

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

EDINILSON DONISETE MACHADO

MAURINICE EVARISTO WENCESLAU

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Maurinice Evaristo Wenceslau; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-491-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Empresarial. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

O V Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Inovação, Direito e Sustentabilidade”, promoveu a quinta edição virtual dentro das inovações criadas pela Diretoria, com objetivo de dar continuidade das atividades de pesquisas da área, diante das grandes dificuldades enfrentadas nos últimos anos pela crise pandêmica.

No GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área do Direito Empresarial.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da inovação, Direito e sustentabilidade e suas implicações na ordem jurídica brasileira, na contemporaneidade.

O GT apresentou pesquisas e abordagem que contemplam a reflexão do cenário nacional, a saber:

A Escola Austríaca e a Função Empresarial; A Resolução Do Contencioso Societário Por Meio Da Arbitragem; Análise Da Carta Anual De 2021 Da Empresa Brasileira De Serviços Hospitalares (Ebserh) Em Relação Aos Objetivos Das Políticas Públicas Que Instruíram Sua Criação Como Empresa Pública; Antevsão De Norberto Bobbio Sobre Desafios Dos Direitos Humanos Frente Ao Informacionalismo Nas Relações Empresariais Da Atualidade; Capitalismo De Compadrio À Brasileira; Da Regulação Governamental A Autorregulação Por Instrumentos Societários; Direito Administrativo Sancionador – Punindo Duas Vezes Os Mesmos Fatos; Em Que Medida O Novo Entendimento Do Supremo Tribunal Federal Sobre O Funrural Interfere No Agronegócio E Nas Recuperações Judiciais; Manipulação De Preços E De Mercado: Desafios Regulatórios Diante De Novas Tecnologias; Medidas De Suspensão Do Pagamento De Cédulas De Crédito Bancário Durante Período De Crise Econômica; Mitigação Do Contrato De Fornecimento De Energia Elétrica Por Demanda Contratada De Potência Ativa, No Contexto Da Pandemia Do Covid-19. O Benchmarking E O Cenário Da Pandemia De Covid-19; O Pagamento Privilegiado No Regime Centralizado De Execuções Na Sociedade Anônima De Futebol: Perspectivas Em Prol Da Cidadania Empresarial; O

Processo Recuperacional E A Noção De Assimetria Informacional: A Figura Do Administrador Na Recuperação Judicial Das Sociedades Limitadas; Revogação Do Instituto Da Empresa Individual De Responsabilidade Limitada Pela Medida Provisória N. 1.085, De 2021; Sociedade Limitada: Da Unipessoalidade Temporária À Permanente; Submissão Dos Créditos Fiscais Ao Concurso De Credores No Processo De Recuperação Judicial À Luz Do Princípio Da Preservação Da Empresa;

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar para este momento, o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como o presente.

Florianópolis, junho de 2022

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Prof^a. Dr^a. Maurinice Evaristo Wenceslau

A RESOLUÇÃO DO CONTENCIOSO SOCIETÁRIO POR MEIO DA ARBITRAGEM

THE RESOLUTION OF CORPORATE LITIGATION THROUGH ARBITRATION

Daniela Arruda De Sousa Mohana ¹
Danilo Mohana Pinheiro Carvalho Lima ²
Flávio Vinícius Araujo Costa ³

Resumo

O presente trabalho tem por escopo analisar a resolutividade do conflito societário por meio da arbitragem e quais as vantagens no referido meio alternativo de resolução de conflito. Será abordado quais os tipos societários presentes no ordenamento jurídico brasileiro, para inicialmente estabelecer quais as empresas podem se sujeitar a arbitragem.

Palavras-chave: Arbitragem, Mediação, Conciliação, Conflito societário, Direito societário

Abstract/Resumen/Résumé

The scope of the present work is to analyze the resolution of the corporate conflict through arbitration and what are the advantages of this alternative means of conflict resolution. The types of companies present in the Brazilian legal system will be addressed, for the registration bulletin which companies may be subject to arbitration.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arbitration, Mediation, Conciliation, Corporate conflict, Corporate law

¹ Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa, Professora da Universidade CEUMA.

² Advogado, Professor da Graduação da Universidade CEUMA, Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais-UMSA, Mestrando em Direito pela Faculdade Autónoma de Direito de São Pulo-FADISP.

³ Mestrando em Direito pela FADISP-SP; Advogado; Procurador do Município de Paço do Lumiar, Professor da Universidade CEUMA.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar a resolutividade do conflito societário por meio da arbitragem e quais as vantagens no referido meio alternativo de resolução de conflito. Serão abordados os tipos societários presentes no ordenamento jurídico brasileiro para, inicialmente, estabelecer quais as empresas podem se sujeitar à arbitragem.

Não obstante, ao apresentar o instituto da arbitragem desde o seu surgimento, que hodiernamente tornou-se a “justiça privada”, serão apresentadas outras modalidades de resolução de conflito, como a conciliação em que há a presença de uma terceira pessoa que irá empregar técnica para aproximar os litigantes de forma mais proativa, ou seja, o conciliador age diretamente na construção de um acordo, assim como a mediação em que o mediador interfere menos nas soluções e privilegia a aproximação das partes.

Considerando o atual contexto de globalização, serão apresentadas outras modalidades alternativas de resolução de conflitos, tais como: a avaliação do terceiro neutro (early neutral evaluation – ENE), o mini julgamento (mini-trial), o juiz de aluguel (rent a judge) e o Med-arb (mediation-arbitration), que apesar de não constarem em no ordenamento jurídico brasileiro se mostram como instrumentos do sistema jurídico americano, que poderá ser introduzido em nesta sociedade, posteriormente.

O objetivo desta construção científica é buscar meios de introduzir nas sociedades empresariais a cláusula compromissória e apresentar sua eficácia perante todos os sócios/acionistas, bem como as vantagens que a arbitragem pode trazer para o conflito societário.

2. TIPOS DE EMPRESA

Antes de abordar sobre a possibilidade ou não da resolução do contencioso societário por meio da arbitragem, deve-se firmar quais as modalidades de empresas existentes, para posteriormente visualizar a sua aplicabilidade.

Na sociedade moderna, o direito societário brasileiro permite que a constituição de uma pessoa jurídica seja feita por um ou mais empresários, sócios ou acionistas, tendo por finalidade aferição de lucro ou não.

O Código Civil estabelece em seu art. 966 que o empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, fazendo ressalva em seu parágrafo único: “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Ressalta-se que os integrantes de uma sociedade seja ele sócio ou acionista, pode ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica, ao se unir para constituir uma empresa, esta se denomina “sociedade”, contudo, quando apenas um empresário a constitui, neste caso é denominado de “empresa individual”

Neste contexto, se faz necessário conhecer os tipos societários existentes em nossa legislação, visando pautar a possibilidade da resolução dos conflitos societários por meio da arbitragem.

O Microempreendedor Individual, também chamado de MEI, criado por meio da Lei Complementar nº 123/2006, com última alteração realizada por meio da Lei nº 182/2021, denominada de “Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte”, tem por objetivo tirar os pequenos empreendedores da informalidade, trazendo para esse nicho de empreendimento individual inúmeros benefícios como financiamento, aposentadoria, licença maternidade/paternidade, emissão de notas fiscais, redução do número de impostos, entre outros (BRASIL, Lei 182/2021)

O MEI é recomendado para quem está iniciando suas atividades empresariais, tendo em vista a facilidade para sua constituição, por esta se dá totalmente *on line*, no portal do Governo Federal. Outro atrativo e incentivo a ser considerado são os benefícios fiscais concedidos.

Por se tratar de uma empresa individual, esta não se enquadra em uma das hipóteses que permite a resolução do contencioso societário, uma vez que não existe a figura do sócio, mas apenas do empresário individual.

O Empresário Individual, denominado de EI, assim como o MEI é o dono do seu empreendimento, não sendo admitida a presença de sócios. Nesta modalidade, o nome empresarial deve ser o mesmo do dono, mas tal contexto não vincula ao nome de fantasia, pois este pode ser diferente.

O fato comumente observado na sociedade é que aos olhos do homem comum, não próximo do direito societário/empresarial, este entende que MEI e EI são tipos empresariais sinônimos, mas não o são. A diferença cinge-se em não haver restrição às atividades a serem exercidas pelo EI e na ausência de limite de faturamento anual. O que ocorre é uma subclassificação, com base no faturamento obtido por ano. Explica-se, será considerado como Microempresa (ME), se obtiver R\$ 360 mil ao ano como faturamento e será enquadrado como Empresa de Pequeno Porte (EPP), caso seu faturamento seja até 4,8 milhões (BRASIL, Lei 182/2021).

Apesar de não haver restrição quanto às atividades, tal contexto não alberga a prestação de serviço de profissões intelectuais, ou seja, de quem possui profissão regulamentada, como advogado, arquiteto e médico, estes deverão constituir uma Sociedade Simples- SS, o que será demonstrado posteriormente.

Neste prisma, por consistir um empresário individual, igual ao que ocorre com o Microempreendedor Individual, não há que se falar em conflito societário, face a ausência de sócios.

Já a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, conhecida pela sigla EIRELI, foi criada em 2011 pela Lei n.º 12.411, que introduziu o art. 980-A no Código Civil e estabelece: “A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.”

A EIRELI teve por finalidade extrair as melhores características do empresário individual e da sociedade limitada, tais como a limitação da responsabilidade e a existência de um empresário individual para explorar a atividade econômica.

Para constituir uma EIRELI, os seguintes requisitos deveriam ser preenchidos:

- Limita a responsabilidade do titular ao valor do capital social integralizado;
- Possui capital social mínimo equivalente a cem vezes o valor do salário-mínimo vigente à época da constituição;
- O nome empresarial pode ser de dois tipos: denominação ou firma, devendo constar a expressão “EIRELI” ao final;
- Cada pessoa natural poderá constituir apenas uma EIRELI (BRASIL, L.12411)

Conforme apontado no parágrafo anterior, o tempo verbal utilizado nesta pesquisa para demonstrar a forma de constituição de uma EIRELI fora no passado, uma vez que com o surgimento da Sociedade Limitada Unipessoal (SLU) a EIRELI fora extinta, por meio da Medida Provisória nº 1.040 de 23 de junho de 2021, conhecida como MP da “Modernização do ambiente de negócios no país”, e que posteriormente foi convertida na Lei 14.195/21, estabelecendo em seu art. 41:

Art. 41. As empresas individuais de responsabilidade limitada existentes na data da entrada em vigor desta Lei serão transformadas em sociedades limitadas unipessoais independentemente de qualquer alteração em seu ato constitutivo.

Parágrafo único. Ato do DREI disciplinará a transformação referida neste artigo.

A proposta apresentada pelo Governo Federal tem por objetivo modernizar e desburocratizar o ambiente de negócios no país, notadamente quando vislumbramos a nomenclatura constante no Capítulo IX da referida lei: “DA DESBUROCRATIZAÇÃO EMPRESARIAL”. Neste prisma, a proposta fora elevar a posição do Brasil no ranking Doing Business, do Banco Mundial (2021), que atualmente ocupa a 124ª posição.

Não obstante a proposta de desburocratizar o ambiente de negócios, um dos elementos motivacionais a extinção/conversão das EIRELI em Sociedade Limitada Unipessoal (SLU) fora a necessidade de o empresário individual ter que integralizar ao capital social com a importância de 100 (cem) salários-mínimos vigente no ato de constituição, o que terminou inviabilizando a sua constituição. Considerando que as empresas constituídas por vezes não integralizavam o capital social formalmente, pois não havia fiscalização sobre os depósitos, o que inviabilizava eventuais cobranças em face da referida empresa.

Em razão da edição da lei que promoveu a Modernização do ambiente de negócios no país, houve a transformação das EIRELI em Sociedades Limitadas Unipessoais-SLU, independentemente de qualquer alteração em seu ato constitutivo, e tal contexto, não desafia o contencioso societário, por ser uma alteração legislativa com aplicação imediata.

A Sociedade Limitada Unipessoal, igualmente conhecida pela sigla SLU, foi criada por meio da MP 881/2019, conhecida como “MP da Liberdade Econômica” e convertida na Lei 13.874/2019, e teve por finalidade desburocratizar a criação de empresas. A SLU é voltada para empresários individuais, ou seja, sem atuação de sócios, bem como garante ao empresário individual a separação dos bens da Pessoa Física Empreendedor e da Sociedade Econômica.

A grande diferença entre a Sociedade Limitada Unipessoal e a EIRELI, cinge-se na ausência de um valor mínimo de capital para sua constituição, ou seja, garante ao empresário criar uma empresa, “blindando” patrimônio pessoal, sem grandes investimentos, elemento motivacional este que terminou por extinguir a EIRELI.

Dentre as vantagens da SLU, destacam-se o fato de não constar de sócio para abertura, tampouco exige capital mínimo, a possibilidade do empresário abrir mais de uma SLU e, por fim, a separação do patrimônio pessoal do empreendedor do patrimônio da empresa.

Enquanto empresa individual, não há conflito societário, pelo que não se aplica arbitragem.

A Sociedade Limitada, conhecida pela sigla Ltda., é destinada para empresas com dois sócios ou mais, com responsabilidade financeira limitada ao capital social. Assim como a SLU, as finanças pessoais dos sócios são separadas do empreendimento, cuja responsabilidade administrativa é definida no contrato social, documento este que oficializa a criação da sociedade.

Dentre as características da LTDA., destacam-se o fato da empresa poder contar com dois ou mais sócios; a limitação da responsabilidade financeira ao capital social do negócio; distribuição da função dos sócios.

Conforme visto alhures, em se tratando de sociedade LTDA, há necessidade de dois ou mais sócios. A responsabilidade dos sócios, a inclusão e exclusão destes são feitos por meio da alteração no contrato social, e por tal motivo existe a possibilidade do contencioso societário quando se trata de alteração do contrato social, ou mesmo interpretação das cláusulas constantes no referido contrato, cuja temática será abordada em tópico específico mais adiante.

A Sociedade Simples ou SS tem por finalidade a constituição de uma empresa com dois ou mais sócios, destinada ao trabalho intelectual, ou seja, atividade vinculada a profissões regulamentadas, conforme mencionado anteriormente, em que se cita a título de exemplo advogados, médicos, dentre outros.

Ainda dentro da Sociedade Simples, existem três subcategorias, a saber: Sociedade pura simples, que não faz separação do patrimônio dos sócios com a empresa; Sociedade simples impura, tem a natureza simples, mas adota um dos tipos societários das sociedades empresariais, como as sociedades LTDA e a Sociedade simples limitada em que há separação dessas finanças.

Destaca-se que o contrato social que irá constituir a SS vai estabelecer a responsabilidade dos sócios, podendo esta ser: limitada ou ilimitada, subsidiária ou solidária.

Em caso de ser limitada, o sócio não responde por dívidas da sociedade; contudo, quando for ilimitada, o sócio responde pelas dívidas. Quanto à responsabilidade, seja ela solidária ou subsidiária, se o contrato for omissivo, deve-se aplicar o disposto no art. 1.023 do Código Civil, em que os sócios respondem pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

Neste prisma, os sócios detêm responsabilidade sobre as dívidas da sociedade, que podem atingir seu patrimônio pessoal, de forma subsidiária na proporção de sua participação societária, salvo, se houver no contrato social cláusula que estabeleça que a responsabilidade dos sócios seja solidária.

Nesta perspectiva, em razão de haver um quadro societário existe a possibilidade/necessidade realizar ajustes no contrato social. Neste viés, caso não haja um consenso entre os sócios, o conflito societário poderá se resolvido por meio da arbitragem, consoante se abordará em capítulo seguinte.

O último tipo societário, denominado Sociedade Anônima ou S/A, trata-se de um empreendimento que tem seu capital social dividido em ações, cujos sócios são denominados de acionistas, e estes por sua vez a depender da quantidade de ações, vão estabelecer a sua participação e responsabilidade no negócio.

Em se tratando de sociedade anônima, esta pode ser de capital aberto, ou seja, quando as ações podem ser comercializadas para o público em geral, em especial em bolsa de valores; ou de capital fechado, nesta hipótese, as ações são disponibilizadas apenas para os sócios ou pessoas convidadas.

Por haver em sua legislação específico elemento normativo que versa sobre a resolução dos conflitos societários, por meio da arbitragem, a referida temática será abordada, mais adiante.

3. MEIOS ALTERNATIVOS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.

A mediação surgiu em nosso ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 13.140/2015, que estabeleceu em seu artigo 1º ser este o meio de solução de controvérsias entre particulares e de autocomposição dos conflitos no âmbito da administração pública.

Para o legislador, a mediação é 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.

Apesar de haver legislação específica sobre a mediação, o novel *códex* de processo civil trouxe relevantes disposições sobre o tema, que por sua vez encontra-se encartada no Capítulo III, Seção V ao tratar dos Conciliadores e Mediadores Judiciais.

Nesta perspectiva a mediação pode ser judicial ou extrajudicial, sendo conduzida por um mediador imparcial entre as partes, visando reestabelecer o diálogo entre estas, sem se envolver diretamente. A informalidade, confidencialidade e flexibilidade no procedimento são as características marcantes da mediação, e uma vez formalizada perante o Poder Judiciário, a sua homologação transforma o acordo em título executivo judicial.

A conciliação como meio alternativo de resolução de conflito, contém registro histórico em nossa maior Doutrina, a Bíblia sagrada. Um dos seus livros, disposto na coletânea do novo testamento, Mateus 5:25, dispõe: “Concilia-te depressa com o teu adversário, enquanto estás no caminho com ele, para que não aconteça que o adversário te entregue ao juiz, e o juiz te entregue ao oficial, e te lancem na prisão”. (BÍBLIA, Mateus 5:25)

Neste prisma, a conciliação é uma técnica utilizada para aproximar os litigantes de forma direta, ou seja, o conciliador atua na construção de solução, apresentando sugestões para resolução do conflito. Apesar de alguns operadores do direito apontarem mediação e a conciliação como sinônimos, há diferença entre os referidos institutos, consoante aponta Petrônio Calmon:

A principal distinção entre os dois mecanismos não reside em seus dirigentes, mas sim no método adotado: enquanto o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo, o mediador atua com um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes, dirigindo o ‘procedimento’, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e de propor fórmulas de acordo. (CALMON, 2007, P. 144)

Em complemento, tem-se que o Código de Processo Civil apesar de tratar a conciliação e a mediação como expressões sinônimas, na prática as técnicas são diferentes, posto que na primeira hipótese a técnica empregada é mais direta, ou seja, há uma participação mais efetiva do conciliador na construção do acordo, enquanto na segunda hipótese ele se apresenta apenas como um colaborador, sem agir de forma direta, focado mais na aproximação das partes.

Denominada como “justiça privada”, a arbitragem surgiu no sistema jurídico brasileiro desde a época que o país estava submetido a colonização portuguesa, conforme pontua ministro do STJ José Augusto Delgado, *in verbis*:

A doutrina brasileira identifica a presença da arbitragem em nosso sistema jurídico desde a época em que o País estava submetido à colonização portuguesa. Em ambiente puramente brasileiro, a arbitragem surgiu, pela primeira vez, na Constituição do Império, de 22/03/1924, em seu art. 160, ao estabelecer que as partes podiam nomear juízes-árbitros para solucionar litígios cíveis e que suas decisões seriam executadas sem recurso, se as partes, no particular, assim, convencionassem. A CF de 24 de fevereiro de 1895, a primeira Carta Republicana, não cuidou de homenagear a arbitragem entre pessoas privadas. É certo que não deixou de incentivar a sua prática como forma útil para pacificar conflito com outros Estados soberanos. A Carta de 16 de julho de 1934 voltou a aceitar a arbitragem, assegurando à União competência para legislar sobre as regras disciplinadoras do referido instituto. (DELGADO, 2021)

Apesar do surgimento desde o período Brasil colônia, a legislação que veio a estabelecer a arbitragem em nosso sistema somente surgiu no ano de 1996, com a edição da Lei nº 9.307, que concedeu ao Juízo Arbitral a competência para resolução de conflitos patrimoniais disponíveis, substituindo assim o Poder Estatal, desde que haja consenso entre os litigantes quanto a utilização da arbitragem, atraindo, por conseguinte, a competência absoluta para tal mister.

Neste prisma, a arbitragem surgiu como meio alternativo para resolução de controvérsias quando está em jogo conflito patrimonial disponível, consoante estabelece o art. 42 do CPC: *“As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.”* (BRASIL, 2015).

Apesar do juízo arbitral ser intitulado de “justiça privada”, a sentença arbitral tem natureza jurídica de título executivo judicial, nos termos do art. 515, VII do CPC, não havendo a necessidade de homologação judicial para ter legitimidade, ou seja, tem a mesma validade de uma decisão proferida pelo Poder Judiciário, não estando sujeito a reforma quando ao aspecto material por parte do Estado, mas apenas a possibilidade de anular em razão de eventuais nulidades, consoante estabelece o art. 33 da Lei nº 9.307/96, *in verbis*: *“A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.”* (BRASIL, Lei 9.307/96).

Mas o que justifica particulares utilizarem a arbitragem para resolução dos conflitos? Primeiramente, a cláusula de confidencialidade seria um grande atrativo, fato este que não poderia ser aplicado ao Poder Judiciário, bem como a possibilidade dos litigantes em comum acordo escolherem o árbitro para julgar a referida demanda, julgador este que deverá deter capacidade e conhecimento técnico sobre o tema, não necessitando ser um jurista. Ao exposto,

soma-se ainda a flexibilidade no rito, bem como a irrecorribilidade da decisão, que em regra deve ser proferida no prazo de 06 (seis) meses, se não houver outro prazo fixado, nos termos do art. 23 da Lei da Arbitragem, elemento este intitulado como maior atrativo, posto que no Poder Judiciário, uma demanda de complexidade idêntica levaria mais de 05 anos para sua resolução, tendo em vista o grande número de recursos dispostos no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste prisma, a arbitragem consiste em um método alternativo de resolução de conflito eficaz, pois possui como elementos característicos a segurança e velocidade na resolução dos conflitos.

Apesar do sistema brasileiro apresentar a conciliação, mediação e arbitragem como meios alternativos para resolução de conflitos, deve-se destacar ainda quatro modalidades existentes no sistema americano, que poderiam ser implementados ao sistema brasileiro face a sua versatilidade.

A avaliação do terceiro neutro ou “Early Neutral Evaluation – ENE” é um método em que uma terceira pessoa que não seja o julgador, após analisar os fatos, provas, documentos, ouvir testemunhas e os advogados das partes, ou seja, colher elementos de prova que possam subsidiar sua decisão, emite um parecer fundamentado, oral ou escrito. Contudo, o parecer apresentado não possui força vinculante nem mesmo detém natureza jurídica de sentença (SALLES, 2020).

O referido método é utilizado em casos que há controvérsia sobre um determinado elemento de prova ou expectativa exagerada sobre determinado ponto, bem como serve como ferramenta de resolução de conflito extrajudicial/judicial, tendo em vista que o parecer apesar de não gerar vinculação, é feito por um expert, dando maior confiabilidade, garantido assim um posicionamento equânime para resolução do conflito.

O “mini-trial” ou mini julgamento, diferente da avaliação do terceiro neutro, é realizado perante uma corte privada e reproduz um julgamento, e tem como finalidade auxiliar na mediação.

Carlos Alberto de Sales, esclarece que o mini-trial “foi criado em 1977 para casos envolvendo disputas de marcas e patentes, mas logo se espalhou sua utilização para controvérsias comerciais e materiais envolvendo o Poder Público (indenizações, construção civil e também antitruste) (SALLES, 2020. P. 79).

A utilização do mini-trial, em regra é prevista contratualmente, em especial quanto à cláusula de confidencialidade, bem como a possibilidade de utilizar as informações no

procedimento perante o Poder Judiciário em caso de não lograr êxito quanto a resolução do conflito. Deve-se destacar que as decisões proferidas no mini-trial não são vinculativas, e o julgador não tem poder de coerção, bem como existe a possibilidade de no curso do procedimento ser solicitada a opinião de um terceiro neutro, cujo entendimento, de acordo com a cláusula contratual pode ser vinculante ou não.

O juiz de aluguel ou “rent a judge” consiste na possibilidade dos envolvidos na resolução de um conflito em consenso poderem indicar um julgador, árbitro ou mesmo um mediador. O detalhe neste método cinge-se em quem vai ser escolhido para presidir o feito, podendo ser um juiz aposentado com expertise sobre a temática do litígio.

Carlos Alberto de Sales esclarece que:

“Quando chamado na qualidade de julgador, ele aplica a lei material e processual do caso concreto, pois atua como verdadeiro juiz contratado pelas partes. Seu poder na direção do processo é semelhante ao de um juiz estatal, exceção feita ao uso da força. A praxe é que suas decisões sejam vinculantes, embora se possa dispor em contrário por escrito. No caso de vinculação, a decisão do juiz de aluguel tem plena validade a ponto de desafiar recurso a uma corte competente.” (SALLES, 2020. P.80)

Um ponto relevante nessa modalidade de resolução de conflito é a possibilidade de utilizar a sistemática para resolver uma questão incidental de um processo judicializado. Sendo esta decisão levada ao tribunal, contudo os documentos e elementos motivacionais não são transladados para o processo, mas apenas a decisão do juiz de aluguel.

Desta feita, o juiz de aluguel se mostra um feito alternativo para desafogar o Poder Judiciário, seja para a resolução de um conflito ou mesmo para resolver uma questão incidental.

A Med-Arb ou Mediation-Arbitration se trata de um sistema híbrido em que pode envolver métodos autocompositivo ou heterocompositivo. Assim como nas modalidades anteriores, geralmente encontra-se prevista em cláusula contratual, a qual estabelece que para resolução de conflito inicialmente será utilizada a mediação e caso não obtenha êxito, passa-se a arbitragem. Por vezes as duas funções eram realizadas pela mesma pessoa, fato este que gerava críticas, uma vez que vai de encontro a função de mediador (SALLES,2020).

No sistema americano, existem várias modalidades de Med-Arb cujas variações são voltadas para o fato do mediador e árbitro serem a mesma pessoa ou não, assim como para o caráter vinculativo ou não da arbitragem, e bem como para a possibilidade de utilizar mais de dois métodos de solução de controvérsia.

4. ARBITRAGEM COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO SOCIETÁRIO.

A arbitragem nos conflitos societários não é recente, posto que o Código Comercial de 1850 já estabelecia em seu artigo 294: “todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral”. Neste prisma, já havia previsão no direito societário de permissão legislativa para utilizar a arbitragem como método de resolução dos conflitos.

Ao constituir uma sociedade, seja ela civil ou comercial, limitada ou por ações, a característica básica é a união de duas ou mais pessoas para exercer atividade empresarial, que será corporificada por meio de um contrato ou estatuto social.

Os sócios ou acionistas quando se unem para formar a sociedade ou mesmo para alterar cláusulas contratuais no estatuto ou contrato social, bem como incluir ou excluir um sócio ou acionista devem agir nos limites da lei, e caso haja algum conflito ou divergência na interpretação das cláusulas poderão se utilizar do Poder Judiciário ou mesmo da Arbitragem. Sendo que esta última modalidade poderá ocorrer por meio da inclusão da cláusula compromissória no contrato/estatuto social, tornando-a vinculativa para a resolução dos conflitos societários.

Conforme apontado alhures as sociedades anônimas diferentemente das sociedades limitadas se constituem por meio de um estatuto social, criando vínculos institucionais entre os sócios, diferentemente das sociedades limitadas que é constituída por meio de um contrato social, ou seja, o vínculo entre os sócios é contratual.

A sociedade anônima é regulamentada pela Lei nº 6.404/76, e desde a constituição da referida lei já havia a previsão da arbitragem para resolução dos conflitos societários, posto que o art. 129º, §2º, estabelecia que os caso de empate em suas deliberações, na assembleia geral, poderiam ser resolvidos por meio da arbitragem:

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

(...)

§ 2º No caso de empate, se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa, a assembléia será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a deliberação; se permanecer

o empate e os acionistas não concordarem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia.

O dispositivo acima era a única previsão da arbitragem na lei das sociedades anônimas até o advento da Lei nº 10.303/2021, que acrescentou o §3º ao art. 109, e passou a estabelecer “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.”

A alteração do contrato social, seja para incluir ou excluir a cláusula compromissória, deve ser por meio de assembleia geral, tendo a primeira convocação 2/3 do capital social com direito a voto. Se o quórum não for alcançado, deverá ser realizada a segunda chamada com qualquer número de votantes do capital com direito a voto, consoante estabelece o art. 135 da LSA, *in verbis*:

Art. 135. A assembleia geral extraordinária que tiver por objeto a reforma do estatuto somente se instalará, em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem, no mínimo, 2/3 (dois terços) do total de votos conferidos pelas ações com direito a voto, mas poderá instalar-se, em segunda convocação, com qualquer número.

A celeuma no que concerne a arbitragem, no âmbito das sociedades anônimas, está voltada para a forma de inclusão da cláusula compromissória, posto que, se está fora inserida quando da constituição do estatuto da companhia, tendo os sócios aprovados por unanimidade, a referida cláusula é plenamente válida, atraindo a competência do árbitro para resolução dos conflitos. Por sua vez, se a cláusula compromissória fora inserida em alteração estatutária, e não houve aprovação de forma unânime, seja por abstenção de votos ou votos em contrário pela não inclusão da referida cláusula, é assegurado ao acionista dissidente o direito de se retirar da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do artigo 136-A, que por sua vez fora inserido por meio da Lei nº 13.129/2015:

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.

Neste prisma, para inserção da convenção de arbitragem no estatuto social não se exige aprovação unanime, mas quórum qualificado, ou seja, mais da metade do capital votante, garantindo ao acionista dissidente o direito de retirada, salvo em duas hipóteses, previstas no artigo 136-A, §2º da referida norma:

- 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.

A ressalva que deve ser feita cinge-se ao abuso de direito do acionista controlador, quando se utilizar de seu status para prejudicar os acionistas minoritários, ou seja, não se deve admitir a inserção da convenção de arbitragem que estabeleça que apenas o acionista controlador indique os árbitros ou mesmo estabeleça o rito a ser seguido. Nesta hipótese, deve ser reconhecido o abuso de direito. Ressalta-se ainda a possibilidade de haver cláusula compromissória em acordos de acionistas, desde que verse sobre direito patrimonial disponível e não vá de encontro ao estatuto social. Neste particular, trata-se de uma escolha dos acionistas, não da sociedade anônima, e neste particular a resolução por meio da arbitragem possui efeito apenas *inter partes*.

Diferente da Sociedade por ações, a sociedade limitada não detém uma legislação própria, uma vez que sua regulamentação se encontra disposta no Código Civil. Estabelece o art. 981 do CC: “Celebaram 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.”

Em uma análise normativa aos regramentos das sociedades limitadas, não há nenhum dispositivo que verse sobre a arbitragem, mas a partir de uma interpretação da norma contida no art. 981, transcrito acima e, considerando o acordo de vontade entre as partes não existe vedação para inclusão da cláusula compromissória no contrato social. Soma-se ainda, que em caso de omissão de normativo referente à sociedade limitada, aplica-se subsidiariamente as disposições das sociedades simples, desde que não haja vedação no contrato social.

Dessa forma, caso os sócios almejem incluir a cláusula compromissória no contrato social quando da sua constituição, torna-se vinculativa a todos os sócios. Contudo, quando já constituída a sociedade, e há um interesse em alterar o contrato social para incluir a cláusula compromissória há na doutrina posicionamento divergente quanto aos efeitos, mas não há divergência quanto a necessidade de aprovação pela maioria do capital social. Explica-se.

Segunda a doutrina majoritária a cláusula compromissória não vincula os sócios que não tenham concordado com sua inclusão, bem como aqueles que não votaram, ao fundamento

da necessidade de declaração personalíssima de vontade, como condição de eficácia e validade da cláusula compromissória, neste sentido leciona Pedro A. Batista Martins:

a estipulação da cláusula compromissória em alteração do contrato social de limitada, por votação majoritária, para se fixar a via arbitral para a solução de disputas sócio-sócio, poderá, em princípio, não vincular aqueles sócios que não assentiram com a modificação, porque, nesse particular, a relação jurídica pode reduzir-se a uma essência estritamente pessoal onde a repercussão patrimonial afete única e exclusivamente os bens, direitos e obrigações individuais do quotista sem qualquer reflexo na organização social. (MARTINS, p. 64.)

Por sua vez, a doutrina minoritária admite a possibilidade de aplicação da cláusula compromissória a todos os sócios, mesmo aqueles que votaram contra a sua inclusão ou que se abstiveram de votar, aplicando na hipótese o princípio majoritário, que estabelece que as decisões tomadas pela maioria das quotas representativa do capital social, deve ser aplicado a todos de forma indistinta, pautada *in casu*, no interesse social da sociedade, consoante preleciona José Xavier Carvalho de Mendonça:

Exigir a unanimidade seria expor a sociedade à inação, seria cair no absurdo de atribuir a um só acionista a qualidade de representante ou árbitro da vontade social. Adotando-se o critério da maioria, [...] não se sacrificam direitos nem interesses individuais dos sócios. Acha-se em causa o interesse exclusivo da pessoa jurídica da sociedade, abstraindo de considerações de ordem individual. A assembleia não representa a totalização das vontades individuais dos acionistas; é o órgão mais autorizado da vontade social. Os acionistas cooperam aí não como contratantes, porém com a vontade individual para produzirem uma só vontade, a da sociedade. (MENDONÇA, 2002, p. 133.)

Neste prisma, apesar de não haver previsão normativa expressa, é plenamente possível a inclusão da cláusula compromissória às sociedades limitadas, que ao nosso ver deve ser aplicada a todos os sócios de forma indistinta aplicando na hipótese o princípio majoritário.

Conforme amplamente discutido no presente artigo, a arbitragem é aplicável a todo tipo de sociedade, seja por ações ou limitada, e sua aplicabilidade na resolução do conflito societário ocasiona inúmeras vantagens, dentre elas:

- Resolução do conflito societário de forma rápida, vez que a sentença arbitral deve ser proferida no prazo de 06 meses, se não houve outro prazo estabelecido;
- O conflito pode ser resolvido de forma sigilosa, garantindo assim a confidencialidade das informações de forma de prevenir eventuais estratégias da sociedade;

- Em razão da confidencialidade, evita a exposição da imagem da sociedade, preservando assim a sua reputação perante a sociedade e no meio empresarial;
- Em razão de ser “justiça privada”, as demandas sob o manto da arbitragem não constam em qualquer certidão expedida pelo Poder Judiciário ou Executivo, ou seja, as empresas que almejam celebrar contrato com a administração pública não terão o infortúnio de apresentar certidão com informação de existência de litígio referente a sociedade;
- A arbitragem será conduzida por um profissional com expertise sobre a temática, tornando o processo mais simples e célere;

O reflexo acima aponta para a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), que é um foro criado pela Bovespa para resolver disputas societárias e do mercado de capital. A CAM, assim como um tribunal arbitral, é dotado de regras próprias e quadro de árbitro especializado, que está aberta a qualquer investidor, sócio ou acionista que queira resolver conflitos relativo ao mercado de capitais e ao direito societário. Deve-se salientar, que a adesão a CAM é obrigatória a todas as companhias que pretendam ingressar no Novo Mercado da Bovespa, o que demonstra quão relevante se mostra a arbitragem para o mercado de capitais.

Neste prisma, tem-se a arbitragem como uma forma de resolução alternativa de conflito societário que irá trazer inúmeras vantagens à sociedade, seja no aspecto da celeridade, confiabilidade ou confidencialidade, motivo pelo qual a cada dia a utilização da arbitragem no contencioso societário se mostra em ascensão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de haver a previsão da arbitragem no campo societário desde o Código Comercial em 1850, bem como na Lei da Sociedade por Ações de 1976, tem-se que somente no ano de 1996 com o advento da Lei 9307/96, denominada Lei da Arbitragem, esta obteve a sua relevância devidamente reconhecida, pelo fato deste diploma normativo ter garantido a sua competência absoluta, quando prevista contratualmente ou convencionada entre as partes,

Por meio da arbitragem, os envolvidos afastam a jurisdição do Estado, e tal renúncia não gera qualquer ilegalidade, pois somente pode ser objeto de arbitragem direitos disponíveis, e neste particular a parte pode renunciar o direito de ação.

Neste contexto, hodiernamente se constatou com a evolução nos números de demandas que versem sobre conflitos societários envolvendo os sócios/acionistas, de forma que o termo “contencioso societário” ganhou repercussão, ensejando até mesmo para o Poder Judiciário a criação de varas e câmaras especializadas sobre o tema. O Tribunal de Justiça de São Paulo reflete bem essa evolução, mostra a relevância do contencioso societário para sociedade empresarial.

Em razão da morosidade na resolução dos litígios perante o Poder Judiciário, em virtude da judicialização demasiada, alinhada a ausência de conhecimento sobre o direito societário, vez que foge o metiê diário das varas cíveis, a arbitragem surgiu como uma ferramenta para resolução de conflito de forma rápida e eficaz, pois suas decisões possuem a mesma força jurídica que a proferida por um magistrado.

Desta forma, a previsão normativa de inclusão de cláusula compromissória nos contratos sociais e nos estatutos, possibilitando a resolutividade dos conflitos por meio da arbitragem, vem a cancelar o referido meio alternativo como uma válvula de alívio, em razão do estrangulamento de demandas perante o Poder Judiciário, garantido assim além da celeridade o sigilo do procedimento, qualidades estas almejadas por todos os envolvidos em qualquer modalidade de litígio.

REFERÊNCIAS

BANCO MUNDIAL. **Doing Business in 2021 Brasil**. Disponível em < <https://portugues.doingbusiness.org/pt/rankings> >, acesso em 25 de novembro de 2021.

BÍBLIA, A. T. Provérbios. In BÍBLIA. Português. **Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos**. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006. **Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Institui o Código de Processo Civil**.

BRASIL. LEI Nº 556, DE 25 DE JUNHO DE 1850. **Código Comercial**.

BRASIL. LEI Nº 6.404, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações**.

BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. **Dispõe sobre a arbitragem.**
CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DELGADO, José Augusto. **A ARBITRAGEM NO BRASIL – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL**, Artigo científico disponível para a consulta no site: <http://www.oabpa.org.br/index.php/2-uncategorised/486-a-arbitragem-no-brasil-evolucao-historica-e-conceitual-jose-augusto-delgado>, acesso em 24 de novembro de 2021.

MARTINS, Pedro A. Bastista. **A Arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada.** In: *Revista de Direito Mercantil*, v. 126.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho. Apud. PELA, Juliana Krueger. **Notas sobre a eficácia da Cláusula Compromissória Estatutária.** *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 126, abr.-jun. 2002

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.