

OS CAMINHOS DA REGULAMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM EM MATÉRIA SOCIETÁRIA NO BRASIL: UMA PESQUISA EMPÍRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Ruy Amaral Andrade

Professor Pós Unifacs

Sumário: 1. APRESENTAÇÃO E JUSTIFICATIVA DA PESQUISA; 2. PLANEJAMENTO DA PESQUISA; 3. O CENÁRIO AMPLO: AS CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS SÃO MANTIDAS PELO JUDICIÁRIO? 4. O QUE LEVA OS TRIBUNAIS A AFASTAREM A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA? 5. O PRIMEIRO MARCO: A LEI 10.303/2001; 6. O SEGUNDO MARCO: JULGAMENTO DA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206 – 7/ESPANHA; 7. IMPORTÂNCIA CONJUNTA DOS MARCOS; 8. IMPORTÂNCIA DE CADA MARCO; 9. EVOLUÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO; 10. CONCLUSÃO

Resumo: O trabalho pretende dissecar a evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento de matérias que envolvam a arbitragem em direito societário. Será, portanto, objeto de estudo o grau de aplicabilidade do instituto da arbitragem pelo aludido tribunal, tomando-se como marcos teóricos a edição da Lei 10.303/2001, que trata da arbitragem em matéria societária nas S/As, e o julgamento do STF que reconheceu a constitucionalidade da Lei da Arbitragem. Desta forma, pretende-se apresentar uma avaliação sobre a influência das diversas espécies normativas na formação da jurisprudência dos tribunais, estabelecendo uma base para que se possa pensar uma política pública de maior aplicação da arbitragem.

Palavras chave: Arbitragem, direito societário; cláusula compromissória.

1. APRESENTAÇÃO E JUSTIFICATIVA DA PESQUISA

Não poderiam restar dúvidas – até mesmo por ser intuitivo e já incorporado ao senso comum – que a atividade empresarial é intimamente ligada ao desenvolvimento nacional. Em caráter mais objetivo, se observa que ela é capaz de gerar empregos,

fornecer serviços, instituir mecanismos de fabricação de produtos e, em suma, organizar a atividade econômica¹.

O direito societário é, por definição, o ramo jurídico responsável pela organização das sociedades empresárias sendo, portanto, responsável pela estruturação da atividade econômica desenvolvida no país. Ora, não é necessária grandiosa ilação teórica para que se perceba que a eficiência na organização das empresas é capaz de interferir na continuidade das suas atividades negociais e, por conseguinte, no desenvolvimento econômico do país. Exemplo claro de tal ponto é o fato de que a briga entre sócios é apontada como relevante motivo para o encerramento de empresas, conforme declaração de José Constantino Júnior, decorrente de pesquisa realizada pela JUCESP para a Folha de São Paulo².

O que ocorre na prática é: há uma disputa entre os cotistas ou acionistas de determinada sociedade e, enquanto o processo se arrasta nos morosos tribunais brasileiros, a atividade empresarial permanece sem a adequada gestão, perdendo espaço para a concorrência ou sendo abandonada pela clientela por força da ineficiência na tomada das decisões. Prova maior de tal fato é que tais disputas prejudicam principalmente as micro e pequenas empresas³ que, em decorrência do seu porte econômico, têm em regra menor sistematização dos seus órgãos de gestão e direção, sendo mais dependentes do trabalho direto dos seus sócios.

Neste contexto, a arbitragem surge como verdadeira “tábua de salvação” pois, ainda que não seja capaz de impedir o conflito, ela permite uma solução infinitamente mais rápida do que aquela apresentada pelo judiciário. Apenas para que se tenha uma referência, o

¹ Apenas como suporte complementar ao raciocínio intuitivo demonstrado, devemos lembrar que, de acordo com o código civil: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”

² Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/negocios/cn1007201101.htm>. Consulta em 16/12/2011 às 10:45

³ Neste sentido: “No entanto, micro e pequenas empresas -que compõem as sociedades limitadas- são as mais afetadas por fissuras na estrutura societária. Levantamento feito pelo Mdic (Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior) para a **Folha** aponta que de 2009 a 2010 houve alta de 2% (de 316.642 para 322.895) no total de sociedades de micro e pequeno portes no Brasil. O índice de empresas fechadas, contudo, subiu 5% -foi de 85.424 em 2009 para 89.785 em 2010.” (Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/negocios/cn1007201101.htm>. Consulta em 16/12/2011 às 18:41)

tempo médio de trâmite de um processo no Brasil é de quatro anos⁴. Já os procedimentos submetidos à jurisdição arbitral podem ser julgados até em poucos dias, de acordo com o procedimento escolhido pelas partes e, como comparação, aqueles que foram submetidos à câmara de arbitragem da Associação Comercial da Bahia têm julgamento definitivo, em média, após oito meses⁵.

Evidencia-se assim as razões pelas quais inúmeros pesquisadores e profissionais que militam na área apontam o crescimento da arbitragem para a solução de controvérsias afeitas ao direito societário⁶. Trata-se de instituto que vem ganhando imenso prestígio, sendo reconhecido pelos entes privados como ferramenta afeita aos princípios de governança corporativa⁷ e, mesmo perante os Tribunais, como ferramenta importante para a pacificação social⁸.

Em adição, não se pode esquecer outras vantagens da arbitragem, tais como a possibilidade de optar por árbitros especializados no objeto da controvérsia e o sigilo do procedimento. Firmou-se, assim, na comunidade jurídica uma quase-unanimidade quanto à necessidade de encorajamento desta solução.

⁴ Segundo levantamento feito pelo jornal Paraná Online: Disponível em <http://www.parana-online.com.br/editoria/cidades/news/425010/?noticia=JUSTICA+USA+TECNOLOGIA+PARA+COMBATER+LENTIDAO>. Consulta em 16/12/2011 às 18:25.

⁵ De acordo com informação prestada pelo Sr. Alberto Vaz, Superintendente da Câmara de Arbitragem da Associação Comercial da Bahia, em palestra denominada “Panorama da arbitragem na Bahia”, proferida no dia 30/09/2011, promovida pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – Seccional Bahia.

⁶ Apenas como exemplo, veja-se a coluna do Prof. Fábio Tokars no Jornal Paraná Online (Disponível em <http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/61107/?postagem=ARBITRAGEM+EM+QUESTOES+SOCIETARIAS>, consulta em 28/07/2011 às 23:39)

⁷ Caso não seja possível uma negociação bem-sucedida entre as partes, os conflitos entre sócios e administradores e entre estes e a organização devem ser resolvidos, preferencialmente, por meio de mediação e, se não houver acordo, arbitragem. Recomenda-se a inclusão destes mecanismos no Estatuto/Contrato Social ou em compromisso a ser firmado entre as partes. (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 4.ed. São Paulo: IBGC, 2009. p. 27)

⁸ Neste sentido, confira-se excerto da ementa do julgado exarado pelo TJSP: “(...) Em vista dos céleres avanços da vida em sociedade, e do agigantado aumento dos litígios entre as pessoas, não se pode furtrar ao reconhecimento de que a administração da Justiça pelo Estado-Juiz tem revelado, além da morosidade que assola o Poder Judiciário, a alarmante dificuldade de se dar uma resposta adequada às necessidades que reclamam uma pronta solução de conflitos Assim, à luz do inegável congestionamento da Justiça, imperioso se abdique das soluções tradicionais, na busca de novas fórmulas e novos caminhos tendentes à pacificação social, alvitando a celeridade e praticidade aos litigantes. Daí, avulta em importância, entre nós, o instituto da arbitragem, que deve ser sempre incentivado, desde que, é certo, não implique denegação de Justiça (...)” TJSP - Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado - 1071425006 Apelação Com Revisão - Relator(a): Adilson de Araujo - Data do julgamento: 02/12/2008 - Data de registro: 11/12/2008)

Não obstante tais fatos, as matérias sujeitas à arbitragem continuam, muitas vezes, a serem submetidas à apreciação do judiciário, sendo, em diversas situações, afastada a jurisdição paraestatal. De acordo com o levantamento realizado pelos pesquisadores da Direito GV em convênio com o Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr)⁹, a maior parte das questões relativas à arbitragem que são submetidas à jurisdição estatal referem-se a “validade eficácia ou existência de convenção arbitral”. De acordo com esta mesma pesquisa, porção substancial destes mesmos acórdãos trata de matéria societária (74 dos 330 acórdãos catalogados foram classificados como relacionados ao tema “contrato social – disputa societária”, e 11 foram catalogados como relacionados à temática de “fusão ou aquisição societária”).

Desta forma, a jurisdição arbitral, que é instrumento de pacificação social, acaba por ser fonte da submissão de novas demandas ao Poder Judiciário. E quando se discute a validade da arbitragem perante a justiça estatal verifica-se que minguem todos os benefícios da opção pelo julgamento privado: o processo que tratará da validade da compromissória poderá levar o mesmo tempo daquele que discutiria a causa em si; há a exposição da controvérsia em documento público e acessível a qualquer indivíduo (salvo, claro, as hipóteses de segredo de justiça); e ainda pode a decisão vir a ser revogada pelo julgador togado que, mesmo sendo um pior conhecedor da matéria, tem (em tese) poderes para afastar o árbitro eleito.

Havendo reiteradas situações de afastamento da cláusula de arbitragem pelo judiciário, começaria a ocorrer a perda de prestígio e utilidade do instituto, que deixa de atingir a sua finalidade e, por conseguinte, termina por ser menos utilizado pelas partes que poderiam vir a se beneficiar dele. Consequentemente, reduzem-se também os benefícios que ele poderia trazer para toda a sociedade.

De outro lado, não se ignore que há uma evolução do interesse dos poderes estatais na ampliação da utilização da arbitragem. Prova maior disso é a promulgação da Lei

⁹ Disponível em http://www.cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf, consulta em 09/01/2012 às 22:54).

9.307/96, que regula o uso da arbitragem e, cinco anos depois, da Lei 10.303/2001, que dispõe expressamente sobre a aplicação de tal instituto às Sociedades Anônimas.

Neste ponto já nos parece claramente demonstrado - ainda que de forma simples - que a arbitragem é um instituto jurídico capaz de contribuir com o desenvolvimento¹⁰ e, ainda, que existe um problema de ordem prática no seu afastamento por meio de decisões judiciais, de forma que, merecem estudo as formas de manutenção das cláusulas de arbitragem. Este é o ponto de partida da pesquisa realizada.

Considerando que se pretende entender o que levaria o judiciário a afastar a incidência da cláusula arbitral, decidimos enfocar o nosso trabalho no estudo da matéria relativa a direito societário, tanto pela importância do tema para o desenvolvimento – como já expusemos acima – quanto pela possibilidade de avaliar especificamente a influência de dois agentes específicos no *enforcement* da cláusula compromissória: o Legislativo e o Judiciário. Vamos explicar isso melhor:

Posteriormente à promulgação da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) houve novo dispositivo legal que tratou especificamente da matéria em relação ao direito societário, a Lei 10.303/2001, que alterou a Lei das Sociedades Anônimas para prever especificamente a possibilidade de recorrer ao julgamento paraestatal. Assim, a evolução da jurisprudência sobre arbitragem em matéria societária, em contraposição a outras matérias, foi influenciada por mais este elemento digno de estudo¹¹.

Desta forma, fazendo um recorte para tratar especificadamente das questões de direito societário podemos contribuir para o estudo da regulamentação da arbitragem neste tema específico, mas também aproveitar as suas peculiaridades para tentar entender de forma mais ampla a importância das diversas fontes normativas para a formação das decisões judiciais que tratam de arbitragem.

¹⁰ Devemos esclarecer que a relação entre a arbitragem e o desenvolvimento não é o objeto central deste trabalho, sendo um pressuposto admitido para justificação da abordagem realizada.

¹¹ Não ignoramos que a jurisprudência sofre a influência de inúmeros outros agentes e elementos, inclusive de caráter político ou social, contudo, para os fins deste trabalho decidimos operar exclusivamente sob uma perspectiva de engenharia normativa, limitando o nosso estudo à influência do legislativo e do judiciário.

Para realizar tal estudo, decidimos nos imiscuir nos acórdãos exarados pelo TJSP sobre a matéria, entre novembro de 1996 e dezembro de 2007, partindo do levantamento e divisão temática propostos pela já mencionada pesquisa da Direito GV em convênio com o CBar¹². Decidimos partir do estudo já realizado pelos pesquisadores da GV, pois a divisão temática feita atendia plenamente ao objeto deste estudo, permitindo que já iniciássemos a pesquisa focados no teor das decisões judiciais.

Cumpramos esclarecer que a opção pelo trabalho com o Tribunal de Justiça de São Paulo é justificada exclusivamente pelo tamanho da amostra. De acordo com o levantamento realizado, quase a metade (32) dos acórdãos catalogados que tratam sobre “disputa societária” e todos os que versavam sobre “fusão ou aquisição societária” vieram do tribunal bandeirante. Nada impede, contudo, que em outro momento esta pesquisa venha a ser ampliada para abarcar também outros tribunais.

Voltando à forma da pesquisa, decidimos estudar as decisões tomando como referência dois marcos que acreditávamos serem relevantes para os julgamentos relativos à arbitragem em matéria societária: a edição da Lei 10.303/2001 (que, como já dissemos, trata da arbitragem em matéria societária para sociedades anônimas) e o julgamento pelo STF da SE 5.206 – 7/Espanha, que declarou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem.

2. PLANEJAMENTO DA PESQUISA.

A pesquisa será realizada da seguinte forma:

Primeiramente, faremos um estudo de todos os acórdãos catalogados aos que conseguimos ter acesso¹³ para realizar um levantamento de em quantos destes há a manutenção da cláusula compromissória e em quantos o judiciário afasta a jurisdição paraestatal. Dos números levantados poderemos ter uma noção do grau de aceitabilidade do instituto, até mesmo como justificativa para esta pesquisa, que pretende apresentar

¹² Disponível em http://www.cbar.org.br/bib_pesquisa_fgv_cbar.html. Consulta em 09/01/2012 às 23:24

¹³ Mesmo buscando no *site* do TJSP (www.tjsp.jus.br) e da AASP (www.aasp.org.br) não conseguimos ter acesso a todos os acórdãos referidos na pesquisa da Direito GV com o CBar, mas obtivemos número expressivo, que permitiu a análise que no propusemos.

sugestões sobre a forma de aumentar a *enforceability* da cláusula compromissória, afinal, só poderemos apresentar propostas de alteração na política se ela não se demonstrar a mais adequada e eficiente.

Em seguida, apresentaremos os números relativos aos argumentos mais relevantes para o afastamento da arbitragem, tentando entender a razão declarada das decisões judiciais.

Posteriormente faremos um estudo dos dois marcos que julgamos inicialmente serem relevantes: a Lei 10.303/2001 e o julgamento pelo STF da SE 5.206 – 7/Espanha. Da primeira apresentaremos o debate parlamentar relativo à inclusão do dispositivo que trata da arbitragem, e do segundo exporemos os argumentos relativos à discussão sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem.

Apresentado o problema e os marcos, passaremos a demonstrar a evolução da jurisprudência do TJSP, tendo sempre como referência o “antes e o depois” dos marcos selecionados. Avaliaremos: a) o aumento ou diminuição na aplicabilidade da cláusula compromissória; b) a recorrência das fontes jurídicas citadas, em especial as consideradas como marcos; c) a variação nos argumentos utilizados para afastar a compromissória.

Ao final, esperamos ser capazes de apresentar uma perspectiva acerca da importância e dos efeitos da regulamentação para a prática da arbitragem em matéria societária no Brasil. Para tal, perpassaremos pelos fundamentos que levaram à previsão expressa do uso de arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas e sua importância nos julgamentos relativos à matéria, para que possamos contrapor a importância das leis e dos precedentes judiciais na formação da jurisprudência.

3. O CENÁRIO AMPLO: AS CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS SÃO MANTIDAS PELO JUDICIÁRIO?

Como já antecipamos, começaremos mapeando se há, efetivamente, um problema de manutenção das cláusulas compromissória em conflitos envolvendo o direito societário.

Assim, fizemos uma leitura de todos os acórdãos que integraram a pesquisa¹⁴, e os classificamos de acordo com o afastamento da jurisdição estatal e manutenção da justiça arbitral. A divisão foi em três categorias: a) “Sim”, para os acórdãos em que o judiciário reconhecia a aplicabilidade da jurisdição paraestatal; b) “Não” para os acórdãos em que o tribunal afastava a arbitragem; c) “N/A”, para os julgados em que não se conseguiu qualificar o posicionamento da turma. Exemplo desta última categoria, é quando o recurso ou ação não é conhecido por motivo que não guarda ligação direta com o objeto do estudo.

Ilustrando esta terceira categoria (que acredito seja a única capaz de causar alguma perplexidade), tomemos por exemplo o acórdão proferido no agravo de instrumento do processo n. 0070265-04.1998.8.26.0000. Neste caso, de acordo com o voto apresentado pelo Relator, as partes chegaram a um acordo que pôs fim ao conflito, havendo a desistência do recurso oferecido. Ora, havendo simples homologação de desistência não há como se aferir se aquele julgamento foi favorável ou contrário à aplicabilidade da compromissória. Por tal razão, inquestionavelmente não é possível a classificação de acordo com este critério, sendo necessário admitir que o acórdão não pode ser estudado sob este ponto de vista.

Esclarecidos os critérios, vamos aos números. Dos 39 acórdãos pesquisados, em 05 (cinco) não houve enfrentamento da matéria pelo tribunal, em 12 (doze) houve a

¹⁴ Foram utilizados 39 acórdãos do TJSP, que foram os que o pesquisador teve acesso, com base na lista disponibilidade na pesquisa referida na nota 11 acima. Trabalhamos com os acórdãos proferidos nos seguintes processos: 0070265-04.1998.8.26.0000; 9011688-40.1999.8.26.0000; 9034914-93.2007.8.26.0000; 0038766-21.2006.8.26.0000; 0076544-40.1997.8.26.0000; 0070265-04.1998.8.26.0000; 9013471-67.1999.8.26.0000; 001174-84.1999.8.26.0000; 9013221-34.1999.8.26.0000; 9013222-19.1999.8.26.0000; 0022358-96.1999.8.26.0000; 9047383-55.1999.8.26.0000; 9084340-21.2000.8.26.0000; 9197084-56.2000.8.26.0000; 9176298-54.2001.8.26.0000; 9176298-54.2001.8.26.0000; 9116687-39.2002.8.26.0000; 9030430-11.2002.8.26.0000; 9196280-20.2002.8.26.0000; 9066300-15.2005.8.26.0000; 0094250-55.2005.8.26.0000; 0018314-87.2006.8.26.0000; 9044328-52.2006.8.26.0000; 0130446-87.2006.8.26.0000; 9041221-97.2006.8.26.0000; 0116684-04.2006.8.26.0000; 0086936-87.2007.8.26.0000; 9037571-08.2007.8.26.0000; 9046704-74.2007.8.26.0000; 0038766-21.2006.8.26.0000; 9033952-46.2002.8.26.0000; 9025048-37.2002.8.26.0000; 9062427-12.2002.8.26.0000; 9205702-82.2003.8.26.0000; 9044442-88.2006.8.26.0000; 9026319-42.2006.8.26.0000; 0111773-12.2007.8.26.0000; 9128153-64.2001.8.26.0000. Caso alguém se interesse pelo banco de dados gerado pela pesquisa, entrar em contato com o autor por meio do e-mail: ruy@ruyandrade.com.br.

aplicação da cláusula compromissória e em 22 (vinte e dois) ela foi afastada pelos julgadores da corte paulista. Vejamos o gráfico:

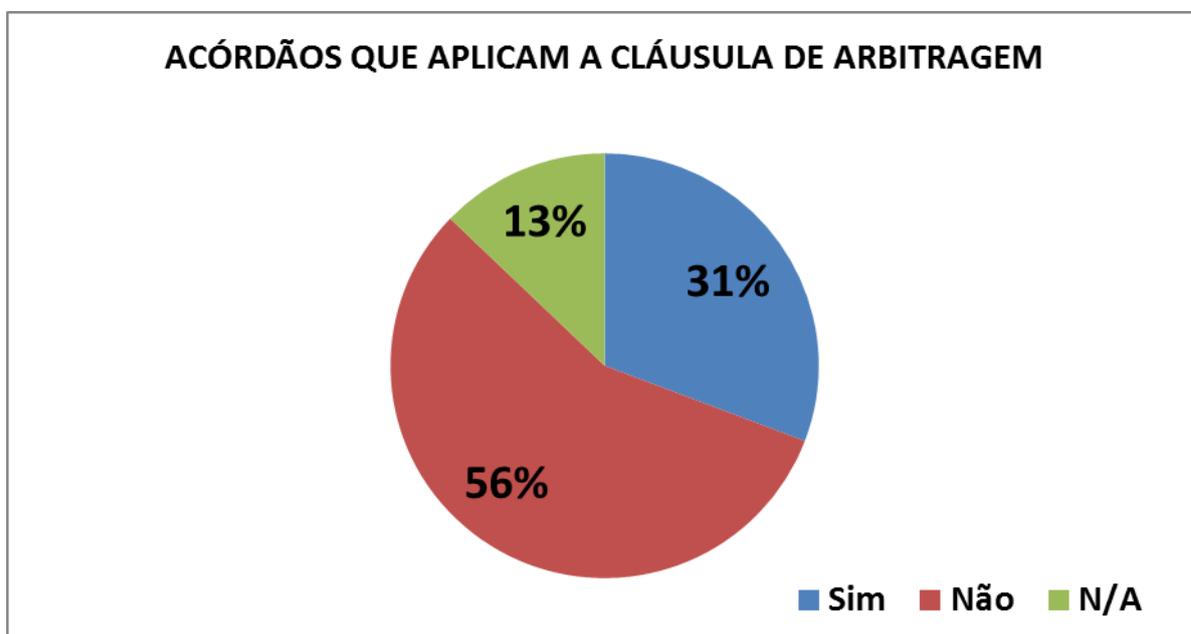


Gráfico 01

Fonte: elaboração própria

Como se observa, tomando todo o período de 1996 a 2007, a esmagadora maioria (56%) dos acórdãos afastou a jurisdição arbitral para julgamento de matéria societária.

Lógico que cruzou a cabeça deste pesquisador que em muitos destes casos o afastamento pode ser plenamente justificável, mas não nos cabe aqui julgar o erro ou acerto do tribunal, porque poderíamos encontrar abalizadas posições divergentes e, mesmo que houvesse um “consenso” sobre a matéria – o que, convenhamos, não existe em nenhuma matéria afeita ao Direito – o equívoco dos julgadores poderia ocorrer em ambos os sentidos, ou seja, pode afastar quando (a nosso ver) deveria manter a compromissória, e também fazê-la prevalecer quando ela não atende aos requisitos legais.

Certo é que a expressividade dos números apresentados justifica a pesquisa proposta com o intuito de entender o posicionamento jurisprudencial prevalecente no TJSP que, como se observou, afasta a compromissória na maioria das vezes.

4. O QUE LEVA OS TRIBUNAIS A AFASTAREM A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA?

Passo seguinte neste esforço para compreender o que leva ao afastamento da compromissória é estudar quais os argumentos que fundamentaram as decisões examinadas.

Neste momento, fizemos a leitura de todos os acórdãos, e classificamos os principais argumentos apresentados de acordo com oito categorias, que são as seguintes:

a) Direito Intertemporal:

Enquadramos nesta categoria os acórdãos que deixaram de aplicar a compromissória por razões que remetem aos efeitos da lei no tempo, o que, de acordo com os julgadores, interfere nos efeitos também da disposição contratual.

Caso que demonstra bem a situação é aquele do acórdão em apelação exarado no processo n. 9196280-20.2002.8.26.0000, em que se afirma o seguinte:

Inicialmente rejeito a preliminar de admissibilidade da presente ação , em face da cláusula expressa constante do contrato de constituição da sociedade, que dispõe sobre a exigência de prévia instalação do procedimento arbitral.

É que o Contrato Social da firma formada pelo Autor e pelo Réu é bem anterior à vigência da Lei nº 9.307/96, a qual instituiu a arbitragem como forma de composição de litígios.

Assim, pois, esta lei citada não pode ter aplicação ao caso discutido nos autos.

Neste caso, não prevaleceu a cláusula arbitral por ser o ajuste anterior à lei que a tornou obrigatória.

A existência de julgados nesta categoria serve como alerta a partes e Advogados sobre a importância de ajustamento ou ratificação das cláusulas de arbitragem posteriormente à

edição da Lei 9.307/96, como forma de conferir maior segurança jurídica ao ajuste. Ressalve-se, todavia, que esta é apenas medida de cautela, já que a jurisprudência do STJ vem se posicionando pela aplicabilidade das disposições legais mesmo aos contratos firmados antes de sua vigência¹⁵.

b) Redação da cláusula:

Nestes processos os julgadores não enfrentaram a aplicabilidade da compromissória de forma mais ampla, limitando-se a afastar a arbitragem por uma especificidade da redação dada ao instrumento no caso concreto examinado.

Para esta categoria tomaremos como exemplo a decisão no Agravo de Instrumento no processo n. 0001174-84.1999.8.26.0000. Neste caso, a cláusula de arbitragem mencionava que “qualquer das partes **poderá** dar aviso por escrito à outra de que pretende recorrer aos Procedimentos de Solução de Disputa aqui previstos (“Aviso de Solução de Disputa”) (...)”(grifamos)

A utilização do verbo ali empregado levou o Tribunal a interpretar que a arbitragem seria meramente facultativa, não podendo ser oposta como óbice à movimentação da jurisdição estatal.

¹⁵ DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO NÃO CONSTATADA. ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PACTUADA EM DATA PRETÉRITA AO ADVENTO DA LEI 9.307/1996. INCIDÊNCIA IMEDIATA, MESMO EM CONTRATOS CELEBRADOS ANTES DE SEU ADVENTO, DESDE QUE NELES ESTEJA INSERIDA A CLÁUSULA ARBITRAL.

1. É vedada a esta Corte apreciar violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Não há que se falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois o tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

3. Esta Corte pacificou que, tratando-se a arbitragem de instituto eminentemente processual, as disposições da Lei 9.307/96 têm incidência imediata nos contratos celebrados anteriormente, se neles estiver inserida a cláusula arbitral.

4. No caso ora em análise, o acórdão hostilizado encontra-se em harmonia com a jurisprudência deste egrégio STJ. Incidência da Súmula 83/STJ.

5. Recurso especial a que se nega provimento

(REsp 934.771/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 09/06/2010) (grifamos)

Também estas situações devem conduzir a atenção de partes e advogados que militam nesta área. Mas não esqueçamos que a intenção dos signatários no momento de escrita da cláusula poderia ser exatamente de mantê-la como facultativa, hipótese em que, ao nosso ver, não deve haver política pública para influenciar os julgamentos neste sentido.

c) Inconstitucionalidade:

Este é – ou ao menos foi - um dos temas mais palpitantes em relação à Arbitragem no Brasil.

Diversos julgadores entenderam por bem em declarar inaplicável a Lei de Arbitragem sustentando que ela afrontaria o art. 5º, XXXV da Constituição Federal: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”. O acórdão proferido nos idos de 1998 no processo n. 0070265-04.1998.8.26.0000 ilustra bem este ponto de vista:

Por outro lado não há necessidade alguma de instalação de Juízo Arbitral, por força de cláusula contratual, sem a vontade inequívoca de ambas as partes contratantes, já que nada poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. É o que está escrito no artigo 5º, Inciso XXXV, da vigente Constituição Federal.

Não podemos deixar de destacar que o julgado é categórico e afirma que “nada poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário (...)”

Repisamos – e voltaremos a falar disso - que o STF já declarou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. Contudo, dada a sensibilidade da matéria, ela será abordada mais pormenorizadamente quando formos falar da influência dos marcos na jurisprudência do TJSP.

d) Renúncia à Arbitragem

O acórdão foi incluído nesta categoria quando, de acordo com o próprio julgado, houve a renúncia à arbitragem.

Como exemplo podemos tomar o acórdão exarado no processo n. 9011688-40.1999.8.26.0000, em que, de acordo com o Relator, a cláusula já era facultativa e foi afastada a sua aplicabilidade quando uma das partes se socorreu da tutela jurisdicional.

e) Inaplicabilidade em execução:

Foram incluídos nesta categoria os acórdãos que afastaram a cláusula de arbitragem por já estar o processo em fase executiva. Nestes casos sustentou o TJSP que a arbitragem não poderia ser óbice ao prosseguimento da marcha processual já em momento de expropriação de bens, mesmo quando discutido o valor da própria dívida. Sobre esta situação específica, o acórdão proferido em agravo de instrumento no processo n. 9034914-93.2007.8.26.0000 demonstra de forma cristalina o entendimento do tribunal, que não admite aguardar o término do procedimento arbitral em que se discute o montante supostamente devido de acordo com título executivo extrajudicial.

f) Limites objetivos da Arbitragem

Nesta categoria foram incluídos todos os julgados que impunham limitação à matéria passível de solução por meio da arbitragem, seja em caráter geral ou específico. Vejamos os exemplos que elucidam melhor os limites da subsunção a esta categoria:

No agravo de instrumento do processo n. 9176298-54.2001.8.26.0000, os julgadores entenderam que a cláusula inserida no contrato social não autorizava o julgamento de matéria relativa à prática de atos por sócios-administradores por meio da arbitragem. Houve, portanto, a limitação da matéria de arbitragem às demandas relativas propriamente a atos específicos de sócios, constituindo uma limitação ao objeto da arbitragem.

Ainda mais elucidativo é o acórdão proferido no processo n. 0086936-87.2007.8.26.0000, em que se afirma:

Por outro lado, a cláusula compromissória inserida no contrato, cláusula 11ª, (fls. 34), não tem o condão de subtrair do Poder Judiciário a controvérsia vertente, na medida em que não

autoriza instituir juízo arbitral para excluir sócio, mas apenas direciona à arbitragem divergências entre os sócios, sem contudo explicitar o alcance das respectivas divergências. Ademais, a petição inicial fundamenta a exclusão da sócia com base no art. 1.030 do Código Civil, o que exige procedimento arbitral (...)

Neste caso, é evidente que o tribunal estabelece uma divisória entre a matéria arbitrável e a não arbitrável, diga-se de passagem, sem apresentar fundamento normativo mais relevante a esta limitação.

g) Limites subjetivos da arbitragem:

Nestas situações, a limitação posta pelo tribunal não é às matérias, mas aos sujeitos envolvidos na arbitragem. Como exemplo, tomemos o julgamento agravo de instrumento no processo n. 0001174-84.1999.8.26.0000. Neste caso, uma das partes no processo apenas firmou o contrato em que consta a cláusula compromissória na condição de anuente, o que, de acordo com o tribunal, não permite que se lhe oponha o afastamento da jurisdição estatal.

h) Outros

Nesta categoria foram incluídos inúmeros outros argumentos que, ou apareciam apenas uma vez – logo, não justificavam a criação de uma nova categoria – ou não guardavam muita relevância para o objeto deste estudo.

Apresentadas as categorias, vejamos a representatividade de cada um destes argumentos no conjunto de acórdãos estudados, lembrando que em um mesmo julgamento pode ser utilizado mais de um argumento:

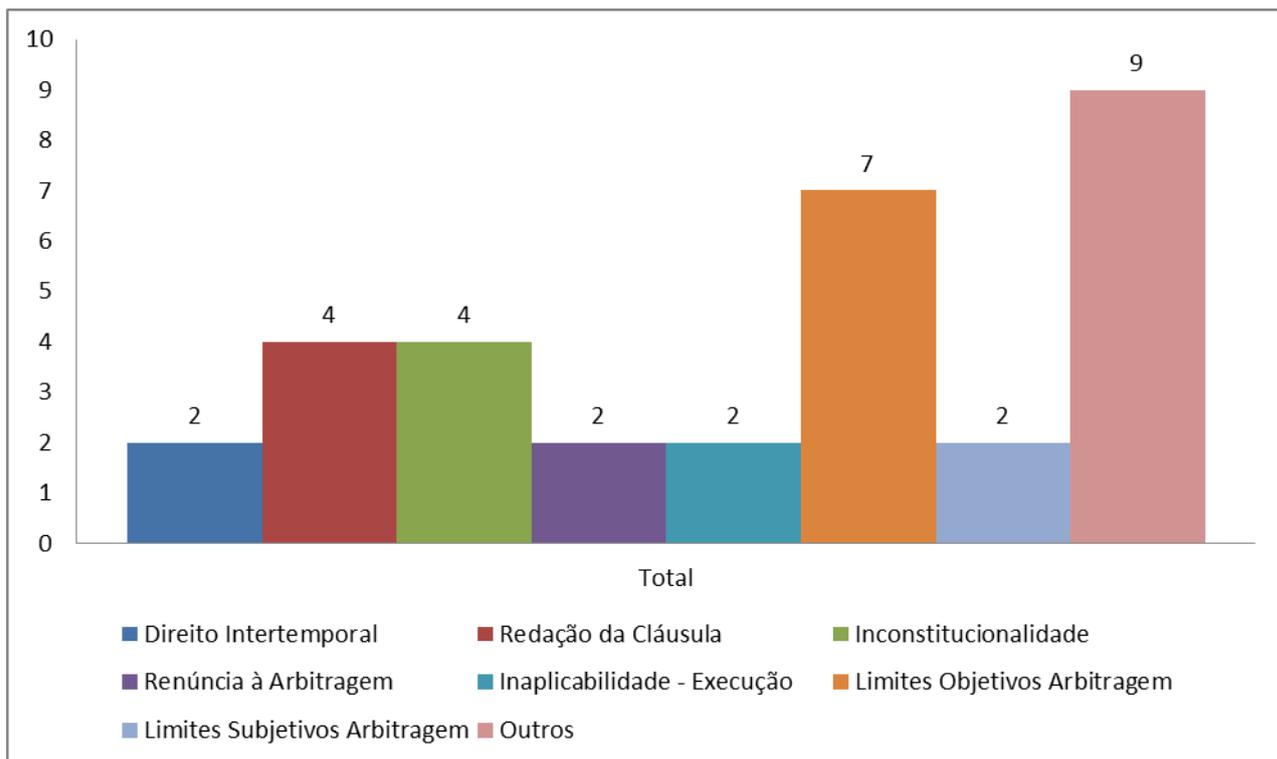


Gráfico 02

Fonte: elaboração própria

Analisando os dados postos, chama a atenção o grande número de acórdãos que estipularam limites objetivos à arbitragem, bem como os que consideraram o instituto inconstitucional. Optamos por deixar de lado os acórdãos que tratam da redação da cláusula pois esta é uma matéria mais complicada de se abordar no estabelecimento de políticas públicas.

Vejamos, em seguida, os marcos eleitos e a sua capacidade de enfrentar as limitações apresentadas no julgado.

5. O PRIMEIRO MARCO: A LEI 10.303/2001.

A Lei 10.303/2001 foi publicada no diário oficial em 31 de outubro de 2001, iniciando a sua vigência após 120 dias de *vacatio*. Ela realiza inúmeras alterações na Lei 6.404/1976, que regula as sociedades anônimas no sistema brasileiro. Deixando de lado as demais transformações, foquemos na questão da arbitragem. Após a reforma de 2001,

a Lei das S/A previu expressamente a aplicabilidade do aludido instituto. Vejamos como ficou a Lei:

Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de:

I - participar dos lucros sociais;

II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação;

III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;

IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172;

V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares.

§ 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral.

§ 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.

(grifamos)

Da redação final do dispositivo, parece que o legislador pretendeu estender os efeitos da arbitragem também às lides societárias. Para avaliação desta ação legislativa, caberia a resposta a três questionamentos: a) deseja-se tal extensão? b) é necessária lei específica para isso? c) a mudança legislativa é uma forma eficiente de promover a transformação desejada?

O nosso entendimento sobre a primeira questão já ficou claro na introdução deste trabalho e, aparentemente, ele é compatível com o do legislador, já que fez a mencionada reforma legislativa.

Sobre a necessidade e utilidade da reforma legislativa, as conclusões ficarão mais claras após a apresentação dos resultados da pesquisa empírica. Contudo, devemos esclarecer que a doutrina já apontava a possibilidade previsão em contratos e estatutos sociais da cláusula de arbitragem. Vejamos um exemplo:

Com efeito, o legislador não explicitou o real intento da introdução do instituto da arbitragem na lei societária, tendo em vista que ‘não cria direito novo nem passa a admitir procedimento antes vedado, visto que a própria lei de arbitragem, de caráter especial, não impedia a utilização do instituto no âmbito das sociedades por ações. (MAKANT, Barbara. A Arbitralidade Subjetiva nas Sociedades Anônimas. Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 2, n. 4, jan-mar/2005, p. 84)

De outro lado, a pesquisa realizada no processo legislativo que deu origem à Lei 10.303/2001 não registra o debate ou enfrentamento de qualquer das questões postas. Forma-se, portanto, a hipótese de pesquisa de que a política pública de inclusão da arbitragem em matérias societárias não sofreu o devido amadurecimento, seja quanto à sua necessidade ou forma. Abaixo indicaremos o trâmite do dispositivo específico à arbitragem no processo que deu origem à Norma que alterou a Lei das S/A.

Processo Legislativo da disposição sobre arbitragem na Lei das S/As:

- a) A redação inicial do Projeto de Lei n. 3.115/1997, que deu origem à lei 10.303/2001, não continha qualquer previsão sobre arbitragem;
- b) O relator do projeto na Comissão de Economia Indústria e Comércio (Dep. Emérson Kapaz) propôs a inclusão do art. 109, § 3º, com o seguinte teor:

§ 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 solucionados através de arbitragem, pelo órgão que especificar;

O Relator apresentou a seguinte justificativa para a inclusão do aludido dispositivo: “introduzindo no estatuto societário a arbitragem como meio de solução opcional de conflitos”;

- c) o dispositivo não recebeu emendas na Comissão de Economia Indústria e Comércio
- d) o projeto passa incólume pela Comissão de Finanças e Tributação em primeira rodada;

e) na segunda rodada, o Dep. Germano Rigotto apresentou a emenda n. 17/00 propondo a seguinte alteração na redação:

§ 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 solucionados através de arbitragem, fixando o procedimento a ser adotado;

Como justificativa para a alteração proposta, o Deputado afirma que a redação anterior levava a crer que a arbitragem seria presidida pelos próprios órgãos da companhia, que nem sempre teriam isenção para o julgamento.

Esta emenda foi rejeitada pelo relator

f) não houve qualquer alteração na Comissão de Constituição, Justiça e Redação;

g) Em seguida, foi apresentada subemenda substitutiva pelo relator, deputado Antonio Kandir, que propôs a seguinte redação:

§ 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 solucionados através de arbitragem, pelo órgão que especificar;

Esta redação se consolidou como a versão final apresentada pela Câmara;

h) após a passagem pelo senado, chegou-se à versão final do dispositivo legal:

§ 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.

Da leitura do processo legislativo, não se observa qualquer discussão mais profunda acerca da utilidade ou necessidade do dispositivo legal, sendo os debates circunscritos à redação do parágrafo, contudo, como já adiantado, uma melhor avaliação da eficiência

deste dispositivo como política pública de implementação de arbitragem será possível após o estudo sobre a sua influência na jurisprudência, até mesmo porque há a possibilidade de que os debates tenham ocorrido de forma mais intensa no meio acadêmico ou mesmo nos corredores das casas legislativas.

6. O SEGUNDO MARCO: JULGAMENTO DA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206 – 7/ESPANHA.

Este precedente foi firmado no julgamento de pedido de homologação de sentença estrangeira.

Em 10/10/1996, reuniu-se o pleno do Supremo Tribunal Federal, para o aludido julgamento, com relatoria do Min. Sepúlveda Pertence. Por manifestação do Min. Moreira Alves, decidiram os julgadores converter o julgamento em diligência para que se ouvisse a Procuradoria Geral da República e pudesse haver o julgamento incidental da constitucionalidade da Lei 9.307/96, que institui a arbitragem no Brasil.

Deixando de lado as especificidades do caso concreto, elencaremos apenas os argumentos relativos à constitucionalidade do aludido dispositivo legal, com especial enfoque à questão da cláusula compromissória.

O Relator, Min. Sepúlveda Pertence, inicia manifestando o baixo uso do instituto de arbitragem, malgrado a sua previsão desde as Ordenações Filipinas, e em diversos diplomas legais posteriormente editados. Aponta que a discussão acerca da constitucionalidade do instituto inicia em 1946, ocasião em que foi incluída no texto constitucional (e repetida nos que sucederam) a inafastabilidade do Poder Judiciário.

Destaca que o Prof. Alcides Mendonça Lima entendeu à época pela inconstitucionalidade das leis que autorizavam a instituição da arbitragem, sendo, todavia, seu posicionamento isolado. Em sentido oposto, cita José Frederico Marques que, focado na disponibilidade dos direitos, entende que se eles podem ser objeto de acordo, também podem ser submetidas a julgamento por terceiro. Observa-se, portanto,

neste segundo posicionamento a mitigação à “soberania do Poder Judiciário” defendida pelo isolado posicionamento do Doutrinador gaúcho.

Passando a narrar o posicionamento da Jurisprudência, destaca que ela se firmou pela constitucionalidade do instituto, havendo precedentes neste sentido no STF e nas cortes constitucionais da Itália e Alemanha. Não deixa, contudo, de ressaltar a atenção à possibilidade de imposição abusiva de arbitragem pela parte economicamente mais forte.

Em seguida, faz transcrição de excerto do parecer da Procuradoria Geral que, ao nosso ver, sintetiza bem os argumentos postos até este momento pela relatoria do processo:

O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece (...) é que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito. Não estabeleceu que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial sua (*sic*) questões ou conflitos. Não determina que os interessados devam levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdica (*sic*) do direito instrumental de ação.

Conclui o ministro pela constitucionalidade do instituto da arbitragem nos moldes anteriormente previstos e passa a analisar especificamente as previsões da (então nova) lei brasileira.

Reforçando a premissa da consensualidade e da possibilidade de renúncia ao direito, reafirma a constitucionalidade da Lei no que concerne ao estabelecimento de arbitragem para uma lide já instaurada. Contudo, não entende da mesma forma quando há uma cláusula compromissória – ou seja, a previsão de submissão à arbitragem de conflitos que possam vir a ocorrer - pois, neste caso, de acordo com o Ministro, a consensualidade estaria prejudicada pois o Juiz poderia suprir a vontade das partes para determinar a aplicação da cláusula ao caso concreto e, ainda, dispor sobre a nomeação de árbitros, ou seja, pode com base na cláusula compromissória estabelecer o compromisso arbitral.

Assim, vota pela declaração de inconstitucionalidade do art. 6º, parágrafo único, e do art. 7º da Lei 9.307/96, bem como de outras disposições deles derivadas.

Em seguida, iniciou o seu arrazoado o Min. Nelson Jobim. Adiantando a sua preocupação em promover a expansão dos modos extrajudiciais de solução de conflitos, afirmou que desenvolveria o seu argumento partindo desta perspectiva.

Inicialmente, destaca que o dispositivo constitucional é direcionado ao legislador, e não às partes, ou seja, impede que a lei crie óbice de acesso ao judiciário, mas não proíbe que as partes abdicuem de tal direito. Este posicionamento é debatido pelos ministros Moreira Alves e Sepúlveda Pertence. Prosseguindo o debate sobre a natureza da cláusula compromissória e a sua classificação, decidiu o Min. Nelson Jobim por pedir vista dos Autos.

Em seu voto vista, Jobim faz um verdadeiro esforço de classificação e sistematização dos institutos previstos na Lei de Arbitragem, destacando que, ao contrário do que afirma Pertence, a cláusula arbitral universal¹⁶ não pode ser desvinculada de um contrato específico, razão pela qual o seu objeto é claramente determinável. Destaca, ainda, que a arbitragem, em si, tem objeto determinado, que apenas é definido no momento de sua instituição, o que só ocorre após a existência do conflito, mesmo quando a arbitragem foi previamente convencionada por meio de cláusula compromissória.

Em suma, Nelson Jobim diverge de Sepúlveda Pertence, para declarar constitucionais os dispositivos da Lei de Arbitragem.

Em aditamento ao voto de Nelson Jobim, discute-se se a possibilidade de renúncia ao direito de ação anteriormente à existência da lide. Afirmam Pertence e Moreira Alves que o direito de ação apenas existe após a existência de pretensão resistida e, apenas após este momento, é possível a renúncia a tal direito.

¹⁶ Jobim chama de cláusula “universal” aquela que trata de todas as controvérsias relativas ao contrato ao qual se referir.

Em seguida, pediu vista do processo o Min. Ilmar Galvão. Em seu voto, inicia fazendo uma retrospectiva dos argumentos até então lançados e apresenta o contexto histórico no qual a inafastabilidade do judiciário foi incluída na Constituição de 1946:

Registre-se, por primeiro, ser opinião pacífica na doutrina que a norma – surgida entre nós na Carta de 1946 (art. 141, § 3º) -, constituiu verdadeiro escudo contra eventual reiteração de práticas do Governo Vargas, quando inquéritos policiais e de outra natureza eram instaurados contra pessoas a que, de ordinário, não se propiciava garantias comezinhas como a do contraditório e a da ampla defesa, pronunciando-se, ao final, contra elas, decisões sumárias, finais e impositivas, insuscetíveis de reexame pelo Judiciário.

A intenção do constituinte de 1946, portanto, teria sido a de proibir que a lei, e não as partes contratantes, pudesse determinar que alguma questão ficasse excluída de apreciação pelo Poder Judiciário. (Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Consulta em 20/01/2012 às 02:25)

Conclui o Min. Ilmar Galvão acompanhando o voto do Min. Nelson Jobim.

Em seguida, oferecida vista à Min. Ellen Gracie, ela destacou que o descompasso da legislação de arbitragem brasileira tem forçado as empresas nacionais a se submeterem aos procedimentos em outros países. Destaca, ainda que caso fosse declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos haveria verdadeira facilitação ao devedor recalcitrante que poderia recusar-se a firmar o compromisso como estratégia para evitar a solução da controvérsia pela forma mais rápida.

Ao final, a ministra alinha-se aos divergentes.

Do voto seguinte, de lavra do Min. Mauricio Corrêa, merece destaque a observação, na qual ele cita Antonio Junqueira de Azevedo, de que a aplicação judicial da cláusula compromissória nos termos do art. 7º da Lei de Arbitragem consiste em concretização, e não substituição da vontade das partes.

Ao final, Maurício Correa acompanha os divergentes, sendo seguido pelo Min. Marco Aurélio.

Em sentido diverso decide o Min. Sidnei Sanchez, que acolhe integralmente o voto do Min. Sepulveda Pertence, sendo acompanhado pelo Min. Neri da Silveira.

Ao fim, dividiram-se os ministros Carlos Velloso, que acompanhou a divergência, e Moreira Alves que, desde o princípio, já havia se posicionado em concordância com o Relator.

Desta forma, por maioria apertada, decidiu o STF por julgar constitucional da Lei de Arbitragem. Mesmo considerando a divisão no pelo do Tribunal, dada a importância dos precedentes da Corte Constitucional, consideramos a hipótese de que tratou-se de marco relevante para o posicionamento da jurisprudência nacional.

7. IMPORTÂNCIA CONJUNTA DOS MARCOS.

Apresentada a perspectiva geral dos julgamentos que são objeto deste trabalho, bem como os marcos que serão considerados para avaliar a transformação na jurisprudência do TJSP, cumpre-nos observar se os marcos apontados, de fato, demonstram alguma relevância.

Iniciaremos estudando se houve alguma alteração na tendência de manutenção ou afastamento da compromissória antes e depois dos aludidos marcos. Deve-se lembrar os gráficos abaixo apresentados são desdobramentos do gráfico 01 apresentado acima, aplicando-se aqui as mesmas explicações para a classificação como “sim”, “não” ou “N/A”.

A Lei 10/303/2001 (marco 1) foi publicada em 01/11/2001, com *vacatio legis* da 120, tendo o início da sua vigência em 01/03/2002. O julgamento da SE 5206-7/Espanha (marco 2) ocorreu em 12/12/2001, sendo publicado o resultado no diário oficial em 19/12/2001. Para estabelecimento do “antes e depois” consideramos o início da vigência do primeiro marco, ou seja, o dia 01/03/2002.

Por cautela, devemos esclarecer que nenhum dos acórdãos estudados foi julgado entre o dia 12/12/2001 e o dia 01/03/2002. Sem mais delongas, vejamos a evolução da jurisprudência do TJSP sobre o *enforcement* da compromissória.

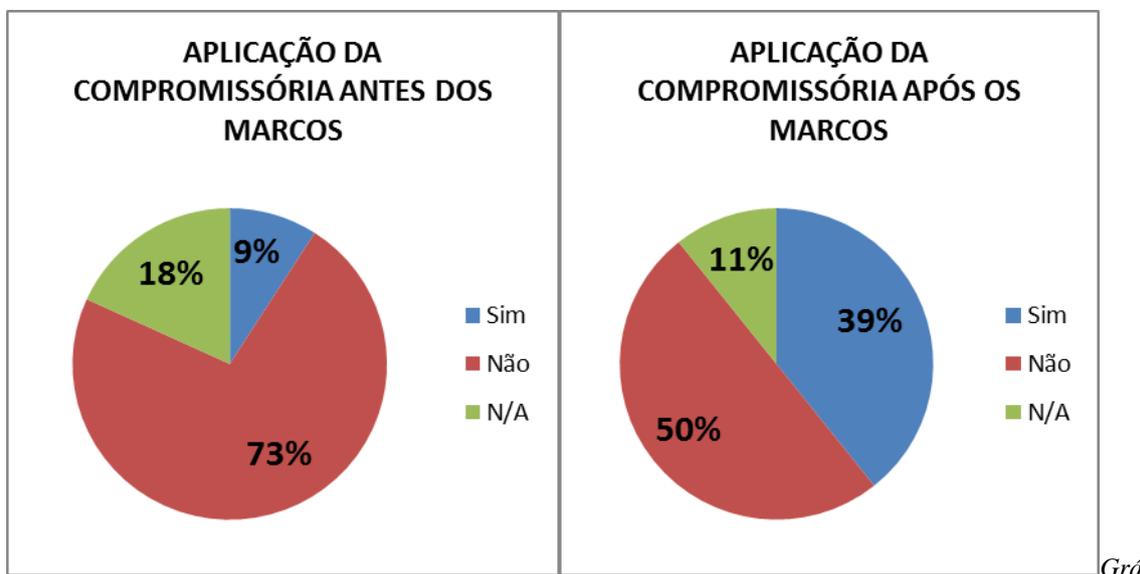


Gráfico 03

Fonte: elaboração própria

Gráfico 04

Fonte: elaboração própria

Os dados coletados sinalizam uma expressiva evolução na aplicabilidade da cláusula compromissória em julgamentos relativos à matéria societária.

Até 01/03/2002, em apenas 9% dos julgamentos relativos à matéria aplicava-se a compromissória, contra 73% nos quais ela era afastada, seja mantendo ou reformando a decisão do juiz de primeiro grau. Convenhamos, ainda que se considere que em muitos destes casos o tribunal agiu com acerto, a expressividade destes números aponta que há aí um problema digno de política para que se aumente a aplicação do instituto.

Após os marcos que escolhemos, este número salta para 39%, indicando um aumento de *enforcement* da ordem de 433,33%, o que aponta uma verdadeira transformação na jurisprudência do TJSP. Revela-se, desta forma, considerável sucesso no aumento da aplicabilidade do instituto, e a relevância dos marcos escolhidos.

8. IMPORTÂNCIA DE CADA MARCO.

Comprovada a importância conjunta dos marcos por meio da pesquisa empírica, revela-se importante estabelecer a participação de cada um deles para que possamos avaliar a eficiência de cada elemento para a formação do entendimento jurisprudencial atual.

Considerando que o início dos marcos é contemporâneo, não havendo julgamentos entre a publicação do acórdão do marco 1 e a vigência da lei correspondente ao marco 2, a simples avaliação da aplicabilidade da compromissória no tempo não nos permite distinguir a importância de cada um destes elementos. Necessário, portanto, para estudar a sua relevância que se estude a fundamentação dos votos proferidos nos julgamentos do TJSP.

Para atingir este objetivo, consideramos de pronto os dois marcos que já havíamos tomado como referência e, em seguida, revisitamos os acórdãos que são objeto deste trabalho, e fizemos um levantamento das principais fontes jurídicas citadas que guardam relação com o objeto do estudo. Estabelecemos as seguintes categorias: a) a Lei de Arbitragem (9.307/96); b) Lei 10.303/2001 (marco 1); c) art. 5º, XXXV da Constituição Federal (que estatui o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição); d) referências mais amplas e inespecíficas à Constituição Federal; e) declaração de constitucionalidade da lei 9.307/96 (marco 2); f) precedentes judiciais.

Após, pesquisamos a recorrência de menções às fontes categorizadas nos aludidos julgamentos, chegando ao seguinte resultado:

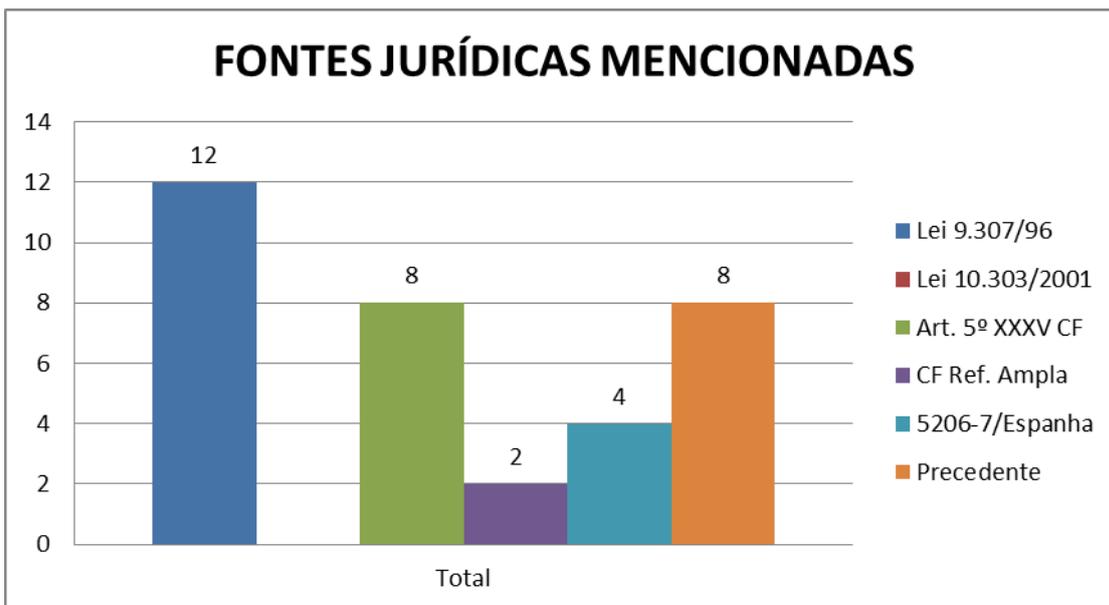


Gráfico 05

Fonte: elaboração própria

Para uma melhor avaliação da importância dos marcos, vamos observar as referências às fontes normativas também sob a perspectiva do “antes e depois” de 01/03/2002. Vejamos os gráficos.

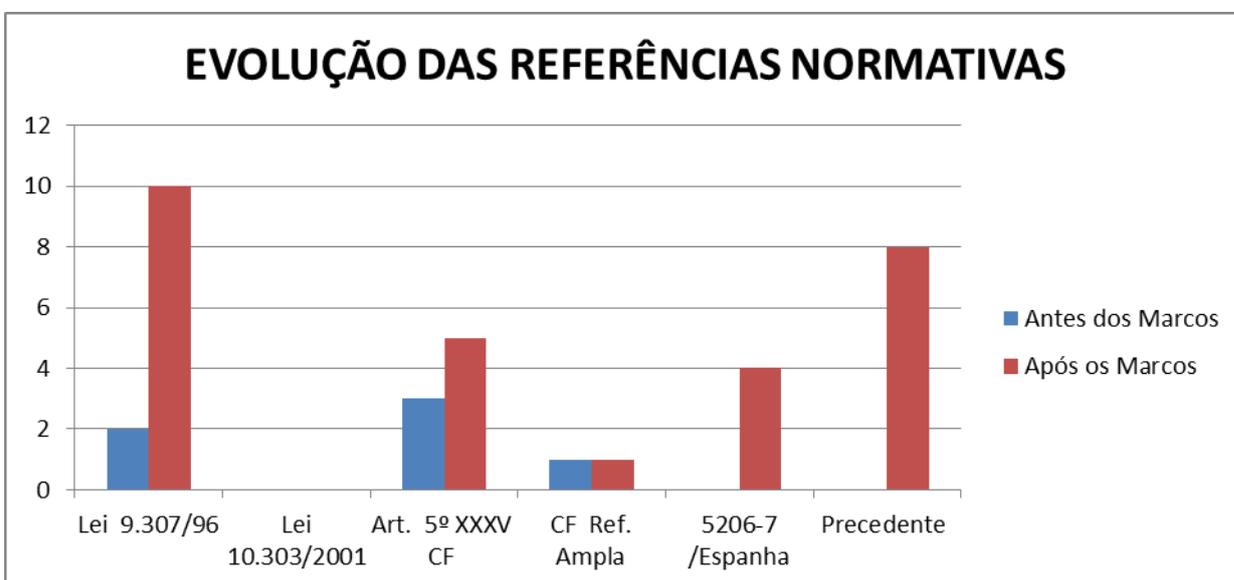


Gráfico 06

Fonte: elaboração própria

Alguns resultados desta pesquisa chamam especial atenção.

Primeiramente, salta aos olhos o fato de que nenhum dos acórdãos fez menção à Lei 10.303/2001 ou à alteração que ela promoveu na Lei das Sociedades Anônimas, em que pese ela tenha vindo com o específico propósito de ser aplicada nos casos que estudamos.

De logo, isso nos leva a inferir a baixa importância da lei específica que classificamos como “marco 1”.

Também chama atenção o expressivo aumento no número de acórdãos que fazem referência à Lei de Arbitragem.

Ademais, digno de destaque o fato de que não havia referência a qualquer precedente anteriormente aos marcos tomados, sendo relevante a sua participação na fundamentação dos julgados após 01/03/2002.

Cruzando os dados coletados, observamos ainda que nenhum dos acórdãos que fez menção ao precedente do STF afastou a cláusula de arbitragem, embora pudesse fazê-lo por qualquer outro motivo.

Por fim, chama a atenção o expressivo aumento de referências à Lei de Arbitragem posteriormente à declaração de sua constitucionalidade.

Conclui-se da evolução de referências normativas que o marco 1 não gozou da relevância que dele se poderia esperar. De outro lado, o precedente do STF se revelou como um divisor de águas na jurisprudência do TJSP e, mesmo quando não foi expressamente citado, os dados apontam que ele serviu como marco para que os julgadores do tribunal paulista se sentissem mais seguros ao servir-se de outras fontes, como a lei geral de arbitragem e os precedentes da própria corte.

Contudo, para que tenhamos maior segurança nestas informações e, ainda, para que possamos cogitar quais seriam os próximos passos para uma “política” de aumento da aplicabilidade da compromissória, faz-se necessário uma análise da evolução da

argumentação dos acórdãos que afastaram a arbitragem, antes e depois do precedente do STF.

9. EVOLUÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO.

Neste momento vamos estudar os efeitos dos marcos delimitados na jurisprudência do TJSP sob uma perspectiva diferente.

Num primeiro momento, já fizemos o mapeamento dos argumentos que levavam ao afastamento da compromissória, como se observa do tópico “5”, e gráfico “02” deste trabalho, que tem as mesmas categorias aqui utilizadas. Agora pretendemos observar como os novos elementos normativos inseridos entre 2001 e 2002 modificaram os argumentos utilizados pelo tribunal paulista.

Vejamos como foi o desenvolvimento desta argumentação no período por nós estudado:



Gráfico 07

Fonte: elaboração própria

Deve-se levar em conta na análise destes dados que os acórdãos posteriores ao marco são bastante mais numerosos, consistindo em quase o dobro daqueles julgados entre

1996 e 2002. Então, mesmo aqueles argumentos que aparentemente se mantiveram estáveis, como a redação da cláusula ou a inconstitucionalidade, sofreram considerável redução proporcional. Vamos aos pontos dignos de nota.

Inicialmente causa surpresa a existência de declarações de inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem quando o precedente do STF já estabeleceu em sentido contrário, como já vimos. Analisando os dois acórdãos (proferidos nos processos n. 9033952-46.2002.8.26.0000 e 9196280-20.2002.8.26.0000), deve-se chamar a atenção para o fato de que o primeiro foi julgado poucos meses após a declaração de constitucionalidade pelo STF e, ainda, que nenhum dos dois dedica maior tempo a enfrentar o tema, sendo que ambos limitaram-se a sustentar *en passeant* a inconformidade com a garantia constitucional.

Chama atenção, ainda, o significativo aumento de acórdãos que trazem limitações às matérias que podem ser sujeitas à arbitragem. Tomemos como exemplo o acórdão proferido no processo n. 0086936-87.2007.8.26.0000, no qual os julgadores afastaram a cláusula arbitral da situação específica sob o seguinte argumento:

Por outro lado, a cláusula compromissória inserida no contrato, cláusula 11ª (fls.34), não tem o condão de subtrair do Poder Judiciário a controvérsia vertente, na medida em que não autoriza instituir juízo arbitral para excluir sócio, mas apenas direciona à arbitragem divergências entre os sócios, sem contudo, explicitar o alcance das respectivas divergências.

Vale esclarecer que desconhecemos qualquer disposição da Lei de Arbitragem que justifique a necessidade de expressamente delimitar todas as matérias sujeitas à arbitragem. Ao revés, sendo ampla a disposição, há de se admitir que a cláusula engloba todas as controvérsias relativas ao contrato, sob pena de exigir das partes contratantes um absurdo exercício de imaginação para tentar antecipar todas as possíveis controvérsias que têm alguma chance de sobrevir na execução do contrato. Há, inclusive, na doutrina quem trate do “princípio ‘na dúvida pró arbitragem’”¹⁷.

¹⁷ MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Forense: Rio de Janeiro, 2009. p. 216

Os dados parecem-nos sugerir que - a despeito de algumas turmas haverem mudado o seu posicionamento após a declaração de constitucionalidade pelo STF – alguns julgadores permaneceram céticos em relação à arbitragem e modificaram a sua linha argumentativa, deixando de sustentar o afastamento do instituto com lastro na inconstitucionalidade e passando a fazê-lo pela imposição de limitações objetivas.

10. CONCLUSÃO

A pesquisa empírica realizada demonstrou que, ao contrário do que se poderia imaginar, há um grau relativamente alto de afastamento da cláusula de arbitragem nas matérias relativas ao direito societário pelo TJSP. De outro lado, fazendo-se a análise da evolução da jurisprudência, observa-se que o número de acórdãos em que tal afastamento ocorre vem diminuindo significativamente ao longo do período pesquisado.

Neste contexto, observamos que a Lei 10.303/2001 veio ao sistema jurídico com o declarado propósito de incluir o instituto para as lides societárias. Contudo, a existência de lides anteriores relativas à matéria e os trabalhos científicos até então realizados já apontavam o seu largo uso, com base na Lei de Arbitragem. Neste contexto, a alteração legislativa não parece ser a maneira mais eficiente de se obter o desejável aumento de *enforcement*. Revela-se, portanto, baixo grau de discussão e amadurecimento da matéria que é objeto da lei, o que redundou na sua pequena serventia. Esta conclusão se confirmou na revisão dos julgados, em que não houve uma única menção ao aludido diploma legal, seja em aplicação propriamente dita ou por analogia.

Desta forma, os dados coletados sinalizam que o julgamento da SE 5206-7/Espanha revelou-se como um marco infinitamente mais relevante para o aumento de *enforcement* da compromissória em matéria societária do que a edição da lei específica, influenciando não apenas nos julgados em que havia a declaração de inconstitucionalidade.

Exemplo claro da influência da decisão do Supremo se faz sentir no fato de que o TJSP passa a fazer referência a outros precedentes judiciais, sinalizando que apenas houve o definitivo amadurecimento da matéria perante os tribunais de segundo grau após o longo debate no STF. Da mesma forma, o posterior aumento no número de referências à

lei 9.307/96 demonstra certa desconfiança dos julgadores na sua aplicação, até o momento em que ela recebeu a “chancela de constitucionalidade” pela Suprema Corte.

Embora tais conclusões sejam arriscadas, os dados coletados nos permitem admitir que novas alterações legislativas seriam um meio pouco efetivo de política para maior aplicação da arbitragem em matéria societária. Ao contrário, arriscamos um palpite de que a edição de súmulas pelos tribunais superiores ou, ainda, a realização de “jornadas”- a exemplo daquelas promovidas pelo Conselho da Justiça Federal sobre o Direito Civil, ou os Fórum Nacionais dos Juizados Especiais (FONAJE) – seriam meio mais efetivo para alcançar uma maior aplicabilidade do instituto.

11. REFERÊNCIAS.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 4.ed. São Paulo: IBGC, 2009

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Forense: Rio de Janeiro, 2009. p. 216

[http://www.cbar.org.br/PDF/Validade Eficacia e Existencia da Convencao Arbitral.pdf](http://www.cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf).

http://www.cbar.org.br/bib_pesquisa_fgv_cbar.html.

www.stj.jus.br

www.stf.jus.br

www.tjsp.jus.br

www.aasp.org.br

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/negocios/cn1007201101.htm>

<http://www.parana-online.com.br/editoria/cidades/news/425010/?noticia=JUSTICA+USA+TECNOLOGIA+PARA+COMBATER+LENTIDAO>.

<http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/61107/?postagem=ARBITRAGEM+EM+QUESTOES+SOCIETARIAS>,