# ARBITRAGEM SOCIETARIA ITALIANA: ANALISE COMPARATIVA SOBRE A ABRANGÊNCIA SUBJETIVA DA CLAUSULA COMPROMISSORIA E A NOMEAÇÂO DOS ARBITROS

*frALIAN CORPORATE ARBITRAT/ON: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE SUBJECTIVE SCOPE OF THE ARBITRAT/ON CLAUSE AND THE APPO/NTMENT OF ARBITRATORS*

Giovanni Bonato

## 1. Introdução

O presente estudo debruça-se sobre a arbitragem societária no sistema italiano a qual constitui uma forma especial de arbitragem voltada para dirimir os conflitos

societários e regida pelo Dec. Leg. 5, de 17.01.2003, promulgado em cumprimento à Lei 366, de 03.10.2001.[1]

1. Cumpre recordar, de maneira preambular, que ao lado das várias formas especiais de arbitragem o sistema italiano prevê um tipo de arbitragem de direito comum (destinada a resolver qualquer tipo de controvérsias e cuja regulamentação está contida nos arts. 806-840 do CPC, modificados pelo Dec. Leg. 40, de 02.02.2006). Além da arbitragem societária, entre as formas de arbitragem especial vale lembrar a arbitragem trabalhista, cuja disciplina está contida na Lei 183, de 04.11.2010, e a para as controvérsias em matéria de obras públicas, regida pelo Dec. Leg. 163, de 12.04.2006, modificado pelo Dec. Leg. 53, de 20.03.2010. Em sentido crítico sobre a tendência do legislador italiano de criar múltiplas formas de arbitragem especial, veja-se: Carpi, Federico. Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato. In: AA. VV. *Studi in onore di Carmine Punzi*. Turim: Giappichelli, 2008. vol. 1, p. 393 e ss., espec. p. 396.
Sobre a arbitragem societária italiana, v.: Biavati, Paolo. Il procedimento nell'arbitrato societario. *Rivista dell'Arbitrato*. p. 27 e ss. 2003; Biavati, Paolo; Zucconi Galli Fonseca, Elena. Arbitrato societario. In: Carpi, Federico (coord.). *Arbitrati speciali*. Bolonha: Zanichelli, 2008. p. 53 e ss.; Boccagna, Salvatore. Articoli 34-36. In: Benedettelli, Massimo; Consolo, Claudio; Brozolo, Luca Radicati di (coord.). *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*. Pádua: Cedam, 2010. p. 403 e ss.; Bonato, Giovanni. L'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri alla luce della riforma del diritto societario. In: Lanfranchi, Lucio; Carratta, Antonio (coord.). *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*. Turim: Giappichelli, 2005. p. 423 e ss.; Carpi, Federico. Profili dell'arbitrato in materia di società. *Rivista dell'Arbitrato*. p. 433 e ss. 2003; Corapi, Diego. A arbitragem no direito societário italiano. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 43. p. 285 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2014; Corrado, Carola. L'arbitrato commerciale. In: Punzi, Carmine. *Disegno sistematico dell'arbitrato*. 2. ed. Pádua: Cedam, 2012. vol. 3, p. 153 e ss.; Corsini, Filippo. L'arbitrato nella riforma del diritto societario. *Giurisprudenza Italiana*. p. 1287 e ss. 2003; Dalmotto, Eugenio. *L'arbitrato nelle società*. Bolonha: Zanichelli, 2013; LUISO, Francesco Paolo. Appunti sull'arbitrato societario. *Rivista di Diritto Processuale*. p. 705 e ss. 2003; Makant, Barbara; Queiroz, Samantha Longo. Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 3. p. 293 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2004; Punzi, Carmine. Op. cit., vol. 2, p. 681 e ss.; Ricci, Edoardo Flavio. Il nuovo arbitrato societario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. p. 517 e ss. 2003; Ruffini, Giuseppe. La riforma dell'arbitrato societario. *Corriere Giuridico*. p. 1524 e ss. 2003; Salvaneschi, Laura. L'arbitrato societario. In: Rubino Sammartano, Mauro (coord.). *Arbitrato, ADR, conciliazione*. Bolonha: Zanichelli, 2009. p. 202 e ss.; Sassani, Bruno; Gucciardi, Barbara. Arbitrato societario. *Digesto discipline privatistiche, sezione civile, aggiornamento*. Turim: UTET, 2007. vol. 1, p. 119 e ss.; Zucconi Galli Fonseca, Elena. La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. p. 948 e ss. 2003; _____. La compromettibilità delle impugnative di delibere. Modelli arbitrali e controversie societarie. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. p. 537 e ss. 2006; _____. Arbitrato societario: la Cassazione respinge la tesi del "doppio binario". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. p. 629 e ss. 2011.
Sobre o direito italiano da arbitragem, v.: Benedettelli, Massimo; Consolo, Claudio; Brozolo, Luca Radicati di (coord.). *Commentario breve al diritto...* cit.; Bernardini, Pietro.

Nos estritos limites deste trabalho, seria claramente impossível esgotar todas as tratativas a respeito da arbitragem societária.[2] Por consequência, tentando levar em conta o interesse dos juristas brasileiros, resolvemos lançar o foco sobre o tema do alcance subjetivo da cláusula compromissória estatutária e o da nomeação dos árbitros. Em relação a esse último ponto, trataremos das diferentes soluções encontradas para superar o impasse decorrente da participação de mais de duas partes em um procedimento arbitral.

Impende ressaltar, desde já, que uma investigação sobre o mencionado instituto italiano parece ser particularmente proveitosa em razão de algumas regras inovadoras, trazidas pelo legislador em 2003, e baseadas na premissa de que essa forma especial de arbitragem deve ser a lei do grupo societário[3] e, portanto, ser dotada da máxima abrangência a respeito dos sócios, em prol do seu fortalecimento e da sua efetividade.[4] Aliás, como veremos ao longo da nossa exposição, algumas regras italianas se aproximam do pensamento de uma parcela ilustre da doutrina brasileira e inspiraram a redação do art. 3.º (sobre a inserção da convenção de arbitragem no estatuto social de uma companhia) da Lei 13.129, de 26.05.2015, que altera a

*L'arbitrato nel commercio internazionale e negli investimenti internazionali*. 2. ed. Milão: Giuffré, 2008. passim; Bonato. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*. Nápoles: Jovene, 2012; . Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*. n. 43. p. 59 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2014; Bove, Mauro. *La giustizia privata*. Pádua: Cedam, 2009; Briguglio, Antonio; Capponi, Bruno. *Commentario alle riforme del processo civile*. 2. ed. Pádua: Cedam, 2009. vol. 3; Carpi, Federico (coord.). *Arbitrato*. 2. ed. Bolonha: Zanichelli, 2007; Cavallini, Cesare. *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*. Milão: Egea, 2009; La China, Sergio, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*. 4. ed. Milão: Giuffré, 2011; Me chini, Sergio (coord.). *La nuova disciplina dell'arbitrato*. Pádua: Cedam, 2010; Mandrioli, Crisanto; Carratta, Antonio. *Diritto processuale civile*. 23. ed. Turim: Giappichelli, 2014. vol. 3, p. 397 e ss.; Punzi, Carmine. Op. cit., vol. 1, 2 e 3; . *Il processo civile. Sistema e problematiche*. 2. ed. Turim: Giappichelli, 2010. vol. 3, p. 172 e ss.; Salvaneschi, Laura. *Arbitrato*. In: Chiarloni, Sergio (coord.). *Commentario del Codice di Procedura Civile, Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*. Bolonha: Zanichelli, 2014.

2. Sobre as vantagens decorrentes da utilização da arbitragem para dirimir conflitos societários e no mercado de capitais, ver: Vieira, Maíra de Mello; Benetti, Giovana Valentiniano; Veronese, Lígia Espolaor; Boscolo, Ana Teresa de Abreu Coutinho. Arbitragem nos conflitos societários, no mercado de capitais e a reforma do regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) da BM&Fbovespa. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 40. p. 193 e ss. São Paulo: Ed RT, 2014.
3. Ricci, Edoardo Flavio. Op. cit., p. 524.
4. Sobre a moderna tendência de favorecer o desenvolvimento da arbitragem na prática, veja-se: Bonato, Giovanni. Panorama da arbitragem... cit., p. 59 e ss.

Lei 9.307, de 23.09.1996, (Lei de Arbitragem), e a Lei 6.404, de 15.12.1976 (Lei das Sociedades por Ações).[5]

## 2. Arbitragem societária italiana em geral

Como já exposto, a arbitragem societária italiana constitui uma forma especial de arbitragem voltada para dirimir: as divergências entre os sócios e entre os sócios e a sociedade; as controvérsias oriundas de conflitos com os administradores, liquidantes e síndicos; as disputas sobre a validade das deliberações assembleares. Em particular, os arts. 34, 35 e 36 do mencionado Dec. Leg. 5/2003 ditam regras sobre diversos aspectos do instituto, tais como: a arbitrabilidade objetiva; a abrangência subjetiva da cláusula compromissória; a nomeação dos árbitros; a publicidade do pedido arbitral; a intervenção de terceiros no processo arbitral; o poder dos árbitros de decretar medidas cautelares.

Antes de começar com a abordagem das duas questões relativas à arbitragem societária e que serão objeto da nossa análise, cumpre frisar que, por expressa previsão do legislador, o recurso a essa forma especial da arbitragem é admitido apenas nas sociedades comerciais (de pessoas e de capitais) de pequenas e médias dimensões. Conforme o art. 34, parte 1, do Dec. Leg. 5/2003, as sociedades que participam do mercado de capitais, nos termos do art. 2.325-*bis* do CC, não têm acesso à arbitragem societária. Afirma-se que o motivo dessa exclusão seria a consideração de que os investidores que adquirem participações societárias no mercado dificilmente tomam ciência de ter optado pela via arbitral. Por essa razão, não estariam aptos a consentir adequadamente à utilização da via arbitral.[6] Aponta-se também que a extrema difusão do capital acionário poderia tornar muito difícil a utilização da arbitragem. Todavia, a nosso ver, nada deveria impedir a utilização da arbitra-

5. A respeito das alterações trazidas pela referida Lei 13.129, de 26.05.2015, veja-se: Wald, Arnoldo. A reforma da lei de arbitragem (uma primeira visão). *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 40. p. 17 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2014; Rocha, Caio Cesar Vieira; Salomão, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015; Marques, Claudia Lima; Lima, Clarissa Costa de. Anotação ao PLS 406, de 2013 sobre arbitragem. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 91. p. 407 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2014; Leporace, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias. Análise da proposta de nova regulamentação sob a ótica da lógica econômica e da política legislativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 40. p. 63 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2014; Almeida, Ricardo Ramalho; Leporace, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias: análise sob a ótica da lógica econômica, política legislativa e alguns problemas práticos. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 39. p. 67 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2013.

6. Nesse sentido, ver: Dalmotto, Eugenio. Op. cit., p. 67, que considera razoável a exclusão de utilização da arbitragem societária a respeito das sociedades abertas indicadas no art. 2.325-*bis* do CC.

gem societária em relação às sociedades abertas e nesse ponto filiamos-nos a acertada lição de destacados doutrinadores.[7]

Adicionalmente, vale recordar que, consoante o mais recente posicionamento da jurisprudência, as regras sobre a arbitragem societária são inderrogáveis: quando os sócios optarem pela via arbitral, inserindo uma cláusula compromissória estatutária numa sociedade de pequena ou média dimensão, não é possível escolher a aplicação de regras diferentes, como as disposições da arbitragem de direito comum contidas no Código de Processo Civil.[8]

## 3. Abrangência subjetiva da cláusula compromissória

A discussão sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória estatutária busca definir quais sócios ficam vinculados à arbitragem para dirimir os conflitos societários.

Como já foi dito, a ideia de fundo que inspirou o legislador na elaboração das regras sobre o alcance subjetivo da cláusula compromissória é aquela segundo a qual a arbitragem deve ser a lei do grupo societário: "*La clausola, quando esiste come regola del gruppo per il suo avvenuto inserimento nell'atto costitutivo o nello statuto, vincola anche coloro che non hanno concorso a formarla*".[9]

Partindo dessa premissa sistemática, o mencionado Decreto trouxe duas disposições de suma importância: (i) a cláusula vincula todos os sócios, inclusive aque-

7. Ver nesse sentido: Corapi, Diego. Op. cit., p. 292-293, o qual salienta que: "As dificuldades que poderia encontrar a aplicação da cláusula compromissória estatutária poderiam ser enfrentadas com normas específicas na regulamentação da Bolsa de Valores pela quotação destas sociedades". O Autor acrescenta que: "É paradoxal que esta regulamentação inderrogável, tão completa e respeitosa dos direitos dos sócios e dos terceiros não possa atualmente ser utilizada nas sociedades que mais precisariam dela". Na mesma linha crítica ver: Salvaneschi, Laura. L'arbitrato societario... cit., p. 201-202; Makant, Barbara; Queiroz, Samantha Longo. Op. cit., p. 302.
8. Nessa linha, veja-se o acórdão da Corte de Cassação italiana 24.867, de 09.12.2010. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. p. 629 e ss. 2011, e na mesma esteira o acórdão 15.892, de 20.07.2011. *Rivista di Diritto Processuale*. p. 770 e ss. 2012, que recusaram expressamente a chamada teoria do "duplo binário", ou seja, a da livre escolha entre a arbitragem especial e a arbitragem de direito comum para a solução das controvérsias societárias, reputando como imperativa a aplicação das regras da primeira forma de arbitragem. Para mais informações sobre esse ponto, veja-se Salvaneschi, Laura. *Arbitrato* cit., p. 453-454, nota 8.
9. Nesse sentido veja-se a lição de Ricci, Edoardo Flavio. Op. cit., p. 524; Boccagna, Salvatore. Art. 34. In: Benedettelli, Massimo; Consolo, Claudio; Brozolo, Luca Radicati di (coord.). *Commentario breve al diritto*... cit., p. 414; Corrado, Carola. Op. cit., p. 163.

les cuja qualidade de sócio é controvertida (art. 34, parte 3);[10] (ii) a sentença arbitral que vier a ser proferida em uma controvérsia societária será eficaz a respeito da sociedade e, por conseguinte, de todos os sócios (art. 35, parte 4).[11]

Da primeira das mencionadas disposições extrai-se que, além dos sócios originários, os novos sócios supervenientes (aqueles que vieram a adquirir as ações durante a vida da sociedade) estarão automaticamente vinculados pela cláusula compromissória, sem que seja necessária uma aprovação desta avença de maneira expressa e formal. Dito de outra forma, da aquisição da qualidade de sócio decorre automaticamente a sua vinculação à cláusula compromissória estatutária, reputando o legislador italiano suficiente uma aceitação tácita deste pacto.[12]

Impende frisar que a disposição (contida no art. 34, parte 3), que prevê a vinculação à cláusula do sócio cuja qualidade é controvertida, deve ser objeto de uma interpretação restritiva, sendo necessário fazer uma distinção entre fatos constitutivos da qualidade de sócio e fatos extintivos (recesso e exclusão da sociedade): a competência dos árbitros abarca apenas as lides em relação aos segundos fatos. Ao contrário, se os árbitros reconhecerem que a parte nunca adquiriu a qualidade de sócio (faltando um fato constitutivo da aquisição desta qualidade), eles deverão declinar a própria competência em razão do fundamento necessariamente consensual da opção pela arbitragem.[13] Forçoso é reconhecer que se a parte nunca adquiriu a qualidade de sócio, de forma alguma aceitou a convenção de arbitragem, nem mesmo de maneira tácita ou implícita. Como curial, conforme ao princípio constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional pública, tanto na Itália quanto no Brasil, a opção pela via arbitral pode ser unicamente voluntária e facultativa, decorrendo da livre escolha dos contendentes, sendo proibido ao legislador infraconstitucional impor às partes a arbitragem de maneira compulsória (arts. 5.º, XXXV, da CF do Brasil e 24 e 102 da Constituição da República italiana).[14]

10. O art. 34, parte 3, estabelece que: "La clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia".

11. O art. 35, parte 4, prevê que: "Le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società".

12. Dalmotto, Eugenio. Op. cit., p. 110; Luiso, Francesco Paolo. Op. cit., p. 712; Carpi, Federico. Profili dell'arbitrato... cit., p. 421; Ruffini, Giuseppe. Il nuovo arbitrato per le controversie societarie. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. p. 499 e ss. 2004; Punzi, Carmine. Op. cit., vol. 2, p. 682.

13. Nesse sentido, ver: Luiso, Francesco Paolo. Op. cit., p. 712; Salvaneschi, Laura. L'arbitrato societario... cit., p. 212; Sassani, Bruno; Gucciardi, Barbara. Op. cit., § 4; Ruffini, Giuseppe. Il nuovo arbitrato... cit., p. 516; Corrado, Carola. Op. cit., p. 164.

14. Ver nesse sentido: Corte Constitucional italiana, acordão 127, de 04.07.1977; Bonato, Giovanni. *La natura e gli effetti*... cit., p. 178 e ss.; . Panorama da arbitragem... cit., p. 75; Comoglio, Luigi Paolo. Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali. *Rivista di Diritto Processuale*. p. 318 e ss., espec. p. 370 e ss. 2000; Fazzalari, Elio, Contro l'arbitrato

Na mesma linha de ampla abrangência subjetiva da cláusula compromissória estatutária, cumpre recordar que a regra da aceitação tácita desta cláusula se aplica aos administradores, liquidantes e síndicos: quando eles aceitarem o encargo social, estarão automaticamente vinculados à cláusula compromissória a respeito das controvérsias que possam vir a surgir entre eles e a sociedade, desde que essas lides sejam contidas na convenção de arbitragem.[15]

Vale lembrar que uma parcela da doutrina italiana levantou algumas dúvidas de constitucionalidade sobre as regras sob enfoque, das quais é proposta uma interpretação corretiva e redutiva. Nessa esteira, há quem sustente que a vinculação dos sócios supervenientes à arbitragem deveria ser condicionada à inserção da cláusula compromissória no negócio de aquisição da qualidade de sócio.[16] De maneira semelhante, há quem diga que a arbitragem seria de fato compulsória a respeito dos administradores, liquidante e síndicos, com consequente violação do princípio constitucional da voluntariedade da arbitragem.[17] Assim, propõe-se uma interpretação corretiva, outorgando aos órgãos sociais a possibilidade de recusar expressamente a cláusula compromissória, no momento de aceitação do encargo.[18] A nosso ver, os referidos ditames normativos sobre a aceitação tácita da convenção de arbitragem não levantam dúvidas fundadas de constitucionalidade, tendo em mente o fato de que quem quer ingressar na sociedade (os novos sócios) e quem quer assumir o encargo de administrador, síndico ou liquidante, têm o ônus de consultar o ato constitutivo da sociedade.[19]

obbligatorio. *Rivista dell'Arbitrato*. p. 211 e ss. 1993; Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 36; Boscolo, Ana Teresa de Abreu Coutinho; Benetti, Giovana Valentiniano, O consensualismo como fundamento da arbitragem e os impasses decorrentes do dissenso. *Revista de Direito Empresarial*. vol. 2. p. 303 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2014; Beraldo, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41 e ss.

15. O art. 34, parte 4, dispõe que: "*Gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro*". Sobre esse ponto ver: Restano, Federico. Brevi considerazioni sull'arbitrato societario quale strumento per la risoluzione delle controversie tra amministratori e società. *Giurisprudenza Italiana*. p. 1643 e ss. 2006.

16. Bove, Mauro. L'arbitrato nelle controversie... cit., p. 480.

17. Nessa linha, ver: Bove, Mauro. L'arbitrato nelle controversie... cit., p. 480; Ruffini, Giuseppe. Il nuovo arbitrato... cit., p. 517; Luiso, Francesco Paolo. Op. cit., p. 713; Carpi, Federico. Profili dell'arbitrato... cit., p. 417.

18. Corsini, Filippo. Op. cit., p. 1292.

19. No mesmo sentido, ver: Salvaneschi, Laura. L'arbitrato societario cit., p. 212; Dalmotto, Eugenio. Op. cit., p. 115 e ss.; Ricci, Edoardo Flavio. Op. cit., p. 534.

Cumpre ressaltar que na linha do *favor arbitral* no Brasil, apesar da falta de uma previsão normativa expressa sobre esse ponto, uma parcela importante da doutrina propugna a aplicação da regra da aceitação tácita da cláusula compromissória inserida no estatuto de uma sociedade (limitada e anônima) tanto em relação aos novos acionistas ingressantes na sociedade[20] quanto a respeito dos diretores estatutários, conselheiros de administração e fiscal.[21]

### 3.1 *Inserção e supressão da cláusula compromissória*

Igualmente no tocante da abrangência subjetiva da cláusula compromissória e com o intuito de favorecer a arbitragem, o legislador italiano trouxe uma importante disposição sobre a inclusão e a supressão da cláusula durante a vida da sociedade e assim resolveu, uma vez por todas, as discussões surgidas na doutrina antes do advento do Dec. Leg. 5/2003.[22]

20. Martins, Pedro Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 142 e ss.; Wald, Arnoldo. A arbitragem dos conflitos societários: considerações preliminares (I). *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 12. p. 27 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2007; Beraldo, Leonardo de Faria. Op. cit., p. 78, frisa que a "cláusula compromissória deve ser vista como regra orgânica da sociedade porque decidiu-se que a sua existência", portanto é "plenamente razoável exigir, do sócio ou acionista que adentrar em uma sociedade, seja como investidor ou não, que saiba das regras do jogo"; Müssnich, Francisco Antunes Maciel. A cláusula compromissória no direito societário. In: Rocha, Caio Cesar Vieira; Salomão, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 131, lembra que na mesma direção é o Enunciado 16 da I Jornada de Direito Comercial promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.
Todavia, em sentido contrário, veja-se a opinião de: Carvalhosa, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 2, p. 303, para quem o acionista deve, de forma expressa, manifestar inequivocamente a sua vontade pela escolha da via arbitral.

21. Nessa linha de raciocínio, ver: Martins, Pedro Batista. Op. cit., p. 131 e ss.; Aprigliano, Ricardo de Carvalho. Extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário. *Revista do Advogado*. ano 33. n. 119. p. 140 e ss., espec p. 150. São Paulo: AASP, abr. 2013, segundo o qual se os administradores "aceitam o encargo, se firmam o contrato para exercer tais funções, parece também inegável que o fazem aceitando o estatuto social em todos os seus termos"; o Autor acrescenta, com acerto, que para que "se admita a presunção de conhecimento e aceitação quanto aos termos do estatuto", é preciso que esse ou o "contrato social contenha cláusula compromissória que expressamente se refira aos administradores, conferindo-se à cláusula a abrangência subjetiva e objetiva necessárias".

22. Como bem resume: Guerrero, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 62, o debate sobre a inserção da cláusula compromissória no estatuto de uma sociedade já existente gira em torno da pergunta seguinte: "O que preva-

Pelo disposto do art. 34, parte 6, do mencionado Decreto é atualmente permitida a inserção e a exclusão da cláusula compromissória à maioria qualificada dos sócios (dois terços do capital social), concedendo, ao mesmo tempo, o direito de retirada aos sócios dissidentes ou ausentes a respeito da deliberação acerca da escolha da via arbitral.[23] Em outras palavras, quando uma maioria dos sócios, que representem pelo menos dois terços do capital social, decide inserir uma cláusula compromissória no estatuto ou suprimir uma convenção já existente, esta opção torna-se obrigatória para a sociedade toda e a totalidade dos sócios. Todavia, para afastar qualquer dúvida sobre a constitucionalidade desse dispositivo legal, o Decreto sob análise confere aos sócios minoritários (dissidentes ou ausentes na deliberação acerca da inclusão ou da supressão da cláusula compromissória) o direito de retirada que pode ser exercido no prazo de 90 dias; caso contrário, se os minoritários optarem por permanecer na sociedade, eles estarão vinculados automaticamente à cláusula. Vale frisar que a outorga do direito de retirada aos sócios dissidentes e ausentes decorre da inconstitucionalidade de qualquer forma de arbitragem obrigatória no ordenamento italiano, como já foi salientado nesse item: se os sócios ausentes ou contrários à inclusão da cláusula compromissória não tivessem o direito de recesso, a arbitragem seria obrigatória a respeito deles, com consequente violação do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional estatal.

Há de se recordar que o novo dispositivo, contudo, não encerrou todas as discussões na Itália sobre esse controvertido tema. Apesar da aparente clareza do dispositivo legal, restam, ainda, alguns questionamentos sobre o tema. Assim, há quem sustente que não é admissível inserir cláusula compromissória por maioria qualificada nas sociedades de pessoas (sociedade simples, sociedade em nome coletivo e sociedade em comandita simples), pois nessas entidades todas as modificações do estatuto deveriam sempre ser aprovadas por unanimidade dos sócios, tendo em mente a importância do *intuito personae*.[24] Por outro lado, dúvidas surgiram em relação às alterações de uma cláusula compromissória já existente, tais como: a mudança da regra de julgamento (de direito ou por equidade); a escolha do terceiro ao qual cabe nomear os árbitros; a ampliação ou redução das controvérsias submetidas à decisão dos árbitros; a modificação da instituição arbitral escolhida para

lecerá: a regra da maioria ou a disposição de que ninguém poderá ser obrigado a realizar arbitragem?".

23. Na sua redação em língua original, o art. 34, parte 6, manda que: "*Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso*".

24. Nessa linha: Corsini, Filippo. Op. cit., p. 1292; Sassani, Bruno; Gucciardi, Barbara. Op. cit., § 5. Em sentido contrário, veja-se Dalmotto, Eugenio. Op. cit., p. 86.

administrar o procedimento. A esse propósito, uma parte da doutrina destaca a necessidade que mesmo as modificações de uma cláusula compromissória sejam aprovadas por maioria qualificada e que, consequentemente, os sócios dissidentes e ausentes possam se valer do direito de retirada.[25]

No que toca ao alcance subjetivo da cláusula compromissória estatutária, uma solução parecida com a italiana está prevista na mencionada Lei brasileira 13.129, de 26.05.2015, que opta por incluir na Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações) o art. 136-A, cujo *caput* é redigido da maneira seguinte: "A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum do artigo 136, obriga a todos os acionistas da companhia, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações (art. 45)". O § 1.º deste artigo acrescenta que: "A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da ata da Assembleia-Geral que a aprovou". Todavia, há casos, relacionados no § 2.º do mesmo art. 136-A, em que o direito de recesso não será aplicável: "I – caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe; II – caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas *a* e *b* do inciso II do art. 137 desta Lei".

De modo (parcialmente) semelhante ao que ocorre na Itália[26] e acolhendo uma solução já propugnada por parte da doutrina brasileira,[27] agora no Brasil a maioria qualificada dos sócios poderá inserir uma cláusula compromissória vinculante para todos os sócios, podendo os minoritários dissidentes sair da sociedade exercendo o

25. Dalmotto, Eugenio. Op. cit., p. 88; Tribunal de Verona, 12.04.2005. *Giurisprudenza Italiana*. p. 1475 e ss. 2006. Em sentido contrário, veja-se: Salafia, Vincenzo. Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario. *Società*. p. 1459 e ss. 2014.

26. Weber, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. Rocha, Caio Cesar Vieira; Salomão, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1, espec. p. 13, destaca o fato de que o dispositivo brasileiro "tem por inspiração o direito italiano".

27. A solução da inserção da cláusula compromissória a maioria qualificada com direito de retirada aos sócios dissidentes foi propugnada de *lege ferenda* por: Guerrero, Luis Fernando. Op. cit., p. 65; Makant, Barbara; Queiroz, Samantha Longo. Op. cit., p. 300. Sobre esse aspecto, veja-se Vilela, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 205.

direito de retirada,[28] salvo os casos, indicados no § 2.º do novo art. 136-A da Lei 6.404/1976, nos quais este direito não será aplicável.[29]

Considerando o exposto, fica claro que o legislador italiano assim como o brasileiro decidiram recusar as demais possíveis soluções, conceituadas pelos estudiosos, no que tange a celebração da cláusula compromissória no curso da vida da sociedade, a saber: (i) a que considera sempre necessária uma deliberação unânime de todos os sócios;[30] (ii) a que visa à aplicação do princípio majoritário, sem requerer um quórum qualificado nem outorgando o direito de recesso aos sócios minoritários contrários à inclusão da cláusula;[31] (iii) a que limita a vinculação à cláusula apenas a respeito dos sócios que a aceitaram.[32]

Diante desse cenário, a referida parcial semelhança entre a previsão normativa italiana e a brasileira decorre do fato de que no Brasil a aplicação do direito de retirada é mais restrita do que na Itália.

Em primeiro lugar, no Brasil haverá algumas hipóteses em que o direito de retirada não poderá ser exercido, como nas companhias indicadas no § 2.º do art. 136-A mencionado acima.[33] Na Itália, não tinha razão de ser esta previsão de casos de exclusão do direito de recesso, pois ali a arbitragem societária não se aplica às sociedades abertas que participam do mercado de capitais (nos termos do art. 2.325-*bis* do CC).

28. Em sentido crítico com a solução da outorga do direito de retirada aos sócios dissidentes ver: Vieira, Maíra de Mello; Benetti, Giovana Valentiniano; Veronese, Lígia Espolaor; Boscolo, Ana Teresa de Abreu Coutinho. Op. cit., p. 204, as quais destacam que a opção pela arbitragem não cria nenhum prejuízo "ao direito do acionista de acesso à Justiça"; Müssnich, Francisco Antunes Maciel. Op. cit., p. 140.
29. Sobre esse ponto ver: Leporace, Guilherme. Op. cit., vol. 40, p. 63 e ss.
30. No direito brasileiro, sustenta essa solução Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, cit., p. 110-111: "Caso entretanto a cláusula não tenha sido introduzida no momento da constituição da companhia, somente com o voto de todos os acionistas poderá ser incluída no estatuto (...), eis que estará em jogo direito essencial do acionista".
31. No direito brasileiro, são defensores dessa perspectiva: Martins, Pedro A. Batista. Op. cit., p. 106 e ss.; Aprigliano, Ricardo de Carvalho. Op. cit., p. 148, o qual salienta que "a inclusão de cláusula compromissória, justamente em vista da sua natureza jurisdicional, não pode ser equiparada a um ato de abuso de poder de controle"; Beraldo, Leonardo de Faria. Op. cit., p. 79; Munhoz, Eduardo Secchi. A importância do sistema de solução de conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem. In: Yarshell, Flávio Luiz; Pereira, Guilherme Setoguti (coord.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 77 e ss., espec. p. 91; Vieira, Maíra de Mello; Benetti, Giovana Valentiniano; Veronese, Lígia Espolaor; Boscolo, Ana Teresa de Abreu Coutinho. Op. cit., p. 202.
32. Nesse sentido, ver: Guerrero, Luis Fernando. Op. cit., p. 65, com a opinião *de lege data*; Carvalhosa, Modesto. Op. cit., vol. 2, p. 303-328.
33. Ver Mussnich, Francisco Antunes Maciel. Op. cit., p. 150.

Em segundo lugar, o direito de retirada no Brasil é outorgado apenas aos sócios dissidentes, ao passo que na Itália também os sócios ausentes podem sair da sociedade em decorrência da inserção ou supressão da cláusula compromissória.

Em terceiro lugar, como já ficou exposto, na Itália as regras sobre a aprovação por maioria qualificada e o direito de retirada se aplicam não apenas a respeito da inclusão de uma nova cláusula compromissória, mas também da supressão de uma convenção já existente e, segundo uma parte da doutrina, da modificação deste pacto. Ao contrário, no Brasil, como já visto, o art. 136-A da Lei da S.A. refere-se unicamente a inclusão da convenção de arbitragem.[34] A inaplicabilidade do referido art. 136-A acerca da supressão de uma convenção de arbitragem pode suscitar algumas dúvidas decorrentes da igualdade entre processo judicial e a arbitragem. Sendo esses dois meios de solução de conflitos colocados ao mesmo nível, de acordo com a visão moderna do instituto da arbitragem,[35] a escolha pela tutela estatal e a pela tutela arbitral teria de ser encarada de maneira idêntica. Por conseguinte, no que tange às convenções estatutárias, tanto a opção pela arbitragem (por meio da inserção da convenção), quanto a exclusão desse meio (via a supressão de uma convenção existente), deveriam estar sujeitas à mesma regra da aprovação por maioria qualificada e conferir o direito de retirada. Com efeito, é possível que um sócio queira permanecer no grupo societário somente se os conflitos são solucionados pelos árbitros. De qualquer forma, a inaplicabilidade do direito de retirada em relação às simples modificações de uma convenção já existente parece ser a melhor solução, pois nessas hipóteses trata-se apenas de alterar as modalidades da opção

34. Sobre esse ponto ver Leporace, Guilherme. Op. cit., § 8: com base no art. 136-A, "não haverá quórum qualificado nem tampouco direito de retirada em deliberações sobre modificação dos termos de cláusula compromissória estatutária ou sua exclusão do estatuto. Em vista da impossibilidade de interpretação extensiva do art. 136-A, tais deliberações continuarão regidas pelas regras gerais dos arts. 125, 129 e 135 da Lei das S.A.".

35. É sabido que a vasta utilização da arbitragem levou destacados doutrinadores a preferir o emprego da fórmula "meio adequado (ou mais adequado) de solução de litígios" em vez da expressão tradicional "meios alternativos". Nessa linha, veja-se, notadamente, Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo* cit., p. 32; . A arbitragem como meio adequado de resolução de litígios. In: Grinover, Ada Pellegrini; Peluso, Antonio Cezar; Richa, Morgana de Almeida (coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 199 e ss.; . STJ, segurança pública e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 34. p. 97. São Paulo: Ed. RT, 2012. Sobre esse assunto, vale lembrar a lição de Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 54: "Na hodierna leitura dos meios alternativos de solução de conflitos, sua utilização também se insere no *acesso à justiça* ou acesso à ordem jurídica justa"; ver também Dinamarco, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

pela arbitragem: as modificações da convenção de arbitragem não têm incidência direta a respeito da escolha entre a jurisdição pública e a jurisdição arbitral.

Ademais, salienta-se que no Brasil para a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social é "necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto" (conforme o art. 136 da Lei da S.A), enquanto na Itália este quórum é mais alto, tal seja a maioria dos sócios que representem pelo menos dois terços do capital social.

Voltando agora à legislação italiana, vale lembrar que em decorrência da opção do legislador sobre o amplo alcance subjetivo da cláusula compromissória e consoante à ideia de que a arbitragem tem que ser a lei do grupo societário, o Dec. 5/2003 dispõe que a decisão dos árbitros vincula a sociedade (art. 35, parte 4) e, de reflexo, todos os sócios. Sem pretendermos aprofundar a discussão sobre a abrangência da coisa julgada no seio de uma sociedade e a respeito dos sócios, pois esta extravasaria o âmbito restrito deste trabalho, podemos apenas lembrar que à sentença arbitral se aplicará a regra prevista em relação às decisões dos juízes togados, ditada pelo art. 2.377, parte 7, do CC italiano: "A anulação da deliberação produz efeito em relação a todos os sócios (...)". Conforme a lição de um prestigiado doutrinador, a interpretação da lei italiana "leva à conclusão de que a coisa julgada atinente à sentença de improcedência do pedido continua sendo inoponível na demanda promovida por outro legitimado, quando lastreada no mesmo objeto litigioso. No entanto, a anulação do ato faz coisa julgada para todos".[36]

Esgotado o assunto sobre a cláusula compromissória, podemos abordar o segundo aspecto relevante da arbitragem societária italiana, qual seja o metodo de designação dos árbitros; tema, aliás, primordial em todas as arbitragens que envolvem uma pluralidade de partes.

36. Cruz e Tucci, José Rogério. Impugnação judicial da deliberação de assembleia societária e projeções da coisa julgada. In: Yarshell, Flávio Luiz; Pereira, Guilherme Setoguti (coord.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 461 e ss., espec. p. 469, com reflexões sobre o direito brasileiro e italiano. Sobre o tema veja-se também: Grinover, Ada Pellegrini. Notas. Ações concorrentes. Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato. In: Liebman, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. com novas notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 229; . Coisa julgada *erga omnes*, *secondum eventum litis* e *secundum probationem*. *Revista Forense*. vol. 380. n. 4 p. 6 e ss. Rio de Janeiro: Forense, 2005; França, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares. *Revista de Direito Mercantil*. vol. 134. p. 12 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2004; Zufelato, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 85 e ss.; Pereira, Guilherme Setoguti J. *Impugnação de deliberações de assembleia das S/A*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

## 4. Nomeação dos árbitros

Levando em conta a possível participação de uma pluralidade de partes na arbitragem societária, em razão da ampla abrangência subjetiva da cláusula compromissória e da admissibilidade da intervenção de terceiros,[37] o legislador italiano decidiu enfrentar diretamente uma das questões mais árduas e polêmicas da arbitragem multiparte: a nomeação dos árbitros. Assim, o art. 34, parte 2, do Dec. 5/2003 impõe, sob pena de nulidade da cláusula compromissória, que a nomeação dos árbitros seja feita por um "terceiro estranho à sociedade", a saber, por um sujeito que não tenha nenhuma ligação com a sociedade.[38] Cumpre frisar que o terceiro que nomeia os árbitros deve ser neutro tanto a respeito da controvérsia quanto em relação à sociedade.[39]

Diante desse quadro, forçoso é reconhecer que a referida solução acerca da designação dos árbitros é rápida e viável, mas ao mesmo tempo revela-se drástica: por um lado, assegura o desenvolvimento de uma arbitragem com pluralidade de partes, permitindo, ainda, a intervenção de terceiros no procedimento arbitral (art. 35, parte 2); todavia, por outro lado, suprime sempre e *a priori* uma das maiores vantagens da arbitragem, qual seja a escolha dos próprios julgadores feita pelos litigantes.[40]

37. O legislador da arbitragem societária ditou regras expressas sobre a intervenção de terceiros na arbitragem societária. Nos termos do art. 35, parte 2, é permitida intervenção voluntária dos terceiros "absolutos", assim chamados sendo eles estranhos à cláusula compromissória, e dos terceiros "imperfeitos" (vinculados à convenção de arbitragem). Ao invés, a intervenção provocada é admissível apenas a respeito dos terceiros imperfeitos. Essas modalidades interventivas são admitidas até a primeira audiência. Ir além dessa constatação nos desviaria dos objetivos traçados para este breve ensaio. Sobre a intervenção de terceiros na arbitragem italiana, ver: Gradi, Marco. L'intervento e la chiamata in causa dei terzi nel processo arbitrale. *Rivista dell'Arbitrato*. p. 291 e ss. 2010; Salvaneschi, Laura. *Arbitrato* cit., p. 492 e ss. Quanto a distinção entre terceiros absolutos e imperfeito ver na doutrina brasileira: Beraldo, Leonardo de Faria. Op. cit., p. 352; na doutrina francesa Mourre, Alexis. L'intervention des tiers à l'arbitrage. *Gazette du Palais*. p. 640 e ss. 03.05.2001.

38. O art. 34, parte 2, dispõe que: "*La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale*". Sobre esse aspecto da arbitragem societária, veja-se: Danovi, Filippo. Gli arbitri e la loro formazione. In: Rubino Sammartano, Mauro (coord.). *Arbitrato, ADR, conciliazione*. Bolonha: Zanichelli, 2009. p. 351 e ss.; Bonato, Giovanni. L'imparzialità e l'indipendenza... cit., p. 423 e ss.

39. Assim o terceiro que designa os árbitros poderia ser por exemplo: o presidente do Tribunal do lugar onde é fixada a sede da sociedade; o presidente de uma ordem profissional; o presidente de uma Câmara de comércio; o conselho arbitral de uma instituição de arbitragem. Nesse sentido, é a lição de Dalmotto, Eugenio. Op. cit., p. 174

40. A esse respeito: Punzi, Carmine. Op. cit., vol. 1, p. 579, que fala de "*drastica soluzione*".

Por causa disso, o mencionado art. 34, parte 2, do Dec. 5/2003 suscitou reações diferentes: alguns autores louvaram a solução trazida pelo legislador italiano;[41] ao passo que outros criticaram essa disposição;[42] houve, por fim, quem considerou a opção normativa sob enfoque o "menor mal".[43]

Para compreendermos os motivos que levaram o legislador italiano a adotar essa solução e avaliar os prós e os contras, é preciso abordar, em largas pinceladas, os princípios sobre a designação dos árbitros e os problemas inerentes à composição do painel quando a arbitragem envolve mais de duas partes.[44]

Acima de tudo, cumpre frisar que o procedimento arbitral, deve ser informado, não só pela imparcialidade e independência dos árbitros[45] e pelo livre convencimento deles, mas, também, pelos princípios do contraditório e do tratamento pari-

41. Dalmotto, Eugenio. Op. cit., p. 168; Salvaneschi, Laura. L'arbitrato societario cit., p. 215; Bove, Mauro. L'arbitrato nelle controversie... cit., p. 437 e ss.

42. Fonseca, Elena Zucconi Galli. La convenzione arbitrale... cit., p. 955 e ss.; . Art. 34. In: Carpi, Federico (coord.). *Arbitrati speciali*. Bolonha: Zanichelli, 2008. p. 97; Consolo, Claudio. Sul campo "dissodato" della compromettibilità per arbitri. *Rivista dell'Arbitrato*. n. 2. p. 241 e ss., espec. p. 254. 2003; Ruffini, Giuseppe. Il nuovo arbitrato... cit., p. 516 e ss.

43. Carpi, Federico. Profili dell'arbitrato... cit., p. 422; Luiso, Francesco Paolo. Op. cit., p. 715.

44. Os problemas levantados por uma arbitragem com pluralidade de partes foram objeto das reflexões de vários autores, ver: Andrioli, Virgilio. *Commento al Codice di procedura civile*. 3. ed. Nápoles: Jovene, 1964. vol. 4, p. 798 e ss.; Ruffini, Giuseppe. Il giudizio arbitrale con pluralità di parti. *Studi in onore di Luigi Montesano*. Pádua: Cedam, 1997. vol. 1, p. 688 e ss.; Salvaneschi, Laura. *L'arbitrato con pluralità di parti*. Padúa: Cedam, 1999; _____. L'arbitrato con pluralità di parti (una pluralità di problemi). *Rivista di Diritto Processuale*. p. 471 e ss. 2002; Caprasse, Olivier. A constituição do tribunal arbitral em arbitragem multiparte. *Revista Brasileira da Arbitragem*. p. 82 e ss., espec. p. 90 e ss. 2005; Hanotiau, Bernard. *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. The Hague: Kluwer Law International, 2006; Beraldo, Leonardo de Faria. Op. cit., p. 115.

45. A imparcialidade e independência do árbitro são reputadas ser valores consubstanciais do instituto da arbitragem. Corroboram essa afirmação, as pontuais considerações de Fazzalari, Elio, Etica dell'arbitrato. *Rivista dell'Arbitrato*. p. 1 e ss. 1992; . Ancora sull'imparzialità dell'arbitro. *Rivista dell'Arbitrato*. p. 1 e ss. 1998; Na mesma linha, veja-se também: Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo* cit., p. 239; Henry, Marc. *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*. Paris: LGDJ, 2001. p. 115; Clay, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001. p. 231 e ss.; La China, Sergio. Op. cit., p. 76, ressalta que a imparcialidade do árbitro é a "alma" da arbitragem. Vale frisar que no seu acordão de 16.03.1999, a Corte de Cassação francesa (publicado na *Revue de l'Arbitrage*, p. 308, 1999) afirmou que a independência e a imparcialidade dos árbitros são a própria "essência" da função arbitral. Na mesma linha: Corte de Apelação Paris, 28.11.2002. *Revue de l'Arbitrage*. p. 445 e ss. 2003.

tário das partes, como é estabelecido, de maneira expressa, na esmagadora maioria dos sistemas.[46]

O princípio da igualdade das partes impõe-se também a respeito da designação dos árbitros. Com efeito, a ampla liberdade que detêm as partes de escolher os próprios julgadores é limitada pela necessidade que elas possuam os mesmos poderes no que diz respeito à indicação dos membros do painel arbitral.[47] Este princípio do tratamento paritário está contido expressamente no art. 15, § 2.º, da Lei de Arbitragem espanhola 60/2003 nos termos do qual: "As partes poderão concordar livremente o procedimento para a designação dos árbitros, desde que não se viole o princípio de igualdade".[48] Embora não seja estabelecido de modo expresso e formal pelo Código de Processo Civil italiano, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em reconhecer a existência do princípio inderrogável da igualdade das partes no mecanismo da escolha dos árbitros.[49] De tudo isso decorre a invalidade de uma

46. Nessa linha cabe mencionar: o art. 21, § 2.º, da Lei de Arbitragem brasileira 9.307/1996, nos termos do qual deverão ser, "sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento"; o art. 816 *bis* do CPC italiano, ao teor do qual os árbitros devem zelar pela efetivação do princípio do contraditório, "concedendo às partes razoáveis e equivalentes possibilidade de defesa"; o art. 24 da Lei de Arbitragem espanhola 60, de 23.12.2003, segundo o qual as "partes serão tratadas com igualdade e a cada uma delas será dada suficiente oportunidade de fazer valer seus direitos"; o art. 1.699 do *Code Judiciare* belga que impõe o respeito do princípio de igualdade das partes e do contraditório no procedimento arbitral, apesar de qualquer convenção contrária das partes; o art. 182 da Lei Federal de Direito Internacional Privado da Suíça de 1987 que regula a arbitragem internacional; os arts. 1.464 e 1.510 do CPC francês. Como salientado por: Seraglini, Christophe; Ortscheidt, Jérôme. *Droit de l'arbitrage interne et international*. Paris: Montchrestien, 2013. p. 344, o princípio de igualdade das partes "irriga" todo o procedimento arbitral. Sobre esse ponto ver também: Loquin, Éric. À la recherche du principe d'égalité dans l'arbitrage commercial international. *Cahiers de l'arbitrage*. n. 2. p. 5 e ss. 2008.

47. A doutrina italiana esclareceu há vários anos que as regras de designação dos árbitros têm natureza de ordem pública, na medida em que as partes devem sempre respeitar as limitações impostas pela lei, ver: Andrioli, Virgilio. Op. cit. vol. 4, p. 798; Redenti, Enrico. Compromesso. *Novissimo Digesto italiano*. Turim: UTET, 1959. vol. 3, p. 786 e ss., espec., p. 803, nota 1.

48. Trata-se de livre tradução por nós feita do trecho seguinte: "*Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad*".

49. Ver: Bernardini, Piero. Arbitrato con pluralità di parti e designazione degli arbitri: uguaglianza delle parti e imparzialità degli arbitri. *Rivista dell'Arbitrato*. p. 101 e ss. 1992; Verde, Giovanni. Gli arbitri. In: Verde, Giovanni (coord.). *Diritto dell'arbitrato*. 3. ed. Turim: Giappichelli, 2005. p. 113 e ss., espec. p. 124; Salvaneschi, Laura. *L'arbitrato con pluralità*.. cit., p. 202; Punzi, Carmine. Op. cit., vol. 1, p. 565; Bonato, Giovanni. L'imparzialità e

convenção de arbitragem, assim como de qualquer avença sobre a modalidade de composição do painel arbitral, que "coloca uma das partes em posição privilegiada quanto à designação do árbitro ou dos árbitros",[50] pois nesse caso a parte teria a sensação de que ela detém o controle da arbitragem.[51]

Dito isso, o mencionado princípio da igualdade na escolha dos julgadores será respeitado em várias hipóteses: quando cada parte tiver nomeado um árbitro ou todas, de comum acordo, tiverem escolhido os membros do painel arbitral (método direto); quando um terceiro tiver indicado os árbitros (método indireto), dado que nesse caso nenhum contendente terá o direito de escolher os juízes privados.[52]

No que toca à arbitragem com pluralidade de partes, enquanto a utilização do método indireto de designação dos árbitros não suscita problemas (e por essa razão foi escolhido pelo Dec. Leg. 5/2003 sob análise), o método direto pode bloquear o desenvolvimento da arbitragem ou dar origem a uma sentença nula. Com efeito, na maioria das hipóteses, ao garantir o direito de cada parte de nomear um árbitro correríamos o elevado risco de criar um tribunal arbitral desequilibrado, ressalvado o caso da controvérsia trilateral em que todas as partes veiculam pretensões incompatíveis. Observa-se a esse propósito que numa arbitragem com três partes poderia ocorrer que os dois árbitros escolhidos pelos requeridos (com interesses idênticos, comuns ou apenas afins), acordem em declarar improcedente a demanda do requerente. Isso poderia acontecer, por exemplo, no caso do litisconsórcio alternativo

l'indipendenza... cit, p. 464 e ss. A esse respeito, ressaltou a Corte de Cassação italiana, na decisão de 29.11.1999, 13.306. *Repertorio Foro italiano*, 1999, voce *Arbitrato*, n. 134, que: "A participação de ambas as partes na nomeação dos árbitros satisfaz um valor insuprimível de garantia da imparcialidade de quem é chamado a solucionar uma controvérsia" ("*il concorso di entrambe le parti nella nomina degli arbitri soddisfa un insopprimibile valore di garanzia dell'imparzialità di chi è chiamato a risolvere una controversia*"). Sobre a importância do princípio de igualdade no mecanismo de designação pronunciou-se também a Corte Constitucional italiana no acórdão 33, de 06.02.1995. *Giurisprudenza costituzionale*. p. 315 e ss. 1995. Na doutrina brasileira, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo* cit., p. 296, destaca a exigência de que "as partes devem ter a mesma oportunidade de indicar árbitro". Por uma mesma perspectiva na doutrina francesa, veja-se: FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Bertold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: LexisNexis, 1996. § 792; SERAGLINI, Christophe; ORTSCHEIDT, Jérôme. Op. cit., p. 258.

50. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo* cit., p. 400, nota 92, lembrando a opinião de Marcel Storme.

51. Sobre esse aspecto ver: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Igualdade é assegurada às partes na composição do painel arbitral. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 15.01.2015.

52. Nesse sentido, ver: BERNARDINI, Piero. Op. cit., p. 101 e ss.; SALVANESCHI, Laura. *L'arbitrato con pluralità*... cit., p. 195-196.

passivo quando o autor inclui "dois ou mais réus em sua demanda, com o pedido de que a sentença se enderece a um ou outro conforme venha a resultar da instrução do processo e da convicção do juiz".[53] Ademais, o tribunal arbitral poderia ser composto de uma maneira desequilibrada quando a arbitragem envolver as partes da relação contratual e daquela subcontratual.[54] Por causa disso, parece que seria viável atribuir a cada parte o direito de escolher o árbitro unicamente quando houver um conflito trilateral entre partes portadoras de pretensões incompatíveis e de interesses conflitantes entre si, como quando estas alegam ser proprietárias do mesmo bem objeto do litígio.[55]

Diante desse cenário, com o propósito de resolver a questão em tela um prestigiado autor italiano propôs já há alguns anos a seguinte sugestão: deixar que cada parte designe um árbitro e introduzir um mecanismo de correção, ou seja, a integração do tribunal arbitral com um número de árbitros neutros (indicados por um terceiro) para impedir que os membros do tribunal escolhidos pelas partes possam alcançar autonomamente uma maioria.[56] Contudo, essa modalidade revela-se inviável quando as partes forem mais de três, pois a sua aplicação levaria à composição de tribunais arbitrais "pletóricos".[57]

Outra opção seria a de utilizar a cláusula binária, ainda que a arbitragem envolva mais de duas partes. Seguindo essa lógica, os requerentes e os requeridos deverão se aglomerar em dois polos e nomear um árbitro por cada lado, o terceiro árbitro será escolhido pelos dois membros do tribunal.[58] Salienta-se que a agregação de várias partes num mesmo polo não deve necessariamente decorrer de uma conver-

53. Assim para explicar o litisconsórcio alternativo: Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. 2, p. 370-371; _____ *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 457 e ss.

54. A esse propósito: Beraldo, Leonardo de Faria. Op. cit., p. 125, oferece o exemplo seguinte: "Em um contrato de empreitada entre *A* e *B* e um outro, de subempreitada, entre *B* e *C*. Caso *A* acredite que a obra está defeituosa, e decide acionar *B* e *C* em um processo arbitral, muito provavelmente *B* e *C* terão diversos (senão todos) interesses em comum".

55. Trata-se da hipótese de conflito entre sujeitos que pretendem ser titulares de um direito sobre o mesmo bem, ver: Consolo, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale*. Turim: Giappichelli, 2012. vol. 2, p. 351 e ss.; Menchini, Sergio, Pretendenti (Lite tra). *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*. Turim: UTET, 1996. vol. 18.

56. Nesse sentido veja-se: Andrioli, Virgilio. Op. cit., vol. 4, p. 793 e ss. Com base nesta sugestão, por exemplo: uma arbitragem com três partes deverá ter cinco árbitros, dentro dos quais dois *neutrales*; uma arbitragem com quatro partes deverá ter sete árbitros, dentro dos quais três *neutrales*.

57. Por essas observações ver: Salvaneschi, Laura. *L'arbitrato con pluralità*... cit., p. 185.

58. Uma solução semelhante e igualmente viável é quando todas as partes se acordam para designar todos os árbitros.

gência de interesses materiais sobre o julgamento da controvérsia, sendo suficiente uma aglomeração puramente processual, cuja única finalidade seja a indicação do árbitro em comum.[59] Todavia, esse mecanismo de nomeação traz consigo o problema da ausência de consenso num polo quanto à indicação de um árbitro.

Faltando a bipolarização da lide, três saídas são concebíveis: (i) na primeira delas, o juiz estatal (ou a instituição arbitral, se a arbitragem for institucional) indica apenas o árbitro do polo em que não há consenso; (ii) a segunda solução prevê, por sua vez, que todos os árbitros sejam nomeados pelo juiz estatal (ou pela instituição arbitral, se a arbitragem for institucional), embora um polo já tenha escolhido um árbitro; (iii) a terceira impõe a separação da arbitragem em vários procedimentos quantas são as partes.

A primeira modalidade é absolutamente minoritária.[60] Esta foi objeto de várias críticas[61] e foi recusada expressamente pela Corte de Cassação francesa no caso *Ducto*[62] e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no recente caso *Santander*.[63]

59. A esse propósito: Ricci, Gian Franco. Art. 816 quater. In: Carpi, Federico (coord.). *Arbitrati speciali*. Bolonha: Zanichelli, 200. p. 448, frisa que a aglomeração em dois polos tem que ser pelo menos ao nível processual ou seja com a finalidade de escolher o árbitro. Para Salveneschi, Laura. *Arbitrato* cit., p. 466, o que importa é que haja uma nomeação comum entre os membros do mesmo polo.

60. Essa solução era adotada na versão do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP vigente até 31.07.2013, cujo art. 2.5 mandava que: "Se qualquer das partes deixar de indicar árbitro no prazo estabelecido no item 2.2, o Presidente da Câmara fará a nomeação. Caber-lhe-á, igualmente, indicar, preferencialmente dentre os membros do Quadro de Árbitros da Câmara, o árbitro que funcionará como Presidente do Tribunal Arbitral, na falta de indicação". Uma parte da doutrina brasileira (Lemes, Selma Ferreira. Cour de Cassation. Ducto Construction *vs.* BKMI et Siemens (1992). Nota introdutória. *Revista Brasileira de Arbitragem*. n. 29. p. 210-211. 2011) sustenta que as instituições de arbitragem poderiam "optar por qualquer disposição (indicar todos os árbitros ou apenas do polo em que não há consenso)" e as partes, "à luz do princípio da autonomia da vontade", escolherão livremente a regra de nomeação que preferem.

61. A respeito da quebra do tratamento igualitário das partes que implica a primeira das mencionadas soluções, ver as críticas de: Cruz e Tucci, José Rogério. Igualdade é assegurada às partes... cit.

62. No caso *Ducto*, a Corte de cassação francesa, com acordão de 07.01.1992 (publicado no *Journal de Droit Internacional*. p. 707. 1992; na *Revue de l'Arbitrage*. p. 470. 1992), declarou que: as partes são titulares de um direito da igualdade na constituição do tribunal arbitral; tendo o princípio de igualdade das partes uma natureza pública, essas não podem renunciar validamente a esse direito na convenção de arbitragem, antes do surgimento do litígio. Sobre o tema: Caprasse, Olivier. Op. cit., p. 90 e ss.

63. No caso *Santander*, o juiz de primeiro grau do TJSP (processo 0002163-90.2013.8.26.0100, tramitado perante a 18.ª Vara Cível do Foro Central da comarca de São Paulo), em

A segunda opção permite preservar a igualdade das partes, com base na seguinte lógica: ou todas as partes têm direito de indicar um árbitro, agrupando-se em dois polos opostos; ou a cada parte é suprimida qualquer prerrogativa acerca da nomeação.[64] Como é sabido, essa solução é prevalente no cenário comparativo, é adotada em algumas leis nacionais e na maioria dos Regulamentos das instituições de arbitragem,[65] é considerada a opção mais viável pela corrente majoritária da doutrina.[66]

A terceira das referidas opções sobre a utilização da cláusula binária numa arbitragem multiparte é acolhida pelo art. 816 *quater* do CPC italiano (que regula a arbitragem de direito comum). Cumpre destacar que, apesar de respeitar a autonomia das partes, esta modalidade implica um alto custo para elas e pode provocar a

22.07.2013, anulou uma sentença arbitral por violação do princípio de isonomia das partes (arts. 21, § 2.°, e 32, VIII, da Lei de Arbitragem), pois o Presidente da Câmara da Arbitragem (CCBC) havia nomeado somente o árbitro dos requeridos, mantendo aquele escolhido pela requerente, e criando, por conseguinte, uma evidente quebra da igualdade das partes a respeito da designação dos membros do painel arbitral. Em segundo grau o Tribunal manteve a anulação da sentença arbitral, com acórdão proferido em 03.07.2014. Sobre esse processo, cf. as observações de: BERALDO, Leonardo de Faria. Op. cit., p. 122-123.

64. Como bem salienta sobre esse aspecto: MAZZONETTO, Nathalia. *Partes e terceiros na arbitragem*. Dissertação de Mestrado, São Paulo, USP, 2012, p. 50, nota 99: "Ora o direito é garantido a todos, ora é suprimido de todos, buscando, dessa forma, atender, igualmente, o corolário da paridade de tratamento".

65. Sem a pretensão de sermos exaustivos, lembramos, a título de exemplo, que a referida modalidade de designação é contida nos casos seguintes: o art. 1.453 do CPC francês (conforme a versão trazida pela reforma de 2011); o art. 15, (2), *b*, da Lei espanhola de Arbitragem 60/2003; o art. 12 do Regulamento de 2012 da Corte Internacional de Arbitragem (CCI) de Paris; o art. 15 do Regulamento da Câmara Arbitral de Milão de 2010; o art. 9.5 do Regulamento de 2014 do Procedimento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio para o Brasil-São Paulo (AMCHAM); o art. 30, § 2.°, do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem (atualizado ao dia 05.01.2015); art. 4.16 do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC) de 2012; art. 3.1 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP (em vigor a partir do dia 01.08.2013).

66. Nessa linha ver: CLAY, Thomas. L'appui du juge à l'arbitrage. *Cahiers de l'arbitrage*. p. 331 e ss. 2011; SERAGLINI, Christophe. Op. cit., p. 255; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Igualdade é assegurada às partes... cit.; BERALDO, Leonardo de Faria. Op. cit., p. 122, que concorda com as decisões proferidas pela Corte de Cassação francesa proferida no caso *Ducto* e pelo TJSP no caso *Santander*; MAGALHÃES, José Carlos de; VISCONTE, Debora. A nomeação de árbitros em arbitragens com mais de uma parte no mesmo polo processual. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). *Arbitragem. Temas contemporâneos*. São Paulo Quartier Latin, 2012. p. 283, destacam a importância de respeitar o princípio do paritário tratamento das partes.

prolação de decisões contraditórias, pois, na ausência de aglomeração em dois polos, impõe à criação de mais de um procedimento arbitral e várias sentenças arbitrais.[67] Adicionalmente, desponta particularmente evidente que, conforme regula o Código de Processo Civil italiano, versando numa hipótese de litisconsórcio necessário, a arbitragem não poderá prosseguir e deverá ser extinta sem julgamento de mérito, caso não sejam preenchidas as condições sobre a nomeação dos árbitros (acordo entre as partes quanto a escolha; aglomeração em dois polos; atribuição da indicação a um terceiro). Portanto, além de ser dispendiosa, nem serve para solucionar todos os casos de arbitragem multiparte.[68]

Diante desta complexidade provocada por uma arbitragem com pluralidade de partes, o legislador do Dec. 5/2003, como já foi dito, decidiu subtrair às partes qualquer poder de nomeação dos árbitros, atribuindo-o a um terceiro. Sem sombra de dúvida, esse tipo de mecanismo de nomeação assegura a rapidez da formação do tribunal arbitral e constitui a única maneira para permitir que um terceiro entre como parte no processo arbitral sem que isso provoque um transtorno no desenvolvimento do procedimento arbitral. Mas, suprime uma das maiores vantagens da opção pela via arbitral: a escolha dos próprios julgadores.[69]

Contudo, não é demasiado ressaltar que, a nosso ver, a melhor solução no tocante à arbitragem com pluralidade de partes seja aquela que, na falta de bipolarização voluntária, confia a nomeação dos árbitros ao juiz togado ou, se a arbitragem for institucional, a uma entidade arbitral. Frisa-se que essa opção respeita o princípio de isonomia das partes, permite, ao mesmo tempo, assegurar a eficácia da convenção de arbitragem e, adicionalmente, garante o desenvolvimento de um único

67. O art. 816 *quater* do CPC italiano foi introduzido pelo Dec. Leg. 40, de 02.02.2006. A respeito veja-se: Punzi, Carmine. Op. cit., vol. 1, p. 582; Salvaneschi, Laura. *Art. 816-quater*. In: Menchini, Sergio (coord.). *La nuova disciplina dell'arbitrato*. Pádua: Cedam, 2010. p. 235 e ss.

68. Salvaneschi, Laura. *Arbitrato* cit., p. 486, aponta algumas considerações críticas em relação à imposição da separação das causas em vários procedimentos arbitrais, pois desta solução decorre "um sobrecarregamento notável da lide que talvez tenha sido evitável" (livre tradução).

69. As vantagens da arbitragem são bem conhecidas: a escolha dos próprios julgadores; a competência dos árbitros; a confidencialidade da arbitragem; a celeridade e a flexibilidade do procedimento. Em relação às vantagens e inconvenientes da arbitragem, v.: Loquin, Éric. Arbitrage. Définition Nature juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et inconvénients. *JurisClasseur, Procédure civile*. fasc. 1005. Paris: LexisNexis, 2013. § 79 e ss.; Cahali, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 85 e ss.; Rosito, Francisco. Resolução de conflitos mediante jurisdição e arbitragem. In: Mitidiero, Daniel; Amaral, Guilherme Rizzo (coord.). *Processo civil. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 163 e ss., espec. p. 170.

processo arbitral rumo à prolação de uma decisão sobre o mérito da controvérsia em qualquer hipótese (incluído o litisconsórcio necessário), alcançando, consequentemente, o escopo da economia processual e da harmonia dos julgados.

## 5. Conclusões

Ao longo da nossa investigação, abordamos dois pontos salientes da arbitragem societária italiana que, aliás, nos levaram a tratar aspectos que vão além desta forma especial de arbitragem e que tocam também ao direito brasileiro.

No que tange à abrangência subjetiva da cláusula compromissória estatutária, as regras ditadas pelo legislador italiano merecem a nossa aprovação, na medida em que se colocam na linha do *favor arbitral* e solucionam a questão da constitucionalidade da arbitragem em relação da inclusão e da supressão da cláusula durante a vida da sociedade, outorgando o direito de retirada aos sócios ausentes ou contrários à opção pela via arbitral ou à escolha pelo processo estatal.

Diferente é a nossa opinião sobre a solução normativa a respeito da nomeação dos árbitros na arbitragem societária, conforme destacado no item precedente. Por um lado, a regra inderrogável da designação dos julgadores feita por um terceiro evita qualquer dificuldade decorrente do desenvolvimento da arbitragem com pluralidade de partes e permite o ingresso de terceiros no procedimento. Todavia, por outro lado, essa solução implica uma excessiva "processualização" da arbitragem e retira das partes a possibilidade de escolher os próprios juízes, com base na confiança e na sua competência. Provavelmente, teria sido melhor atribuir ao terceiro estranho à sociedade o poder de indicar os árbitros apenas de maneira subsidiaria, a saber, somente na ausência da bipolarização da lide ou de um acordo entre as partes sobre a escolha dos julgadores. Nesse passo teria sido mais oportuno limitar a intervenção de terceiros no processo arbitral antes da composição do tribunal, ou considerar que o ingresso voluntário do terceiro no feito implica, de maneira implí-cita, aceitação dos árbitros já indicados pelas partes originárias.