

**ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
GV LAW**

**A ARBITRAGEM
E
OS DIRETORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS**

Felipe Faltay Katz de Castro

São Paulo
2005

SUMÁRIO.

1. A Arbitragem e os Administradores das Sociedades Anônimas

2. Da Aplicabilidade Da Arbitragem Em Relação Aos Administradores Das Sociedades Anônimas

3. Dos Entraves Legais

4. Da Inserção De Cláusula Compromissória No Termo De Posse

5. Da Arbitrabilidade Do Litígio Entre Sociedade E Administradores
 - A) *Capacidade Para Contratar*

 - B) *Direito Patrimonial Disponível*

6. Conclusão.

7. Bibliografia.

A ARBITRAGEM E OS DIRETORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

O mercado acionário e seus reguladores, por demanda dos investidores e instituições que naquele atuam, têm implantado mecanismos jurídicos e contábeis que visam atribuir aos mesmos, as qualidades de transparência e confiança.

Tais mecanismos fazem parte de uma ação global de melhoria na forma de administração das sociedades denominada Governança Corporativa, que é composta por uma série de aparatos legais, estatutários e normativos.

A ação dos reguladores e participantes dos mercados em todo o Mundo, na busca por maior segurança e efetividade nos negócios, trouxe em seu bojo diversas normas legais como a Sarbanes-Oxley nos EUA, e no Brasil, as não mais tão recentes Lei 9.457 de 05 de maio de 1997 e a Lei 10.303 de 31 de outubro de 2002, que alteraram a lei societária nacional, Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976.

A Lei 10.303, juntamente com outras deliberações e normativos da Comissão de Valores Monetários e da própria BOVESPA – Bolsa de Valores do Estado de São Paulo busca trazer maior segurança aos acionistas, em especial aos minoritários.

Entre as mudanças introduzidas pela nova legislação está a possibilidade de inclusão da arbitragem na solução de controvérsias societárias, em destaque, o parágrafo 3º do artigo 109 da LSA:

"Art. 109. ...

(...)

§ 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."*

O dispositivo supra, claramente oferece aos acionistas e à companhia, a arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos.

É sabido que disputas societárias na justiça brasileira são demasiadamente demoradas, e, ainda, em grande parte das jurisdições, não se pode contar com varas especializadas e equipadas para solucionar tais conflitos a contento das partes.

Ainda, é cediço que longas rupturas na administração da sociedade podem levar à mesma a uma paralisação da gestão com irrecuperáveis prejuízos aos acionistas.

Assim, a alteração da LSA contribui com a agilização e especialização das decisões com o escopo de garantir aos investidores que eventuais disputas internas da sociedade sejam rapidamente pacificadas, salvaguardando os interesses sociais e dos acionistas.

Da Aplicabilidade Da Arbitragem Em Relação Aos Administradores Das Sociedades Anônimas

Existem algumas controvérsias acerca da aplicabilidade da cláusula compromissória estatutária propriamente dita. Todavia, o presente texto busca analisar a questão pontual da aplicabilidade da arbitragem nas relações com os administradores das Sociedades. Mais especificamente, pretende o texto

demonstrar a possibilidade de aplicação do instituto da arbitragem no litígio envolvendo a responsabilidade de administradores, nos termos do artigo 159 da LSA.

A ação de responsabilidade civil contra diretor de sociedade, nos termos do artigo 159 da LSA, pode ser proposta pela própria sociedade, ou supletivamente, por acionistas, *in verbis*:

“Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados a seu patrimônio.

§3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de três meses da deliberação da assembléia geral.

§4º Se a assembléia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5%, pelo menos, do capital social.

§ 7º A ação aqui prevista não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador.”

A questão a ser analisada no presente texto é a possibilidade de atribuir o foro de uma arbitragem para a pacificação de tal conflito.

Dos Entraves Legais

A lei societária brasileira não prevê a possibilidade de utilização da arbitragem no relacionamento entre sociedade e administradores ou acionistas e

administradores, nem tampouco a proíbe.

Conforme previsão legal, contida no artigo 109, §3º da LSA, os administradores das sociedades não podem ser parte na cláusula compromissória estatutária, que compreende apenas os acionistas e a própria sociedade.

Nas palavras do Ilustre Comercialista Modesto Carvalhosa¹: ***“...quando forem litisconsortes a sociedade e seus administradores, de um lado, e acionistas pactuantes, de outro, não cabe a aplicação da cláusula compromissória estatutária.”***

Certo é que o ensinamento acima destacado, não poderia estar mais correto. Não se pode negar que o dispositivo legal, incerto no artigo 109 da LSA exclui os diretores da aplicabilidade da cláusula compromissória estatutária.

Inobstante, alternativamente, nada impede a inclusão de uma cláusula compromissória no termo de posse do administrador, possibilitando assim incluí-lo em eventual lide arbitral. É o que se propõe a estudar o presente artigo.

Da Inserção De Cláusula Compromissória No Termo De Posse

A investidura dos administradores de sociedade anônima está sujeita ao termo de posse dos mesmos, conforme exigência legal inserida no caput do artigo 149 da LSA:

¹ Carvalhosa, Modesto – *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, p. 159, 3º volume, Saraiva, 3ª edição, 2003

“Art. 149 – Os conselheiros e diretores serão investidos nos seus cargos mediante a assinatura de termo de posse no livro de atas do conselho de administração ou da diretoria, conforme o caso.”

A lei de arbitragem (Lei 9.307/96) estabelece que a cláusula compromissória pode ou não estar estabelecida em contrato, podendo ser realizada através de troca de cartas, telegramas, fac-símile, prevendo a solução de controvérsias por arbitragem², *in verbis*:

Art. 4º - A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato.

§1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.”

Assim, não resta dúvida sobre a possibilidade de previsão de cláusula compromissória no corpo do termo de posse do administrador, que confirma a nomeação do mesmo para a função estabelecida no estatuto social.

Da Arbitrabilidade Do Litígio Entre Sociedade E Administradores

No que tange à questão da arbitrabilidade do litígio em tela, qual seja, responsabilidade civil do administrador, cabe a análise dos requisitos legais.

² Carmona, Carlos Alberto – *Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei nº 9.307/96*, 2ª ed. Atlas Jurídico, 2004, São Paulo, p. 35

Sobre o tema, dispõe a Lei 9.307/96:

“art. 1º - As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

A) Capacidade Para Contratar:

A primeira exigência da lei é a capacidade para contratar, que pode ser resumida na aptidão de assumir obrigações e direitos. Destarte, os incapazes, assim definidos no artigo 3º do Código Civil, não podem contratar ainda que representados ou assistidos.

Também existem restrições à capacidade de contratar aos relativamente incapazes, assim definidos no artigo 4º do Código Civil, podendo ser representados ou assistidos.

Ora, não pode ser vislumbrado qualquer razão para uma sociedade contratar um diretor incapaz ou relativamente incapaz. Ainda que o fosse, não seria permitido pela própria legislação comercial, que impossibilita tal nomeação. Nas palavras de Modesto Carvalho³:

“A diretoria será composta de duas ou mais pessoas físicas residentes no país, acionistas ou não (art. 146), que preencham os requisitos de capacidade exigidos pelo código civil ou por leis especiais.”

³Carvalho, Modesto – Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, Saraiva, 3ª edição, 2003

Assim, atendidos os requisitos legais de capacidade civil do administrador, poderá o mesmo celebrar cláusula compromissória.

B) Direito Patrimonial Disponível:

Além da exigência de capacidade para contratar, a lei de arbitragem estabelece que o litígio deve compreender direito patrimonial disponível. Isso significa que somente poderão ser objeto de arbitragem os direitos das partes que podem ser exercidos livremente, sem infringência a uma norma legal cogente.

Em suma, são disponíveis os direitos que a pessoa pode livremente dispor sem restrição legal.

Na caso em tela, está sob análise uma eventual disputa entre sociedade e diretor sobre responsabilidade civil decorrente de prejuízos causados ao patrimônio social.

É definição de direito patrimonial, segundo definição encontrada no Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva, Editora Forense, 18ª edição, Rio de Janeiro, 2001, p.276: ***“Desse modo, o direito patrimonial, em regra, deve ter por objetivo um bem, que esteja em comércio, ou que possa ser apropriado ou alienado. Os direitos pessoais, embora possam ser considerados economicamente, e se integrem, nestas condições, no patrimônio de alguém, por natureza, não são patrimoniais porque, em princípio, estão fora do comércio e se mostram inalienáveis. Mas, quando vêm integrando relações obrigacionais, identificam-se como direitos patrimoniais, tais como reais.”***

Ora, assume o diretor a obrigação de prestar seus serviços profissionais à sociedade anônima, sendo responsável, com seu patrimônio pessoal, em eventual verificação de má gestão.

Ora, o termo de posse nada mais é que a aceitação do administrador para que o mesmo possa ser empossado no cargo, assumindo a responsabilidade que lhe é imputável. Assim, a eventual arbitragem de litígio envolvendo responsabilização por má gestão de diretor, visa tão somente a reparação patrimonial da sociedade, ou seja, compensação monetária.

Dessa feita, trata-se de direito patrimonial disponível, constituindo possível objeto de arbitragem.

Assim sendo, uma vez entendido que as partes são capazes e que o objeto (compensação monetária por responsabilidade civil do diretor) constitui direito patrimonial disponível, resta comprovada a arbitrabilidade defendida.

CONCLUSÃO

O tema da aplicação da arbitragem as disputas envolvendo responsabilidade civil dos administradores e arbitragem, certamente, trará muitas discussões. Todavia, como visto nos argumentos acima esposados, resta demonstrado a possibilidade jurídica da utilização do meio arbitral para solucionar tais lides. Espera-se que cada vez mais, empresas listadas em bolsa ou não, comecem a utilizar o sistema arbitral como alternativa plenamente viável para a solução de seus conflitos societários.

Bibliografia

1. ASSIS, Olney Queiroz – **DIREITO SOCIETÁRIO**, Editora Damásio de Jesus, São Paulo;
2. CARMONA, Carlos Alberto – **ARBITRAGEM E PROCESSO – UM COMENTÁRIO À LEI Nº 9.307/96**, 2ª ed. Atlas Jurídico, 2004, São Paulo;
3. CARVALHOSA, Modesto – **COMENTÁRIOS À LEI DE SOCIEDADES ANÔNIMAS**, Saraiva, 3ª edição, 2003;
4. DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmem - **ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL**, Ed. Renovar, 2003
5. EISENBERG, Gary – **CASES AND MATERIALS ON CORPORATIONS**, Seventh Edition Unabridged, Foundation Press, New York.
6. HENN, Harry G. and ALEXANDER, John R. – **LAWS OF CORPORATIONS**, Third Edition, West Group, Minnesota
7. LOWENFELD, Andréas F. **INTERNATIONAL LITIGATION AND ARBITRATION**, American Casebook Series, West Publishing Company, St Paul, Minnesota.

8. WALD, Arnaldo – **REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

9. WEINTRAUB, Russel J. – **INTERNATIONAL LITIGATION AND ARBITRATION, PRACTICE AND PLANNING**, Fourth Edition, Carolina Academic Press, North Carolina.