PANORAMA SOBRE A PREVISÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E DE MEDIAÇÃO NAS SOCIEDADES LIMITADAS

Overview of the adoption of arbitration and mediation in limited liability companies
Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 67/2020 | p. 215 - 240 | Out - Dez / 2020
DTR\2020\14760

Fábio A. Figueira
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Janeiro (UFRJ). Advogado.
ffigueira@ctadv.com.br

Daniel Ugo Rivera Theilkuhl
Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). LL.M. em Direito: Negócios na Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-RIO). Advogado. daniel.rivera@veirano.com.br

Área do Direito: Arbitragem; Societário
Resumo: A relevância das sociedades limitadas no âmbito empresarial no Brasil leva-nos à reflexão e à discussão sobre a utilização da arbitragem e da mediação como formas de solucionar os conflitos oriundos das relações envolvendo tal tipo societário. Nesse sentido, ao longo do presente artigo, buscamos demonstrar, com base na legislação brasileira aplicável, na doutrina e na jurisprudência, não somente a plena aplicabilidade da arbitragem e da mediação às sociedades limitadas, mas também comprovar a clara consonância de tais institutos com os anseios do ambiente empresarial e dos negócios por celeridade e eficiência.

Palavras-chave: Sociedades limitadas – Arbitragem societária – Contrato social – Cláusula compromissória – Mediação
Abstract: The relevance of the limited liability companies in the corporate market in Brazil leads us to the reflection and discussion about the adoption of arbitration and mediation as alternatives to resolve conflicts arising from relationships involving such corporate type. In this regard, in this article, we intend to demonstrate, based on the Brazilian applicable law, legal writings and case law, not only the full applicability of arbitration and mediation to limited liability companies, but also evidence the clear harmony between such institutes and the desires of the business environment for celerity and efficiency.

Keywords: Limited liability companies – Corporate arbitration – Articles of association – Arbitration clause – Mediation
Sumário:

1. Comentários iniciais - 2. Breves reflexões sobre as sociedades limitadas - 3. Elementos essenciais da arbitragem - 4. A adoção de cláusula compromissória em sociedades limitadas - 5. Momento da inclusão e extensão da cláusula compromissória nas sociedades limitadas - 6. A mediação nas sociedades limitadas - 7. Conclusão e sugestão para abordagem do tema

1. Comentários iniciais

O renomado professor Frank E. A. Sander[1], da Harvard Law School, foi o principal responsável pela criação do conceito de "sistema ou tribunal multiportas" que, em linhas gerais, busca inculcar a ideia de que para cada conflito existente haverá meios mais e/ou menos adequados para sua correta, justa e eficiente resolução, a depender de cada caso concreto – e o Poder Judiciário nem sempre será o caminho mais apropriado. Naturalmente, é um conceito que está em plena consonância com a ascensão dos chamados meios alternativos de resolução de conflitos e a busca incessante pelo acesso à justiça.

Dito isso, há de se ressaltar que, no mundo empresarial, as causas de natureza societária (inerentes à estrutura e à governança das sociedades), sobretudo, encaixam-se perfeitamente na ideia de um sistema multiportas. Nesse sentido, a ideia do presente artigo é a de enfatizar a utilização – e até mesmo a necessidade – de outros meios de resolução de conflitos, principalmente a arbitragem, em conflitos societários (sócio versus sócio, sócio versus sociedade, ou vice-versa) no âmbito das sociedades empresárias limitadas no Brasil. "Verifica-se no Direito Comparado uma utilização da via arbitral preponderantemente para a solução dos litígios em sociedades de caráter personalista, onde a figura do sócio é mais visível, prevalecendo sobre o caráter capitalista."[2]

São inegáveis e claras – tornando-se até mesmo repetitivo mencionar – as inúmeras vantagens que os meios alternativos como a mediação e a arbitragem trazem, em sua essência, para áreas do direito como o ramo empresarial. No Brasil é nítido que o Poder Judiciário, além de, muitas vezes, moroso, extremamente burocrático e desgastante para a relação entre sócios, não teria, em muitas circunstâncias, o nível de conhecimento específico ou experiência prática em conflitos (assuntos) empresariais e societários se comparado, por exemplo, a árbitros especialistas que, não raro, militam na área específica e que possuem o know-how do negócio para analisar não só o conflito em si, como também todas as possíveis implicações decorrentes de uma sentença favorável a uma ou outra parte[3]. Aqui está a essência da arbitragem no mundo societário: o grau de especialidade e eficiência dos julgadores e das partes envolvidas.

"A realidade impôs-se, mais uma vez, ao Direito. Se, por um lado, se sabe que a jurisdição estatal constitui um dos eixos centrais de um amplo e complexo sistema de solução de controvérsias, por outro, há um movimento paralelo voltado para a formação de outros microssistemas, embasados em leis substanciais e oriundos de uma necessidade prática da sociedade de tutelar direitos de determinada natureza, cujo objetivo é, ao fim e ao cabo, a sua própria e concreta efetivação."[4]

Antes de adentrarmos especificamente na utilização da arbitragem nas sociedades limitadas, é salutar definir e revisitar alguns conceitos básicos tanto das sociedades limitadas quanto do instituto da arbitragem dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

2. Breves reflexões sobre as sociedades limitadas

A sociedade limitada é a estrutura societária mais utilizada no Brasil. Uma grande vantagem desse tipo societário é justamente a limitação da responsabilidade de seus sócios aos respectivos aportes realizados no capital social da sociedade (sendo que todos são solidariamente responsáveis pela integralização do capital social)[5].

No que se refere ao conceito de sociedade empresária, nas palavras de Ricardo Negrão:

"Sociedade empresária é o contrato celebrado entre pessoas físicas ou jurídicas, ou somente entre pessoas físicas (art. 1.039), por meio do qual estas se obrigam reciprocamente a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços."[6]

Tomando como referência o conceito citado anteriormente, chama-nos a atenção a sua primeira parte, que se refere ao fato de a sociedade ser um contrato celebrado entre pessoas. Esse conceito de acordo (contrato) está presente há milênios em nossa história, tendo surgido nas primeiras associações entre os homens primitivos utilizadas para organizar a caça e a distribuição de alimentos para sua própria subsistência. É a ideia central de comunhão de esforços e habilidades para um fim comum, a qual se encontra positivada no art. 981[7] da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (LGL\2002\400) (Código Civil (LGL\2002\400)).

Transportando essa ideia para o mundo atual, a finalidade das sociedades – pelo menos daquelas consideradas como empresárias – passa a ser a busca pela realização de lucros

em razão dos esforços empreendidos em determinada atividade. De toda forma, o fim lucrativo não é a única característica das sociedades, estando ele aliado a outros três aspectos essenciais, quais sejam: (i) a personalidade jurídica: garantindo à sociedade a possibilidade de ser sujeito de direito, capaz de assumir e contrair obrigações; (ii) o patrimônio próprio: permitindo a segregação entre o patrimônio dos sócios e da própria sociedade; e (iii) atividade principal: que representa a atividade desenvolvida pela sociedade e, portanto, o mercado em que ela se insere[8].

Tais conceitos são essenciais para se entender a sociedade empresária limitada e, consequentemente, para posteriormente inserirmos a realidade das soluções alternativas de conflitos em sua realidade e dia a dia.

A sociedade limitada empresária nasce por meio da assinatura e do registro de seu instrumento de constituição e contrato social perante o Registro Mercantil competente. O contrato social de uma sociedade está para seus sócios assim como a Constituição Federal está para os cidadãos de um país, ou seja, é o documento principal responsável por determinar os termos e as condições que regerão a estrutura interna da sociedade (capital social, transferência de quotas, administração, forma de representação perante terceiros etc.).

Após a análise do conceito da sociedade em si, cabe deter-se rapidamente sobre a natureza do contrato social de uma sociedade, o qual, em última análise, é o documento que dá vida àquela sociedade. Enormes têm sido os debates ao longo dos anos a respeito da natureza contratual ou não contratual do ato constitutivo de uma sociedade. Atualmente, a maior parte da doutrina defende a natureza eminentemente contratual dos atos constitutivos das sociedades em geral, com a qual, adianta-se, os autores concordam. Veja-se a seguir.

Inicialmente, defendia-se a ideia de que os atos constitutivos da sociedade deveriam ser classificados como atos complexos ou atos de fundação, mas não como contratos em si. São exemplos de teorias classificadas como não contratualistas.

O problema principal na definição da sociedade como um ato complexo, por exemplo, reside no fato de que nesse as partes encontram-se motivadas por idêntico interesse. Por outro lado, nas sociedades, em um primeiro momento, as várias partes têm interesses antagônicos (cada sócio almeja obter o máximo retorno sobre a contribuição realizada) e, uma vez constituída a sociedade, passam os sócios a almejar uma finalidade comum[9], qual seja, o desenvolvimento da atividade-fim e a apuração de lucro pela sociedade.

Além disso, também não é passível de consideração a teoria do ato de fundação que valoriza o nascimento de uma pessoa jurídica decorrente da constituição da sociedade. Essa teoria leva em consideração um ato unilateral de vontades de fundação, mas parece-nos que, ao focar na fundação, naturalmente desconsidera os direitos e obrigações que surgem e se mantêm ao longo do tempo entre os sócios mesmo após a formação da nova pessoa jurídica – elemento essencial das sociedades.

Nesse sentido, Tulio Ascarelli, entre outros, defende a ideia de que existe, quando da constituição da sociedade, a celebração de um contrato. A natureza contratual da sociedade estaria até mesmo implicitamente reconhecida pela própria legislação ao estabelecer, por exemplo, os princípios e as regras da teoria geral dos contratos para a formação da própria sociedade, tais como capacidade e vícios. De toda forma, não é de toda infundada a corrente que defende uma visão não contratualista, já que o contrato de sociedade não se trata de um contrato tradicional, como concebido pela doutrina e pela legislação: aquele celebrado entre duas partes com finalidades opostas entre si (o sinalagma). É nesse momento que se destaca a ilustre doutrina de Tulio Ascarelli com a ideia do contrato plurilateral.

O conceito de contrato plurilateral consiste em se ter mais de duas partes com direitos e

obrigações individuais para com as demais. Reside aí a diferença do contrato plurilateral em relação aos contratos bilaterais e sinalagmáticos.

"Na sociedade, ao contrário, há a possibilidade de uma verdadeira pluralidade de partes: os cinco, dez ou cem sócios, que podem concorrer na constituição de uma sociedade, representam cinco, dez, cem partes, não havendo possibilidade de reagrupa-los em 'dois' grupos, em 'duas' partes."[10] (grifos nossos).

Além disso, há de se ressaltar que nas sociedades, como mencionado na passagem anterior, há diversas partes com interesses contrastantes – o que não permite a segregação em dois lados diferentes – mas que, por outro lado, possuem uma finalidade em comum, qual seja, a realização e o desenvolvimento do objeto/atividade da sociedade, visando à obtenção de lucro. Em um contrato plurilateral, ainda que sejam somente dois sócios, não há de se falar, em um primeiro momento, em posições antagônicas, e sim em interesses individuais convergentes em última análise.

O contrato bilateral tradicional é encerrado normalmente com o cumprimento das respectivas obrigações, já no contrato plurilateral o cumprimento das obrigações serve para fortalecer o contrato em si, isto é, quanto mais ele é cumprido mais ele se fortalece – é um contrato instrumental. A instrumentalidade do contrato de sociedade é reforçada pelo art. 1.001 do Código Civil (LGL\2002\400)[11], o qual estabelece que as obrigações sociais se iniciam com a assinatura do contrato e se encerram somente com a liquidação da sociedade e o devido encerramento das responsabilidades sociais. Em outras palavras, o contrato social é responsável por delimitar os deveres e as obrigações dos sócios que deverão ser observados diuturnamente para o regular funcionamento da sociedade.

Assim, a sociedade significa o contrato pelo qual duas ou mais partes se reúnem para atingir um fim econômico comum, obrigando-se a aportar recursos e visando obter um resultado em troca; e significa também a entidade que resultará desse contrato. Quando se fala da natureza jurídica do ato constitutivo não se fala da natureza da entidade em si.

Resta evidente, portanto, a natureza eminentemente contratual das sociedades em geral e, consequentemente, das sociedades limitadas empresárias.

"Da definição legal extraem-se três elementos essenciais ao contrato de sociedade (i) pluralidade de contratantes; (ii) contribuição dos integrantes para o exercício de atividade econômica; e (iii) coparticipação nos lucros e nas perdas. Há ainda um quarto elemento implícito no conceito, embora ausente na redação do dispositivo legal que se traduz na affectio societatis.

A pluralidade de contratantes decorre do próprio conceito de sociedade, a denotar reunião de pessoas para atingir fins comuns. Afirma-se que o ato constitutivo é plurilateral; ao contrário do contrato bilateral típico, no contrato plurilateral, além da possibilidade de participação de mais de duas pessoas, cada uma delas afigura-se titular de direitos e obrigações perante a sociedade, não já em relação às outras. As manifestações de vontade e as prestações assumidas visam à realização dos objetivos comuns e à repartição entre os contratantes dos resultados. (...)."[12]

Como se verá a seguir, essa característica contratual será de suma importância para reforçar a possibilidade de inserção de cláusulas de previsão de meios alternativos para a solução de conflitos, entre eles a arbitragem e a mediação, nos contratos sociais das limitadas.

3. Elementos essenciais da arbitragem

A arbitragem no Brasil está regulada principalmente pela Lei Federal 9.307, de 23 de setembro de 1996 (LGL\1996\72) (Lei de Arbitragem). Apesar de a natureza ou a conceituação do instituto da arbitragem não ser objeto principal de nossa análise no

presente artigo, há de se ressaltar que a arbitragem é um dos meios de solução de conflitos mais antigos – remontando à época romana – reconhecendo-se, ainda, que se trata de um instituto em franca evolução e utilização pela sociedade e pelo mundo empresarial como um todo. Nesse cenário, faz total sentido o pensamento do ilustre Carlos Alberto Carmona ao dizer que a arbitragem teria passado, nos dias de hoje, de um mero "meio alternativo" para o "meio adequado" de solução de controvérsias[13] do Direito Empresarial, em detrimento do próprio Poder Judiciário.

"[A arbitragem] Trata-se de um meio heterocompositivo de soluções de conflitos, alternativo (ou complementar) à via judiciária, caracterizado por quatro aspectos essenciais: (I) são as partes da controvérsia que escolhem livremente quem irá decidi-la, isto é, o árbitro, o qual deve utilizar, no desempenho da função que lhe é atribuída, princípios éticos, especialização técnica e domínio do ramo de atividade no qual tenha surgido a controvérsia para a qual foi chamado a decidir, com base em critérios legais e equitativos; (II) o conflito deve estar relacionado a direitos patrimoniais disponíveis; (III) a submissão voluntária decorre de uma convenção privada que não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal; e (IV) a decisão proferida assume a mesma eficácia de sentença judicial."[14]

Com base nessa definição, nota-se a natureza heterocompositiva da arbitragem justamente pelo fato de que o poder jurisdicional é conferido a um terceiro imparcial que decidirá pela resolução do conflito. Dita natureza serve, sobretudo, para diferenciar a arbitragem de outros meios alternativos de solução de conflitos, tais como a mediação ou a conciliação. A mediação e a conciliação são métodos autocompositivos, ou seja, situações nas quais o terceiro – mediador ou conciliador – não possui o poder "jurisdicional", mas apenas o papel de devolver às partes litigantes (ou pré-litigantes) a possibilidade do diálogo ou da negociação.

O item "II" da passagem supra está diretamente relacionado ao art. 1º da Lei de Arbitragem, o qual deixa claro que a arbitragem somente poderá ser utilizada para solucionar conflitos que estejam ligados a direitos patrimoniais e disponíveis. A "patrimonialidade" e a disponibilidade dos bens dão ensejo a infindáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais que não serão pormenorizadas neste artigo. De toda forma, o caráter patrimonial e a disponibilidade dos bens quando se trata de disputas societárias parecem bastante evidentes, como se verá mais adiante.

A instituição da arbitragem depende da manifestação da vontade de ambas as partes (ou mais) que se encontram em situações opostas no sentido de retirar o conflito da via normal do Poder Judiciário e levar sua solução a um árbitro ou um tribunal arbitral independente. Nesse sentido, fala-se que há a cláusula compromissória quando a escolha pela via arbitral se dá em momento anterior à verificação do conflito e, por outro lado, há o compromisso arbitral quando, uma vez verificado o conflito, as partes decidem que sua resolução se dará mediante instauração de um procedimento arbitral. Nos termos do art. 4º da Lei de Arbitragem, tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral são espécies do gênero convenção de arbitragem.

Por fim e talvez a característica mais importante da arbitragem, é a natureza de título executivo judicial que é conferida à sentença arbitral, nos termos do art. 515, inciso VII [15], da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (LGL\2015\1656) (Código de Processo Civil). Nesse sentido e conforme descrito no item "IV" da definição citada anteriormente, é isso que equipara a sentença arbitral a uma decisão judicial, impregnando-a com o poder jurisdicional. Cabe mencionar que o título executivo judicial – conceito em que se encaixa a sentença arbitral – permite que a parte interessada ingresse em juízo apenas para executar aquilo que já consta do referido título, ou seja, o Estado passa a ter o direito de intervir no patrimônio do devedor assegurando que o credor receba aquilo que lhe é devido[16].

Nas palavras de Luiz Antonio Scavone Junior,

"a arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis por meio do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral que constitui título executivo extrajudicial."[17]

4. A adoção de cláusula compromissória em sociedades limitadas

4.1. Aspectos gerais

Feitas essas considerações preliminares, destaque-se que o objetivo do presente artigo é analisar especificamente a aplicabilidade da arbitragem e da mediação como meios possíveis para a solução de conflitos na realidade das sociedades limitadas no Brasil. Para tanto, como não poderia ser diferente, devemos traçar um raciocínio lógico que nos levará, naturalmente, à conclusão deste artigo e da aplicabilidade ou não da arbitragem e as minúcias envolvidas nessa aplicação.

Como tratado brevemente, o art. 1º da Lei de Arbitragem, reproduzido a seguir para referência, exige dois requisitos mínimos, quais sejam, a capacidade civil dos contratantes e a existência de direitos patrimoniais e disponíveis em jogo.

"Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis." (grifos nossos).

Cabe, portanto, analisar como se inserem tais requisitos na lógica do direito societário e, em especial, na realidade das sociedades limitadas. A começar pela capacidade das partes, é evidente que tal requisito é superado de pronto pela própria legislação societária que, ao mencionar o exercício da atividade empresária, exige que as pessoas estejam em pleno gozo de sua capacidade civil e que não estejam legalmente impedidas para tanto[18]-[19].

Além disso, o Código Civil (LGL\2002\400) se preocupa em bem definir e regular como se dará a representação de incapazes na vida societária. Entendemos que, dessa forma, o Código Civil (LGL\2002\400) está em consonância com a Lei de Arbitragem ao exigir dos empresários certos requisitos de capacidade civil para que possam definir a vida das sociedades e decidir, entre outros assuntos, pela instauração ou não de uma arbitragem.

Avançando no assunto, chega-se, quiçá, ao ponto mais sensível de debate quando se trata de arbitragem geral: direitos patrimoniais disponíveis. De antemão, cabe ressaltar que, em relação ao direito societário, entendemos que não haveria maiores discussões a serem travadas, isso porque a essência do direito societário é o seu caráter patrimonial e disponível, ou seja, passível de transação.

Para fins de definição, considera-se patrimonial um direito que seja passível de mensuração econômica, ou seja, que decorra de relações obrigacionais. Por outro lado, é disponível aquele direito que seja passível de transação e/ou negociação – como a própria nomenclatura deixa transparecer, um direito do qual o indivíduo possa dispor como bem entender[20]. Nesse sentido, notamos uma série de direitos que já estariam excluídos das categorias anterior por serem direitos não patrimoniais e indisponíveis, como é o caso dos direitos da personalidade (honra, imagem, vida etc.).

Com base no descrito supra e considerando os direitos envolvidos nas relações societárias, entende-se que não há qualquer óbice à possibilidade de se ter na arbitragem uma alternativa para dirimir os conflitos oriundos dessas relações complexas. Nada mais patrimonial e disponível do que a própria condição de sócio e todos os direitos e obrigações decorrentes de tal posição. Ultrapassado esse ponto preliminar, faz-se mister aprofundar a possibilidade da inclusão de cláusula compromissória no contrato social de uma sociedade limitada.

4.2. Argumentos favoráveis à aplicabilidade da cláusula compromissória nas sociedades limitadas

Nesse sentido, há de se ressaltar que não há previsão expressa no sentido de se permitir a cláusula compromissória no contrato social de uma sociedade. De toda forma, utilizaremos basicamente três argumentos principais para defender que é plenamente cabível a inserção de tal cláusula no contrato social, quais sejam: (i) a existência da arbitragem como meio de solução de conflitos (contando com um marco legal próprio); (ii) a natureza eminentemente contratual das sociedades limitadas; e (iii) a possibilidade de aplicação subsidiária da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (LGL\1976\12) (LSA).

Como é sabido, no Brasil, a arbitragem conta com um marco legal próprio desde 1996, quando se institui a Lei de Arbitragem. Nesse sentido, a Lei de Arbitragem estabelece, em seu art. 4º, que "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" (grifos nossos).

Ora, considerando-se que o contrato social das sociedades, como já anteriormente destacado, trata-se de um contrato plurilateral, faz sentido que as partes contratantes (sócios) tenham a possibilidade de nele incluir a cláusula compromissória para dirimir as controvérsias que possam surgir em relação a esse contrato[21]. Tal inclusão, parece-nos que teria pleno respaldo na própria Lei de Arbitragem, como destacado no parágrafo acima.

Note-se, no entanto, que a discussão sobre a abrangência da cláusula compromissória prevista em contrato social merece atenção especial e análise detida, já que é passível de discussão quais seriam as relações oriundas de um contrato social – documento responsável por determinar a estrutura organizacional e operacional da sociedade (sócio versus sócio, sócio versus sociedade, sociedade versus administradores etc.).

Ainda no que se refere ao argumento contratual, há de se citar o próprio Código Civil (LGL\2002\400) – arcabouço jurídico das sociedades e das sociedades empresárias limitadas – que traz em seu seio o princípio da livre disposição contratual. Em linhas gerais, tal princípio está aliado aos próprios princípios da livre-iniciativa[22] e da autonomia privada[23], consagrados pela Constituição Federal (CRFB/1988) e pelo Código Civil (LGL\2002\400), por meio dos quais é possível que, respeitados os requisitos mínimos para a constituição de uma sociedade limitada, os bons costumes e a ordem pública, os sócios de uma sociedade possam acordar e dispor livremente sobre os termos e as condições que serão aplicáveis à estrutura social específica.

A construção do princípio da livre disposição contratual nas sociedades limitadas passa por uma interpretação sistemática do Código Civil (LGL\2002\400). Em primeiro lugar citamos o art. 54, V, o qual estabelece que o estatuto das associações deverá conter o modo de constituição e o funcionamento de tais entidades. Apesar de o referido artigo aludir às associações especificamente, ele é aplicável às sociedades em razão do disposto no art. 44, § 2º[24], do Código Civil (LGL\2002\400).

Além disso, deve-se chamar a atenção, em especial, para a segunda parte do caput do art. 997 do Código Civil (LGL\2002\400): "a sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: (...)".

O art. 997, parcialmente reproduzido anteriormente, tem como principal objetivo estipular os requisitos e as cláusulas mínimas que devem constar do contrato social da sociedade. No entanto, é importante atentar para as passagens destacadas no parágrafo acima – "contrato escrito" e "além de cláusulas estipuladas pelas partes". Aqui reside a principal fonte e argumento para reforçar, não somente a natureza contratual da sociedade, como também a existência do princípio da livre disposição contratual das partes. O dispositivo confere às partes ampla liberdade para estipular e acordar sobre cláusulas adicionais àquelas que devem ser obrigatoriamente incluídas no contrato social[25].

Nesse sentido, fica nítido que, considerando o disposto no Código Civil (LGL\2002\400) (ao conceder liberdade contratual aos sócios de uma sociedade) e os conceitos de arbitragem e cláusula compromissória emanados da Lei de Arbitragem, é plenamente possível a inclusão de uma cláusula compromissória no contrato social de uma sociedade limitada.

Entendemos que os argumentos apresentados até o momento seriam suficientes para defender que, apesar de a legislação societária brasileira não prever expressamente a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória nas sociedades limitadas, essa autorização está implicitamente presente na mesma legislação.

Somando-se ao exposto anteriormente, chegamos ao argumento que consideramos essencial e determinante para encerrar a discussão a respeito da possibilidade de inclusão da cláusula compromissória no contrato social: a alternativa pela aplicação supletiva da LSA às sociedades limitadas, conforme previsto no art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil (LGL\2002\400)[26].

Nas palavras de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

"Pode, contudo, o contrato, mediante estipulação expressa, invocar a aplicação da Lei das S.A., escolha que afasta a aplicação subsidiária das normas concernentes à sociedade simples. Neste último caso, estas somente se aplicarão quando também houver omissão quanto à matéria na Lei das S.A. ou quando a solução por ela apresentada se afigurar incompatível com a natureza das sociedades limitadas.

Ressalte-se que, mesmo na ausência de disposição contratual a respeito, as normas da Lei das S.A. poderão incidir caso se constate que o CC (LGL\2002\400) não apresenta solução para a matéria (...). Nesse caso, verificada a compatibilidade da previsão da Lei das S.A. com a natureza das sociedades limitadas, aplica-se esta por analogia, na forma prevista na LICC (LGL\1942\3) (art. 4º)."[27] (grifos nossos).

Como ressaltado na passagem supra, não se faz necessário, apesar de recomendável, que a regência supletiva esteja expressamente prevista no contrato social, bastando apenas que a norma específica da LSA que se pretende aplicar à sociedade limitada seja compatível com sua estrutura.

Nesse contexto, é interessante mencionar o posicionamento do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) quando se trata do assunto:

"5.3 Regência Supletiva da Lei 6.404, de 1976 (LGL\1976\12)

O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, conforme art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil (LGL\2002\400).

Para fins de registro na Junta Comercial, a regência supletiva:

I – poderá ser prevista de forma expressa; ou

II – presumir-se-á pela adoção de qualquer instituto próprio das sociedades anônimas, desde que compatível com a natureza da sociedade limitada, tais como:

a) quotas em tesouraria;

b) quotas preferenciais;

c) conselho de administração; e

d) conselho fiscal."[28] (grifos nossos)

Do ponto de vista prático, o posicionamento do DREI sobre o assunto é de suma importância, já que é o órgão responsável por emitir as diretrizes e guias de atuação das Juntas Comerciais, as quais, por sua vez, são responsáveis pela manutenção do registro das sociedades empresárias limitadas e de seus respectivos atos societários.

A grande questão é que, no caso das sociedades anônimas, diferentemente das sociedades limitadas, a LSA prevê expressamente em seu art. 109, § 3º, a possibilidade de inserção de uma cláusula compromissória no estatuto social da companhia: "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, caso os sócios de uma sociedade limitada decidissem por incluir a cláusula compromissória no contrato social, não só estariam respaldados pela liberdade contratual, como poderiam fazê-lo com base na aplicação subsidiária da LSA, uma vez que essa permite expressamente a opção pela arbitragem, mediante previsão de cláusula compromissória[29].

E diga-se mais: caso a sociedade não preveja expressamente a regência supletiva da LSA, entendemos que, ao prever a cláusula compromissória em seu contrato social, estaria indiretamente atraindo tal regência supletiva, nos termos do entendimento do DREI anteriormente mencionado. Nesse caso, a cláusula compromissória poderia ser entendida como um instituto próprio das sociedades anônimas, já que, no âmbito societário, a utilização da arbitragem é uma possibilidade prevista apenas para essa classe de sociedades.

5. Momento da inclusão e extensão da cláusula compromissória nas sociedades limitadas

Superada a questão acerca da possibilidade de inclusão da cláusula compromissória, cabe, agora, analisar as nuances e as implicações com relação ao momento em que tal cláusula é incluída. Como vimos, caso a inclusão se dê no momento da constituição da sociedade, não haveria, em tese, maiores problemas – por razões óbvias, a cláusula arbitral seria aplicável a todos os sócios fundadores[30], uma vez que para a constituição da sociedade limitada eles tiveram de, necessariamente, acordar sobre todas as cláusulas e termos de regência[31].

No entanto, o que ocorre nas situações de sócios ingressantes após a constituição de uma sociedade limitada que já conta com cláusula arbitral? E se, por outro lado, a referida cláusula for incluída posteriormente à constituição, mediante alteração ao contrato social, sem decisão unânime? Como ficaria a extensão subjetiva da cláusula arbitral?

Para fins de melhor ilustração e didática, considerando a aplicação subsidiária da LSA às sociedades limitadas, buscamos a seguir, guardadas as devidas medidas, utilizarmo-nos das discussões e dos posicionamentos já existentes no âmbito das sociedades anônimas a respeito da arbitrabilidade objetiva e subjetiva para aplicá-las às sociedades limitadas.

Ao responder à primeira pergunta elencada devemos ter claro que nesse caso específico o sócio ingressante está adentrando em uma sociedade cuja estrutura organizacional e operacional já está definida. Ou seja, se um sócio ingressa em uma sociedade que já conta com cláusula arbitral não há de se falar na possibilidade de ele vir a questionar a aplicação da referida cláusula.

Uma vez que o sócio ingressa na sociedade, assinando a alteração ao contrato social por meio da qual ele adquire, subscreve ou recebe suas respectivas quotas no capital social, consequentemente, concordará com todos os termos e as condições daquele contrato social, incluindo a cláusula compromissória, se existente[32].

É claro que existe, a depender da negociação e do caso concreto, a possibilidade de o novo sócio querer renegociar os termos e condições gerais do contrato social no

momento de sua entrada, quando, oportunamente, poder-se-ia discutir uma eventual exclusão da cláusula compromissória.

Nelson Eizirik resume categoricamente a situação supra para o caso das sociedades anônimas. Parece-nos que tal assertiva é igualmente aplicável à realidade das sociedades limitadas.

"Quando a cláusula compromissória estiver incluída no estatuto social na constituição da companhia, inequivocamente vincula todos os acionistas fundadores.

Os acionistas que posteriormente subscrevem ou adquirem ações da companhia também se vinculam à cláusula compromissória, que integra o elenco de direitos e deveres dos acionistas, na medida em que aderem a um contrato organizativo, em todas as suas cláusulas.

Ainda que não tenham considerado expressamente com a cláusula compromissória, ao subscrever, comprar ou receber ações, sob qualquer modalidade, estão tais acionistas praticando ato de ratificação do estatuto social e concordando tacitamente com os seus termos."[33] (grifos nossos).

Situação completamente diferente surge quando a cláusula compromissória é originada de uma alteração ao contrato social (ou seja, por decisão posterior à constituição da sociedade limitada), na qual a decisão pela inclusão da cláusula arbitral não é unânime (em caso de unanimidade, não há discussão, a cláusula vincularia a todos, da mesma forma que ocorre na constituição da sociedade).

No caso descrito anteriormente, há uma série de peculiaridades que devem ser levadas em consideração. Como não há dispositivo específico que trata da inclusão de cláusula arbitral nas sociedades limitadas, para esse propósito específico, aplicar-se-á o quórum geral para fins de alteração ao contrato social, qual seja o de, no mínimo, 3/4 do capital social, nos termos do art. 1.076, II, c/c o art. 1.071, V, ambos do Código Civil (LGL\2002\400)[34].

Assim, temos de lidar com situações nas quais o sócio ou o conjunto de sócios representando 1/4 ou menos do capital da sociedade não concorda(m) com a inserção da cláusula compromissória. Nesse caso, entendemos ser bastante defensável a aplicação da máxima do princípio majoritário nas sociedades limitadas, regra que se encontra positivada no art. 1.072, § 5º, do Código Civil (LGL\2002\400): "as deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato, vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes."

Ou seja, com base no dispositivo acima, ainda que eventuais sócios (ausentes ou dissidentes) não tivessem concordado formal e expressamente com a cláusula arbitral, pelo princípio majoritário, estariam, de qualquer forma, vinculados e arvorados pela referida cláusula. Nesse sentido, parcela da crítica doutrinária ressalta que, no caso específico da cláusula compromissória, tal princípio não seria aplicável, já que a mesma Lei de Arbitragem exige a manifestação de vontade de todas as partes para submissão e eventuais litígios à arbitragem. Não concordamos com tal visão pelas razões a seguir expostas.

É importante chamar a atenção para o fato de que o assunto referente à aplicação da cláusula arbitral não se encerra para os minoritários com a deliberação que aprovou tal inclusão com o quórum qualificado. Isso porque, o Código Civil (LGL\2002\400) garante ao sócio que divergiu no caso de modificação do contrato social, o direito de se retirar da sociedade dentro dos 30 (trinta) dias seguintes à reunião de sócios (art. 1.077 do Código Civil (LGL\2002\400)[35]) que deliberou pela modificação em questão. No caso do efetivo exercício do direito de recesso por parte do sócio, haverá a consequente liquidação de sua quota na forma do contrato social anteriormente vigente e, no caso de o contrato social ser silente, aplicam-se os termos do art. 1.031 do Código Civil (LGL\2002\400)

sobre apuração de haveres.

Nota-se, inclusive, que a possibilidade do exercício do direito de recesso em virtude de inserção de cláusula compromissória nas sociedades limitadas existia antes mesmo de sua previsão para as sociedades anônimas. Isso porque o Código Civil (LGL\2002\400), desde 2002, prevê a cláusula geral de direito de recesso para os casos de alteração ao contrato social, enquanto a LSA somente passou a conferir o direito de recesso aos acionistas em caso de inclusão de cláusula arbitral em 2015, por meio da Lei 13.129, que incluiu o art. 136-A[36] na LSA.

Apesar de o artigo fazer referência apenas aos sócios dissidentes, a doutrina majoritária entende que tal expressão seria extensível tanto aos sócios que efetivamente votaram desfavoravelmente quanto àqueles ausentes[37] à reunião[38]. A contrario sensu, como requisito para o exercício do direito de retirada, bastaria que o sócio não tivesse manifestado seu voto favorável a qualquer das deliberações previstas pelo art. 1.077 do Código Civil (LGL\2002\400).

Assim, ao sócio que divergiu da inclusão de cláusula arbitral na sociedade limitada – seja por ausência à reunião ou por expressa discordância na votação específica – resta a opção de se retirar da sociedade dentro do prazo de 30 (trinta) dias, conforme descrito anteriormente.

Cabe mencionar que ao sócio não lhe é obrigado concordar ou aprovar todos os assuntos levados à deliberação na sociedade, por isso existe a previsão do direito de recesso como um instrumento que possibilita o sócio de se retirar de uma estrutura com a qual não está mais confortável – aplicação reversa do princípio da livre associação. Naturalmente, uma ou outra deliberação será mais significante, no sentido de ser capaz de transfigurar a estrutura de uma sociedade ao ponto de não ser mais interessante para determinado sócio seguir fazendo parte da sociedade.

Do outro lado da moeda, tampouco vemos como solução a ideia de que uma decisão unânime seria a única saída para a aplicação geral e irrestrita da cláusula arbitral, pois, dessa forma, seria nítida a subversão do princípio majoritário, matriz do direito societário.

Dessa maneira, caso o sócio não exerça o seu direito de recesso dentro do prazo legal, será considerado para todos os fins de direito como se tivesse consentido com a deliberação pela inclusão da cláusula arbitral no contrato social, aplicando-se o disposto no art. 1.072, § 5º, do Código Civil (LGL\2002\400), já mencionado[39]. A oposição de caráter momentâneo ou pontual deve conformar-se com a vontade majoritária ou passageira, isto é, o sócio que, mesmo inconformado com a decisão tomada, permanece inerte, não exercendo o direito de recesso, está tacitamente se sujeitando à vontade da maioria[40]. Nessa situação, não vemos razão para contestar a manifestação de vontade, mesmo que tácita, no sentido da escolha pela via arbitral.

Traçando-se um paralelo com o não exercício do direito de recesso previsto na LSA, Rodrigo Tellechea assevera:

"o acionista não pode se aproveitar da própria torpeza. Na hipótese, sua inação tem efeito jurídico dúplice: (i) abdicar do direito de se retirar da companhia, mediante recebimento do reembolso do valor de suas ações; (ii) sujeitá-lo aos efeitos da cláusula compromissória estatutária. A conduta omissiva quanto ao exercício do direito de recesso delineia um descomprometimento funcional do seu titular com a posição jurídica ativa que o ordenamento jurídico lhe garante, mesmo que se trate de prerrogativa constitucional (art. 5, inc. XXXV, da CF (LGL\1988\3)), cuja materialização também deve estar alinhada com os padrões mínimos de lealdade, de boa fé e seus desdobramentos (i.e. nemo auditor propriam turpiyudinem allegans), que compõem a ordem legal (mesmo que não positivada) do Direito Societário."[41] (grifos nossos).

Ademais, cabe atentar-se para o conteúdo específico da deliberação da qual estamos

tratando: a inserção de cláusula arbitral em contrato social. A previsão da arbitragem como método de composição de conflitos oriundos do contrato social de uma sociedade não nos parece algo passível de discussão quanto a eventuais implicações negativas, muito pelo contrário, é nítido que a arbitragem é algo extremamente benéfico à realidade societária.

Em linhas gerais, a decisão pela via arbitral em uma sociedade limitada, embora possa ser de interesse pessoal do sócio majoritário ou de alguns sócios, está, também, perfeitamente alinhada com o interesse social da própria sociedade.

"Especificamente quanto aos litígios societários, a arbitragem pode propiciar a permanência da harmonia nas relações entre os sócios, em virtude de ser um meio de solução de controvérsias reconhecidamente menos litigioso que a jurisdição estatal. Com efeito, a arbitragem guarda um elemento cooperativo, o que auxilia a conservação de outras relações jurídicas não controversas existentes entre as partes."[42] (grifos nossos).

Em consonância com a ilustre passagem de Nelson Eizirik supra, verifica-se que a arbitragem não só se apresenta como uma alternativa benéfica à própria sociedade e à relação entre seus sócios, como também um instrumento fiel ao princípio da preservação da empresa e das atividades econômicas por ela desenvolvidas. O processo arbitral, como já ressaltado, preocupa-se, por óbvio, com a decisão final e, principalmente, com as implicações e efeitos colaterais de uma sentença arbitral. Analisa-se o direito diretamente envolvido no conflito, mas também todos os direitos de eventuais terceiros que orbitam a sociedade e seus sócios e que poderiam se ver indiretamente afetados pela decisão final.

Aprofundando-nos um pouco no assunto, pode-se discutir também a extensão da cláusula arbitral às partes integrantes de uma sociedade limitada. Nesse sentido, utilizando-nos novamente da aplicação subsidiária e analógica da LSA à realidade das sociedades limitadas, não há dúvidas de que, no mínimo, ela poderia ser utilizada para conflitos entre os sócios e a sociedade e entre os próprios sócios da sociedade (neste último caso, desde que as divergências guardem relação com suas respectivas condições de sócios da sociedade).

Não somente para conflitos deve ser utilizada a arbitragem, ela também é uma alternativa válida e plenamente aplicável para conduzir processos de certa forma rotineiros na vida cotidiana de uma sociedade limitada, mas que, se levados ao Poder Judiciário, poderiam levar anos e anos até serem concluídos, comprometendo a própria sobrevivência da sociedade. A título de exemplo, cita-se a decisão por exclusão de sócio, resolução em relação a um sócio e apuração de haveres, por exemplo. Esses são exemplos de temas que podem ser brevemente definidos por meio de arbitragem, agilizando a definição da situação dos sócios envolvidos e, consequentemente, da sociedade.

Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça extremamente didática e esclarecedora a respeito da utilização da arbitragem em disputas societárias, em especial, em processo de dissolução com apuração de haveres:

"Recurso especial. Ação de dissolução parcial de sociedade cumulada com apuração de haveres em virtude da morte de sócio e ausência de affectio societatis entre o sócio remanescente e os sucessores da participação societária. Estabelecimento, no contrato social, de cláusula compromissória arbitral. 1. Alegação de impossibilidade de se arbitrar direitos indisponíveis (direito à sucessão). Insubsistência. Questão exclusivamente societária, passível de ser submetida à arbitragem. 2. Cláusula compromissória arbitral inserta no contrato social por ocasião da constituição da sociedade. Pretensão de dissolução parcial da sociedade. Repercussão direta no pacto social. Verificação. Competência do juízo arbitral. Reconhecimento. 3. Extensão subjetiva dos efeitos do compromisso arbitral. Vinculação da sociedade, dos sócios, atuais e futuros, assim como dos sucessores da participação societária, até que ingressem na sociedade na condição

de sócio ou até que efetivem, em definitivo, a exclusão de sua quota social. 4. Recurso especial improvido.

1. A ação de dissolução (parcial) de sociedade tem por propósito dirimir o conflito de interesses existente entre os sucessores do sócio falecido que não desejam ingressar na sociedade ou do sócio remanescente, em sociedade de pessoas, que, por alguma razão, objetiva obstar o ingresso dos sucessores do sócio falecido na sociedade. Diz respeito aos interesses dos sócios remanescentes; dos sucessores do falecido, que podem ou não ingressar na sociedade na condição de sócio; e, principalmente da sociedade. Os direitos e interesses, nessa seara, discutidos, ainda que adquiridos por sucessão, são exclusivamente societários e, como tal, disponíveis por natureza. Não constitui, portanto, objeto da ação em comento o direito à sucessão da participação societária, de titularidade dos herdeiros, que se dá, naturalmente, no bojo de ação de inventário e partilha. A indisponibilidade do direito atrela-se a aspectos inerentes à personalidade de seu titular (no caso, do sócio falecido), do que, no caso, a toda evidência, não se cogita. 1.1 Os direitos e interesses discutidos na ação de dissolução parcial de sociedade são exclusivamente societários e, como tal, sujeitos à arbitralidade, de modo a não atrair a incidência do art. 1º, caput, da Lei n. 9.307/1996 (LGL\1996\72).

2. Estabeleceu-se, no contrato social da sociedade recorrida, cláusula compromissória arbitral, segundo a qual todos os conflitos afetos a questões societárias que repercutam essencialmente no pacto social, envolvendo os sócios entre si e entre estes e a sociedade, estão sujeitos à análise do Juízo arbitral. Encontram-se, assim, submetidos à arbitragem todos os conflitos de interesses que se relacionam com a própria existência da sociedade e, como tal, produzam reflexos na consecução dos objetos sociais, na administração da sociedade e na gestão de seus negócios, e, ainda, no equilíbrio e na estabilidade das relações societárias.

2.1 Sob o aspecto objeto, ressai clarividente que a matéria discutida no âmbito da ação de dissolução parcial de sociedade, destinada a definir, em última análise, a subsistência da pessoa jurídica e a composição do quadro societário, relaciona-se diretamente com o pacto social e, como tal, encontra-se abarcada pela cláusula compromissória arbitral.

3. A cláusula compromissória arbitral, inserta no contrato social por ocasião da constituição da sociedade, como in casu, ou posteriormente, respeitado o quórum legal para tanto, sujeita a sociedade e a todos os sócios, atuais e futuros, tenham estes concordado ou não com tal disposição, na medida em que a vinculação dos sócios ao conjunto de normas societárias (em especial, do contrato social) dá-se de modo unitário e preponderante sobre a vontade individual eventualmente dissonante.

3.1 Se ao sócio não é dado afastar-se das regras e disposições societárias, em especial, do contrato social, aos sucessores de sua participação societária, pela mesma razão, não é permitido delas se apartar, sob pena de se comprometer os fins sociais assentados no contrato e a vontade coletiva dos sócios, representada pelas deliberações da sociedade.

3.2 A condição de titular da participação societária do sócio falecido, ainda que não lhe confira, de imediato, a condição de sócio (já que poderá, inclusive, intentar a exclusão, em definitivo, desta, por meio da dissolução parcial da sociedade), não lhe confere margem de escolha para não seguir, como um todo, o conjunto de regras societárias (em especial, do contrato social), notadamente no tocante ao destino da participação societária sucedida, que, como visto, em tudo se relaciona com o pacto social.

4. Recurso especial improvido.” (STJ, REsp 1.727.979/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T. j. 12.06.2018 – grifos nossos).

Além disso, apesar de ser dos temas mais sensíveis, apoiando-nos na lição de Nelson Eizirik sobre o assunto, entendemos que a arbitragem poderia ser, inclusive, estendida a conflitos envolvendo os administradores da sociedade limitada entre si, bem como em face da própria sociedade e/ou seus sócios.

"Embora a Lei das S.A. mencione apenas as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre acionistas controladores e os minoritários, nada impede que o estatuto social relacione outros conflitos como passíveis de solução mediante a via arbitral. Assim, eventuais divergências entre integrantes do mesmo bloco de controle ou entre 2 (dois) grupos de acionistas minoritários, ou entre administradores e acionistas, ou entre o conselho de administração e o conselho fiscal, ou mesmo entre membros de um mesmo órgão de administração, desde que exista previsão expressa no estatuto, poderão ser objeto de arbitragem. O dispositivo legal deve ser interpretado tendo em vista o princípio favor arbitratis: se os acionistas decidiram submeter determinados litígios à arbitragem, mediante cláusula compromissória estatutária, tal vontade deve ser respeitada."[43] (grifos nossos).

A extensão da cláusula arbitral aos administradores parece-nos das assertivas mais corretas, visto que nas sociedades limitadas, assim como nas sociedades anônimas, o exercício do cargo e da função de administrador é a face mais aparente e evidente da atividade econômica. Os administradores são os verdadeiros executivos e representantes da sociedade, a ela ligados por um vínculo orgânico e devendo, portanto, respeitar, em sua atuação, os melhores interesses da sociedade.

"Com efeito, os administradores se ligam, umbilicalmente, à sociedade de tal modo que não lhes podem escapar os vínculos e a subordinação da disciplina societária e das regras máximas que compõem o estatuto social. A eles cabe zelar pelo correto funcionamento da companhia. De tal sorte que, ao aceitarem o encargo de administrador, estão, ipso facto, afirmando fiel obediência ao estatuto social e à lei. Estão, outrossim, integrando-se ao interior da empresa como membros de um órgão que é pura expressão da própria sociedade. Passam a ser uma única pessoa para fins orgânicos, mas com deveres e responsabilidades que lhes são próprios." [44] (grifos nossos).

"Frente a essa realidade, e do direito subjetivo que passam a ser titulares no âmbito do feixe das relações sociais, e, ainda, da incorporação orgânica que o cargo lhes reconhece, creio que os administradores de sociedade anônima restam alcançados pelos efeitos de uma cláusula compromissória estatutária, mesmo que a ela não tenham consentido formalmente, ressalvadas as peculiaridades do conteúdo de dita disposição estatutária."[45] (grifos nossos).

Com relação à extensão da cláusula arbitral aos conflitos envolvendo os administradores da sociedade, a princípio, a saída mais segura e recomendável, seria incluir expressamente na cláusula compromissória que esta abrangeria não somente os conflitos naturais de sócios e sociedade, como também os conflitos envolvendo a atuação dos administradores. Aqui traduz-se a ideia da inserção de uma cláusula compromissória cheia, ou seja, que detalhe um pouco mais quais serão os conflitos passíveis de submissão à arbitragem.

Quanto à expressa manifestação de vontade do administrador no sentido de aceitar a cláusula compromissória, entendemos que esse caso se assemelharia à situação do novo sócio ingressante. Seja assinando diretamente o contrato social quando de sua eleição ou, alternativamente, assinando o termo de posse (quando eleito em ato em separado), o administrador declara que irá cumprir fielmente a lei e o contrato social da sociedade e, consequentemente, concorda em se submeter aos termos e condições de tal contrato, aí incluindo-se o compromisso arbitral. Em outras palavras: a cláusula arbitral seria mais uma das obrigações e deveres a serem observadas pelo administrador no âmbito do exercício de suas funções.

6. A mediação nas sociedades limitadas

Em 26 de junho de 2015 foi promulgada a Lei 13.140 (Lei de Mediação), que instituiu as diretrizes básicas para o exercício da mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares. A mediação, diferentemente da arbitragem, é um método

autocompositivo, pois trata-se de levar a controvérsia a um terceiro imparcial sem poder decisório que atuará no sentido de auxiliar as partes a identificar ou a desenvolver soluções para o determinado conflito. Assim prevê o parágrafo único do art. 1º da Lei de Mediação[46].

Entendemos que, por todas as razões expostas ao longo do presente artigo no que se refere à possibilidade de inserção de cláusula compromissória no contrato social de uma sociedade limitada, não há de se falar em quaisquer restrições ou impedimentos à previsão da mediação no contrato social de uma sociedade limitada. Ora, se até mesmo a arbitragem, instituto mais rígido e estruturado, não encontra óbice, por que o deveria a mediação?

Além disso, qualquer restrição não nos parece factível quando se trata de mediação, a qual, como a própria lei estabelece, representa um meio de autocomposição – os próprios sócios da sociedade decidindo o destino da controvérsia entre eles. Na mediação, o terceiro imparcial não funciona como árbitro ou juiz que, ao final do dia, imporá uma decisão aos sócios, funcionando outrossim apenas como um guia que auxilia as partes em conflito a traçar um caminho melhor, mais eficiente e econômico para todas as partes. Nesse sentido a mediação é uma representação do ambiente societário em si mesma, já que busca valorizar a resolução de um conflito por meio da harmonização e da negociação entre os mesmos sócios[47].

7. Conclusão e sugestão para abordagem do tema

Ao observarmos a origem da palavra "sociedade" em sua acepção mais crua, deparamo-nos com alguns significados, conforme a seguir: (i) agrupamento de pessoas que vivem em estado gregário e em cooperação mútua; (ii) grupo de pessoas que, voluntariamente, vivem sob determinadas regras comuns; comunidade; (iii) relacionamento entre indivíduos que vivem em comunidade ou em grupo; convivência.

Como se nota, o núcleo de qualquer sociedade é o relacionamento entre seus integrantes e o caráter de cooperação que deve prevalecer. É claro, portanto, que os bens maior a serem valorizados e preservados em qualquer que seja a sociedade, aí incluídas as sociedades limitadas empresárias, são o relacionamento e a cooperação entre seus sócios. Afinal de contas, é com a cooperação e a comunhão de esforços entre os seus sócios que a sociedade limitada (e qualquer sociedade empresária) alcançará o seu objetivo maior.

É com base nessa realidade que devemos, utilizando-nos do conceito do sistema multiportas, perquirir os meios mais adequados para a solução das inevitáveis controvérsias que surgirão ao longo da vida de uma sociedade. Aqui o objetivo maior deve ser a preservação da sociedade (empresa) e da relação harmoniosa de seus sócios e, como exposto no presente artigo, surgem a arbitragem e a mediação como instrumentos adequados.

"Os métodos alternativos e, principalmente, a mediação tem como escopo preservar a relação entre os conflitantes ou pelo menos permitir que as partes, após a solução do conflito, continuem saudavelmente relacionadas.

Cumpre salientar que além da preservação dos relacionamentos, o custo, o tempo envolvido, bem como a confidencialidade tem contribuído para o incremento da escolha da mediação e da arbitragem como forma de solução."[48] (grifos nossos).

Nítido, também, que não basta a mera opção pela mediação ou pela arbitragem, sendo necessário que tais institutos sejam detalhados da forma mais profunda possível no contrato social da limitada. Isso de modo a evitar quaisquer questionamentos que possam vir a surgir justamente pela falta de permissão expressa por parte da legislação para aplicação de tais alternativas nas sociedades limitadas.

Como a arbitragem é um instituto mais formal, contando com procedimento mais rígido

se comparado à mediação, o ideal é que seja construída uma cláusula compromissória que estabeleça em detalhes o procedimento a ser seguido (ou fazendo referência ao regulamento de alguma câmara de arbitragem específica) e quais os conflitos que estarão sujeitos à arbitragem (por exemplo: conflitos entre sócios, entre sócios e a sociedade, entre administradores e sócios, entre administradores e a sociedade), bem como o procedimento que deverá ser adotado. Recomenda-se assim, a previsão de uma cláusula compromissória cheia.

No mais, entendemos que não há qualquer incompatibilidade na previsão tanto da mediação quanto da arbitragem como meios de solução dos conflitos societários, um não exclui o outro. Na realidade, essa possibilidade é, inclusive, traduzida mediante a adoção da chamada cláusula escalonada.

"A cláusula escalonada ou cláusula med-arb ou cláusula sequencial estabelece como forma de solução da controvérsia, etapas que devem ser cumpridas até que se culmine em uma decisão final, caso não se tenha obtido a composição nas etapas anteriores."[49]

Na sociedade limitada, portanto, parece-nos plenamente possível estabelecer uma cláusula que preveja que quaisquer conflitos deverão ser, em um primeiro momento, submetidos a um processo de mediação e que, caso não seja exitosa a mediação, na sequência, os conflitos sejam levados à via arbitral. Nesse caso, é importante que as partes estabeleçam um prazo máximo (razoável) para que os sócios possam tratar de resolver o conflito por meio da mediação. Caso fique a critério das partes, à época, definir quando se dará o insucesso da mediação, isso poderá ser um fator prejudicial à resolução dos conflitos, podendo ser utilizado como instrumento de barganha.

---

1 .GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes. 5th Ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

2 .EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. II. p. 167.

3 ."Especialmente com relação às demandas complexas, típicas de Direito Empresarial, e que exigem, em regra, soluções céleres e técnicas, fundadas em uma racionalidade econômica distinta e, por vezes, juridicamente inovadora, o processo jurisdicional clássico tem demonstrado baixíssima vocação e visíveis sinais de esgotamento." (TELLECHEA, Rodrigo. Arbitragem nas sociedades anônimas: direitos individuais e princípio majoritário. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 281).

4 .TELLECHEA, Rodrigo. Arbitragem nas sociedades anônimas: direitos individuais e princípio majoritário. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 281.

5 .Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

6 .NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e de direito societário. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1. p. 280.

7 .Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam

a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

8 .BORBA, José Edwaldo Tavares Borba. Direito societário. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 25.

9 .ASCARELLI, Tulio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 258.

10 .ASCARELLI, Tulio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 267.

11 .Art. 1.001. As obrigações dos sócios começam imediatamente com o contrato, se este não fixar outra data, e terminam quando, liquidada a sociedade, se extinguirem as responsabilidades sociais.

12 .TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. III. p. 39.

13 .CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

14 .TELLECHEA, Rodrigo. Arbitragem nas sociedades anônimas: direitos individuais e princípio majoritário. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 281-282.

15 .Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VII – a sentença arbitral.

16 .De acordo com o § 2º do art. 515 do Código de Processo Civil, no caso de sentença arbitral, "o devedor será citado em juízo para o cumprimento da sentença ou para liquidação no prazo de 15 (quinze) dias".

17 .SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 16.

18 .Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

19 .O Código Civil Brasileiro dedica um Capítulo inteiro (Livro II, Título I, Capítulo II – Da Capacidade) para tratar da capacidade dos empresários.

20 ."A disponibilidade do direito caracteriza-se pela suficiência da vontade do titular do patrimônio para dele dispor com exclusividade, pois nele não se mesclam outros interesses que não os dele próprio." (EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. II. p. 169).

21 .Diga-se mais: o art. 2º da Lei de Arbitragem determina que as partes poderão escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Fica evidente a liberdade que as partes possuem no momento da escolha pela arbitragem.

22 .Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. (grifos nossos).

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...). (grifos nossos).

23 .Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

24 .Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: (...).

§ 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código.

25 .“Permite-se aos sócios estabelecer todas as cláusulas necessárias ao funcionamento da sociedade, à realização de seu objeto e às relações internas.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. III. p. 72).

26 .Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima. (grifos nossos).

27 .TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. III. p. 156.

28 .Manual de Registro de Sociedade Limitada, Anexo IV à Instrução Normativa 81 do DREI, de 10 de junho de 2020.

29 .“Como às limitadas poderá ser aplicada, subsidiariamente, a Lei das Sociedades Anônimas (art. 1.053 do CC), nada obsta que o contrato social de uma sociedade limitada preveja a mesma possibilidade. Aliás, sequer haveria a necessidade de permissão expressa, motivo pelo qual admitimos, também, que as demais sociedades e até associações, tenham cláusula arbitral no seu ato constitutivo, até porque os arts. 54, V, e 997 do CC, de maneira geral, admitem que as partes livremente disponham sobre as condições que regerão as sociedades e associações.” (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 60).

30 .“(...) a cláusula inserida no contrato social desde o momento da constituição da sociedade, não pode ter aplicabilidade questionada com relação aos sócios participantes.” (CUKIER, Daniel Ber. A arbitragem aplicada ao direito societário. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 41, p. 225-241, abr.-jun. 2014.

31 ."(...) embora o Código Civil não seja expresso nesse sentido, ao contrário do que ocorre na Lei 6.404/1976, a necessidade de aprovação unânime dos atos constitutivos da sociedade limitada é incontestavelmente uma consequência lógica do sistema legal." (MUSSNICH, Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). A reforma da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 677).

32 ."Questão mais intrincada é a de saber se aqueles que ingressam na sociedade posteriormente ou adquirem ações serão obrigados à arbitragem previamente pactuada. Entendemos que sim, vez que os atosconstitutivos vinculam a todos, posto que estamos diante de lei interna que regula os direitos e obrigações dos sócios em suas relações e nas relações com terceiros." (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 60 – grifos nossos)

33 .EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. II. p. 169.

34 .Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato: (...) V – a modificação do contrato social.

Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061, as deliberações dos sócios serão tomadas: I – pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071 (...).

35 .Art. 1.077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.

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

37 ."Sócios divergentes serão todos aqueles que não tomaram parte na decisão, ou seja, que não contribuíram para a efetivação da alteração contratual. Ainda que a decisão tenha sido tomada em assembleia geral, não apenas os que discordarem expressamente, mas igualmente os ausentes e os que se abstiverem, todos poderão ser considerados dissidentes sendo esta inclusive a norma interpretativa constante do § 2º do art. 137 da Lei n. 6.404/76, que, por analogia, deve ser aplicada à sociedade limitada." (BORBA, José Edwaldo Tavares Borba. Direito societário. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 149).

38 ."É preciso dar significado amplo à expressão 'sócios dissidentes', para abranger tanto os presentes na reunião quanto os ausentes que, ao saber do conteúdo da deliberação, não concordaram com tal decisão e desejam sair da sociedade." (WALD, Arnoldo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV. p. 520).

39 ."Um dos princípios basilares do direito societário é o princípio majoritário, que, salvo previsão de quórum qualificado, possibilita a formação da vontade social a partir de

deliberação de representantes da maioria do capital social. É o meio jurídico que possibilita a formação de uma única e soberana vontade por uma pluralidade de pessoas, impondo-se a todos os sócios, até mesmo aos dissidentes. Foi com base nesta ideia imanente ao funcionamento das sociedades comerciais que o artigo 1.072, §5.º, expressamente traduziu este princípio. Ressalta o legislador que a vinculação de todos os sócios e da sociedade ocorre apenas quando o conteúdo das deliberações estiver em conformidade com a lei e o estipulado no contrato social. Esta observação decorre da possibilidade dos minoritários impugnarem judicialmente a deliberação, requerendo a sua anulação pelo não cumprimento dos preceitos legais ou contratuais aplicáveis." (WALD, Arnoldo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV. p. 493).

40 .MUSSNICH, 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. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 145.

41 .TELLECHEA, Rodrigo. Arbitragem nas sociedades anônimas: direitos individuais e princípio majoritário. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 479.

42 .EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. II. p. 166.

43 .EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. II. p. 167.

44 .MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no direito societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 136.

45 .MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no direito societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 139.

46 .Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

47 .Na mediação, um dos princípios é evitar o velho binômio ganhador e perdedor. O que se pretende, na medida do possível, é o jogo ganha/ganha, não o do ganha/perde tão comum nas lides processuais. Na prática forense tradicional, a depender da natureza da demanda judicial, que se tem com a perpetuação do litígio é algo ainda pior, é o perde/perde. REIS, Adacir. Mediação e Impactos Positivos para o Judiciário. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coords.). Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 228.

48 .PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A cláusula escalonada. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 289.

49 .PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A cláusula escalonada. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 291.