

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA: UMA ANÁLISE LUSO- BRASILEIRA¹

Amanda Costa Teixeira Machado²

Resumo: A arbitragem é um método de resolução de conflitos legítimo em território português e brasileiro. Apesar das divergências legislativas acerca da arbitragem, ambos os países vislumbram um abismo jurídico ao se tratar de arbitragem societária. A entender que a inclusão da cláusula compromissória estatutária é fundamental para a instituição da arbitragem nas sociedades, nota-se que é essencial a delimitação quórum para inserção ou aprovação da alteração do contrato social em prol da cláusula compromissória, bem como analisar a extensão desta cláusula aos sócios dissidente, ausentes e futuros. Frente a isto, o objetivo deste trabalho é analisar e delimitar as normas utilizadas para cláusulas compromissórias estatutárias em cada ordenamento e traçar semelhanças e divergências entre eles. Para tanto, utilizou-se a análise teórica qualitativa, por meio de análise bibliográfica, e o método dedutivo, aliado à metodologia quanto ao direito comparado, para comparar as estruturas vigentes em cada país.

Palavras-Chave: Arbitragem societária; Cláusula compromissória estatutária

Abstract: Arbitration is a legitimate dispute resolution method in

¹ Dissertação apresentada como requisito para a conclusão do VI Curso de Pós-Graduação em Direito do Centro de Investigação de Direito Privado da Universidade de Lisboa.

² Licenciada em Direito pela Universidade Federal de Goiás com mobilidade académica na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pós graduada em Direito da Arbitragem na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Portuguese and Brazilian territory. Despite the legislative differences regarding arbitration, both countries see a legal abyss when it comes to corporate arbitration. Understanding that the inclusion of the statutory arbitration clause is fundamental for the establishment of arbitration in companies, it is noted that the quorum delimitation is essential for the insertion or approval of the amendment to the articles of association in favor of the arbitration clause, as well as analyzing the extension of this clause to dissident, absent and future members. In view of this, the objective of this work is to analyze and delimit the norms used for statutory arbitration clauses in each order and to trace similarities and differences between them. To this end, qualitative theoretical analysis was used, through bibliographic analysis, and the deductive method, combined with the methodology of comparative law, to compare the structures in force in each country.

Keywords: Corporate arbitration; Statutory arbitration clause

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos Gerais da Arbitragem em Portugal. 3. Aspectos Gerais da Arbitragem no Brasil. 4. Instituição de cláusula compromissória no contrato social ou estatuto social. 4.1. Ordenamento Brasileiro. 4.2. Ordenamento Português. 4.2.1. Cláusula Compromissória Parassocial. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO



Em linhas gerais, arbitragem é um método de resolução de conflitos privado com heterocomposição. Esse, muitas vezes titulado como método alternativo, detém o condão de descolapsar o sistema judiciário e devolver a celeridade processual concedida constitucionalmente (art. 5, LXXVIII, da Constituição Federal Brasileira CF e art. 32, Nº 2, da Constituição da República

Portuguesa).

O ordenamento jurídico português contempla a arbitragem em sua organização do poder político como um tribunal legítimo (art. 209 N^o 2 da Constituição da República Portuguesa). A se direcionar em consonância ao entendimento português, o ordenamento brasileiro também se firmou, no âmbito jurisprudencial, pela legitimidade dos tribunais arbitrais.

Ambos os ordenamentos, desta forma, contam com lei específica para regulamentação da arbitragem. Em Portugal, se tratando de arbitragem voluntária, há a Lei N^o 63/2011 conhecida como Lei da Arbitragem Voluntária (LAV). Em território brasileiro, por outro lado, há a Lei N^o 9.307/1996, severamente alterada em 2015.

Apesar do grande avanço da arbitragem em ambos os países, o que se vislumbra é um grande abismo regulatório quanto à arbitragem societária.

A arbitragem societária, por sua vez, se limita a solucionar litígios de natureza jurídico-societária de modo especializado, sigiloso e célere. Para a instituição desta, pode-se elencar duas possibilidades: a) compromisso arbitral; b) instituição de cláusula compromissória no contrato social ou estatuto social.

Ao que tange a última opção elencada, nota-se a necessidade de delimitação do quórum para inserção ou aprovação da alteração do contrato social em prol da cláusula compromissória, bem como analisar a extensão desta cláusula aos sócios dissidente, ausentes e futuros.

Frente a este cenário, o presente trabalho tem como objetivo analisar as normas utilizadas para solucionar os questionamentos supramencionados frente a cláusulas compromissórias estatutárias. A partir desta análise será possível, então, traçar semelhanças e divergências entre os ordenamentos.

Para tanto, utilizou-se a análise teórica qualitativa, por meio de análise bibliográfica, e o método dedutivo, aliado à metodologia quanto ao direito comparado, para comparar as

estruturas vigentes em cada país.

2. ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM EM PORTUGAL

A arbitragem não é uma novidade no território português. Ainda na transição do século XII para o século XIII foram documentadas a existência dos alvidros, isto é, magistrados investidos pelo poder das partes. Perante o advento das Ordenações Manuelinas, constatou-se a evolução deste instituto e a ramificação da função dos alvidros (utilizavam o Direito Constituído como parâmetro de julgamento) e o Alvidradores (utilizavam a equidade como parâmetro de julgamento). (KUMANLAL, 2014).

A primeira aparição da arbitragem, sob tal nomenclatura, se deu em 1822 com a Constituição da Monarquia Portuguesa. O progresso da arbitragem, todavia, foi drasticamente freado com o advento do Decreto- Lei 47.690 de 1967, de tal modo que não se constatou a menção deste instituto no texto constitucional de 1976.

Em 1982, com a reforma da Constituição da República Portuguesa, o texto constitucional passa a conceder a existência do Tribunal Arbitral como parte da organização do poder político, em seu art. 209/2. Para além da previsão constitucional, o ordenamento português também conta com a Lei nº 63 de 2011, conhecida como Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) e os artigos 1082 ao 1085 do Código de Processo Civil para regulamentação da arbitragem compulsória.

Para melhor perceber o funcionamento da arbitragem portuguesa atual, importa mencionar que existem três classificações quanto à espécie: a) arbitragem voluntária x arbitragem necessária; b) arbitragem ad-hoc x institucional; c) arbitragem interna x arbitragem internacional.

Ao que tange a primeira classificação, o principal ponto de ponderação é a autonomia da vontade das partes para a

decisão da resolução do conflito por meio da arbitragem. Na arbitragem voluntária, as partes decidem utilizar a arbitragem como método de resolução de conflito e serão subordinadas às disposições da LAV³. A arbitragem necessária, ou compulsória, por outro lado, é definida legalmente, de modo a não resultar de uma decisão das partes e sim de disposição legal.

A divergência entre a arbitragem ad-hoc e a arbitragem institucional, no entanto, está na maneira de formação do tribunal arbitral. Na arbitragem ad-hoc, o tribunal é constituído singularmente para a resolução de um conflito em específico e o controle é efetivado em momento posterior à sentença pelo tribunal. Em oposição, na arbitragem institucional, utiliza-se um tribunal permanente subordinado a uma regulamentação própria.

Por fim, há a distinção entre arbitragem interna e arbitragem internacional. Na primeira espécie, o conflito em causa conta apenas com elementos de conexão de um só Estado. Na arbitragem internacional, no entanto, o conflito dispõe elementos de conexão de dois ou mais Estados, havendo, então, o contato com mais de um ordenamento jurídico.

3. ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM NO BRASIL

³ “Por seu turno, a arbitragem voluntária assume *duas dimensões essenciais*: i) *uma dimensão de Direito material*; ii) *uma dimensão de Direito processual*. Em primeiro lugar, a arbitragem voluntária pressupõe um *fundamento contratual* que se assume como determinante: a convenção de arbitragem representa uma manifestação de autonomia privada e da liberdade contratual daqueles que a celebrem. Nesse contexto, o exercício desta liberdade contratual *fundamenta* que as partes que celebrem uma convenção de arbitragem possam abdicar da jurisdição estadual, nos termos legalmente previstos de modo a que lhes seja permitido constituir um *tribunal privado*. Em segundo lugar, a arbitragem voluntária apresenta um cariz *jurisdicional*, uma vez que ao tribunal arbitral constituído com base no exercício do direito potestativo que provém da convenção de arbitragem, cabe o *exercício efectivo da função jurisdicional*. Por outro lado, ao Estado cumpre atribuir um conjunto de efeitos á convenção das partes e outorgar uma equiparação – constitucionalmente imperativa, desde que cumpridos os pressupostos garantísticos constitucionais – das decisões dos tribunais arbitrais as decisões dos tribunais arbitrais ás decisões tomadas pelos tribunais da jurisdição pública. (MONTEIRO et al. 2019, P. 14.)

A arbitragem no Brasil detém profunda bagagem do ordenamento português. Ainda no período colonial deslumbrava-se a utilização dos meios arbitrais instituídos pelas ordenações portuguesas. Entretanto, em que pese a menção da arbitragem desde a primeira constituição do Brasil, em 1824, a Lei da Arbitragem apenas foi instituída em 1996.

No momento anterior a essa Lei e sobre a égide da atual Constituição Brasileira de 1988, o que se observou foi um lento avanço no quesito arbitral. Isto pois, sem regulamentação específica, o processo arbitral era regido pelo Código de Processo Civil, ora de 1939 ora de 1973, e o instituto do compromisso arbitral pelo Código Civil de 1916. De modo mais particular, MUNIZ (2017) enumera dois fatores relevantes para a *inibição do desenvolvimento arbitral*:

Em outras palavras, antes de 1996 as normas aplicáveis à arbitragem praticamente inibiram o desenvolvimento do instituto, especificamente por conta da impossibilidade de execução específica de cláusula compromissória e da necessidade de homologação judicial de sentença arbitral. (MUNIZ, 2017, p.31)

Desta forma, apenas com o advento da Lei de Arbitragem se pode perceber o avanço da arbitragem no Brasil. Neste aspecto e em concordância com MUNIZ (2017), SOMBRA (2011) enunciou acerca de grandes mudanças constituídas com a Lei de Arbitragem:

Em suma, três foram as grandes mudanças geradas pela Lei 9.307/96: a) consagrou a possibilidade de a arbitragem ser instituída por intermédio da convenção de arbitragem, que abarca, portanto, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral¹⁰; b) concedeu à sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença estatal (art. 18), a saber, título executivo judicial e c) acabou com o mecanismo de dupla homologação pelo Supremo Tribunal Federal, que, a partir de então, deverá homologar as sentenças arbitrais estrangeiras, ainda que não tenham sido homologadas por sentença judicial no país de origem. (SOMBRA, 2011, p. 266)

Esta lei contou com muitos aplausos, mas também com questionamentos. Entre esses, pode-se enumerar a questão

constitucional levantada e a retroatividade da Lei de arbitragem aos contratos celebrados anteriormente à lei.

Ao que tange a constitucionalidade, fora arguido, perante o Supremo Tribunal Constitucional, o Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.207-7. Neste, alegaram que a Lei da Arbitragem ocasionava a lesão ao princípio da inafastabilidade do acesso à justiça. O tribunal, todavia, entendeu pelo indeferimento da demanda.

Questionou-se também quanto à retroatividade da Lei de arbitragem aos contratos celebrados anteriormente à lei. À época, observava-se a repercussão de decisões que se posicionavam, ora a favor e ora contrárias, à aplicação imediata. MUNIZ (2017) explica:

O cerne da questão era se essas normas seriam de direito material ou de direito processual. De um lado, se reputados de natureza material, não poderiam regular os contratos a ela anteriores, que estariam sujeitos ao regime jurídico previamente em vigor, segundo o princípio do *tempus regit actum*.

Por outro lado, normas processuais têm eficácia imediata, independentemente da data do negócio jurídico a que a contro-
vêrsia se refere. (MUNIZ, 2017, p.36-37)

Para solucionar tal questão e unificar a jurisprudência brasileira, foi editada a súmula 485 do Superior Tribunal de Justiça que definiu: “*a Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição*”.

Importa, ainda, mencionar que, posterior à Lei de Arbitragem, o ordenamento brasileiro contou com a alteração do Código Civil, em 2002, e do Código de Processo Civil, em 2015. Este primeiro disciplinou a convenção arbitral a estipular, principalmente, o veto do compromisso arbitral para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial, conforme art. 852 do Código Civil. O Código de Processo Civil, por outro lado, disciplinou a matéria de homologação de sentença (em conformidade com a Convenção de Nova Iorque) e determinou, diante

ao art. 337, X, que a discussão quanto à convenção arbitral deverá ser suscitada preliminarmente sem a possibilidade de ser reconhecida de ofício pelo magistrado.

A Lei de Arbitragem sofreu relevantes alterações pela Lei nº 13.129 em 26 de maio de 2015. Entre as modificações, revela-se: a) a possibilidade da administração pública, direta e indireta, poder utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis; b) a possibilidade de, antes de instituída a arbitragem, as partes poderem recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência; c) instituição da Carta Arbitral;

4. INSTITUIÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO SOCIAL

A convenção da arbitragem voluntária pode ser instituída por dois modos: a) cláusula compromissória; b) compromisso arbitral. Ambas as modalidades são previstas no ordenamento brasileiro e no ordenamento português.

A Lei de Arbitragem no Brasil faz menção no art. 3º quando dispõe que: *“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.”* A definição de cláusula compromissória, por sua vez, está enunciada no artigo 4º da mesma Lei: *“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”*. Neste mesmo sentido, a definição do compromisso arbitral está no artigo 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”*.

Em sintonia com a legislação brasileira, a LAV distingue estes dois modos em seu art. 1º/3 a indicar que *“A convenção de*

arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que afecto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória).”

Se tratando de um conflito entre sócios de uma sociedade, as possibilidades para instituição da arbitragem como modo de resolução de conflito permanecem. Desta forma, sendo um conflito atual, poderá ser realizada a convecção arbitral entre o sócio demandante e a sociedade.

Todavia, há um grande embate doutrinário no que tange a instituição da arbitragem por meio de inserção da cláusula compromissória no contrato social ou estatuto. Isto porque, dado o princípio maioritário, que norteia o funcionamento societário, observa-se uma anuência impositiva aos sócios que se veem contrários à maioria, desencadeando uma supressão do princípio da autonomia da vontade.

4.1. ORDENAMENTO BRASILEIRO

Em que pese ser uma matéria essencial para a instituição arbitral, a Lei da Arbitragem não regulamenta a instituição da cláusula compromissória arbitral nos estatutos ou contratos sociais. A previsão legal, desta feita, está presente na Lei Nº 6.404 de 1976 (LSA) quando se trata de Sociedade por Ações e no Código Civil para as Sociedade Limitadas⁴.

O primeiro avanço normativo brasileiro, em matéria de instituição da arbitragem como método de resolução de conflitos societários, se deu em 2001 com a pela Lei nº 10.303. Por meio deste dispositivo legal, se incluiu à LSA o parágrafo terceiro do artigo 109:

Art. 109, § 3o O estatuto da sociedade pode estabelecer que as

⁴ A Sociedade Limitada, no Brasil, é a sociedade empresarial que detém seu capital social dividido por quotas e a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. Este tipo societário equivale a Sociedade por Quotas em Portugal.

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

Apesar desse grande avanço para a arbitragem societária brasileira, notou-se que ainda havia lacunas a serem preenchidas, sobretudo em matéria de cláusulas compromissórias estatutárias.

O ordenamento brasileiro era omissivo quanto ao quórum para a instituição da cláusula compromissórias estatutária, bem como quanto à extensão desta cláusula aos sócios que fossem contrários à inclusão desta.

A regra geral para alteração do estatuto social se difere conforme se trate de sociedades anônimas ou sociedades limitadas. Para as sociedades anônimas, a alteração era realizada pelo quórum da maioria absoluta do capital, conforme estipulado pelo art. 129 da LSA. Para as sociedades limitadas, por outro lado, o quórum exigido era de três quartos dos sócios para que pudesse haver a alteração do contrato social (Art. 1.076, I, Código Civil).

Nesse sentido, APRIGLIANO (2012) apontava que a regra geral para alteração deveria imperar e enumera que são raras as hipóteses que necessitam de unanimidade para alteração do contrato ou estatuto social. Neste mesmo sentido, o autor também enuncia acerca da extensão da cláusula compromissórias estatutária aos sócios dissidentes:

A conclusão mais razoável e compatível com os valores sob discussão é a de que a convenção de arbitragem, quando inserida em contrato ou estatuto social, deve ser considerada como igualmente aceita por todos aqueles que adquirirem participações societárias, sob a premissa de que a manifestação de vontade no sentido de tornar-se acionista pressupõe a ciência e a aceitação de todas as condicionantes dessa mesma sociedade, abrangendo não apenas os seus órgãos de administração, seu objeto social, capital, mas também o método eleito para a solução de controvérsias decorrentes daquelas mesmas relações. (APRIGALIANO, p. 148, 2012)

A doutrina brasileira, entretanto, se ramificava quanto a esse pensamento. Para FINKELSTEIN (2011), o raciocínio do princípio da maioritário, e, portanto, a vinculação do sócio à vontade da maioria, opera apenas para as sociedades anônimas:

Ou seja, a cláusula compromissória obriga a todos que dela têm ciência, inclusive aqueles que votaram contrariamente à sua inserção e optaram por permanecer no quadro societário, uma vez que a ciência inequívoca da sua existência vincula todos à decisão soberana da assembleia. A vontade da maioria deverá prevalecer, desde que preservados os direitos dos descontentes, direito este restrito a retirar-se da sociedade caso não aceite a adoção da cláusula compromissória. Uma vez que o estatuto social tem força de lei, vinculando a totalidade dos sócios e a sociedade, a liberdade da parte está severamente limitada no tocante à forma de solucionar as suas controvérsias, devendo submeter-se à forma escolhida pela assembleia geral (FINKELSTEIN, *online*, 2011).

Este autor indica, então, que nas sociedades limitadas não há extensão da cláusula compromissória aos sócios dissidentes e aos que não tiveram ciência da existência desta:

Inexistindo no contrato social a cláusula compromissória, ou sendo inserida posteriormente a sua constituição por decisão dos quotistas majoritários, somente estes se vincularão à arbitragem como forma de solucionar controvérsias. Aqueles minoritários que não votaram positivamente, assim como aqueles que estiveram ausentes da assembleia ou reunião que adotou tal cláusula ou dela não tiveram notícia, a ela não se vincularão, por se tratar a arbitragem de instituto derivado de declaração personalíssima de vontade, não podendo a decisão de alguns, ainda que a maioria, excluir da parte recalcitrante ou ausente o direito constitucionalmente garantido de resolver suas questões pelo juízo estatal. No entanto, uma vez tendo ciência da existência de tal cláusula, competirá ao sócio a opção de continuar ou não vinculado à empresa, devendo, se nela permanecer, sujeitar-se ao procedimento arbitral. (FINKELSTEIN, *online*, 2011).

A terceira via criada para solucionar esta problemática foi a adotada pela Junta Comercial de São Paulo (JUCESP). Em meio a sua Portaria N°17, de 23 de agosto de 2012, a JUCESP

se pronunciou pela necessidade da adesão de todos os acionistas para inserção da cláusula compromissória estatutária:

8. REFORMA DO ESTATUTO PARA CONSTAR A PREVISÃO DA ARBITRAGEM DOS CONFLITOS SOCIAIS – NECESSIDADE DA QUIESCÊNCIA DE TODOS OS ACIONISTAS

A inserção no estatuto de cláusula de previsão de arbitragem para a solução dos conflitos decorrentes do vínculo social não poderá ser aprovada senão com a adesão de todos os acionistas.

O que se notava, portanto, era uma grande insegurança jurídica quanto à inserção da cláusula compromissória nos estatutos sociais e contratos sociais. Com o intuito de solucionar tal abismo jurídico, em maio de 2015, por meio da Lei Nº 13.129, a LSA foi, novamente, alterada de maneira a dispor, em seu art. 136-A, acerca da aprovação da inserção da convenção arbitral no estatuto social:

Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

§ 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou.

§ 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável: I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe; II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei;

Neste sentido, restou instituído que é necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, do total de votos conferidos pelas ações com direito a voto, se maior quórum não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações

não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão (art. 136 da LSA) para deliberação sobre a inserção da convenção arbitral no estatuto social.

Em que pese a observação da valorização do princípio maioritário em detrimento da autonomia da vontade, o legislador se atentou a assegurar ao acionista dissidente o direito de se retirar da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações.

No que tange as Sociedade Limitadas, a regulamentação, apesar de serem reguladas pelo Capítulo IV do Código Civil, poderá ser regida pelas normas da Sociedade Simples ou, caso o Contrato Social preveja, poderá haver regência supletiva da Sociedade Limitada pelas normas da Sociedade Anônima.

Assim, diante a regência supletiva mencionada, a inserção da convenção arbitral no contrato social da Sociedade Limitada respeitará o mesmo regramento vigente para as Sociedades Anônimas, isto é, o regramento do art. 136-A da LSA.

4.2 ORDENAMENTO PORTUGUÊS

Assim como ocorreu no ordenamento brasileiro, em Portugal não há previsão legal que regule a instituição da cláusula compromissória arbitral nos estatutos ou contratos sociais.

Como enunciado anteriormente, a regulamentação deste tema, no Brasil, está presente na Lei Nº 6.404 de 1976, também conhecida em Lei das Sociedades por Ações. A realidade de Portugal, entretanto, é diferente. O que se observa, em território português, é a omissão do ordenamento jurídico para regulamentação desta matéria, tanto para permissão quanto para proibição:

Neste momento, em Portugal, não existe nenhum mecanismo que diga expressamente que se permite a arbitragem societária, contudo também não existe nada que a impeça. (António, p.22, 2020)

Assim, não havendo delimitação específica sobre o quórum para a instituição das cláusulas compromissórias

estatutárias, se impera a necessidade de se recorrer à regulamentação geral quanto à alteração do contrato social das sociedades por ações e por quotas.

Ao analisar o artigo 265, Nº1 do Código de Sociedades Comerciais, observa-se que, para alteração do contrato social de sociedades por quotas, o quórum mínimo necessário é de três quartos dos votos correspondentes ao capital social ou por número ainda mais elevado de votos exigido pelo contrato de sociedade.

Por outro lado, a regra para alteração do contrato de sociedade para sociedade por ações está presente nos artigos 383, Nº2 e 386, Nº 3. Pela leitura desses dispositivos legais, vislumbra-se que, para a alteração, é necessário o quórum mínimo de dois terços dos votos emitidos.

Pelo raciocínio da utilização da regra geral em detrimento da omissão legislativa quanto à lei especial, havendo o quórum mínimo para alteração do contrato social, todos os sócios, incluso os ausentes ou discordantes, estarão vinculados à cláusula compromissória estatutária.

A posicionar-se pela extensão da cláusula compromissória estatutária a todos os sócios, CAMELO (2011) também demonstra a extensão desta para todos litígios que derivam de relações entre sócios e relações geridas pelo contrato social:

No âmbito de uma tal cláusula compromissória devem caber, em primeiro lugar, todos os litígios que se suscitem *entre os sócios da sociedade* e resultem de relações regidas pelos estatutos de que essa cláusula faça parte (tendo presente que do conteúdo destes fazem parte não só o seu clausulado, mas também as regras e princípios legais aplicáveis a esse tipo social e que por esse clausulado não hajam sido validamente afastadas). Uma tal cláusula tem aptidão para, por um lado, vincular todos os sócios da sociedade, tenham aprovado ou não a sua adoção, e por outro lado, abranger todos os litígios que entre eles possam surgir. (CAMELO, p. 13, 2011)

Por outro lado, DIAS (2012) alerta que a eficácia da cláusula compromissória poderá ser afetada caso haja voto contrário

de sócio que detém direito especial.

Importa, portanto, delimitar quais os direitos especiais regulamentados pelo Código das Sociedades Comerciais, bem como suas implicações à cláusula compromissória estatutária.

Para ABREU (2020), os direitos dos sócios, ou potenciais sócios, podem ser classificados quanto à sua função e titularidade. Quanto à função, os direitos se ramificam em: a) direito de participação; b) direitos patrimoniais; c) direitos de controle. Quanto à titularidade, distinguem em gerais e especiais. Por direitos gerais, o autor entende que são aqueles que são concedidos a todos, por direitos especiais, entretanto, ele os define como:

Especiais são os direitos atribuídos no contrato social a certo(s) sócios ou a sócios titulares de ações de certa categoria conferindo-lhe(s) uma posição privilegiada que não pode em princípio ser suprimida ou limitada sem o consentimento dos respectivos titulares. (ABREU, p. 205, 2020)

Dentre os direitos especiais, pode-se elencar: o direito de ceder a quota sem necessidade de consentimentos da sociedade, direito especial à gerência, dentre outros.

A indagação feita por DIAS (2012) contempla, então, a possibilidade de se instituir, estatutariamente, um “*direito especial à ação judicial do sócio*” :

A possibilidade de ser consagrado um *direito especial à ação judicial do sócio*, aqui defendida, se é por um lado um instrumento que limita o acesso aos tribunais arbitrais e assim afasta aquele concreto grémio social das vantagens que esse acesso poderá encerrar, pode, por outro lado, ter consequências favoráveis para o modo como se encara a vinculação dos sócios a cláusulas compromissórias estatutárias. Por outras palavras: a existência de mecanismos que permitem ao sócio excluir-se da sujeição à jurisdição arbitral (i.e., a previsão estatutária do direito especial à ação judicial) ajuda a legitimar a introdução de cláusulas compromissórias nos estatutos por deliberação maioritária e não unânime – uma deliberação que assim ficará sujeita a idêntico grau de exigência consensual à própria deliberação de introdução do direito especial à ação judicial (cfr. art. 24.o, nº 1, do CSC). (DIAS, p. 301, 2012)

O autor, portanto, demonstra que apesar deste direito

especial limitar a atribuição da arbitragem como solução dos conflitos societários, o mesmo pode ser utilizado como ferramenta para aqueles que não admitem a cláusula compromissória estatutária.

Todavia, é notável que a segurança jurídica para a instituição da cláusula compromissória estatutária, apenas será possível com a reforma legislativa sobre a matéria.

Com o propósito de sanar o abismo jurídico quanto às questões atinentes à arbitragem societária, a Associação Portuguesa de Arbitragem (APA) editou o anteprojeto para atribuição do diploma legislativo acerca das regras aplicáveis à arbitragem em matéria societária.

A convenção de arbitragem, e por conseguinte, as atribuições da cláusula compromissória estatutária, está presente no artigo 2º deste anteprojeto ao qual dispõe:

Artigo 2º (Convenção de arbitragem)

1 - A cláusula compromissória deve constar dos estatutos da Sociedade e deve referir expressamente o âmbito dos litígios por ela abrangidos e indicar o centro de arbitragem institucionalizada competente.

2 - A inclusão de cláusula compromissória nos estatutos ou a modificação daquela devem efetuar-se nos termos previstos na lei e nos estatutos para a alteração do contrato de sociedade, sem prejuízo do disposto no número seguinte; a eficácia dessa cláusula compromissória fica dependente do registo definitivo da alteração.

3 - A deliberação que introduza uma cláusula compromissória nos estatutos de uma Sociedade só pode ser impugnada perante os tribunais estaduais.

4 - Todos os sócios e titulares de órgãos sociais, incluindo aqueles em que tal qualidade seja objeto de litígio, estão vinculados pela cláusula compromissória constante dos estatutos da Sociedade a partir do momento em que esta se torna eficaz.

5 - A vinculação do sócio ou do titular de órgão social pela cláusula compromissória inicia-se com a aquisição da participação social ou a aceitação do cargo, expressa ou tácita.

6 - A cessação da qualidade de sócio ou de titular de órgão social não afasta a vinculação à cláusula compromissória

relativamente a litígios respeitantes à validade ou eficácia da cessação, bem como a factos inerentes àquela qualidade, ainda que ulteriores à cessação.

7 – O compromisso arbitral respeitante a qualquer um dos litígios abrangidos pelo presente diploma deve ser subscrito por todas as partes em litígio e por todos os sócios da sociedade.

A cláusula compromissória estatutária é estipulada no Nº1 do artigo supracitado, o que se nota é a preocupação em delimitar o âmbito de aplicação da arbitragem nos litígios e a prévia estipulação do centro de arbitragem institucionalizada competente.

Para inclusão desta cláusula ou alteração, o anteprojeto sugere que sejam utilizados os parâmetros da lei ou do estatuto. Noutras palavras, o quórum para a inclusão da alteração da cláusula respeitará o Código de Sociedades Comerciais, caso o estatuto não estipule em sentido contrário.

Pela leitura do Nº 4 do artigo citado, observa-se que a extensão da cláusula compromissória estatutária aos sócios dissidentes e ausentes após o registro definitivo desta. O Nº 5 ainda indica que haverá a vinculação dos novos sócios à arbitragem a partir da aquisição da participação social ou a aceitação do cargo, expressa ou tácita.

Se aprovado o anteprojeto da Associação Portuguesa de Arbitragem (APA) sobre o regime jurídico da arbitragem societária, a lacuna legislativa portuguesa quanto à instituição da cláusula compromissória estatutária poderá ser sanada. Desta forma, imperará uma maior segurança jurídica para a inclusão desta cláusula, ou alteração, bem como quanto à sua forma e extensão aos sócios dissidentes, ausentes e futuros.

4.2.1 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PARASSOCIAL

A doutrina portuguesa ainda aponta a possibilidade da instituição da cláusula compromissória parassocial, isto é, a utilização da ferramenta dos acordos parassociais para instauração

da arbitragem como método de resolução dos conflitos sociais.

ABREU (2020) conceitua os acordos parassociais como: contratos celebrados entre todos ou alguns sócios (ou entre sócios e terceiros), produtores de efeitos atinentes à posição jurídica dos pactuantes sócios (enquanto tais) e, eventualmente, atinentes também a outros pactuantes (terceiros) e à vida societária, mas que não vinculam a própria sociedade. (ABREU, p. 154, 2020)

Assim, conforme suscitado pelo autor, os acordos parassociais se diferenciam dos estatutos sociais, sobretudo, quanto à eficácia, visto que aquele não poderá ser oponível à sociedade.

O Código das Sociedades Comerciais disciplina os acordos parassociais no em seu artigo 17 ao qual traz consigo limitações a estes acordos:

Artigo 17.º

(Acordos parassociais)

1 - Os acordos parassociais celebrados entre todos ou entre alguns sócios pelos quais estes, nessa qualidade, se obriguem a uma conduta não proibida por lei têm efeitos entre os intervenientes, mas com base neles não podem ser impugnados actos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade.

2 - Os acordos referidos no número anterior podem respeitar ao exercício do direito de voto, mas não à conduta de intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração ou de fiscalização.

3 - São nulos os acordos pelos quais um sócio se obriga a votar:

- a) Seguindo sempre as instruções da sociedade ou de um dos seus órgãos;
- b) Aprovando sempre as propostas feitas por estes;
- c) Exercendo o direito de voto ou abstando-se de o exercer em contrapartida de vantagens especiais.

O legislador, portanto, excluiu a possibilidade de se firmar acordos que: a) obrigue conduta proibida por lei; b) interfira no exercício de funções de membros dos órgãos de administração ou de fiscalização; c) obrigue um sócio a votar sempre de acordo com instruções da sociedade ou de um dos seus órgãos; d) obrigue um sócio a votar pela aprovação de propostas feitas

por órgãos sociais; e) obrigue um sócio a votar ou abster-se do seu direito de voto por vantagens especiais, patrimoniais ou não.

Em que pese as limitações expressas no art. 17 do CSC, nota-se que não há qualquer impedimento para a pauta da inserção da cláusula compromissória parassocial. Todavia, devem ser observados alguns aspectos antes da consagração desta cláusula.

Como supramencionado, o acordo parassocial apenas vincula aqueles signatários do mesmo. Nesse sentido, enuncia CAMELO (2011):

Ao invés, a cláusula compromissória inserida num acordo parassocial só obriga quem o haja subscrito ou a ele venha aderir (com o consentimento dos demais subscritores) e apenas quanto às matérias por ele reguladas. Essa diferença explica-se pelo facto de os acordos parassociais – ao contrário do que acontece com os estatutos, que criam normas objectivas de aplicação geral no seio da sociedade – terem por função permitir que os (ou alguns dos) sócios regulem, à margem das regras estatutárias, determinados aspectos da sua conduta no seio da sociedade ou perante esta. (CAMELO, p.13, 2011)

Desta forma, o que se concluiu é a possibilidade de se concretizar uma cláusula compromissória por meio do instrumento sócio contratual do acordo parassocial, entretanto, jamais poderá se falar em extensão da cláusula para sócios não signatários.

5. CONCLUSÃO

Ao analisar o instituto da arbitragem brasileiro e português, verificou-se que o Brasil sofreu grandes influências de Portugal, sobretudo quando se observa a imensa bagagem histórica oriunda das ordenações portuguesas.

Para além disso, é visível a similaridade, entre os ordenamentos, quanto à admissibilidade do tribunal arbitral como um tribunal legítimo e quanto ao modo de se instituir a convenção da arbitragem voluntária, isto é, por meio da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral.

No que se refere à instituição de cláusula compromissória no contrato social ou estatuto social, o Brasil apresenta maior evolução sobre a matéria. Isto pois, com a alteração na Lei de Sociedades por Ações de 2015, inseriu-se o art. 136-A que solucionou o abismo jurídico anteriormente existente sobre a matéria.

Desta forma, restou regulamentado pelo artigo citado que para a aprovação da cláusula compromissória estatutária é necessária a aprovação por metade dos sócios. Uma vez aprovada, esta cláusula se estende para os sócios dissidente, ausentes e futuros. O mesmo artigo instituiu direito do sócio dissidente de se retirar da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações.

Em Portugal, todavia, ainda se deslumbra uma grande insegurança jurídica sobre o tema uma vez que não há qualquer regulamentação expressa sobre a instituição de cláusula compromissória no contrato social.

Vigora, portanto, a regra geral de alteração do contrato social para inclusão da cláusula compromissória. Isto é, quórum mínimo de três quartos dos votos quando se trata de sociedade por quotas (art. 265, Nº1, CSC) e o quórum mínimo de dois terços dos votos emitidos para as sociedades por ações (art. 383, Nº2 e 386, Nº 3).

A doutrina portuguesa, diante a tal omissão legislativa, se demonstra ativa de modo a criar ferramentas para conceder maior segurança jurídica para a matéria.

A primeira ferramenta possível é a criação do direito especial à ação judicial do sócio. Essa pode ser amplamente utilizada como forma de contemplar os sócios que não admitem a cláusula compromissória estatutária.

Outra ferramenta é a instituição de cláusula compromissória parassocial, utilizando, assim, as regras do CSC quanto aos acordos parassociais. A esta ferramenta, entretanto, deve-se levar em consideração que a eficácia desta cláusula está limitada

apenas aos sócios signatários deste acordo.

Por fim, vale ressaltar que com a aprovação do anteprojeto sobre regime jurídico da arbitragem societária criado pela APA o ordenamento português poderá sanar a lacuna jurídica existente. Para além disso, poderá trazer inspiração para o Brasil, de modo a tratar de maneira mais incisiva sobre as delimitações da cláusula compromissória estatutária.



REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial: Das Sociedades*. 6a edição. Coimbra: Almedina, 2020.
- ANTÓNIO, João Miguel Comenda. Arbitragem Societária, alguns problemas: as cláusulas compromissórias nas relações intra-societários. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/50496/1/ulfd0149583_tese.pdf
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho - Extensão da Cláusula Compromissória a Partes não Signatárias no Direito Societário. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP. v.33, no 119 (abril 2012), p. 140-152.
- BRASIL. *Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>
- BRASIL. *Código Processo Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República*

- Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988
- BRASIL. *Lei n. 6404*, 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>
- BRASIL. Lei nº 10.303. Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. 31 de outubro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110303.htm
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 485. Julgado em 28/06/2012. DJe 01/08/2012.
- CARAMELO, António Sampaio. Arbitragem de Litígios Societários, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, nº 4, Coimbra: Almedina, 2011. Disponível em: https://www.mlghts.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigos/2011/Art_Dr_ASC_arbitragem_de_litigios_societarios.pdf
- DIAS, Rui Pereira (2012) - “Alguns problemas práticos da Arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)”, in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, pp. 291-304.
- DIAS, Rui Pereira (2018) - “Cláusulas compromissórias estatutárias e princípio maioritário”, *Revista internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º10, Almedina, pp. 74-94.
- FINKELSTEIN, Cláudio. *Arbitragem No Direito Societário in Direito societário: sociedades anônimas* /Maria Eugênia Reis Finkelstein, José Marcelo Martins Proença, coordenadores. – 2. ed. –São Paulo: Saraiva,2011.
- KUMANLAL, Dinis. *Arbitragem*. Instituto Superior de Ciências da Administração. 2014. Disponível em:

- <https://recil.grupolusofona.pt/bitstream/10437/7517/1/Tese%20Final%20Arbitragem%20Dinis-%2030-08-14-docx.pdf>
- MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. 1ª edição. Lisboa: GZ Europa. 2019.
- MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso Básico de Direito Arbitral, teoria e prática*. 4ª edição. Curitiba: Juruá. 2017.
- PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa, PT. 1976.
- PORTUGAL. Lei n.º 41 de 26 de junho de 2013. *Código De Processo Civil*. Diário da República n.º 121/2013, Série I de 2013-06-26
- PORTUGAL. Lei n.º 63 de 14 de dezembro 2011. *Lei Da Arbitragem Voluntária*. Diário da República n.º 238/2011, Série I de 2011-12-14, páginas 5276 – 5289
- SOMBRA, Thiago Luís. A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011. P. 263- 277. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242958/000940009.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- VICENTE, Dário Moura. *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*. 5ª edição. Coimbra: Almedina. 2021.