 ZANINI, Carlos Klein. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 341.
- 206 O Superior Tribunal de Justiça já proferiu diferentes decisões a respeito da competência do juízo universal da falência em relação a causas trabalhistas, nem sempre uniformes, especialmente no que diz respeito ao momento em que a matéria contida nestas reclamações trabalhistas deve passar a ser debatida no juízo universal da falência. Em 2005, a Segunda Seção do Tribunal entendeu que “uma vez decretada a quebra, as reclamações trabalhistas anteriormente intentadas

serão ultimadas pela Justiça do Trabalho, absolutamente competente para o respectivo julgamento”, contudo “definitivamente julgados e liquidados os créditos trabalhistas, sua execução deve ser remetida ao Juízo Falimentar, a quem compete ordenar os créditos segundo as preferências legais e, uma vez classificados, conferir tratamento paritário aos credores de uma mesma categoria” (STJ, 2.^a Seção, CC n.º 37.680/PR, Min. Jorge Scartezini, j. 23.02.2005 *DJ* 07.03.2005). Em 2007, a mesma Segunda Seção entendeu que “decretada a falência e permanecendo no polo passivo da execução a falida, a competência para processar e julgar os créditos trabalhistas é do Juízo universal da falência” (STJ, 2.^a Seção, AgRg nos EDcl. no CC n.º 48.420/RJ, Min. Massami Uyeda, 25.04.2007, *DJ* 17.05.2007). Por fim, o Superior Tribunal de Justiça, em 2009, asseverou que “decretada a quebra, as execuções singulares pendentes devem prosseguir no Juízo Universal, mesmo que já realizada a penhora de bens no Juízo Trabalhista” (STJ, 2.^a Seção, AgRg no CC n.º 99.145/SP, Min. Sidnei Beneti, 25.03.2009, *DJ* 15.04.2009).

207 A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça possui decisão, prolatada em 2001, no sentido de que “a decretação da falência não paralisa o processo de execução fiscal, nem desconstitui a penhora”, razão pela qual “a execução continuará a se desenvolver, até à alienação dos bens penhorados”, sendo certo que “os créditos fiscais não estão sujeitos a habilitação no juízo falimentar, mas não se livram de classificação, para disputa de preferência com créditos trabalhistas”. Com efeito, continua o acórdão, “na execução fiscal contra falido, o dinheiro resultante da alienação de bens penhorados deve ser entregue ao juízo da falência, para que se incorpore ao monte e seja distribuído, observadas as preferências e as forças da massa” (STJ, Corte, REsp n.º 188.148/RS, Min. Humberto Gomes de Barros, j. 19.12.2001, *DJ* 27.05.2002). Em 2002, a Primeira Turma entendeu que “o juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, ressalvada a cobrança judicial do crédito tributário, que não se sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento” (STJ, 1.^a T., REsp n.º 450.770/RS, Min. Luiz Fux, j. 17.12.2002, *DJ* 17.02.2003).

208 Carlos Klein Zanini observa que, não obstante a literalidade do inciso I do art. 109 da Constituição da República, “vale ressaltar, contudo, ter prevalecido na jurisprudência do STJ interpretação bastante restritiva quanto ao alcance da exceção inserta no preceito constitucional, que somente teria aplicação às causas

de falência, entendidas como ‘aquela[s] em que se pede a decretação da quebra’ (ZANINI, Carlos Klein. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 342-343). De fato, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado que somente o próprio pedido de falência deve ser direcionado ao juízo falimentar, devendo os demais em que haja interesse de entes federais tramitar perante a Justiça Federal: “Se a ação não é de falência propriamente dita, mas de usucapião de imóvel que fora objeto de financiamento hipotecário pela Caixa Econômica Federal – CEF, há interesse da União, por uma de suas empresas públicas, aplicando-se a regra geral do art. 109 da Constituição Federal. No caso, a CEF, juntamente com a massa falida de uma determinada empresa, figura como ré, em ação de usucapião de um imóvel arrecadado na falência. A questão central, pois, não é a própria falência, mas o domínio do imóvel” (STJ, 2.^a Seção, CC n.º 57.640/SP, Min. Fernando Gonçalves, j. 26.09.2007, *DJ* 11.10.2007). Idem: STJ, 2.^a Seção, CC n.º 37.680/PR, Min. Jorge Scartezzini, j. 23.02.2005, *DJ* 07.03.2005; STJ, 2.^a Seção CC n.º 16.115/RS, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23.10.2002, *DJ* 24.02.2003; e STJ, 2.^a Seção, CC n.º 22.383/RS, Min. Paulo Costa Leite, j. 23.09.1998, *DJ* 26.10.1998.

209 Com relação à regra excepcional de que as ações em que a massa falida ocupar o polo ativo escapam do juízo universal da falência, Carlos Klein Zanini entende que “tal exceção encontra justificativa mais do que razoável na absoluta inconveniência de se obrigar a massa a demandar contra terceiros sempre no juízo da falência, o que, além de subverter as regras naturais da competência jurisdicional, tenderia a vir em seu desfavor, retardando a tramitação do feito. Isto sem falar no sacrifício desmedido que se poderia impor aos sujeitos passivos da ação” (ZANINI, Carlos Klein. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 342). No mesmo sentido, José de Araújo afirma que “se a ação deve ser proposta pela massa, anteriormente administrada pelo síndico e atualmente pelo administrador judicial, essas ações fogem à força atrativa da indivisibilidade” (ARAÚJO, José de. *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 163). Assim, continua o autor, se “durante o curso do processo a massa falida sofre prejuízo, deve propor a ação cível ou criminal, independentemente da indivisibilidade do juízo”, ou seja, “o administrador judicial, representante da

massa, proporá a ação devida, inclusive em juízo diferente da falência” (ARAÚJO, José de. *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 163).

210 STJ, 4.^a T., REsp n.º 715.289/MG, Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.08.2009/DJ 08.09.2009.

211 A respeito da competência do juízo universal da falência para processar e julgar demandas judiciais ilíquidas ajuizadas em face da massa falida, confira-se a posição de Carlos Klein Zanini: “Fora das hipóteses tratadas no ponto anterior, afigura-se relevante, para efeito de verificar-se ou não a incidência da *vis attractiva* da falência, o momento exato em que se a decreta. Assim é por dispor o art. 6.º, § 1.º da Lei que ‘terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida’. Trata-se, *in casu*, da ação aforada contra a massa, porquanto aquela em que a massa é autora encontra-se já excepcionada pelo *caput* do art. 76. A exceção de que aqui se cuida não é, todavia, absoluta. A Lei dispõe que terá apenas prosseguimento a ação, não se aplicando, por conseguinte, naqueles casos cuja a ação, tendo por objeto quantia ilíquida, venha a ser ajuizada após ter sido decretada a falência, situação na qual estará sujeita à força atrativa do juízo falencial” (ZANINI, Carlos Kleir *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 342).

212 Waldo Fazzio Junior destaca que a exceção à competência do juízo falimentar para as ações não reguladas pela lei falimentar só se aplica quando o devedor/massa falida figurar no polo ativo: “O dispositivo menciona que o princípio da indivisibilidade não incide sobre as ações não reguladas na LRE, nas quais o devedor seja autor ou litisconsorte. Tais ações certamente estão afetas ao juízo do foro do domicílio do réu, conforme a regra geral de competência territorial estabelecida no art. 94 do CPC. A ação continuará no mesmo Juízo, substituindo apenas o autor (agente econômico em recuperação ou falido) pelo administrador judicial. A exceção relativa ao litisconsórcio só alude ao ativo, porque, quando o agente econômico é réu, prevalece o juízo universal da insolvência; não teria nenhum sentido a exceção quando litisconsorte passivo. O juízo da insolvência é o competente para todas as ações reguladas na LRE, não importando a posição processual da massa, bem como para aquelas em que figura como ré. Assim deverá sê-lo, também, para as ações em que a massa seja litisconsorte passiva. A

ressalva aludida refere-se apenas às hipóteses de litisconsorte ativo, repita-se” (FAZZIO JÚNIOR, Waldo *Lei de falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 59-60). Da mesma forma, Ricardo Negrão leciona que “estão excluídas da regra do Juízo indivisível as ações em que o devedor, posteriormente falido, e a massa falida sejam autores ou litisconsortes ativos, não reguladas pela própria Lei de Falências”, razão pela qual “as ações já distribuídas e as que vierem a ser, figurando a massa falida como autora ou litisconsorte ativa, terão competência estabelecida livremente, segundo as regras do direito comum, isto é, não se sujeitam à norma geral prevista no art. 76” (NEGRÃO, Ricardo *Manual de direito comercial e de empresa*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 329). Em seguida, o autor apresenta os seguintes exemplos: “Por exemplo: ação destinada à declaração de ineficácia de título emitido contra a massa falida promovida pelo administrador judicial; ação indenizatória promovida pela massa falida; ação de cobrança que tenha a falida como autora ou litisconsorte ativa” (NEGRÃO, Ricardo *Manual de direito comercial e de empresa*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 329). Comungando dessa posição, Manoel Justino Bezerra Filho explica que “a terceira exceção diz respeito às ações não reguladas nesta Lei, em que o falido figure como autor ou litisconsorte ativo”, ou seja, “a Lei está falando exclusivamente de ações propostas pelo falido” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino *Lei recuperação de empresas e falência comentada*. 11. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 228). Em seguida, o autor dá os seguintes exemplos: “O exemplo que sempre auxilia a compreensão pode ser lembrado no caso de a massa falida ter valores a receber por mercadorias vendidas a pessoa domiciliada em outra praça. Em tal caso, a ação de cobrança ou execução será ajuizada ante o juízo do domicílio do devedor e não perante o juízo da falência. Já no caso, por exemplo, de ação revocatória (art. 132), será ajuizada ação ante o juízo da falência, pois trata-se de ação regulada nesta própria Lei de Recuperação e Falências. Relembre-se que a massa falida não pode litigar no juizado especial de pequenas causas, seja no polo ativo ou passivo, o que é vedado expressamente pelo art. 8.º, *caput*, da Lei 9.099, de 26.09.1995, a Lei dos Juizados Especiais” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei recuperação de empresas e falência comentada*. 11. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 228). Neste sentido, excluindo da competência do juízo falimentar as causas não reguladas pela lei falimentar em que o devedor/massa falida figura no polo ativo, transcreva-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “As ações não reguladas pela lei falimentar, propostas pela massa falida como autora

ou litisconsorte, não se sujeitam ao juízo universal” (STJ, 4.^a T., REsp n.º 172.356/PR, Min. Barros Monteiro, j. 23.11.2000, *DJ* 05.03.2001). O Superior Tribunal de Justiça também já entendeu, a este respeito, que “o fato de a massa falida ser autora da ação somente determina a excepcionalidade do juízo universal nas ações não reguladas pela Lei Falimentar” (STJ, 2.^a Seção, CC n.º 92.417/DF Min. Fernando Gonçalves, j. 26.03.2008, *DJ* 01.04.2008).

213 STJ, 3.^a T., REsp n.º 1.277.725/AM, Min. Nancy Andrighi, j. 12.03.2013, *DJ* 18.03.2013.

214 TJSP, 1.^a CDEmp., AI n.º 2040226-91.2015.8.26.0000, Des. Carlos Alberto Garbi j. 14.03.2016, *DJ* 23.03.2016.

215 Consoante leciona Haroldo Verçosa, “em todas as ações anteriores à decretação da falência e que sejam de interesse da massa, a intimação do administrador judicial apresenta-se como obrigatória, sob pena de nulidade do processo” (VERÇOSA Haroldo Malheiros Duclerc. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 172). No mesmo sentido, Carlos Klein Zanini leciona que “estando ou não sujeita à *vis attractiva* da falência, determina o parágrafo único deste artigo tenham todas as ações ‘prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo’, sendo certo que “a sanção cominada para seu descumprimento [é] expressa: a nulidade do processo”. O autor afirma, ainda, que “o rigor é justificado, porquanto, decretada a falência, toca ao administrador judicial o direito-dever de representar a massa em juízo, conforme estatui o art. 22, inc. III, alínea ‘n’, da Lei” (ZANINI, Carlos Klein *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 343).

216 Neste sentido, confira-se a lição de Haroldo Verçosa, para quem, mesmo que o administrador judicial seja advogado, o ideal seria a contratação de advogados externos para defender a massa falida em juízo: “Como se sabe, exceto em alguns casos excepcionais, como ocorre nas causas sujeitas aos juizados especiais, a representação em juízo é privativa do advogado. Se o administrador judicial não tem esta condição, lhe será necessário contratar os profissionais necessários para a defesa dos interesses da massa em juízo. Mesmo que o administrador judicial seja advogado, não convirá, na maioria dos casos, assumir a acumulação de

funções, para que não haja prejuízo no andamento das atividades a seu cargo. Na nova Lei, conforme se observa, a aprovação dos honorários dos advogados da massa foi deslocada da pessoa do juiz para o Comitê de Credores que, desta forma, assume um papel diretamente relacionado com a defesa dos seus interesses, procurando melhor qualidade a menor preço” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 175).

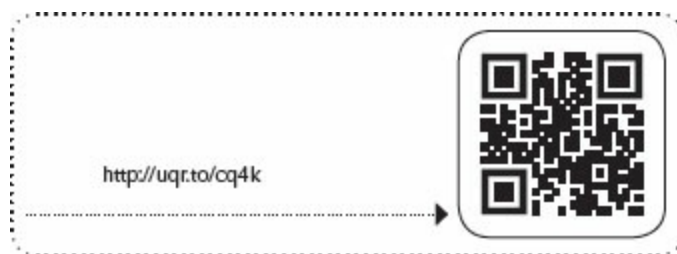
- 217 ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 4, v. 13, abr.-jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 218 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 219 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 220 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 5, v. 20, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 221 VIEIRA, Máira de Melo. A obrigatoriedade da cláusula compromissória em caso de litígios envolvendo empresas sujeitas a processos de falência ou recuperação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 7, v. 28, jan.-mar. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- 222 TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, AI n.º 9044554/23.2007.8.26.0000 (531.020.4/3-00), Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 25.06.2008.
- 223 PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 126.
- 224 PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*

e Falência. Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 129.

225 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 131. Idem: DIAS, Aline. Extensão da atividade do Ministério Público como fiscal da lei na arbitragem comercial doméstica. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 43, out.-dez. 2014. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 27 fev. 2017. A autora, em ótimo trabalho, chega às seguintes conclusões: “Nesses termos, ainda que não haja disciplina específica na lei brasileira e respeitados os entendimentos em contrário: a) O ‘interesse público’ exposto no art. 82, III, do CPC é definido pela doutrina e jurisprudência brasileiras de forma restritiva, para fazer englobar apenas e tão somente o chamado ‘interesse público indisponível’, excluindo-se os casos em que o objeto da demanda versar exclusivamente sobre discussão patrimonial; b) Ressalvados os casos de juízo negativo exarado pelo próprio órgão ministerial, cabe ao juiz (e, também, ao árbitro) avaliar a presença de interesse público eivado de indisponibilidade no processo, apto a exigir a intervenção do Ministério Público (ou, no caso do árbitro, declarar a inarbitrabilidade da matéria); c) Ainda que a avaliação sobre a existência do interesse público exigido no art. 82, III, do CPC, coubesse ao Ministério Público em todo e qualquer caso, o próprio Ministério Público, em louvável iniciativa para aprimorar e delimitar suas atividades, já se manifestou unitariamente na Carta de Ipojuca, negando necessidade de intervenção nos casos em que a discussão envolver matéria puramente patrimonial, tal como é legalmente exigido na seara arbitral; d) O Ministério Público não possui, em regra, legitimidade para ajuizar ação contra a validade de sentença arbitral, cabendo tal iniciativa apenas às próprias partes do processo. Tal conclusão, contudo, não exclui a possibilidade de o Ministério Público intervir como *custos legis* em processo judicial iniciado por uma das próprias partes do caso para invalidação da sentença arbitral; e) A situação em que o Ministério Público estaria legitimado a pleitear diretamente a invalidação da sentença arbitral seria pela aplicação analógica do art. 487, III, *b*, do CPC, considerando a inconveniência prática que impediria qualquer das partes de buscar pela anulação da sentença fruto de fraude por elas mesmas arquitetada” (DIAS, Aline. Extensão da atividade do Ministério Público como fiscal da lei na arbitragem comercial doméstica. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 43, out.-dez. 2014. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 27 fev. 2017).

Capítulo 8

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



8.1. INTRODUÇÃO

O estudo da arbitragem envolvendo entes públicos talvez tenha sido aquele que mais despertou a atenção dos especialistas na última década no Brasil, contando o cenário jurídico nacional hoje com livros, artigos, decisões judiciais e decisões administrativas sobre a questão, enfrentando os seus mais variados aspectos.

Trata-se de tema que congrega constitucionalistas, administrativistas, processualistas e arbitralistas. Cuida-se de matéria, ademais, que colocou em confronto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (mais favorável à utilização da arbitragem) e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (mais restritiva em relação a essa possibilidade).

Diga-se, ainda, que o tema passou por uma profusão de intervenções legislativas pontuais e estanques realmente dignas de nota, até culminar com a aprovação de uma cláusula legal autorizadora – específica e geral, ao mesmo tempo – na *Reforma da Lei de Arbitragem (Lei n.º 13.129/2015)*¹. A decisão de tornar clara e explícita na lei a possibilidade de submeter à arbitragem litígios envolvendo entes públicos foi uma das várias contribuições importantes trazidas no âmbito da nova estrutura da Lei de Arbitragem brasileira.

Essa efervescência jurídica não poderia mesmo ser inesperada. Afinal, a questão re-laciona-se à inserção de um instituto marcado pela autonomia privada das partes – como é a arbitragem – em um campo histórica e filosoficamente influenciado pela

incidência de princípios de Direito Público – como é a atuação da Administração Pública –, de que são os melhores exemplos o princípio da legalidade, o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio da supremacia do interesse público.

O objetivo deste capítulo é apresentar o histórico dessa evolução e tratar de especificidades ainda complexas em relação à arbitragem envolvendo entes públicos, seja na esfera doméstica, seja na esfera internacional, algumas delas ainda não objeto de profunda apreciação doutrinária ou judicial.

8.2. QUALIDADES DA ARBITRAGEM E ESCOLHA DO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de qualquer consideração de ordem estritamente técnica a respeito do tema, cumpre examinar algumas *qualidades da arbitragem* que parecem indicá-la como método adequado de solução de *algumas* espécies de conflitos – e *não certamente de todas* – envolvendo entes públicos. Esta análise é importante porque a perfeita compreensão sobre a evolução ocorrida nos últimos anos em prol da arbitragem no campo público – decorrente, por óbvio, de uma opção política efetivamente tomada – pressupõe o conhecimento de suas vantagens.

Em outras palavras, a pergunta que se faz é a seguinte: por que a decisão política de incentivar o uso da arbitragem neste campo parece ser boa? Trata-se de exame que procura não apenas desvendar as razões para tomada dessa posição no *plano abstrato* como também apresentar os fundamentos que bem poderão ser utilizados pelo administrador público no *plano concreto*, no momento em que tiver que motivar sua escolha pela arbitragem em determinada relação jurídica envolvendo entes públicos.

Adiante-se que enxergamos ao menos quatro qualidades que justificam o uso da arbitragem envolvendo entes públicos: (i) a celeridade da arbitragem; (ii) a especialidade dos árbitros; (iii) a imparcialidade dos árbitros; e (iv) a eficácia transnacional da sentença arbitral. Cada uma dessas qualidades se desdobra em outras

específicas qualidades, cujo detalhamento nos propomos a apresentar abaixo.

O primeiro motivo, sempre lembrado por quem trata do tema, é a reconhecida celeridade do processo arbitral em relação ao processo judicial. O relatório “Justiça em Números” de 2016 (ano-base 2015), elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, informa que havia em tramitação na Justiça Estadual brasileira aproximadamente 59 milhões de processos judiciais, cuja taxa de congestionamento alcançava a marca de 73,3%. Na Justiça Federal brasileira, tramitavam 9,1 milhões de processos judiciais e a taxa de congestionamento era de 59,1%. Naquele ano-base o número total de processos em curso perante o Poder Judiciário brasileiro chegava a 74 milhões².

Por sua vez, o relatório “Justiça em Números” de 2017 (ano-base 2016), novamente preparado pelo Conselho Nacional de Justiça, demonstra que tramita na Justiça Estadual brasileira algo em torno de 63 milhões de processos judiciais. A taxa de congestionamento na Justiça Estadual é de 75%. Na Justiça Federal, existem pouco mais de dez milhões de processos judiciais tramitando e a taxa de congestionamento chega a também 75%. Sabe--se hoje que o número total de processos em curso perante o Poder Judiciário brasileiro chega a quase 80 milhões³.

Como se observa pela comparação entre os anos-bases 2015 e 2016, a situação piorou, especialmente considerando que o gasto público com o Poder Judiciário aumentou em 0,4% entre esses anos (atualmente, em 1,4% do PIB). O Conselho Nacional de Justiça fez o comparativo e concluiu que “o número de processos em tramitação *não parou de crescer*, e, novamente, houve *aumento no estoque de processos* que aguardam por alguma solução definitiva”, bem como que “a taxa de congestionamento *permanece em altos patamares* e quase sem variação em relação ao ano de 2015, tendo atingido o percentual de 73,0% em 2016”⁴.

Parece evidente, assim, que o Poder Judiciário brasileiro não vem conseguindo solucionar as lides com a velocidade que as partes esperam. Apesar dos esforços legislativos em curso, notadamente com a tentativa de dar efeito coletivo a algumas espécies de decisões judiciais, não há diagnóstico que permita uma conclusão definitiva sobre uma possível melhoria significativa nos próximos anos.

Os efeitos da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil sobre este volume de demandas ainda não podem ser avaliados com precisão. O cenário, portanto, é grave e não há dados concretos que possam embasar uma previsão otimista para os próximos anos, muito ao contrário. Não nos cabe aqui investigar as razões históricas, políticas, econômicas e culturais que nos levaram a tal situação. Trata-se de um fato concreto e o tomamos como premissa para algumas conclusões inseridas neste trabalho.

Ressalte-se, porque relevante, que a lentidão dos processos judiciais não é fenômeno exclusivamente brasileiro, mas sim mundial⁵, o que, porém, em nada serve de justificativa para a manutenção ou o agravamento do problema, especialmente considerando que no Brasil a Constituição da República, no art. 5.º, LXXVII consagra como direito fundamental de todo cidadão a “razoável duração do processo”. O processo judicial no Brasil é mais lento do que deveria ser, ninguém se arriscaria a dizer o contrário.

A arbitragem, por outro lado, tem todos os atributos para se configurar, na prática, como um processo célere. Evidentemente que o processo arbitral, assim como o processo judicial, consome um certo tempo. A pressa é inimiga da perfeição, como diz a erudição popular. No entanto, o instituto da arbitragem, bem aplicado, consegue preservar a qualidade da celeridade respeitando (i) a fiel observância do devido processo legal; (ii) o detalhado exame das provas apresentadas pelas partes; e (iii) o acurado entendimento da controvérsia pelos árbitros.

Selma Ferreira Lemes, coautora do projeto original da Lei de Arbitragem, afirma que “é possível ter uma arbitragem processada de oito meses a um ano e meio”⁶. Nossa experiência mostra que, em arbitragens mais complexas, o tempo de duração pode se estender a três anos. É certo, porém, que processos judiciais com idêntica complexidade muito dificilmente chegariam à conclusão final em prazo inferior a dez anos, especialmente quando há necessidade de produção de complexa prova pericial. O tempo de duração de cada arbitragem vai depender, obviamente, da maior ou menor complexidade do caso concreto, impactando sobremaneira nesta previsão a abrangência da instrução probatória.