

S.T.  
344.445 (P1) (08.4.58)  
R&C  
a. o. d.  
a. s.  
D. C. C.

36834/03



Nº 0516



20400023055

DEDALUS - Acervo - FD

# REFORMA DA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Inovações e Questões Controvertidas  
da Lei nº 10.303, de 31.10.2001

Coordenador: Jorge Lobo

- |                                    |                                 |
|------------------------------------|---------------------------------|
| Antonio Kandir                     | Arnoldo Wald                    |
| Calixto Salomão Filho              | Carlos Augusto da Silveira Lobo |
| Carlos Henrique Abrão              | Emerson Kapaz                   |
| Yábio Ulhoa Coelho                 | Francisco da Costa e Silva      |
| Francisco Anjunes Maciel Missisich | J. A. Tavares Guerreiro         |
| J. A. Penha Santos                 | João Laudo de Camargo           |
| Jorge Lobo                         | José Gabriel Assis de Almeida   |
| Julian Fonseca Peña Chelíak        | Luiz Iaconardo Cantidiano       |
| Maria Isabel de Prado Bocattar     | Maurro Rodrigues Penteado       |
| Modesto Carvalhosa                 | Nelson Eizirik                  |
| Norma Parente                      | Paulo Cesar Arzago              |
| Paulo F. C. Salles de Toledo       |                                 |

2ª Edição



EDITORA  
FORENSE

Rio de Janeiro  
2002

UNIVERSIDADE  
ESTADUAL  
RIO DE JANEIRO

1ª edição – 2002  
2ª edição – 2002

© Copyright  
Coordenador Jorge Lobo

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

R257

Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controversas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001 / coordenador, Jorge Lobo; Antonio Kandr... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2002.

1. Sociedades por ações – Legislação. 2. Brasil. [Lei das sociedades por ações]. 3. Brasil. [Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001].

L. Lobo, Jorge. II. Kandr, Antonio, 1953 –

02-0054.

CJU 347.725

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contratador, nos termos dos artigos precedentes, reproduzido como contra-fatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, ao comprando a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem mantê-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conteúdos distribuídos, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela

COMPANHIA EDITORA FORENSE

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: [forense@forense.com.br](mailto:forense@forense.com.br)

Av. Brazão Braga, 299 – 1ª, 2ª e 3ª andares – 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 2533-5537 – Fax: (0XX21) 2533-4752

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

## SUMÁRIO

Co-Autores	VIII
Emerson Kappas: "Lei das S.A.: uma Contribuição Decisiva"	1
Antonio Kandr: "A Nova CVM e a Modernização da Lei das S.A."	3
Norma Parente: "Principais Inovações Introduzidas pela Lei nº 10.303, de 31 de Outubro de 2001, à Lei de Sociedades por Ações"	11
José Alexandre Tavares Guerreiro: "Propriedade Fiduciária de Ações"	51
Laila Leonor de Camargo: "Características das Ações, Cancelamento de Registro e 'tag Along'"	61
Carlos Augusto da Silveira Lobo: "Ações Preferenciais – Inovações da Lei nº 10.303"	107
Francisco da Costa e Silva: "As Ações Preferenciais na Lei nº 10.303, de 31.10.2001: Proporcionalidade com as Ações Ordinárias, Vantagens e Preferências"	117
Jorge Lobo: "Emissões de Ações Preferenciais sem Direito de Voto"	141
Márcio Rodrigues Penitente: "Ações Preferenciais"	183
Arnoldo Wald: "A Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: os Direitos dos Minoritários na Nova Lei das S.A."	219
Carlos Henrique Ayrão: "Direito das Minorias"	249
Françesco Antunes Maciel Mitsuishi: "Reflexões sobre o Direito de Recurso na Lei das Sociedades por Ações"	285

## NOTAS

- 1 Será adotado como texto base o que se encontra no site [www.kandir.com.br](http://www.kandir.com.br), captura-do em 22/09/01.
- 2 Será adotado como texto base o que se encontra no site [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br), capturado em 25/09/01.
- 3 Sobre a solução dos conflitos societários por arbitragem, v. abaixo nº 10.

## CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA E JUÍZO ARBITRAL (§ 3º DO ART. 109)

*Modesto Carvalhosa*

A nova lei societária traz uma inovação importante no § 3º, acrescentado ao art. 109, que passa a prever expressamente a possibilidade de incluir-se no estatuto social cláusula compromissória, em presença da qual a solução das divergências societárias poderá ser feita pela via arbitral.

A inovação vem ao encontro da necessidade, inerente à própria dinâmica das atividades econômicas, de maior eficiência na solução dos conflitos verificados entre os acionistas controladores e minoritários, e entre os acionistas e a sociedade.

Ocorre que, diante das características da sociedade anônima, que é um sujeito de direitos e obrigações formado pela vontade comum dos sócios que a constituíram mediante um contrato pluralateral, e que pela sua natureza comporta a grande movimentação no seu quadro social, apresentam-se algumas dificuldades, principalmente no que respeita à eficácia da cláusula compromissória estatutária relativamente à coletividade dos acionistas, aquilo que pode ou não ser submetido à decisão de juízo arbitral, bem como à forma de indicação dos árbitros.

### 1. Nova Redação do § 3º do Art. 109

De acordo com o § 3º acrescentado ao art. 109 pela Lei nº 10.303, de 2001, 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 solucionados, mediante arbitragem, nos termos em que especificar.

### 2. O Instituto da Arbitragem no Direito Brasileiro

O instituto da arbitragem desde a Constituição de 1824 vem sendo construído no direito brasileiro, passando pelas Constituições de 1934 e 1937, e como norma de excepcional procedimento contemplada no Código Civil e de Processo Civil. Dispunha o Código de Processo Civil (CPC), em seu art. 1.097, que o laudo arbitral deveria ser homologado pelo juízo com-

petente para produzir efeitos entre as partes e seus sucessores. Ocorrendo tal homologação a decisão arbitral tinha eficácia de título executivo no caso de conter condenação. Era a homologação judicial, portanto, requisito necessário à eficácia da sentença arbitral, conforme os arts. 1.078 a 1.097 do CPC.

O instituto da arbitragem foi finalmente contemplado por lei específica, a Lei nº 9.307, de 1996, que outorga ao juízo arbitral competência substitutiva à jurisdição estatal no que respeita aos direitos disponíveis das partes que contratualmente o instituem. Em consequência, foram revogados os arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil e os arts. 101 e 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil.

Essa substituição de competências do poder judiciário pelo juízo arbitral vem sendo objeto de lenta sedimentação no Supremo Tribunal Federal, mercê de votos majoritários que tendem a consagrar o instituto, não vendo nele inconstitucionalidade frente ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal que estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.<sup>1</sup>

### 3. Fundamentos do Juízo Arbitral

Funda-se o instituto da arbitragem na autonomia da vontade ou autonomia privada, que constitui, no plano dos direitos subjetivos, o poder de auto-regulamentação ou autodisciplina dos interesses patrimoniais. E no plano sociológico a razão do instituto é a de promover melhor distribuição da justiça em decorrência da presteza e aprofundamento técnico que a sentença arbitral pode trazer às partes que a convencionaram.

Assim, por força da Lei nº 9.307, de 1996, a sentença arbitral é irrevogável pela vontade das partes e autónoma no sentido de que não mais depende de homologação judicial para a sua eficácia entre as partes, não obstante possa conhecer o judiciário sobre as nulidades do processo arbitral ou sua ineficácia com respeito aos procedimentos adotados e às partes envolvidas.

Cabe ressaltar que fundamentalmente o juízo arbitral advém de renúncia a direito essencial do pactante, pelo que se trata de pacto personállimo inquestionavelmente declarado em seu aspecto formal, e que não se transmite por sucessão ou cessão à pessoa do sucessor ou cessionário.

Constitui, assim, a arbitragem sob a égide da Lei nº 9.307, de 1996, meio eficaz e irrevogável de composição de litígios, independentemente da jurisdição estatal. Assim o árbitro ou o colégio arbitral, embora não investi-

dos em nenhum momento de funções próprias do Poder Judiciário, têm suas decisões reconhecidas como impositivas para as partes, valendo como título judicial para execução,<sup>2</sup> no caso de condenação e demais efeitos próprios das decisões condenatórias envolvendo os direitos patrimoniais dos privados. Trata-se de jurisdição privada com força obrigatória para as partes que a convencionaram, devendo ser cumprida direta e suficientemente, sem qualquer interferência da jurisdição estatal, como referido.

Em nosso ordenamento o poder privado de decidir atribuído aos árbitros deriva da referida Lei nº 9.307 de 1996, que trata de matéria processual aplicável a este instituto e dos seus pressupostos de autonomia de vontade, de sua expressa manifestação, tendo por objeto litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Essa característica de obrigatoriedade da sentença arbitral, de natureza eminentemente privada, lhe confere função jurisdicional e não contratual, no sentido de que, embora fundada na obrigatoriedade da cláusula compromissória e do compromisso que definitivamente o instituem, transcende em seus efeitos à mera noção da obrigatoriedade dos contratos para institucionalizar-se como elemento social capaz de diminuir conflitos entre as partes de acordo com as normas processuais previstas na Lei nº 9.307, de 1996.

Não se trata, portanto, de um juízo de exceção, pois fundado rigorosamente nos procedimentos legais que o contemplam e disciplinam. Como substituto da jurisdição estatal, o processo arbitral constitui uma jurisdição também contenciosa cujos efeitos transcendem à vontade das partes que a instituíam, sobrepondo-se portanto à mera vontade contratual destas.

Trata-se, portanto, o juízo arbitral de um serviço público e como tal institucional, embora não possam os árbitros ser equiparados aos agentes públicos no exercício de seu mister de julgar.<sup>3</sup>

### 4. Pressupostos da Formação do Juízo Arbitral

Diversos são os pressupostos para a validade e eficácia da constituição do juízo arbitral. O primeiro deles é a capacidade de contratar das partes que, por meio da cláusula ou compromisso arbitral, comprometem-se a submeter-se ao juízo arbitral. O segundo deles é a referida autonomia da vontade no plano do direito privado, que reveste as partes contratantes do poder de prevenir futuros litígios decorrentes do contrato, mediante a adoção do juízo arbitral estabelecido na Lei nº 9.307, de 1996. O terceiro pressuposto é o da absoluta imparcialidade dos árbitros, já

que, como visto, revestem-se estes de funções jurisdicionais. O quarto pressuposto é o da existência de **interesses de natureza patrimonial que sejam dispensáveis**, em contraste com os indisponíveis que são de ordem pública.

Caracteriza-se essa **disponibilidade** pela suficiência da vontade do titular do seu patrimônio para dele dispor com exclusividade, na medida em que nele não se mesclam outros interesses que não os dele próprio. Trata-se, portanto, de direitos subjetivos em cuja esfera operam livremente os interesses daquele que renuncia à jurisdição do Estado. Um verdadeiro núcleo de interesses de natureza patrimonial a que não se opõem outros interesses de ordem pública capazes de intervir na sua livre aquisição e disposição, dentro das regras do ordenamento jurídico.

Desse quadro surge a capacidade plena, dentro do direito privado, da pessoa física ou jurídica auto-regular os seus próprios interesses e as relações que daí decorrem com os titulares de outros interesses privados disponíveis ou que se contrastam ou que confluem, como no caso presente, dos contratos associativos. Essa autonomia de vontade individual é recebida pelo ordenamento que cria institutos que legitimam o seu exercício por parte dos titulares desses direitos patrimoniais disponíveis. É o caso do instituto da **arbitragem em nosso ordenamento jurídico**.

Originalmente concebido em nosso direito como verdadeiro laudo sujeito a homologação judicial, acabou por ser consagrado o juízo arbitral como entidade julgante cujas decisões são impositivas e obrigatórias para as partes que o instituíram.

Temos assim a liberdade de contratar a arbitragem pelas partes que celebram um contrato de natureza patrimonial. Evoluindo das práticas de informalidade para a disciplina normativa, o instituto da arbitragem traz na lei que o regula resquícios de sua origem, de permitir que ao invés de julgamento arbitral baseado na lei possa a sentença arbitral fazê-lo com base na **liberdade** das partes compromissadas com o juízo arbitral escolhido livremente as regras de direito nacional ou estrangeiro, ou de tratados internacionais, que serão aplicadas na arbitragem, ou, ainda, fundar o juízo decisório nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.<sup>4</sup>

Acentua-se assim o poder da vontade individual e da autodeterminação na esfera dos contratos de natureza patrimonial, cujos conflitos podem ser dirimidos conforme as regras formais ou informais mais próprias ao objeto da lide trazida ao juízo arbitral, o qual visa a composição amigável (*arreglo et bono*) das partes, valendo-se de regras que transcendam às vezes aquelas do próprio ordenamento.

## 5. Pressupostos para a Eficácia da Cláusula Compromissória Estatutária

O pressuposto de validade e eficácia da decisão arbitral depende de expressa declaração de vontade das partes envolvidas, seja na cláusula compromissória, seja no compromisso propriamente dito.

Há, com efeito, um requisito necessariamente de forma para a validade e eficácia da cláusula compromissória estatutária, que depende de sua específica e formal adoção por parte de todos os compromissados. Sem essa expressa aprovação a cláusula compromissória é nula, por ferir o direito essencial do acionista de socorrer-se do Poder Judiciário.<sup>5</sup>

Essa aprovação vincula os fundadores na constituição<sup>6</sup> e os acionistas que nas alterações estatutárias posteriores tiveram expressamente renunciado ao direito essencial prescrito no § 2º do art. 109 da Lei 6.404, de 1976, para a inclusão desse pacto parasocial no estatuto.

A aplicação da cláusula compromissória apenas aos que a tenham subscrito atende ao princípio fundamental de que na sociedades não pode ocorrer qualquer restrição ao direito de disponibilidade dos direitos essenciais dos sócios, no caso, o de socorrer-se do poder judiciário para a declaração ou a imposição dos seus interesses.<sup>7</sup>

Assim, a cláusula compromissória não vincula nem os acionistas atuais que não subcreveram o pacto e nem os acionistas que posteriormente aderiram a sociedade sem expressamente aderir-lo.<sup>8</sup>

Não há presunção de renúncia de direito essencial de qualquer acionista, tanto mais em se tratando de pacto parasocial, cuja natureza é a da cláusula compromissória estatutária. Não se pode presumir que alguém faça de estar ele previsto no estatuto. Não há implicita renúncia a direito essencial do acionista. Não pode, assim, a sociedade ou a maioria dos acionistas impor a cláusula compromissória estatutária a quem não a tenha constituído ou aderido expressamente, por documento formal.<sup>9</sup>

Não pode, por outro lado, a sociedade, com base nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 4º da Lei nº 9.307, de 1996, impedir ou condicionar a livre transferência de ações em seus livros à adesão do novo acionista ao pacto compromissório. Tal exigência constitui grave abuso de poder contra direito essencial do novo acionista, cuja nulidade é manifesta, sem embargo das perdas e danos que cabem no caso.

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, na conformidade com o § 2º, do art. 4º da Lei nº 9.307, de 1996.<sup>10</sup>

Como ensina Nigro A.: "*a exigência de prévio conhecimento e a consentente aceitação do aderente a respeito da pactação que a lei presume merecedora de especial atenção, garante e cria a relação entre a vontade do sujeito que adere e o conteúdo da cláusula para cuja formação ele não concorrer. Portanto, a cláusula compromissória inserida no ato constitutivo ou no estatuto da sociedade deve ser especificamente aprovada por escrito pelos sócios que nela posteriormente ingressam e, assim, juntam-se ou substituem os acionistas anteriores, sob pena de sua invalidade*".<sup>11</sup>

Esse requisito legal de adesão expressa e formal do novo acionista faz lembrar outro elemento fundamental, qual seja, o de que o contrato de compra e venda de ações dá-se entre acionistas, sem nenhuma interferência da sociedade, que não é parte nessa transação. E, com efeito, o negócio entre os acionistas tendo por objeto as ações de uma sociedade é intrinsecamente estranho à companhia enteante, como também é estranha aos demais acionistas.

Dai essa exigência legal de adesão expressa dos novos acionistas que atende ao princípio segundo o qual deve haver absoluta identidade entre os que estipulam a cláusula compromissória e aqueles frente aos quais surgem as controvérsias cuja solução é atribuída aos árbitros.<sup>12</sup>

## 6. Elementos de Composição do Juízo Arbitral

Duas são as etapas que levam à instalação do juízo arbitral: a cláusula compromissória estabelecida no estatuto e o compromisso arbitral que é firmado visando a composição da lide ou controvérsia já instaurada.

Nessa primeira etapa, cláusula compromissória, deve expressamente constar do estatuto.

Cabe ao estatuto, antecipadamente a qualquer litígio, instituir a cláusula compromissória, que é o compromisso assumido pelas partes contratantes com adotar o procedimento de arbitragem, para dirimir futuros litígios ou divergências que se originem das relações entre os acionistas e a companhia ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários. Na cláusula compromissória estatutária não haverá menção ao objeto do litígio mas apenas à adoção do juízo arbitral em eventuais litígios que decorram estritamente das relações entre acionistas e destes com a sociedade.

A solução alternativa das divergências de que trata o § 3º do art. 109 decorre da liberdade das partes que lhes permite vincularem-se a um foro

de eleição de natureza privada, ou seja, ao juízo arbitral, substitutivamente ao juízo estatal.

Deve, assim, constar da cláusula compromissória a configuração dessas divergências, que não poderão ser universais, restritas que estão à esfera dos direitos patrimoniais disponíveis, decorrentes dessas relações de natureza exclusivamente societária.

A essa cláusula compromissória instituída no estatuto da sociedade, derogatória da jurisdição estatal na solução de divergências, sucederá o compromisso propriamente dito, que institui o juízo arbitral tendo em conta um litígio já instalado. No compromisso estará anteriormente identificada o objeto dessa lide, e, portanto, a causa de pedir, o pedido e os valores que estejam nele envolvidos quando condenatório, ou a declaração dos direitos requeridos pela parte.

Portanto, só existe compromisso quando a divergência ou o litígio já estão instaurados. E esse compromisso deve ater-se à Lei nº 9.307, de 1996, e especificamente aos termos da cláusula compromissória de que se origina, estabelecida no estatuto social.

## 7. Características da Cláusula Compromissória Estatutária

A cláusula compromissória constante do estatuto social deve ser explicita quanto às partes e às relações societárias entre elas e sobre os limites da competência arbitral.

Mais do que isso, visando dar concreção e viabilidade à etapa seguinte, a do compromisso que instituirá o juízo arbitral *in concreto*, é prudente que a entidade arbitral seja desde logo indicada na cláusula arbitral estatutária para o efeito de tornar indiscutível a competência da mesma, na conformidade preestabelecida das suas regras e regulamentos, que regerão, portanto, o processamento da arbitragem.<sup>13</sup>

Desse modo, exemplificativamente, a cláusula compromissória estatutária poderia ter, em linhas gerais, a seguinte redação: "*As divergências que poderão surgir entre as partes, assim entendidas a sociedade e seus acionistas e ou entre acionistas controladores e minoritários em relação a interesses legais e estatutariamente reconhecidos, e as divergências decorrentes de interpretação, aplicação e exercício dos direitos e obrigações decorrentes da atividade social ou da situação de acionistas, serão dirimidos pela Câmara de Arbitragem X, segundo as regras e os regulamentos arbitrais dessa mesma entidade, e nos estritos termos da Lei nº 9.307, de 1996.*"

Essa cláusula compromissória cheia facilita imensamente a posterior instigação do compromisso, na medida em que não será necessário apontar árbitros no momento da controvérsia ou da lide. Do contrário, a discussão sobre os nomes e o número de árbitros no caso tornará difícil a celebração do sucessivo compromisso, frustrando, por conseguinte, os objetivos da adoção do juízo arbitral prevista no estatuto.

#### 8. O Estatuto como Instrumento da Cláusula Compromissória

O estatuto social é formado de um conjunto de cláusulas que integram o contrato plurilateral da sociedade, vindo a constituir o ordenamento orgânico do contrato associativo para as relações entre a sociedade, seus sócios e terceiros.<sup>14</sup>

Embora o ato constitutivo seja o germen da sociedade, e o estatuto a norma da vida de sociedade em funcionamento,<sup>15</sup> esses dois atos integram-se reciprocamente, na medida em que um não pode existir sem o outro.<sup>16</sup> E o melhor conceito está em Vivante,<sup>17</sup> ao lecionar que o ato constitutivo e o estatuto "são partes integrantes do mesmo ato, pois, sendo o ato constitutivo um contrato, o estatuto constitui o seu objeto. O estatuto há de estar necessariamente redigido e votado antes do ato constitutivo, porque não se pode concluir um contrato, se não se estabelecer, anteriormente, o objeto sobre o qual deve convergir o consentimento dos contratantes".

No mesmo sentido leciona Brunetti,<sup>18</sup> para quem "do ponto de vista jurídico, o estatuto consta de um conjunto de cláusulas que integram o contrato plurilateral da sociedade".

Verifica-se, desse modo, que segundo a melhor doutrina, o estatuto social, como parte integrante do contrato constitutivo, é instrumento apto para a instituição da arbitragem como modalidade de solução de divergências e litígios de natureza societária, entre a sociedade e os acionistas que expressamente a instituíram ou a ela aderiram.

#### 9. A Cláusula Compromissória é Cláusula Estatutária Facultativa que não Vincula Todos os Acionistas

A cláusula compromissória constitui matéria facultativa, e, portanto, potestativa do estatuto social. Não se confunde com as matérias que obrigatoriamente deverão constar do estatuto, que são específicas da sociedade anônima, dadas pela lei. Distingue-se dessa forma a cláusula estatutária

potestativa, que consubstancia o pacto compromissório, daquelas mandatórias. Naquelas o conteúdo é livre desde que não seja vedado por lei, ou que não altere os dispositivos obrigatórios da lei e do próprio estatuto.

De qualquer forma, o estatuto não pode privar os acionistas do direito que lhes é constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV da Constituição Federal) e reafirmado como direito essencial no próprio art. 109, cujo § 2º 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.

Trata-se de preceito cogente. Em consequência, a supressão da instância judicial e sua substituição pelo juízo arbitral estatutário deve ser considerada como uma faculdade para os acionistas e uma obrigação contratual para a sociedade. Somente para aqueles acionistas que se vincularam expressamente a tal supressão, nos diversos momentos da existência da sociedade, é o juízo arbitral oporável.

Não se impõe, portanto, *erga omnes*, a cláusula estatutária instituidora da arbitragem. Ela não vincula os acionistas que não tenham inequivocamente, livre e expressamente contratado a referida cláusula ou a ela expressamente aderido, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307, de 1996, que reza: "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 negro, com a assinatura ou visto especificamente para essa cláusula".

#### 10. A Regra de Não-Privação de Direitos Essenciais dos Acionistas

Como referido, sendo complemento ou transposição das regras contidas na lei societária, o estatuto social não poderá contrariar, de forma alguma, dispositivos contidos na Constituição, nas leis ordinárias na lei societária. Não poderá o estatuto privar os acionistas dos direitos essenciais previstos no próprio artigo 109 da lei societária, em seu § 2º, que reza: "Os meios, processos ou ações que a lei confere aos acionistas para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia geral".

Isto posto, não pode a cláusula compromissória estatutária negar o direito de ingresso em juízo de qualquer acionista que não tenha expressamente aderido a essa mesma cláusula, na forma prescrita no § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307, de 1996.

## 11. Conceito de Partes para o Efeito da Cláusula Compromissória Estatutária

São partes para os efeitos de celebração da cláusula compromissória estatutária, a própria sociedade, e os acionistas que expressamente concordaram com essa substituição do foro judicial pelo arbitral.

Assim, no momento da constituição da sociedade (arts. 80 e segs. da Lei 6.404, de 1976) estarão vinculados à cláusula compromissória todos os fundadores que subscreveram o capital social.

São eles que fundam a sociedade e aprovam o seu estatuto. Pode-se dizer, portanto, que os fundadores-subscritores da sociedade não aderem ao estatuto, mas efetivamente o aprovam. Fique bem clara aqui a distinção. No caso, os atos constitutivos e, dentre eles, a aprovação do estatuto são *tratus* entre os fundadores e não *dictatus*.

O caráter de *dictatus* do estatuto social somente dá-se no caso de aquisição de ações posteriormente aos atos constitutivos. Ressalte-se este ponto. No momento da constituição da sociedade a relação contratual é direta entre a sociedade constituída e seus fundadores-subscritores de capital.

Por outro lado, nas aquisições sucessivas de ações, a cláusula compromissória estatutária é *dictatus* e não *tratus*. Em consequência, impõe-se a adesão expressa dosacionistas derivados à cláusula compromissória estatutária, por força do que dispõe o § 2º do art. 4º da Lei 9.307, de 1996.

## 12. A Cláusula Compromissória no Contrato Plurilateral de Sociedade

Questiona-se sobre a validade e eficácia da cláusula compromissória nos contratos plurilaterais, já que o juízo arbitral tem sua manifestação nos contratos de justaposição, em que a bilateralidade vai acompanhada de reciprocidade de prestações.

Verifica-se, com efeito, que a Lei n.º 9.307, de 1996, destina-se claramente a esse tipo contratual, como se pode ver dos arts. 1º, 3º e 4º, inclusive no § 1º deste último, ao determinar que "a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo ser inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira".

E, de fato, o juízo arbitral em sua longa formação no campo dos usos e costumes e na legislação aplicável, atém-se à teoria contratual clássica, em que não se prescinde do *stipulatum*, ou seja, o contrato entre duas únicas partes de que emana uma relação recíproca de dependência entre as presta-

ções, tendo como fundamento interesses contrastantes e que na avença entram sua composição.

Transpor o instituto do juízo arbitral para os contratos plurilaterais demanda a construção de conceitos diferenciais encontrados no seio desta espécie convencional. A propósito, falta aos contratos plurilaterais associados a execução de não cumprimento e, via de consequência, a resolução da avença. O contrato plurilateral associativo não se resolve pelo descumprimento daqueles que o convenionaram, na medida em que dele resulta uma pessoa jurídica que se destaca de seus fundadores, para se tornar autônoma com respeito à convenção que a instituiu.

Tem assim o contrato plurilateral associativo natureza especial, na medida em que há entre os contratantes um *fiat synderique*, ou seja, um interesse comum e não um interesse contrastante.<sup>19</sup>

E, com efeito, nos contratos associativos e dentre eles o da sociedade anônima, todos os fundadores constituem uma pluralidade de partes que se congregam em torno de interesses idênticos, voltados para um mesmo fim. Nele as prestações dessa pluralidade de partes são qualitativamente idênticas. Falta, portanto, o requisito da reciprocidade e da contraposição de interesses, típicos dos contratos de troca celebrados entre duas partes com interesses opostos (um quer vender e receber o preço, outro quer comprar e receber a coisa).

Ocorre que, não obstante o diverso direcionamento obrigacional dos contratos associativos, os vários contratantes têm muitas vezes interesses contrastantes.<sup>20</sup> A propósito, a lição de Nigro a respeito da cláusula compromissória estatutária e sua eficácia:<sup>21</sup> "Não parece exata a tese segundo a qual o contrato de sociedade (contrato com continuação de escopo) pressupõe sempre a inexistência de um conflito de interesses entre os contratantes (os sócios). Tal afirmação, de fato, funda-se em uma grande confusão conceitual entre continuação de escopo e identidade de interesses: o fato que os interesses de cada um dos sócios sejam destinados a convergir para a persecução de um objetivo comum não pode obviamente significar que os interesses devam ser idênticos, ou mesmo, não contrastantes. Na realidade, conflito e contraposição de interesses entre sócios pode ocorrer em qualquer momento, seja no ato constitutivo, seja durante a vida da sociedade."

Há, sem dúvida, entre os acionistas um sinalagma funcional, na célebre lição de Ascarelli.<sup>22</sup>

Nessa diferenciação entre objetivo comum da pluralidade das partes e interesse individual de cada uma delas na realização desse mesmo objetivo



é que reside a inclusão válida e eficaz no contrato plurilateral constitutivo da sociedade anônima da cláusula compromissória.

É esse conflito tanto mais existe que a própria lei societária pressupõe a sua existência ao disciplinar, em diversas normas, os diferentes interesses dos acionistas entre si (controladores e minoritários, ordinaristas e preferencialistas) e da própria sociedade em confronto com a multiplicidade de interesses do seu colégio acionário.<sup>23</sup>

### 13. As Partes da Cláusula Compromissória Societária

Questão fundamental gira em torno da identificação das pessoas que se vinculam à cláusula compromissória estatutária, ou seja, quais são as partes que a instituem e se submetem aos seus efeitos.

Em primeiro lugar a sociedade é parte vinculada à cláusula compromissória, ao declarar o seu estatuto que as controvérsias surgidas entre a sociedade e seus acionistas serão deferidas à decisão do juízo arbitral. Dessa forma, a norma estatutária constitui em si mesma a cláusula compromissória que vincula, de um lado, a sociedade e, de outro, aqueles acionistas que manifestaram duplamente essa vontade, pela sociedade e por si mesmos.

Assim os acionistas ao mesmo tempo exprimem coletivamente a vontade compromissória da sociedade e individualmente a sua própria vontade compromissória.

Surge, então, uma absoluta identidade entre aqueles acionistas que estipulam a cláusula compromissória (*tracatus*) e aqueles acionistas que individualmente venham a aderir (*dictatus*) no futuro expressamente à cláusula compromissória estatutária para dirimir as suas controvérsias no âmbito da sociedade e com ela própria.<sup>24</sup>

Essa cláusula compromissória estatutária vincula, portanto, a sociedade e individualmente os acionistas que a instituíram nos atos de constituição da sociedade ou em alteração estatutária, seja para dirimir divergências e litígios entre eles acionistas compromissados e a sociedade, como também nas pendências que entre eles acionistas compromissados surgirem no futuro.

Aqui cabe ressaltar que a cláusula compromissória não é norma organizativa da sociedade, não vinculando, portanto, a todos os seus acionistas. A sociedade aí não aparece como centro de imputação de interesses, mas como parte num pacto arbitral.

A sociedade despe-se, portanto, do seu poder de impor a todos os acionistas a cláusula compromissória, na medida em que coloca-se como parte no compromisso frente a outras partes, ou seja, os acionistas que individualmente aceitaram essa convenção arbitral para dirimir seus conflitos.

A cláusula compromissória não adquire caráter associativo, não sendo, por isso, oponível aos acionistas que não votaram favoravelmente à sua adoção no estatuto e que, posteriormente, não aderiram expressamente aos seus termos, na estrita conformidade com o disposto no § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307, de 1996.

### 14. A Cláusula Compromissória Estatutária é Pacto Parassocial

A cláusula compromissória estatutária constitui, portanto, um pacto parassocial entre a sociedade e os seus fundadores e acionistas que a inscreveram ou que expressamente aderiram aos seus termos.

A cláusula compromissória estatutária é uma convenção entre a sociedade e determinados acionistas que manifestaram expressamente sua vontade individualmente e a da própria sociedade. Trata-se de um pacto parassocial entre a sociedade e estes acionistas individuais.

Não se confunde a cláusula compromissória estatutária com as normas estatutárias impostas a todos os acionistas coletiva e individualmente. Há, como lembra Oppo,<sup>25</sup> com apoio em Vivanle, uma clara distinção entre a livre declaração de vontade dos acionistas e a obrigação dos acionistas como membros da sociedade.

Ao renunciar a jurisdição estatal para adotar o juízo arbitral, o acionista e a sociedade estão renunciando a um direito essencial, que, portanto, tem caráter personalíssimo, não se transmitindo aos acionistas que não renunciaram expressamente a esse direito constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV da Constituição Federal).

Em consequência, o pacto parassocial que institui a cláusula compromissória estatutária restringe seus efeitos e sua exigibilidade à sociedade e individualmente aos acionistas estipulantes.

Trata-se de convenção que não se impõe às relações sociais, que se mantém fundadas no juízo estatal.<sup>26</sup> Não logra, com efeito, a cláusula compromissória estatutária estabelecer uma relação de subordinação aos seus termos com respeito aos acionistas que individualmente não a subscreveram.

Trata-se, portanto, a cláusula compromissória estatutária de convenção entre partes, oponível à sociedade e aos acionistas individualmente compromissados.<sup>27</sup>

Assim, a cláusula compromissória prevista no § 3º do art. 109 da nova lei tem a mesma natureza institucional dos acordos de acionistas, previstos no art. 118 da lei societária. Tanto aquela como esta não constituem normas

estatutárias organizacionais da sociedade, mas pactos parassociais que a lei prevê como válidos e eficazes.<sup>28</sup>

No acordo de acionistas a sociedade está vinculada à sua observância formal — desde que o mesmo seja arquivado na sede da companhia — e os acionistas pactuantes nos seus aspectos propriamente contratuais e obrigacionais. Já na cláusula compromissória estatutária a sociedade é parte na avença, tanto quanto os acionistas que individualmente a subserveram.

A cláusula compromissória estatutária, como pacto parassocial que é, visa alcançar vantagens individuais de eficiência para a sociedade e acionistas convenientes, nas divergências que, no futuro, possam ocorrer entre eles.

A cláusula compromissória, com efeito, visa dar maior eficiência na proteção dos interesses dos pactuantes, que encontram no juízo arbitral uma via judicante alternativa para dirimir seus litígios.

Trata-se, portanto, de cláusula que atende ao critério de conveniência dos convenientes e resulta da livre manifestação de vontade das partes de renunciar ao juízo estatal, que é garantia constitucional.

Temos assim que a função do pacto parassocial consubstanciado na cláusula compromissória estatutária é a de implementar, no âmbito da companhia, interesses individuais da própria sociedade e daqueles sócios pactuantes.

Nessa implementação não podem os interesses dos pactuantes sobrepor-se aos direitos essenciais dos demais acionistas não pactuantes, previstos no próprio art. 109, § 2º da lei societária, como referido.

A cláusula compromissória estatutária é um negócio jurídico autônomo (art. 8º da Lei nº 9.307, de 1996) que não se confunde com as cláusulas organizativas constantes do mesmo estatuto social. Não tem essa cláusula compromissória estatutária o conteúdo de cassar o acesso dos acionistas não pactuantes ao Poder Judiciário.

Não há uma unidade jurídica entre a cláusula compromissória e as normas organizativas constantes do estatuto social. A cláusula compromissória estatutária não afeta o direito dos acionistas não pactuantes. Não há oponibilidade dessa cláusula aos direitos essenciais dos acionistas que não estão vinculados aos seus termos por expressa manifestação individual de vontade.

A cláusula compromissória não é oponível fora das relações estabelecidas nesse sentido entre as partes, que são a sociedade e aqueles acionistas convenientes, ou seja, não é oponível aos demais acionistas e nem a terceiros. Não é, outrossim, oponível aos administradores e fiscais da sociedade

o pacto compromissório estatutário, nos eventuais conflitos e litígios destes com a sociedade e com seus acionistas.

### 15. Modalidades de Vinculação ao Pacto Compromissório Estatutário

As partes do pacto compromissório estatutário vinculam-se de diversas maneiras. Assim a sociedade vincula-se pela manifestação de vontade que em seu nome fazem os fundadores-subscritores e os acionistas majoritários em alteração do estatuto social. Essa inserção da cláusula compromissória, na constituição da sociedade ou posteriormente, inclui-se na categoria dos contratos *trattati*, ou seja, a manifestação de vontade dos convenientes é instituída pelo juízo arbitral, vinculando-se desde logo a sociedade e todos os fundadores ou, então, todos os acionistas que individualmente votaram favoravelmente à criação dessa cláusula em assembleia geral instalada para a respectiva alteração estatutária.

Para os demais acionistas aderentes, a cláusula compromissória estatutária constitui pacto *decreti*, formulado com conteúdo já predisposto, em que falta, portanto, a liberdade de fixação do seu conteúdo, como ocorre na sua aprovação pelos fundadores ou, posteriormente, pelos acionistas majoritários. Neste caso os acionistas aderentes passam a integrar o pacto compromissório.

A forma de expressar essa adesão é determinada pelo § 2º do art. 4º da Lei 9.307, de 1996, assim redigido: "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 vista especialmente para essa cláusula."

A propósito, a lição de Nigro,<sup>29</sup> "O novo acionista tem diante de si um contrato de conteúdo já determinado por outros, ao qual deve ele limitar-se a aderir, sem possibilidade de promover alteração alguma. Daí a necessidade que sua atenção seja redobrada sobre os termos da cláusula compromissória, a qual, em consequência, deve ser expressamente aprovada por escrito". A forma escrita é exigência da lei para que a adesão seja eficaz perante a sociedade e demais acionistas.

Trata-se de um requisito *ad solentatem*, em que a validade da adesão à convenção compromissória depende não apenas de sua forma escrita como também da formalidade registral, ou seja, do seu arquivamento na sede social da sociedade. Esse arquivamento tem efeito de publicidade, de forma a permitir a oponibilidade do pacto.

Cabem, assim, cumprir esse procedimento de manifestação individual expressa do acionista aderente à respectiva cláusula estatutária, cujo documento declaratório deverá ficar arquivado na sede social. O cumprimento dessas formalidades vinculará os acionistas aderentes, a partir do referido arquivamento. Insista-se que sem esse procedimento não terá eficaz a cláusula compromissória estatutária, ainda que tenha o acionista, sob outra forma, manifestado a intenção de aceitar o pacto compromissório. O documento determinado pelo § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307, de 1996, arquivado na sede social, é requisito necessário e suficiente para a eficácia dessa adesão.

Essa declaração documentada e arquivada de adesão ao pacto compromissório estatutário não pode conter qualquer ressalva ou alteração, o que o tornaria ineficaz e não oponível à sociedade e aos demais acionistas converentes.

#### 16. Pacto Compromissório em Aberto e Sucessão

Convém notar que a razão de estar inscrito no estatuto social o pacto parassocial compromissório é a sua natureza plurilateral, o que permite a adesão permanente de acionistas a essa cláusula. Trata-se, com efeito, de uma convergência em aberto, a que por adesão pública e simples podem integrar-se a todo o tempo os outros acionistas interessados. Trata-se de um único e mesmo pacto, aberto à adesão individual.

Por outro lado, a inscrição ou adesão do acionista à cláusula compromissória estatutária não se transmite aos seus sucessores *causa mortis* ou aos adquirentes de suas ações a qualquer título, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Ainda, não estarão vinculados os novos acionistas subscritores de aumentos de capital ou originados de conversão de debêntures, ou de opções.

Refere-se que a renúncia ao direito essencial de valer-se do Poder Judiciário para dirimir divergências e litígios de natureza societária é pereníssima, não se podendo, sob nenhum pretexto, ainda que contratual, converenciar essa sucessão. Em hipótese alguma a cláusula compromissória pode impor-se aos novos sócios, ainda que herdeiros ou sucessores ou por aquisição a qualquer título. O juízo arbitral constitui uma exceção com respeito ao Poder Judiciário, a quem o ordenamento jurídico atribui a competência para dirimir as controvérsias *inter vivos*.

Por se tratar de típico pacto parassocial, não se confundindo com as normas organizativas da sociedade, é absolutamente inelcvante que tenha a cláusula compromissória sido inscrita no momento da constituição da

sociedade, por seus fundadores, por unanimidade, portanto. Essa unanimidade necessária não transforma esse pacto parassocial em regra organizativa da sociedade. Esta, por sua natureza, sujeita-se à mobilidade constante de seu colégio acionário. E, ainda que seja aprovada a cláusula compromissória estatutária por unanimidade em alteração estatutária, o pacto compromissório não vinculará os futuros acionistas.

A propósito, o novo acionista não sucede o antigo em um contrato, mas sim na propriedade de uma ação, que é um título circunável.

Sucedo ou herdado assim o novo titular desse título uma coisa, e não uma obrigação contratual. Não se transmite o pacto com a venda do título, já que não é o pacto compromissório estatutário uma cláusula organizativa da sociedade, mas convergência parassocial, ao qual deve o adquirente das ações, *mortis causa* ou *inter vivos* expressamente aderir na forma supra-referida. Se não o fizer a cláusula compromissória não lhe será oponível.

A propósito, cabe ressaltar que as cláusulas organizativas do estatuto social são aplicáveis indistintamente a todos os acionistas. A cláusula compromissória, no entanto, constitui-se verdadeiro pacto parassocial inscrito no estatuto, e não como cláusula organizativa, não sendo oponível aos que não a pactuaram. O princípio de igualdade de tratamento para todos os acionistas aplica-se no que tange às cláusulas organizativas do estatuto. O pacto compromissório não rege a organização da sociedade, da mesma forma como o acordo de acionistas (art. 118) também não o faz, pois constituem ambos pactos parassociais.

Por sua vez, estará sempre vinculada a sociedade à cláusula compromissória estatutária, já que originada da vontade por ela livremente manifestada pela maioria dos acionistas votantes, *in soci*.

Em consequência da natureza parassocial da cláusula compromissória, estão estabelecidos os pressupostos da plena aplicação do § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307, de 1996.

E, conforme já aventado, os administradores da sociedade não são partes na cláusula compromissória estatutária, adstrita que está à sociedade e àqueles acionistas que a instituíram ou aderiram. Em consequência, 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.

E, finalmente, ainda quanto às partes vinculadas pela cláusula compromissória estatutária será a sociedade necessariamente parte em todas as lides submetidas ao juízo arbitral, na medida em que as controvérsias entre os acionistas controladores e minoritários envolvem sempre a sociedade.

Esta se não for citada no juízo arbitral tornará ineficaz a respectiva decisão, na medida em que tem ela interesse nato na contenda arbitral envolvendo as posições societárias dos minoritários frente aos controladores e vice-versa.

### 17. Questões Objeto da Cláusula Compromissória Estatutária

Os litígios arbitráveis devem ter por objeto direitos de que as partes possam dispor e, conseqüentemente, podem ser objeto de transação. E, com efeito, constitucionalmente é reservado ao Estado o poder exclusivo de assegurar coativamente o exercício de direitos e sua reparação. A propósito, vale ressaltar que o juízo arbitral é uma exceção com respeito à prerrogativa absoluta das partes de recorrer ao Poder Judiciário, ao qual o ordenamento jurídico atribui as decisões das controvérsias entre as partes.<sup>30</sup>

Em conseqüência, há um limite para a adoção do juízo arbitral no que respeita à *causa petendi*.

E, ainda, no que respeita à cláusula compromissória estatutária, esta se aplica unicamente a controvérsias originadas da aplicação da lei societária e do estatuto social. Não pode haver extensão do objeto e das partes nas lides submetidas ao juízo arbitral.

Assim, as controvérsias e lides em que, além dos acionistas e da sociedade, haja o envolvimento de administradores, fiscais ou terceiros estão excluídas do juízo arbitral instituído pela cláusula compromissória estatutária.

Ademais não podem ser objeto do compromisso arbitral a discussão sobre as cláusulas organizativas da sociedade, pois estas interessam à coletividade dos acionistas como um todo e não podem, assim, ser objeto de decisão arbitral.<sup>31</sup>

As cláusulas organizativas da sociedade originam-se de normas imperativas do ordenamento e, por isso, são indisponíveis por parte de alguns acionistas compromissados ou mesmo pela totalidade deles, por se tratar de matéria de ordem pública.

E, com efeito, as cláusulas estatutárias organizativas não têm natureza puramente contratual, mas, sobretudo, institucional. Cabe, portanto, ao Poder Judiciário decidir sobre a adequação dessas normas organizativas estatutárias à lei de regência ou ao próprio ordenamento jurídico.<sup>32</sup>

Para a concreção do campo de aplicação da cláusula compromissória estatutária a fonte segura é o elenco de ações que estão previstas nos arts. 285 a 287 da lei societária.

Quanto às partes, estão excluídos dessas lides (arts. 285 a 287) submetidas ao juízo arbitral os peritos, os credores, os liquidantes, administra-

dores e fiscais. As sociedades de comando dos grupos de sociedades devem subscrever o pacto para que o juízo arbitral lhes seja oporável.

Também não podem compor a lide os titulares de outros títulos emitidos pela sociedade, ou seja, os que detêm opções de ações e de ADR's. Na mesma exclusão estão os debenturistas enquanto tais, mesmo que sejam eles também acionistas. Também excluído está o agente fiduciário, bem como terceiros, ainda que tenham praticado atos contra a sociedade e seus acionistas, como será o caso de violação do dever de sigilo, ou, ainda, mais genericamente, quaisquer terceiros que agindo isoladamente como associados a acionistas ou à própria sociedade, tenham praticado atos culposos ou dolosos, e com violação da lei societária.

Temos, assim, uma limitação da *causa petendi* no juízo arbitral e uma limitação das partes, que devem ser a sociedade necessariamente e seus acionistas pactuantes, e não na dupla qualidade de administradores, fiscais ou titulares de outros títulos e direitos emitidos e outorgados pela sociedade.

Cabe reitar que a sociedade será sempre parte em todas as demandas arbitrais envolvendo seus acionistas. Não deve, portanto, a sociedade ser considerada mero centro de imputação de direitos dos acionistas, ou seja, a esfera onde operam seus direitos e de onde originam-se as relações e os conflitos entre os seus acionistas.

Assim, exemplificativamente, podem ser objeto do juízo arbitral estatutariamente compromissado as questões envolvendo deliberações da assembléia geral. Não o serão, no entanto, as que envolverem deliberações do conselho de administração, pois neles estão envolvidos administradores enquanto tais, muito embora possam também ser acionistas.<sup>33</sup> Essas deliberações estão, portanto, excluídas da cognição do juízo arbitral.

O mesmo ocorre com as deliberações e os votos dos conselheiros fiscais.

A propósito, discute-se a questão monentosa da oporibilidade do juízo arbitral em questões envolvendo negócios jurídicos nulos e não apenas anuláveis. Isto porque a nulidade do negócio ou da deliberação implica em infirigência de matéria de ordem pública, não sendo por isso disponível para decisão arbitral.<sup>34</sup>

Essa questão de nulidade e anulabilidade, no entanto, não pode ser definida desde logo, no compromisso arbitral. E, com efeito, será difícil, desde logo, diminuir os efeitos anulatórios do negócio jurídico, notadamente quando referentes a deliberação da assembléia geral. Em conseqüência, a *causa petendi*, no caso, pode levar à declaração de nulidade ou de anulabilidade. Se a conclusão for de nulidade, esta, pelas razões de ordem pública

envolvidas, não é passível de transação sobre o respectivo direito subjetivo envolvido. Em consequência, a decisão arbitral não terá eficácia, por estar configurada nulidade.

A idêntica, portanto, é de submeter ao juízo arbitral as questões surgidas das controvérsias entre os sócios e destes com a sociedade, independentemente, portanto, da colocação prioritária acerca dos efeitos da nulidade ou anulabilidade da deliberação assembléar ou do negócio jurídico entre acionistas.

E, ainda, quanto ao objeto, são suscetíveis de compromisso as questões controversas versando sobre o exercício do direito de recasso, resgate de ações, valor das ações em aumentos de capital e todos os abusos no exercício do direito de voto, seja dos controladores (art. 117 da lei societária), seja dos minoritários (art. 115 da lei societária).

Também são suscetíveis de decisão arbitral as questões envolvendo os direitos dos preferencialistas, desde que estes tenham aderido expressamente à cláusula compromissória, ou que de sua instituição tenham participado no momento da constituição da sociedade.

Enfim, são da competência do juízo arbitral todas as questões envolvendo o exercício de direitos por parte da sociedade e dos seus acionistas, entre si.

Cabe, ainda, levantar a questão relacionada a qualquer negócio jurídico que interessa à coletividade ou a determinados grupos de acionistas, uns compromissados e outros não compromissados.

Neste caso, a competência do juízo arbitral não estará excluída em razão da mesma causa de pedir sendo trazida ao Poder Judiciário pelos acionistas que não subscreveram ou aderiram à cláusula compromissória. Podem, com efeito, os acionistas compromissados submeter a controvérsia ao juízo arbitral sobre uma mesma questão subncida ao juízo estatal pelos demais acionistas não compromissados. Ainda que as decisões de um e outro juízo (estatal e arbitral) sejam diversas estarão os acionistas compromissados vinculados ao decisório arbitral e respectivos efeitos. Já os acionistas não compromissados estarão, por sua vez, vinculados à decisão judicial sobre a mesma matéria, não podendo escusar-se de seus efeitos sob a alegação de que maior benefício ou menor condenação, ou mesmo procedência ou improcedência, lhe adviriam por força da decisão arbitral simétrica. Assim, vale para a mesma matéria e a mesma causa de pedir o juízo estatal para os acionistas não compromissados e para a sociedade, já que necessariamente citada. E vale o juízo arbitral nesse mesmo caso, para os acionistas compromissados e a sociedade, não obstante a discrepância entre as decisões de um e outro juízo.<sup>35</sup>

Outra questão refere-se à possibilidade de a mesma matéria ser objeto de dois ou mais processos arbitrais. Não se vê dificuldade maior para que isto ocorra, desde que no compromisso os pactantes coliguem-se de acordo. E, com efeito, a mesma matéria poderá trazer questão típica de direito, de um lado, e matéria probatória e de fato, de outro, como se vê, matéria envolvendo aumentos de capital em que pode se discutir, de um lado, a validade formal das convocações ou das deliberações sobre a matéria e, sobre o mesmo aumento de capital, discutir-se a apuração do valor de emissão das novas ações, o que demandará pericia para a verificação do valor da ação frente ao critério condubi de avaliação adotado no caso. Nessa hipótese, como em tantas outras, poderá haver coisa da *causa petendi*, para que um mesmo ou outro colégio arbitral decidam em processos separados, sobre a matéria do aumento de capital questionado: um sobre matéria de direito, outro sobre matéria de fato.

### 18. Nomeação dos Árbitros

Como sugerido anteriormente, a entidade arbitral deve ser indicada desde logo na cláusula compromissória estatutária, a fim de que, posteriormente, não tropece o compromisso com arguições em juízo.

Se tal medida de mínima prudência não ocorrer, estando, portanto, a cláusula compromissória estatutária *in albis*, fica afastada a competência da assembléia geral para nomear os árbitros, pois não se trata de matéria deliberativa que envolva os interesses de todos os acionistas, votantes e não votantes. Sendo pacto parasocial a cláusula compromissória estatutária, cabe às partes compromissadas, em documento apartado, ou em juízo, conforme o procedimento do art. 7º da Lei nº 9.307, de 1996, instituir o compromisso arbitral com a indicação dos árbitros, tendo em conta a demanda já suscitada. Não será, portanto, oponível às partes — sociedade e acionistas compromissados — qualquer deliberação da assembléia geral a respeito, sendo ela inválida e ineficaz.

Scrá, portanto, igualmente inválida e ineficaz a cláusula compromissória estatutária que prever a competência da assembléia geral para nomeação de árbitros, pois, como referido, não se trata de competência daquele órgão social, que não pode servir de foro para instituição de compromisso a favor da própria sociedade e daqueles acionistas compromissados.

Mesmo se tal deliberação alcançar a unanimidade, persiste a invalidade e ineficácia da mesma, pois se trata de implementação do compromisso entre os pactantes e não matéria decorrente das normas organizativas da sociedade.

## NOTAS

- 1 Conforme o voto proferido pelo Min. Nelson Jobim no Agravo Regimental em Sentença Esranageira nº 5.206-7, são constitucionais o Par. Único do art. 6º, art. 7º e arts. 41 e 44 da Lei nº 9.073/96. Em sentido contrário, o voto do Min. Sepúlveda Pertence, entendendo inconstitucional os referidos dispositivos (*In Revista de Direito Bancário, da Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 4, nº 11, jan.-mar. de 2001). Voltem ainda pela constitucionalidade os Mins. Ilmar Galvão, Fílipe Gracie, Márcio Corrêa, Marco Aurélio e Celso Melo (*In Informativo nº 226 do STF*, 30.04.2001 a 04.05.2001, acessado em: <http://genuri.cfd.gov.br/cgi-bin/impb-v?d=INFC&e=1-ar-bitragem&u=finja/Intida/Secl=1/114>).
- 2 Conforme o art. 584, Inc. III do CPC, alterado pela Lei nº 9.307, de 1996.
- 3 Nesse sentido, Tavares Guerreiro: "Não existe oposição entre a origem contratual da arbitragem e sua função jurisdicional" (*In Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional*, Saraiva, São Paulo, 1993, p. 37).
- 4 Art. 2º e seus parágrafos da Lei nº 9.307, de 1996.
- 5 Nesse sentido, pela necessidade de manifestação por escrito da vontade das partes para que possam validamente comprometer-se à solução arbitral dos conflitos decorrentes do contrato, em razão da derrogação da competência da autoridade judiciária ordinária, que constitui uma garantia constitucional, a decisão judicial da Corte de Cassação Civil Italiana, de 25/01/1997, nº 781, in *Giurisprudenza Italiana*, 1998, p. 250.
- 6 Cf. Giorgio Bianchi, op. cit. p. 19, na constituição da sociedade; o consenso deve existir sempre quanto a todos os elementos que compõem o ato constitutivo, inclusive a cláusula arbitral.
- 7 Nesse sentido, a decisão arbitral do Collegio Arbitrale di Padova, de 19/06/1996, in *Revista di Arbitragio*, 1998, p. 112, que afirma não poder derrogação da competência do juízo estatal operar em oposição a um sujeito que não é parte do compromisso, não podendo o terceiro participar legitimamente do procedimento arbitral, ainda que passivamente.
- 8 Cf. decisão citada da Corte de Cassação Italiana, de 25/01/1997, julgou-se competente o Juízo estatal para declarar a nulidade do laudo arbitral por ter se revelado insubsistente a vontade contratual das partes na instituição do juízo arbitral, que é o fundamento do poder decisório dos árbitros.
- 9 Nesse sentido, as decisões judiciais da Corte de Cassação Civil Italiana, de 09/04/1993, nº 4351, e de 24/09/1996, nº 8407, enfatizam que, sendo a cláusula compromissória uma cláusula viciatória, nos termos do art. 1341 do Código Civil Italiano, caso se insista nas condições gerais de um contrato, predispostos por um dos contratantes, será eficaz contra o outro se este dela tiver tomado conhecimento ou puder dela conhecer empregando a diligência ordinária, no momento da conclusão do contrato.
- 10 Cf. Giorgio Bianchi, op. cit., p. 7, essas causas são necessárias para a certeza de que um ato não importante como a renúncia à jurisdição ordinária seja realmente desejada por cada uma das partes.
- 11 Nigro, Alessandro. *Questioni vecchie e nuove in materia di clausula compromissoria negli statuti di società*, in *Revista delle Società*, fasc. 1, gen.-feb., 1968, p. 192.
- 12 Cf. Alessandro Nigro, op. cit., p. 189, esta medida dá a garantia do conhecimento de todos os contratos, tendo em vista a gravidade da pactuação, pela qual se opera a

- 13 mudança do juízo ordinário para aquele nomeado pelas partes, e do processo ordinário para aquele especial.
- 14 Nesse sentido, Giorgio Bianchi, op. cit., p. 7, afirma que essa cláusula estatutária compromissória poderá ser *per relationem*, ou seja, indicar determinado tribunal arbitral, que deve ser bem identificado.
- 15 Cf. Antônio Benetti, *Tratado del Derecho de las Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Ed. Hispano Americana, 1960, vol. 2, p. 238.
- 16 Joaquim Guarigues e Rodrigo Uria, *Comentario a la ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, Aguirre, 1976, v. 1, p. 234.
- 17 Cf. Isaac Halperin, *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, De Palma, 1975, pp. 119 e ss., essa concepção está inscrita no Código Civil Italiano, art. 2328, que dispõe que o estatuto que contém as normas relativas ao funcionamento da sociedade, ainda que seja objeto de ato separado, considera-se parte integrante do ato constitutivo, devendo ser considerado em conjunto com o mesmo.
- 18 Cf. Vivante, *Tratado di Diritto Commerciale*, Milano, Ed. Francesco Vallardi, 1912, v. 2, p. 242.
- 19 Aurelio Candian, "Per la qualificazione del contratto di società commerciale" in *Revista delle Società*, 1963, p. 233 e ss.
- 20 Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945, pp. 276 e ss.
- 21 Alessandro Nigro, op. cit., pp. 175 e ss.
- 22 Ascarelli, "La Licença dei Sindacati Azionari", *Riv. Del Diritto Commerciale*, 1931, v. 29, pp. 256 e ss.
- 23 A respeito, Ascarelli, in *Tema di Contratti*, Milano, 1952, pp. 100 e ss.
- 24 Alessandro Nigro, op. cit., p. 189.
- 25 Giorgio Oppo, *I Contratti Parasociali*, Milano, Vallardi, 1942, pp. 3 e ss.
- 26 Giorgio Oppo, op. cit., pp. 7 e ss.
- 27 Cf. Antonio Pectini, *La Azionaria Attuale e le Sineducaciones de Acciones*, Madrid, Editorial Kevista de Derecho Privado, 1969, pp. 17 e ss.
- 28 Cf. Giorgio Bianchi, op. cit. p. 1, a cláusula compromissória é um pacto acessório com a função de obrigar as partes a remeter a decisão de árbitros as contravenções decorrentes do contrato principal, tendo em individualidade própria e autonomia, desistindo-se do contrato ao qual accede.
- 29 Alessandro Nigro, op. cit., p. 191.
- 30 A respeito, M. Rubino Sammartiano, *Il Diritto dell'Arbitrato*, Padova, 1994, p. 121 e ss.
- 31 Cf. Tenti, "La Giurisprudenza e L'Arbitrato nelle società", in *At. IV. L'Arbitrato, Fondamenti e Tecniche*, Napoli, 1995, p. 301.
- 32 Cf. P. Spada, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, pp. 52 e ss.
- 33 De acordo com a nova redação dada pela nova lei ao art. 146 da Lei nº 6.404, de 1976, não mais se exige que o membro do conselho de administração seja acionista.
- 34 Alessandro Nigro, op. cit., p. 175.
- 35 A proposta é expresso o art. 11 da lei italiana nº 25, de 5 de janeiro de 1994.

RODRIGO R. MONTEIRO DE CASTRO  
LEANDRO SANTOS DE ARAGÃO  
(coordenação)

# REORGANIZAÇÃO SOCETÁRIA

FACULDADE DE DIREITO DA USP  
Projeto de Atualização das  
Bibliotecas  
2007



Editora Quartier Latin do Brasil  
Rua Santo Amaro, 349 - CEP 01315-001  
Vendas: Fone (11) 3101-5780  
Email: vendas@quartierlatin.art.br  
Site: www.quartierlatin.art.br

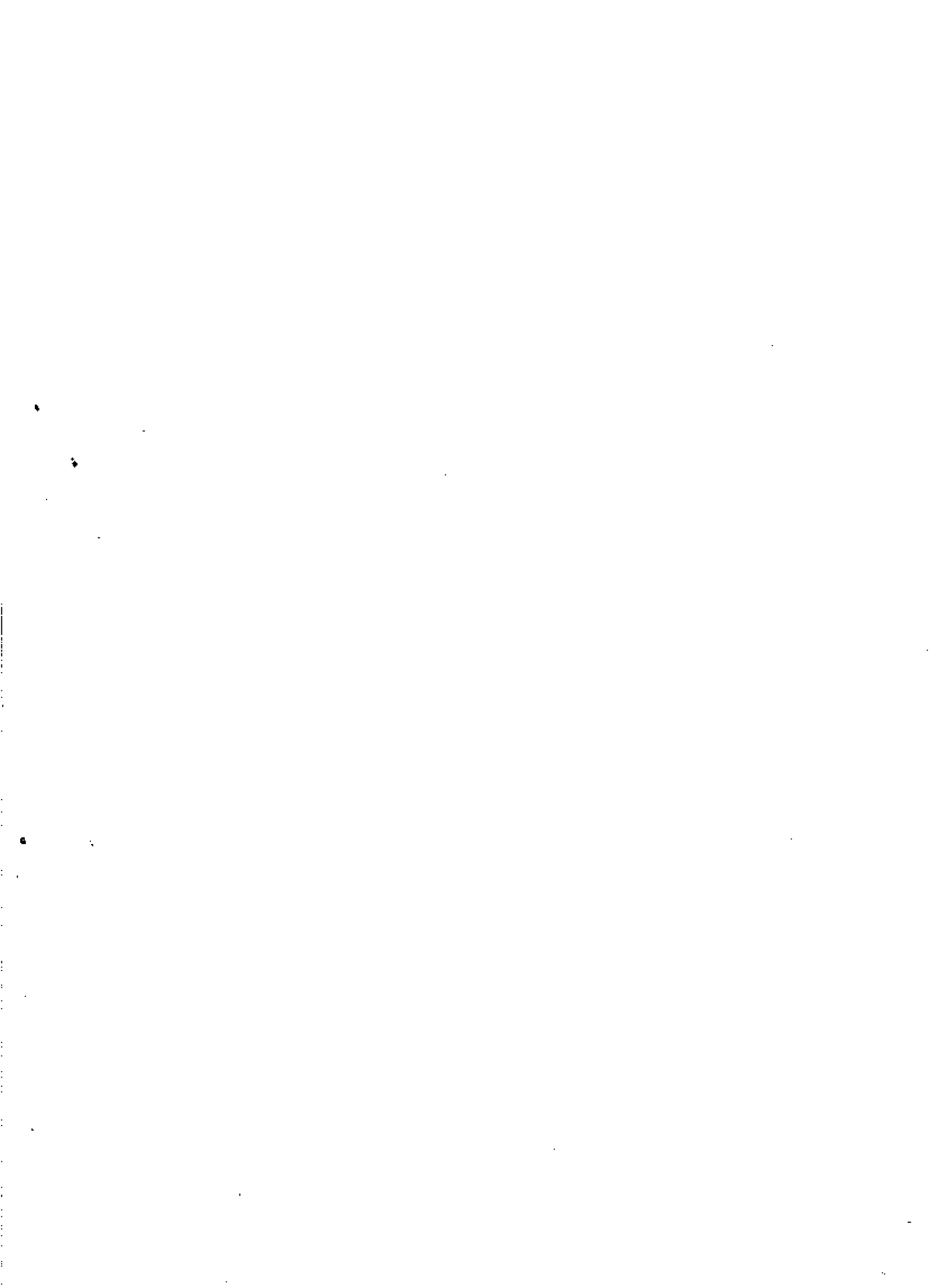
DEBALUS - Acervo - FD



20400042888

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.** Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmados, fotográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a reprodução total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Estas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua edição. A violação das direções autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 5.650, de 19.02.1992; Lei dos Direitos Autorais).

Editora Quartier Latin do Brasil  
São Paulo, outono de 2005  
quartierlatin@quartierlatin.art.br  
www.quartierlatin.art.br





Com este artigo pretende o autor transmitir ao leitor algumas reflexões feitas a partir de sua experiência profissional na estruturação jurídica de *joint ventures* nacionais — uma das formas de reorganização societária — e internacionais e na participação, como advogado, em arbitragens comerciais internacionais.

Procura o autor transmitir a noção de *joint venture*, estabelecer os traços distintivos desta forma de colaboração empresarial, e mostrar os casos mais típicos de divergências entre os parceiros ou *co-venturers*, passando então a examinar as formas de solução dessas divergências. Busca transmitir ao leitor a noção de arbitragem, e demonstrar as vantagens desse instituto em relação à jurisdição estatal. Finalmente examina, de um ponto de vista eminentemente prático, a convenção de arbitragem e seu conteúdo.

## 1. AS JOINT VENTURES

A *joint venture*, ou *association d'entreprises*, é forma de cooperação empresarial cada vez mais utilizada, em especial no comércio internacional, e inúmeras obras doutrinárias lhe foram consagradas<sup>1</sup>. Embora o foco deste trabalho seja a utilização da arbitragem para solução de divergências entre os *co-venturers*, é importante delinear os traços distintivos desta forma de cooperação, dos quais se extrai a conclusão em favor da escolha da arbitragem, de preferência a outros meios de pôr término aos litígios.

Designa-se por *joint venture*, genericamente, a cooperação estível entre sociedades para o desenvolvimento de um ou mais empreendimentos comuns.

É, no direito norte-americano que se encontra a origem da *joint venture*. Segundo um autor, "*America assimilated French experience, borrowed the name from Scotland, and domesticated its own business organization which is denominated joint venture or joint adventure*". A flexibilidade e a facilidade

de de organização reconhecidas pela jurisprudência norte-americana à *joint venture* fizeram com que ela fosse adotada por sociedades americanas para seus empreendimentos conjuntos com outras sociedades americanas no estrangeiro, e depois para empreendimentos conjuntos com sociedades de outros países, até ser utilizada de forma quase universal, mesmo nos países socialistas da Europa pré-queda do império soviético.

A *joint venture* pode ser estruturada através de uma empresa sob controle comum dos *co-venturers* (*corporate joint venture*), ou não reverter personalidade jurídica própria (*non-corporate joint venture*). Dentre as *joint ventures* sem personalidade jurídica própria, podem-se ainda distinguir as disciplinadas por acordos de cooperação, tais como os contratos de serviço com contribuição de capital de risco, e as estruturadas sob a forma de sociedades sem personalidade jurídica: as sociedades em conta de participação do direito brasileiro, *associazione in partecipazione* do direito italiano, *sociétés en participation* do direito francês.

Bullhões Pedreira define *joint venture* como "o contrato de sociedade entre dois empreendedores, que se obrigam a conjugar esforços e recursos com o fim de exercer em conjunto a função empresarial em determinado empreendimento econômico, ou empresa"<sup>2</sup>.

L. O. Baptista e Durand-Barthez propõem uma definição de *joint venture* que repousa sobre quatro critérios: *uma associação de caráter contratual, com objeto limitado, compreendendo a comunhão de meios e riscos e o acesso igualitário dos participantes à tomada de decisões, aos quais se pode acrescentar, segundo os mesmos autores, a partilha de resultados, que implica na presença de uma forma de sociedade, dotada ou não de personalidade jurídica*<sup>3</sup>.

Em definição sintética, pode-se designar por *joint venture* uma "colaboração estável entre empresas, no quadro de uma sociedade de capital submeçada a um controle comum"<sup>4</sup>. A esta noção, acrescentaríamos

1

Ver, em especial, "Les Associations d'Entreprises (Joint Ventures) dans le Commerce International", Luiz Cláudio Baptista e Pascal Durand-Barthez, Paris, Feducci, L'Université Générale de Droit et de Jurisprudence", 2ª ed., 1991.

2

L. Taubman, citado por L. O. Baptista e Durand-Barthez, ob. cit., p. 8.

3 In Parecer publicado em "Lei das S.A.", 1ª ed., 1ª vol., p. 363/rel. Renovar, 1992

4 L. O. Baptista e Durand-Barthez, ob. cit., p. 56

5 Boroletti e Marsasi, citados por Alfredo Lamy Filho em Parecer publicado em "1ª e 2ª S.A.", Parte III, 2ª ed., 2ª vol., ed. Renovar, p. 193.

que se trata de colaboração entre empresas sob controle de capital diverso, com o que se distingue claramente a *joint venture* da sociedade integrante de grupo de empresas. Uma característica relevante das *joint ventures* é apontada nesta definição: o controle comum. Na *joint venture*, nenhum dos participantes exerce isoladamente o controle; ele é compartilhado entre os *co-venturers*, ainda que, em certos casos, simplesmente através da atribuição, ao minoritário, de um direito de veto para certas deliberações.

A *joint venture* se estrutura a partir de um *acordo de base* e de outros acordos secundários, que a doutrina convencionou chamar de *acordos-satélites*. O acordo de base é, no dizer de um autor, "a própria *joint venture*".<sup>6</sup> Ressaltam outros autores que ele é um acordo "sob medida", menos formal, que contém a *verdade* sobre as relações entre os participantes<sup>7</sup>, por oposição a alguns dos acordos-satélites, que muitas vezes se têm de conformar a moldes previstos para situações gerais. (assim, p. ex, os estatutos da sociedade por ações que corporificam a empresa comum, ou o contrato de fornecimento de tecnologia). É o acordo de base que define os objetivos da *joint venture*, a forma de compartilhamento do controle — ou equilíbrio do poder — a administração da empresa comum, as contribuições de cada uma das partes, a partilha de resultados, a duração da *joint venture*. É, também... e este é o foco do presente trabalho — o acordo de base que define (ou deve definir) as formas de solução de divergências entre as partes.

O acordo de base pode revestir diversas formas, como a de um contrato preliminar, ou *MOU* (*Memorandum of Understanding*), ou a de um contrato de investimento ou assemblhado, ou a de um contrato complexo de compra e venda de ações (se o veículo da *joint venture* for sociedade anônima preexistente, em que o participante até então controlador admite o ingresso do outro através de venda de ações), ou a de acordo de acionistas (isto se dá, usualmente, nos casos de constitui-

ção de nova sociedade por ações, sob controle conjunto, e também na hipótese de aumento de capital para ingresso do novo acionista). Qualquer que seja sua forma, é o acordo de base que deve servir sempre de guia para a interpretação da intenção dos participantes.

Uma última palavra deve ser dita sobre a estruturação das *joint ventures*: a lei brasileira do anônimo contém, no dizer de um dos autores de seu anteprojeto, "os quadros e os instrumentos necessários para a contratação e o funcionamento de empreendimentos comuns (*"joint ventures"*)".<sup>8</sup> A sociedade anônima fechada, em que se admite a existência de ações ordinárias de diversas classes, com distintos direitos políticos, o quorum especial de deliberação, e a restrição à circulação de ações, assim como a execução específica dos acordos de acionistas, constitui mesmo o veículo ideal para a estruturação das *joint ventures*, ainda mais em vista da nova e complicada disciplina das sociedades de responsabilidade limitada<sup>9</sup>, instituída pelo Código Civil de 2002.

## 2. OS TRAÇOS DISTINTIVOS DA JOINT VENTURE

Distinguem a *joint venture* de outras formas de cooperação empresarial: a comunhão de meios e riscos, a estabilidade, o objetivo determinado, o controle comum e a partilha de resultados.

Da comunhão de meios e riscos, decorre o dever de leal cooperação entre os *co-venturers*, que muitos chamam de *lealdade reforçada*, ou *plus extrême bonne foi* ("*uberrima fide*")<sup>10</sup>.

A moderna concepção da relação obrigacional contempla o princípio da boa fé, acolhido pelo Código Civil Brasileiro de 2002 em seu art. 422. Segundo Antunes Varella, a relação obrigacional comporta, além dos deveres de prestação, os chamados "deveres de conduta", que a boa fé ou a natureza especial da obrigação impõem, tanto ao credor como ao

8 Alfredo Lamy Filho, ob. cit., p. 186. Ver também Fábio Konder Comparato, in RDM nº 27, p. 90/91 (1977) e RDM nº 36 (1979), p. 66f.

9 O autor prefere não utilizar a denominação "sociedade limitada", adotada pelo Cód. Civil de 2002, porque limitada é a responsabilidade, não a sociedade...

10 Vide L. Q. Baptista e Durand-Barthez, ob. cit., p. 5

6 Alfredo Lamy Filho, ob. cit., p. 184

7 L. Q. Baptista e Durand-Barthez, ob. cit., p. 59

devedor, "no exercício do direito ou no cumprimento do dever de prestar". São condutas essenciais para que a prestação possa efetivamente satisfazer o interesse do credor. Por isso, segundo o mesmo autor, os contratos estão vinculados "à observância do comportamento que não destoa da ideia de lealdade cooperativa que está à base do contrato"<sup>11</sup>.

O dever de lealdade e cooperação entre contratantes, sejam eles *co-venturers* ou não, é princípio assente no comércio internacional. Entendendo-se por *lealdade*<sup>12</sup>, segundo autor francês: "[...] l'obligation de se conduire d'une façon loyale signifie, pour chaque partie, l'obligation d'avoir à l'égard de l'autre un comportement qui ne puisse lui nuire". Tancha é sua importância e extensão de reconhecimento que foi positivado nos princípios UNIDROTT<sup>13</sup>.

Especificamente no direito brasileiro, encontramos, tanto no antigo Código Civil, como no novo, a exigência da boa fé que, como bem destacou Arnaldo Wald, é princípio basilar que inspira a execução dos contratos: "Poderíamos até dizer que há, atualmente, um direito novo, que é o da parceria com princípios próprios, caracterizado por contratos dinâmicos de longo prazo, inspirados na boa fé e nos quais as partes não só devem cumprir as obrigações por elas assumidas, mas incumbem-lhes, ainda, manter o espírito do contrato, adaptando-o diante de novas circunstâncias."<sup>14</sup> Ainda segundo esse mesmo autor: "[...] o atual Código [Civil de 2002] introduz, como cláusula geral, o dever de um comportamento de boa-fé objetiva, que incumbe a todos os integrantes da sociedade civil e, em particular, aos contratantes. Trata-se de incluir nos contratos, em virtude da interpretação e da construção, deveres secundários ou derivados de informação, conselho e até cooperação, assim como a proibição de certas omissões. Cria-se, assim, um de-

ver de lealdade na contratação e na execução do contrato que está vinculado basicamente às noções de confiança e de equilíbrio."

Sustenta-se que, na *joint venture*, pela natureza mesma do contrato, o dever de lealdade cooperativa, ou de lealdade extrema, vai mesmo além do dever de boa fé aplicável aos contratos em geral, e compreende a obrigação de executar o contrato fazendo-se útil ao co-contratante, de forma a proporcionar-lhe a maior satisfação possível, mesmo para além das especificações contratuais.

A estabilidade é outra característica da *joint venture*. Os *co-venturers* visam criar uma *empresa* (no sentido econômico), naturalmente vocacionada para durar, ao menos enquanto a atividade que dela é objeto se mostre viável e proveitosa.

O compartilhamento do controle é também da natureza da *joint venture*. Neste ponto, esclareça-se em primeiro lugar que compartilhamento de controle não significa, necessariamente, participação igualitária no capital da sociedade comum. Controle e propriedade são conceitos distintos. No dizer de Ferri, controle significa que a "ação da sociedade controlada pode ser, concretamente, determinada pela sociedade ou ente controlante"<sup>15</sup>. O controle pode ser exercido individualmente ou em conjunto, sem que o controlador ou controladores detenha(m) a propriedade da maioria das ações representativas do capital, seja através da criação de ações ordinárias de diversas classes, com direitos políticos distintos (Lei 6.404/76, art. 16, III), seja através do estabelecimento de quorum especial de deliberação para determinadas matérias (Lei 6.404/76, art. 129 § 1º), seja pela conjugação desses dois mecanismos, seja pelo acordo de voto pactuado em acordo de acionistas com execução específica (Lei 6.404/76, art. 118). Frise-se que a noção de controle compartilhado abrange também a hipótese de convívio entre um acionista majoritário e um minoritário que detenha direito de veto sobre determinadas deliberações sociais.

11 In "Das obrigações em geral", Coimbra, ed. Almedina, 1970, págs 85/86 e 187.

12 FAGES, Bertrand. *Le comportement du Contractant*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 307

13 Article 1.7 (bonne foi):

1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international.

2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée."

14 "A Arbitragem e os Contratos Administrativos", in [www.camnatura.com.br](http://www.camnatura.com.br) [Jornal de Comércio Argentino Brasília de São Paulo].

15 Citado por Fábio Konder Comparato in "O Poder de Controle na Sociedade Anônima", 2ª ed., RT, 1977, pág. 89

### 3. AS DIVERGÊNCIAS ENTRE OS PARTICIPANTES DA JOINT VENTURE

Como qualquer contrato, a *joint venture* encerra em si a possibilidade de divergências entre as partes. Talvez mais do que qualquer outro, devido às características desse contrato: ter por objeto uma *empresa*, ser de longa duração, portanto sujeito às vicissitudes de qualquer empreendimento econômico, como mudanças de cenário econômico, mudanças políticas, mudanças legislativas; impor aos *co-venturers*, via de regra, obrigações de prestações acessórias, além das contribuições pecuniárias, etc. A complexidade natural aos contratos de *joint venture* pode engendrar conflitos que superam a simples interpretação ou integração das cláusulas específicas dos acordos das partes.

Divergências comuns são as que versam sobre: as contribuições de cada parceiro para a *joint venture*, em especial as *non-equity contributions*, que dão lugar a interpretações variadas quanto a haverem sido bem ou mal prestadas; as declarações e garantias (*representations and warranties*) da parte que vendeu à outra a participação na empresa comum; a garantia de resultados futuros, na mesma hipótese<sup>16</sup>; a gestão da empresa comum, inclusive quanto ao preenchimento dos cargos-chave de sua direção; a apuração dos resultados; distribuição dos resultados sob a forma de dividendos; situações de impasse na tomada de decisões. Além desses conflitos, outros podem surgir em função do próprio desenvolvimento da atividade objeto da *joint venture*: lançamento de novos produtos ou serviços, ou a cessação de alguns; concentração ou ampliação de canais de distribuição; extensão ou redução territorial das atividades, entre outros.

### 4. AS DIVERSAS FORMAS DE SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS: A JUSTIÇA ESTIVAL, A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM

Como dissemos acima, o acordo-quadro deve prever a forma de solução das divergências entre as partes. Ademais, é aconselhável que cada um dos acordos-satélites preveja também a mesma forma de solução de litígios contemplada no acordo-quadro. Assim, em caso de divergências restritas às matérias contempladas em apenas um, ou mesmo mais de um acordo-satélite, mas que não se estendam à totalidade das relações entre as partes, é possível levar ao judiciário ou à arbitragem apenas o acordo objeto do conflito.

No silêncio do contrato, qualquer das partes estará livre para recorrer diretamente à justiça estatal.

Entretanto, podem as partes eleger outras formas de solução de conflitos. As mais clássicas são a mediação (*conciliation*) e a arbitragem.

Consiste a mediação em recorrer a um ou mais mediadores, estranhos à relação das partes, que as assistirão na busca de soluções mutuamente aceitáveis. Muitas Câmaras de Comércio e associações de classe empresariais mantêm centros de mediação, paralelamente a seus centros ou câmaras de arbitragem; é o caso da Câmara de Comércio Internacional<sup>17</sup> - CCI, e, no Brasil, da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, das Entrocâmaras e da FIESP - Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Trata-se, porém, de função de mero aconselhamento, não tendo os mediadores qualquer poder decisório. Assim, frustrada a mediação, nada impede que qualquer das partes se dirija ao Poder Judiciário.

A arbitragem é conceituada por um eminente processualista como "a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbi-

16

Ver a decisão no caso CCI nº 11493KCA, decidido por sentença do árbitro único Dr. Michael Bilhler em 9.12.2002: "Subject to a price adjustment mechanism that was based upon the results of 'X' Chairman was also to contribute up to 50% of the price of the recent acquisitions of catering services made by 'X' up to the time of the 19... agreement. Chairman contends that the contractual price adjustment mechanism was wrongly applied by respondent."

17

Traza-se de *Alternative Dispute Resolution*, ADR, recurso que vem se difundindo entre empresas internacionais para solução de seus litígios. A CCI publicou, em julho de 2001, duas cláusulas-tipo prevendo a mediação como meio de solução de diferentes quais-sejam: (1) "Les parties peuvent, à tout moment et sans préjudice de toutes autres procédures, recourir un règlement de tout différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, conformément au Règlement ADR de la CCI"; (2) "En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant les parties conviennent de discuter et d'envisager de faire appel en premier lieu à la procédure de règlement des différends prévue par le règlement ADR de la CCI."

ros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis." 18

Guasp a define como "a resolução de um conflito por um terceiro, a cuja decisão se submetem os contendores."<sup>19</sup>

A doutrina e a jurisprudência francesa não deixam dúvida quanto à natureza jurisdicional da arbitragem: "*L'arbitrage suppose qu'il est compété à un tiers une mission juridictionnelle*"<sup>20</sup>.

A lei brasileira de arbitragem reconhece também essa natureza jurisdicional à arbitragem, ao dispor, no art. 31:

"Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, e, sendo conciliatória, constitui título executivo."

A mesma lei, em seu Capítulo II, ao tratar da cláusula compromissória e do compromisso, engloba ambos os institutos sob a designação de "convenção de arbitragem", deixando claro que a arbitragem tem amparo no contrato.

Com a edição da Lei 9.307/96 ficou assim superada, ou ao menos relegada ao plano de mera curiosidade acadêmica, a polêmica entre partidários da chamada corrente publicista e os defensores da natureza puramente contratual da arbitragem.

O poder jurisdicional dos árbitros não provém exclusivamente das partes, por via do contrato, mas igualmente da lei, que disciplina "*o exercício da atividade arbitral e a eficácia do produto que resulta dela*."<sup>21</sup>

Pode-se, portanto, afirmar que a arbitragem é uma *jurisdição pactuada*<sup>22</sup>, instituto misto, ao mesmo tempo um contrato e uma função jurisdicional privada. Ou, em outras palavras, a arbitragem é uma *opção de jurisdição*.

Não há que confundir arbitragem e arbitrariamente. No arbitrariamente, está ausente a missão jurisdicional, resumindo-se a missão do terceiro a uma avaliação, uma estimativa, ou um cálculo; mesmo se as partes emprestaram caráter obrigatório à decisão do terceiro, não se trata aí de arbitragem. Neste sentido, é clara a lição da jurisprudência francesa: "*Celle-ci [la mission juridictionnelle] ne se réduit pas au caractère obligatoire de la décision du tiers. Il faut que celui-ci ait à dire le droit*."<sup>23</sup>

A arbitragem é, portanto, forma de solução definitiva e obrigatória de litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre partes capazes de contratar. A decisão arbitral se equipara, no Brasil, a partir da Lei 9.307/96, à sentença judicial em processo de conhecimento. A arbitragem não apresenta hoje qualquer desvantagem em relação ao processo judicial.

Qual ou quais, porém, as suas vantagens, em relação ao recurso à jurisdição estatal?

## 5. POR QUE A ARBITRAGEM?

As razões mais conhecidas para se adotar a arbitragem de preferência à jurisdição estatal são apontadas pelo conhecido *Black's Law Dictionary*, citando uma decisão judicial norte-americana, para afirmar que a arbitragem "*is intended to avoid the formalities, the delay, the expense and vexation of ordinary litigation*"<sup>24</sup>. Foi justamente para fugir aos excessos do sistema judiciário norte-americano que nasceram, nos Estados Unidos, os "ADR", "*Alternative Dispute Resolution*", ou mediação, por iniciativa de grandes grupos empresariais. Críticos daquele sistema não se cansam de apontar para as desvantagens da *discovery*<sup>25</sup>, das intermináveis e agressivas *cross examinations*, e, pior do que tudo, os riscos do julgamento por júri dos litígios comerciais.

18 Carreira Alvim, in "Tratado Geral da Arbitragem", ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2000, p. 14  
19 Apud Paulo Furtado e Uadi Lamimigo Dulos, "Lei da Arbitragem Comentada", ed. Saraiva, 2ª ed., 1998, p. 23

20 Alexis Moure e Pistelle Pedone, in Les Cahiers d'Arbitrage, Gazette du Palais, Ed. Juillet 2002, p. 223.

21 Carreira Alvim, ob. cit., p. 57

22 Caetano F.S. Soares, "Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil", in RT 641, 31

23 Bre. Ch. de la Cour d'Appel de Paris, 21 décembre 2000, in Revue de l'Arbitrage, 2001, p. 178

24 Wauregan Mill Inc. vs Textile Workers Union of America, in Black's Law Dictionary, 6th edition, p. 105

25 Comunicação obrigatória à parte adversa de documentos e dados por ela solicitados no processo.

Estas são, realmente, razões ponderáveis em favor da eleição da arbitragem como meio de solução de litígios comerciais, mas, no caso das *joint ventures*, e em especial no que toca às *joint ventures* internacionais, existem outras, e não de menor peso.

Como se destacou mais acima, os acordos de *joint venture* têm características especiais, e se mostram sempre bastante complexos. Além disso, existe uma tendência crescente de adoção de cláusulas-padrão, a maior parte originada da *common law*<sup>26</sup> (exemplos típicos são as cláusulas de *Representations and Warranties* e de confidencialidade), a que, via de regra, não estão afeitos os juizes estatais. Já os árbitros integrantes dos organismos insubstanciais de arbitragem são, quase sempre, experientados advogados de negócios, cuja formação e vivência profissional os torna melhores capacitados tecnicamente para julgar litígios comerciais.

Há que levar em conta também o desejo natural dos *co-venturers* de preservar a continuidade da empresa comum, assim como de evitar a exposição de detalhes de sua associação; quando o litígio entre os parceiros é levado a juízo, é quase impossível, devido à publicidade do processo judicial, evitar a contaminação do ambiente de trabalho da empresa pelo *meudume* das desavenças sociais; o sigilo que cerca as arbitragens permite preservar o *entendimento* comum<sup>27</sup>.

Acrescente-se a isso a maior celeridade do procedimento arbitral. Basta ver que dados da Câmara de Arbitragem da CCI indicam que o tempo médio de duração de uma arbitragem — e se está falando de questões de grande expressão econômica e complexidade — é de 21 meses, enquanto que, no Tribunal de Justiça de São Paulo, somente a distribuição de uma apelação cível para uma das câmaras não leva menos de um ano, e pode levar até quatro anos! Finalmente, é verdade que as custas

processuais estão sujeitas a limites que as tornam bastante módicas em relação aos valores em disputa nos processos, enquanto os custos de um procedimento arbitral (emolumentos dos centros de arbitragem, honorários dos árbitros) tendem a ser muito elevados; entretanto, é necessário levar em conta o custo financeiro da demora da solução perante a jurisdição estatal.

No que se refere às *joint ventures* internacionais, existe uma natural desconfiância do parceiro estrangeiro em relação ao sistema judiciário do *co-venturer* local (aliás muitas vezes motivada por um efetivo protecionismo do nacional, evidenciado em precedentes judiciais). A arbitragem, seja por um organismo internacional como a CCI, seja por centros de arbitragem de Câmaras de Comércio estabelecidas no País, oferece a segurança da neutralidade. Além disso, a arbitragem admite não só a decisão por equidade, como a aplicação da *lex mercatoria*, ou princípios gerais do comércio internacional, o que, para o parceiro não-residente, pode ser fator de tranquilidade. J.P. Boguin analisa este fenômeno com precisão: "*Les partenaires à une entreprise conjointe internationale sont de différentes nationalités. La conception des affaires que l'on trouve dans les pays développés et celle que l'on trouve dans les pays en voie de développement s'opposent sur de nombreux points. De plus, les partenaires représentent des systèmes juridiques dont les principes et les règles peuvent être fort dissemblables à certains égards.*"<sup>28</sup>

Não precisamos nos alongar mais, para concluir em favor da escolha da arbitragem como meio de solução das divergências entre parceiros nas *joint ventures*, sobretudo nas internacionais.

Vale a pena, porém, discutir como utilizar esta poderosa ferramenta. Além disso, discutir-se-ão problemas para os quais o redator de uma cláusula de arbitragem em grupos de contratos (o que só ocorrer no caso de *joint-ventures*) deve dar especial atenção, para que a arbitragem possa produzir os resultados pretendidos e não tornar-se outra fonte de problemas...

26 Diz-se hoje com frequência que uma das repercussões relevantes da globalização sobre o direito é a convergência entre os sistemas de direito civilizado e a *common law*. Neste sentido, Sérgio Lazareff, nos *Cahiers de l'Arbitrage* da Revue du Palais, julho de 2002, p. 13/14.

27 O autor não menciona, sem nomes, o caso de uma *joint venture* estabelecida no Brasil entre dois grupos de capital estrangeiro que, enquanto os sócios discutiam em procedimento arbitral na Europa, não só manteve inalteradas suas atividades de rotina, como ampliou sua fatia de mercado e desenvolveu novos produtos.

28 In "Les Entreprises conjointes dans les Pays en Développement", Genève, publ. d'Inhel, n. 50, 1972, p. 142.

## 6. COMO RECORRER À ARBITRAGEM: A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A eleição da jurisdição arbitral faz-se antes da existência do litígio, através da inserção, nos acordos, da cláusula compromissória ou cláusula arbitral, ou, uma vez instalado o litígio, através do compromisso. Cláusula compromissória e compromisso são duas formas de convenção arbitral.

Entretanto, uma vez instalado o litígio sem que tenha sido antes pactuado o recurso à arbitragem, e, de preferência, estabelecidas as respectivas regras, dificilmente as partes chegarão a acordo sobre os termos do compromisso. Na ausência de uma cláusula compromissória, qualquer das partes poderá recusar a arbitragem, e recorrer directamente à jurisdição estatal.

Na prática, é imprescindível estipular a cláusula compromissória, e, ao fazê-lo, devem as partes ser tão minuciosas quanto possível.

O que se pode ou se deve disciplinar na cláusula compromissória: a lei aplicável ao mérito, as regras de arbitragem, o local da arbitragem, o número de árbitros e a forma de sua nomeação, o idioma do procedimento, o prazo para a prolação da sentença.

Analisaremos rapidamente cada um desses pontos.

### A LEI APLICÁVEL AO MÉRITO

A escolha da lei aplicável ao mérito (*lex contractus, governing law*) só tem lugar, em princípio, quando as partes são de diferentes nacionalidades. Assim, podem elas adotar a lei nacional de uma delas, ou a do local da sede da *joint venture*, que é normalmente o local de execução da decisão arbitral, ou podem escolher a lei de um terceiro país (hipótese rara, e que pode suscitar problemas na execução do julgado). A escolha de uma lei diferente da do local onde se desenvolve a arbitragem pode trazer um complicador, qual seja a necessidade de análise das normas aplicáveis através de peritos-profissionais do direito.

Podem as partes convencionar a aplicação dos Princípios UNIDROIT aos seus contratos. Trata-se de um conjunto de regras gerais para reger os contratos do comércio internacional, elaborado por professores de

Direito Internacional do Comércio, representando países-membros do Instituto para a Unificação do Direito Privado, com a participação, também, de organismos internacionais e centros de arbitragem, como a CCI e a Comissão da ONU para o Direito Internacional do Comércio (UNCTRAL).

Em vez da opção pelos Princípios UNIDROIT, os contratantes podem referir mais genericamente a *Lex Mercatoria*, que tem origem nas práticas dos atores do comércio internacional. *Lex Mercatoria* ou *Usas e Costumes do Comércio Internacional*, ou ainda *Princípios Gerais do Comércio Internacional* têm, na jurisprudência arbitral, o mesmo significado, e a maioria das sentenças que versam sobre a matéria entende que o conceito de *Lex Mercatoria* inclui os Princípios UNIDROIT. Vale frisar, porém, que a escolha da *Lex Mercatoria* não inclui a autorização para julgar por equidade.

As partes podem, por outro lado, autorizar os árbitros a decidirem com base na equidade, agindo como *amiable compositeurs*. A lei brasileira de arbitragem, em seu art. 11, II, permite esta opção. Há autores que indicam ser boa norma autorizar árbitros a decidirem como "*amiable compositeurs*" ou por equidade, "*ex aequo et bono*".

### AS REGRAS DE ARBITRAGEM

As partes devem escolher as regras processuais disciplinadoras da arbitragem. Podem escolher somente as regras, optando por uma arbitragem *ad hoc*, ou escolher também um centro de arbitragem, como a CCI, a London Court of International Arbitration (LCIA) ou, no Brasil, a HIFESP, qualquer das Câmaras ou Centros de Arbitragem das Câmaras de Comércio (como as da Câmara Americana, da Câmara Brasil-Canadá, das Eurocâmaras, etc.), que nestes casos aplicarão seus próprios regulamentos.

Dentre as regras de arbitragem mais usadas internacionalmente estão as Regras UNCTRAL, elaboradas pela Comissão da ONU para o Direito Internacional do Comércio e as Regras da American Arbitration Association (abreviadamente, AAA). As Regras UNCTRAL não

estão vinculadas a qualquer centro de arbitragem; as Regras AAA são vinculadas ao *International Centre for Disputes Resolution-ICDR*.

Vale lembrar que, para uma parte contratante nacional de um país de direito codificado (*civil law*), os regulamentos de arbitragem da LCIA e da AAA provavelmente se mostrarão uma má escolha. Isto porque aplicam, em matéria de procedimento, as regras de *discovery*<sup>29</sup> e o sistema de *cross examination*<sup>30</sup> das testemunhas praticamente sem limitações. A *discovery*, como praticada nas arbitragens LCIA e AAA, pouco ou nada difere do que se faz nos procedimentos judiciais ingleses e norte-americanos, e seu atendimento pode ser muito oneroso e trabalhoso para uma parte que não se tenha cuidadosamente preparado para ela. A *cross examination* sem limites é muito agressiva, pois permite que se formulem perguntas induzindo à resposta desejada pelo interrogador.

É verdade que a admissibilidade, no procedimento arbitral, desses meios de prova da *common law* dependerá, também, da nacionalidade e formação cultural dos árbitros. Árbitros que praticam o direito em países da *common law* tenderão a não impor restrições à *discovery* e à *cross examination*. Já árbitros de países de *civil law* normalmente imporão limites aos eventuais excessos dos advogados das partes<sup>31</sup>.

29 Comunicação obrigatória à parte adversa de documentos e fatos por ela solicitados no processo. Neste sentido, a explicação a seguir é ilustrativa, ver: O. Morgan, citado por Lawrence W. Newman e Richard D. Hill, Editors, *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, Juris Publishing, Inc., 2004: "In the first instance, an order for discovery requires a party to produce a list of all documents, save privileged ones, which are, or have been, in his possession, custody or power, relating to matters in question. Any document is disclosable which it is reasonable to suppose contains information which may enable a party either to advance his own case or to damage that of his adversary or may fairly lead to an inquiry which may have either of those two consequences. Conversely, an order for specific discovery is available when a party has reason to believe that his opponent has not fully complied with his obligations in respect of discovery, e.g. when the disclosed documents refer to others which have not themselves been disclosed, or when it is clear from the nature of the transaction that documents must have come into a party's possession or power which are not included in his list. The High Court is empowered, if so minded, to order that the party giving discovery should verify on oath his list of documents."

30 Neste sentido, Bernardo M. Cremades, Introductory Remarks, International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, disponível no site [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com): "Without a doubt, the geographic origin of the protagonists of an arbitration has a repercussion in their respective approaches. The academic confrontation that takes place between those from the Anglo-Saxon (Common Law) legal profession and

## ○ LOCAL DA ARBITRAGEM

A escolha é relevante no caso das *joint ventures* internacionais. ○ Local da arbitragem é importante de três pontos de vista: (i) a aplicação subsidiária da lei processual do local, em caso de omissão do regulamento de arbitragem; (ii) a competência dos tribunais locais para apreciar medidas cautelares e incidentais; e (iii) a exigência da lei brasileira de arbitragem, de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, das sentenças arbitrais estrangeiras.

Pelas razões acima, uma parte contratante brasileira terá interesse em realizar a arbitragem no Brasil. Isto sem falar nos custos de viagem, hospedagem, etc., que uma arbitragem sediada no estrangeiro traria para a parte brasileira.

## ○ NÚMERO DE ÁRBITROS E A FORMA DE SUA ESCOLHA

Qualquer dos regulamentos arbitrais antes referidos (CCI, UNCITRAL, LCIA, AAA, Câmara de Comércio Brasil-Canadá, Euro-câmaras) admite o julgamento por um único árbitro, ou por um tribunal arbitral de três. O regulamento da FTESP não contém referência a três árbitros, mas a "árbitro" e "árbitros". A lei brasileira de arbitragem permite que as partes escolham "um ou mais árbitros, sempre em número ímpar", admitindo, assim, um número superior a três.

A maior parte dos regulamentos prevê que, deixando as partes de pactuar sobre o número de árbitros e sua forma de nomeação, o centro

those coming from the Roman Civil Law tradition has now become tradition. In procedural claims of an Anglo-Saxon colleague in discovery material. The requirement of submitting the documents in his possession, those which favor as well as those which prejudice the party being represented, is not always interpreted in the same way by all concerned. For some, the cross-examination of witnesses and experts is a guarantee of the process thanks to the principle of contradiction; for others, it is a real circus of pure dialectic confrontation in which the truth is not revealed. These are grey areas in which the difference between some legal professionals and others is magnified".



de arbitragem nomeará um único árbitro, salvo se, a seu critério, a questão puder ser melhor decidida por um tribunal de três árbitros.

Se o tribunal for constituído por três árbitros, cada parte indicará um, e os dois árbitros assim nomeados escolherão o terceiro, que presidirá o tribunal. Na falta de acordo entre os dois árbitros nomeados pelas partes a respeito da escolha do terceiro, o centro de arbitragem nomeará o presidente.

Embora sejam conhecidas decisões de excelente qualidade proferidas por árbitro único, um tribunal de três árbitros estará, em princípio, melhor aparelhado para decidir sobre questões comerciais complexas, que normalmente exigirão a produção de grande quantidade de documentos, e diversas testemunhas.

### O IDIOMA DA ARBITRAGEM

A escolha do idioma se aplica apenas às arbitragens originadas de *joint ventures* internacionais.

Quanto a essa escolha, cabem duas observações de ordem prática: (i) embora seja admitido o procedimento bilingüe e tradução simultânea durante as audiências, esta opção importa em maiores custos, especialmente para tradução de documentos; além disso, as traduções das peças produzidas pelos advogados durante o procedimento raramente se revestem da precisão desejável; assim, é preferível que as partes escolham um único idioma; (ii) escolhido um idioma, os árbitros devem ser fluentes nele, de forma a dispensar traduções.

### O PRAZO PARA PROLAÇÃO DA SENTENÇA

A lei brasileira de arbitragem determina que, à falta de convenção das partes, o prazo de apresentação da sentença arbitral será de 6 meses. O regulamento CCI, em seu artigo 24, estabelece o prazo de 6 meses, contados da assinatura dos *Terms of Reference (Acte de Mission, em francês)*; esse prazo pode ser prorrogado pela CCI a pedido do(s) árbitro(s), ou de ofício. Os regulamentos UNCTRAL, LCIA e AAA silenciam a respeito. Os regulamentos da Câmara de Comércio Brasi-Canadá, da FIESP e das Eurocâmaras estipulam prazos de 20 dias, contados do

encerramento das audiências, ou, se não houver necessidade de audiência, contados do encerramento do prazo de alegações finais ou memoriais das partes.

Na prática, dificilmente se encontram casos de encerramento de arbitragens, com o proferimento de sentença, em menos de 12 meses. Como foi mencionado acima, dados da CCI indicam uma duração média de 21 meses para as arbitragens internacionais a ela submetidas.

O proferimento de sentença fora do prazo pode levar à nulidade da sentença. Por isso, é importante que as partes, na convenção de arbitragem, estabeleçam um prazo realista para apresentação da sentença (talvez levando em conta o dado estatístico da CCI, antes referido).

### 7. PROBLEMAS COMUNS PARA REFLEXÃO

A redação de cláusulas de arbitragem em relações comerciais complexas, como seria o caso de *joint ventures*, requer uma atenção especial. Como já se teve a oportunidade de referir anteriormente, a *joint venture* envolve um acordo de base e vários "acordos satélites". Ora, uma cláusula de arbitragem incompleta, ou que não especificque os possíveis litígios por ela abrangidos, pode criar sérios problemas quando a disputa vier a efetivamente ocorrer.

A extensão da cláusula arbitral do acordo de base para os demais contratos relacionados só poderá ocorrer se houver previsão expressa nas cláusulas. Caso contrário, teremos vários tribunais arbitrais para solucionar litígios que, embora não digam respeito a um mesmo contrato, fazem parte de uma relação contratual complexa, que será solucionada de forma fragmentada.<sup>32</sup>

32 O autor viveu este problema em um caso recente, no qual contratos falidamente ligados continham cláusulas arbitrais distintas, quanto às regras, lei aplicável ao mérito, sede, e idioma. O resultado foi a instauração de três diferentes procedimentos arbitrais, um no Brasil, em língua portuguesa, lei do país de uma das partes contratantes; o regim UNCTRAL; outro em Portugal, bilingüe inglês-português, a municipalidade do caso precedente, e regim UNCTRAL; o terceiro procedimento teve lugar em Londres, sob a lei inglesa, em língua inglesa, e regim LCIA. É fácil de imaginar o enorme trabalho dos advogados e das partes, obrigados a duplicar e triplicar o trabalho, com os custos consequentes.

Existe grande dificuldade para os tribunais arbitrais definirem a sua competência se as cláusulas arbitrais não forem claras a esse respeito. Neste contexto, vale citar frase do Ministro Barros Monteiro, de que os contratos vinculados são como "irmãos siameses", que não podem ser separados "principalmente quando se pretende resolver pendências que, dada a unicidade do negócio, afetariam a todas as partes".<sup>33</sup> Para o advogado, vale ter esse raciocínio em mente ao redigir a cláusula compromissória de um acordo de base, por exemplo. Um conflito que surja com relação a esse documento não poderá ser abstraído das obrigações originadas de contratos satélites e vice-versa. Se esse for o caso, a solução do litígio será dada de forma incompleta e inapropriada, com o risco de não ser justa e equitativa.

O caso CCI 7929 de 1995 é ilustrativo. Na sentença parcial, o tribunal arbitral teve de decidir sobre a extensão de sua competência no que foi denominado um "unified contractual scheme". O esquema contratual ético; verdadeira; era o conjunto de contratos relativos a uma *joint venture*. A primeira questão levantada pelo tribunal foi "The argument, put simply, is as to the scope of the arbitration clause in this Agreement: is it limited to disputes which plainly arise under the Partnership Agreement or does it extend beyond this and if so, what other disputes does it cover?". Interpretando a cláusula de arbitragem do *Acordo de Parceria*, entendeu que não tinha competência para solucionar controvérsias que dissessem respeito ao *Acordo de Cooperação*: "There is no arbitration clause in the *Cooperation Agreement and so nothing on which our jurisdiction could be founded: ex nihilo nihil fit*".

Esse mesmo tribunal, por outro lado, entendeu que, embora apenas tivesse jurisdição sobre o *Acordo de Parceria*, como esse fazia parte de um "unified contractual scheme", não poderia ser analisado e interpretado isoladamente: "We have jurisdiction over any claims arising from the *Cooperation Agreement if and to the extent that this is shown to be part of a*

*unified contractual scheme with the Partnership Agreement, but not from the Cooperation Agreement on its own*". (destaques nossos)

O Tribunal Arbitral fundamentou suas decisões no "unified contractual scheme", que foi assim definido: "The phrase 'unified contractual scheme' in the present context appears to us to reflect the position frequently encountered in international arbitration with in the words of Craig, Park & Paulsson, 'complex situations where numerous contractual documents relate to one organic relationship'. Prima facie, it also appears to describe the situation in this case, to the extent that there is a main contract (the Partnership Agreement) which creates a business relationship, and other contracts (notably the Cooperation Agreement) making changes of one sort or another in that relationship. It is generally considered desirable that disputes relating to obligations arising from the relationship as a whole, i.e., under several contractual documents, should be submitted to one single judicial authority: it appears inappropriate for different jurisdictions to deal with necessarily interrelated issues in a piecemeal and potentially inconsistent manner".

O cuidado na redação de cláusulas compromissórias de conjunto de contratos concisos evitará que as questões acima apontadas tenham que ser levantadas perante tribunais arbitrais ou o Poder Judiciário.

## CONCLUSÃO

Para concluir este artigo, o autor pede licença para transcrever um comentário de Serge Lazareff sobre a arbitragem na atualidade:

"Longtemps conçu comme un simple mode d'apaisement de contentieux, l'arbitrage moderne se caractérise surtout par sa plus grande technicité et sa flexibilité. Il permet ainsi de répondre, non seulement aux exigences de plus en plus renforcées des usagers en matière de sécurité juridique, mais également à la complexité grandissante des affaires impliquant de plus en plus souvent une pluralité de parties d'origine et de culture différentes."<sup>35</sup>

33

Caso citado por Arnaldo Wald, "Arbitragem, os Grupos Societários e os Conjuntos de Contratos Conexos" in *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 1, no 2, março/abril de 2004, Editora Revista dos Tribunais, p. 53

34

Interim Award in case n° 7929 of 1995, disponível no site [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com)

35

In Cahiers de l'arbitrage, juillet 2002, p. 5.