

A EFETIVIDADE NO CONCEITO DE CAPPELLETTI E GARTH DE ACESSO À JUSTIÇA: UM NOVO PARADIGMA PARA A OBRIGATORIEDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA

EFFECTIVENESS IN CAPPELLETTI AND GARTH'S CONCEPT OF ACCESS TO JUSTICE: A NEW PARADIGM FOR THE BINDING STATUTORY ARBITRATION CLAUSE

Bárbara dos Santos Moreira

RESUMO

No presente trabalho procura-se analisar de forma crítica as principais posições doutrinárias acerca da obrigatoriedade ou facultatividade da cláusula compromissória estatutária e o uso que fazem do princípio do acesso à justiça. Busca-se como novo paradigma para enfrentamento da questão o conceito de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o qual comporta uma análise das barreiras para o efetivo acesso à justiça. No que diz respeito à metodologia, é proposta uma pesquisa qualitativa, pela análise de conteúdo, com base documental e bibliográfica. Pretende-se comprovar que a mera utilização do princípio constitucional do acesso à justiça não é suficiente para oferecer parâmetros concretos para análise do efetivo acesso à justiça, dado o incentivo e a popularização dos investimentos pelos cidadãos no mercado de valores mobiliários, especialmente no caso das ações sem direito de voto.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Efetividade. Cláusula Compromissória Estatutária.

ABSTRACT

This work aims to critically analyze the major doctrinal positions concerning the binding or non-binding statutory arbitration clause now and their use of the principle of access to justice. A new paradigm is sought to address the issue in Mauro Cappelletti and Bryant Garth's concept of access to justice in which there is an analysis of the barriers to effective access to justice. With regard to methodology, we propose a qualitative research, through content

analysis, with documentary and bibliographic database. We intend to attest that the mere use of the constitutional principle of access to justice is not enough to offer concrete parameters for analysis of effective access to justice, considering the incentive and the popularization of investments by citizens in the securities market, especially in the case of shares without voting rights.

Key-words: Access to justice. Effectiveness. Statutory arbitration clause.

1 INTRODUÇÃO

O início da trajetória legislativa da arbitragem societária no Brasil remonta à Constituição do Império, de 1824, que disciplinou, em seu art. 160, a possibilidade das partes nomearem juízes árbitros, estabelecendo, ainda que suas sentenças fossem executadas sem recurso.

Já o Código Comercial de 1850 foi ainda mais longe ao determinar em seu art. 294 que “Todas as questões societárias que se suscitarem entre os sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.” Mas em 1866 esse dispositivo foi derogado pela Lei nº 1.350/1866, que determinou que o juízo arbitral seria sempre voluntário (TOLEDO, 2007).

O Código de Processo Civil de 1939 instituiu a exigência de homologação prévia como requisito para a execução da sentença arbitral, disposição posteriormente repetida pelo Código de Processo Civil de 1973.

Esse era o cenário da arbitragem no Brasil até 1996, com a obrigatoriedade de homologação prévia da sentença arbitral a fim de que pudesse ser executada.

Em 1996 foi promulgada a Lei nº 9.307/1996, a lei de arbitragem brasileira, cujo artigo 18 claramente estabeleceu a desnecessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, conforme abaixo: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

Muitos trabalhos foram produzidos acerca do tema da arbitragem desde a promulgação da Lei nº 9.307/1996 e o estudo sobre a aplicabilidade do instituto da arbitragem ao Direito Societário intensificou-se após a reforma da Lei das Sociedades Anônimas (LSA) pela Lei nº 10.303/2001, que promoveu a inserção no art. 109 da LSA do § 3º, segundo o qual 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”.

Assim, temos que, após mais de 150 anos, voltou a existir no ordenamento jurídico brasileiro uma previsão expressa de arbitragem societária, não mais obrigatória como no texto original do código comercial, mas facultativa (como na Lei nº 1.350/1866).

Salientam-se em geral os benefícios da arbitragem como meio para se dirimir conflitos societários, tendo em vista sua celeridade e a tendência de que haja maior tecnicidade dos árbitros em comparação com a jurisdição e os juízes estatais respectivamente. Em meio à exaltação das vantagens comparativas da arbitragem, o que não é grande motivo de celeuma entre comercialistas e especialistas em arbitragem, passaram os teóricos a tratar de um tema central na arbitragem societária: a obrigatoriedade ou facultatividade da cláusula compromissória estatutária.

Dentre os estudos analisados, sobressaem-se as seguintes posições gerais: a) a facultatividade da cláusula compromissória estatutária para os acionistas que não tiverem expressamente aderido a ela¹; e b) a obrigatoriedade da cláusula compromissória para todos os acionistas, tenham eles aprovado ou não a inserção da cláusula compromissória no estatuto da companhia².

O tema ganha contornos ainda mais graves quando se trata de detentores de ações sem direito de voto, com destaque para as ações preferenciais, já que é justamente nessa espécie de ação que se encontra de maneira absoluta a falta de manifestação de vontade por meio do voto, ensejando, assim, maior dúvida quanto à aplicabilidade da cláusula compromissória estatutária aos seus detentores.

Embora as principais posições doutrinárias difiram em maior ou menor grau, todas tratam a questão sob o princípio do acesso à justiça, positivado em nossa legislação no art. 5º, XXXV da Constituição da República: “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Da mesma forma, tratam da renúncia à jurisdição estatal sob o ponto de vista do elemento volitivo, ou seja, da necessidade de aceitação expressa da cláusula compromissória estatutária ou da submissão automática à cláusula compromissória inserida no estatuto, como requisito para se determinar se há ou não uma negativa de acesso à justiça aos acionistas.

Diante disso, o presente trabalho pretende analisar a questão da cláusula compromissória estatutária sob um novo parâmetro que tenha uma base não meramente

¹ Por todos, Modesto Carvalhosa, 2002, p. 329.

² Por todos, Luis Loria Flaks, 2003, p. 106.

princípios, mas que considere elementos que digam respeito à efetividade do acesso à justiça. Para isso buscou-se o conceito do acesso à justiça na clássica obra de Cappelletti e Garth.

Fazemos o seguinte questionamento para guiar nossa pesquisa: A mera análise da questão da cláusula compromissória estatutária sob os parâmetros tradicionalmente utilizados, mais especificamente o acesso à justiça em bases principiológicas, é suficiente para dar conta da complexidade da questão, sobre tudo em vista da popularização do mercado de ações?

O trabalho parte da seguinte hipótese: A face meramente principiológica do acesso à justiça não é suficiente para ser utilizada como parâmetro de análise da questão da obrigatoriedade da cláusula compromissória estatutária, já que ignora o aspecto da efetividade, que assume especial relevância dado o incentivo e a popularização dos investimentos em ações pelos cidadãos.

A estratégia metodológica adotada é a abordagem qualitativa, uma vez que o estudo por meio da análise de conteúdo de textos científicos e legislativos está delimitado pelos objetivos perseguidos no presente trabalho. A técnica utilizada parte da documentação indireta, mais especificamente a pesquisa documental e bibliográfica, como base para a análise de conteúdo. Em suma, trata-se de uma pesquisa teórica (DEMO, 1995), já que não implica em intervenção na realidade prática, porém tem caráter conceitual no que diz respeito à análise e questionamento de tradicionais conceitos utilizados no estudo da arbitragem societária, propondo um novo referencial teórico-doutrinário.

De forma a melhor alcançar os objetivos do estudo, dividimos o trabalho em quatro partes. Na primeira exploraremos o novo referencial teórico que norteará o trabalho, enquanto na segunda trataremos do acesso à justiça e suas peculiaridades na área societária, para na terceira parte estabelecermos as bases para o novo parâmetro de análise proposto com base nos conceitos abordados. Por fim recuperaremos o propósito da presente pesquisa, para alguns comentários conclusivos.

2 O ACESSO À JUSTIÇA NA CONCEPÇÃO DE CAPPELLETTI E GARTH

Adotaremos nesse trabalho a definição clássica de acesso à justiça elaborada por Cappelletti e Garth (1988, p. 8), segundo a qual a expressão em questão serve para determinar duas finalidades do sistema jurídico, quais sejam, “primeiro o sistema deve ser igualmente

acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”

A igualdade no acesso acima citado traz à tona a questão da efetividade do acesso à justiça, em contraposição ao acesso meramente formal. Cappelletti e Garth abordam a questão do acesso à justiça sob o prisma da efetividade e, conseqüentemente, dos obstáculos para alcançá-la. Os obstáculos referem-se a questões de custos do processo, condições financeiras das partes, capacidade de suportar as delongas do processo (também relacionada às condições financeiras) e habitualidade da parte na participação em litígios, principalmente.

Os autores relacionam os obstáculos acima citados, dentre outros, especialmente à jurisdição estatal, apontando a arbitragem como uma das alternativas na busca do efetivo acesso à justiça (embora também apontem a existência de barreiras).

Em vista das diferentes posições mencionadas anteriormente quanto à obrigatoriedade da cláusula compromissória estatutária, o presente trabalho propõe-se a extrapolar o mero critério de existência da vontade expressa do acionista e analisar, sob o viés das barreiras para o efetivo acesso à justiça, a validade da exigência da submissão de litígios ao juízo arbitral.

Nossa análise buscará examinar a questão especialmente em relação aos acionistas detentores de ações preferenciais sem direito de voto. A escolha de direcionar o estudo a esses acionistas sem direito de voto (em sua esmagadora maioria) é, na verdade, um contraponto à abordagem majoritária da doutrina em analisar a questão do acesso à justiça do ponto de vista da aceitação ou recusa por meio do voto à inserção da cláusula compromissória no estatuto.

Já que, conforme previamente comentado, entendemos que a vontade (manifestada pelo voto) ou falta dela não é suficiente de forma isolada para determinar se há efetivo acesso à justiça, a análise da situação de um acionista que nem mesmo possui direito de voto pode tornar mais evidente a existência e a importância de outros requisitos na análise do acesso à justiça.

Não examinaremos os critérios de efetivo acesso à justiça em relação aos acionistas majoritários, aos acionistas minoritários que tenham votado a favor, ou à própria companhia, considerando que todos os citados consideraram mais benéfica a submissão dos litígios pertinentes à arbitragem que à jurisdição estatal. Consideramos que no cálculo realizado pelos acionistas favoráveis e pela companhia quanto à viabilidade e às vantagens/desvantagens de se submeter os litígios surgidos à arbitragem, as eventuais barreiras para seu acesso à justiça já teriam sido apreciadas e julgadas inexistentes ou irrelevantes.

Por outro lado, a abordagem da questão em artigos a respeito de arbitragem societária ao tratarem da cláusula compromissória estatutária e sua obrigatoriedade para os acionistas minoritários com direito a voto (que tenha sido contra a cláusula compromissória) e acionistas sem direito a voto ou com voto restrito não nos parece abordar de forma concreta do acesso à justiça na eventual submissão de litígios societários à arbitragem.

Na prática, a avaliação sobre o efetivo respeito ao princípio do acesso à justiça por um acionista que esteja obrigado a submeter seus litígios (contra a sociedade ou outros acionistas) ao juízo arbitral, dependerá de questões relacionadas às barreiras que podem efetivamente determinar o grau de efetivo acesso à justiça conferido pela jurisdição estatal ou pelo juízo arbitral.

Essas barreiras dizem respeito, de forma simplificada, aos custos e ao tempo necessário para se obter uma decisão, além das “possibilidades das partes”, entendidas como algumas vantagens e desvantagens básicas para determinados litigantes³.

As referidas vantagens básicas estariam relacionadas aos recursos financeiros que as partes/acionistas podem dispendir para litigar, bem como as delongas do litígio que podem suportar, além da aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa.

Existem, certamente, peculiaridades que devem ser enfrentadas no que diz respeito ao acesso à justiça aplicado às relações societárias. No entanto, deve-se reconhecer que Cappelletti e Garth (1998) fizeram em sua obra clássica uma abordagem geral da questão do acesso à justiça que certamente pode ser de grande auxílio na análise das especificidades do tema no que diz respeito à cláusula compromissória estatutária.

3 O ACESSO À JUSTIÇA NAS LIDES SOCIETÁRIAS

Uma das principais correntes quanto à facultatividade ou obrigatoriedade da cláusula compromissória estatutária tem como expoente Modesto Carvalhosa (2002), segundo o qual a cláusula compromissória estatutária não é obrigatória para os acionistas, a não ser que haja livre e expressa adesão à referida cláusula. Nesse sentido, afirma o referido autor que “(...) a

³Mauro Cappelletti e Bryant Garth, 1988, p. 15 a 26. Os autores citam o Prof. Marc Galanter que utilizou a expressão “possibilidades das partes” para referir-se à noção de que “algumas espécies de litigantes ... gozam de uma gama de vantagens estratégicas”. Os autores reconhecem a dificuldade de um estudo a respeito de vantagens e desvantagens estratégicas, mas conseguem isolar algumas vantagens e desvantagens básicas e levantar algumas hipóteses.

supressão da instância judicial e sua substituição pelo juízo arbitral estatutário deve ser considerada como uma faculdade para os acionistas e uma obrigação contratual para a sociedade” (CARVALHOSA, 2002, p. 329).

Já na opinião de FLAKS (2003, p. 106) todos os acionistas, com ou sem direito de voto, estão obrigados pela cláusula compromissória que tenha sido inserida no estatuto da companhia por meio de aprovação pela maioria dos acionistas com direito à voto ou, em suas próprias palavras, “a alteração estatutária que insere a cláusula arbitral, além de poder ser tomada pela maioria, vinculará todos os acionistas da companhia, indistintamente”.

Seguindo a linha da obrigatoriedade da cláusula compromissória estatutária, mas inovando no que diz respeito aos detentores de ações preferenciais sem direito a voto, ASSUMPCÃO (2006) acredita que, em vista da importância e gravidade da renúncia à jurisdição estatal, seria necessária a ratificação da cláusula compromissória pelos acionistas anteriormente referidos, em interpretação analógica com base no art. 136, §1 e §2 da Lei nº 6.404/76, a Lei das Sociedades Anônimas (LSA).

Para aqueles que acreditam que a cláusula compromissória estatutária deve ser considerada facultativa para os acionistas, salvo expressa concordância, a ausência de acesso à justiça ocorreria pela mera obrigatoriedade da cláusula compromissória.

Por outro lado, aqueles que acreditam que a cláusula compromissória obriga a todos os acionistas, tenham eles concordado ou não com a sua inserção no estatuto, também não analisam se a submissão de litígios à arbitragem poderá dificultar ou impedir, do ponto de vista concreto, o acesso à justiça para aqueles acionistas que não tiverem aprovado a inserção da cláusula compromissória no estatuto.

3.1 A relação entre o princípio constitucional do acesso à justiça e a arbitragem no sistema jurídico brasileiro

O direito fundamental de acesso à justiça está presente em sede constitucional no nosso ordenamento jurídico no art. 5º, XXXV da Carta Magna. Assim, fica assegurado o direito de socorrer-se da jurisdição estatal toda vez que se estiver diante de uma das duas situações abarcadas por esse dispositivo (lesão ou mera ameaça a direito).

Conforme entendimento repisado em Mancuso (2012, p. 146) o inciso XXXV do art. 5º tem como destinatário fundamental o legislador, que não poderá positivizar qualquer exclusão de apreciação pelo poder judiciário *a priori*. No entanto, tal diretriz não deve ser interpretada no sentido de que: “somente órgãos listados no art. 92 da CF/1988 exerçam a

jurisdição, já que esta palavra tornou-se polissêmica, consentindo o reconhecimento de um ambiente de jurisdição compartilhada, naturalmente incompatível com o sentido antigo (e defasado) de justiça monopolizada pelo Estado” (MANCUSO, 2012, p. 151).

A Resolução CNJ 125/2010 (DJe 01.12.2010, republicada no DJe 01.03.2011), que instituiu a Política Judiciária Nacional nos parece ter consagrado a ideia de jurisdição compartilhada, compatível com o teor dos *consideranda*: “o acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além de vertente formal perante órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”, cabendo ao judiciário estabelecer “não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação” (MANCUSO, 2012, p. 151-152).

O Estado Moderno tem como uma de suas primordiais funções aquela de dirimir conflitos e vem efetivamente exercendo ao longo do tempo, de maneira quase exclusiva, a função de pacificação social por meio da jurisdição. No entanto, com o crescimento da percepção das falhas do Estado na pacificação de conflitos, os meios alternativos de resolução que, até poucos anos atrás não eram estimulados, passam a ser encarados de outra maneira, em vista das claras limitações do Estado.

Nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 33):

Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de solução de conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes.

Os mesmo autores Cintra, Grinover e Dinamarco, (2010, p. 44), ao tratar do acesso à justiça pelos meios alternativos também afirmam que:

Na hodierna leitura dos meios alternativos de solução de conflitos, sua utilização também se insere no acesso à justiça, ou acesso à ordem justa. Pela arbitragem chega-se a uma sentença proferida pelo tribunal arbitral, a qual, tanto quanto a sentença judicial, deve representar a justa resposta às pretensões das partes.(...) **Assim alarga-se o conceito de acesso à justiça, compreendendo os meios alternativos, que se inserem em um amplo quadro de política judicial**”. (grifado)

Na mesma linha de pensamento seguem Mendes e Branco (2013) ao afirmar que: “com o advento da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96) abriu-se uma nova via de resolução alternativa de conflitos, alheia à jurisdição estatal”. Ao comentar o acórdão do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental 5.206 (Sentença Estrangeira), no qual a referida corte confirmou a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 9.307/96, reconhecendo,

por unanimidade a constitucionalidade do dispositivo que estabelece que a sentença arbitral tem efeitos de decisão judiciária, os mesmos autores declararam que:

Esse precedente, além de ter permitido uma solução alternativa de conflitos por meio da arbitragem, firmou a legitimidade da cláusula compromissória como instrumento apto para, em casos de lesão ou ameaça a direitos patrimoniais disponíveis por descumprimento da convenção arbitral, acionar garantias judiciais do processo perante o poder judiciário.

A posição do STF permite vislumbrar a compatibilidade da Lei n. 9.307/96 com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, dando feição menos reducionista ao direito fundamental à proteção efetiva do poder judiciário. (Mendes e Branco, 2013, p. 392)

Logo, se por um lado podemos falar em um reconhecimento das limitações do Estado na pacificação de conflitos sociais por meio da jurisdição, o que poderia representar uma redução na atuação do poder judiciário, por outro lado também está visível que o judiciário assume novas funções na garantia da efetividade e justiça das sentenças arbitrais.

Cabe, ainda, acrescentar a todo o acima exposto que não se pode estabelecer uma hierarquia entre o juízo estatal e o juízo arbitral, nem no que diz respeito à qualidade de suas decisões, nem quanto às maiores dificuldades ou facilidades de acesso, já que tanto o juízo arbitral quanto o poder judiciário podem, igualmente, apresentar barreiras de acesso e que estas questões só podem ser verificadas no caso concreto.

3.2 O princípio da maioria e a obrigatoriedade da cláusula compromissória estatutária

Assim como no poder legislativo de um estado democrático de direito, é por meio do voto que a Assembleia Geral da companhia decide sobre todos os negócios relativos ao objeto da companhia, em especial a reforma do seu estatuto⁴⁵.

As decisões são tomadas por meio de deliberações aprovadas pela maioria absoluta das ações com direito de voto, salvo maior quórum previsto pelo estatuto da companhia fechada, conforme o art. 129 caput e §1º da LSA:

Art. 129. As deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco.

§1º O estatuto da companhia fechada pode aumentar o quórum exigido para certas deliberações, desde que especifique as matérias.

⁴ Art. 121. A assembleia geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento. (...)

⁵ Art. 122. Compete privativamente à assembléia geral:
I – reformar o estatuto (...)

Certamente o *modus operandi* da Assembleia Geral não poderia ser diferente considerando que sem a restrição imposta à autonomia da vontade pela regra da maioria não seria viável decidir sobre os destinos da companhia. Makant (2005, p. 605) ao analisar a questão comenta que:

Destarte, a exigência da aprovação da totalidade dos acionistas para que uma cláusula estatutária se torne válida e eficaz para todos poderia trazer entraves à própria evolução do instituto da sociedade, pois esta seria obrigada a paralisar suas atividades a cada momento em que os sócios não concordassem, por unanimidade com certa modificação estatutária.

Logo, a decisão da maioria deve prevalecer e as deliberações tomadas devem obrigar a todos os acionistas, mesmo aqueles que tenham discordado ou que não tenham votado, já que “(...) exigir a unanimidade seria expor a sociedade à inação, seria cair no absurdo de atribuir a um só acionista a qualidade de representante ou árbitro da vontade social”⁶.

Esse é o princípio básico de tomada de decisões em uma companhia, onde o(s) acionista(s) que detêm de forma permanente a maior parte dos votos nas Assembleias Gerais, que tenham o poder de eleger a maior parte dos administradores e as ações com direito de voto são identificados como controladores⁷, utilizam-se do controle para impor sua vontade aos demais, nos limites do estatuto da companhia e da legislação aplicável.

O poder da maioria de impor sua decisão aos demais acionistas, incluídos os detentores de ações preferenciais sem direito de voto, esbarra nas disposições do art. 109 da LSA, o qual elenca os direitos dos quais os acionistas não poderão ser privados, dentre os quais não consta o direito de voto, além do art. 136, §1^o da mesma lei, o qual se refere especificamente às ações preferenciais.

⁶ Mendonça, José Xavier Carvalho de citado por Pela, Juliana Krueger, Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 126, p. 133, abr./jun. 2002.

⁷ Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa...

⁸ Art. 136. É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior *quorum* não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão, para deliberação sobre: I - criação de ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais existentes, sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto; II - alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida; (...)

§ 1º Nos casos dos incisos I e II, a eficácia da deliberação depende de prévia aprovação ou da ratificação, em prazo improrrogável de um ano, por titulares de mais da metade de cada classe de ações preferenciais prejudicadas, reunidos em assembléia especial convocada pelos administradores e instalada com as formalidades desta Lei.

O próprio legislador contemplou no diploma legal que rege as sociedades anônimas que determinadas ações poderiam não ter direito de voto, logo, foi igualmente aceito o fato de que determinadas alterações ao estatuto seriam realizadas independentemente da vontade dos acionistas detentores de ações sem direito de voto.

O art. 137⁹ da LSA não confere ao acionista dissidente o direito de recesso em caso de discordância quanto à modificação no estatuto para inserção da cláusula compromissória estatutária, o que poderia ser uma forma de resolver o impasse entre obrigatoriedade e facultatividade. No referido artigo as únicas hipóteses contempladas com o direito de retirada são aquelas dos incisos I, II, IV, V e IX do art. 136, sob certas condições.

Considerando o fato de que a submissão de litígios à arbitragem não consiste em afronta ao princípio do acesso à justiça, contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, conforme argumentos desenvolvidos no item 2.1, bem como a submissão do processo decisório das companhias ao princípio da maioria, entendemos que a mera submissão de um acionista ao juízo arbitral ainda que ele não tenha direito ao voto não significa, na teoria, uma desvantagem ou um prejuízo imposto a esse acionista, seja em relação ao dispositivo constitucional citado, seja em relação ao art. 109, §2º da LSA. Na realidade, são as condições concretas de materialização desse juízo arbitral que determinarão se houve ou não um prejuízo para o acionista.

Em suma, não conseguimos enxergar nenhum desrespeito aos acionistas no fato de estarem sujeitos a submeterem suas lides a um juízo arbitral, com base na decisão da maioria dos votos em Assembleia Geral, já que a imposição do juízo arbitral de acordo com a cláusula compromissória estatutária não significa por si só que o acesso de um acionista à justiça foi diminuído ou negado.

3.3 Ações sem direito de voto e a arbitragem societária

Em que pese a existência de uma variedade de definições sobre o que seja uma ação, bem como sua natureza jurídica, não cabem tais discussões no escopo do presente trabalho e, por esse motivo, adotaremos a sucinta e precisa definição de Carvalhosa (1998, p. 86),

⁹ Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas: I - nos casos dos incisos I e II do art. 136, somente terá direito de retirada o titular de ações de espécie ou classe prejudicadas; II - nos casos dos incisos IV e V do art. 136, não terá direito de retirada o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado, considerando-se haver (...)

segundo a qual a ação é “a fração negociável em que se divide o capital social, representativa dos direitos e obrigações dos acionistas”.

Na lição de Martins (1977, p. 100) as ações preferenciais podem ser descritas como aquelas que: “[D]ão aos seus proprietários certas preferências ou vantagens especiais (...) Em contrapartida, as ações preferenciais podem ser privadas de voto, e isso é geralmente o que acontece, para compensar as vantagens auferidas pelos seus proprietários”.

Assim, quando se fala em ações sem direito de voto o foco invariavelmente se coloca sobre as ações preferenciais, que têm sua emissão regulada pelo art. 17 (e seguintes) da LSA e nas palavras de Sztajn (2007, p. 377) podem ser definidas da seguinte maneira:

[A]ções preferenciais sem direito de voto são título híbrido, combinação entre risco e renda – risco por representarem parcelas do capital social de uma companhia, e renda por terem direito prioritário na partilha do lucro que o é claro se o dividendo preferencial for fixo (sic).

Como a grande maioria das ações preferenciais é emitida sem o direito de voto, isso significa que alterações no estatuto da companhia são realizadas independentemente da vontade dos detentores dessas ações, salvo as exceções legais dos artigos 111, §1º e §2º e 136, §1º da LSA, que tratam da aquisição do direito pleno de voto devido ao não pagamento dos dividendos fixos ou mínimos:

Art. 111. O estatuto poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições, observado o disposto no art. 109.

§ 1º As ações preferenciais sem direito de voto adquirirão o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a 3 (três) exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso.

§ 2º Na mesma hipótese e sob a mesma condição do § 1º, as ações preferenciais com direito de voto restrito terão suspensas as limitações ao exercício desse direito (...).

Importante ressaltar que, diferentemente do minoritário ordinarista, para o detentor da ação preferencial sem direito de voto não existe a possibilidade de tornar-se o controlador da companhia. Isso porque se para o acionista detentor do direito de voto a participação ou não do controle faz parte do jogo e é uma condição que pode ser, pelo menos em tese, alterada a qualquer momento, para o acionista sem direito de voto (ou com voto restrito ou oriundo de uma situação de exceção) não existe a participação na competição pelo controle da companhia.

Isto significa, por um lado, que o preferencialista sem direito de voto já entra na companhia conhecendo as regras quanto à sua (não) participação na tomada de decisões nas

assembleias gerais e, por outro lado, indica seu maior interesse nos aspectos patrimoniais da companhia do que na possibilidade de exercer qualquer influência sobre a sua administração.

A diferença acima se mostra crucial na distinção entre o minoritário com direito de voto (normalmente vencido nas deliberações assembleares) e o preferencialista sem direito de voto. Ou seja, a divisão entre propriedade e controle é absoluta na ação preferencial sem direito de voto e, em tese, relativa no caso das ações ordinárias minoritárias.

A relação entre controle e ações preferenciais sem direito de voto ainda sofre os efeitos do compromisso implícito do legislador de 1976 com a manutenção do *status quo* do controle, ou seja, sua manutenção nas mãos dos então controladores, por meio do incentivo para financiamento das companhias pela poupança popular direcionada para a aquisição de ações sem direito de voto (SZTAJN, 2007).

Apesar de originada de práticas comerciais existentes antes mesmo de previsão legal, não se pode esquecer que as ações preferenciais, em especial com o aumento de sua proporção em relação às ações ordinárias, passando de meio a meio para até 1/3 de ações ordinárias e 2/3 de ações preferenciais sem direito de voto, conforme previsão do texto original de 1976 da LSA facilitou que controladores prometessem e não cumprissem o prometido e que enriquecessem em detrimento da companhia e de investidores, dado o fato de que elegiam a maioria dos administradores (SZTAJN, 2007).

Na verdade, antes mesmo da LSA, desde o Decreto Lei nº 157/1967, que permitia a aplicação de valores devidos e título de imposto de renda em companhias incentivadas já era possível identificar comportamentos oportunistas. As companhias incentivadas, em sua maioria, emitiram ações preferenciais sem direito de voto para captar os investimentos dos contribuintes e, como essas companhias e seus administradores não foram devidamente fiscalizados (não havia exigência de prestação de contas e sua aprovação), não era raro o uso desses recursos em benefício próprio pelos administradores e controladores (SZTAJN, 2007).

Em que pese o problema acima descrito estar muito mais relacionado a questões de governança que efetivamente à natureza da ação preferencial sem direito de voto, não é possível ignorar a existência, até hoje, de certa desconfiança quanto à atuação de controladores. E é dentro desse contexto, ainda de desconfiança, que se desenvolve a questão da cláusula compromissória estatutária.

3.3.1 O Perfil dos acionistas detentores de ações preferenciais sem direito de voto

Há décadas o Poder Público vem buscando o desenvolvimento e aprimoramento do mercado de valores, mobiliários através de medidas que se intensificaram entre as décadas de 60 e 70, com vistas ao financiamento das companhias pela poupança popular.

Nesse sentido:

A estruturação do mercado de capitais começa em 31 de dezembro de 1964 com a aprovação da Lei n. 4.595 que cria Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil, enquanto retira do Banco do Brasil S.A. a função de autoridade monetária. Essa primeira intervenção do governo no mercado de capitais não basta e, em 14 de julho de 1965, é aprovada a Lei n. 4728, para disciplinar o mercado de capitais e estabelecer medidas para o seu desenvolvimento. (...)

A pretensão, em 1976, era que o projeto sanasse problemas que dificultavam a consolidação de um mercado de valores mobiliários (...). O que se visava era desenhar estrutura que permitisse o financiamento direto das companhias mediante captação de poupança popular (SZTAJN, 2007, p. 365).

Conforme IBOPE/ANBIMA (2011), 3% dos brasileiros (pessoas físicas), maiores de 18 anos, pertencentes às classes A, B e C e com telefone fixo investe em ações¹⁰. Considerando o público analisado pela pesquisa, têm-se claramente que os brasileiros investidores em ações podem ser tanto pessoas com grande quantidade de recursos financeiros, quanto pessoas sem grande patrimônio e que adquiram ações em menor volume.

É razoável supor que dentre os investidores do mercado de valores mobiliários do país haja uma parcela razoável de pessoas que atuam mediante a aquisição de ações preferenciais, embora não tenhamos os números exatos.

Em especial, se considerarmos que uma das principais características das ações preferenciais é a inexistência do direito de voto em situações normais, o que ocorre em troca de vantagens patrimoniais, fica claro que a ação preferencial pode ser um dos principais alvos de pequenos investidores, desinteressados no exercício de direitos políticos na companhia, mas em busca de maior rentabilidade para seus investimentos.

Por outro lado, também no mesmo grupo de brasileiros investidores em ações estão presentes, certamente, pessoas com grande patrimônio, investidores profissionais, sujeitos a muito menos restrições de qualquer natureza que o grupo descrito acima.

¹⁰Pesquisa realizada pelo Ibope sob encomenda da Anbima (Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais). Disponível em: <http://www.anbima.com.br/mostra.aspx?id=1000001349>. Acessada em: 30 ago. 2013. O material da pesquisa a que tivemos acesso não esclarece o conceito de classe social aplicado à divisão entre A, B e C. A pesquisa estabelece uma margem de acerto de 95% nos números apresentados.

Os perfis variados dos investidores fazem com que, sob a perspectiva da efetividade do acesso à justiça, a inserção da cláusula compromissória no estatuto das companhias tenha efeitos variados sobre eles.

3.3.2 O art. 136, §1º e a possibilidade de sua interpretação por analogia

O exame do texto dos incisos I e II e do parágrafo primeiro art. 136 da LSA demonstra a preocupação do legislador em evitar que as vantagens oferecidas às ações preferenciais fossem diminuídas ou retiradas sem seu consentimento, ou seja, que esse acionista, via de regra sem voto, fosse prejudicado.

Cabe examinar, então, se a inserção da cláusula compromissória no estatuto da companhia representaria uma diminuição ou eliminação das vantagens das ações preferenciais sem direito de voto.

O dispositivo ressalta ainda mais o fato de que na ação preferencial sem direito de voto houve uma facilitação à troca do direito político pelo direito patrimonial (SZTAJN, 2007, p. 378).

As vantagens das ações preferenciais podem ser aquelas listadas no art. 17 da LSA, dentre elas, a prioridade na distribuição de dividendo, fixo ou mínimo; a prioridade no reembolso do capital com prêmio ou sem ele; ou a acumulação das preferências e vantagens anteriores, além das exigências de vantagens mínimas estabelecidas nos parágrafos do artigo em questão, relativas às ações preferenciais admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários.

Nos termos do §2º do art. 17, deverão ainda constar, de forma detalhada, do estatuto da companhia outras preferências ou vantagens conferidas aos acionistas sem direito de voto ou com voto restrito, além das referidas no próprio art. 17¹¹:

¹¹ Art. 17. As preferências ou vantagens das ações preferenciais podem consistir: I - em prioridade na distribuição de dividendo, fixo ou mínimo; II - em prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele; ou III - na acumulação das preferências e vantagens de que tratam os incisos I e II.

§ 1º Independentemente do direito de receber ou não o valor de reembolso do capital com prêmio ou sem ele, as ações preferenciais sem direito de voto ou com restrição ao exercício deste direito, somente serão admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários se a elas for atribuída pelo menos uma das seguintes preferências ou vantagens: I - direito de participar do dividendo a ser distribuído, correspondente a, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido do exercício, calculado na forma do art. 202, de acordo com o seguinte critério: a) prioridade no recebimento dos dividendos mencionados neste inciso correspondente a, no mínimo, 3% (três por cento) do valor do patrimônio líquido da ação; e b) direito de participar dos lucros distribuídos em igualdade de condições com as ordinárias, depois de estar assegurado dividendo igual ao mínimo prioritário estabelecido em conformidade com a alínea a; ou II - direito ao recebimento de dividendo, por ação preferencial, pelo menos 10% (dez por cento) maior do que o atribuído a cada ação ordinária; ou III - direito de serem incluídas na oferta pública de alienação de controle, nas condições previstas no art. 254-A, assegurado o dividendo pelo menos

Como se pode ver, as vantagens das ações preferenciais sem direito de voto são aquelas estabelecidas no estatuto, tanto as vantagens que estejam listadas no art. 17, quanto outras estabelecidas especificamente pela companhia.

Logo, entendemos que o inciso II do art. 136 ao mencionar a “alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais...” refere-se especificamente às vantagens, preferências e condições de resgate ou amortização conferidas às ações preferencias pelo estatuto. O direito de acesso à justiça não é algo meramente conferido pelo estatuto da companhia, mas um princípio constitucional, que não está relacionado à qualidade de acionista de uma determinada pessoa, seja ela física ou jurídica.

Ademais, o vocábulo “vantagem” remete à “qualidade do que está adiante ou é superior” (BUARQUE DE HOLANDA, 1986, p. 1752). Logo, a vantagem existe em função de uma comparação entre algo inferior e superior.

Considerando que todos os acionistas, anteriormente à inserção da cláusula compromissória estatutária, estão obrigatoriamente sujeitos a submeter seus conflitos ao poder judiciário (salvo nos casos em que as partes do conflito concordassem com a arbitragem), não se pode falar que a submissão de conflitos ao judiciário representa qualquer vantagem de um acionista em relação ao outro, já que seria uma condição comum a todos os detentores de ações de determinada companhia anteriormente à inserção.

Além disso, a arbitragem não pode ser considerada como uma forma de resolução de litígios inferior ou superior à jurisdição estatal. Conforme visto anteriormente, hodiernamente se entende que os meios alternativos de resolução de litígios estão compreendidos no princípio do Acesso à Justiça.

No entanto, tendo examinado algumas peculiaridades das ações preferenciais e o papel que tem historicamente desempenhado para a atração e captação da poupança popular, bem como para a manutenção do *status quo* do poder de controle, não se pode negar que a relação que se desenvolveu entre, de um lado, os controladores e administradores e, de outro, os acionistas sem direito de voto, ainda se ressentem dos abusos sofridos pelos preferencialistas.

Aliado a isso, como se pode concluir da pesquisa IBOPE/ANBIMA que os perfis de investidores em ações no Brasil é variado, indo tanto de investidores com maiores recursos,

igual ao das ações ordinárias. § 2º **Deverão constar do estatuto, com precisão e minúcia, outras preferências ou vantagens que sejam atribuídas aos acionistas sem direito a voto, ou com voto restrito, além das previstas neste artigo (...)**

até outros menos capitalizados, não se pode ignorar que pode existir certa “desvantagem” para os preferencialistas sem direito de voto.

No entanto, a análise de uma possível “desvantagem” não estaria associada à condição de acionista do detentor de ações preferenciais sem direito de voto, nem às vantagens ou desvantagens impostas pelo estatuto às ações que detém.

Essa possível desvantagem, se não está relacionada à condição de acionista, só pode estar ligada às situações concretas a que as pessoas, físicas ou jurídicas estão expostas, já que o princípio do acesso à justiça informa nosso sistema jurídico, independentemente de posições ou papéis sociais específicos desempenhados pelas pessoas em suas atividades econômicas, pessoais, etc.

Sendo assim, não acreditamos que seja possível a interpretação por analogia do §1º do art. 136 da LSA pelos motivos acima expostos, mas concordamos que essa abordagem é mais habilidosa na percepção da especificidade e fragilidade do pequeno investidor detentor de ações preferenciais sem direito de voto, em especial levando-se em consideração as bases históricas do desenvolvimento das relações entre preferencialistas e controladores e administradores.

4 NOVO PARÂMETRO DE ANÁLISE: O ACESSO À JUSTIÇA SOB A PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE

4.1 Acesso à justiça e igualdade

Segundo abordagem do princípio do acesso à justiça na obra de Silva (2013, p. 430) o dispositivo constitucional em comento teria garantido formalmente, não apenas o acesso, mas também a igualdade perante a justiça. No entanto, adverte o mesmo doutrinador, citando Cappelletti, que “tratar como igual sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e justiça”¹².

É forçoso reconhecer que do ponto de vista das relações societárias, não se pode partir do princípio de que os acionistas de uma companhia sejam intrinsecamente desiguais, ou seja, que haja uma parte mais forte e outra mais fraca. Não existe nenhuma presunção, nem

¹²Cappelletti, *Proceso, ideologia e sociedade*, p.67, citado por José Afonso da Silva, 2013, p. 431.

indicação de que *a priori* haja uma assimetria de vantagens/desvantagens pessoais na relação entre acionistas ou entre acionistas e a companhia, como é o caso nas relações de consumo¹³.

A primazia de um acionista ou um bloco de acionistas com base no número de votos na assembleia geral e suas consequências significa superioridade apenas no que diz respeito a esses aspectos e não refletem, necessariamente, qualquer vantagem ou desvantagem natural da pessoa do acionista controlador sobre os demais acionistas.

No entanto, a igualdade ou desigualdade entre sujeitos não pode ser verificada na teoria, mas apenas mediante a análise das condições concretas, sociais e econômicas, de cada um.

Conforme anteriormente abordado, não é a posição do sócio na sociedade que determina as eventuais barreiras que ele poderá ter de enfrentar para que alcance o efetivo acesso à justiça por meio da arbitragem, mas suas condições individuais, como recursos financeiros de que disponha. Por exemplo, não se pode comparar uma pessoa física que tenha comprado algumas ações preferenciais sem direito a voto a um fundo de investimentos que tenha comprado um grande lote de ações da mesma classe.

Sendo assim, em que pese o fato de não existir *a priori* qualquer desigualdade entre acionistas detentores de ações de uma mesma classe e espécie, não é a condição do indivíduo enquanto acionista que se deve analisar, e sim suas especificidades econômico-sociais.

Sendo assim, as diferenças entre os acionistas sócios podem ou não significar vulnerabilidade/ hipossuficiência de uma das partes em um litígio.

De acordo com essa abordagem, é necessário investigar se a cláusula compromissória estatutária pode representar, no caso concreto, algum tipo de barreira para o efetivo acesso à justiça de um determinado acionista.

4.2 Os custos da arbitragem

Uma análise das barreiras concretas que a arbitragem possa representar para o acesso à justiça passa necessariamente pela análise dos custos de submissão de um litígio à arbitragem no Brasil, considerando a presença de pequenos investidores no mercado de valores mobiliário e o histórico incentivo do Estado à captação da poupança popular.

No Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), em funcionamento desde 1979 e considerado o mais antigo do Brasil, um caso com

¹³Art. 4º, I, da Lei nº 8.078/1990.

duração de seis meses e que envolva três árbitros não custará menos que R\$ 147.000,00¹⁴. Em caso de acordo, os custos podem diminuir sensivelmente, com o reembolso parcial dos valores.

Na CAM-CCBC, a taxa de registro tem o valor de R\$ 4.000,00, enquanto a taxa de administração custará R\$ 2.000,00 por mês para cada parte e um mínimo de cem horas para cada árbitro (o valor da hora é de R\$ 450,00, em disputas até R\$ 900.000,00)¹⁵.

Já na Câmara de Arbitragem do Centro de Indústrias do Estado de São Paulo e da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP/FIESP), os custos iniciais são menores, com uma taxa de registro mínima de R\$ 3.000,00, adicionada a uma taxa de administração mínima de R\$ 10.000,00 e um mínimo de 20 horas de trabalho por árbitro (cada hora custa R\$ 500,00) nas causas até R\$ 100.000,00¹⁶.

Embora o maior ou menor tempo necessário para conclusão do litígio possa levar ao aumento dos custos, considerando o maior número de horas despendidas pelos árbitros, é visível que não é qualquer litigante que pode arcar com as despesas de um procedimento arbitral, em especial um pequeno investidor.

Igualmente importante não se olvidar que às despesas com os árbitros, somar-se-ão os custos com honorários advocatícios e, quiçá, peritos, embora seja forçoso reconhecer que, certamente, também estariam presentes em litígios perante o judiciário.

Por outro lado, poder-se-ia comparar os custos com a arbitragem, procedimento mais célere, com os gastos realizados no longo prazo em grandes e longas batalhas judiciais. Convém reconhecer que no somatório final, pode ser que seja tão caro litigar em sede arbitral quanto em sede judicial.

No entanto, a demanda de recursos financeiros em curto ou curtíssimo prazo pode representar barreira mais difícil de ser transposta para pequenos investidores. Considerando todos os esforços que o governo brasileiro vem realizando nas últimas décadas para incentivar o investimento em ações pela população, não seria coerente ignorar que o pequeno investidor talvez não esteja apto a arcar com os custos de um procedimento arbitral.

¹⁴ Informações prestadas pelo Presidente do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, Sr. Frederico Straube, em reportagem do portal IG, “Velocidade é maior na arbitragem, mas custo também”, de 29/04/2010, acessada em: 03/09/2013 e disponível em: <http://economia.ig.com.br/velocidade-e-maior-na-arbitragem-mas-custo-tambem/n1237598998423.html>

¹⁵ Tabela de custas acessada em: 03/09/2013 e disponível em: [http://www.ccbc.org.br/default.asp?categoria=2&subcategoria=tabela de custos](http://www.ccbc.org.br/default.asp?categoria=2&subcategoria=tabela%20de%20custos).

¹⁶ Tabela de custas acessada em: 03/09/2013 e disponível em: <http://www.camaradearbitragemsp.com.br/index.php/pt-BR/tabela-de-custas/4-principal/principal/129-tabela-de-custas-2013>

Certamente não se trata de diminuir as vantagens que a arbitragem representa em relação à jurisdição estatal, como a maior celeridade e tecnicidade, mas apenas de reconhecer que o custo pode representar uma barreira intransponível para o acesso à justiça para alguns acionistas.

4.3 A obrigatoriedade da cláusula compromissória estatutária e o critério da efetividade do acesso à justiça – uma análise de compatibilidade

Seguindo nosso entendimento anteriormente explanado, pelo princípio da maioria, a cláusula compromissória inserida no estatuto da companhia deve ser obrigatória *a priori* para todos os acionistas, inclusive aqueles que não a aprovaram ou não manifestaram sua vontade por qualquer motivo.

A mera obrigatoriedade de submeter os litígios à arbitragem, com base no princípio da maioria, não pode ser entendida como uma violação ao princípio constitucional do acesso à justiça, especialmente se considerarmos que o conceito de jurisdição tem evoluído e que os meios alternativos de resolução de litígios não podem ser vistos como inferiores à jurisdição estatal.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco¹⁷, citado por Mancuso (2012, p. 155) estabelece que: “A crescente valorização e emprego dos meios não judiciais de pacificação e condução à ordem jurídica justa, ditos meios alternativos, reforça a ideia da equivalência entre eles e a atividade estatal chamada jurisdição”.

Ademais, “a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a ideia que a Justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes”, conforme lição de Giovanni Verde também citado por Mancuso (2012, p. 160).

Entendemos que a obrigatoriedade da cláusula compromissória estatutária está em consonância com a mais moderna concepção de equivalência entre jurisdição estatal e arbitragem (respeitados os seus limites objetivos), o que nos leva a afirmar que não há desrespeito ao princípio do acesso à justiça nessa situação.

Ora, se aprioristicamente todos os acionistas estão obrigados pela cláusula compromissória estatutária, fica claro que é em momento posterior que ocorrerá a análise sobre eventuais prejuízos ao efetivo acesso à justiça dos acionistas. Ou seja, a análise sobre a

¹⁷ Os conflitos e a ordem jurídica justa. Instituições de Direito Processual Civil, 6. ed, São Paulo: Malheiros, 2009, t. I, p. 125-126.

existência de barreiras ao efetivo acesso à justiça não se esgota no exame da presença ou ausência de vontade, mas começa por ela, com a divisão dos acionistas em dois grupos.

Em que pese estarem todos os acionistas vinculados pela cláusula compromissória, sua divisão em dois grupos, ou seja, aqueles que concordaram expressamente com a cláusula e aqueles que não concordaram expressamente (seja porque discordaram, seja porque não manifestaram sua vontade por qualquer motivo), será extremamente relevante para a aplicação da análise do efetivo acesso à justiça como critério de aplicabilidade da cláusula compromissória.

Isso porque, tal qual exposto anteriormente, entende-se que o grupo dos acionistas que concordaram com a submissão dos conflitos à arbitragem realizou, no momento da sua escolha, o cálculo racional de que a arbitragem lhes será mais vantajosa que a jurisdição estatal. Logo, não faria sentido perquirir sobre a existência de barreiras que impeçam o efetivo acesso à justiça desses acionistas, já que eles próprios julgaram não existir.

Por outro lado, fica delimitado o grupo, composto por minoritários e especialmente por acionistas detentores de ações preferenciais sem direito de voto, passível de sofrer um impedimento ou diminuição de seu efetivo acesso à justiça, gerado pela cláusula compromissória.

Quando se usa a expressão “passível de”, significa que o acionista poderá estar, mas não necessariamente estará sujeito a alguma barreira que impeça seu efetivo acesso à justiça. A existência de obstáculos que interfiram de forma negativa no seu efetivo acesso à justiça deverá ser alegado e provado pelo acionista.

A mera análise do acesso à justiça sob um prisma meramente principiológico, além de se mostrar distante da realidade, não engloba o caráter da **efetividade** do acesso à justiça, critério esse que se mostra em maior consonância com a realidade e permite que se leve em consideração aspectos fundamentais, como o perfil dos acionistas/investidores e suas condições socioeconômicas.

Considerar o perfil dos acionistas ou investidores é de grande importância, uma vez que o poder público vem adotando como estratégia política o incentivo e a criação de condições favoráveis para o financiamento das companhias abertas por meio da captação da poupança popular.

Em que pese o (ainda) pequeno número de investidores de pequeno porte, sejam pessoas físicas ou jurídicas, é no mínimo coerente que em um país onde há uma intenção declarada de captação de recursos oriundos da população, tenha-se em mente as enormes

diferenças socioeconômicas que atingem seus cidadãos e, como consequência lógica, atingem também seus investidores.

Logo, à igualdade teórica que existe entre os acionistas no âmbito da companhia devem ser contrapostas as possíveis desigualdades concretas, já que em uma mesma sociedade podem conviver, por exemplo, grandes investidores institucionais e pequenos investidores que decidam tentar a sorte no mercado de valores mobiliários, especialmente por meio da compra de ações preferenciais (sem direito de voto), tendo em vista que muitas vezes esses títulos apresentam maior rentabilidade.

Enxerguemos a situação sob o ponto de vista do pequeno investidor que, por exemplo, possua um lote de ações preferenciais sem direito de voto representativas do capital social de uma companhia e avaliadas em R\$10.000,00, a valor de mercado. O mero valor de suas ações pode ser indicativo de que o custo da arbitragem representa um obstáculo importante, ou mesmo intransponível para sua participação como parte em um procedimento arbitral, já que mesmo o valor da totalidade de suas ações no mercado pode não ser suficiente para arcar com os custos da arbitragem (ainda que estejamos falando de um procedimento coletivo que reúna diversos acionistas na mesma situação).

Por outro lado, a situação vista sob o prisma de um grande investidor que possua uma quantidade muito maior das mesmas ações preferenciais sem direito de voto, representativas do capital social da mesma companhia, pode levar a uma análise completamente diferente. O grande investidor, embora também não tenha tido o direito de expressar sua concordância ou discordância quanto à inserção da cláusula compromissória no estatuto, pode ser perfeitamente capaz de arcar com os custos de uma eventual arbitragem, sem uma diminuição significativa do seu patrimônio.

Os exemplos comparativos acima deixam claro que, embora não haja uma diferença intrínseca entre pequenos e grandes investidores na condição de acionistas de uma mesma companhia, é no mundo dos fatos, em suas vidas sociais e econômicas que as diferenças aparecerão. Logo, se a arbitragem parece perfeitamente aplicável ao grande investidor, o qual não deve enfrentar maiores dificuldades econômicas (ou mesmo técnicas) para participar desse procedimento, o mesmo não se pode dizer quanto ao pequeno investidor.

Pelo motivo acima, entendemos que a questão do acesso à justiça não deve ser analisado sob o ponto de vista meramente principiológico, para fins de aplicabilidade da cláusula compromissória estatutária. Ao contrário, entendemos que a obrigatoriedade dessa cláusula com base no princípio da maioria exige um critério de verificação *a posteriori* que seja capaz de levar em conta a especificidade dos acionistas.

O critério da efetividade quanto ao acesso à justiça pressupõe que os acionistas que se sentirem prejudicados é que deverão alegar e comprovar, eles próprios, eventuais dificuldades ou barreiras geradas pela cláusula compromissória inserida no estatuto ao seu efetivo acesso à justiça.

Entendemos que, partindo-se da obrigatoriedade da cláusula compromissória para todos os acionistas, a análise realizada *a posteriori* com base no critério da efetividade do acesso à justiça:

- a) é coerente com a política pública de incentivo à captação da poupança popular;
- b) permite que se leve em consideração as diferentes características dos acionistas/investidores;
- c) não constitui afronta ao princípio constitucional do acesso à justiça;
- d) preserva o princípio da maioria, fundamental para a tomada de decisões na companhia.

5 CONCLUSÃO

Não basta para o estudo da arbitragem em direito societário e, sobretudo, para o estudo dos efeitos da cláusula compromissória estatutária sobre os acionistas, que o foco esteja apenas na existência ou inexistência da vontade do acionista em submeter-se à arbitragem, tendo em vista que a cláusula compromissória deve obrigar a todos os acionistas com base no princípio da maioria vigente nas companhias.

Nesse sentido, a abordagem tradicional da questão não nos parece a mais adequada, justamente por negligenciar a perspectiva concreta do acesso à justiça na eventual submissão de litígios societários à arbitragem. Daí a importância do emprego do conceito de acesso à justiça de Cappelletti e Garth, pois traz em si o componente da efetividade que nos possibilita a análise das barreiras práticas ao acesso.

Essa análise deve ser realizada *a posteriori*, já que entendemos que a princípio a cláusula compromissória inserida no estatuto da companhia deve ser considerada vinculante e obrigar igualmente a todos os acionistas. A análise deverá recair sobre o acionista que alegar a existência de obstáculos ao seu efetivo acesso à justiça, como, por exemplo, impossibilidade de arcar com os custos da arbitragem, ou outras condições particulares que poderão eximi-lo

de se submeter a tal cláusula, sob pena de concretamente vedar-lhe o acesso a uma decisão justa de seu litígio.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A Arbitragem no Direito Societário. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VII, nº 9, dez. 2006.

ANBIMA/IBOPE. *Radiografia do Investidor – Maio de 2011*. Obtida em 30/08/2013, no endereço eletrônico <<http://www.anbima.com.br/mostra.aspx/?id=1000001349>>.

CAPPELLETTI, Mauro e Garth, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHOSA, Modesto. Cláusula Compromissória Estatutária e Juízo Arbitral (§3º do Art. 109). Lobo, Jorge e Kandir, Antônio. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: Inovações e Questões Controversas da Lei 10.303, de 31.10.2001*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Comentários à Lei das Sociedades Anônima*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FLAKS, Luís Loria, A Arbitragem na Reforma da Lei das S/A. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 131, jul/set. 2003.

FRAGOSO, Daniella Mara Neves Reali. *Apontamentos sobre os Direitos Políticos Conferidos às Ações Preferenciais*. Dissertação apresentada à Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação dos professores Waldírio Bulgarelli e Mauro Rodrigues Penteado. 2002.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

MAKANT, Barbara. Arbitragem nas sociedades empresárias. Wald, Arnoldo e Fonseca, Rodrigo Garcia da. *A Empresa no Terceiro Milênio*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O Direito à Tutela Jurisdicional: O Novo Enfoque do Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*. Ano 101, v. 926, dez. 2012.

MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PELA, Juliana Krueger. Notas sobre a eficácia da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 126, abr./jun. 2002.

RIBEIRO, Vera de Paula Noel. *A Minoria nas S.A.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SZTAJN, Rachel. Há futuro para as ações preferenciais sem direito de voto? Castro, Rodrigo R. Monteiro de; Aragão, Leandro Santos de. *Sociedade Anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. Castro, Rodrigo R. Monteiro de e Aragão, Leandro Santos de. *Sociedade Anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

WALD, Arnoldo. A Empresa no Terceiro Milênio – Aspectos Jurídicos. Wald, Arnoldo e Fonseca, Rodrigo Garcia da. *A Empresa no Terceiro Milênio*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

Velocidade é maior na arbitragem, mas custo também. Reportagem do portal IG, de 29/04/2010, acessada em: 03/09/2013. Disponível em: <http://economia.ig.com.br/velocidade-e-maior-na-arbitragem-mas-custo-tambem/n1237598998423.html>.