

ASPECTOS POLÊMICOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

CONTROVERSIAL ASPECTS OF THE ARBITRATION CLAUSE

André Barabino¹

RESUMO: O presente trabalho visa analisar alguns aspectos polêmicos da cláusula compromissória, abordando o conceito de convenção arbitral, do compromisso arbitral e da cláusula compromissória, sua natureza jurídica, destacando os aspectos jurisdicionais e contratuais, seus efeitos, suas espécies, os impactos da Lei 13.129 de 26 de maio de 2015, que alterou em alguns pontos a Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996) e seu cabimento específico nos contratos societários, analisando a legislação e doutrina nacional, assim como a legislação comparada.

Ainda é abordado o posicionamento jurisprudencial para determinadas hipóteses, em que há necessidade da intervenção do poder judiciário para instauração do procedimento arbitral.

Por fim, são traçados alguns comentários sobre o impacto das alterações introduzidas pela Lei 13.129 de 26 de maio de 2015 em relação à inserção da cláusula compromissória em contratos societários.

EXPRESSÕES-CHAVE: Arbitragem – Cláusula Compromissória – Aspectos societários – Lei 13.129 de 26 de maio de 2015 – Convenção de Arbitragem.

ABSTRACT: This study aims to analyze some aspects of the arbitration clause, including its legal concept, its nature, its jurisdiction and contractual aspects, its effects, its characteristics, the impacts resulting from the Law 13.129 from May 26th, 2015, that has changed in some aspects the Brazilian

¹ Mestrando em Direito Civil na PUC/SP, especialista em Processo Civil pela PUC/SP e em Arbitragem e Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas.

Arbitration Law (Law nº 9.307 from September 23th, 1996) and its relation with corporate contracts regarding the Brazilian and foreign legislation and doctrine.

As well are analyzed the impacts caused by the Law 13.129 from May 26th, 2015 regarding the arbitration clause on corporate contracts.

KEYWORDS: Arbitration – Arbitration Clause – Corporate Aspects – Law 13.129 from May 26th, 2015 – Arbitration Convention.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa conceituar, de forma singela e sem a pretensão de esgotar o assunto, a cláusula compromissória e levantar alguns pontos polêmicos no direito brasileiro, assim como no direito comparado.

No entanto, para abordar tal assunto, faz-se necessário conceituar cláusula compromissória e seus diferentes aspectos, assim como analisar sua natureza jurídica.

A cláusula compromissória, como se sabe, tem relevância nos estudos relacionados à arbitragem, pois é por meio dela que as partes, em determinado contrato, optam por declinar da jurisdição estatal e ter as suas controvérsias solucionadas pela jurisdição arbitral.

Merece destaque as questões atinentes à arbitragem em contratos societários, em que analisamos algumas situações para saber se os sócios ingressantes na sociedade encontram-se vinculados ou não à cláusula compromissória já inserida em contratos ou estatutos sociais, fazendo uma análise da legislação brasileira e comparada sobre o tema.

Nesse contexto surgem algumas questões polêmicas que serão abordadas no presente estudo, assim como algumas soluções que foram recentemente apresentadas pela Lei nº 13.129 de 2015, que alterou a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307 de 1996) e a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 1976) em alguns temas pontuais.

2. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

No direito brasileiro, assim como em vários outros países que adotaram a Lei Modelo de Arbitragem publicada pela Comissão das Nações Unidas para, a convenção de arbitragem, gênero do qual a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies, possui duas principais características: (i) constituir vínculo obrigacional, vinculando as partes signatárias, e (ii) gerar uma relação processual.

Desta forma, diz-se que a convenção de arbitragem vincula as partes, afastando a jurisdição estatal e elegendo a jurisdição privada para solução de conflitos.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco²:

“A convenção de arbitragem é o negócio jurídico celebrado entre dois ou mais sujeitos logo ao realizarem um contrato destinado a reger suas relações (*cláusula compromissória* – LA, art. 4º) ou depois de já instaurada uma litigiosidade entre eles (*compromisso arbitral* – LA, art. 9º). Como todo negócio jurídico, a convenção de arbitragem está sujeita segundo o art. 104 do Código Civil, ao tríplice requisito (a) da capacidade dos sujeitos, não sendo válida a convenção celebrada entre incapazes em geral (LA, art. 1º), (b) da licitude e possibilidade do objeto, não valendo a convenção quando versar sobre direitos indisponíveis (LA, art. 1º), e (c) da ‘forma prescrita ou não defesa em lei.’”

É por meio da convenção de arbitragem, portanto, que se escolhe a jurisdição a respeito de um litígio em espécie ou a respeito de um litígio que possa vir a ser instaurado entre as partes, a depender se se trata de cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. Arbitragem na Teoria Geral do Processo. 1ª Ed. Editora Malheiros, 2013, p. 73.

Nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.307/96, “as pessoas capazes de contratar” podem se submeter à arbitragem, definindo, portanto, o critério de arbitrabilidade subjetivo.

O ordenamento jurídico brasileiro também abarcou as duas diferentes formas de submissão ao instituto sob o nome de *convenção de arbitragem*, conforme se vê pelo artigo 3º da Lei de Arbitragem:

"Art. 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral."

É possível que as partes incluam desde logo, em um determinado contrato, uma cláusula pela qual concordam que qualquer litígio futuro e, portanto, incerto oriundo daquele acordo será submetido à arbitragem: a esse instrumento, portanto, dá-se o nome de cláusula compromissória.

Da mesma forma, é possível que, depois de surgido o conflito, as partes concordem em submetê-lo à jurisdição privada, neste caso, o litígio já é concreto e atual, podendo constar no próprio instrumento contratual o objeto da arbitragem: denomina-se este termo de compromisso arbitral.

A Lei de Arbitragem define da seguinte maneira esses instrumentos:

"Art. 4º. 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."

"Art. 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial."

Note-se que o compromisso arbitral pode ser celebrado tanto antes de se iniciar uma disputa judicial, afastando-se a jurisdição estatal e optando-se pela jurisdição privada, quanto no curso de uma ação judicial, ocasião em que a ação será extinta e as partes levarão o caso para ser decidido na esfera arbitral.

Desta forma, conceituada a convenção arbitral, assim como suas espécies: cláusula compromissória e compromisso arbitral, faz-se necessário o estudo sobre a natureza jurídica da cláusula compromissória.

3. NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A definição prevista no artigo 4º da Lei de Arbitragem permite-nos concluir que a cláusula compromissória é uma convenção, ou seja, um tratado, um pacto, um contrato³.

Ademais, a lei exige que a cláusula esteja inserida em um contrato ou em documento a ele relacionado estabelecendo que eventuais litígios dele decorrentes sejam resolvidos por meio de arbitragem, afastando-se desta forma a jurisdição estatal e optando-se pela jurisdição privada.

A cláusula compromissória, portanto, consiste em negócio jurídico⁴, e como tal é fonte de obrigação, por meio do qual as partes se comprometem a submeter eventual litígio à arbitragem. Ela é suficiente para afastar a jurisdição estatal.

Desta forma, pode-se afirmar que sua natureza jurídica é contratual. Mas cuida-se na realidade de “modalidade peculiar de contrato que foge à tradicional normatividade a que se sujeitam os contratos em geral”.⁵

³ Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 202.

⁴ De acordo com Carlos Alberto Carmona, a cláusula compromissória é um “negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral (já que, com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros).” *in* Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: 2ª Ed. Atlas, 2004. p. 103.

⁵ MARTINS, Pedro Batista. Apontamentos sobre a lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 62

Contrato e cláusula compromissória são instrumentalmente unificados, mas autônomos entre si e juntos compõem uma relação contratual única.

Há corrente doutrinária⁶, ainda, que defenda ser a cláusula compromissória um negócio jurídico processual, ou seja, que se trata de um negócio jurídico realizado entre as partes, extrajudicialmente, com o fim de produzir efeitos processuais específicos.

Por fim, assevera-se que o fato da cláusula compromissória dispor sobre litígio futuro e inserto, não lhe retira sua natureza contratual, na medida em que “se incerta é sua utilidade, o mesmo não se pode dizer de sua eficácia. Esta é certa, independentemente de operar efeitos futuros.”⁷

4. EFEITOS DA CONVENÇÃO ARBITRAL

O principal efeito da convenção arbitral é o deslocamento da jurisdição estatal para a jurisdição privada, em decorrência da vontade das partes.

Desta forma, negativo é o efeito produzido sobre a jurisdição do Estado, que fica afastada em prol da chamada “justiça privada”.

Diversos são os julgados de nossos tribunais que extinguem ações por levar à apreciação do Poder Judiciário conflitos decorrentes de contratos em que se encontra inclusa cláusula compromissória.

Como é o caso o julgamento da apelação nº 2002.001.28020, de 12.03.2003, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ementado da seguinte forma:

“(…) Havendo cláusula compromissória, o ajuizamento de ação ordinária perante o Judiciário importa em inadequação da via eleita, falta do interesse de agir ou impossibilidade jurídica do pedido.”

⁶ GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem e processo arbitral. São Paulo: Atlas, 2009. p.11/12

⁷ MARTINS, Pedro Batista. Obra citada, p. 62

Logo, evidencia-se que uma vez celebrada a convenção arbitral, o conflito não poderá ser levado à apreciação do Poder Judiciário, não aceitando arrependimento a declinação da competência exercida.

Por sua vez, positivo é o efeito de permitir às partes levar o conflito para a arbitragem, fixando procedimentos, bem assim aos árbitros, ou ao árbitro, se o caso, quando necessitem requisitar do Estado providências no sentido de se realizar a oitiva de uma testemunha renitente em comparecer perante à Corte Arbitral e prestar seu depoimento sobre um fato.

Desta forma, é inegável que a celebração da convenção arbitral, seja na forma de compromisso arbitral, seja na forma de cláusula compromissória, obriga as partes a submeter o conflito existente ou potencial à esfera privada, abrindo-se mão do Poder Judiciário Estatal.

5. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Para validade da cláusula compromissória, não é necessária a observância de todos os elementos formais do compromisso arbitral, previstos nos incisos do artigo 10º da Lei de Arbitragem⁸, bastando sua forma escrita, conforme estipula o artigo 4º, parágrafo 1º, da Lei de Arbitragem:

⁸ Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

“A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.”

A cláusula compromissória deve direcionar validamente e de forma eficaz as partes à arbitragem, tornando-a obrigatória e deve ser completa a ponto de determinar a instauração do procedimento arbitral sem a necessidade da intervenção de terceiros, notadamente do Poder Judiciário.

Importante observar, por fim, que a nulidade do contrato não leva à nulidade da cláusula compromissória, conforme estatui o artigo 8º da Lei de Arbitragem, podendo os árbitros, inclusive, decretar a nulidade do contrato, sem, contudo, afetar a validade da cláusula compromissória.

5.1. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA

Cláusula compromissória cheia é aquela que contém os requisitos mínimos para que seja possível a instauração do procedimento arbitral.

De acordo com Francisco Cahali “faz-se necessário o detalhamento dos mecanismos para a nomeação do árbitro, pois, sem esta previsão, e diante do desacordo entre as partes, não se formará a relação e, pois, não se terá a jurisdição arbitral imediata (e assim se considerará vazia a cláusula). Regulamentada a indicação do árbitro, ou colegiado, este estará investido nas suas atribuições jurisdicionais tão logo manifestada a aceitação do encargo (art. 19 da Lei 9.307/1996).”⁹

Diante de cláusula cheia o procedimento arbitral pode ser instaurado diretamente sem a intervenção do Poder Judiciário, de acordo com as regras criadas pelas partes na cláusula compromissória em caso de arbitragem *ad hoc*, assim como com as regras da instituição indicada para administração da arbitragem, em caso de arbitragem institucional.

5.2. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VAZIA

⁹ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.116/117.

As cláusulas compromissórias vazias ou em branco, por sua vez, são aquelas que “se limitam a afirmar que qualquer litígio decorrente de um determinado negócio jurídico será solucionado através da arbitragem.”¹⁰

Portanto, a cláusula compromissória vazia é aquela que não reúne as condições mínimas para instauração do procedimento arbitral.

Importante notar que algumas vezes o simples fato das partes indicarem uma instituição arbitral para administrar o procedimento arbitral e, automaticamente, aderirem às regras previstas em seus respectivos regulamentos, já é suficiente para a instauração do procedimento arbitral, na medida em que em muitos casos os próprios regulamentos prevêem regras para a instauração do procedimento arbitral sem a necessidade da intervenção de terceiros, notadamente, do Poder Judiciário.

5.3. CLÁUSULA PATOLÓGICA

A doutrina denomina cláusula patológica (definição de Frederic Eisemann de 1974) aquelas defeituosas, imperfeitas, contraditórias, ambíguas ou incompletas, que pela ausência de elementos mínimos suscitam dificuldades ao desenvolvimento harmonioso da arbitragem.

Para solução de casos em que estão presentes cláusulas patológicas, deve-se buscar a real intenção das partes, em verdadeiro exercício de hermenêutica, a fim de desvendar as partes realmente pretenderam eleger arbitragem como meio para solução de controvérsias. Tal tarefa, via de regra, competirá ao Poder Judiciário ou ao árbitro caso seja possível instaurar o procedimento arbitral.

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Obra citada, p. 36.

6. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS SOCIETÁRIOS

A Lei das Sociedades Anônimas prevê no § 3º (incluído pela Lei 10.303, de 2001) do artigo 109 o seguinte:

“(...) § 3o O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.”

Inicialmente, cumpre esclarecer que as questões envolvendo convenção de arbitragem estatutária devem ser analisadas levando-se em consideração duas situações ou momentos distintos, os quais dão margem a diferentes interpretações sobre a eficácia subjetiva da cláusula compromissória.

6.1. PERANTE OS FUNDADORES

Uma das formalidades exigidas pela Lei das Sociedades Anônimas no que tange à constituição da companhia é a aprovação de seu estatuto pelos fundadores e demais subscritores (arts. 87 e 88).

Em face de tal exigência de aprovação do estatuto, não há como discutir a vinculação de todos os fundadores aos efeitos da cláusula inserida, originariamente, dentre as regras que regerão a sociedade, não sendo possível cogitar-se de qualquer formalidade adicional para confirmar sua vinculação à cláusula compromissória inserida no estatuto social.

Para ser aprovado com a cláusula compromissória, caso essa não esteja presente no projeto original, o estatuto precisará ser chancelado por todos os subscritores e não apenas os presentes à assembléia de constituição.

Isso porque indubitavelmente a aprovação em assembléia geral demonstra a intenção do acionista de submeter ao juízo arbitral eventuais conflitos que venham a surgir durante a vida da sociedade.

Nesse sentido posiciona-se a doutrina, assim como ocorre em relação à vinculação dos acionistas fundadores aos efeitos da cláusula por eles proposta e aprovada em conjunto com as demais disposições estatutárias.¹¹

A mesma conclusão é aplicável aos acionistas que se manifestam favoravelmente à inclusão da cláusula, como ocorre no momento da votação da matéria em assembléia geral extraordinária.

6.2. PERANTE NOVOS ACIONISTAS

Importante consignar que antes do advento da Lei 13.129, de 2015, que alterou a Lei de Arbitragem, assim como também alterou a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 1976), havia divergência de entendimento doutrinário em relação à vinculação imediata à arbitragem daqueles sócios que passam a integrar o quadro societário da companhia cujo estatuto já prevê a utilização da arbitragem como meio alternativo para a solução de futuras controvérsias.

A divergência originava-se, principalmente, na determinação contida no art.4º, § 2º, da Lei de Arbitragem¹².

Modesto Carvalhosa¹³ defendia a aplicação aos estatutos da norma acima para que houvesse vinculação de novos acionistas, pois é fundamental a manifestação expressa e específica da aceitação da arbitragem.

¹¹ CARVALHOSA, Modesto. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§ 3º do art. 109) In LOBO, Jorge Joaquim (coord.) Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei nº 10.303, de 30.10.2001. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.330.

¹² §2º. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

¹³ CARVALHOSA, Modesto. Obra citada, p.336.

Nessa linha de raciocínio, a submissão à cláusula compromissória constituía verdadeira renúncia ao direito essencial do acionista, de carácter personalíssimo, que não se transmite àqueles que não manifestarem expressamente sua vontade nesse sentido.

Outra corrente doutrinária, que me parece mais razoável, defendia a aplicação mais extensiva dos efeitos da cláusula, entendendo-a vinculativa em relação a todos os acionistas, incluindo aqueles que ingressarem após a adoção da arbitragem pelo estatuto¹⁴.

De acordo com tal corrente doutrinária, ao integrar determinada sociedade, o acionista o faz por vontade própria, sujeitando-se, portanto, a todas as regras estatutárias, inclusive, aquela que determina a solução arbitral de certas controvérsias¹⁵.

Entendendo-se a cláusula compromissória como parte integrante do estatuto, apesar de autônoma em relação a este, todos os que adquirem posição de sócio sujeitam-se aos seus efeitos, assim como se sujeitam às demais previsões estatutárias.

Situação distinta, entretanto, ocorre quando é convocada assembleia para inserir no estatuto a cláusula compromissória. Há entendimento de que todos os acionistas, mesmo aqueles que votaram contra sua inclusão no estatuto e que viram sua vontade afastada pela vontade da maioria, estão vinculados em atenção ao princípio da vinculação das deliberações majoritárias a todos os acionistas.

Sem dúvida, a companhia, ao manifestar a vontade de submeter os conflitos com seus próprios acionistas à arbitragem, não pretende que esta submissão se aplique apenas a alguns, mas sim a todos eles.

De acordo com certos doutrinadores, as normas estatutárias, desde que regularmente estabelecidas, devem ser observadas não apenas pela companhia, mas também pelo controlador e demais acionistas que pertencem, por livre escolha, ao organismo social.

¹⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.) Reflexões sobre arbitragem: *in memoriam* do desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p.135.

¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Obra Citada. p. 112.

Os que não aceitarem a escolha do juízo arbitral, apesar de não poderem exercer o recesso por estar fora das hipóteses legais, sempre poderão retirar-se da companhia por meio da alienação de suas ações a terceiros.

Outra corrente doutrinária, entretanto, entende que a alteração do estatuto social para inclusão de cláusula compromissória apenas pode ocorrer por unanimidade dos sócios, na medida em que estará em jogo direito essencial do acionista, qual seja, o de se socorrer do Poder Judiciário para apreciação de lesão ou ameaça de lesão ao seu suposto direito.

No entanto, como mencionado acima, a Lei 13.129/15 também modificou a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 1976), ao inserir o artigo 136-A. O novo dispositivo regula a inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, obrigando todos os acionistas, quando observado o quórum qualificado do artigo 136⁵ da mesma lei.

O referido artigo 136-A também garante o direito de retirada do acionista dissidente mediante o reembolso do valor de suas ações, a não ser no caso no seu parágrafo 2º, que traz duas ressalvas: (i) caso a convenção represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em bolsa de valores ou mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% das ações de cada espécie ou classe; ou (ii) caso a convenção seja inserida em estatuto social de companhia aberta cujas as ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas "a" e "b" do inciso II do artigo 137 da Lei das Sociedades Anônimas.

Desta forma, como se pode ver, boa parte da controvérsia sobre o tema foi resolvida pela Lei 13.129/15, que foi bem recepcionada pela comunidade arbitral, positivando o entendimento que a jurisprudência vinha consolidando na análise dos casos práticos.

7. DIREITO COMPARADO

O direito Italiano é considerado por muitos como o mais avançado no que se refere à arbitragem societária¹⁶, pois possui amparo legislativo próprio com o Decreto Legislativo nº 5, de 17 de janeiro de 2003¹⁷, denominado *la riforma del diritto societario* (Título V – Da Arbitragem).

Os artigos 34 a 37, que compõem esse título, tratam de hipóteses em que há cláusula compromissória prevista no estatuto ou no contrato social, considerando-a válida para dirimir controvérsias entre sócios ou entre entes e a sociedade.

O propósito deste decreto é dar maior segurança, credibilidade e agilidade à arbitragem no âmbito societário e com isso incentivar esse método alternativo de resolução de conflitos. Assim concorda Valério Sangiovanni, em artigo publicado pela Revista Brasileira de Arbitragem¹⁸:

“L’idea di fondo del legislatore del 2003 è che una regolamentazione espressa dell’arbitrato societario, facendo certezza Del diritto tramite la rimozione di dubbi interpretativi, possa incentivare gli operatori a scegliere lo strumento arbitrale.”

Este texto legal, contudo, sofre críticas por restringir a flexibilidade ao estabelecer nortes específicos a serem seguidos quando de um procedimento arbitral aplicável a disputas internas de uma sociedade, reduzindo, assim, o caráter autônomo que define a arbitragem¹⁹.

É inegável, entretanto, que a existência de uma referência legal contribui para esgotar interpretações diversas sobre o procedimento arbitral, como ocorria no Brasil até o advento da Lei

¹⁶ TIMM, Luciano Benetti e Rodrigo Tellechea Silva. O Acordo de Acionistas e o Uso da Arbitragem Como Forma de Resolução de Conflitos Societários, *in* Revista Brasileira de Arbitragem, v. 15, jul./set. 2007, p. 27/42.

¹⁷ CLAY, Thomas. A Extensão da Cláusula Compromissória às Partes não Contratantes (Fora Grupos de Contratos e Grupos de Sociedades/Empresas). *in* Revista Brasileira de Arbitragem, nº. 8, out./dez.2005, p. 79.

¹⁸ SANGIOVANNI, Valerio. *Le Clausole Compromissorie Statutarie nel Nuovo Diritto Societario Italiano*. *in* Revista Brasileira de Arbitragem, nº. 9, 2006, p. 183.

¹⁹ SANGIOVANNI, Valerio. Obra citada, p. 183

13.129/15, de 2015. Assim, há uma resposta positiva específica para o alcance subjetivo da cláusula compromissória inserta num estatuto social.

Os Estados Unidos da América também são considerados referência no campo da arbitragem. Culturalmente, a sociedade americana é marcada pela facilidade com que o poder judiciário é acionado. Mesmo assim, 95% dos casos neste país são resolvidos por meio da jurisdição privada.²⁰ Isto se deve ao significativo aumento das “ADRs” (*Alternative Dispute Resolution*), dentre as quais se destaca a arbitragem.

Apesar de possuir um sistema legislativo calcado na *common law*, segundo a qual as principais fontes de Direito são os costumes e as prévias decisões, existem diversas normas positivadas sobre a arbitragem. Dentre elas, destaca-se *The Federal Arbitration Act (FAA)*, de 1925, reconhecida pela Suprema Corte como lei substitutiva, aplicável tanto às Cortes Federais, quanto às Cortes Estaduais.

Atualmente, o sistema americano é visto como expoente em questões polêmicas envolvendo a arbitragem. Como exemplo, vale citar a cláusula em favor de terceiros. Em um contrato de seguro de vida, por exemplo, a cláusula de arbitragem seria estendida a um terceiro beneficiário.

Ao contrário do Direito Francês, por exemplo, nos Estados Unidos a legitimidade do mecanismo do “*The Third Party Beneficiary*” é matéria pacífica na doutrina e jurisprudência.²¹ Nos últimos anos, entretanto, os tribunais americanos estão mais rigorosos com a aplicabilidade da cláusula compromissória, abrindo margens para discussões judiciais acerca da coação e obrigatoriedade da instauração de um processo arbitral. Essa disposição gera um retrocesso que acarretará novamente em congestionamento do poder judiciário e por isso recebe críticas da doutrina americana.

Patrícia Velloso de Luna Guidi lembra que “Scholars have also noted that there has been a recent trend in the United States where courts have more intensely scrutinized the enforceability of

²⁰ GUIDI, Patrícia Velloso de Luna. *The ABC of arbitration in the U.S.* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2004. p.176.

²¹CLAY, T. *Obra Citada*. p.80.

arbitration clauses”. A consequência, segundo a jurista, desta mudança de postura dos tribunais americanos é a utilização cada vez menor da arbitragem em questões societárias.²²

Outro exemplo interessante é a experiência venezuelana. A modernização da arbitragem neste país teve início no final do século XX, com a ratificação das convenções do Panamá e de Nova Iorque e a promulgação da “*Ley de arbitraje comercial*” e da “*Ley de derecho internacional privado*”, ambas de 1998. Por último, em 2000, a arbitragem se tornou matéria constitucional quando citada pelos artigos 253 e 258 da nova Constituição²³.

A arbitragem é um meio importante de proteção de investidores internacionais na medida em que estabelece, previamente, uma forma de resolução de conflitos conhecida e confiável, amenizando, ou até mesmo impedindo, que o conflito de jurisdições entre países diferentes afetem uma relação comercial internacional. Por isso o critério arbitral é adotado e difundido cada vez mais nos países em desenvolvimento, assíduos por investimento estrangeiro.

Somente na América Latina, quinze países aprovaram leis de incentivo ou regulamentação da arbitragem desde 1989.²⁴

Na Venezuela, atualmente, a arbitragem tem uma feição ainda mais relevante devido ao ambiente desenvolvido pelo governo local nos últimos anos.

Em 1999, por exemplo, a Suprema Corte decidiu em favor da arbitrabilidade de conflitos surgidos em contratos de parceria público-privada acerca da exploração de petróleo em terras venezuelanas, protegendo, assim, o capital privado de um possível favorecimento estatal que provavelmente ocorreria em uma disputa no judiciário.

A atual administração venezuelana, entretanto, esforça-se em resistir à arbitragem naquilo que concerne aos interesses públicos. Atendendo à pressão do executivo, em 2006, o Supremo Tribunal decidiu em detrimento da arbitragem em casos que envolvam o governo venezuelano ou

²²GUIDI, P. V. de L. Obra Citada. p.185/186.

²³JESÚS O., Alfredo de. *The impact of constitutional Law on international commercial arbitration in Venezuela. in Journal of International Arbitration (The Hague, 2007).*

²⁴JESÚS O., A. de. Obra Citada.

empresas por este controladas. Essa postura demonstra um retrocesso do tribunal em relação à arbitralidade objetiva e por isso sofreu duras críticas doutrinárias.

J. Eloy Anzola, ao comentar o julgado, lembra que “This position reflects well the political atmosphere created by the current Venezuelan Administration that rejects arbitration and wants to have involved.²⁵”

Por fim, cumpre destacar que em 14 de dezembro de 2011, foi publicada no diário da república portuguesa a Lei 61/2011, que aprova a nova Lei de Arbitragem Voluntária e entrou em vigor três meses após sua publicação.

No que diz respeito à cláusula compromissória, a nova lei de arbitragem fez grande avanço ao solucionar questão até então polêmica em Portugal. Foram introduzidas disposições para abranger os modernos meios de contratação (artigos 2.2 e 2.3), em particular os meios eletrônicos de comunicação.²⁶

8. BREVES CONCLUSÕES

Ante as considerações propostas acima, verifica-se que apesar da ótima legislação regulando a arbitragem no Brasil, ainda há alguns pontos polêmicos em relação à cláusula compromissória, notadamente em se tratando de contratos societários.

É bem verdade que boa parte desses pontos polêmicos foi resolvida com o advento da Lei nº 13.129 de 2015, que alterou a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307 de 1996) e a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 1976).

²⁵ ANZOLA, J. E. Artigo Are foreign investors protected in Venezuela? Publicado na Revista de Arbitragem e Mediação v. 4, n. 12, p. 159–178, jan./mar., 2007, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

²⁶ LEITE, António Pinto. A Nova Lei Portuguesa Voluntária in Revista Brasileira de Arbitragem – v. 33, ano IX – jan/mar 2012, p. 85/88

Como visto acima, no mesmo sentido, há alguns pontos polêmicos em relação à cláusula compromissória no direito comparado. De toda forma, é certo que a arbitragem vem ganhando cada vez mais força no Brasil, seja em arbitragens domésticas, seja em arbitragens internacionais, o que é resultado de uma sólida e confiável legislação, assim como do respeito que o Poder Judiciário vem nutrido pela arbitragem, fazendo valer a vontade das partes quando, por meio da convenção de arbitragem, em suas espécies cláusula compromissória e compromisso arbitral, optam pela jurisdição arbitral ao invés da jurisdição estatal.

Tal fato é visto de forma positiva, na medida em que o investidor estrangeiro sente-se confortável em realizar negócios no Brasil, sabendo que terá segurança jurídica em eventual procedimento arbitral se tiver alguma controvérsia decorrente dos contratos celebrados.

9. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ANZOLA, J. E. Artigo *Are foreign investors protected in Venezuela?* Publicado na Revista de Arbitragem e Mediação v. 4, n. 12, p. 159–178, jan./mar., 2007, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CLAY, Thomas. A Extensão da Cláusula Compromissória às Partes não Contratantes (Fora Grupos de Contratos e Grupos de Sociedades/Empresas). *in* Revista Brasileira de Arbitragem, nº. 8, out./dez.2005, p. 79.

CRETELLA NETO, José. Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Arbitragem na Teoria Geral do Processo. 1ª Ed. Editora Malheiros, 2013.

FOUCHARD, Gaillard, Goldman. International Commercial Arbitration.

GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem e processo arbitral. São Paulo: Atlas, 2009.

GUIDI, Patrícia Velloso de Luna. *The ABC of arbitration in the U.S.* in Revista de Arbitragem e Mediação, 2004. p.176.

JESÚS O., Alfredo de. *The impact of constitutional Law on international commercial arbitration in Venezuela.* in *Journal of International Arbitration (The Hague, 2007)*. Kluwer Law, 1999.

LEITE, António Pinto. A Nova Lei Portuguesa Voluntária in Revista Brasileira de Arbitragem – v. 33, ano IX – jan/mar 2012, p. 85/88

LOBO, Jorge Joaquim (coord.) Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei nº 10.303, de 30.10.2001. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS, Pedro A. Batista, LEMES, Selma M. Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª. Edição, 1999.

MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.) Reflexões sobre arbitragem: *in memoriam* do desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

SANGIOVANNI, Valerio. *Le Clausole Compromissorie Statutarie nel Nuovo Diritto Societario Italiano*. in Revista Brasileira de Arbitragem, nº. 9, 2006, p. 183.

TIMM, Luciano Benetti e Rodrigo Tellechea Silva. O Acordo de Acionistas e o Uso da Arbitragem Como Forma de Resolução de Conflitos Societários, in Revista Brasileira de Arbitragem, nº. 15, jul./set. 2007, p. 27/42.