PROTEÇÃO AO SÓCIO MINORITÁRIO: A NÃO VINCULAÇÃO DO SÓCIO DISSIDENTE À CLÁUSULA ARBITRAL

Protection to the minority partner: the non-attachment of the dissenting member to the arbitration clause

Margareth Vetis Zaganelli [1]
Gabriel Viçose [2]

RESUMO

A arbitragem vem ganhando cada vez mais proeminência no meio acadêmico. Isto se deve ao desenvolvimento e consolidação deste meio extrajudicial de solução de litígios nas sociedades empresariais brasileiras, ao abarrotamento do judiciário somado à não especialidade dos juízes, além da recente inclusão do art. 136-A na Lei das Sociedades por Ações, dispositivo que defendemos padecer de inconstitucionalidade. Utilizando metodologia qualitativa, com apoio em pesquisa bibliográfica, o que se procura é a situação de uma sociedade constituída sem cláusula compromissória que, posteriormente, busca aprovar em sede de assembleia geral a arbitragem como meio de se resolver futuros litígios entre seus sócios. Em caso de existir sócio dissidente, deve haver a compatibilização do princípio majoritário com o da proteção ao sócio minoritário, tendo como plano de fundo a garantia constitucional da liberdade de associação, além dos aspectos

ABSTRACT

Arbitration has been gaining increasing prominence in academia. This is due to the development and consolidation of this extrajudicial means of dispute settlement in Brazilian business societies, to the overcrowding of the judiciary and to the non-specialty of the judges, in addition to the recent inclusion of art. 136-A in the Brazilian Corporation Law, a provision that we defend to be unconstitutional. Using qualitative methodology, with support in bibliographical research, what we are trying to discuss in this article is the situation of a company incorporated without an arbitration clause, which subsequently seeks to approve arbitration as a means of resolving future disputes between its shareholders. If there is a dissident partner, there should be a compatibility of the majority principle with that of protection to the minority partner, having as background the constitutional guarantee of freedom of association, in addition to the elementary aspects

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estágios de Pós-doutorado na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB), na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO) e na Università degli Studi Del Sannio (UNISANNIO). Professora Titular de Direito Penal e Processual Penal e de Teoria do Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Bioethik - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES) e do Grupo de Estudos e Pesquisas MIGRARE: Migrações, Fronteiras e Direitos Humanos (UFES). E-mail: mvetis@terra.com.br

2 Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); E-mail: gabriel_vicose@hotmail.com.

elementares da arbitragem, quais sejam, a voluntariedade dos sujeitos e a disponibilidade do direito.

PALAVRAS-CHAVE

Cláusula compromissória, voluntariedade, disponibilidade, proteção ao sócio minoritário, liberdade de associação.

of arbitration, namely, the subjects' voluntariness and the availability of the right.

KEYWORDS

Commitment clause, voluntariness, availability, minority partner protection, freedom of association.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Autonomia da vontade. 3 Autonomia da cláusula compromissória. 4 Compatibilização do princípio majoritário. 5 Princípio da inafastabilidade. 6 Incompatibilidade do art. 136-A. 7 Considerações finais. 8 Referências.

SUMMARY: *1 Introduction. 2 Will autonomy. 3 Autonomy of the arbitration clause. 4 Compatibility of the majority principle. 5 Principle of non-obviation. 6 Incompatibility of art. 136-A. 7 Final considerations. 8 References.*

1. INTRODUÇÃO

Diante da relevância a qual vem assumindo os métodos alternativos de resolução de litígios, sobretudo no concernente à arbitragem no âmbito do direito societário, granjeia fundamental importância a discussão acerca de tal tema.

Sumariamente, a fim de obter uma melhor compreensão, convém elucidar que a arbitragem consiste em um procedimento utilizado, sobretudo no contexto empresarial, para a solução de controvérsias de natureza patrimonial e disponível, sendo que, "são disponíveis (do latim *disponere*) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto". [3]

Trata-se de uma "técnica de solução de litígios mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e 'imparcial' (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio".[4]

Insta salientar que são excluídas da arbitragem causas as quais envolvem direitos indisponíveis precisamente devido tal meio ser instaurado por convenção entre as partes, o que implica em renúncia à jurisdição estatal e atribuição do julgamento da lide a um cidadão privado.[5]

São os atributos da arbitragem que a tornam cada vez mais interessante quando comparada ao processo ordinário. Mesmo sendo considerada por muitos como jurisdição,

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

4 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 192.

5 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 31-32.

não se encontra diretamente atrelada ao Estado e às normas processuais do livro dos ritos.

Aliás, a jurisdição arbitral "não é alimentada pela mesma fonte de poder responsável pela jurisdição estatal, que obviamente é o próprio Estado, mas por uma outra fonte, representada pela vontade das partes que ajustam uma convenção de arbitragem".[6]

Isto possibilita ao procedimento arbitral uma maior liberdade, o que culmina na arbitragem sendo uma técnica mais simples do que a estatal. Além da simplicidade, há a confidencialidade. Muitas empresas vêm incorporando aos seus estatutos a cláusula compromissória justamente pelo fato de os processos conduzidos pelo juízo arbitral correrem em segredo de justiça. Não é interessante, aos olhos do mercado e da bolsa de valores, que as organizações possuam suas lides conhecidas publicamente. Somam-se, também, às qualidades do procedimento arbitral sua agilidade, flexibilidade, economia e segurança. Ademais, os árbitros podem ser verdadeiros experts nos assuntos que envolvem os conflitos a eles submetidos e, nem sempre os juízes possuem conhecimento acerca do que julgam.

Convém apontar que a Lei Brasileira de Arbitragem foi criada em 1996. Anos depois, diante da necessidade de modernização do texto normativo para que se adequasse à prática arbitral no país, foi sancionada a Lei 13.129/15. Além de reformar a Lei Brasileira de Arbitragem, também trouxe alterações na Lei das Sociedades Anônimas com a inclusão do art. 136-A.

Um assunto recorrente não apenas no universo jurídico, mas, também, na vida das pessoas as quais aguardam anos no Poder Judiciário para verem resolvidos seus problemas é o abarrotamento do judiciário. Consiste "fato induvidoso a associação da expressão crise no Poder Judiciário ao fenômeno de morosidade da justiça e da *duração irrazoável do processo, atribuível* ao congestionamento de causas em curso no Poder Judiciário[7].

Assinala Marlon Tomazette, o transcurso de longo período de tempo visto nos processos judiciais dificultam o bom andamento dos negócios sociais e podem impedir o sucesso das empresas. Assim, esta demora na solução dos conflitos enseja danos gravíssimos às companhias. Além disso, a publicidade dos conflitos podem ser prejudiciais à coletividade.[8]

Como se vê, é notória a crise na jurisdição estatal, o que leva muitas sociedades empresariais brasileiras e internacionais a se interessarem por outras técnicas de solução de litígios. Neste cenário, apresentam-se com uma promessa de processos mais seguros e menos demorados as câmaras de arbitragem.

6 CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 177.

7 ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 3-4.

8 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial:* Teoria geral e direito societário, v.1, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 637.

Interessante notar que, o próprio surgimento da arbitragem, enquanto outra forma heterocompositiva para o tratamento de controvérsias, decorre da demora e do despreparo do Estado para o julgamento de determinados conflitos. [9]

Para fins de esclarecimento acerca da metodologia utilizada no presente trabalho, de natureza qualitativa, convém assinalar o levantamento bibliográfico empreendido, revisando o que já era afirmado pela doutrina, antes mesmo da alteração advinda com a criação do art. 136-A. Autores como Carmona,[10] Caramelo[11] e Carvalhosa[12] puderam ser os sustentáculos para a análise do tema. Também não se olvidou de perscrutar o que disciplina o Código de Processo Civil,[13] a Lei de Arbitragem[14] e a Lei das Sociedades por Ações,[15] diplomas os quais regulam a situação em tela. Ademais, a principal fonte utilizada no trabalho foi a Constituição,[16] uma vez que seus princípios devem ser irradiados sobre as referidas leis e doutrinas. Não há como tecer pensamentos sobre o direito pátrio sem se levar em consideração os valores salvaguardados pelo texto constitucional.

Também se tomou como base o caso consolidado[17] utilizado na VII Competição Brasileira de Arbitragem Petrônio Muniz, a fim de expandir as compreensões, ao levá-las aos casos concretos.

Em suma, buscou-se a realização da pesquisa por intermédio do método qualitativo, descrevendo a complexidade do objeto de estudo com o intuito de compreendê-lo e, justificando as informações coletadas.

2. AUTONOMIA DA VONTADE

Previamente, insta mencionar que a arbitragem é um instituto jurídico que se constitui a partir da declaração personalíssima de vontade com o intuito de afastar o litígio da apreciação do Judiciário. Assim sendo, para que a arbitragem possa auferir competência em dado conflito, é necessária a expressa concordância com a convenção que pactua a renúncia à jurisdição estatal e confirma a jurisdição arbitral. Nesse sentido,

9 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil:* teoria do processo civil, v.1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 136.

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

11 CARAMELO, António Sampaio. *Arbitragem de litígios societários*. Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Coimbra: Almedina, n. 4, 2011.

12 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

13 BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Código de Processo Civil de 2015*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.

14 BRASIL. Lei n. 9.307/96 (1996). *Lei de Arbitragem*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1996.

15 BRASIL. Lei n. 6.404/76 (1976). *Lei das Sociedades por Ações*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1976.

16 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

17 COMPETIÇÃO BRASILEIRA DE ARBITRAGEM PETRÔNIO MUNIZ. *Caso Consolidado*. VII Edição. São Paulo, SP: Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB), 2016.

qualquer interpretação normativa em sentido contrário, nega, desde logo, que a escolha da arbitragem é marcada pela autonomia da vontade.

Afirma-se, desse modo, que o consentimento das partes, imperativo para a instauração do tribunal arbitral, não pode ser considerado existente no caso de sócios que tenham se manifestado contrários à via arbitral. A concordância ou dissidência diante da instituição da arbitragem repousa na livre autonomia da vontade das partes. Não se pode descartar o elemento volitivo da arbitragem e, por via de consequência, da cláusula responsável por submeter os litígios de dada relação jurídica.

É interessante frisar a importância do princípio da autonomia da vontade no tema que no presente artigo tratamos. O vocábulo "autonomia", juridicamente, refere-se ao "poder jurídico conferido pelo direito aos particulares para autorregulamentação de seus interesses, nos limites estabelecidos".[18] À vista disso, convém atestar que o procedimento arbitral, marcado pela liberdade dos contratantes, garante que as partes escolham por si próprias as regras e peculiaridades de eventual arbitragem. Enfatiza-se, assim, por intermédio do exposto, a essência da arbitragem, a qual se concentra no liame do consentimento. Nas vezes em que é constatado, nas sociedades as quais desejam implantar a cláusula compromissória em seus estatutos, que há a tentativa de submeter os contrários à via que se busca eleger, demonstra-se flagrantemente afastada a voluntariedade do instituto em detrimento do poder de controle dos acionistas majoritários da sociedade, o que desvirtua a natureza da própria arbitragem.

Isto posto, torna-se fundamental depreender que a cláusula compromissória é a convenção firmada entre as partes, por escrito, pela qual acordam que eventuais litígios decorrentes de uma relação jurídica serão resolvidos pela via da arbitragem. Encontramos tal definição no art. 4º da Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96), o qual prescreve que a "cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato".

Como resultado, a instituição de cláusula arbitral (assim também denominada) afasta a competência do Poder Judiciário. A acolhida pelo juiz estatal da alegação de convenção de arbitragem, inclusive, é elencada entre as hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito pelo Código de Processo Civil (vide art. 485, VII, CPC/2015).

A possibilidade de as partes interessadas submeterem a solução de seus litígios ao juízo arbitral (art. 3º, LA), afastando, assim, a competência da jurisdição estatal para tais conflitos, deve ser vista com cautela, uma vez que estamos diante de direitos constitucionalmente resguardados. Assim, deve-se observar o disposto no §1º do art.

18 LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

4º da LA, o qual deixa clara a importância de a manifestação de vontade ser expressa e inequívoca. Nos termos da lei, "a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira".

Dado o caráter contratual e consensual da cláusula arbitral, importa mencionar que esta é regida pelo interesse comum das partes que, usando de suas liberdades e autonomia privada, afastam da apreciação do Judiciário os seus conflitos, delegando-os ao crivo da arbitragem. Por consequência disso, o próprio vício de consentimento acarretaria em nulidade.

Neste prisma, não deve haver contraposição de interesses na escolha do pacto arbitral. A decisão pelo juízo arbitral deve ser construída por todas as partes envolvidas.

Reconhece-se, à vista disso, que a cláusula compromissória é, por sua natureza jurídica, um negócio jurídico processual.

Em consonância com os ensinamentos do Professor Carmona, compreende-se negócio jurídico processual como a "manifestação da vontade das partes que visa produzir determinado efeito relativamente ao processo".[19] Seguindo tal raciocínio, na cláusula compromissória, o efeito é impedir o desenvolvimento do processo estatal.

Isto posto, é imprescindível perceber que a manifestação favorável de vontade do acionista para aprovar a cláusula arbitral e se submeter aos seus efeitos é necessária e, o art. 136-A possui flagrante inconstitucionalidade por ferir a autonomia privada e a liberdade de associação.

O direito de retirada garantido pelo dispositivo abre caminho para uma série de arbitrariedades passíveis de serem cometidas pela maioria do capital votante. Tal artigo viola o princípio da proteção ao sócio minoritário e possibilita que os sócios controladores expulsem sócios minoritários ao seu bel-prazer.

Aliás, não se pode exigir que um acionista se vincule a um tribunal arbitral a contragosto, haja vista o instituto da arbitragem deitar suas raízes no exercício da liberdade de contratar.

Por esse viés, defendemos que, quando numa assembleia geral não se alcança a unanimidade para a inclusão da clausula compromissória em seu estatuto social, não deve tal desiderato prosseguir, dada a não aceitação de algum acionista. Caso a maioria ainda assim queira se submeter ao juízo arbitral, não deve olvidar que o acionista dissidente continuará com o direito de propor ação perante o Judiciário. Destarte, o possível risco de coexistir dois tratamentos jurídicos distintos (jurisdição ordinária e jurisdição arbitral) em uma mesma organização é assumido pela maioria.

19 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009, p. 35-36.

A fim de demonstrar que, na própria prática jurídica se aplica o que defendemos no presente escrito, pode-se recorrer aos precedentes jurisprudenciais, como o Agravo de Instrumento do TJMG, cuja decisão dada em situação equivalente a que tratamos reafirma a necessidade da manifestação de vontade expressa do sócio no sentido de anuí-la, de forma que, caso isto não se verifique, haverá violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal:

> [...] Entretanto, tal cláusula não se aplica aos acionistas que não anuíram expressamente à sua introdução. A cláusula de arbitragem, como forma de limitação voluntária ao constitucional direito de ação, somente é oponível a quem inequivocamente abriu mão de seu direito, ou seja, é possível que a sociedade estabeleça a cláusula de arbitragem para suas relações, mas somente poderá ser invocada caso a parte contrária também tenha concordado previamente.[20]

Ato contínuo, o relator desenvolve seu voto dissecando um dos corolários do princípio da indelegabilidade da jurisdição, qual seja, o vetor que se direciona ao jurisdicionado: "Como se observa, não é a lei, mas a própria pessoa, como sujeito do direito de ação, que pode limitá-lo. Se se permitisse, com base no art. 109 da Lei nº 6.404, de 15-12- 1976, que a maioria dos acionistas restringisse o direito do acionista minoritário de levar seu conflito ao Poder Judiciário, estaria a lei excluindo da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, o que é constitucionalmente vedado".[21]

Ademais, há que se atentar a um ponto importante apontado no r. acórdão. Em alusão aos contratos de adesão, pode-se verificar que existe um tratamento diferenciado à cláusula compromissória. A lei previne atos que venham ferir a autonomia do contratante ao tornar a arbitragem compulsória com sua assinatura: "O § 2º do referido art. 4º deixa claro o objetivo legal de não vinculação compulsória de quem quer que seja ao compromisso arbitral, tanto que nos contratos de adesão, em que a parte, em tese, já concorda com a cláusula se assina o contrato, exige-se assinatura especial em relação à referida cláusula".[22]

3. AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Mais uma vez recorreremos ao próprio texto legal, perseguindo uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico e demonstrando a incompatibilidade da vinculação

20 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Acórdão de decisão que não acolhe preliminar de cláusula de arbitragem*. Agravo de Instrumento n. 1.0035.09.169452-7/001. 10ª Câmara Cível. Agravante: Rosangela Dorazio Brockhausen e outro. Agravada: Frigorífico Mataboi S/A. Relator Des. Gutemberg da Mota e Silva. Belo Horizonte, 13 de abril de 2010. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/44550385/inteiroteor-10035091694527001>. Acesso em: 04 set. 2018, p. 4.

21 Ibdem, p. 5.

22 Ibdem, p. 5.

compulsória à cláusula arbitral. Do disposto no art. 8º da Lei 9.307/96, tece-se a compreensão de que a cláusula compromissória, que institui a arbitragem como via de solução de litígios, é independente e autônoma ao estatuto social, como instrumento de obrigações entre os acionistas, *in verbis*:

> *Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.*

Assim sendo, a subscrição ao pacto arbitral consiste em uma faculdade da companhia e em uma escolha dos sócios. Enquanto a vontade da companhia é determinada pelo princípio majoritário concretizado pela regra da maioria, a predileção do sócio é aprazada através de expressa manifestação individual da vontade.

Porquanto estamos diante de uma faculdade, a cláusula compromissória é independente do estatuto organizativo da sociedade e, por este ângulo, não se conglomera com os interesses gerais da companhia. Há, neste ínterim, a constituição de uma verdadeira cláusula parassocial.

Tal instituto acomoda maior elucidação. Consoante Carina Filipa Santos Moreira, os acordos parassociais são convenções celebradas entre todos ou alguns sócios de uma determinada sociedade (ou entre sócios e terceiros face àquela) pelas quais, na qualidade de sócios, se vinculam a uma certa conduta não proibida por lei e a exercer em determinados termos os direitos inerentes às suas participações sociais23.

Consequentemente, assumindo a instituição da arbitragem como cláusula parassocial, elimina-se a possibilidade de assimilá-la como norma organizativa da sociedade, pois nem ao menos versa sobre o objeto da sociedade, mas sim sobre o instrumento pela qual eventual litígio será dirimido.

Neste ponto, é imperativo reconhecer que a sociedade empresarial, qualquer que seja, na negociação da cláusula compromissória, despe-se de seu poder de impor obrigações a todos os acionistas, e assume a posição de parte, e não centro de interesse dos sócios.

Assim sendo, na perspectiva de um acordo parassocial, limitado pela liberdade de contratar e pela autonomia da vontade das partes, cada um dos polos da relação (seja a sociedade empresarial, sejam os fundadores, sejam os acionistas) pode, individualmente, aceitar ou não o pacto arbitral para dirimir seus conflitos. Não há, assim, desde logo, vinculação alguma entre o acordo parassocial e o interesse social, porque o primeiro

23 MOREIRA, Carina Filipa Santos. *Acordos parassociais:* Os acordos relativos ao exercício do direito de voto (dissertação). Universidade do Porto, julho de 2014. 57 páginas (dissertação de mestrado em direito). Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=32643>. Acesso em: 04 set. 2018.

somente produz efeitos inter partes, pelo que apenas indiretamente afeta a própria sociedade.

No contrato parassocial, previsto no art. 118 da Lei de S.A., a intenção dos sócios, bem como da sociedade empresarial como parte, assume a natureza individual e pessoal ao abrigo da autonomia privada, salvo o limite do abuso do direito. Nenhum sócio tem o dever de votar em harmonia com o interesse social entendido como distinto do interesse protegido pelo acordo parassocial, pois não há limitação, para os seus subscritores, de interesse social extrínseco frente ao interesse específico dos acionistas.

É simples a constatação da independência deste acordo face ao contrato de sociedade, posto que o acordo nada mais compreende que duas ou mais declarações de vontade que têm em vista a regulamentação unitária de interesses, isto é, negócios jurídicos bilaterais – ou multilaterais – revestidos de natureza contratual. No pacto arbitral, os acionistas se propõem a decidir, individualmente, no limite de sua autonomia individual, a restrição de seu direito de acesso ao Judiciário. Só se poderia considerar a vinculação de todos os acionistas, seguindo raciocínio dado pelo ordenamento jurídico, se a cláusula compromissória fosse incorporada unanimemente ao Estatuto Social da empresa.

Nesse sentido, em que pese à natureza jurídica da cláusula compromissória, esta, como negócio jurídico, ostenta caráter de acordo parassocial, de forma que seus efeitos têm vinculação somente entre as partes que a ela decidem se subscrever, em respeito aos princípios da liberdade de contratar e da autonomia da vontade das partes, e a inegável dissociação do interesse social frente ao interesse individual dos acionistas.

4. COMPATIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO MAJORITÁRIO

No Direito Societário há um importante princípio que, caso analisado isoladamente, possibilitaria a defesa de que obrigar um sócio minoritário a se retirar da companhia caso não queira se submeter à cláusula compromissória, consiste em um ato juridicamente protegido. Trata-se do princípio majoritário, segundo o qual a vontade da sociedade – a partir da vontade da maioria – vincularia até mesmo os que de modo individual manifestam discordância.

Sem dubiedades, quando optamos por defender o direito do sócio minoritário de permanecer na sociedade, não estamos excluindo o princípio majoritário. Ocorre que este princípio deve, nessas situações, ter sua incidência compatibilizada com o princípio da proteção ao sócio minoritário e princípio da autonomia privada, haja vista a necessidade de se salvaguardar os direitos fundamentais do dissidente.

Não é despiciendo mencionar que o princípio majoritário não é absoluto. A fim de atestar tal assertiva, basta recordar das hipóteses as quais, no âmbito das sociedades

anônimas, torna-se indispensável a unanimidade. São exemplos o pagamento da participação dos administradores disposto no art. 294 e a transformação do tipo social no art. 221 da Lei das Sociedades por Ações.

Por essa razão, a decisão adotada pela maioria não pode vincular terceiro (acionista da própria companhia), sendo imperiosa a deliberação em termo de adesão à arbitragem, não estando o eventual dissidente obrigado a submeter-se à arbitragem instituída por outros.

Evidente que a regra da maioria, nada obstante seja o mecanismo de apuração do interesse social, não tem aptidão para estender os efeitos da deliberação aos acionistas minoritários que dela divergiram. Assim, em que pese ser possível a alteração do estatuto social para o fim de incluir a cláusula compromissória, está-se diante de uma situação de inoponibilidade dessa cláusula aos acionistas que se manifestaram expressamente contrários à sua adoção.

À vista disso, é inaceitável que, em um Estado Democrático de Direito, seja admitido que a maioria venha a pulverizar os direitos fundamentais do sócio minoritário, quais sejam o da autonomia privada e do acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB/88 c/c art. 109, § 2º, LSA).

Deve-se de pronto assegurar que não há caráter algum do princípio majoritário, em qualquer tipo de sociedade empresarial, que possa privar os sócios minoritários de direitos amparados na Carta Magna, de forma a impor obrigações ou restringir direitos, sem a inequívoca anuência dos interessados.

Como já exaurido, a cláusula compromissória é acordo parassocial e, desta forma, não se confunde a vontade da sociedade com a vontade individual dos sócios.

O argumento do princípio majoritário enfraquece à medida que se aproxima do princípio corolário da arbitragem: o princípio da autonomia da vontade. Em simples equação fica evidente a fragilidade da argumentação: como reconhecer a negativa de direito do sócio a buscar tutela perante o Poder Judiciário – de forma a forçá-lo à submissão à via arbitral – se o procedimento arbitral somente é constitucional (alternativamente) com base no princípio da autonomia da vontade?

Negar tal premissa denota, no mínimo, desconhecimento de toda a construção histórica do atual instituto da arbitragem. Somente em tempos recentes teve a arbitragem sua constitucionalidade compreendida, constitucionalidade esta, ressalte-se, lastreada na premissa da voluntariedade das partes em se submeter ao Tribunal Arbitral.

Resta cristalino que a legitimidade perante a Constituição do procedimento arbitral se sustenta essencialmente na voluntariedade de disposição da parte de seu direito constitucional.

A contrario sensu, portanto, retirando da arbitragem seu caráter consensual,

submetendo parte que expressamente manifestou desacordo à arbitragem, significa afastar a constitucionalidade do instituto.

Com efeito, o princípio majoritário das sociedades de capital não pode restringir direitos. Não se pode, assim, empreender manobras jurídicas para defender a promoção e o desenvolvimento da arbitragem à custa de sacrificar a sua essência, qual seja, a liberdade das partes.

Admitir a arbitragem adotada validamente por decisão da maioria, mesmo na situação em que o sócio minoritário se presta em manifesta discordância, significa dizer que se trata de introdução de cláusula com vista a privar os sócios da tutela de seus direitos, o que não se entende, posto que a restrição de direitos constitucionais escapa ao poder decisório da maioria.

Mesmo que não se considere como renúncia a direito constitucional, sob o argumento de que a tutela arbitral, sob a ótica do microssistema legal da arbitragem, seja jurisdição equivalente à jurisdição estatal, ainda há que se considerar que o art. 5º da Carta Magna concede maior tutela à parte, pois a renúncia à via jurisdicional ordinária implica também na renúncia da defesa dos direitos num segundo grau de jurisdição (art. 18 da Lei 9.307/96).

Além do mais, as garantias e recursos previstos à defesa da parte na jurisdição estatal são mais abrangentes, de modo que a opção pelo juízo privado significa abrir mão desses meios.

Nesse sentido, a cláusula arbitral supõe, se não a renúncia, ao menos uma restrição ou mesmo limitação do direito à tutela judicial efetiva. A imposição obrigatória do equivalente jurisdicional privado acarreta potencial dificuldade no acesso à prestação jurisdicional na hipótese de esta ocorrer em Tribunal Arbitral no qual umas das partes não possua condições financeiras de participar do litígio em condições justas, além de suprimir o direito ao duplo grau de jurisdição.

A adoção do juízo arbitral não significa uma simples opção pela jurisdição privada, mas sim uma negação à prestação jurisdicional ordinária. Na latente limitação da prestação jurisdicional, a cláusula compromissória no contrato social deve ser tratada com cautela a fim de se evitar que o instituto se torne um meio para o exercício do abuso de poder de controle dos sócios ou acionistas majoritários.

Cumpre ressaltar que a argumentação aqui tecida não vislumbra afrontar a legalidade do instituto da arbitragem, perfeitamente válido, legal e necessário. O que se argumenta, no entanto, é que a arbitragem compulsória, face a quem com ela não anuiu, afronta o cerne da constitucionalidade da arbitragem, qual seja, a voluntariedade, fomentando a desmoralização do instituto, aniquilando princípio basilar da arbitragem, sob o insuficiente fundamento da proteção do princípio majoritário. Ora, a maioria não

detém poder ilimitado, capaz de inclusive afastar direito constitucional das partes.

A necessidade de concordância expressa e inequívoca da parte é regra que deve ser considerada ante a possibilidade de vinculação das partes à cláusula compromissória. Nesse sentido, qualquer maioria, por qualificada que seja, não justifica a arbitragem societária. Basta uma só pessoa que se submeta sem ou contra sua livre vontade à arbitragem para que exista vulneração dos direitos constitucionais e, consequentemente, desastrosa mácula do instituto arbitral.

5. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE

Consagrado pela Constituição Cidadã de 1988, o princípio da inafastabilidade direciona ao legislador a proibição de elaborar leis que excluem do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Art. 5º, XXXV, CRFB/88).

Também conhecido como acesso à justiça, tal princípio a um só tempo se dirige aos três poderes e ao jurisdicionado. Como prelecionado por Marcelo Abelha, há um aspecto negativo no que diz respeito ao Poder Legislativo, de modo a impossibilitar qualquer iniciativa que impeça o exercício desta garantia fundamental. Tal princípio também incide sobre o Poder Executivo, uma vez que é o poder judiciário que realiza o controle de legalidade dos atos administrativos. Já em relação ao Poder Judiciário, sabe-se que este possui o dever de declarar e realizar o direito em cada caso concreto sempre que legitimamente provocado. Ao cabo, também se direciona ao jurisdicionado quando confere a este o direito fundamental subjetivo e público de bater nas portas do poder judiciário e dele exigir uma tutela justa e adequada.24

Conforme assinalam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, "[...] o perigo de excluir da jurisdição parcela dos direitos não está apenas em negar a devida atenção à justiça estatal, mas também em permitir a relativização do conceito de direito indisponível, viabilizando a sua acomodação às intenções daqueles que querem se livrar do controle do Estado".[25]

Ademais, também a Lei das Sociedades por Ações se preocupou em dar proteção aos direitos do acionista frente ao estatuto social e à Assembleia. De acordo com o § 2º do art. 109 da LSA, "os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela Assembleia Geral".

Por conseguinte, há, na imposição de uma clausula arbitral, clara violação dos direitos essenciais dos sócios dissidentes. Estes não podem ser impedidos de propor ação perante o Poder Judiciário, haja vista a inexistência de desistência tácita de um direito fundamental, qual seja, o acesso à justiça ou inafastabilidade da tutela jurisdicional.

24 ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 52.

25 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil:* teoria do processo civil, v. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 140.

6. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 136-A

A entrada em vigor da Lei n. 13.129/15, que alterou tanto a Lei n. 9.307/96 quanto a Lei n. 6.404/76, permitiu aos acionistas minoritários das companhias uma nova opção de exercício do direito de retirada, com a redação dada ao art. 136-A da Lei de S.A.

Tal ocorrência deve ser mitigada em razão de evitar-se uma pretensa vedação ao acesso à Justiça para os sócios minoritários, por exemplo, que muitas vezes não podem arcar com o procedimento arbitral, revelando-se um conflito de interesses. São irrazoáveis os argumentos os quais visam restringir direitos constitucionalmente garantidos e que foram conquistados a duras penas.

Compreendendo que a instituição de arbitragem evidencia o propósito de afastar o Estado do controle de certos interesses e relações jurídicas, em sua maioria sensíveis às classes sociais mais privilegiadas, pode-se subscrever que "A arbitragem, além de voltada apenas para direitos patrimoniais disponíveis, é idealizada para direitos pertencentes a uma classe bastante restrita da população – que pode pagar pelos seus custos –, preocupada com a solução de controvérsias que dizem respeito a um mundo particular, em que avultam os grandes negócios, marcados por peculiaridades próprias, geralmente desconhecidas pelo juiz estatal, mas plenamente conhecidas por profissionais particulares a elas acostumados".[26]

Outrossim, negar o fundamento da autonomia da vontade das partes ao instituto da arbitragem é uma aberração. É o que entendeu o ministro Néri da Silveira que, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, no qual o Supremo reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, asseverou em seu voto que,

> [...] parece fora de dúvida que nem a cláusula compromissória, nem o compromisso arbitral, enquanto modalidades da convenção de arbitragem, podem ser impostos pela lei, eis que conduzem a soluções de litígios subtraídas ao Poder Judiciário, o que, para tanto, há de resultar da expressa vontade das partes e jamais de imposição da lei. Com efeito, não caberá instaurar-se juízo arbitral senão com o consenso das partes no sentido de sujeitar o litígio à decisão definitiva de um juízo particular, extrajudicial, constituído pela vontade das partes interessadas e segundo a convenção celebrada.[27]

Por certo, a própria recepção da arbitragem no Brasil incluiu como alicerces a

26 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil:* teoria do processo civil, v. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 139.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7. Agravante: M.B.V. Commercial and Export Management Establishment. Agravada: Resil Indústria e Comércio Ltda. Relator: Ministo Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de dezembro de 2001, p. 1189.

vontade das partes e a proibição de imposição legal. Ora, como pode um dispositivo infraconstitucional dispor de forma díspar do já determinado pela Lei Maior e pela jurisprudência do STF?

Não pode existir uma renúncia tácita de um direito fundamental como o acesso à justiça e, por essa razão, mesmo que se considere o direito de recesso a se retirar da sociedade face à discordância quanto à adoção da arbitragem, como orienta o art. 136-A da Lei de S.A., a permanência não se perfaz suficiente para caracterizar a aceitação da arbitragem.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos e contra-argumentos explanados no presente estudo, embora seja sabido que a verdade é sempre aproximativa, conclui-se que o acionista em manifesta discordância ao pacto arbitral não se vincula aos efeitos da cláusula arbitral. Não pode haver presunção de renúncia a direito essencial de qualquer acionista, sob pena de exercício de abuso de poder de controle, tanto mais em se tratando de pacto parassocial. Qualquer interpretação em sentido contrário configura interpretação ampliativa de norma jurídica, o que não se presume, pois a renúncia a direito deve ser interpretada restritivamente, posto que nem o estatuto nem a Assembleia Geral podem limitar direito essencial dos acionistas minoritários, tendo em vista a exigência de manifestação expressa e inequívoca da parte na intenção de afastar a jurisdição estatal.

Portanto, o art. 136-A, é incompatível com a própria arbitragem, além de manifestar latente inconstitucionalidade. Não há como defender, em um Estado Democrático de Direito, um dispositivo que institucionalize a injustiça aos sócios dissidentes, que optaram por não mitigar seu direito fundamental de acesso ao poder judiciário.

8. REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil.* 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil de 2015. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.

BRASIL. Lei n. 9.307/96 (1996). Lei de Arbitragem. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1996.

BRASIL. Lei n. 6.404/76 (1976). Lei das Sociedades por Ações. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1976.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-

7. Agravante: M.B.V. Commercial and Export Management Establishment. Agravada: Resil Indústria e Comércio Ltda. Relator: Ministo Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de dezembro de 2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Acórdão de decisão que não acolhe preliminar de cláusula de arbitragem.* Agravo de Instrumento n. 1.0035.09.169452-7/001. 10ª Câmara Cível. Agravante: Rosangela Dorazio Brockhausen e outro. Agravada: Frigorífico Mataboi S/A. Relator Des. Gutemberg da Mota e Silva. Belo Horizonte, 13 de abril de 2010. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/44550385/inteiroteor-10035091694527001>. Acesso em: 04 set. 2018.

CARAMELO, António Sampaio. Arbitragem de litígios societários. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação.* Coimbra: Almedina, n. 4, 2011.

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

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 31. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

COMPETIÇÃO BRASILEIRA DE ARBITRAGEM PETRÔNIO MUNIZ. Caso Consolidado. VII Edição. São Paulo, SP: Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB), 2016.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil:* teoria do processo civil, v. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, Carina Filipa Santos. *Acordos parassociais:* Os acordos relativos ao exercício do direito de voto (dissertação). Universidade do Porto, julho de 2014. 57 páginas (dissertação de mestrado em direito). Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=32643>. Acesso em: 04 set. 2018.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial:* Teoria geral e direito societário, v. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

Revista Jurídica Unigran

Recebido em: 05.09.2018
Aceito em: 12.11.2018