

A arbitragem no direito empresarial

Arbitration in corporate law

DOI:10.34117/bjdv8n5-128

Recebimento dos originais: 21/03/2022

Aceitação para publicação: 29/04/2022

Yann Cabral Moreira

Mestrando em Direito Civil

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

Endereço: Via Maestro Tom Jobim, 2450, Apto. 1005, Jd. Botânico, Ribeirão Preto, SP

E-mail: yann.cabral@gmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo promover aos leitores a reflexão e a adoção da arbitragem como forma célere e eficaz à solução de conflitos no Direito Empresarial, em especial as lides societárias em atendimento ao interesse dos sócios. Estudou-se o procedimento arbitral em suas características e diferenças, com o objetivo de elencar as vantagens e desvantagens na adoção do procedimento arbitral em relação ao processo judicial, demonstrando a forma de como o tema é abordado e o tratamento que recebe pela doutrina e jurisprudência brasileira. Analisou-se as razões que motivam a promoção da arbitragem pelas empresas que atuam no mercado de compra e venda de ações junto à Bolsa de Valores (Brasil, Bolsa, Balcão - B3). Ao fim, busca-se apresentar as razões e principais vantagens na escolha da arbitragem na solução de conflitos sobre controvérsias empresariais.

Palavras-chave: arbitragem, direito empresarial, meios alternativos de solução de conflitos, sociedade, bolsa de valores.

ABSTRACT

This article aims to encourage readers to reflect and adopt the solution as a way of effectively resolving conflicts in Business Law in the interest of the partners. The arbitration procedure was studied in its characteristics and differences, with the objective of listing the advantages and disadvantages in the adoption of the arbitration procedure in relation to the judicial process, demonstrating the way in which the subject is approached and the treatment it receives by the Brazilian doctrine and jurisprudence. To analyze the reasons that motivate the promotion of arbitrage companies in the market for buying and selling shares on the Stock Exchange (Brasil, Bolsa, Balcão - B3). In the end, it presents itself as reasons and main advantages in choosing arbitration in the resolution of conflicts over business disputes.

Keywords: arbitration, business law, alternative means of conflict resolution society, stock exchange.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ARBITRAGEM

Toda a estrutura do Poder Judiciário e a cultura contenciosa existente em nossa sociedade enfrentam forte resistência à adoção de soluções alternativas aos conflitos, pois

existe uma questão social pretérita, que é o conflito, baseado na colisão de interesses e sem desdobramento na pacificação pela composição das partes.

Essa cultura, infelizmente, ainda é muito estimulada no ambiente acadêmico da graduação e por uma questão até mesmo de publicidade da atividade judicial, conta com forte presença na rotina da população, a qual normaliza a judicialização e as fortes adversidades dela decorrentes, como a morosidade.

Apesar de ideal, seria praticamente impossível encontrar um meio em que as partes atendessem plenamente seus interesses, com a parte contrária os aceitando sem se sentir lesada ou abdicando de algo. Nesse conceito e diante da inviabilidade da autotutela para solução de conflitos, surgiu o conceito histórico em que Poder Judiciário ou órgão estatal julgador, isento, investido no poder de decisão e apreciação da controvérsia, aprecia os casos que lhe são apresentados.

Entretanto, denota-se ao longo da história que existem fragmentos indicando o emprego ou utilização da arbitragem em conceito próximo do atual, uma heterocomposição, em que uma ou algumas pessoas, ou ainda uma entidade escolhida pelas partes, de forma imparcial apreciaria uma determinada controvérsia e proferiria uma decisão com força vinculante às partes. Essas passagens eram mais observadas nas tratativas entre Estados, em que um terceiro Estado, até mesmo a Igreja, decidia sobre o tema, de modo a solucionar a lide.

A arbitragem começou a ganhar maior respaldo jurídico e ser aprimorada, a partir da previsão no antigo Código Civil de 1916, em seus artigos 1.037 a 1.048, bem como a regulação no mencionado Código de Processo Civil de 1973. A Constituição Federal prevê a arbitragem geral de forma indireta, nos termos do art. 4º, VII e de forma direta nos litígios coletivos trabalhistas, nos termos do art. 114, §§ 1º e 2º.

Entretanto, foi à luz da Lei 9.307/96 que a arbitragem foi devidamente regulada e amplamente divulgada, com inspiração em modernas legislações sobre o comércio internacional e na Convenção de Nova Iorque.

Previu-se, ainda, a arbitragem na legislação que trata dos juizados especiais (Lei 9.099/95), a qual e a critério das partes em caso de não conciliação, o juízo arbitral constituído decidiria com base na equidade, que posteriormente contou com a possibilidade de julgamento por técnica, prevista na Lei 9.307/96.

A arbitragem pode ter seu conceito definido a partir dos dizeres de Francisco José Cahali¹ da seguinte maneira “*a arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma convenção, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar controvérsia, sem intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial*”.

Em linhas similares, Carlos Alberto Carmona² compõe a arbitragem como “*meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor*”.

A arbitragem é uma opção de contratação pelas partes capazes e não um dever, como preceitua o art. 1º da Lei de Arbitragem “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. Como metodologia de apreciação e julgamento, a arbitragem pode ser escolhida por equidade ou por direito.

Entretanto, uma vez que a arbitragem é contratada, ela não pode ser simplesmente inobservada por uma das partes. A renúncia à arbitragem deve ser por todas as partes que a contrataram, o que pode ser feito de forma expressa, por instrumento próprio, ou de forma tácita, por meio da não arguição da contratação da arbitragem em preliminar de processo judicial, nos termos do art. 337, X e §6º do Código de Processo Civil.

Sobre a livre escolha de método para julgamento da arbitragem, Francisco Cláudio de Almeida Santos³ diz “*a arbitragem, no que interessa para o tema a ser abordado, poderá ser realizada segundo as normas jurídicas escolhidas pelas partes, bem assim realizada com base nos princípios gerais de direito, ou com base na equidade, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública*”.

¹ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo – SP. 8ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2020. pag. 121.

² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. São Paulo – SP. 2ª Edição. Editora Atlas, 2004. pag. 51.

³ ALMEIDA SANTOS, Francisco Cláudio. A Arbitragem no Direito de Família. www.ibdfam.org.br, 2013. Disponível em: www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/310.pdf. Acesso em: 10.11.2021.

Ressalta-se a atividade arbitral sobre direitos patrimoniais disponíveis, em relação às partes, desde que capazes e optem pela arbitragem, por meio da convenção ou cláusula compromissória.

2 A ADOÇÃO DA ARBITRAGEM NO SETOR EMPRESARIAL

O dinamismo e a globalização das práticas corporativas no desenvolvimento e promoção dos negócios estão acarretando aprimoramentos nas atividades empresariais. Por uma questão de sobrevivência concorrencial e capacidade de atuação, os empresários busquem alternativas mais céleres e eficazes às suas atividades.

Dentre os diversos aspectos a serem analisados na estruturação de novos negócios, sem sombra dúvidas o empresário pontua o risco jurídico da atividade pretendida e os meios em que eventuais divergências serão tratadas.

Além da segurança jurídica, características como a agilidade e confidencialidade se tornaram atrativos à atividade empresarial, trazendo paz às relações e restrição à publicidade de questões entre sócios ou que envolviam segredos da atividade, evitando danos à imagem da empresa.

Dentre as vantagens da arbitragem, Roberto Portugal Bacellar⁴ mencionar: i) a especialidade, caracterizada pela possibilidade de nomeação de um árbitro especialista na matéria em discussão, reduzindo-se o gasto de tempo e recursos com estudos que por vezes na produção probatória se demonstram infrutíferos, visto a falta de expertise dos envolvidos; ii) celeridade, evidenciada no prazo de até seis meses para obtenção da sentença e a irrecorribilidade da mesma, evitando recursos protelatórios ou de revisão; iii) autonomia negocial, as partes podem aderir ao regulamento de uma câmara arbitral ou estipular os próprios trâmites; e, iv) confidencialidade, situação em que a arbitragem pode ser sigilosa, resguardando os interesses envolvidos.

Assim, dentro desse contexto, foi aprovada a Lei 10.303/2001, a qual introduziu expressamente na Lei das Sociedades Anônimas 6.404/76, a possibilidade de adoção da arbitragem para questões que envolvam os sócios e a administração/diretoria.

A inserção de cláusula compromissória no documento constitutivo da sociedade ou posteriormente aprovado, permitem essa introdução à arbitragem, desde que os sócios sejam capazes. Essa cláusula é o meio mais adequado para traduzir a vontade das partes, especificando-se as controvérsias que serão objeto de análise, dentro da limitação legal.

⁴ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. São Paulo – SP. Editora Saraiva, 2016. pag. 139.

A cláusula compromissória deverá ser abstrata e prever se as partes seguirão as regras de uma câmara arbitral ou outra entidade, bem como poderão ainda instituir as próprias regras, por meio da arbitragem *ad hoc*. A arbitragem *ad hoc* tem a seguinte definição por Scavone Junior⁵ “*por outro lado, existe a arbitragem avulsa, também conhecida como arbitragem ad hoc, que se realiza sem a participação de uma entidade especializada*”.

Além da cláusula compromissória, uma opção possível é o compromisso arbitral, por meio do qual por instrumento próprio as partes ajustam a contratação da arbitragem para solução do litígio, como instrumento inicial para instituição da arbitragem e este independe da existência da cláusula compromissória prévia. O compromisso arbitral deverá ser constituído com muita técnica e especificidade, conforme ensina Cahali⁶

É essencial a boa construção, seja da cláusula ou do compromisso arbitral, devendo a redação e conteúdo, local da arbitragem e o órgão arbitral serem prévios de forma objetiva e inteligível, de modo a cumprir o papel proposto, sendo a manifestação de vontade inequívoca e afastando questionamentos posteriores.

3 A ARBITRAGEM NAS EMPRESAS

As sociedades por quotas, constituídas por meio de um contrato social e também conhecida como sociedade de pessoas, são definidas no Código Civil e (art. 1.052 e seguintes), havendo autorização legislativa para aplicação supletiva das regras atinentes às sociedades anônimas.

O instrumento que autorizar a utilização da arbitragem para soluções de controvérsias, seja o contrato social/acordo de quotistas com a cláusula compromissória ou, ainda, compromisso arbitral em separado, contando com a assinatura dos quotistas será meio hábil a fazer prevalecer o juízo arbitral.

Caso a cláusula compromissória ou compromisso arbitral sejam instituídos em ato posterior, por meio do voto majoritário, os sócios que dele se ausentaram ou não concordaram, ficam livres da vinculação arbitral, visto que compulsoriedade prescinde o aceite personalíssimo.

⁵ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. Rio de Janeiro - RJ. 5ª Edição. Editora Forense, 2014. pag. 74.

⁶ Idem cit. “2”, pag 193.

Em relação às sociedades anônimas, regidas pela Lei 6.404/76, esta conta com disposição expressa autorizando o emprego da arbitragem como previsto em seu art. 109, §3º.

Como ensina Fabio Ulhoa Coelho⁷, as sociedades anônimas são sociedade de capital, institucionais e não de pessoas, constituídas por meio de um estatuto social que rege a relação entre os acionistas, valendo como norma, uma verdadeira lei entre os interessados. A sociedade anônima pode ter diversos órgãos, sendo a assembleia geral o seu órgão máximo, responsável pelas principais deliberações da companhia.

A assembleia geral, realizada pelos acionistas, tem força soberana nas deliberações sociais e pode aprovar a instituição da arbitragem, por meio de ata deliberativa para atos específicos ou alteração do estatuto social, desde respeitados os procedimentos legais e contratuais de convocação, deliberação e aprovação.

Uma vez incluída a cláusula compromissória no estatuto social, os novos acionistas não precisarão anuir individualmente com esta disposição, uma vez que se trata de documento essencial ao exercício social e a boa-fé presume que acionista tenha ciência das disposições organizacionais da sociedade que passa a integrar. Não se trata de privação à vontade do particular e imposição do juízo arbitral, mas sim de uma opção da empresa.

Assim, deliberado e aprovado em assembleia de acionistas a alteração da forma de exercício do direito dos acionistas, sem qualquer supressão, essa passa a ser a regra da companhia, prevalecendo a vontade geral.

Da mesma forma que para as sociedades de pessoas do tipo limitada e as sociedades de anônimas, de capital, a arbitragem pode ser adotada em outras estruturas societárias, inclusive sem fins lucrativos como no caso da associação. Essa validade é possível, pois a arbitragem não conta com vedação legal neste sentido, nos termos da Lei nº 9.307/96.

É relevante pontuar que todos os tipos societários podem ter a cláusula compromissória introduzida posteriormente, podendo ser na forma apartada, por essa razão questionamentos ulteriores serão analisados em cumprimento à arbitragem.

Por fim, pontua-se que esta arbitragem é possível no âmbito do direito empresarial, não se confundindo com as relações consumeristas ou trabalhistas das

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. São Paulo - SP. 25ª Edição. Saraiva, 2013. pag. 217.

empresas, hipóteses em que até é possível o emprego da arbitragem, mas outros requisitos serão observados.

3.1 A ARBITRAGEM NAS EMPRESAS LISTADAS NA BOLSA DE VALORES (NOVO MERCADO)

A empresa interessada em adentrar no Novo Mercado, deverá celebrar um contrato de ingresso junto “B3”⁸, que é a principal empresa brasileira de infraestrutura no mercado financeiro de atuação internacional.

Essa “adesão” ao Novo Mercado faz com que a empresa ingressante passe a adotar uma série de rotinas corporativas e de governança, almejando um aprimoramento na gestão e transparência dos atos. Boa parte destas condutas são delimitadas no Regulamento da B3 e trabalhados por meio de normativas expedidas pela própria instituição.

Dentre os requisitos exigidos ao ingresso de novas companhias e manutenção das existentes é a inclusão de disposição no instrumento social de constituição da empresa (estatuto social) de previsão da arbitragem, de observância obrigatória, por todos os membros da diretoria, conselhos e corpo de acionistas, minimamente nas discussões que envolvam temas abrangidos pela Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), do Conselho Monetário Nacional (“CMN”), do Banco Central (“Bacen”) e atinentes a forma societária adotada de Companhia, nos termos da Lei nº 6.404/76, bem como no âmbito e nas relações com a própria B3, como exigido no Regulamento do Novo Mercado⁹.

Havendo eventual litígio para as questões mencionadas, a arbitragem deve instituída perante Câmara de Arbitragem do Mercado (“CAM”), administrada pela própria B3.

Vale ressaltar que o regulamento da CAM prevê como regra geral o procedimento arbitral como sigiloso, sendo esta premissa convalidada posteriormente pelo Colegiado da CVM, pois o sigilo da arbitragem não afasta a atuação ou mesmo o dever de informações relevantes aos investidores.

⁸ Uma das principais empresas de infraestrutura de mercado financeiro do mundo. B3.com.br, 2022. Disponível em: < https://www.b3.com.br/pt_br/b3/institucional/quem-somos/>. Acesso em: 14.01.2022.

⁹ B3. Regulamento do Novo Mercado. B3.com.br, 2022. Disponível em: < [https://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%202003.10.2017%20\(Sancoes%20pecuniarias%202019\).pdf](https://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%202003.10.2017%20(Sancoes%20pecuniarias%202019).pdf)>. Acesso em: 14.01.2022.

Qualquer infração praticada ao regulamento do Novo Mercado é passível de penalidade, nos termos do art. 55 do mesmo Regulamento, o qual prevê as sanções de: I) advertência por escrito; II) multa, cujo valor será definido de acordo com o disposto no Art. 53 e os limites constantes do Art. 56; III) censura pública, divulgada no website da B3 e outros meios de difusão de dados; IV) suspensão da companhia do Novo Mercado; e, V) saída compulsória do Novo Mercado.

Por fim, o Regulamento do Novo Mercado prevê em seu art. 82 que mesmo após o desligamento da companhia da B3, as obrigações assumidas preteritamente deverão ser objeto de estrita, pelos administradores, conselheiros e sócios, em especial a de compromissória de arbitragem.

4 O PRESTÍGIO À ARBITRAGEM PELO JUDICIÁRIO

A apreciação e adoção da arbitragem não pode sofrer qualquer concorrência ou sentimento de desprestígio em face da via judicial, a qual, inclusive, prestigia e muito a arbitragem brasileira.

Em recente evento jurídico que contou a presença de integrantes do Superior Tribunal de Justiça, e o Ministro Luis Felipe Salomão afirmou que a arbitragem surge diante de um insucesso da jurisdição estatal e demonstra forte avanço civilizatório na composição de conflitos pela sociedade¹⁰.

Imperioso ressaltar que o STJ, Corte responsável pela uniformização e guarda da Lei Federal em todo âmbito nacional, prestigiou e promoveu ratificação pela plena eficácia e vigência da arbitragem em inúmeras oportunidades

Como primeiro grande precedente da Corte, temos o Recurso Especial (“Resp”) nº 616 – RJ, julgado em 1990, em que houve apreciação e procedência de validade da cláusula e a fixação do juízo arbitral, em contrato de índole internacional, observando o protocolo de Genebra, do qual o Brasil é signatário.

Em 2018 foi analisado o REsp 1.550.260/RS e se decidiu que a previsão contratual da convenção de arbitragem desdobra-se na legitimação da competência do juízo arbitral para julgar, com prevalência ao Poder Judiciário, as questões relativas da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e cláusula compromissória do próprio contrato.

¹⁰ A jurisdição arbitral prestigiada pela interpretação do STJ. STJ.jus.br, 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/A-juris-dicao-arbitral-prestigiada-pela-interpretacao-do-STJ.aspx>>. Acesso em: 14.01.2022.

O voto vencedor exarado pelo ministro Villas Bôas Cueva, indicou que a Lei de Arbitragem permite às pessoas capazes que se submetam à solução dos litígios, mediante convenção de arbitragem ou cláusula compromissória.

Da mesma forma, vislumbra-se o prestígio da arbitragem em variados ramos do direito, como o do consumidor, ao apreciar o REsp 1.598.220/RN, o colegiado firmou entendimento que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não pode ser utilizado para afastar a cláusula compromissória.

Por fim, destaca-se recente manifestação do ministro Luis Felipe Salomão em que ele ressalta que o Brasil passa por um momento de mudança cultural no direito, em que as soluções extrajudiciais ganham espaço, destacando que atualmente houve inclusão no currículo dos cursos de direito de disciplinas para tratar das soluções consensuais de conflitos.

Ressaltou, ainda, a possibilidade jurídica do negócio processual, introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015 que permite às partes em controvérsia envolvendo direito disponível estipularem adaptações no processo para ajustá-lo às necessidades das partes e do caso¹¹.

5 CONCLUSÃO

A opção pela arbitragem como método alternativo ao Judiciário para resolução de conflitos, demanda importante análise e pontual construção do dispositivo arbitral nos momentos de negociação, pois um futuro litígio poderá depender de uma escolha prévia.

A escolha da arbitragem prescinde uma análise e conclusão pelas partes contratantes que este método é o mais indicado para o caso concreto. Têm-se como vantagens a especialização dos julgadores, a possibilidade de disposição do procedimento, permitindo em tese o melhor atendimento à partes.

No âmbito do comércio internacional a arbitragem é adotada há muito tempo, sendo plenamente reconhecida e aplicada, estimulando também o desenvolvimento interno. Esse método vem se aprimorando dia após dia, com cada vez mais matérias desenvolvidas.

¹¹ Especialistas destacam avanços da arbitragem no Brasil em painel desenvolvido pelo STJ. STJ.jus.br, 2022. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Especialistas-destacam-avancos-da-arbitragem-no-Brasil-em-painel-promovido-pelo-STJ.aspx> >. Acesso em: 14.01.2022.

Observamos ainda que a arbitragem está com forte atuação no âmbito dos litígios empresariais, sendo adotada pela grande maioria dos operadores do direito e empresários da área de *Mergers and Acquisitions* (“M&A”) e até mesmo questões internas das empresas.

Reflexos da efetividade e êxito da eficiência da arbitragem fizeram que esta passasse a integrar as medidas de governança corporativa exigida da B3, a qual propõe em seu regulamento que empresas ingressantes no Novo Mercado devem aderir à Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM).

Por todo exposto, resta claro que a arbitragem tem muito a colaborar e ser empregada no mundo empresarial.